Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

Université Lille 2
Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en droit

Discipline : Droit international privé

Présentée et soutenue publiquement le 30 mai 2012

par

Ratchaneekorn LARPVANICHAR

Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise

JURY

Directeur de thèse : Madame Annie BOTTIAU,
Maître de Conférences HDR à l'Université Lille II

Membres du jury : Monsieur Éric KERCKHOVE,
Professeur à l'Université Lille II

Madame Hélène CHANTELOUP,
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

Madame Sara GODECHOT-PATRIS,
Professeur à l'Université François-Rabelais de Tours

Madame Johanna GUILLAUME
Professeur à l'Université du Havre

La faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mes parents

REMERCIEMENTS

Je voudrais, tout d'abord, exprimer mes remerciements à Madame Annie Bottiau d'avoir accepté de diriger mes recherches et de m'avoir laissé tant d'indépendance dans la conduction de mes travaux.

J'adresse, par avance, mes vifs remerciements aux membres du jury qui ont bien voulu accepter d'apprécier ma thèse.

J'aimerais aussi présenter mes sentiments de reconnaissance les plus profonds à mes chers parents ainsi qu'à mon jeune frère qui, malgré la distance qui nous sépare, sont toujours à mes côtés depuis mon arrivée en France. Leur soutien moral et financier durant ces longues années de doctorat m'a beaucoup encouragé et, je suis fière de le dire, m'a offert la chance et l'opportunité de poursuivre mes études jusqu'à ce jour.

J'adresse particulièrement mes profonds remerciements à M. Sengdeuane Rattanasamay (Khoun Loung), ancien diplomate laotien et ancien fonctionnaire du Conseil de l'Europe, qui a patiemment suivi mon travail et la rédaction de la thèse.

Je ne peux pas oublier « Khoun Pa » Madame Khamtanh Rattanasamay, Monsieur Thanadon Phuthanasiri, Mademoiselle Thipchanok Satayabundit ainsi que Mademoiselle Kanitta Termtrisana qui m'ont toujours encouragée et soutenue moralement durant mon séjour en France.

Mes remerciements vont aussi au cabinet Vovan et Associés à Bangkok qui m'a donné l'opportunité de travailler en tant qu'avocate dans son établissement. C'était une expérience très enrichissante qui m'a permis de comprendre la vraie situation du milieu judiciaire de mon pays dans le domaine de droit international privé.

Grand merci également à Dr. Masato Abe, qui m'a encouragée à finir ma thèse tout en supervisant mon stage de six mois à la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique des Nations Unies (CESAP) à Bangkok. Cette institution qui n'a guère de lien avec le milieu juridique m'a pourtant appris beaucoup de choses sur la vie et la méthode de travail d'une organisation internationale.

Mes remerciements s'adressent également aux amis juristes ainsi qu'aux professeurs à l'Académie de droit international de La Haye qui m'ont inspirée et fait connaître la vraie ambiance internationale lors de mon séjour à La Haye.

Je remercie enfin mes professeurs de la Faculté de droit de l'Université Thammasat de Bangkok qui m'ont encouragée et grâce auxquels j'ai décidé de poursuivre mes études de Master II ainsi que de Doctorat en France.

J'adresse enfin mes remerciements à Madame Françoise Menu et Monsieur Serge Dauchy, le Directeur de l'École doctorale qui m'ont aidé à la fin ainsi qu'à Madame Béatrice Depoorter qui m'a soutenu moralement.

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A. JURIDICTIONS

CA	Cour d'appel
Cass. Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Ch. mixte	Cour de cassation, Chambre mixte
Cass. Civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
Cass. Req.	Cour de cassation, Chambre des requêtes, supprimée en 1947
Cass. Soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
Comm. EDH	Commission européenne des Droits de l'Homme
CIJ	Cour international de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009).
TCPICI	Tribunal central de la propriété intellectuelle et du commerce international (Thaïlande)
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. confl.	Tribunal des conflits

B. ORGANISMES D'EDITION, COLLECTIONS

BDI	Bibliothèque de droit international
BDIP	Bibliothèque de droit international privé
BDP	Bibliothèque de droit privé
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
NBT	Nouvelle bibliothèque de thèse
PUAM	Presses Universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France

C. PERIODIQUES

AFDI	Annuaire français de droit international
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
AJ fam.	Actualité juridique famille
AIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
Arch. Phil. Dr.	Archives de philosophie du droit
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. CCI	Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.
BYBIL	British Year Book of International Law
D.	Recueil Dalloz (Dalloz-Sirey, depuis 1965) ; I.R. : informations rapides ; Pan. : Panorama de jurisprudence ; D.C. : Dalloz Critique ; D.H. : Dalloz Hebdomadaire ; D.P. : Dalloz Périodique
DMF	Droit maritime français
DP	Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz), a disparu depuis 1941.
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Dr. & patr.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit social
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
GA	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ILQ	International Law Quarterly (1948-1951 ; remplacé par ICLQ à partir de 1952)
IDI	Institut de droit international
J-Cl.	Juris-Classeur

JCP	Semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition générale
JCP, éd. E.	Semaine juridique, édition entreprise
JDI	Journal du droit international (Clunet), « Journal du droit international privé » de 1847 à 1941 et Journal de Droit international depuis 1941.
JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes ; C : série Communications ; L : série Législation
R.	Rapport annuel de la Cour de cassation
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RCDI	Voir RCDIP
RCDIP	Revue critique de droit international privé, ses appellations successives, à savoir : - Revue de droit international privé et de droit pénal international (1905-1921), - Revue de droit international privé (1922-1933), - Revue critique de droit international (1934-1946), - Revue critique de droit international privé (depuis 1947).
RCJB	Revue critique de jurisprudence belge
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice (I) et du Tribunal de première instance (II) des Communautés européennes
Rép. D. Dr. internat.	Répertoire Dalloz de droit international
Rép. Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. dr. ULB	Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles
Rev. dr. unif	Revue de droit uniforme
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue des contrats
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée
RDIP	Voir RCDIP
RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé

RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RRJ	Revue de la recherche juridique, Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S.	Recueil Sirey, Recueil général des lois et arrêts
somm.	Sommaires commenté
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé

D. ABREVIATIONS DIVERSES, LOCUTIONS

&	et
§	paragraphe
aff.	affaire (s)
AJ	Actualité jurisprudentielle
al.	alinéa
art.	article
ASEAN	Association des Nations du Sud-est Asiatique
Ass. plén.	Assemblée plénière
B.E.	Buddha Era (Ère Bouddha) : elle diffère de l'ère chrétienne de 543 ans comptée à la mort du Bouddha. Pour transformer l'année chrétienne en l'ère bouddhisme on ajoute 543 ; l'année 2012 est B.E. 2555.
c/	contre
CCC	Code civil et commercial
CCI	Chambre de commerce internationale
Cf.	confer
ch.	chambre
chron.	chronique
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

coll.	collection
comp.	comparer
concl.	conclusions
contra.	en sens contraire
CVIM	Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises
dir.	direction
e.g.	*exempli gratia* (par exemple)
éd.	édition (s)
EGBGB	*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*
esp.	espèce
etc.	*et coetera*
Fasc.	Fascicule
ibid.	ibidem (au même endroit)
in	dans
infra	voir plus loin
LDIP	Loi de droit international privé (Suisse)
n.	note
n°	numéro(s)
NCPC	Nouveau Code de la procédure civile
obs.	observations
op. cit.	opere citato (dans l'ouvrage cité)
p.	page(s)
préc.	précité(e)
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
RUU	Règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire
s.	et suivant(e)(s)
spéc.	spécialement
supra	voir plus haut
t.	tome
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
trad.	traduction
UCC	Uniform Commercial Code
UE	Union européenne

UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
vol.	volume

Les ouvrages suivants seront cités sous le seul nom de leur(s) auteur(s) :

-B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Paris : Dalloz, 2006, 832 p.

-B. Audit, *Droit international privé*, 6e éd., Corpus, Paris : Economica, 2010, 1014 p.

-H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, Paris : LGDJ, t. I, 8e éd., 1993, 656 p., t. II, 7e éd., 1983, 692 p.

-D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Thémis, Paris : PUF, t. I, 2e éd., 2010, 694 p., t. II, 2e éd., 556 p.

-Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris : Litec, 1996, 1225 p.

-H. Fulchiron et C. Nourissat et E. Tréppoz, *Travaux dirigés de Droit international privé*, 4e éd., Paris : LexisNexis, 2009, 498 p.

-D. Holleaux, J. Foyer et G. Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987.

- J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 2e éd., Précis, Paris : Dalloz, 2010, 928 p.

-Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, 8e éd., Paris : Dalloz, 2004, 979 p.

-Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9e éd., Paris : Dalloz, 2007, 1025 p.

-P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10e éd., Paris : Montchrestien, 2010, 820 p.

-M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, 3e éd., Paris : LGDJ, 2011, 875 p.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE……..…15

PREMIERE PARTIE : LOI APPLICABLE AUX CONTRATS A CARACTERE INTERNATIONAL……..……..……..45

Titre I : Consécration de la loi choisie par les parties.……47

Chapitre I : Le choix de la loi étrangère…….……..……..…51

Chapitre II : Le choix des normes non étatiques…….…….…….....117

Titre II : Loi applicable en l'absence de choix…….……...173

Chapitre unique……...……..…..……..…155

Titre III : Limites au principe de l'autonomie de la volonté……..217

Chapitre I : Les lois de police et l'exception d'ordre public : deux mécanismes dintincts....219

Chapitre II : L'exception de fraude…….269

DEUXIEME PARTIE : REGLEMENT DES DIFFERENDS……...319

Titre I : Les juridictions compétentes……...321

Chapitre I : Le mode étatique de règlement des différends……323

Chapitre II : Le mode consensuel de règlement des différends…….....393

Titre II : Les réceptions des décisions étrangères…….……..……465

Chapitre I : La réception des jugements étrangers……..……467

Chapitre II : La réception des sentences arbitrales internationales……....533

CONCLUSION GENERALE……..595

BIBLIOGRAPHIE…….…….…..601

TABLE DE LA JURISPRUDENCE…….……..……645

TABLE DES FIGURES……671

INDEX ALPHABETIQUE…….…….…673

TABLE DES MATIERES…….……...679

INTRODUCTION GENERALE

1. Si l'on admet le caractère dynamique du droit, il est nécessaire de connaître le droit dans son aspect « comparatif ». L'étude comparative de droit s'est développée depuis si longtemps en Europe et l'on sait que les comparatistes en 1900 sont attachés au dogme du positivisme qui ne voulait que « rechercher, découvrir ou constater des similitudes déjà existantes entre les législations et des constantes juridiques entre les systèmes »[1].

2. Tandis que dès l'année 1925, l'idée de rechercher et de construire un « droit mondial du XXe siècle » l'emportait, fondée sur une conception nouvelle de la justice, le droit comparé a pour but de dégager l'unité d'un droit sous-jacent derrière ses expressions nationales et d'uniformiser les droits diverses de chaque pays[2]. Le temps a évolué, le droit a changé. Force est de constater que l'étude de droit comparé ne porte plus uniquement sur le but, les fonctions et l'objet de l'étude comme au début de XXe siècle. Au commencement du nouveau millénaire, la discipline du droit comparé ne peut plus rester sur son passé. Aux vues de certains comparatistes, la diversité a été « considérée presque comme une maladie que la comparaison nous aiderait à guérir »[3]. Plutôt que de rechercher le *ius commune* et essayer d'effacer la diversité, un auteur a estimé à juste titre que « la science comparative devrait être pratiquée afin de l'étudier pour elle-même, de préserver le pluralisme juridique et de réfléchir à la façon d'appréhender la diversité »[4]. Disons que, à l'emprunt de M. R. Sacco, la comparaison qui n'a pour but que d'uniformiser du droit et de supprimer la diversité est considérée comme une maladie dont les comparatistes du nouveau siècle devraient guérir. Dès lors, la rénovation est indispensable en supposant que la matière de droit comparé soit élargie ; aussi bien sur la dimension horizontale que verticale. Pour la première dimension, il

---

[1] M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Élément d'introduction générale à l'étude comparative des droits, Suisse : Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971, p. 23.

[2] *Ibid.* ; *Cf.* Predee Kasemsub, *Philosophie du droit*, Université de Thammasat, 6e éd., 2003, p. 58. On sait que la fin du XIXe siècle était l'époque de la paix en Europe pendant laquelle de nombreux conférences en droit international privé et public avaient lieu à La Haye. C'était alors la période de la naissance des organisations internationales. Celles-ci ne pourraient se faire sans l'unification internationale des règles du droit et *a fortiori*, sans l'égide de droit comparé.

[3] R. Sacco, « Épilogue », *in L'avenir du droit comparé*, Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Paris : Société de législation comparée, 2000, p. 346.

[4] B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*.2000.797, spéc., p. 816.

s'agit d'autres disciplines telles que droit public, droit pénal, droit administratif, etc. En ce qui concerne la seconde, la comparaison ne peut plus se limiter aux ordres juridiques nationaux mais doit intégrer toutes les sources de droit, quelles que soient leurs origines[5]. Le champ de comparaison s'élargit de plus en plus. Comme l'affirma M. R. Sacco, « le comparatiste parcourt la frontière qui délimite le droit : sur cette frontière il rencontre non seulement le philosophe, l'historien, l'anthropologiste mais également l'éthnologiste et le génétiste »[6]. Tout cela ne veut pas à dire que nous ignorons l'importance de l'unification de droit. Nous admettons cependant que dans certains domaines le rôle du droit uniforme se voit indispensable, comme en droit commercial international ou de l'arbitrage international. L'unification des règles de droit aiderait la rédaction des parties contractantes de leur contrat et à avoir la compréhension commune de l'économie du contrat. Pour cette raison on constate toujours les efforts d'uniformiser aussi bien les règles de droit que les règles coutumières, ou les règles a-national. Mais, il faut bien observer que le droit comparé n'est pas toujours nécessaire à l'unification. Dans certains cas il s'agit de l'harmonisation du droit plutôt que l'unification du droit[7] ; à titre d'exemple, la réforme du Code civil et commercial thaï. Alors, l'opinion selon laquelle l'harmonisation est plutôt une idée de rapprochement international des droits que le droit comparé[8] est plus admissible, elle se contente d'un socle de normes communes, d'un haut niveau de généralité, fixant un cadre souple[9].

---

[5] B. Fauvarque-Cosson, « L'enseignement du droit comparé », *RIDC*.2002.293, spéc., p. 302.

[6] R. Sacco, « Épilogue », *op.cit.*, p. 347 ; Cette pensée apparue également dans le travail d'un auteur thaï, Professeur Predee Kasemsub, qui affirme fermement, lors de son étude da la pensée de Joseph Kohler, que seule l'étude de science juridique n'est pas suffisante pour les juristes, il faudrait tenir compte d'autres disciplines qui sont également indispensables pour compléter nos connaissances. Toutefois les juristes ne doivent jamais ignorer la science juridique appropriée qui est l'objet de leur étude (*Cf.* Predee Kasemsub, *Philosophie du droit*, *op.cit.*, p. 282 et s.).

[7] *Cf.* A. Jeammaud, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », *in Vers un code européen de la concurrence : codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'UE*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 43 : selon cet auteur l'harmonisation visée une équivalence des normes dans le respect de la pluralité des ordres juridiques ; *Cf.* M. Delmas-Marty, « Les processus de mondialisation du droit », *in Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 72 : d'après cet auteur « l'unification suppose des règles précises auxquelles les États sont tenus de se conformer à l'identique, en application d'une stricte hiérarchie des normes, alors que l'harmonisation implique un affaiblissement de la hiérarchie, imposant seulement un rapprochement autour de principes communs, qui ménage une sorte de droit à la différence, chaque Etat gardant une marge pour mettre en œuvre ces principes à condition que la proximité soit suffisante pour être jugée compatible ».

[8] *Cf.* X. Blanc-Jouvan, « Prologue », *in L'avenir du droit comparé*, Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Paris : Société de législation comparée, 2000, p. 12 et s. : l'auteur a fait noter la différence entre le rapprochement du droit et le droit comparé en soutenant que la comparaison peut aider au rapprochement mais elle n'est que l'une des conditions. Selon cet auteur, « le rapprochement suppose autant une volonté politique affirmée qu'une conjoncture favorable ». Par ailleurs il peut être réalisé par d'autres moyens telles que la

Ainsi, le législateur thaï a utilisé comme loi modèle la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises pour élaborer le nouveau texte de loi à la vente et englober aussi la vente à caractère international. Tous ces efforts conduisent à réaliser l'espace de libre-échange pour étendre le volume du commerce international et créer une ambiance agréable autour de l'investissement. De surcroît, dans certains cas il n'était pas possible ou il n'y avait pas lieu de tenter d'harmoniser de manière exhaustive les différentes démarches – par exemple le cas de l'administration de la loi étrangère – à vrai dire une telle harmonisation n'est même pas nécessaire. Mais on peut répondre aux besoins des États en facilitant l'accès à la loi étrangère.

3. Parler de « droit comparé », a conduit à se demander si la dénomination est correcte ou s'il semble plus juste de parler de « l'étude comparée de droit ». Si on admet que le droit comparé peut être une méthode aussi bien qu'une science[10], il semble que ceci ne soit plus le souci de nos jours. Comme le dit M. O. Moréteau, « la vocation du droit comparé n'est pas de rechercher une telle définition, mais de proposer une méthode permettant d'étudier le droit de

---

contrainte économique ou la simple pression exercée par la pratique. Pourtant ce constat nous conduit à penser qu'il est moins aisé de trouver à l'heure actuelle le droit comparé proprement dit, car, ce n'est pas si simple d'éviter la révision de lois à cause de la contrainte économique. Il semble que la raison économique devient la raison principale pour certains pays de réformer leurs législations, tel est le cas de la Thaïlande dans toutes époques.

[9] M. Delmas-Marty, « Réinventer le droit commun », D.1995.Chr.1.

[10] Quant à la question de qualification de méthode ou de science *Cf.* B. T. Blagojevic, « Le droit comparé : méthode ou science », *RIDC*.1953.649 : il paraît plus souvent comme la méthode qui sert dans l'étude de certains domaines des sciences juridiques. L'auteur a admis que dans certains cas le droit comparé tient sa place en tant que « science » parmi les sciences juridiques de même que d'autres disciplines. Mais ceci n'est qu'une exception de règle générale (le droit comparé-méthode). En effet si l'on admet la classification de sciences juridiques selon les aspects étudiés : sciences juridiques appropriées, sciences juridiques des faits, et sciences juridiques de la valeur, le droit comparé a été classé dans les dernières sciences (*Cf.* Predee Kasemsub, *op.cit.*, p. 39 et s.). C'est-à-dire que la question d'« être » de la science ou de la méthode du droit comparé ne résulte pas de critères objectifs ou de propriétés séparant entre les deux, mais des « préoccupations » de chacun (*Cf.* R. David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, 1978, 7e éd., n° 9). V. aussi l'étude critique sur ce point de L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, t. III, p. 22 : l'auteur a fait les efforts pour justifier que le droit comparé n'est autre qu'une discipline autonome. Dès lors, la réponse des auteurs qui soutiennent que le droit comparé peut être aussi bien la science que la méthode donne lieu à de nouveau problème, car il y a toujours la question de déterminer quand il est une méthode et quand il est une science.

manière scientifique »[11]. En Thaïlande, cette discipline est connue au titre du « droit comparé »[12].

Force est de reconnaître que l'étude comparative nous permettrait d'étudier l'interprétation et l'application du droit dans des cultures juridiques différentes. La terminologie juridique révèle dissemblances dans les deux ordres juridiques ; parfois il n'existe pas le vocable correspondant. Mais pour autant on ne peut dire que telle règle ou tel principe n'existe pas. On peut trouver le terme plus proche susceptible d'être assimilé audit vocable. Tandis que parfois on a trouvé la conception juridique cristallisée de la culture et la pensée *orientale*, il en résulte que, à titre d'exemple, pour la notion de l'ordre public et les bonnes mœurs du peuple, « bonnes mœurs » est le vocable important qui a presque toujours suivi le mot « ordre public ».

Par ailleurs, l'étude de droit comparé ne peut pas ignorer le phénomène d'un plan *vertical* dans la mesure où les droits des sources juridiques d'origine transnationale, supranationale ou internationale intègrent dans les systèmes juridiques nationaux. C'est la raison pour laquelle on ne pourrait écarter, de notre étude, les aspects de droit européen qui est aussi la source de droit commun français. Un autre exemple que l'on peut citer est la *lex mercatoria*, le droit non étatique, sur laquelle chaque ordre juridique admet différemment.

4. Quant à la méthode comparative, elle peut être déterminée comme « une opération intellectuelle par laquelle on réunit deux (ou plusieurs) objets ou idées comparables, dans un même acte, afin de dégager les dissemblances des ressemblances et leurs raisons d'être »[13]. La comparaison les droits de systèmes juridiques différents est admise, mais il convient de dire que la France et la Thaïlande sont tous deux pays de droit civil. Dès lors l'étude comparative est réalisable dans la mesure où la méthode juridique (*Juristic method*) de régler le problème de droit et les sources du droit sont comparables. Nous tenons ici l'opportunité d'utiliser une « méthode fonctionnelle », qui cherche à savoir comment un problème serait

---

11 O. Moréteau, « Le devenir du droit comparé en France », Conclusions générales, Journée d'études organisée par Groupement de Droit Comparé, Institut de France, 2004. V. en ce sens R. Sacco, *op.cit.*, p. 343 : « La comparaison est une science. Son but consiste à mesurer et comprendre les différences qui existent entre les divers droits et découvrir toutes les données qui concernent ces différences (leur valeur, les causes, les effets) ».

12 Le droit comparé apparu en Thaïlande pour la première fois à l'époque de codification. M. René Guyon, le chef de commission de codification siamoise, avait utilisé la méthode du droit comparé pour rechercher les lois modèles les plus adaptées au Siam. *Cf.* Chanchai Sawaengsak, *L'influence française à la réforme du droit thaï*, Bangkok : Nititham, 1996.

13 G. Langrod, « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *RIDC*.1957.353, spéc., p. 362.

traité dans chaque ordre juridique plutôt qu'à établir des adéquations entre règles de droit admises. On verra néanmoins que les objets similaires ont des raisons identiques, *a priori* ceci devrait produire des effets semblables mais il est possible d'envisager le résultat différent relevant de plusieurs raisons ; par exemple une erreur commise par les juges, à cause de mauvaises compréhension et application de règles de conflit. Ceci est une dissemblance artificielle, car, si les juges avaient bien compris leurs lois, ils ne feraient pas une telle faute d'application. On verra aussi que le système juridique thaïlandais a besoin d'évoluer, notamment de reformuler la compréhension du droit international privé des contrats. Là aussi, on peut trouver le cas où le juge thaï a traité le litige à caractère international comme un litige purement interne, alors que la doctrine et la jurisprudence française dans ce domaine sont développées depuis des siècles. Dès lors, nous faisons les efforts de clarifier les issues qui donnent lieu à une mauvaise compréhension envisagée à nos jours en étudiant la doctrine et la jurisprudence françaises.

5. Admettons qu'il n'est pas facile de procéder une recherche de droit comparé pour ne pas être empiété dans l'étude pure et simple du droit étranger sans comparaison réelle. Certes, nous essayons de comparer ce qui est comparable, toutefois il est arrivé que certaines questions ne soient pas en état de comparaison, car ce genre de problème ne se présente pas encore devant les juges thaïs[14]. Mais nous étudierons le cas français pour apprendre comment les juges français règlent ce problème, ainsi que la réflexion doctrinale qui peut être utile pour les juges thaïs dans l'avenir. Pour cette raison nous ne pouvons écarter la comparaison dans certaines hypothèses avec le système juridique non codifié.

On sait que dans tous les États, la politique influence plus ou moins la rédaction de loi. Certes, nous avons fait l'effort de détacher notre étude de la politique. Cependant admettons que dans certains cas, afin de trouver la réponse, il semble indispensable de se pencher sur l'aspect historique et politique afin de mieux expliquer telle ou telle circonstance. Par ailleurs on ne peut nier que le changement législatif pourrait aussi être expliqué par des évènements économiques, sociologiques et politiques.

[14] Par exemple le problème de *l'anti-suit injonction*.

I.

Le porté général de la Thaïlande : aspects juridiques et économiques.

6. Le système juridique thaïlandais. La Thaïlande est un pays de droit civil[15], depuis le règne de Roi Rama V qui a eu l'idée de réformer le système juridique et le système judiciaire du pays[16]. A cette époque, le Siam[17] retenait le principe de personnalité des droits. Chaque individu était soumis à la loi nationale. Cependant, le sérieux problème se pose lorsque cette personnalité des droits était également étendue aux Siamois qui étaient sous contrôle des étrangers. Ce qui avait causé beaucoup de difficultés pour les juges dans l'exercice de leurs fonctions au point de se demander si le pays a perdu sa souveraineté judiciaire. Pour cette raison, le Siam devait régler les problèmes d'extraterritorialité des lois entre certains citoyens siamois[18] et aux étrangers qui résidaient dans le Royaume[19] d'une part ; et les problèmes d'extraterritorialité judiciaire d'autre part. En effet les occidentaux trouvaient que la loi siamoise ainsi que le système judiciaire n'étaient pas assez civilisés, c'est la raison pour laquelle ils ont refusé de s'y soumettre. Ce phénomène a commencé dans l'Asie de l'Est tels que la Chine, le Japon, suivi par l'Asie du Sud-est. C'est pourquoi le Japon avait eu la réforme du système juridique et a rédigé le Code de droit avant le Siam. L'ancien Siam s'appliquait, à l'époque, le droit coutumier comme d'autres États. Au départ, le roi n'était pas celui qui élaborait les lois. En revanche on respectait ses décisions et lorsqu'on trouvait qu'elles étaient conformes aux bonnes mœurs et à la justice, elles prenaient alors, progressivement, force de loi. En effet le Siam a commencé à moderniser sa législation depuis l'époque du Roi Rama IV. Cependant ce changement n'était pas assez rapide alors que le pays avait de plus en plus activités commerciales avec l'occident. Face à leurs partenaires occidentaux, les Siamois se trouvent très désavantagés et souffrent cruellement faute de lois

---

15 En effet lorsqu'on dit la Thaïlande est un pays de droit civil, on veut dire plutôt qu'elle est du système codifié. On verra par la suite que le système juridique thaï est composé aussi bien des droits de la famille romaniste que des droits du groupe anglo-saxon.

16 Le Roi Rama V a constaté que le seul moyen de faire face à une menace occidentale était la réformation du pays en utilisant le modèle des pays occidentaux. Car des raisons principales soutenaient par les Etats colonisateurs étaient pour développer et civiliser les territoires barbares. *Cf.* Sawaeng Boonchalermwipas, *Histoire du droit thaï*, Bangkok : Winyuchon, 2009, 308 p.

17 Le Roi Rama VI a changé le nom du pays, le Siam, pour devenir la Thaïlande, le 24 juin 1939, au commencement de la deuxième guerre mondiale.

18 Les chrétiens siamois étaient sous le contrôle des missionnaires.

19 En particulier des pays de grandes puissances : la France, le Royaume Uni, le Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne.

appropriées pour régler les différends et les litiges. Face aux pressions des pays occidentaux, le Gouvernement royal thaï avait conclu les traités pour trouver une issue afin de permettre aux étrangers d'appliquer leurs lois. Toutefois, pour abroger ces traités bilatéraux, la réforme du système juridique était l'une des conditions proposées. Ce point était fortement nécessaire[20]. La réforme a commencé sérieusement en 1897. Afin de réaliser ce projet le Roi Rama V avait invité des experts de droits de pays européens ; M. Rolin Jaquemyns, M. Richard Kirke-Patrick, et M. Georges Padoux. La réforme continuait jusqu'à l'époque du Roi Rama VI, la Thaïlande a fini sa rédaction du Code de procédure civile et du Code Pénal en 1908. Cependant la Thaïlande a pu changer et éliminer l'extraterritorialité des lois dans son dernier traité bilatéral à l'époque du Roi Rama VIII. En ce qui concerne le Code civil et commercial, la Thaïlande a trouvé qu'il était convenable de consulter le Code civil allemand ou/et japonais en tant que modèle (Le Code civil japonais étant ainsi inspiré par le Code civil allemande), pour éviter des problèmes avec les pays occidentaux. Toutefois, afin de préserver des bonnes relations avec la France, les législateurs thaïs ont encore gardé dans ce Code civil certaines parties rédigées par les Français. La rédaction de Code civil et commercial a commencé en 1908 et a été complété en 1935.

7. En ce qui concerne le système juridique, dans le cas extrêmement urgent comme tel, on n'a pas pu attendre l'évolution spontanément de droit à travers la jurisprudence comme le système *Common Law*. C'est la raison pour laquelle le Roi Rama V a décidé de choisir un système codifié en tant que pilier du système juridique siamois[21]. Pour répondre aux besoins du pays, le Roi Rama V avait envoyé les juges et les fonctionnaires pour faire les études dans les diverses disciplines de sciences juridiques dans plusieurs pays de l'Europe occidentale.

Ce moyen est presque considéré comme une transposition de droit, mais le législateur a fait aussi une comparaison avant la rédaction des codes. Il semble que, à l'heure actuelle, la méthode de transposition a toujours fait appel à l'élaboration de certaines lois, sans que

---

[20] *Cf.* Predee Kasemsub, *Philosophie du droit, op.cit.*, p. 49 et s.

[21] Au début, le Siam a tenté de retenir le Code Napoléon comme modèle pour les premières rédactions en 1923. Cependant les Livre Premier et Second ont été beaucoup critiqués en l'absence d'expérience des rédacteurs. Le Code civil et commercial thaï a été donc élaboré en prenant comme modèle le Code civil japonais, inspiré du Code civil allemand. Ainsi en 1925 la Thaïlande avait pour la première fois le Code civil et commercial et avait six Livres complets en 1935. Ce n'était pas la vraie rédaction, en comparant avec l'élaboration du Code civil allemand qui a abouti après 80 ans. Par ailleurs les rédacteurs n'ont pas dissocié le Code civil du Code de commerce car, selon eux, le commerce à l'époque n'était pas très volumineux (V. Surapol Traiwait, *Les rédactions des Codes de droit au Siam*, traduit de l'anglais *The Work of codification in Siam* de M. René Guyon, p. 96-97).

l'étude véritable de droit comparé soit accomplie, le danger est évident. Ceci a causé beaucoup de problèmes aux individus, car une telle ou telle loi ne répond pas aux besoins locaux. Notamment lorsque les affaires des Thaïlandais sont impliquées par la globalisation, la loi américaine a souvent été employée comme modèle. Par exemple, la Loi thaïe sur la faillite et l'insolvabilité.

8. Le droit international privé thaï. Dans la vie économique internationale, les conflits en matière contractuelle sont fréquents en raison de la globalisation du commerce. Chaque pays dispose de ses propres lois et réglementations, probablement différentes d'un pays à un autre. Pour cette raison le procédé du choix de la loi applicable aux contrats internationaux est plus pratique pour les parties contractantes. On sait qu'à l'époque, les contrats étaient soumis à une loi unique : la loi du lieu de conclusion de contrat, en vertu du principe *locus regit actum*[22]. En Thaïlande, le problème de conflit de lois serait régi par la Loi relative au conflit de lois B.E. 2481 (1938)[23,24]. Cette loi est entrée en vigueur en 1938, trois ans après l'enté en vigueur du Code civil et commercial. Depuis l'époque de la rédaction de Loi relative au conflit de lois, le droit international privé admet la théorie subjective ; on tient compte de la volonté des parties ; à défaut de ce critère, il faut tenir compte de la nationalité commune des parties. Le lieu de conclusion de contrat est le dernier critère pour déterminer la loi applicable. Même si cette loi s'applique en Thaïlande depuis longtemps, l'application et la compréhension de cette loi ne sont toujours pas très connues ou survies comme il aurait dû en raison de la complexité de la matière. De surcroît le débat sur le conflit de lois n'a intéressé

---

22 La célèbre règle dégagée par les postglossateurs, mais à partie du XVIe siècle cette règle a été restreinte aux seules règles de forme.

23 En effet le législateur siamois, sous recommandation de M. René GUYON, a choisi de préparer cette loi en forme de droit spécial - *Act* ou Loi - au lieu de codifier dans le Code civil et commercial. Pour des raisons pratiques aux yeux du législateur à l'époque. En particulier il est facile de trouver toutes les dispositions cherchées dans le même endroit, en revanche la codification de chaque partie dans le code ne pourrait pas donner l'unité de droit international privé siamois. La Commission franco-siamois, en 1919, a approuvé finalement le projet de loi sur le droit international privé, la rédaction a été complétée en 1938 afin qu'elle puisse terminer dans la même période que celle du Code civil et commercial qui avait ainsi six tomes. *Cf.* Surapol Traiwait, *Les rédactions des Codes de droit au Siam, op.cit.*, p. 161-164.

24 En ce qui concerne le droit international privé thaï, la Loi relative au conflit de lois B.E. 2481 comprend 6 parties : disposition générale (après avoir élaboré toutes les cinq parties de la loi, les législateurs ont eu l'idée d'élaborer une partie générale s'agissant de l'exception d'ordre public. Afin de savoir la limite d'application et l'interprétation cette exception par le gouvernement siamois à l'époque. Ainsi que pour répondre à des questions à quelle situation le droit thaï pourra être appliqué) ; état et capacité de personne ; obligations ; biens ; famille ; et successions. Ceci est comparable au Code civil et commercial thaï car ce Code est également composé de 6 tomes identiques.

que les universitaires. Il est sans nul doute différent de certains pays dans lesquels le débat sur ce sujet est très avancé tels qu'en France, en Allemagne ou au Royaume Uni.

9. Le système judiciaire thaï. De même qu'en France, le système judiciaire thaï est fondé sur les trois hiérarchies de juridictions ; juridiction de première instance, juridiction d'appel et juridiction suprême (la Cour *Dika*)[25]. Les tribunaux de première instance sont de deux types : les tribunaux généraux, compétents pour les litiges civils et pénaux et le Tribunal de la famille et de la jeunesse d'une part ; d'autre part, les tribunaux spécialisés tels que le Tribunal de la propriété intellectuelle et du commerce international, le Tribunal de la faillite, le Tribunal du travail, et le Tribunal des impôts.

Cependant le gouvernement thaï a approuvé depuis 2005 les projets de révision le Code civil et commercial afin de dissocier le droit commercial du Code civil. On verra que plus souvent les dispositions du droit civil ont été appliquées aux litiges commerciaux. Sans dispositions applicables aux litiges à caractère international, les juges doivent appliquer les dispositions purement internes à ces litiges. Au lieu d'élaborer le Code de commerce, cinq Lois seraient à rédiger : la Loi portant sur la révision du Code civil et commercial ; la Loi sur la vente internationale de marchandises ; la Loi sur la lettre de crédit ; le *trust receipt* et la *standby letter of credit* ; la Loi sur l'affacturage (*factoring*) ; et la Loi sur le produit dérivé financier. Par ailleurs, le projet vise également à rétablir et réformer le Tribunal de propriété intellectuelle et de commerce au lieu du Tribunal de propriété intellectuelle et de commerce international.

10. L'étendue de l'économie de la Thaïlande. La Thaïlande occupe une position de carrefour au coeur de l'Asie du Sud-Est avec une superficie de 514.000 km^2. La monarchie a su maintenir l'indépendance du pays, échappant à la domination coloniale européenne puis aux conflits indochinois. Sur le plan économique, les Thaïlandais ont développé une agriculture commerciale dynamique, armé une puissance flotte de pêche et imposé leur pays comme une destination touristique majeure, sans pour autant négliger le volet industriel.

En 2006, les trois secteurs importants de l'économie du pays (l'agriculture, l'exportation et le tourisme) ont apporté d'importants revenus à la Thaïlande. Certes, l'industrie exportatrice est la locomotive économique du pays ; la Thaïlande est

[25] L'histoire de la Cour suprême *Dika*, l'étude détaillée de sa fonction et l'organisation de la Cour judiciaire sont disponibles en anglais sur le site http://www.supremecourt.or.th/file/dika_eng.pdf

particulièrement compétitive dans l'industrie agroalimentaire, le tourisme et certaines activités électroniques. Elle attire également de nombreuses multinationales qui se servent de leur filiale thaïlandaise comme base d'exportation régionale voire mondiale. Cependant, la forte appréciation de la monnaie locale devait peser sur la croissance économique de 2007. La valeur d'exportation en 2008 ne sera pas aussi forte qu'en 2007[26], en raison du ralentissement de l'économie mondiale[27] et l'augmentation du prix de pétrole du marché mondial (la Thaïlande est un pays importateur de pétrole). Comme on le sait, l'augmentation de prix du pétrole affecte directement le prix de marchandises et le volume d'exportation. Malgré les soubresauts économiques et politiques, les indicateurs macroéconomiques du pays résistent. En 2008, les exportations du pays ont modéré à cause de crise économique aux États-Unis et en Europe[28], alors qu'en 2009 le problème politique interne a affecté l'économie du pays. Pourtant en 2010 et au premier trimestriel de 2011, l'économie du pays a été réactivée et les informations du Ministère du Commerce ont indiqué que le volume du commerce international a augmenté dans le marché mondial et se réserve un avenir très prometteur.

II.
Les éléments du contrat international.

11. La notion du « contrat international ». Les définitions données en droits nationaux sont souvent proches. Le contrat (*contraho*) désigne l'accord de volontés qui crée les obligations. En droit français, le contrat est « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »[29]. Le dictionnaire Cornu a défini le contrat ainsi : « espèce de convention

---

26 La valeur de 161,169 millions de dollars US (10,37%), la statistique d'expansion de l'exportation du marché principal ; les États-Unis, l'Union Européenne et le Japon avait ralenti 4,79%.

27 Selon le rapport de FMI, en 2008 l'économie mondiale augmenterait 4,8% (contre 5,2% en 2007).

28 La crise économique en 1997 et 2008. En 1997, la Thaïlande a du faire face à une crise économique majeure à cause de la politique de Libéralisation financière qui permettait la libre circulation monétaire. En revanche la Banque Nationale utilise le système monétaire « *fixed* » dans lequel le dollar américain joue un très grand rôle. D'ailleurs des sociétés contractaient beaucoup de prêt à bas intérêts de l'étranger (la dette devrait être payée dans la période relativement courte), en particulier il n'y avait aucune protection de risque d'échange monétaire. Le gouvernement thaïlandais à l'époque soutenait les banques en difficulté puisqu'il suivait la politique selon laquelle « un établissement bancaire ne doit pas être en faillite, sachant que cette idée n'était pas « convenable » pour le système bancaire du pays. C'est pourquoi l'économie thaïe était de plus en plus en difficulté. V. aussi Orawan Ratanapakorn, « La structure monétaire thaïe en macro », *in*, La conférence académique annuelle 2005, p.3-22 et 3-23.

29 L'article 1101 du Code civil français.

ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété »[30]. En droit italien, un contrat est né dès lors que deux ou plusieurs personnes ont conclu un accord afin de constituer, d'organiser ou de cesser entre elles un rapport juridique de nature patrimoiniale (art. 1321 C. Civ.)[31]. En droit allemand, le contrat est classé dans la catégorie des actes juridiques (*Rechtsgeschäft*) et il se forme par l'acceptation de l'offre (art. 151 BGB)[32]. En droit espagnol, le contrat se forme lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner ou à faire quelque chose (art. 1254 C. Civ.)[33]. En droit anglais, le contrat est défini comme un accord de volontés qui donne lieu à des obligations juridiquement sanctionnées[34]. Alors qu'aux États-Unis, le *Restatement on Contracts* a défini le contrat comme une promesse pour la violation dont le droit accorde une réparation, ou dont l'exécution est reconnue comme une obligation juridique[35]. Force est de constater que la définition générale du contrat comme « une obligation, à faire ou ne pas faire, qui est juridiquement sanctionnée » est admissible dans tous les systèmes juridiques.

Cependant les différences entre les droits romano-germaniques et les droits de *Common Law* sont apparemment claires : les premiers reconnaissent les contrats unilatéraux et à titre gratuit tels que le prêt à titre gratuit et la donation ; alors que pour le *Common Law*, le contrat se forme sous un marché et une contrepartie, et qu'il n'y a pas contrat sans contrepartie : *there is no contract without consideration*. C'est la raison pour laquelle le système de *Common Law* ne connait que les contrats ayant créé des obligations réciproques et à titre onéreux. Dès lors, le contrat serait complété par un élément d'échange économique qui clarifie et conforte la promesse[36]. Il est vrai que le contrat unilatéral est reconnu dans le système *Common Law*, mais ceci n'est pas qu'une simple promesse d'exécution car il s'est

---

30 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris : PUF, 3e éd., 2002. V. Contrat

31 « *Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale* ».

32 « *Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande* ».

33 « *El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar* algún *servicio* ».

34 *The contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognized by law* (Treitel, The Law of Contract, London 1983, p.30, cité par S. Chatillon). *Cf.* S. Chatillon, *Droit des affaires internationales*, 4e éd., Paris : Vuibert, 2005, p.169 et s.

35 American Law Institute, *Restatement on Contracts*. « *A contract is a promise for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes a duty* ».

36 J. Schmidt, « Les lettres d'intention », *RDAI*.2002.259.

défini comme un accord duquel une personne souscrit un engagement en contrepartie de l'exécution effective de quelque chose.

Le Code civil et commercial thaï ne définit pas expressément la notion de contrat. Cependant lorsque l'on prend en considération dans les ouvrages gouvernant cette matière la définition d'un acte juridique, on peut dire que « le contrat est un acte juridique qui se forme par une acceptation d'un offre entre deux ou plusieurs parties, afin d'établir, de changer ou de cesser leurs relations juridiques »[37]. Le droit thaï exige une formalité différente selon chaque contrat. A titre d'exemple, une promesse de vente devra avoir une preuve écrite ; pour le contrat de prêt, il faudra avoir le transfert d'objet du contrat. Certes, les autres actes juridiques concernant le statut personnel ; le mariage, les fiançailles, l'adoption, ou même le patrimoine familial peuvent être aussi classés dans le régime du contrat. Cependant nous limitons notre étude uniquement aux contrats commerciaux internationaux.

En ce qui concerne la proposition et de l'acceptation, le droit français n'a jamais adhéré à la notion de déclaration de volonté. Il demeure imprégné de primer la volonté réelle sur la volonté exprimée. On peut trouver cette conception lors de l'interprétation, car le Code civil contient des règles d'interprétation du contrat, mais non des règles d'interprétation des déclarations de volonté[38]. Le droit thaï du contrat accepte les deux concepts, à savoir la théorie de volonté réelle et la théorie d'expression de volonté. La loi admet la primauté de volonté exprimée sur la volonté réelle, sauf dans l'hypothèse où le cocontractant savait cette volonté réelle, auquel cas c'est la volonté réelle qui l'emporte.

12. Le caractère d'extranéité préalable. Admettons que le contrat international est un contrat qui présente des rapports avec le droit de plusieurs États ou même le droit international ou transnational. Nous envisageons à ce stade la qualification du contrat international. Il convient de rechercher l'élément d'extranéité du contrat afin de savoir si un tel ou tel contrat peut être considéré comme étranger à l'égard de l'ordre juridique du juge du for. Deux critères peuvent être considérés : le critère géographique d'une part et le critère économique d'autre part. Le critère géographique fut soutenu par M. Matter l'avocat général dans l'affaire *Pélissier Du Besset*[39] ; selon lui, le contrat est international dés lors qu'il est

---

37 S. Sottiphun, *Actes juridiques et contrats*, 11e éd., Bangkok : Winyuchon, 2006, p.233.

38 P. Rémy-Corlay, « L'existence de consentement », *in*, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 28 et s.

39 Cass.1er civ., 17 mai 1927, *Pélissier Du Besset* , *D*.1928.25, concl. Matter, note H. Capitant.

susceptible d'entraîner un phénomène de flux et reflux de marchandises et de capitaux par delà des frontières. Selon le critère économique, le contrat doit mettre en cause des intérêts du commerce international[40]. En effet d'autres éléments pourraient être ainsi pris en compte : la nationalité des parties, le domicile, la résidence habituelle ou le siège social de la personne morale, par ailleurs le lieu de conclusion ou d'exécution d'une obligation contractuelle, le lieu de situation de l'objet du contrat peuvent être également pris en compte.

En droit international privé thaï, l'extranéité de contrat doit être considérée en vérifiant le point de rattachement avec au moins deux pays. Quant aux critères de qualification d'une situation internationale, la doctrine thaïe[41]admet ainsi : la différence de nationalité des parties contractantes, le lieu de conclusion du contrat à l'étranger, le lieu d'exécution du contrat à l'étranger, l'objet du contrat se situe à l'étranger, et le domicile ou la résidence habituelle des parties contractantes.

13. Une question peut se poser, à savoir si la seule désignation d'un tribunal étranger dans un contrat lui confère l'internationalité ? Les opinions sont diverses sur ce point, le rapport Schlosser s'était prononcé nettement ainsi que l'avis de MM. P. Gothot et D. Holleaux, ces auteurs ont admis que le rapport juridique en cause doit être en lui-même international (pour que les dispositions sur la clause attributive de juridiction soit applicable)[42]. A titre d'exemple, l'arrêt *Cie de signaux et d'entreprises électriques*[43] de la Cour de cassation nous a affirmé dans le même sens : « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international...* ». Alors, le litige se voit international lorsque le rapport juridique qui lui est sous-jacent présente ce caractère. Le seul fait de choisir le tribunal d'un pays autre que celui où se concentrent tous les éléments de la relation litigieuse ne saurait satisfaire à cette exigence. Mais le contrat en l'occurrence a été conclu entre deux sociétés françaises devant s'exécuter en Libye, il s'agit d'un contrat à caractère international en raison d'avoir le lieu d'exécution de contrat à l'étranger.

---

40 G. Cornu, *op.cit.*, p. 484.

41 *Cf.* P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, *Droit international privé*, Bangkok : Winyuchon, 2003, p. 24-34 ; *Cf.* S. Sottiphun, *Actes juridiques et contrats*, 11e éd., Bangkok : Winyuchon, 2006, p.455-456.

42 V. rapport n° 167. Sauf l'exception posée par l'article 48 CPC, qui n'exige pas une situation internationale mais il faut que cette clause ait été conclu entre les commerçants. *Contra*. G. Droz, rapport préc. : cet auteur a affirmé que la désignation d'un tribunal étranger confère à la clause attributive de juridiction un caractère international, quand bien même le rapport juridique en cause serait purement interne.

43 Cass.1er civ., 17 décembre 1985, *Cie de signaux et d'entreprises électriques*, *RCDIP*.1986.537., note H. Gaudemet-Tallon ; *D*.1986.265, obs. B. Audit ; *GA*, n°72.

A priori, l'internationalité peut résulter de divers facteurs : lieu d'exécution de contrat, domiciles des parties dans différents États, mais il ne faut pas confondre avec le principe admis en droit communautaire[44], car ceci admet que la seule différence de nationalité entre des contractants domiciliés dans un même État ne suffit pas à rendre la situation internationale. Il s'agit en effet de caractère d'extranéité artificiel. Les textes communautaires ne tiennent compte que du domicile ou de la résidence habituelle des parties, non la nationalité.

14. La qualification « international » d'un rapport juridique conduit à le soumettre à une ou plusieurs lois. De surcroît, la présence de l'extranéité peut autoriser ou imposer le juge du for d'appliquer la règle de conflit de lois et enfin elle peut conduire à l'application d'une loi étrangère. En tant que branche du droit international privé, le droit du commerce international part du même principe dans la mesure où il n'échappe pas aux droits étatiques en raison ses liens avec le droit international privé. De ce point de vue, l'analyse de la notion du contrat international pourrait renvoyer à la question générale en droit international privé puisque la notion de contrat international ne demeure pas en soi, elle doit être toujours analysée sous l'empire de droit international privé et souvent sous le même critère. Dans la pratique du commerce international, le contrat international est toujours analysé objectivement comme tel ; la qualification du contrat international ne se pose que dans des cas limites, l'affaire *Tardieu*[45] est un bon exemple.

15. Par ailleurs, le contrat international peut être articulé avec la source du droit commercial international. Il est possible de qualifier le contrat de source du droit du commerce international. D'après M. J.-M. Jacquet, les contrats peuvent être reconnus en tant qu'instruments normatifs du droit commercial international, car le contrat est un procédé de

---

[44] Règlement de CE n° 44/2001 et Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui s'appliquent en matière civile et commerciale.

[45] Cass.1er civ., 7 octobre 1980, *Tardieu*, *RCDIP*.1981.313, note Mestre. En l'espèce, il s'agit d'un contrat conclu entre les contractants français domiciliés en France, la loi qui régit à ce contrat est la loi française. Pourtant la partie a invoqué que ce contrat avait caractère international en appuyant sur le fait que l'un des cocontractants était appelé à s'expatrier. La Cour de cassation a affirmé la décision de juridiction d'appel qui a décidé que ce contrat ne présente pas le caractère d'extranéité, par conséquent il ne s'agit pas d'un contrat international.

création des normes individuelles[46]. Cet argument est fondé sur le constat selon lequel les normes individuelles créées par la relation contractuelle internationale se trouvent bien établies quand bien même l'ordre juridique étant apprécié leur validité n'est pas encore défini. Force est de reconnaître la pertinence de ce constat, car, même si les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat, ceci n'affecte pas sa validité, on pourrait toujours déterminer la loi applicable à ce rapport contractuel. Par ailleurs, selon la théorie de Kelsen à travers sa pyramide de normes, le contrat est considéré à sa juste place comme une source du droit à part entière. Il s'agit de créer des normes juridiques par un accord de volontés[47].

III

Consécration du principe de l'autonomie de la volonté.

16. L'autonomie de la volonté implique la liberté contractuelle. L'autonomie de la volonté est le premier élément qu'on devrait en parler, en premier lieu, en tant qu'élément fondamental pour une étude des actes juridiques, y compris un contrat. « L'autonomie de la volonté » demeure un pouvoir de chaque individu de prendre en considération la limite de son acte juridique tant en matière civile qu'en matière commerciale. Lorsqu'une personne exerce ses droits sous le principe d'autonomie de la volonté, la loi (au sens large) affirmera un acte de cette personne pour qu'un tel acte produise des effets. M. Gounot a affirmé ainsi « dans l'acte juridique, la volonté est le seul élément essentiel de sa formation, et aussi la base unique de son interprétation » [48]. Il faut en déduire que la volonté apparaît comme la source et la mesure de l'obligation. D'ailleurs le principe de l'autonomie de la volonté est impliqué dans la liberté contractuelle, car celle-ci doit être basée sur l'autonomie de la volonté[49]. « La liberté contractuelle » est un principe qui affirme la liberté d'un individu de choisir son cocontractant et de déterminer l'économie du contrat. L'intervention d'une autorité étatique à l'égard des individus demeure en principe exceptionnelle.

---

46 J.-M. Jacquet, *Droit du commerce international*, 2e éd., Paris : Dalloz, 2010, p. 17 et s ; *Cf.* J. Ghestin, « Les données positives du droit », *RTD civ.*2002.11, spéc. p. 17 et s.

47 J. Ghestin, « Les données positives du droit », *loc.cit.*

48 E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, Rousseau, 1912, p.136.

49 S. Sottiphun, *Actes juridiques et contrats*, *op.cit.*, p. 235.

Cependant l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle gardent leurs différences. D'une part la liberté contractuelle interviendra lorsqu'il y a au moins deux parties alors que l'autonomie de la volonté peut jouer son rôle même dans un acte juridique unilatéral. D'autre part, la liberté contractuelle ne touchera qu'une gestion de biens des parties contractantes (droit réel) alors que l'autonomie de la volonté peut l'être aussi en matière de statut personnel[50] (droit personnel). Le principe de l'autonomie de la volonté peut signifier aussi la loi d'autonomie. Le droit français avait consacré ce principe, il s'agit de la faculté des parties de désigner la loi applicable au contrat. A défaut de choix, c'est le rôle de jurisprudence qui se prononçait en général en fonction de la localisation du contrat[51]. En droit thaï, la liberté de choix de la loi applicable au contrat a été affirmée par la jurisprudence uniquement en matière du commerce international. Car le droit thaï ne dispose pas le texte comme l'article 48 du CPC français.

La notion de liberté contractuelle peut être considérée en deux sens : liberté de conclure le contrat d'une part et liberté de ne pas être intervenu une fois que le contrat était conclu d'autre part[52]. En droit thaï, la liberté de conclure le contrat s'entend comme la liberté d'établir un contrat, c'est la liberté dans le sens positif. En revanche il existe aussi celle dans le sens négatif ; c'est la liberté de cesser avant que le contrat soit conclu[53]. Une fois que le contrat est conclu, les parties contractantes ont la liberté de ne pas être intervenues par l'État selon la théorie d'individualisme[54]. Car l'État, à travers ses lois, a déjà affirmé la liberté contractuelle avant que ce contrat soit conclu. Pour cette raison l'État ne doit pas intervenir dans les termes du contrat que les contractantes ont conclu ; c'est ce qu'on appelle la force obligatoire de contrat.

17. Caractère concret de la liberté contractuelle. On constate que le caractère concret de la liberté contractuelle se présente en premier lieu en droit interne. Le droit français admet le principe d'autonomie et la liberté contractuelle depuis le Code civil 1804 notamment par

---

50 *Id.*, p. 241-242.

51 B. Audit, *Droit international privé*, 4e éd., Paris : Economica, 2006, p. 655.

52 Wilson N.S., *Freedom of Contract and Adhesion Contracts*, The International and Comparative Law Quaterly, vol. 14, 1965, p.172 et s.

53 Il s'agit du principe de *Culpa in contrahendo*.

54 D. Thirawat, *Droit de contrats : l'actualité du nouveau statut de contrat et le problème de la Unfair Contract Terms*, 2e éd., 1999, Bangkok : Université de Thammasat, p. 15-16.

l'article 1134 ; il permet à ceux qui contractent de régler à leur gré leurs relations juridiques, de disposer de leur patrimoine et de créer des obligations. Pourvu qu'il y ait certaines limites ; de la capacité qui leur est reconnue selon l'article 1123 ; et de l'ordre public selon les articles 6 et 1133.

En droit thaï, le principe de liberté contractuelle a été affirmé par l'article 151 du Code civil et commercial thaï qui stipule que :

« Un acte quelconque qui est différent de dispositions de la loi, lorsqu'il ne s'agit pas de loi ayant pour but de protéger ou de sauvegarder l'ordre public ou la bonne mœurs, cet acte n'est pas nul »[55].

Selon cet article on peut constater trois points. Premièrement, la liberté contractuelle et les éléments du contrat, c'est-à-dire que les parties sont libres de conclure un contrat avec qui elles le souhaitent, de choisir l'objectif de contrat, de choisir un moyen ou une forme de contrat (sous réserve des exigences de forme demandées par la loi), et de décider de conclure ou non d'un contrat. Deuxièmement, le principe de liberté contractuelle relevant de la teneur des obligations. C'est-à-dire que les parties sont libres de fixer des clauses et le contenu qui assureront la réalisation de l'objet économique du contrat, bien qu'ils diffèrent de ceux stipulés par la loi, pourvu que le contenu de contrat ne s'oppose pas aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Troisièmement, les parties contractantes sont libres de prévenir les effets de contrat et la loi devrait affirmer ces effets sous le principe de *pacta sunt servanda*. Le consentement est un élément essentiel ; le contrat conclu par fraude ou sans consentement sera l'objet de nullité ou de résiliation.

18. Affirmation du principe en droit international privé. Le principe de la liberté contractuelle vaut tant en droit interne qu'en droit international. On peut dire que la liberté contractuelle en droit international privé n'est qu'une conséquence de la liberté contractuelle consacrée par le législateur pour le droit interne. Par ailleurs, la volonté peut être créatrice de droit et source du droit dans certaines conditions ; cela peut expliquer bien la force obligatoire du contrat. La place du principe de liberté contractuelle est au cœur des contrats internationaux, plus qu'à l'égard des contrats purement internes. Depuis XIXe siècle, les internationalistes ont recherché une justification à exercer en droit international privé de l'autonomie qui permet aux contractants de choisir la loi applicable au contrat. Les termes

55 มาตรา ๑๕๑ แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า " การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ "

d'autonomie des parties et d'autonomie de la volonté ne sont pas synonymes en droit international privé, ils le sont en revanche lorsque l'on emploie ces termes en droit interne. Au regard des internationalistes, certains leur attribuent un sens étroit en raison de l'absorbation en droit international le concept utilisé en droit interne[56]. Pour ces internationalistes, l'autonomie de la volonté n'est qu'une notion purement technique… Pour d'autres, la formulation établie par les civilistes semble plus favorable. C'est-à-dire que l'autonomie de la volonté est définie comme le pouvoir de la volonté d'être la source et la mesure des droits subjectifs, d'être un organe créateur de droit[57]. Comme l'écrit Brocher depuis 1883 que « l'autonomie émane de la loi (…) celle-ci doit l'accorder aussi grande que possible ; mais ne la tient pas moins, en principe, en sa puissance : c'est elle qui fixe les limites dans lesquelles la liberté concédée peut déployer »[58].

19. Le principe d'autonomie : la solution des conflits de lois en matière contractuelle.

Il est clair que la liberté contractuelle confère aux parties la liberté de régler dans leur contrat les comportements contractuels que le rapport contractuel engendre[59]. C'est-à-dire que les

---

56 F. Surville, *Cours élémentaire de droit international privé*, 1er éd., Paris, 1890, p. 232 et s. Cet auteur a soutenu que « Quand l'article 1134 du Code civil déclare que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », il énonce une règle qui est aussi vraie en droit international qu'au point de vue de la législation interne. C'est aux intéressés qu'il appartient d'indiquer la loi à laquelle ils entendent se soumettre » ; *Cf.* C. Aubry, « Le domaine de l'autonomie en droit international privé », *JDI*.465.1896, spéc., p. 470. Cet auteur affirme qu'« on sait que le principe de l'autonomie se fonde sur l'idée générale, évidente par elle-même, que l'article 1134 du Code civil formule ainsi : « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Cette formule doit être prise à la lettre et signifie que les conventions font la loi des parties, non seulement parce qu'elles peuvent régler directement leurs droits et obligations respectifs, mais aussi parce qu'elles peuvent déterminer la loi qui réglera ces droits et obligation. Si tel est le fondement du principe de l'autonomie (…) son domaine sera exactement celui de la liberté des conventions » ; *Cf.* A. Rolin, *Principes de droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil*, t. I, Paris, 1897, p. 436 et s. D'après cet auteur, « Si les parties contractants sont capables, si leur activité juridique ne se heurte contre aucune prohibition légale, si elles respectent les conditions de forme, l'effet de leurs conventions est régi par leur volonté (…). C'est ce qu'on appelle l'autonomie des parties contractantes (…). L'article 1387 du Code civil contient la reconnaissance et l'application de ce principe… » ; *Cf.* A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, 1892-1905, p. 335. L'auteur a estimé que « A cet égard la volonté des parties est en principe souverain, d'après l'article 1134 dit les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Le législateur français proclame ainsi l'autonomie de la volonté ; il permet à ceux qui contractent de régler à leur gré, dans les limites de la capacité qui leur est reconnue (…) ». Force est de constater que d'après tout ces auteurs précités, ils ont essayé de justifier l'admission en droit international privé le principe de l'autonomie de la volonté. Ils trouvent que ce principe se fonde dans l'article 1134 du Code civil français. On peut dire que l'autonomie de la volonté en droit international privé n'est qu'une conséquence de l'autonomie consacrée par le législateur en droit interne.

57 *Cf.* V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté*, *op.cit.*, p. 63 et s.

58 Ch. Brocher, *Cours de droit international privé*, Paris et Genève, 1883, p. 67 et s. Pour cet auteur la volonté peut être créatrice de droit.

59 J.-M. Jacquet, « Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT », *Rev. dr. unif*. 2008, p.179-195.

parties, en exerçant cette liberté, aménagent leurs rapports en instillant dans le contrat lui-même (leur volonté) des règles qui relèveraient en soi du droit régissant de contrat. La liberté des parties de désigner la loi applicable trouve son fondement dans une norme qui exerce une véritable fonction de rattachement de la règle de conflit… Le principe d'autonomie permet non seulement aux parties d'opérer le choix de la loi qui leur paraîtra la mieux adaptée à l'économie du contrat mais aussi de constituer un facteur de prévisibilité et de sécurité juridique. Puisque les parties qui sont liées par la loi d'autonomie ne confrontent pas aux instabilités d'un règlement ultérieur du conflit. Il est difficile de faire autrement, car ce principe est commun parmi la plupart des systèmes de droit international privé[60].

20. L'autonomie par rapport au droit étatique. La pratique contractuelle internationale confirme son autonomie par rapport au droit étatique dans la mesure où les praticiens développent de nouvelles solutions ou techniques dans les limites posées par le droit étatique. C'est la raison pour laquelle le législateur pourrait exercer cette liberté contractuelle afin de créer de nouvelles règles sans objections. Les parties peuvent soumettre leur contrat à un droit national favorable aux solutions envisagées sous réserve de lois de police applicables devant le juge ou l'arbitre de contrat. Il faut souligner que les individus ont la liberté de soumettre leurs rapports juridiques à n'importe quelle loi, même si cette loi ne présente aucun lien significatif avec ceux-ci. De même que la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après la Convention de Rome de 1980), le Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après le règlement Rome I) n'exige aucun lien entre la loi choisie et le contrat, car le choix des parties est toujours l'expression de leur intérêt commun et ne saurait être capricieux.

Par ailleurs, les parties peuvent choisir la loi étrangère applicable au contrat. On verra ce sujet de manière plus approfondi ultérieurement. L'autonomie de la volonté pourrait régler certains problèmes dans les contrats internationaux surtout lorsqu'il y a plusieurs pays qui présentent les liens les plus étroits avec un contrat. Parfois les parties ont choisi la loi étrangère qui ne présent aucun rapport avec elles ni au contrat applicable, mais cette loi

---

60 Cependant dans certain domaine de droit par exemple en droit cambiaire il est plus raisonnable de voir toutes obligations résultantes d'un même titre sont soumises à une loi unique (qui est normalement la loi du lieu prévu pour le paiement plus effectif que le lieu d'émission). On sait que le chèque ou le billet à ordre est la source d'une obligation pour le signataire et éventuellement pour le tiré. Dans ce terrain, la loi d'autonomie est écartée, car elle ne convient pas. En raison des difficultés de sa détermination, à ces titres dont la caractéristique est de pouvoir circuler facilement, par endossement.

présente une tradition dans ce genre de contrat, par exemple la loi anglaise pour le contrat de vente du maïs. Il est de même en Thaïlande, un contrat d'assurance maritime est régi par la loi britannique *Marine Insurance Act* de 1906, même si ce contrat n'a aucun lien avec l'Angleterre.

21. En droit international privé thaï, aux termes de l'article 13, alinéa 1er de la Loi de 1938 relative au conflit de lois : « *il faut prendre en considération la volonté des parties, quant au choix de loi qui doit être applicable au contrat ou à ses effets* ». Le terme « il faut » est clair en soi. D'ailleurs c'est l'office du juge en premier lieu de tenir compte de la volonté des contractantes. En effet cette conception a apparu en droit thaï, dans le premier temps, dans un ouvrage de droit international privé en 1931[61] avant l'élaboration de la loi sur le conflit des lois. Les parties ne sont pas obligées de choisir préalablement un ordre juridique auquel serra soumis leur contrat, bien que la loi thaïe d'autonomie (l'article 13) et la Cour elle-même l'aient accepté. On note qu'il y a très peu de jurisprudence dans ce domaine à l'époque[62]. Il y a quelques décisions da la Cour suprême *Dika* sur le principe d'autonomie de la volonté[63]. La plus récente est la décision du Tribunal central de propriété intellectuelle et de commerce international (TCPICI) en 2008[64]. En l'espèce, le contrat de vente internationale de marchandises a été conclu entre un plaignant autrichien et un défendeur thaï. Les parties contractantes n'ont pas opéré le choix de la loi applicable de manière certaine... Le plaignant a invoqué l'application de la loi autrichienne ; selon lui, il a déjà transmis au défendeur les détails de marchandises avec les conditions générales de vente dans lesquelles a été

---

61 Phrayasriwisarnwaja, *Droit international privé*, Bangkok : Sophonphipatanakorn Press, 1931, p.124.

62 En effet il y a douzaine de décisions de la Cour de cassation sur ce sujet, mais il s'agit de problème d'application de règle de conflit des lois car la Cour a estimé dans la plupart des décisions que celle-ci ne concerne pas au problème de conflit des lois. Donc il n'y a aucune place pour la règle conflictuelle. On constate que c'est en fait le problème d'extranéité préalable, dans certains arrêts le caractère d'extranéité présentait clairement mais le juge a déclaré qu'il n'applique pas la règle de conflit en estimant que le litige est né dans le territoire thaï, car la destination de transport était en Thaïlande même si c'était la vente internationale de marchandises. La Cour suprême a fondé sur la même base dans ses décisions n° 3401/2529 (1986) ; n° 2466/2532 et n° 2768/2532 (1989). (Il est vrai que la loi de 1938 relative au conflit de lois ne fait aucune réserve s'agissant de la juridiction de la Cour selon le Code de la procédure civile.) Force est de constater que le critère de lieu de naissance du litige ne doit pas être prise en compte par la Cour dans ce cas, puisque ceci est un critère pour résoudre le problème de juridiction de la Cour. Bien que la cause du litige soit née en Thaïlande, on ne peut pas admettre que la loi thaïe sera toujours applicable au litige.

63 Arrêt de la Cour suprême n°2930/2519, n°698/2521 et n°1958/2548 ; la décision de la Cour de propriété intellectuelle et de commerce international comm. 88/2551.

64 TCPICI com., n° 88/2551 (2008), *Berlerith GMBH & Co.KG c/ Matrix Hard Material (Thailand) Co.Ltd.* Disponible sur le site : *http://www.cipitc.or.th/documents/decisionfile/IT87_51.pdf*

mentionnée entre autres au verso, la loi applicable au contrat. Le défendeur a refusé en citant qu'il n'a jamais accordé au plaignant le choix de loi autrichienne comme loi applicable au contrat. D'après la loi procédurale thaïe, la Cour a estimé que lorsque le plaignant n'a pas pu prouver qu'il existe la loi d'autonomie, l'article 13 de la Loi relative au conflit de lois est donc en jeu. Selon le 1er alinéa de cet article, lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable et à défaut de nationalité commune des parties, la loi du lieu de conclusion du contrat doit être applicable. Selon l'alinéa 2 du même article, « *lorsque le contrat a été conclu entre absents, le lieu de conclusion du contrat est la place où une acceptation est arrivée à la partie qui offre* ». En vertu de l'article 13 al. 2, la Cour a décidé que la loi autrichienne est applicable au contrat.

22. En France, la distinction entre la théorie subjective et la théorie de localisation est nette. Selon la première, la détermination de la loi applicable résulte de la volonté, expresse ou implicite des parties. Alors que la localisation objective propose un rattachement qui aide à déterminer, en cas de l'absence de choix, la loi applicable au contrat, certes celle qui présente un lien étroit avec celui-ci. Cette approche est adoptée par la Convention de Rome de 1980 et le règlement Rome I.

23. De nos jours, la liberté contractuelle est bien établie en droit interne et s'épanouira dans l'ordre international comme la liberté de choix de la loi applicable au contrat. La volonté des parties joue un rôle très important dans la règle de conflit de lois puisque celle-ci est habituellement attribuée à un facteur de rattachement « objectif », comme le lieu de résidence habituelle d'une personne. En effet, dans cette hypothèse, le point le plus important est de chercher à connaître la volonté exacte des parties contractantes et non de résoudre le problème conflictuel.

24. **Modalités de choix**. En admettant qu'il est rare qu'un contrat comporte une référence explicite à la loi applicable, très souvent l'intention des parties n'est pas assez clairement exprimée. Certes, le principe est favorable au choix exprès des parties, mais à savoir si le choix de manière implicite est-il acceptable ? Chaque pays admet les diverses façons d'opérer le choix de la loi applicable au contrat, une fois que le juge envisage le problème de la déterminer, quels élément sont-ils utilisés pour découvrir la volonté implicite des parties ? S'agissant du choix de plusieurs lois applicables à chaque partie du contrat ou le dépeçage, n'est-il pas du même principe qu'en matière d'arbitrage ?

25. Choix tacite à l'épreuve de difficultés de l'interprétation. Le choix de droit applicable est exprès, autrement dit les parties doivent l'insérer dans une clause de contrat. Il suffit qu'il résulte « *de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* » comme stipulé l'article 3.1 de la Convention de Rome de 1980. Cette conception a été maintenue par le nouveau Règlement CE n° 593/2008 qui stipule : « *le choix est* ***exprès ou résulte de façon certaine*** *des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ». Aux termes de ce texte, on peut dire qu'il s'agit d'un choix exercé par écrit mais on peut concevoir un choix par une expression purement orale qui réserve alors des difficultés de preuve. En ce qui concerne un choix tacite, celui-ci doit être exercé « de façon certaine », soit des dispositions du contrat, soit des circonstances de la cause[65]. Là encore, en l'absence de toute précision expresse sur la loi applicable, lorsqu'il existe une clause attributive de juridiction dans un contrat, celle-ci pourrait être considérée comme un indice suffisamment clair de la volonté des parties de soumettre leur contrat à la loi du for choisi. Il peut arriver aussi le cas où les parties ont fait références à des articles d'une certaine loi sans que cette loi ait été intégralement désignée[66]. En ce qui concerne les « circonstances de la cause », c'est le cas où un contrat est silencieux sur la loi applicable, mais il est étroitement lié à un contrat antérieur pour lequel il y avait eu choix exprès de la loi par les parties.

Dans le choix tacite, le juge doit d'office vérifier le caractère suffisamment « certain » du choix. Il est clair que la Convention et le Règlement écartent toute recherche de volonté présumée ou hypothétique. Un simple choix implicite est alors insuffisant au regard de ces lois. La Convention de Rome de 1980 semble poser une règle plus souple que celle de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (ci-après La Convention de La Haye de 1955) qui retient un système dualiste. La Convention de La Haye de 1955 dispose, dans l'article 2 alinéa 2, que « *Cette désignation doit faire l'objet d'une* ***clause expresse, ou résulter indubitablement*** *des dispositions du contrat* ».

26. Un choix peut également résulter des dispositions du contrat ; à titre d'exemple, le choix qui se trouve son origine de l'usage d'un contrat-type selon lequel les parties ont

---

65 En effet dans la proposition de 2005, l'article 3 § 1 invitait le juge de tenir compte une volonté réelle des parties et non pas la volonté hypothétique. Donc cet article a proposé d'intégrer le terme « comportement des parties » en plus des dispositions du contrat et des circonstances de la cause, malheureusement ce terme a été rejeté par le nouveau règlement.

66 H. Gaudemet-Tallon, « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *J-Cl. Europe*, 1996, *Fasc.*3201.

accordé d'appliquer. Lorsqu'il y a l'usage d'un contrat-type d'organisme en question, par exemple une police d'assurance de Lloyd's, on peut dire que les parties ont voulu appliquer la loi du pays où se trouve le siège de l'organisme donné pour les questions non réglées par le contrat, dans ce cas la loi anglaise. Puisque ce contrat-type a été rédigé dans un contexte de cette loi[67].

27. Par ailleurs, il est possible de soumettre une manifestation du choix de droit applicable vers des circonstances de la cause. Cette formule a été employée par la Cour de cassation depuis l'arrêt *Fourrures Renel*[68] en 1959. De même, la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation est un bon exemple ; elle propose une solution mieux adaptée à la vue réaliste de la pratique des contrats internationaux. Dans l'article 5, alinéa 2 : « *Le choix de cette loi doit être exprès ou résulté avec une certitude raisonnable* ***des dispositions du contrat et des circonstances de la cause*** ».

Pour mieux comprendre, on cite par exemple le cas où une intervention d'un officier public emmène les parties à être d'accord sur le choix de la loi de son État[69] ; un acte conclu devant un agent consulaire qui agit hors de son pays. Ou encore un contrat faisant partie d'un ensemble d'opérations, les parties ont choisi la loi applicable pour le contrat de base sur lequel repose toute l'opération. En effet cette attitude libérale est accordée à la volonté des parties quant au mode d'expression du choix de la loi applicable de telle sorte que certain juriste français n'ont pas hésité à manifester leur inquiétude. Il convient de reprendre ici l'idée concernant la Convention de Rome de M. Y. Loussouarn qui a souligné qu'« en autorisant le juge à fonder ce choix soit sur une manifestation expresse de volonté soit sur de simples circonstances propres à l'espèce - même si ce choix se trouve assorti d'une condition de certitude - la Convention de Rome de 1980 accroît l'insécurité juridique en ce domaine »[70]. Admettant que l'appréciation d'un choix de la loi applicable en laissant au juge de rechercher des circonstances de la cause est risquée entraîner l'insécurité juridique. Pourtant, force est d'admettre qu'en réalité on ne peut forcer les parties contractantes de choisir de façon

---

67 B. Audit, *Droit international privé,* 6e éd., Paris : Economica, 2010, p. 658.

68 Cass.1ère civ., 6 juillet 1959, *Sté des Fourrures Renel*, *JDI*.1960.814., doss. Sialelli. ; *RCDIP*.1960.354., note Loussouarn ; *RTDC*.1960.516., obs. Hébraud.

69 B. Audit, *loc.cit.*

70 Y. Loussouarn, *Droit international privé*, 9e éd., Paris : Dalloz, 2007, p. 461-462.

expresse le droit applicable. A ce stade, la prise en considération des circonstances de la cause pourra conduire le juge à régler le problème de choix.

28. Malgré son caractère universel, les modalités de la mise en œuvre du principe de l'autonomie sont diverses selon chaque pays. En droit international privé thaïlandais, ni la Loi de 1938 relative au conflit de lois, ni les principes généraux du droit civil ne précisent des règles sur les modalités du choix. On trouve que l'article 13 ne réfère que « (…) *lorsque leur volonté expresse ou implicite ne peut pas être découverte* (…) ». *A priori*, cette disposition ne régit que l'établissement du contrat : la volonté des parties, l'objectif du contrat et la forme d'une part ; et les effets du contrat d'autre part. On peut conclure que la loi reste silencieuse sur les modalités de choix. A défaut d'une clause formelle, c'est une tâche du juge qui devrait découvrir certaines manifestations de volontés une référence implicite à la loi adoptée. Pourtant, dans le même alinéa (art. 13) est stipulé : « *lorsque le juge ne peut pas trouver la volonté explicite ou implicite des parties (à défaut de choix), si les contractants ont la même nationalité, c'est la loi nationale des parties qui s'applique* ». Afin de découvrir la « volonté implicite » des contractants, il faut tenir compte de tous les éléments suivants : la nationalité des parties, le domicile, l'économie du contrat, la langue du contrat[71], le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat[72].

On trouve qu'il y a très peu de jugements de la Cour thaïe sur la recherche de volonté implicite des parties. Cependant dans la décision de la Cour suprême *Dika* en 1982[73], le Tribunal du travail a eu l'opportunité de rendre une décision concernant la volonté implicite des contractants. Malheureusement on trouve que cette décision est critiquée. En l'espèce, les parties ayant nationalité américaine ont conclu un contrat d'embauche à Singapore. Elles n'ont pas procédé le choix du droit applicable au contrat, puis la rupture du contrat a eu lieu en Thaïlande dont le litige a été introduit devant le Tribunal de travail. Les juges du premier degré ont estimé que « *c'est un cas où les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat.*

---

71 Cour suprême *Dika* n° 999/2496 (1953). En l'espèce il s'agit du commerce maritime, la Cour a estimé qu'on n'a pas de dispositions du droit maritime en Thaïlande, ni du droit coutumier. Vu qu'il soit convenable d'appliquer à ce litige les principes généraux de droit aux termes de l'article 4 du CCC. Ce contrat d'assurance maritime a été rédigé en anglais, dans ce cas la Cour estima que pour trancher le litige, la loi anglaise de l'assurance maritime doit être applicable par analogie. *Contra*. B. Audit, *op.cit.*, p. 659 : cet auteur fait une remarque que le langage utilisé dans un contrat doit être pris en considération en tant qu'indice pour déterminer la volonté réelle des parties. Il ne peut être employé à lui seul comme manifestant la volonté de celles-ci.

72 K. Luchai, *Conflit de lois*, Bangkok : Winyuchon, 2006, p. 73 ; Ch. Pachusanond, *Droit international privé*, Bangkok : Winyuchon, 2006, p. 268.

73 Cour suprême *Dika*, n° 3223/2525 (1982).

Donc c'est la tâche du juge de découvrir la loi du pays auquel le contrat doit être soumis. Le Tribunal a trouvé que le contrat a été conclu à Singapore ; dès lors il faut déduire que les parties ont voulu soumettre leur contrat à la loi singapourienne ». Il est clair que le Tribunal du travail a fait une erreur, car, il n'est pas nécessaire de chercher à savoir la volonté implicite des parties ; au contraire la première phrase de l'article 13 de la Loi de 1938 précise qu'il faut appliquer la loi nationale des parties lorsque les parties ont la nationalité commune. Finalement le pourvoi a été formé à l'encontre cette décision devant la Cour suprême et elle n'a pas partagé la même opinion du Tribunal du travail. En revanche la Cour a décidé que c'est le cas où les parties ont la même nationalité. Donc la loi américaine aurait été applicable[74].

29. Possibilité de désignation de plusieurs lois. Cette technique innove d'une conception traditionnelle plutôt hostile au dépeçage du contrat. Il faut rappeler que la théorie de localisation s'inscrit dans le contexte du droit international privé français, que cette théorie devrait, logiquement, refuser le dépeçage du contrat. Car elle est rattachée à la soumission du contrat à une loi unique. La conception traditionnelle est inspirée par le souci de respect des ensembles législatifs et la crainte d'un déséquilibre entre les parties[75].

Le système de dépeçage d'un contrat est peu à peu délaissé en Allemagne depuis les années 1960[76]. Alors qu'en France, la Cour de cassation a implicitement reconnu en 1959 dans son arrêt *Fourrures Renel*[77] le dépeçage du contrat exercé par les parties. On trouve que la possibilité de dépeçage d'un contrat résulte du principe de l'autonomie de la volonté laquelle confère un nouveau champ d'exercice à la liberté contractuelle. Comme le souligne M. P. Lagarde, « cette technique remplit deux fonctions utiles : elle permet le plein accomplissement de la volonté des parties et est dans la logique du principe d'autonomie »[78]. Force est de constater que les besoins économiques jouent un rôle important au développement du système de dépeçage du contrat : l'évolution qui se justifie par le développement des contrats complexes, et qui rend les parties intellectuellement séparables.

---

74 Mais aucune des parties n'ont prouvé la teneur de cette loi étrangère dés lors il faut appliquer la loi thaïe selon l'article 8 de la loi relative au conflit des lois.

75 P. Lagarde, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *RDIPP*.1975.649.

76 H. Gaudemet-Tallon, « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *op.cit.*, n°20.

77 V. *supra* note n° 68.

78 P. Lagarde, « Le dépeçage… », *op.cit.*, p. 651.

Quant aux secteurs dans lesquels le dépeçage a été fortement utilisé, par exemple en matière de crédit hypothécaire : l'opération de crédit est soumise à une loi étrangère alors que les garanties sont régies par la loi française[79], ou contrat de fourniture d'ensemble industriel. On peut interpréter également que le dépeçage permettrait aux contractants à détacher une stipulation non visée de toute loi afin de choisir une loi qui a un lien plus étroit avec cette partie du contrat.

30. Pendant les années 1970, on assistait au développement d'une opinion favorable à la possibilité d'appliquer les diverses lois à diverses stipulations d'un même contrat. Ainsi la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises reprend la formule de l'avant-projet de 1983, l'article 7, alinéa 1er admet le dépeçage du contrat[80], même si le domaine n'est limité qu'à la vente internationale de marchandises.

Il en est de même pour la Convention de Rome de 1980 et le Règlement CE n° 593/2008 qui ne posent aucune condition restrictive à l'intervention de la volonté dans ce domaine. Pour cette raison, la possibilité de soumettre un même contrat à des lois différentes a finalement été admise par cette convention et puis par le règlement Rome I. Le dépeçage se trouve aussi dans le cas de défaut de choix, pour la Convention de Rome, l'article 4 § 1 prévoit à titre exceptionnel la possibilité de désigner les lois différentes pour un même contrat. Ceci est très critiqué, seule la détermination une loi applicable n'est pas facile, ce sera plus difficile lorsqu'il y a possibilité de désigner plusieurs lois. Forte heureusement le règlement Rome I l'a abandonnée.

31. Quant au dépeçage, la CJCE a eu la première occasion de l'interprétation de Convention de Rome sur ce point en répondant aux questions préjudicielles demandées par la Cour de cassation néerlandaise. En l'occurrence, la société belge, ICF, a demandé d'obtenir le paiement des factures sur la base de contrat d'affrètement de marchandises à deux sociétés néerlandaises. La société ICF a saisi la Cour néerlandaise d'une action en paiement, mais les

---

79 Chambre de commerce d'industrie de Lyon, *Présentation du règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, Conférence du Professeur Cyril Nourissat, Faculté de Droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3, disponible sur le site www.lyon.cci.fr, mise à jour le 24 mars 2009.

80 L'article 7, alinéa 1er : « *La vente est régie par la loi choisies par les parties. L'accord des parties sur ce choix* ***doit être exprès ou résulté clairement*** *des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble. Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrat* ».

sociétés défenderesses néerlandaises ont invoqué la prescription de la créance selon le droit néerlandais, alors que la société ICF a soulevé l'application de droit belge selon lequel la prescription n'était pas acquise. Alors cinq questions préjudicielles ont été formées par la Cour de cassation néerlandaise, l'une d'elles posée si la prescription devait être régie à une loi propre, distincte de celle qui serait applicable au reste du contrat d'affrètement. La CJCE a estimé que « *la possibilité de séparer un contrat en plusieurs parties pour le soumettre à une pluralité de lois va à l'encontre des objectifs de la convention et doit être admise uniquement lorsque le contrat rassemble une pluralité de parties qui peuvent être considérées comme autonomes l'une par rapport à l'autre* »[81]. La Cour a fait recours à l'article 10 de la Convention qui stipule que le domaine de la loi du contrat en y incluant la prescription en affirmant que « *la loi applicable à la prescription ne saurait être déterminée séparément de la loi applicable au contrat* ».

32. En Thaïlande, par rapport à la pratique internationale, le droit international privé thaï et la jurisprudence restent silencieux sur la question du dépeçage du contrat. Or, certains auteurs[82] admettent le système du dépeçage d'un contrat, c'est-à-dire le dépeçage résultant de l'accord commun des parties, tel qu'il est affirmé par l'article 3 de la Convention de Rome de 1980 et par le règlement Rome I en termes suivants : « *(...) les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ». Pourtant cette liberté contractuelle se limite à certains domaines prévus par la Loi 1938 relative au conflit de lois ; en conséquence, l'état et la capacité des parties y compris la forme du contrat ne pourraient pas être régies par la loi choisie par des parties contractantes.

33. Problématiques. Comment régler les problèmes résultant des contrats internationaux ? Comment on a traité un contrat international dès le choix de la loi applicable jusqu'à la fin du procès c'est-à-dire l'exécution des décisions étrangères. Si des différences apparaissent et peuvent se comprendre, ou peut s'interroger sur les points faibles des systèmes respectifs et envisager leur application adoptée aux systèmes thaïs et plus généralement dans l'ASEAN.

---

81 CJCE, 6 octobre 2009, aff. n° C-133/08, *Balkenende, D.*, 2010, n° 4, p. 236, note F. Jault-Seseke ; *JDI*.2010.183, note C. Legros ; *RLDC*.2010.7, note M.-E. Ancel ; *Gaz. Pal*. 07/07/2010, n° 188-189, p. 24-26, note M. Nicolella ; *Europe*, 01/12/2009, n° 12, p. 36, note L. Idot ; *Rev. dr. transp*. 2009, comm. 210, note L. Grard. .

82 K. Luchai, *Conflit de lois, op.cit.*, p.72 ; Ch. Pachusanond, *Droit international privé, op.cit.*, p. 265-266.

34. Plan d'étude. Après avoir étudié et analysé les problèmes théoriques et pratiques relatifs aux contrats internationaux ainsi que l'objectif poursuivi, j'ai proposé de traiter ces questions en deux parties : la loi applicable aux contrats à caractère international pour la première partie et ensuite et le règlement des différends pour la deuxième partie en suivant l'attitude des parties contractantes qui pensent plus à la loi applicable qu'au règlement des différends lors des négociations. La vie économique et les échanges internationaux devenus de plus en plus complexes. De même que les problèmes provenant des contrats internationaux l'objet de notre étude sont aussi de plus en plus compliqués. Chaque ordre juridique fixe sa propre loi. Ceci provoque des conflits de lois susceptibles de compromettre l'investissement et le commerce transfrontalier et international. Le choix de la loi applicable pourrait améliorer la situation et modérer les conflits. La loi applicable aux contrats pose toujours le problème du choix. Certes, le choix peut se faire au profit d'une loi étatique ainsi qu'une loi non étatique. Les contractants peuvent choisir une loi qui ne présente aucun rapport avec leur contrat. Ainsi, cette loi peut être la loi étrangère dont les modalités d'application relève du droit interne de chaque État, ce qui pose beaucoup de problème à l'égard du juge étatique. A ce stade, la tendance du juge thaï est de refuser l'application de la loi étrangère choisie par les parties. L'article 8 de la loi de 1938 fait aussi obstacle à l'évolution de jurisprudence dans cette matière, car il pèse la charge d'invocation et la charge de preuve à l'une des parties.

Dans l'hypothèse où les parties n'ont pas procédé à un choix, la règle de conflit de lois conduit à la recherche de la volonté pour atteindre le résultat escompté. En l'absence de choix, le rôle de la Loi de 1938 est plus intense. Les points de rattachements employés par la règle conflictuelle thaïe en matière de contrat ne sont plus appropriés, c'est le cas de la nationalité. Car, celle-ci peut être utilisée comme rattachement dans certains domaines, certes en matière personnelle. Ce choix est obsolète et n'est pas apte à régler la question du conflit de lois dans le commerce international. Certes, la loi désignée par la règle de conflit ou résultant du choix des parties est loi la plus convenable pour régir le litige. Dès lors, le jeu d'ordre public international n'est que l'exception. Dans la plupart des cas les contrats internationaux sont entrés sous l'emprise de la *lex fori* en raison de l'application de manière répandue de ces mécanismes. Cette recherche a pour objectif de faire comprendre aux juges thaïs que ces mécanismes sont indispensables, mais il faut les utiliser prudemment **(Première Partie)**.

Après avoir réglé le choix de la loi applicable. Les parties doivent négocier du mode de règlement des différends. Cette partie sera traitée sous deux aspects : le mode traditionnel par voie judiciaire et le mode alternatif par l'arbitrage international. L'objectif avoué du droit international privé des contrats n'est que la détermination ou la désignation de la loi

applicable aux rapports internationaux entre parties contractantes. Quand bien même les contractants ont essayé lors de la négociation de réduire les problèmes dans l'avenir, il faut admettre que les difficultés peuvent intervenir dans toutes les phases contractuelles, dès la phase précontractuelle jusqu'à l'exécution du contrat. Pour cette raison, on ne peut nier l'importance de phase du règlement des différends dans les contrats commerciaux internationaux. Par ailleurs, la connaissance des juridictions qui seront compétentes en cas de litige est indispensable. Celles-ci peuvent être tant la juridiction étatique que la juridiction arbitrale. Pour la première, chaque ordre juridique détermine la compétence territoriale et d'attribution. Le principe de l'autonomie de la volonté trouve sa place à ce stade concernant le choix du for. Si en France, les règles sont relativement clairement posées, ce n'est pas forcément le cas en Thaïlande. Pour cette raison, l'arbitrage international présente plus d'avantage que l'assignation devant la juridiction étatique notamment pour maintenir de bonnes relations entre commerçants. Cependant il est possible que l'une des parties ait saisi le juge étatique malgré une clause compromissoire. Ceci génère d'autres difficultés qu'il faudra apprécier de part et d'autre. Enfin, les modalités et conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères sont différentes dans chaque État notamment pour le jugement étranger. C'est la phase la plus important, car tout procès qui s'est déroulé deviendrait inutile en l'absence de celle-ci.

Les règles de droit destinées à résoudre ces différends diffèrent selon chaque système juridique. L'étude de droit comparé devrait permettre de mieux comprendre la situation et de trouver la meilleure solution substantielle ou processuelle. Le droit comparé nous permettrait d'ailleurs d'améliorer le droit interne en utilisant l'approche comparative comme un instrument de compréhension **(Deuxième Partie)**.

Première Partie – Loi applicable aux contrats à caractère international.

Deuxième Partie – Règlement des différends.

Première Partie

LOI APPLICABLE AUX CONTRATS A CARACTERE INTERNATIONAL

35. En matière des contrats internationaux, les contractants ont la liberté de procéder au choix de la loi applicable. Certes, il en résulte du principe de l'autonomie de la volonté qui est bien établie en la matière depuis longtemps. Par ailleurs, les règles de droit que peuvent choisir des parties sont diverses. Cependant l'ordre juridique n'admet pas de telles lacunes en l'absence de choix des parties. Le législateur a développé les règles conflictuelles dont les rattachements présentent un lien effectif avec chaque circonstance, afin que ces règles puissent enfin déterminer la loi applicable au contrat.

La liberté de choix de la loi applicable n'est pas absolue. Dans certaines hypothèses, l'intervention de mécanismes préventifs d'ordre juridique du for est indispensable. Il en est de même en l'absence de choix, l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit ne devra pas porter atteinte aux principes fondamentaux censés être protégés par le for.

On verra tout d'abord la consécration de la loi choisie par les parties **(Titre I)**. Ensuite, on étudiera le cas en l'absence de choix **(Titre II)** et les limites au principe de l'autonomie de la volonté **(Titre III)**.

Titre Premier

CONSECRATION DE LA LOI CHOISIE PAR LES PARTIES.

36. Le commerce libéral se contente de la non-intervention, c'est-à-dire que les États ne doivent pas faire obstacle au commerce international en prohibant le libre choix de la loi applicable aux contrats à caractère international. Certes, la liberté de se contracter et de choisir la loi applicable est admise depuis longtemps dans cette matière – ce qui permet aux parties de prévenir leurs devoirs et obligations vis-à-vis de son cocontractant. Il en résulte du principe d'autonomie de la volonté des contractants affirmant la possibilité de choisir n'importe quelle loi. Le choix de la loi applicable au contrat permet de réduire des coûts d'une opération en raison de la connaissance anticipée du résultat de l'application de la règle de conflit, les contractants pourraient éviter les incertitudes. Grâce à ce principe, les parties peuvent choisir la loi étrangère applicable au contrat, à ce stade, on peut envisager des questions du moyen de preuve. Elle nous amène aux problèmes d'invocation et de répartition de tâches entre le juge et les parties. Certaines différences paraient claires entre les systèmes juridiques thaï et français quant à l'application de la loi étrangère. Alors que le choix du droit non-étatique semble plus douteux. Habituellement on n'admet pas que ceci soit applicable au contrat en tant que « droit », en revanche on accepte que le droit non-étatique s'applique en tant que clause contractuelle. Cette doctrine a été admise tant en France qu'en Thaïlande. C'est ce que nous vérifierons par la suite. A ce titre, nous essayons aussi d'étudier la loi étatique (étrangère) et non-étatique approfondie dans leur statut pour connaître l'attitude des parties dans leur choix de telle ou telle loi. Car il se peut que la pratique du juge à travers la jurisprudence puisse orienter les contractants à choisir la loi applicable à leur contrat. Force est de constater qu'il existe aussi certain domaine auquel le principe d'autonomie de la volonté ne pourrait pas pénétrer ; celui des immeubles que la *lex rei sitae* garde toujours sa compétence.

37. Notre étude ne serait pas complète sans avoir parlé de l'application de droit international au contrat aussi bien du droit conventionnel que du droit coutumier. Ce qui nous intéresse surtout à ce stade, c'est le droit écrit : la convention internationale du droit substantiel uniforme. A notre avis, ce sujet parait un peu spécial et ne sera pas traité au même titre que d'autres en raison de l'implication du droit international dans les contrats

internationaux dont le problème peut se poser différemment selon la pratique de l'ordre juridique. Si l'État est membre de cette convention internationale et s'il l'avait adoptée en droit interne ou son système juridique impose d'appliquer ces dispositions, tel est le cas de la France, dans cette hypothèse, ladite convention internationale pourra produire effet à l'égard d'un contrat international. Alors, le problème de possibilité de choix de la convention internationale applicable au contrat ne se pose pas. Mais on se pose souvent la question de savoir si les parties contractantes peuvent se soustraire de cette obligation imposée par la convention internationale par un accord tacite ? Ceci est exclu de notre champ d'étude.

38. En revanche, on se demande si un État qui ne ratifie pas cette convention internationale, peut-il l'appliquer ? Bien que la Thaïlande ne soit pas membre de la convention internationale de droit matériel uniforme dans la matière, les juges thaïs ont eu l'occasion de trancher les litiges pour lesquels les parties contractantes avaient choisi la convention internationale pour régir leur contrat. Citons la décision rendue par le TCPICI et la Cour suprême *Dika* concernant le transport aérien de marchandises dans laquelle les juges reconnaissaient le choix de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 12 octobre 1929 (la Convention de Varsovie). Toutefois, pour que la convention internationale puisse être appliquée, il faut que la volonté explicite du choix de cette disposition des parties contractantes soit mentionnée dans le contrat[83].

Il en va de même pour le cas du choix de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (ci-après la CVIM) applicable au contrat international. Quand bien même on attend toujours la jurisprudence sur cette issue, mais on ne voit aucune motivation de refuser le choix de celle-ci pour régir le contrat de vente internationale de marchandises, du moins en attendant l'élaboration de la nouvelle loi sur la vente de marchandises. Pourtant, sur la question de la charge de preuve, pour certains, elle pèse indubitable aux parties contractantes. A notre avis, le contenu de la convention internationale est plus aisé à rechercher que celui du droit étranger. De surcroît, lorsque le litige a été assigné devant le TCPICI en tant que juridiction spécialisée du litige du commerce, les juges pourraient par eux-mêmes procéder à la recherche de sa teneur sans aucune difficulté.

---

83 TCPICI com., n° 163/2542 (1999) ; n° 271/2543 (2000) ; n° 323/2543 (2000) ; Cour suprême *Dika* n° 3794/2543 (2000) ; n° 5133/2543 (2000).

Ensuite nous étudierons les lois que les parties pourraient choisir. On sait que les contractants sont libres de procéder au choix de la loi étatique ; loi du for ou loi étrangère, soit la loi non étatique. Les contractants ont souvent choisi la loi du for, plus précisément la loi du juge qui a été saisi pour trancher le litige, normalement ceci n'entraîne pas beaucoup de problème de droit international privé. Notre centre d'intérêt est dans le cas où les parties ont opéré leurs choix de la loi étrangère **(Chapitre I)**. Nous nous pencherons sur les normes non étatiques choisies par les contractants par la suite **(Chapitre II)**.

Chapitre Premier

CHOIX DE LA LOI ETRANGERE.

39. Le principe de l'autonomie de la volonté donne lieu aux parties de choisir la loi applicable au contrat. Ce choix, par ailleurs, peut être celui de la loi étrangère[84]. Lorsque les parties ont opéré un choix, le juge doit appliquer d'office la loi choisie par les contractants en tant que loi d'autonomie. Pourvu que ce choix ne soit pas contraire à l'exception d'ordre public international du juge du for.

40. En France, la question de l'application de la loi étrangère est soumise au système mixte entre facultative et mandataire alors que l'application de la loi étrangère selon le système juridique thaï est facultative. Puisque dans la plupart des décisions de la Cour suprême *Dika*, malgré le choix des parties de la loi étrangère applicable, les juges ont souvent décidé que les éléments de la situation peuvent être localisés sur le territoire du for ; dès lors il ne s'agit pas du conflit de lois, et qu'il n'y a aucune place pour la règle conflictuelle. C'est comme si le rattachement avec le for fait obstacle à l'application à la loi étrangère choisie par les contractants. C'est en fait le problème d'extranéité préalable, dans certains arrêts en matière de vente internationale de marchandises le caractère d'extranéité présentait expressément mais le juge a affirmé qu'il ne s'appliquait pas la règle de conflit et le traitait comme un litige purement interne, en raison de la destination de transport en Thaïlande[85]. On peut dire que le principe de l'autonomie de la volonté n'a pas été respecté à cet égard.

Nous étudions d'abord le statut de la loi étrangère au stade de l'appréciation du juge, car ceci affecte directement le fardeau de preuve des parties **(Section I)**. Par ailleurs, l'application de la loi étrangère ne signifie pas dans tous les cas que le juge devrait rechercher la teneur de ladite loi lui-même, l'obligation d'établir le contenu de la loi étrangère incombe à

---

84 La loi étrangère n'est pas incorporée au système du for. Elle est appliquée en tant que loi étrangère ou extérieure. Certes, elle n'a pas le même sens que la « loi » française ; outre le sens formel, elle reprend aussi de « l'ensemble des solutions du droit positif étranger ». En effet cette conception peut être expliquée par une raison logique : le juge du for étant extérieur au système juridique étranger, n'a pas de raison de s'arrêter à la source formelle de la loi en cause. Dans ce cas le fait le plus important est que cette règle soit en vigueur dans son pays d'origine, c'est-à-dire appliquée par les tribunaux. En pratique lorsque le juge français doit appliquer le droit étranger, le plus simple est de se référer à une interprétation déjà existante dans cet État, notamment celles des tribunaux.

85 Cour suprême *Dika*, n° 2768/2532 (1989).

la partie qui l'a soutenue **(Section II)**. Nous verrons finalement la mise en œuvre de la loi étrangère par le juge **(Section III)**.

Section I

Affermissement de la position de la loi étrangère au stade de l'appréciation par le juge.

41. Avant de dire qu'il faut renforcer l'application du juge de la loi étrangère en tant que loi d'autonomie, il nous convient tout d'abord de connaître la nature de loi étrangère en question **(§ 1)**. Ensuite, nous étudierons si l'on peut ou non, au stade de l'appréciation, assimiler la loi étrangère à la loi du for **(§ 2)**.

§ 1 : Nature intrinsèque de fait de la loi étrangère.

42. La loi étrangère est-elle du fait ou du droit ? Cette question n'est pas nouvelle, mais son importance est évidente. Si la qualification « droit » est retenue, cela signifie que le juge est tenu à la reconnaître. Au contraire si elle est du fait, le juge n'est pas obligé de la reconnaître sans preuves apportées par les parties. Il convient d'approfondir ce sujet pour connaître le véritable caractère de loi étrangère. Ce qui pourrait effectuer les moyens d'appréciation du juge de cette loi, pour l'intérêt d'exploiter ce sujet dans l'ordre juridique thaï.

Nous étudierons d'abord la conception restrictive soutenue par la jurisprudence (A). Ensuite, l'interprétation de formule « caractère de fait » de la loi étrangère (B).

A. L'alternative exclusive du droit étranger.

43. Le caractère véritable de loi étrangère. On admet que la loi étrangère est du droit, car elle émane d'un État souverain ou relève de l'ordre juridique étatique. Certes, elle est de droit à l'égard de son ordre juridique mais de même que les jugements étrangers, elle sera traitée autrement dans d'autres ordres juridiques. Cependant d'après la jurisprudence, on trouve que les juridictions françaises admettent depuis longtemps le statut procédural de fait au droit étranger. Pour bien illustrer la conception restrictive envers la jurisprudence, il faut étudier tout d'abord si l'application de la loi étrangère pose-t-elle véritablement une question de fait ? Autrement dit, si cette loi est-elle traitée comme le fait ? Si la loi étrangère est de

droit, elle sera du droit étranger et de la souveraineté étrangère ; en cette qualité, elle ne sera pas régie par la présomption de connaissance pesant sur le juge quant aux règles du droit français, et son accès sera plus difficile que celui des normes françaises[86]. En particulier le droit français n'a pas besoin d'être prouvé. Mais la loi étrangère diffère de la loi française : la loi étrangère n'est pas l'expression de la volonté de la souveraineté française, elle ne constitue pas par elle-même « l'impératif émanant de l'autorité à laquelle le juge est soumis »[87], elle n'est pas promulguée en France. Cependant la Cour de cassation a affirmé depuis l'arrêt *Coucke* le statut de la règle de droit de la loi étrangère que celle-ci n'est pas un simple élément de fait[88].

44. La nécessité procédurale de répartition des éléments de fait et de droit. Il ressort de différence des règles auxquelles l'application de la loi française et celle de la loi étrangère sont soumises. Par exemple en matière de preuve, puisque la loi étrangère n'est pas promulguée en France, le juge français n'est pas censé la connaître, par conséquent son contenu doit être prouvé. En effet il y a des différences incontestables qui séparent la loi française de la loi étrangère. Elles ne justifient pas la thèse qui refuse à la loi étrangère le caractère d'élément de droit et la qualifie d'élément de fait. Il faut rappeler que la dissociation des éléments du procès en deux catégories est faite au regard de droit national. Par élément de droit on n'entend pas la règle de droit en général, mais les règles qui réunissent des critères du droit français positif. Dans ces conditions, force est de constater que la loi étrangère ne peut entrer dans la catégorie des éléments de droit[89]. Mais il ne l'est pas toujours que la loi étrangère entre dans la catégorie de l'élément de fait. Cette idée est fondée sur la base de la conclusion selon laquelle l'alternative posée par la répartition des éléments du procès en deux catégories, dite l'élément de droit et l'élément de fait, est une *alternative exclusive*. C'est-à-dire que tous les éléments qui n'entrent pas dans la première catégorie entrent nécessairement dans la seconde. Cependant il paraît très clair qu'il y ait erreur de raisonnement, d'après M. I.

---

86 H. Motulsky, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *in Mél. R. Savatier*, Paris : Dalloz, 1965, p.670.

87 H. Batiffol, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Thèse, Paris, 1929, p.384.

88 Cass. 1er civ., 13 janvier 1993, *Coucke*, *RCDIP*.1994.78, note B. Ancel.

89 I. Zajtay, *Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère*, Paris : Pedone, 1958, p.13 et s.

Zajtay[90], car la dissociation des éléments du procès en deux catégorie a été faite sur le plan du droit interne, *a priori*, et sur ce plan la loi étrangère n'implique pas. C'est-à-dire qu'elle n'a pas été et n'a pas pu être prise en considération à l'égard de la division en cause. En conséquence la loi étrangère n'entre pas dans la première catégorie des éléments du procès ; le droit, il en résulte seulement qu'elle diffère de la loi française du for. Mais on ne pourrait pas conclure qu'elle relève de la seconde catégorie (élément de fait) et qu'elle constitue un élément de fait. Pour cette raison, mais de manière excessive à notre avis, M. I. Zajtay a proposé de créer pour la loi étrangère une troisième catégorie : plus précisément celle de la loi étrangère qui n'est ni la loi française, ni élément de fait. En effet l'idée selon laquelle les règles relatives à la loi étrangère en droit français sont les conséquences du prétendu caractère de fait de cette loi est erronée. Un élément qui ne relève pas de la catégorie de droit, car il ne répond pas à tous les critères de la loi française, n'est pas nécessairement un élément de fait. Citons le cas des États-Unis, la Loi fédérale de procédure civile 44.1 stipule dans le sens que l'applicabilité de la loi étrangère doit être traitée comme la question de droit[91]. Mais il y a aussi de certaines limites sur la charge de preuve que l'on verra par la suite.

B. L'interprétation de la formule « caractère de fait » de la loi étrangère.

45. Il reste à savoir si la formule d'après laquelle la loi étrangère est du fait en droit français vise-t-elle la nature de la loi étrangère ou sa fonction dans l'application judiciaire du droit ou tout simplement les règles de procédure relatives à la loi étrangère en droit français positif ? Il s'agit, en effet, de l'interprétation selon laquelle la loi étrangère a la nature intrinsèque du fait. Il est vrai que toute théorie concernant l'application de la loi étrangère doive nécessairement partir de l'idée que dans son pays d'origine la loi étrangère possède la nature intrinsèque de règle de droit[92]. De même que la loi française, la loi étrangère est impérative, abstraite et générale. A l'égard de l'ordre juridique du juge saisi, la loi étrangère est privée de sa force obligatoire, certes, elle n'a pas et ne peut pas avoir pour le juge français

---

90 *Ibid.*

91 Rule 44.1 provides : *Determining Foreign Law*

"(...) The court's determination must be treated as a ruling on a question of law".

92 G. Marty, « Travaux : Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *in*, *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Paris : Dalloz, 1950 p. 148 ; *Cf.* P. Mayer, *Droit international privé*, 10e éd., Paris : Montchrestien, 2010, n° 179 : la loi étrangère est du droit, puisqu'elle est un élément d'un ordre juridique et que son application par le juge aux individus détermine leurs droits et obligations ; mais l'existence d'une loi étrangère d'un contenu déterminé est un fait.

la même autorité que la loi française. En effet, on peut assimiler ceci au jugement étranger dans la mesure où il ne peut produire des effets *de plano* comme dans son État d'origine. Il est difficile d'imaginer qu'une loi étrangère puisse changer de nature lorsque son application est ordonnée en France. L'ordre que le législateur français adresse au juge français d'appliquer la loi étrangère n'enlève pas de cette loi ce qu'elle possède ; son caractère de règle générale et elle est impérative dans son pays d'origine. L'ordre du législateur français ne peut que compléter cette loi. En effet il ajoute à la loi étrangère l'élément que celle-ci ne constitue pas ; en principe la loi étrangère ne peut imposer au juge français, mais elle devient applicable par ce dernier sur une sorte d'ordre du législateur[93].

46. Le caractère fiction de fait de la loi étrangère. Il reste à savoir comment l'application du juge français de la loi étrangère privera celle-ci de sa nature de règle de droit ? On peut constater que la loi étrangère pose un autre problème en matière de règles procédurales. Plus précisément, l'idée selon laquelle la loi étrangère est du fait en droit français peut viser non pas la nature intrinsèque du droit étranger mais sa position au regard des règles de procédure. En affirmant que la loi étrangère est du fait, nous pouvons dire que les règles relatives à la preuve et au contrôle de la Cour de cassation en matière de fait s'appliquent également en matière de loi étrangère. En effet cette formule signifie que les règles relatives à la preuve et au recours en cassation sont plus ou moins les mêmes en matière de loi étrangère. Il s'agit d'une cause inventée pour justifier les effets[94]. Ainsi le caractère factuel de la loi étrangère est une fiction dont on se sert pour justifier les règles de procédure relatives à cette dernière.

Parmi les interprétations d'après lesquelles la loi étrangère est un élément de fait en droit français, d'après M. Batiffol[95], il existe des systèmes juridiques distincts. Admettant que la loi étrangère est « *une véritable loi sur le territoire qu'elle régit et pour les juges auxquels elle s'adresse* », alors que pour les juges français « *la loi étrangère reste une règle générale à appliquer à des cas particuliers* », que « *la règle étrangère en ayant perdu son caractère impératif légal parce que le législateur étranger n'a pas autorité en France, conserve sa nature d'être un ensemble de propositions générales coordonnées et hiérarchisées* ». La loi

93 I. Zajtay, *Contribution à l'étude…, op.cit.*, p. 19 et s.

94 Niboyet, « La loi étrangère : Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé ? », *RDILC.*1928.753, spéc. p.763.

95 H. Batiffol, *Traité de droit international privé*, t. I, Paris : LGDJ, 1993, p. 529-530.

étrangère, pour cet auteur, a vis-à-vis de la loi française un caractère doublement accidentel : d'une part, le juge n'a pas la connaissance officielle, car la loi étrangère n'est ni promulguée ni publiée en France, elle se prouve par des témoignages contingents et discutables. Elle se modifie sans qu'un avis en soit donné au for. D'autre part, elle émane d'un législateur qui n'a pas d'autorité sur le for. C'est là le caractère accidentel qu'on exprime en concluant que le droit étranger a valeur de fait. En revanche, « le droit » a raison de la nécessité ; c'est ce qui *doit* être et non ce qui se *trouve* être. La loi étrangère est un élément que le juge consulte sur l'ordre du législateur étranger ; l'interprétation de la loi étrangère est celle qui est reçue « en fait » à l'étranger et non celle que le juge du for estimerait nécessaire de déduire de son contenu[96].

47. La conception selon laquelle la loi étrangère apparaît comme élément de fait explique qu'elle doit être prouvée à la justice et interprétée en fonction de l'ensemble dans lequel elle se trouve, car l'adage *nemo censetur ignorare ius* n'applique pas à la loi étrangère et que la violation de la loi étrangère ne constitue pas à une violation du droit, car seule la loi française a doté en France l'autorité du droit[97]. Certes, cela peut expliquer la différence fondamentale qui sépare la loi française de la loi étrangère. Mais nous remarquons que ces règles, en fait, comportent de nombres d'exceptions et que, par conséquent, la valeur des arguments que l'on peut en tirer est relative et limitée. Nous partageons l'idée de l'auteur selon laquelle au point de vue du juge français la loi étrangère n'a pas le même caractère que la loi française et que la loi étrangère ne constitue pas par elle-même l'impératif émanant de l'autorité à laquelle le juge est soumis. D'après M. I. Zajtay[98], c'est à la loi française que le juge obéit même qu'il applique la loi étrangère. Parce qu'il est fondé sur l'idée que tous les éléments du procès qui ne répondent pas aux critères de la loi française positive sont des éléments de fait. Certes, la loi étrangère ne possède pas tous les éléments de la loi française en vigueur. Mais il n'en résulte pas que la loi étrangère constitue un élément de fait. Par ailleurs, si l'on admet que la loi étrangère possède un caractère accidentel, contingent, au regard du juge français et que c'est le propre des faits d'être accidentels, il n'en résulte pas que le droit étranger est du fait. Car, les causes différentes peuvent donner les même effets, le prétendu caractère accidentel de la loi étrangère et celui du fait peuvent résulter de deux causes différentes. Admettre que la

96 *Id.*, p. 531 et s.
97 *Ibid.*
98 I. Zajtay, *Contribution à l'étude…, op.cit.*, p. 24 et s.

formule selon laquelle la loi étrangère est un élément de fait en ce sens qu'elle est prouvée par les parties et que sa violation ne donne pas ouverture à cassation est une formulation qui ne peut être exacte que sous certaines réserves.

48. En Thaïlande, aucun article de la Loi de 1938 relative au conflit de lois ne dispose que les dispositions de la loi étrangère sont des éléments de fait. Mais l'article 8 de cette loi stipule que :

« Dans le cas où la loi étrangère sera applicable, à défaut de la preuve suffisante de ladite loi, le juge devra appliquer la loi du for »[99].

Alors que la Cour thaïe a admis depuis 1925[100] avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1938 sur le conflit de lois le caractère de fait à la loi étrangère, et selon le droit de procédure civile il incombe à la partie de prouver le fait. Par ailleurs dans le cours de droit international privé et celui de droit des preuves, on enseigne jusqu'à nos jours que le droit étranger n'est qu'un fait devant la juridiction thaïe.

49. Nous observons que l'application de la loi étrangère dans la règle conflictuelle thaïe a été influencée par le droit international privé anglais. C'est-à-dire que si le droit étranger est un élément de fait selon la jurisprudence thaïe[101], c'est parce que l'on a fondé une base uniquement dans le sens qu'il est prouvé par les parties. La doctrine thaïe semble orienter en ce sens[102]. Il faut rappeler que l'article 84/1 du CPC stipule que :

---

99 มาตรา ๘ แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ. ศ. ๒๔๘๑ บัญญัติว่า "ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม"

100 Cour suprême *Dika*, n° 530/2468 (1925). En l'occurrence le litige porte sur les successions en Thaïlande d'un étranger (appartenait du Royaume Uni), à l'époque où le traité sur l'extraterritorialité des droits anglais était applicable. La Cour a estimé que « *la loi étrangère applicable au litige est la loi anglaise sur les successions qui est le problème de fait. Vu que le demandeur a défailli d'en prouver, alors la Cour suprême n'a pas pu trancher ces problèmes* ».

101 Cour suprême *Dika*, n° 804/2490 (1947).

102 V. Wattanakhun, *Droit international privé*, Cours de droit, Université de Thammasat, 1965, p. 215 ; *Cf.* P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « La souveraineté de l'État et les relations juridiques selon le droit privé international », *Thammasat Law Journal*, vol. 23, n°4, 1993, p. 731-760. (Réédité en 2003 disponible sur le site http://www.archanwell.org/office/download.php?id=293&file=271.pdf&fol=1) ; K. Pinitpuwadol et S. Narkwachara, « L'application de la loi étrangère : dans le cadre de la Loi sur le conflit de lois B.E. 2481 devant le Tribunal central de propriété intellectuelle et commerce international », *Journal du droit de propriété intellectuelle et commerce international*, 2004, p. 358- 373 ; Ch. Pachusanond, *Droit international privé, op.cit.* ; P. Pivavatnapanich, *Droit international privé*, Bangkok : Université Thammasat, 2008, p. 222 et s.

« La partie qui a soulevé un tel fait pour soutenir sa plainte, la charge de preuve incombe à ladite partie (…) »[103].

D'ailleurs l'article 84 du même Code dispose dans un sens qu'il n'est pas nécessaire de prouver « le droit », car, en principe le juge doit le connaitre[104]. Par conséquent il ne reste que le « fait » que le demandeur devra le prouver. De même qu'en droit processuel français, le droit thaï a également conduit à appliquer au droit étranger le régime procédural du fait ; par exemple la Cour suprême a décidé que les parties ont manqué d'établir le contenu de la loi étrangère devant la Cour. En l'occurrence, les parties ont la nationalité commune : vietnamienne, et l'article 19 de la Loi de 1938 dispose que dans ce cas il faut appliquer la loi nationale de conjoints, mais en l'absence de preuve du contenu de ladite loi, la Cour s'applique la disposition du Code civil et commercial thaï au litige[105]. Admettons que le débat sur ce sujet n'est pas avancé et l'étude sur l'application de la loi étrangère devant le juge thaï est insuffisante. Une fois que le litige constitue un élément d'extranéité, à condition que les parties veuillent que la loi étrangère soit prise en considération, quand bien même il s'agit le cas du choix de la loi étrangère par les parties, celles-ci sont tenues d'invoquer un tel caractère pour que le juge puisse appliquer la règle de conflit des lois. Ensuite ce sera la tâche des parties de rapporter la preuve du contenu de cette loi étrangère, y compris les témoins experts.

§ 2 : Rejet du principe d'assimilation de la loi étrangère à la loi du for.

50. Il existe aussi la théorie qui soutient l'assimilation du droit étranger à la loi du for. Cette théorie a pour l'objectif d'admettre un élément de droit à la loi étrangère. Nous nous intéressons d'abord à l'argument d'une admission du droit étranger au statut de règle de droit (A). En effet tous les États acceptent de réserver une certaine place aux lois étrangères, dans ce cas, ils ne revendiquent pas une compétence exclusive et absolue. Mais on ne peut pas en déduire cette attitude comme une acceptation que la loi étrangère est assimilée à la loi du juge du for. En effet le principe d'assimilation de la loi étrangère à la loi du for est retenu en

---

103 มาตรา ๘๔/๑ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า "คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น (...)"

104 Le droit est qualifié comme un fait connu généralement par tous donc les parties n'ont pas besoins de prouver selon l'article 84 (2) du Code de procédure civile.

105 Cour suprême *Dika*, n° 1950/2529 (1986).

droit anglais, même si la Thaïlande adoptait certain nombre de règles sur le conflit de loi britannique pourtant ce principe n'a pas été retenu en droit thaï. On verra par la suite la conséquence du déni l'élément de droit de la loi étrangère (B).

A. L'admission de la loi étrangère au statut de règle de droit : l'argument critiqué.

51. Pour la distinction du fait et du droit, rappelons que « l'application de la loi est toujours impérative pour le juge qui statue en son nom[106] » et le juge est « par sa désignation même, chargé spécialement de la connaître »[107]. Ceci affirme que les règles de droit ne font pas l'objet d'une preuve des parties, et que le juge doit les rechercher lui-même. La preuve de la loi étrangère a été pendant longtemps à la charge des parties, dans les systèmes juridiques français et thaï, car il était admis que cette loi n'était qu'un simple fait du procès et le juge devrait respecter la neutralité dans le procès.

52. En dépit des critiques adressées par la doctrine autorisée à l'égard de cette solution, celle-ci a perdu son terrain pendant une longue période au mépris de considérations inhérentes au bon règlement des conflits de lois dans l'espace. Citons l'arrêt de la Chambre civile du 13 janvier 1993[108]. Il y a une solution qui permet de saisir la loi étrangère comme un aspect factuel du litige. En bien, avec cet arrêt, la Cour de cassation change son attitude en démontrant le contraire que *« les juges du fond appliquent et interprètent souverainement la loi étrangère laquelle, malgré l'absence de contrôle par la Cour de cassation, est une règle de droit qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du NCPC »*. Les juges du fond détiennent ainsi un pouvoir qu'ils n'ont pas sur les faits et qui est celui d'exploiter une connaissance personnelle[109]. Il en résulte de cette nouvelle solution l'abandon de l'ancienne conception de la loi étrangère. Puisque celle-ci présente un régime procédural particulier lié à son caractère extranéité, la loi étrangère conserverait toujours son essence juridique. Cette

---

106 P. Esmein, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6e éd., t. XII, Paris : Marchal et Billard, 1958.

107 F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., t. I, Paris : LGDJ, 1919, p. 352.

108 Cass.1er civ., 13 janvier 1993, *Coucke*, *préc. supra* note n° 88 ; V. aussi J. Lemontey et J.-P. Ancel**,** *André Ponsard, un internationaliste à la Cour de cassation*, *in*, *Mél. Ponsard*, Paris : Litec, 2003 p.212.

109 B. Ancel, note sous Cass.1er civ., 13 janvier 1993, *Coucke*, *op.cit.*, p. 80, *supra* note n° 88.

attitude de la Cour de cassation nous fait penser que lorsque le caractère juridique est clairement reconnu à la loi étrangère, il revient obligatoirement au juge d'en établir *ex officio* la teneur, les questions de droit relevant de sa compétence exclusive. Certes, l'article 12, 1er al. du CPC, qui met l'obligation au juge d'appliquer les règles de droit appropriées au litige, affirme cette opinion. Étant donné que la loi étrangère est du droit, le juge doit obligatoirement l'appliquer, cela suppose un rôle du juge dans la recherche de sa teneur dès lors que cette loi est désignée par la règle de conflit pour régir le rapport en cause. Le manquement des juges du fond à ce devoir entraîne la censure de leur décision par la Cour de cassation comme l'on a déjà vu plus haut.

53. Parmi les opinions admettant le statut de droit à la loi étrangère, M. P. Mayer, cependant conteste une incidence de l'accession de la règle de droit étranger au statut de règle de droit sur le régime de l'établissement de la loi étrangère. Son avis mérite d'être rappelé encore, d'après cet auteur, il faut distinguer l'essence de l'existence de la règle de droit étranger : « la loi étrangère est du droit, puisqu'elle émane d'un État et que son application par le juge aux individus détermine leurs droits et obligations, mais l'existence d'une loi étrangère d'un contenu déterminé est un fait. Par exemple, la règle chilienne qui interdit le divorce est une règle de droit, mais c'est un fait susceptible d'être prouvé, que le droit chilien prohibe le divorce. On dirait autant de la loi française ; mais son aspect factuel est masqué par la connaissance obligatoire du juge de son contenu qui supprime les problèmes de preuve »[110]. De nos jours, il est permis d'affirmer que la qualification juridique de la loi étrangère n'entraîne pas systématiquement une parfaite parité entre loi étrangère et loi du for sous le rapport de la mise en œuvre du droit désigné. Certes, on peut dire que la loi étrangère est toujours du droit mais son application envisage des difficultés lors de la mise en jeu par le juge saisi du droit du for en raison du caractère extranéité. Il ressort que l'affirmation du caractère juridique de la loi étrangère n'empêche point ladite loi d'être assujettie au stade de son application à un régime particulier. Ainsi c'est dans ce sens que l'arrêt *Coucke* doit être compris.

54. Le recours à l'article 12, al. 1er du CPC en tant que support de l'obligation semble en l'occurrence impraticable. On voit que c'est le juge qui est tenu d'appliquer effectivement toutes les règles de droit quelle que soit la nature des droits litigieux ou l'origine de la norme

---

110 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 132 et s.

en question. Dès lors, aucune place n'est réservée au bon vouloir des juges lors de la mise en jeu des dispositions juridiques. C'est-à-dire on ne voit pas pourquoi la référence à cette disposition serait partielle. Le souci d'esquiver cette incohérence, estime M. E. Bostanji[111], a conduit la jurisprudence française à renoncer à ce visa lors de l'invocation de la règle de conflit normalement appliquée au litige. Cette renonciation s'imposait du moment que l'obligation du juge de soulever d'office la règle de conflit a été limitée par la solution de l'arrêt *Sté Coveco*[112] bien que les règles de conflit de lois aient un caractère de droit.

55. En droit thaï, l'article 8 de la Loi de 1938 relative au conflit de lois dispose ainsi :

« Dans le cas où la loi étrangère sera applicable, à défaut de la preuve suffisante de ladite loi, le juge devra appliquer la loi du for »[113].

A priori, les juges thaïs traitent la loi étrangère comme un fait dont la partie qui aura l'intérêt devrait prouver sa teneur. Admettons que la doctrine ne traite pas beaucoup sur le statut de la loi étrangère devant la Cour thaïe, mais à notre avis, la qualification de fait de la loi étrangère a uniquement pour l'objectif procédural, de même que le cas français. Le législateur thaï a utilisé le terme « loi étrangère » dans l'article 8, après avoir l'analysé, on estime que la règle étrangère de conflit des lois doit être aussi prise en compte également. Car, les parties devraient invoquer son application et rapporter la preuve nécessaire ; le juge n'est pas tenu d'avoir la connaissance de règle conflictuelle étrangère. Certes, rien ne conteste le caractère de droit de la règle étrangère de conflit des lois, mais lorsque cette règle de droit est entrée dans l'ordre juridique thaïlandais, le juge du for ne pourrait pas abandonner son pouvoir souverain en appliquant cette loi étrangère en tant que règle de droit. Il semble que le système juridique thaï ne retient pas la thèse de l'égalité entre les règles de droit thaï et celles de droit étranger.

B. La conséquence du déni de l'élément de droit de la loi étrangère.

---

111 E. Bostanji, *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel*, Thèse, Dijon, 2000.

112 Cass.1er civ., 4 décembre 1990, *Sté Coveco*, *RCDIP*.1991.558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *JDI*.1991.371, note D. Bureau.

113 V. le texte en thaï, *supra* note n° 99.

56. L'application d'office la règle de conflit présente un rapport avec l'obligation de rechercher d'office le contenu de la loi étrangère. Il réside dans le fait que la finalité de la loi internationalement compétente est de recevoir application dans le rapport de droit en cause. Mais le problème se pose si la preuve de cette loi n'est qu'une tâche des parties, celles-ci pourraient s'entendre pour rendre l'application de la *lex fori* en ne pas recherchant la teneur du droit étranger. L'arrêt *Bisbal* en est un exemple. C'est pourquoi la doctrine actuelle considère que la solution d'application d'office de la loi étrangère et l'obligation reposant sur le juge d'en établir la teneur, n'est pertinente que pour les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, car, dans la matière de droits indisponibles, la solution contraire « viderait de presque tout son intérêt le renversement de la jurisprudence Bisbal »[114]. Alors que dans la matière de droit disponible, les parties ont souvent exercé leur liberté de choix de règles de droit applicable au litige d'après le principe de l'autonomie de la volonté, donc elles doivent garder elles-mêmes leurs propres intérêts.

57. En droit thaï, le problème se pose lorsque la partie n'a pas pu présenter la preuve devant la Cour, car le juge ne peut en aucun cas nier de trancher le litige sous prétexte qu'il n'y a pas de loi applicable ; ce sera le déni de justice. Le juge thaï fera alors recours à la loi du for[115]. Certains pays tels que le Royaume Uni, le Canada, ont les dispositions qui présument qu'en cas de faillite de preuve de la loi étrangère, il est présumé que cette loi étrangère ait le même contenu que leur droit interne. La loi thaïe écarte cette présomption qui est critiquée par des juristes et de même par certain auteur[116] qui a estimé que cette méthode n'est pas logique et difficile à comprendre puisque le juge sait que sa loi est différente de la loi étrangère en cause. Malgré l'influence de loi britannique, le droit thaï semble ne pas admettre la preuve de la loi analogue ou la loi plus proche appartenant au même système juridique en cas d'impossibilité de prouver la loi étrangère en cause. On se réfère toujours la jurisprudence de la Cour suprême.

---

114 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 183.

115 L'article 8 de la Loi de 1938 sur le conflit des lois, précité.

116 M. Wolff, *Private International Law*, Great Britain : Oxford University Press, 1945, p. 222-223.

Section II

Obligation d'établir le contenu de la loi étrangère.

58. Qui doit établir le contenu du droit étranger ? La jurisprudence est incertaine sur ce point. Dans un premier temps, elle décide qu'il incombe, en principe, aux parties d'établir la teneur de la loi étrangère. Le juge n'est pas tenu de rechercher d'office le contenu de la dernière, mais seulement la faculté[117]. Toutefois dans un second temps la Cour de cassation a décidé en 2002[118] que c'est la tâche du juge saisi de rechercher la teneur du droit étranger afin de trancher le litige. D'après la pratique de la Haute juridiction, un nouveau critère a été consacré : le droit disponible ou le droit indisponible. C'est-à-dire qu'il dépend du litige dont relève la matière où les parties ont la disponibilité de leurs droits ou non. Cela nous amène à étudier depuis l'origine dudit critère.

Nous verrons tout d'abord les critères usagés en droit français et la différence en droit thaï **(§1)**. Ensuite, on verra qu'en est-il si la teneur de la loi étrangère n'a pas été établie **(§2)** ?

§1 : L'évolution des critères employés.

59. Il paraît que les critères retenus par le juge français est différent de ceux de la loi thaïe. En France, le juge retient les critères des droits disponibles ou indisponibles. La difficulté réside dans la détermination des matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits (A). Alors qu'en droit thaï, la solution d'établissement de la teneur de la loi étrangère a été stipulée dans l'article 8 de la Loi de 1938 relative au conflit de lois (B).

A. La disponibilité ou l'indisponibilité de droit selon le droit français.

60. Afin d'y procéder, il faut pencher sur le rapport des critères de droits disponibles et indisponibles avec l'application de la loi étrangère (1). Suite à la détermination de la libre disposition des droits nous verrons la répartition de la tâche du juge et des parties résultant de ces critères (2).

---

117 Cass.1er civ., 8 juin 1971, *Bull.civ*.I.184 ; *D.* 1971, som.177 ; Cass.1er civ., 22 avril 1975, *Bull.civ*.I.138, *RCDIP*.1976.744.

118 Cass.1er civ., 18 septembre 2002, *Sporting*, *RCDIP*.2003.88, note H. Muir-Watt ; *JDI*.2003.107, note Péroz.

1) L'origine du caractère disponible ou indisponible.

a. La détermination de la libre disposition des droits.

61. En présence d'une règle de conflit bilatérale, nous serions tentés de proposer la référence au droit français, car la loi étrangère n'est pas appliquée de sa propre initiative, mais par l'intermédiaire de la règle française de conflit de lois. Soit on doit adopter les mêmes critères qu'en droit interne, soit on peut exercer plus librement le droit international privé en tenant compte de la relativité du choix des éléments de rattachement. La solution à apporter consiste à l'idée que la faculté de renonciation des parties à l'application de la loi compétente doit être possible, selon Mme D. Alexandre[119], nonobstant la loi compétente est la loi française ou bien lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère. Puisque la règle de conflit française est obligatoire pour le juge français quelle que soit la loi qu'elle désigne, mais elle n'est impérative que dans les matières où les parties n'ont pas la disponibilité de leurs droits. D'après l'arrêt *Bisbal* [120] le juge pouvait soulever d'office la règle de conflit, ensuite les arrêts *Rebouh* [121] et *Schule*[122] imposent au juge de soulever d'office de la règle de conflit en toutes matières. La Cour de cassation a finalement trouvé une solution intermédiaire dans l'arrêt *Sté Coveco*[123]. Dans cet arrêt, *a priori*, elle considère que le juge n'était tenu de soulever d'office la règle de conflit que dans deux cas : lorsqu'il était en matière où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits d'une part, et lorsque la règle de conflit émane d'une convention internationale d'autre part. Cependant il semble que la Cour de cassation supprime le critère tiré de l'origine conventionnelle de la règle de conflit. En même temps, elle consacre un nouveau critère fondé sur la disponibilité ou l'indisponibilité des droits. Mais la notion n'est pas certaine[124].

---

119 D. Alexandre, « Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé français », *in Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères*, Travaux de l'Institut de Droit comparé de Strasbourg, Paris : LGDJ, 1988, p. 21.

120 Cass.1er civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, *RCDIP*.1960.62 note H. Batiffol ; *JDI*.1960.810, note J.-B. Sialelli ; *D*.1960.610, note Malaurie ; *J.C.P*.1960.II.11733, note H. Motulsky ; *GA*, n° 32.

121 Cass.1er civ., 11 octobre 1988, *Rebouh*, *RCDIP*.1989.368 ; V. aussi la chronique de Y. Lequette, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal*, p.277 ; *JDI*.1989.349, note D. Alexandre ; *Gaz.Pal*. 1989.I.388, note E.S. de la Marnière ; *JCP*.1989.II.21327, obs. P. Courbe.

122 Cass.1er civ., 18 octobre 1988, *Schule*, *RCDIP*.1989.368 ; *JDI*.1989.349, note D. Alexandre ; *J.C.P*.1989.II.21259, obs. J. Prévault. ; *GA*, n° 74-78.

123 Cass.1er civ., 4 décembre 1990, *Sté Coveco.*, *préc. supra*, note n° 112.

124 H. Fulchiron et C. Nourissat, *Travaux dirigés de droit international privé*, 2e éd., Paris : Litec, 2003, p. 55-70.

En effet la notion de libre disponibilité des droits apparue en droit interne, elle se rapporte aux biens ou aux droits subjectifs dont les parties peuvent disposer. Plus précisément le droit subjectif signifie « la faculté de disposer librement d'un tel droit »[125]. Au plan procédural, les parties sont libres de choisir le règlement des différends comme elles souhaitent ; le recours devant les juridictions étatiques ou l'arbitrage. Par ailleurs le titulaire de ce droit peut y renoncer sous quelque forme ; un accord procédural par exemple. On entend également la notion de l'indisponibilité des droits, il s'agit de notion employée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation[126] afin d'exprimer le sens opposé à la disponibilité des droits. Pour que cette notion se traduit une restriction à la liberté du titulaire de tel droit[127].

62. En ce qui concerne les règles de conflit d'origine conventionnelle qui abondent précisément dans ces matières, telles les obligations contractuelles et délictuelles. Certes, la Cour de cassation française impose l'obligation de rechercher le contenu de la loi étrangère désignée[128]. Il reste à savoir quelle loi attribue aux droits litigieux le caractère disponible ou indisponible ? La loi étrangère désignée par la règle de conflit, ou la loi du for ? Ainsi que l'on a vu précédemment, on se réfère ici et à ce jour exclusivement à la *lex fori* ; les règles de conflit d'une part, et les règles substantielles de l'autre. Les dernières étant préférées aux premières en vertu d'une règle procédurale du for ; l'article 12, alinéa 3 du CPC. Dès lors, c'est au sein de la *lex fori* que l'on devra rechercher si les parties ont la libre disposition de leurs droits.

b. La solution critiquable.

---

125 B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris : LGDJ, 1996, n° 93.

126 Ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, Somm. comm., p. 318, obs. J.-L. Aubert ; *JCP*.1991.II.21752, concl. H. Dontenwille et note Fr. Terré ; *Petites affiches*, 23 octobre 1991, n°127, p. 4, note M. Gobert.

127 B. Fauvarque-Cosson, *loc.cit*.

128 B. Fauvarque-Cosson, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, Chron., p. 126-131. La mise en œuvre de ce critère engendre des difficultés quasiment insurmontables. Les interrogations subsistent bien qu'on tienne pour résolue la question de la loi susceptible de dire le droit disponible. La Cour de cassation devra définir le concept et préciser si ces droits, au départ indisponibles, peuvent devenir disponibles s'ils sont d'ordre patrimonial. Il faut rappeler que le fait que des règles impératives aient vocation à s'appliquer ne rend pas nécessairement le droit indisponible ; dès lors il faut éviter la confusion avec la notion de règle supplétive. En réalité, le rapprochement devrait se faire avec la notion de droit patrimonial car « il n'y a pratiquement pas de droit patrimonial qui ne soit disponible si l'on se place au moment où le litige relatif à ce droit est né ».

63. L'office des juges du fond varie exclusivement selon la nature des droits litigieux. Ainsi ce critère est devenu le fil conducteur pour la compréhension du système actuel de la jurisprudence sur l'application d'office la règle de conflit. Un auteur[129] nous a montré que depuis les arrêts du 26 mai 1999 le principe controversé de l'absence d'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit de lois acquiert une vitalité qu'il n'avait jamais eue. D'ailleurs, le recours à la libre disponibilité des droits pourrait donner lieu à certaines objections, aussi bien sur le plan théorique que pratique. En droit interne, cette notion est sans incidence sur l'office du juge. Il reste à savoir pour quelle raison elle l'est en droit international privé. Si la règle conflictuelle doit obligatoirement applicable, c'est parce qu'elle est du droit.

La nature disponible des droits litigieux confère une certaine liberté aux parties quant aux choix des règles de droits applicables. La Cour de cassation a privilégié la démarche particularisée, d'abord utilisée pour l'accord procédural puis transposée à la recherche du droit étranger. Cette manière de raisonner implique de délicates distinctions, lorsque le procès porte à la fois sur les droits disponibles ou indisponibles. Cela peut expliquer que lorsque les plaideurs invoquent l'existence d'un accord procédural, la question de la disponibilité du droit devra être tranchée également. Il semble inévitable que la Cour de cassation exerce son contrôle sur la notion de droit disponible, tant elle est devenue centrale dans la mise en œuvre des conflits de lois[130].

64. Quelle est la tâche du juge qui constate que l'une des parties invoque l'applicabilité d'une loi étrangère sans préciser suffisamment la teneur, surtout sans démontrer que le résultat d'une application de la loi étrangère diffère de celui qui résulterait d'une application de la loi française ? Dans un arrêt de la Chambre commerciale du 11 mars 2003[131], certes dans la matière où les parties ont la disponibilité de leurs droits, la Cour a refusé de sanctionner les juges du fond qui n'avaient pas procédé à une recherche sur la teneur du droit étranger. C'est la cohabitation entre la solution de la charge de preuve posée par l'arrêt

---

129 *Ibid.*

130 *Ibid.*

131 Cass.com, 11 mars 2003, *Banque Worms*, pourvoi n° 00-15982, *Gaz.Pal.*, 25 juin 2003, n° 176/177, p. 33 et la chron. M.-N. Jobard-Bachelier.

Amerford[132] et *Sea Land*[133] avec l'obligation rigoureuse du juge du fond de rechercher la teneur de la loi étrangère posée par l'arrêt *Lavazza*.

2) La répartition des tâches entre le juge et les parties envers le critère des droits disponibles et des droits indisponibles.

a. Les obligations du juge en cas d'indisponibilité des droits.

65. Quand bien même cette matière exclue de notre étude, mais elle mérite d'être étudiée pour connaître la différence par rapport à la matière de droits disponibles. La Cour de cassation considère que lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, le juge est tenu de soulever d'office la règle de conflit. Dès lors, on peut constater que dans l'arrêt *Mme Elkhbizi*[134] (2ème esp.), la Cour reproche à la Cour d'appel de Versailles de n'avoir pas soulevé d'office l'application de l'article 311-14 du Code civil. Il s'agit de l'action en recherche de paternité, les juges du fond auraient dû appliquer la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant afin de vérifier si selon cette loi une telle action était possible.

66. Il convient de souligner la différence entre l'arrêt *Sté Coveco* et l'arrêt *Mme Elkhbizi* fondée sur l'application de l'article 3 du Code civil. La Cour de cassation s'appuie sur ce texte afin de confirmer qu'il est obligé aux juges français, pour les droits indisponibles, d'appliquer la règle de conflit de lois. Force est de constater que la Cour affirme de façon implicite d'application d'office de la règle conflictuelle qui désigne le droit étranger. L'article 12 alinéa 1er du CPC aux termes duquel *« le juge tranche le litige conformément aux règles du droit qui lui sont applicables »*. Pour mieux respecter, on souhaite de reprendre ici les développements de M. H. Fulchiron : « si la Cour de cassation avait persisté sur ce fondement, elle n'aurait pas pu opérer une distinction entre les droits disponibles et les droits indisponibles par rapport à l'office du juge, car, selon ce texte, le juge doit toujours appliquer les règles de droit, donc les règles de conflit de lois, sans aucune distinction quant à la nature

---

132 Cass.com., 16 novembre 1993, *Amerford*, *RCDIP*.1994.322, note P. Lagarde ; *JDI*.1994.98, note J.-B. Donnier ; *GA*, n° 82 ; Cass.1er civ., 11 juin 1996, *Agora*, *RCDIP*.1997.65, note Lagarde ; *JDI*.1996.941, note Bureau.

133 Cass.com., 2 mars 1999, *Sea Land*, *RCDIP*.1999.305, rapport Rémery.

134 Cass.1er civ., 26 mai 1999, *Mme Elkhbizi*, 2ème esp., *RCDIP*.1999.707, note H. Muir-Watt ; *JCP*.1999.II.10192, note F. Mélin ; *GA*, 4e éd., 2001, n°78 : la Cour de cassation reproche aux juges du fond de n'avoir pas soulevé d'office l'élément d'extranéité. En l'espèce, *Mme Elkhbizi* est titulaire d'une carte de résident, alors elle a nationalité étrangère. Mais il s'agit de matière du droit indisponible, les juges auraient dû soulever d'office cet élément d'extranéité.

des droits »[135]. Pour la règle procédurale, l'article 7 alinéa 2 du CPC dispose que « parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ». Selon ce texte, les juges ne sont pas obligés de relever les faits présents dans le débat. C'est-à-dire le juge pourrait être tenté d'ignorer l'élément d'extranéité et enfin de ne pas appliquer la règle de conflit. Dès lors, pour éviter le risque de n'avoir pas soulevé cet élément par le juge du fond, la Cour de cassation se détache des textes de CPC parce qu'il s'agit d'un litige international et impose au juge de soulever d'office l'élément d'extranéité[136]. Il faut observer que l'on ne parle jamais de la loi étrangère sans l'application d'office la règle de conflit de lois ; c'est la règle conflictuelle que le juge ferait un appel afin de vérifier si cette loi étrangère est compétente.

De nos jours, on peut faire la clôture du débat en matière de droits indisponibles, car l'affirmation de la Cour de cassation est nette selon qu'il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en œuvre la règle de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règles[137].

b. Les devoirs des parties en cas de disponibilité des droits.

67. La Cour dans l'arrêt *Amerford* a affirmé que « *le cas où les parties ont la disponibilité de leurs droits, il incombe à la partie, qui prétend que la mise en œuvre de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois conduirait à un résultat différent de celui obtenu par application du droit français, d'établir cette différence de contenu ; à défaut, le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire* »[138]. Dans l'arrêt *Sea Land*[139], elle estime par ailleurs que les juges du fond n'ont pas à se substituer à la partie qui n'a pas prouvé le contenu qui lui serait favorable du droit étranger. C'est-à-dire que les juges n'ont pas à procéder à une recherche, en quelque sorte complémentaire et qui leur serait propre du droit étranger. Reste à savoir si le juge est tenu de procéder à la mise en œuvre de la loi étrangère

---

135 H. Fulchiron et C. Nourissat, *Travaux dirigés…*, *loc.cit.*

136 *Ibid.*

137 Cass. 1er civ., 3 mars 2010, pourvoi n° 09-13.723, *D.*2010.709, obs. I. Gallmeister

138 Cass. com., 16 novembre 1993, *Amerford*, *op.cit.*, *supra*, note n° 132.

139 Cass. com., 2 mars 1999, *Sea Land*, *op.cit.*, *supra*, note n° 133.

déclarée applicable ? La réponse est positive ; lorsqu'il a pris l'initiative de résoudre le conflit de lois auquel les parties étaient restées indifférentes, en appliquant la loi étrangère[140].

68. Dans l'arrêt *Sté Hannover International* [141]que la Cour de cassation est allée beaucoup plus loin dans son raisonnement, en affirmant que l'accord pouvait désigner la loi du for malgré l'existence d'une convention internationale. C'est-à-dire qu'on offrait la possibilité aux parties de ne pas respecter, par un accord entre elles, des règles de conflit d'origine conventionnelle, alors que le juge était tenu de soulever d'office l'application des règles de conflit d'origine des conventions internationales. Il semble que l'on a laissé le choix plus large pour les parties quant à la loi désignée. Dans l'arrêt *Sté Hannover International*, la Cour de cassation limitait le choix des parties à la désignation de la loi du for dont la loi française. Mais la Cour affirme dans l'arrêt *Sté Delta Draht* en 1999 que les parties peuvent s'accorder sur l'application *« d'une loi autre que celle désignée par une convention internationale ou une clause contractuelle »* [142]. Cette loi n'est pas forcément la loi française. Cependant il faut remarquer qu'en l'occurrence l'accord portait sur le droit français.

69. L'application uniquement au cas d'invocation explicite. Dans la décision de la Chambre commerciale du 5 février 2002, la Cour de cassation a décidé que *« lorsqu'aucune demande d'application du droit étranger n'est pas explicite quant aux dispositions éventuellement applicables, ni même expressément formulée »*, que seule une référence y est faite, sans qu'en soit déduite *« une conséquence juridique quant à la solution du litige, différente de celle résultant de l'application de la loi française »* [143], le juge n'est pas tenu de se prononcer sur la loi applicable ni d'en rechercher le contenu. En effet le défaut d'allégation suffisamment expresse en l'espèce, autorise le juge à ne pas procéder à une recherche du droit applicable et, en conséquence, le soustrait à une recherche obligatoire du contenu de la loi étrangère. Telle est également la position prise par la première Chambre civile dans l'arrêt du

---

140 Cass.1er civ., 5 octobre 1994, *Demart*, *RCDIP*.1995.60, note D. Bureau ; Cass.1er civ., 27 janvier 1998, *Ababou*, *JCP*.1998.II.10098, note H. Muir-Watt et Calberson.

141 Cass.1er civ., 6 mai 1997, *Sté Hannover International*, *RCDIP*.1997.514, note B. Fauvarque-Cosson ; *JDI*.1997.804, note D. Bureau ; *JCP. (G)* 1997, IV, 1326 ; *GA*, n° 84.

142 Cass.1er civ., 26 mai 1999, *Sté Delta Draht GmbH, J.C.P*.1999.IV.2324 ; *Droit et patrimoine* 1999, n°77, p.92, obs. F. Monéger.

143 Cass.com., 5 février 2002, *B. Jacob*, pourvoi n° 97-20193, inédit.

28 janvier 2003[144]. Selon la Cour, *« s'agissant de droits disponibles, le juge n'est tenu de mettre en œuvre la règle de conflit adéquate et d'appliquer le droit étranger qu'elle désigne* ***que dans la mesure où ce droit est expressément invoqué par une partie*** *(...), et les parties ayant fondé leur argumentation sur ce droit(...).* Mais la Cour a constaté que *« la référence faite par M. X à la loi de l'État de New York se limitant à une simple allégation concernant la constitution de la société Jaloc, de laquelle aucune demande n'était déduite »*. D'après ces deux arrêts on peut dire que l'obligation pour le juge de mettre en œuvre la règle de conflit rattache au fait que l'une des partie doit invoquer expressément l'application de règles de conflits et de loi étrangère résultant de ces règles. A défaut de ceci, la loi française s'appliquait en raison de sa vocation subsidiaire.

70. L'infirmation les critères de droits disponibles et indisponibles. On trouve que le critère des droits disponibles et des droits indisponibles pour déterminer les devoirs respectifs du juge et des parties afin d'établir la teneur du droit étranger n'est pas pertinent. La solution des arrêts de la Cour de cassation rendus en 2002[145] ; on constate que la Cour de cassation dans les derniers arrêts avait également sanctionné les juges du fond qui n'avaient pas recherché le contenu des lois étrangères désignées par la règle française de conflit. La Cour de cassation affirmait qu'à propos de l'opposabilité d'un changement de créancier au débiteur d'une dette de loyers, donc d'une action d'« intérêt privé »[146] qu'*« il appartient au juge saisi de l'application d'un droit étranger de procéder à sa mise en œuvre et, spécialement, d'en rechercher la teneur afin de trancher le litige selon ce droit »*[147]. En effet, la solution retenue par les juges du fond dans l'arrêt du 18 juin et du 18 septembre 2002 peut rapprocher à celle de l'arrêt *Amerford*[148]. C'est-à-dire que le juge s'appliquait d'office la règle de conflit

---

144 Cass.1er civ., 28 janvier 2003, *Jaloc Associates, RCDIP*.2003.462, note B. Ancel ; *Droit et patrimoine*, 2003, p. 95, obs. F. Monéger.

145 Cass.1er civ., 18 juin 2002 ; 18 septembre 2002 et 22 octobre 2002, *RCDIP*.2003.86, note H. Muir Watt ; *JDI*.2003.107, note H. Peroz.

146 Le juge a encore l'obligation de procéder à la mise en œuvre de la loi étrangère déclarée applicable lorsque, même en présence d'une action d'intérêt privé, il a pris l'initiative de résoudre le conflit de lois auquel les parties étaient restées indifférentes, en appliquant le droit étranger (Cass.1er civ., 5 oct 1994, *RCDIP*.1995.60, note D. Bureau)

147 Cass. 1er civ., 18 septembre 2002, *Sporting, op.cit., supra*, note n° 118.

148 Cass. com., 16 novembre 1993, *Amerford, op.cit., supra*, note n° 132 : c'est à la charge de la partie qui a invoqué l'applicabilité de la loi étrangère de prouver que le contenu de celle-ci est différente de celui de la loi française.

lorsque la partie ayant intérêt pouvait rapporter la preuve que son contenu est différent de celui de la loi française. A défaut de cette preuve, c'est la *lex fori* qui s'appliquait en raison de sa vocation subsidiaire. Mais, dans l'arrêt *Amerford*, la Cour de cassation a expressément référé dans sa décision au critère de la disponibilité des droits, alors cette solution n'a pas une vocation universelle[149].

En 2005, deux arrêts de la première Chambre civile et de la Chambre commerciale du 28 juin 2005 comportent la même solution fondée sur une motivation identique. Des deux arrêts que la motivation de cassation est la même ; *« **il incombe au juge français** qui reconnaît applicable un droit étranger, **d'en rechercher**, **soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties** et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger »* [150]. Certes, les deux arrêts ont été rendus à propos de matières qui relèvent des droits disponibles, il est à noter que les deux Chambres de la Cour de cassation n'ont pas fait référence à la nature du droit litigieux dans ses motivations. Dans cette hypothèse, il reste à savoir si la solution constitue par les deux arrêts a le caractère universelle dans la mesure où leurs motivations peuvent être appliquées en toutes matières ; soit disponibles soit indisponibles[151]. D'après M. J.-G. Mahinga, la Cour de cassation ne semble plus attacher de l'importance à la distinction entre droits disponibles et indisponibles quant à l'obligation de recourir à la règle de conflit[152]. Certes, on peut s'étendre cette solution à l'obligation d'établir la teneur de la loi étrangère. Comme on a vu que la Cour de cassation affirma que c'est dans tous les cas l'office du juge d'établir la teneur de celle-ci, même en l'absence de demande de cette partie. Pourtant la solution de l'arrêt *Amerford* (la charge de preuve

---

149 V. en outre J. Lemontey et J.-P. Remery, *La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, in Rapport de la Cour de cassation*, 1993, Paris : La Documentation française, 1994, p. 90.

150 Cass.1er civ., 28 juin 2005, *Aubin* ; Cass.com., 28 juin 2005, *Itraco*, *RCDIP*.2005.645, note B. Ancel et H. Muir Watt. Dans l'arrêt *Aubin*, un acte notarié dressé en Allemagne était en cause. Il s'agissait de déterminer la loi applicable à la force probante attachée aux énonciations de l'acte. Les juges du fond avaient retenu la compétence de droit allemande que désignait la règle de conflit française. Cependant, les juges du fond ont appliqué la loi française en ayant constaté que la partie qui avait soulevé l'application de la loi allemande n'établissait pas la teneur de celle-ci. Dans l'arrêt *Itraco*, le litige portait devant la Chambre commerciale sur des préjudices consécutifs à des dommages survenus à l'occasion d'un transport maritime. La loi australienne *Carriage of Goods by Sea Act* a été désignée dans les connaissements mais les juges du fond appliqueront au litige les règles de Hambourg de 1978 (loi du for) au motif que la société demanderesse qui se prévalait de l'application de la loi australienne avait failli à établir sa teneur.

151 J.-G. Mahinga, « L'office du juge français en présence du droit étranger », note sous Cass. 1er civ., 28 juin 2005 et Cass.com., 28 juin 2005, *Petites Affiches*, 28 décembre 2005, n° 258, p. 16-23, spéc. p. 19.

152 V. aussi Cass.1er civ., 11 janvier 2005, *RLDC*.2005.588 ; *D.* 2005.2924, note J.-G. Mahinga. V. Cass. 1er civ., 3 mars 2010, n° 09-13.723, *D*.2010.709, obs. I. Gallmeister.

incombée aux parties) se trouve sa limite en matière de droits indisponibles, la matière où l'intérêt général ou l'intérêt public ne peuvent être abandonnés par les intérêts privés[153].

71. Les arrêts du 28 juin permettent d'interpréter que la partie impliquée peut aussi faire la demande devant le juge du fond pour que celui-ci recherche la teneur de cette loi, bien qu'il y ait la possibilité de l'établir elle-même. Cependant le terme employé par la Cour peut être considéré que l'obligation du juge d'établir la teneur de la loi étrangère peut être délibérée sous l'égide des parties. Ce constat peut réduire le souci sur ce que les juges du fond seront trop chargés avec cette obligation. Si la preuve de ce contenu ne le satisfait pas, le juge peut lui-même en faire une recherche.

La seule explication que nous pouvons constater est que dès lors que les juges du fond ont admis l'application de la règle de conflit sans prendre en compte à la nature de la matière, il semblait moins aisé de subordonner, en tenant compte de matières, l'obligation d'application de la loi étrangère y compris d'en établir la teneur à la charge des parties. Par ailleurs, le souci de la loyauté procédurale doit être aussi réglé, on constate que l'attachement de la charge de preuve à l'intérêt du plaideur est apte à remédier aux inconvénients que nous avons vu plus haut. C'est-à-dire que la partie qui a choisi d'invoquer l'applicabilité de la loi étrangère devrait fournir aux juges du fond la preuve du contenu de celle-ci.

On verra que la directive retenue en droit français est différente de celle retenue en droit thaï.

B. L'absence des critères *in concreto* retenus dans le système juridique thaï.

72. Etat des problèmes. La directive retenue par la Cour française est plus nette que celle de la Cour thaïe concernant l'application de la règle de conflit des lois même en cas de l'absence de choix de la loi applicable par les parties. En effet le débat français est appuyé sur les critères utilisés pour dissocier la tâche entre le juge et les parties d'invoquer et de prouver la teneur de la loi étrangère en question. En revanche, en Thaïlande le problème semble différent, on trouve que le juge thaï ne tient pas compte de l'application de la loi étrangère. Car il l'a écartée depuis l'application de la règle de conflit des lois en estimant que le litige est né sur le territoire thaï, dès lors, ce litige relève de la compétence de l'article 4 du Code de procédure civile, il n'y a aucune place pour faire recours à la Loi de 1938 relative au conflit

[153] B. Ancel et H. Muir Watt, note sous arrêts du 28 juin 2005, *op.cit.*, p. 653.

de loi ! En effet l'article 4 du Code de procédure civile a pour l'objectif de déterminer le tribunal compétent, c'est-à-dire qu'il n'est pas obligé d'appliquer dans tous les cas la loi substantielle thaïe au litige qui est introduit devant la juridiction thaïe. **Lorsque le juge a constaté l'élément d'extranéité du litige et que l'une des parties a invoqué l'application, le juge devra faire jouer la Loi de 1938 relative au conflit des lois**. Ensuite le juge vérifie si les parties ont effectué la tâche qui leur incombe pour que la loi étrangère soit applicable. Citons les principales décisions bouleversées, par exemple, la **Cour suprême *Dika*** en 1989[154] **a refusé l'application de la règle de conflit au contrat à caractère international**. En l'espèce, il s'agit de transport maritime de marchandises et la subrogation d'assurance ; le vendeur dont l'établissement se trouve au Japon a envoyé des marchandises à la compagnie du défendeur. L'acheteur thaï a pris une assurance de marchandises avec la compagnie du plaignant. Certaines marchandises ont été volées en cours de route. Le défendeur a invoqué l'application de la loi de 1938 relative au conflit de lois afin de déterminer la loi applicable au contrat, en l'absence de choix du droit applicable par les parties. La Cour suprême a estimé qu'« *entend que les marchandises, l'objet du transport, sont déchargées au port de Thaïlande, la destination selon le connaissement ; Vu que l'acheteur et deux défendeurs sont personnes morales qui ont les statuaires en Thaïlande ; que la cause du litige s'est produite sur le territoire de ce pays, c'est la loi thaïe qui s'applique. Par conséquent il n'y a pas de problème de conflit de lois qui amènera à l'application de l'article 13 de la loi de 1938 relative au conflit de lois comme a soulevé le défendeur* »[155]. La Cour suprême a jugé en application de l'article 625 du CCC (transport domestique) comme si le litige est purement interne.

La situation semble plus choquée lorsque la Cour a rendu plusieurs décisions[156] en se basant sur cette directive même si les parties ont choisi la loi applicable à leur contrat. Avec tout le respect des décisions de la Cour suprême *Dika*, le juge est tenu d'appliquer au litige la règle de conflit dès lors que les parties ont rempli les conditions… Comment l'application de la loi étrangère serait-elle possible si le juge écartait toujours la prise en compte de la règle conflictuelle qui est considérée comme un procès préalable ?

---

154 Cour suprême *Dika*, n°2768/2432 (1989).

155 V. en même sens Cour suprême *Dika*, n° 3401/2529 (1986).

156 Cour suprême *Dika* n° 3401/2529 (1986) ; n° 563/2532 (1989) ; n° 2768/2532 (1989) ; et n° 2466/2532 (1989) ; n° 9083/2539 (1996).

73. Jusqu'à présent, on peut constater l'avantage du critère de droit disponible et indisponible, cependant le droit international privé thaï ne tient pas compte de ces critères. Dès lors, le juge n'est pas obligé de rechercher la teneur de la loi étrangère, même si l'intérêt de partie qui n'a pas de disponibilité de ses droits est en cause. Rappelons que, dans tous les cas, c'est la tâche du demandeur de rapporter la preuve de la loi étrangère devant la Cour. Faute de quoi, ce sera la loi du for qui sera appliquée.

1) L'obligation de soulever l'extranéité du litige.

74. En Thaïlande, la jurisprudence et la doctrine affirment dans la même direction qu'il incombe à l'un des litigants de soulever le caractère d'extranéité du litige pour que le juge applique au litige la règle de conflit de lois qui pourrait conduire à l'application de la loi étrangère. Dans tous les cas, c'est la Loi de 1938 relative au conflit de loi qui est le premier instrument que le juge devra consulter. Nous pouvons classer les faits que les parties devront soulever son caractère étranger en cinq cas : la nationalité de l'une des parties ; le domicile de l'une des parties ; le lieu de conclusion du contrat ; le lieu d'exécution du contrat ; et le lieu de situation de bien[157]. Lorsque les parties soulèvent l'un de ces faits devant le juge du fond et peuvent prouver que leur différend présente le caractère d'extranéité, le juge a d'office d'application les règles conflictuelles au litige. Cependant on observe que dans la plupart des cas, les parties ont soulevé le caractère étranger du litige pour affirmer leur personnage juridique, qu'elle est personne morale ; ou pour justifier la capacité d'assigner une instance devant les juridictions thaïes[158]. Autrement dit, elles n'ont pas l'objectif d'en soulever pour que le juge applique à leur litige la règle de conflit de lois.

75. En France, à l'époque, on a envisagé l'argument selon lequel les règles de conflit de lois n'ont pas un caractère d'ordre public, dans la mesure où il appartient aux parties d'en réclamer l'application. Deux approches sont envisageables : d'une part, on oublie qu'en droit international privé la norme substantielle n'est jamais directement applicable, elle jouera son rôle envers la règle de conflit. En effet, le problème de l'applicabilité d'office de la loi étrangère se pose dans les mêmes termes que celui de l'applicabilité d'office de la loi française. Puisqu'il s'agit dans les deux cas de déterminer si le juge du fond doit appliquer

---

157 Fondation du Professeur K. Luchai, « Les problèmes du choix de la loi applicable aux contrats internationaux », Colloque, Faculté des Sciences juridiques, Université de Thammasat, le 21 août 2002.

158 Cour suprême *Dika*, n° 1957/2500 (1957) ; n° 3401/2529 (1986) ; n° 563/2532 (1989) ; n° 2466/2532 (1989); n° 2768/2532 (1989).

d'office sa propre règle de conflit[159]. Si l'on admet que la règle de conflit de lois du for constitue aussi une règle du droit français au même titre que le droit interne français, nous ne voyons pas pourquoi le juge français, en principe, n'est pas tenu de l'appliquer[160]. D'autre part, la Cour de cassation a confirmé depuis l'arrêt *Bisbal* le caractère impératif de la règle de conflit lorsqu'elle donne compétence à la loi française par opposition au cas où elle donne compétence au droit étranger. *A priori*, la règle conflictuelle française est toujours obligatoire pour le juge français par application de l'article 12, 1er al. du CPC, sauf renonciation des parties dans les matières des droits disponibles, peu importe que la loi désignée comme compétente soit la loi française ou une loi étrangère[161].

76. En droit thaï, le Code de procédure civile ne stipule pas de la même manière que l'article 12, 1er al. du CPC français. Le juge thaï est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit selon les règles d'éthique judiciaire. Bien que ces dernières n'aient pas de juridicité, le juge qui ne le respecte pas peut être sanctionné par la peine pénale. On peut dire que le juge thaï a d'office de trancher le litige et rendre le jugement conforment à la règle de conflit de lois qui est aussi la règle de droit. Mais, comme on a déjà dit, la Cour souhaitait ne pas l'appliquer dans plusieurs cas. La Cour n'a pas affirmé le caractère obligatoire de la règle de conflit. En revanche elle l'a refusé en recourant à l'article 4 du Code de procédure civile[162] ; le litige est né en Thaïlande, donc il faut appliquer la loi thaïe. Peut-on penser que « la loi thaïe », selon la Cour, pourrait englober la loi de 1938 sur le conflit de lois ? Car cette loi est aussi le droit interne thaï. C'est surprenant quand on a trouvé que la Cour a très souvent motivé sa décision ainsi : « *le litige en cause est né en Thaïlande, il faut appliquer la loi thaïe. Vu que la question sur l'application de la règle de conflit de lois ne se pose pas en l'espèce* »[163].

---

159 D. Alexandre, « Les problèmes actuels… », *op.cit.*, p. 19.

160 P. Mayer, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *TCFDIP*, 1975-1977, p. 123.

161 *Ibid.*

162 « La plainte doit être assignée devant le tribunal où le défendeur a son domicile ; ou devant le tribunal du lieu de la naissance du litige sans tenir compte que le défendeur soit domicilié dans le Royaume ou non ». มาตรา ๔ (๑) แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า " คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่ "

163 V. Cour suprême *Dika*, n° 3401/2529 (1986) ; n° 563/2532 (1989), inédit. ; n° 2466/2532 (1989) ; n° 2768/2532 (1989).

a. Solutions proposées.

77. L'application d'office et l'obligation de l'invocation. Tout d'abord il faut distinguer l'applicabilité de la loi étrangère et son application effective. En ce qui concerne l'applicabilité d'office, en principe, le juge français est tenu d'appliquer dans tous les domaines, car il s'agit de respecter la règle de conflit française qui a pour le juge un caractère obligatoire. Sur ce point, les juges du fond thaïlandais devront également retenir cette directive. Cependant on peut constater que ce principe peut être atténué. En premier lieu, il s'agit de cas où les parties ont la disponibilité de leurs droits. Dans ce cas elles peuvent, par un accord commun, renoncer à l'application de la loi normalement compétente. Ce que nous étudierons par la suite. En second lieu, le caractère obligatoire de l'application d'office de la loi étrangère est le corollaire de l'obligation de respecter les principes procéduraux du droit français ce que nous avions déjà étudié. Force est de constater que le juge devra trancher la question du droit applicable, que les droits soient disponibles ou non, que la compétence d'une loi étrangère ait été revendiquée ou non, le juge devrait appliquer « la règle de conflit adéquate », sous le contrôle de la Cour de cassation[164].

78. En effet, suite à l'arrêt *Bisbal* en 1959, la Cour de cassation a décidé dans son arrêt du 9 mars 1983[165], que dans le cas où les parties n'ayant pas invoqué la compétence de la loi étrangère *« la Cour d'appel n'était pas tenue de rechercher d'office si cette loi (...) était applicable »* (conformément à l'arrêt *Bisbal*). Dans un deuxième temps, la Cour de cassation dans les arrêts *Rebouh* et *Schule*[166] impose au juge de soulever d'office l'application des règles de conflit de lois en toutes matières quelle que soit la loi désignée ; loi française ou loi étrangère. Dans un troisième temps, il semble que ce principe soit partiellement remis en cause par la Cour de cassation dans l'arrêt *Coveco* du 4 décembre 1990[167]. La Cour estime que *« le juge du fond n'était pas tenu de soulever d'office l'application de la règle de conflit de lois sauf dans deux cas : lorsqu'il s'agit d'une matière dans laquelle les parties n'ont pas*

---

164 Cass. 1er civ., 28 janvier 2003, *Jaloc Associates*, *RCDIP*.2003.462, note B. Ancel ; *Droit et patrimoine*, 2003, n°119, p. 95, obs. F. Monéger.

165 Cass. 1er civ., 9 mars 1983, *JCP*.1984.II.20295, note P. Courbe.

166 Cass.1er civ., 11 octobre 1988, *Rebouh*, *RCDIP*.1989.368 ; chron. Y. Lequette, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal*, p. 277 ; *JDI*.1989.349, note D. Alexandre ; Cass. 1er civ., 18 octobre 1988, *Schule*, *RCDIP*.1989.368 ; *JDI*.1989.349, note D. Alexandre ; *J.C.P*.1989.II.21259, obs. J. Prévault. ; *GA*, n° 74-78.

167 Cass.1er civ., 4 décembre 1990, *Sté Coveco*, *préc.*, *supra* note n° 112.

la libre disposition de leurs droits (statut personnel) et lorsque la règle de conflit de loi émane d'une convention internationale ».

79. Puis la Cour de cassation a de nouveau opéré un revirement de jurisprudence concernant l'office du juge. Dans l'arrêt du 26 mai 1999[168], *Sté Mutuelle du Mans*, et dans l'arrêt de la même date *Elkhbizi*, la Cour de cassation considère que *« seul le critère de la disponibilité ou non des droits litigieux doit être pris en compte pour déterminer l'office du juge »* et lorsque les parties n'ont pas invoqué la compétence de loi étrangère, le juge est obligé de mettre en œuvre d'office de la règle de conflit de lois lorsque les droits sont indisponibles. Il semble que la jurisprudence relative au droit indisponible soit bien établie, car cette formule a été réaffirmée dans l'arrêt de 2006[169] et le nouveau rappel a intervenu dans les arrêts du 11 février 2009 et du 11 mars 2009 qu'*« il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en œuvre la règle de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle »*[170]. C'est-à-dire qu'en matière où les droits des parties sont disponibles comme en matière du contrat, le juge n'est pas tenu l'application d'office de la règle de conflit de lois.

En ce qui concerne la règle de conflit résulte de la convention internationale, dans l'arrêt *Marmara* du 9 décembre 2003 la Cour de cassation a désapprouvé cette démarche au motif que « *la loi compétente devait être déterminée par référence à la Convention de Rome du 19 juin 1980* » (v. *infra* note n° 171).

80. Cette même solution a été reprise dans un arrêt *Pourcet* du 31 mai 2005 pour la vente d'avion. Les juges du fond avaient estimé que le rattachement correspondait à la commune intention des parties, ces dernières sont Françaises et le paiement ayant été fait par un chèque payable en France. La Cour de cassation a censuré cette décision au motif que « *la loi applicable devait être déterminée par application de la Convention de Rome* ». D'après l'avis de M. T. Azzi, la Cour de cassation dans ces deux arrêts n'a pas abandonné la jurisprudence *Mutuelle du Mans*, car le juge n'est pas plus tenu qu'auparavant d'appliquer d'office de la

---

168 Cass.1er civ., 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, 1er esp., *RCDIP*.1999.707, note H. Muir-Watt ; *Gaz.Pal*. 2000 n°61 et 62 p.39, obs. M.-L. Niboyet ; *GA*, n°77 ; Cass.1er civ., 26 mai 1999, *Mme Elkhbizi*, 2ème esp., *RCDIP*.1999.707, note H. Muir-Watt ; *J.C.P (G)* 1999.II.10192, note F. Melin ; *GA*, n°78.

169 Cass. 1er civ., 7 et 20 juin 2006, pourvoi n° 05-14.281, D. 2007.1710, note P. Courbe ; *RCDIP*.2007.383, note B. Ancel ; *AJ fam*. 2006. 376, obs. Boiché.

170 Cass. 1er civ., 11 février 2009, *La lettre Omnidroit*, le 20 février 2009.

règle de conflit en matière de droits disponibles, même figurerait-elle dans la Convention de Rome[171]. Toutefois l'autorité de la règle de conflit ne s'impose que dans le cas où l'une des parties a soulevé la question de droit applicable.

Cette solution a été affirmée dans un arrêt du 22 janvier 2008[172]. En l'espèce une société française avait fait venir en France du matériel informatique. La marchandise, transportée par une société anglaise, est arrivée en mauvais état. Les juges d'appel, par l'application de droit français du for, ont condamné l'entreprise anglaise en écartant l'application de la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (ci-après CMR). L'entreprise anglaise a opposé la mise à l'écart de la CMR devant la Cour de cassation et a soulevé qu'elle avait subsidiairement demandé que sa responsabilité contractuelle doit être jugée en vertu du droit anglais. La Cour de cassation a sanctionné l'arrêt de la Cour d'appel au motif que *« lorsque l'une d'entre elles invoque l'application de la loi étrangère, le juge a l'obligation de rechercher si cette loi est effectivement applicable par référence à la règle de conflit »*.

La loi étrangère invoquée par la partie au litige n'est pas nécessairement d'être la loi choisie par les parties. L'arrêt ne met pas le fait que la règle de conflit à utiliser est issue de la Convention de Rome[173]. Il faut rappeler que seule la source internationale de la règle de conflit ne lui rend pas une autorité supérieure, dès lors, toute règle de conflit impose au juge à condition qu'un litigant ait invoqué l'application de la loi étrangère et le litige porte sur les droits disponibles. Comme avait remarqué Mme. M.-E. Ancel[174] que cet arrêt ne répond pas à la question concernant le cas de demande des parties d'appliquer la convention internationale de droit matériel, à savoir si le juge devrait rechercher la loi applicable en vertu

---

171 *Cf.* T. Azzi, « L'office du juge dans la mise en œuvre de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *in Mél*. H. Gaudemet-Tallon, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 652 et s. Lorsqu'on songe sur l'arrêt *Mutuelle du Mans*, la règle de conflit d'origine conventionnelle est facultative, en l'absence d'invocation des plaideurs, le juge est en principe libre de s'en remettre à la loi française en ignorant le règle de conflit, même si celle-ci résulte de la convention de Rome, le Règlement Rome I ou d'un autre instrument international. V. également Cass. 1er civ., 9 décembre 2003, *Marmara*, *Bull.civ.* I, n° 251 ; *RDC*.2004.769, obs. D. Bureau ; Cass. 1er civ. 31 mai 2005, *Pourcet*, *Bull.civ.* I, n° 231 ; *RCDIP*.2005.465, obs. P. Lagarde ; D. 2006.1496, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *RDC*.2005.1185, obs. D. Bureau.

172 Cass. com., 22 janvier 2008, n° 06-18.822 (non publiée au Bulletin).

173 On trouve que cet arrêt est différent des affaires *Marmara* et *Pourcet* qui ont été sanctionnées pour avoir retenu la mauvaise règle de conflit de lois, en revanche cet arrêt concernant la CMR, une convention internationale qui ne comporte que des règles matérielles.

174 M.-E. Ancel, « Septembre 2007-juillet 2008 : une jurisprudence en semi-liberté », Droit international privé patrimonial, *Droit et patrimoine*, n° 176, 2008, p. 89-90.

de la règle de conflit ou s'il faut que l'application d'une loi étrangère donnée soit mise dans le débat ? A notre avis, si le juge du for a constaté l'existence de la convention internationale de droit substantiel applicable au problème en cause et c'est celle qui est entrée en vigueur dans l'ordre juridique du juge saisi, le juge devra l'appliquer, car c'est l'une des exceptions du jeu de la règle de conflit de lois. La CMR est déjà entrée en vigueur en France, mais la Cour de cassation française a fait référence à la règle de conflit.

81. En Thaïlande, sur le plan théorique, les juristes ont motivé que le juge devait appliquer d'office la règle de conflit de lois dans tous les cas où présente le caractère d'extranéité[175], sans aucune distinction le domaine du droit disponible et indisponible. Cependant, comme nous l'avons étudié, les juges thaïs ont nié souvent l'application de la règle de conflit dans plusieurs cas. A titre d'exeple, la décision rendue en 1996, en l'occurrence, les parties ont choisi la loi applicable au contrat de transport de marchandises, des États-Unis vers la Thaïlande, en concluant dans le connaissement que la loi américaine sera applicable au contrat. La Cour a estimé que « *il paraît que le plaignant a porté plainte au moment où le défendeur est domicilié en Thaïlande, dès lors, le plaignant a eu droit d'introduire le litige devant la Cour civile thaïe. Par ailleurs* ***il n'est pas nécessaire de trancher le litige en appliquant la loi de 1938 relative au conflit des lois*** »[176].

Il est vrai que lorsque les juges sont déterminés à appliquer la loi applicable, ils sont présumés le devoir de l'identifier correctement. Il peut arriver que le pourvoi mène à un débat de droit international privé mais en le plaçant sur un mauvais terrain. S'ils font un mauvais choix de règle de conflit ou s'ils emploient une mauvaise méthode, ils commettront une erreur. Il convient de citer une décision du Tribunal central de la propriété intellectuelle et du commerce international. En l'occurrence, le plaignant est une société américaine *Chrysler International Co. Ltd.* assigna la défenderesse une société thaïlandaise *Chrysler Manufactoring Co. Ltd.* **Le demandeur, pour prouver son personnage juridique devant la Cour, a soulevé qu'il est une société de droit américain** mais il n'a pas évoqué d'autre preuve pour inviter le juge à appliquer la règle de conflit et la loi étrangère. La Cour a estimé en premier lieu que « *le litige porte sur la vente internationale de marchandises donc la Cour a dû procéder, tout d'abord, à rechercher la loi applicable à ce contrat* ». Le juge a déjà

175 K. Luchai, *Conflit de lois*, Bangkok : Winyuchon, 2006, p. 19-22 ; P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, *Droit international privé*, 5ème éd., Bangkok : Winyuchon, 2003, p. 24-27.

176 Cour suprême *Dika*, n° 9083/2539 (1996).

appliqué la règle de conflit thaïe à ce stade. Cependant la Cour a ensuite estimé qu'*« aucune des parties n'a invoqué l'application de la loi étrangère à leur contrat, dès lors il faut appliquer les dispositions du Code civil et commercial au litige »*[177].

b. Les modalités d'invoquer l'élément d'extranéité.

82. En droit thaï, afin d'obtenir le résultat plus net, la jurisprudence a établi trois catégories principales de modalités envisageables pour invoquer le caractère d'extranéité. La première est à la description du statut juridique de l'une des parties. Au regard du nombre de décisions de la Cour on trouve que c'est un moyen le plus pratiqué. Car les parties doivent décrire leurs état et capacité dans tous les cas. Toutefois on constate que ce moyen n'est pas clair pour juger le caractère d'extranéité du litige, *a priori*, en pratique presque toutes les parties devraient décrire l'état et la capacité et que seul le fait que l'une d'elles est personne morale selon le droit étranger ne peut conduire le juge à appliquer les règles conflictuelles[178]. La deuxième est le cas où la partie a invoqué l'élément d'extranéité sans établir la teneur de loi étrangère en cause. Ceci affecte directement le résultat du litige (v. *infra* n° 89). La dernière, lorsque la partie a décrit l'élément d'extranéité et a établi le contenu de la loi étrangère. Dans ce cas le juge devra sans doute appliquer la loi étrangère choisie.

Une décision de la Cour suprême rendue en 1989[179] dans laquelle les parties ont évoqué l'élément d'extranéité de manière explicite en est un exemple. Le litige a porté entre une compagnie d'assurance, plaignante et une compagnie de transport, défenderesse. En l'occurrence, *Manoyont Parnership* a passé un contrat d'achat de marchandises au vendeur japonais *Central Automotive Products*. Les marchandises ont été endommagées pendant le transport par la mer organisé par *Daisae Co.Ltd.*, dès lors, la société *Witsin Insurance Co.Ltd.*, l'assureur, a subrogé dans les droits de l'acheteur pour assigner le transporteur défendeur.

La défenderesse a évoqué la nationalité différente des parties contractantes afin de montrer l'élément d'extranéité, ensuite elle a fait prévaloir qu'en appliquant la règle de conflit des lois thaïe, si le juge n'avait pas pu trouver la loi d'autonomie, il faudrait appliquer la loi japonaise. En effet nous ne trouvons pas que les parties ont explicitement opéré le choix de la loi applicable dans ce cas et la loi japonaise que la défenderesse a invoquée résulte

---

177 TCPICI, com. n° 107/2542 (1999).

178 Cour suprême *Dika*, n° 2357/2520 (1977) ; n° 1282/2524 (1981) ; n° 3848/2531 (1988) ; n° 2768/2532 (1989) ; n° 6437/2541 (1998) ; et n° 3812/2543 (2000).

179 Cour suprême *Dika*, n° 2466/2532 (1989).

uniquement de sa volonté unilatérale. Il ne semble pas que c'était un accord de la part du plaignant. Par ailleurs, la défenderesse a établi le contenu de la Loi japonaise de 1957 sur le transport international de marchandises par la mer. On constate qu'elle a invoqué tous les éléments nécessaires pour que le juge applique la loi étrangère au litige, tels que : le caractère d'extranéité des contrats en question ; la nationalité des parties ; le lieu de conclusion du contrat ; le lieu d'exécution du contrat ; et la preuve du contenu de loi étrangère. Ainsi, ce jugement est un bon exemple de modalités d'invocation la loi étrangère devant la Cour.

83. Pourtant, après avoir établi le Tribunal central de la propriété intellectuelle et du commerce international en 1997, on observe que cette nouvelle juridiction peut régler ce problème car les juges de ce tribunal sont compétents dans ce genre du litige. Donc l'application par ce tribunal de la règle de conflit des lois ne semble pas poser beaucoup de problème[180]. Dans la décision de 2008, le plaignant a invoqué dans sa plainte le caractère international du litige ; les contractants n'ont pas choisi la loi applicable au contrat, mais il paraît dans la lettre d'affirmation de la commande que la loi autrichienne régira le litige, le défendeur n'a pas objecté au moment de la réception de ce document… Le tribunal a tranché le litige en appliquant la loi de 1938 relative au conflit de lois pour rechercher quelle est la loi compétente selon l'article 13.

Au vu de ces arrêts, on peut constater que la non-application de la Cour des règles de conflit y compris de la loi étrangère résulte de plusieurs facteurs ; la négligence des parties ou même de leurs avocats ; et dans certain cas la mauvaise connaissance du mécanisme de conflit de lois du juge. On trouve par ailleurs dans la plupart des litiges que les parties n'ont pas soulevé ces faits devant le juge du fond. Par conséquent il est interdit de les invoquer dans la procédure d'appel devant la Cour suprême *Dika*[181], car le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.

84. En France, concernant le caractère international du litige, la question peut se poser si le juge français peut ou doit appliquer une loi étrangère lorsque les éléments d'extranéité

---

180 V. TCPICI, com. n° 87/2551 (2008).

181 En Thaïlande, le Tribunal Central de propriété intellectuelle et de commerce international est le tribunal au premier degré, qui n'a compétence que pour trancher les litiges portant sur la propriété intellectuelle et le commerce international. Après avoir obtenu une décision de celle-ci les parties peuvent faire un appel directement devant la Cour suprême et non la Cour d'appel. C'est ce qu'on appelle la procédure de *leap frog*.

n'apparaissent pas parmi les prétentions. Car le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat (l'article 7 du CPC). En effet l'alinéa 2 de cet article stipule que *« parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqué au soutien de leurs prétentions »*. L'article 7 al. 2 n'oblige pas le juge à prendre en considération les faits que les parties n'ont pas spécialement invoqués. Au contraire, il lui en donne seulement la faculté[182]. Mais il encourt la censure s'il affirmait, dans les motifs de sa décision, ne pas avoir le pouvoir de le faire[183]. L'article 8 du CPC admet que *« le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige »*. Le juge français a ainsi la possibilité de s'informer sur l'existence d'éléments d'extranéité. En fait il n'aura pas besoin de le faire puisque le CPC impose aux parties l'obligation d'indiquer des éléments qui constituent souvent le facteur de rattachement retenu par la règle de conflit : la nationalité, le domicile[184] ou le lieu de conclusion du contrat qui peut montrer en soi l'extranéité du litige. Il n'existe pas, selon cet auteur, d'arrêt de la Cour de cassation ayant fait peser sur le juge français l'obligation de rechercher si une loi étrangère *se veut* compétente. De point de vue des juges du fond qui procèdent à cette recherche, ils ne précisent pas s'ils la considéraient ou non comme obligatoire. Puisqu'ils ont de toute manière la faculté d'appliquer d'office la loi étrangère[185].

85. Dans un arrêt rendu par la Chambre civile du 20 juin 2006[186], la Cour de cassation a sanctionné les juges du fond qui ont violé l'article 3 du Code civil, *« Attendu qu'en statuant ainsi, sans appliquer, au besoin d'office, la règle de conflit de lois donnant compétence en matière de succession immobilière à la loi étrangère du lieu de situation des immeubles et rechercher si cette loi ne renvoyait pas à la loi française du dernier domicile du défunt, la cour d'appel a violé le texte susvisé »*. Cet arrêt a été rendu dans une matière où les parties n'ont pas la libre disponibilité de leurs droits. Le critère de la libre disponibilité des droits n'est pas mentionné. La Cour a seulement affirmé l'obligation des juges du fond d'appliquer la règle de conflit de lois donnant compétence en matière de succession immobilière à la loi

---

182 Cass.1er civ., 16 juin 1982, *JCP*.1982.IV.307.

183 Cass.3ème civ., 20 novembre 1985, *Gaz. Pal*. 1986.2, Somm.421, obs. Croze et Morel.

184 D. Alexandre, « Les problèmes actuel… », *op.cit.*, p. 15.

185 *Id*., p.17

186 Cass.1er civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-14281, *préc. supra* note n° 169.

étrangère du lieu de situation des immeubles. Les juges attirent l'attention sur la règle de conflit et la nécessité de rechercher le contenu de la loi étrangère, le droit international privé compris, puisqu'ici est posée la question du renvoi éventuel de la loi étrangère vers la loi française. Il faut observer qu'il s'agit également de question du renvoi, la Cour a évoqué la possibilité d'un renvoi au premier degré qui enfin permettrait au juge français d'appliquer la loi du for en tant que loi du dernier domicile du défunt. Le renvoi s'impose au juge même si aucune des parties ne l'avait invoqué, car dès lors que le juge a appliqué, d'office ou non, la règle de conflit qui désigne une loi étrangère, il doit tenir compte de la règle conflictuelle de celle-ci[187]. Mais, pour que le renvoi puisse être en jeu, il faut que le juge s'applique tout d'abord la règle de conflit du for.

Après avoir analysé le nombre de décisions prises auparavant, la Cour thaïe ne tient pas compte au critère de disponibilité ou d'indisponibilité de droit des parties pour dissocier la tâche de soulever l'extranéité du litige et d'établir le contenu de la loi étrangère.

2) L'obligation d'établir la teneur de la loi étrangère.

86. En ce qui concerne l'obligation d'établir la teneur de la loi étrangère, avant de conclure que la Loi oblige dans tous les cas la partie de prouver le contenu de la loi étrangère invoquée, nous verrons à ce stade l'article 8 de la Loi 1938 relative au conflit de lois qui stipule que *: « Dans le cas où la loi étrangère sera applicable, à défaut de la preuve suffisante de ladite loi, le juge devra appliquer la loi du for »*[188]. Force est de constater qu'en vertu de ce texte, ce n'est pas la tâche du juge d'établir le contenu de la loi étrangère. En effet, aucune disposition de l'article 8 ne stipule le terme précis que « la partie » doit établir la teneur de la loi étrangère. Pourtant au terme de cet article, il semble que la loi étrangère n'est pas du droit que le juge est obligé de connaître lui-même, car il faut la prouver. Alors, on peut interpréter que la tâche de preuve pèse sur la partie au litige.

Il reste à savoir pourquoi les auteurs thaïs y compris les juges[189] admettent que la loi étrangère n'est qu'un fait que la partie qui a soulevé devra prouver. Il ressort de disposition de l'article 84/1 du Code de procédure civile qui stipule que :

---

187 I. Gallmeister, « Statut de la loi étrangère et renvoi en matière immobilière », note sous Cass. 1er civ., 20 juin 2006, n° 1025 FSP+B (Décision en ligne), disponible sur le site Dalloz actualité : http://www2.dalloz.fr/

188 V. le texte en thaï, *supra* note n° 99.

189 Cour suprême *Dika*, n° 804/2490 (1947) ; n° 3223/2525 (1982) ; TCPICI, com. n° 107/2542 (1999).

« La partie qui a soulevé un tel fait pour soutenir sa plainte, la charge de preuve incombe à ladite partie (…) ».

On peut trouver la réponse dans l'article 8 de la Loi de 1938 et l'article 84/1 du CPC thaï. Suite aux problèmes d'invocation de l'élément d'extranéité et celle de l'applicabilité de la loi étrangère, la partie qui a invoqué l'applicabilité de la loi étrangère n'est pas forcément celle qui devra établir le contenu de ladite loi. Alors, qui doit établir la teneur de la loi étrangère au sens de ces deux dispositions ? Pour nous, c'est la partie qui aurait bénéficié de l'intérêt dans l'application de cette loi. Car il n'est pas logique que cette chargée soit pesée sur elle sans obtenir aucun intérêt en retour.

87. Reconsidération de l'article 8 de la règle de conflit thaïe. Cependant certains auteurs[190] ne sont pas d'accord avec cette interprétation. Pour eux, les juges pourront et devront appliquer la loi étrangère au litige en employant leur propre connaissance sur la loi en cause. Il est vrai que la Loi de 1938 stipule comme telle puisque le législateur a fondé sa présomption sur une base qu'il n'est pas possible pour le juge d'avoir la connaissance de toutes législations dans le monde. Pour ces auteurs, au cas où le juge connait bien cette loi étrangère, ou même s'il désire faire des recherches par lui-même, il convient d'appliquer cette loi afin de rendre la justice. Car la finalité du droit international privé est que le juge applique la loi étrangère au litige qui constitue l'élément d'extranéité lorsque cette loi est la loi désignée par la règle de conflit[191]. Nous admettons que cette proposition est apte dans la mesure où le litige est régi par la bonne règle de droit, ou par la loi qui *doit être* applicable. Si on laisse aux parties de prouver la loi étrangère et qu'elle en ait failli, la loi qui sera applicable n'est pas celle qui aurait dû être applicable en réalité. Pourtant, à notre avis, il faut distinguer le cas où la partie a failli involontairement pour établir la teneur de la loi étrangère et le cas où elle souhaite rester silencieuse, car le dernier cas est sa volonté. S'il s'agit du dernier cas et le juge applique la loi étrangère en établissant lui-même son contenu, ceci peut être également contraire à la volonté des parties, il ne faut pas oublier que dans les litiges portant sur la matière des contrats commerciaux internationaux la volonté des parties est la primauté. Par ailleurs, si on admet la proposition des auteurs, il est nécessaire d'établir un critère pour

---

190 *Cf.* Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, Cours de droit, Université de Thammasat, 1940, p. 85-86 ; *Cf.* K. Sandhikshetrin, *Droit international privé*, Bangkok : Nitibanakarn, 1996, p. 246 ; *Cf.* Ch. Pachusanond, *Droit international privé, op.cit.*, p. 246.

191 *Cf.* Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 1984, p. 79.

savoir jusqu'à quel point on peut considérer que le juge dispose une bonne connaissance de la loi étrangère en question.

88. Le Tribunal de propriété intellectuelle et de commerce international est un bon exemple du tribunal composé par les juges qui sont très compétents dans ces domaines. En espérant par les partisans qui souhaitent que le juge doive alors constater l'élément d'extranéité du litige et rechercher la loi étrangère applicable au contrat y compris sa teneur. Certes, cet argument présente aussi bien d'avantages que d'inconvénients. D'une part, on admet que certains juges, qui ont fait leurs études à l'étranger, connaissent bien la loi étrangère et donc savent quelle loi sera applicable au litige, malgré l'absence d'établissement du contenu par les parties au litige. C'est pour eux une bonne occasion de servir leurs connaissances pour régler un litige. D'autre part, on peut penser qu'en matière du contrat international, il arrive parfois que les parties voulaient soustraire l'application de la loi étrangère. Le droit international privé thaï ne dispose pas de présomption comme le droit anglais et il n'y a aucune place pour l'adage *iura novit curia* dans l'ordre juridique thaï.

Certes, nous admettons que dans certains ordres juridiques, en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers, les juges du for doivent vérifier l'application par le juge d'origine de la règle de conflit. Certes, seules l'application de la règle de conflit et l'application de la loi étrangère conformément à la règle de conflit d'État d'origine sont suffisantes. Nous ne partageons pas l'avis selon lequel il faut admettre la recherche du contenu de la loi étrangère par le juge sans prétention des parties au litige.

89. Nous revenons au cas cité plus haut selon lequel l'une des parties a invoqué l'élément d'extranéité du litige sans établir la teneur de la loi étrangère soulevée. En 1997, la Cour suprême a établi le moyen de soulever l'extranéité du litige et la preuve de loi étrangère en estimant que lorsque le contrat a été conclu à l'étranger, les parties n'étaient pas obligées de se prévaloir dans un plainte si la loi étrangère sera-t-elle applicable au litige. La Cour a affirmé que *« si c'est le cas où la loi étrangère est applicable, les parties pourraient la soulever durant l'instance en cours »*[192]. Mais lorsque l'une des parties a invoqué l'élément d'extranéité du litige, il faut aussi établir la teneur de la loi étrangère applicable. En l'absence de ceci, c'était un manquement des devoirs de cette partie d'après le TCPICI. Par conséquent, la loi thaïe était applicable, quoique cette loi étrangère résulte du choix des parties

[192] Cour suprême *Dika*, n° 447/2540 (1997).

contractantes[193]. On constate que la Cour suprême thaïe n'a pas de critères bien concrets comme ceux de la Cour de cassation française dans les arrêts que nous avons déjà étudiés. Mais de nos jours, nous pouvons dire que les modalités d'invocation et la notion d'établissement du contenu de la loi étrangère sont bien fondées. Au moins, les parties peuvent savoir dans quels cas elles doivent soulever l'application de la règle de conflit et de la loi étrangère ; la jurisprudence thaïlandaise considère la loi étrangère comme un fait, dès lors ce sont les devoirs respectifs des parties qui l'ont invoquée d'établir sa teneur selon le droit de preuve.

90. Conclusion du paragraphe. Après avoir étudié les critères retenus en droit français et en droit thaï relatifs à l'établissement du contenu de la loi étrangère, on trouve que le critère établi par la jurisprudence française semble stable surtout en matière de droit indisponible. Quand bien même la Cour de cassation semble plus libre de nature de droit litigieux, mais c'est trop tôt de conclure que la jurisprudence française abandonne ce critère. Par ailleurs, c'est logiquement la tâche des parties contractantes qui doivent invoquer l'application de la loi étrangère au litige. Alors que le droit thaï ne tient jamais les critères de la disponibilité ou l'indisponibilité des droits. En revanche le juge thaï traite la loi étrangère comme un fait dont la partie qui aura l'intérêt devrait dans tous les cas invoquer et prouver la teneur. Come on l'a vu dans l'article 8 de la Loi de 1938, le litigant devrait prouver dans tous les cas la loi étrangère qu'il souhaite d'appliquer. On constate par ailleurs que la pratique du juge thaï amène la tâche et les dépenses à la partie qui est en charge, notamment les frais d'honoraires des témoins, des experts[194], frais qui sont insupportables dans la plupart des cas[195].

---

193 TCPICI, com. n° 190, 191/2543 (2000) : en l'espèce, la société *Coréenne Hyundai Corporation*, le plaignant, a assigné la défenderesse thaïe, la société *Siam Chemical*, devant le TCPICI. Le plaignant a fait valoir que le défendeur n'a pas réglé le prix de pétrole, alors que le défendeur a soutenu que le plaignant n'a pas livré ses marchandises. La société défenderesse a invoqué la clause de choix de la loi britannique applicable aux contrats. Pourtant, lors du procès, aucune des parties n'a établi le contenu de ladite loi. Par conséquent, la Cour a dû trancher le litige en appliquant les dispositions du Code civil et procédure thaï, conformément à l'article 8 de la Loi de 1938 sur la règle de conflit.

194 Le Code de procédure civile thaïe accepte les témoins experts et la « *cross-examination* ». Pour que le juge puisse examiner les preuves citées par les témoins experts.

195 On peut penser au litige qui porte sur le droit indisponible par exemple le statut personnel, la plupart des parties sont personnes physiques qui se limitent par le budget, différemment de personne morale.

§2 : Le défaut d'établissement du contenu de la loi étrangère.

91. Il peut arriver parfois que les parties n'ont pas réussi à établir la teneur de la loi étrangère au cours du procès. Reste à savoir si le juge peut faire recours automatiquement à la loi du for. La réponse est nette aussi bien pour les juges français que pour les juges thaïs. Les hésitations de la Cour de cassation sur l'application d'office et sur la charge de la preuve de la loi étrangère rejaillissent sur les conséquences à tirer d'un défaut d'établissement de la teneur du droit étranger applicable. Il ne s'agit pas ici du cas où le droit étranger est incertain. L'hypothèse considérée à ce stade est celle où la teneur du droit étranger n'a pas été produite. Les parties n'ont pu faire les frais des consultations nécessaires et le juge n'a pas été à même d'y suppléer. En effet il n'y a aucune différence entre le défaut d'établir le contenu de la loi étrangère choisie par les parties et celui de la loi étrangère désignée par la règle de conflit en l'absence de choix exprès, car dans les deux cas le juge devra procéder à l'application de la règle conflictuelle. Il faut s'interroger d'abord sur le cas où l'on admet qu'il y a véritablement défaut d'établissement du contenu de la loi étrangère (A). On étudiera ensuite le soulagement en droit positif (B).

A. La défaillance d'établissement du contenu de la loi étrangère.

92. Lorsque la teneur du droit étranger n'a pas été établie, dans ce cas la résolution de la Cour de cassation est le retour à la loi du for comme la vocation subsidiaire (2). On verra tout d'abord la notion de défaillance d'établir la loi étrangère (1).

1) La notion de l'absence d'établissement de la loi étrangère.

93. Qu'entend-on par « défaut d'établir une preuve » ? D'après la lecture tant de jurisprudence que de commentaires des auteurs, ce terme a été employé en signifiant le cas de l'absence de preuve du contenu, de la défaillance à établir la teneur. La Cour de cassation a décrit une telle situation comme un défaut d'établissement de preuve du contenu de la partie qui en a la charge de rapporter ; dans l'arrêt *Banque Worms* rendu en matière de droits disponibles, la Cour de cassation a refusé de sanctionner les juges du fond qui n'avaient pas procédé à une recherche sur le contenu du droit américain[196]. La Cour a décidé que : *« Il*

[196] Cass. com, 11 mars 2003, *Banque Worms, préc. supra*, note n° 131.

appartenait à la Banque Worms qui prétendait que le compte bancaire (...) était soumis à la loi américaine de rapporter la preuve du contenu de la loi étrangère à laquelle aurait dû être soumis le contrat litigieux et de ce que les dispositions de cette loi eussent abouti à un résultat différent de celui auquel conduisaient les règles de droit français (...), la juridiction du second degré n'avait pas à rechercher s'il convenait d'appliquer une loi étrangère dont la teneur n'était pas précisée ».

Par ailleurs, dans l'hypothèse où le juge a constaté que les preuves fournies par les parties étaient insuffisantes pour établir la teneur de la loi étrangère en question peut être considérée comme le défaut d'établissement ; la Cour de cassation dans l'arrêt *Aubin* du 28 juin 2005 a décidé que « *(...) en se bornant à constater que les preuves fournies par les parties étaient insuffisantes pour établir la teneur du droit allemande applicable, (...)* ».

Le cas où les parties sont « impuissantes ou insouciantes dans la recherche de la teneur »[197] de la loi étrangère peut aussi être considéré comme le défaut d'établissement du contenu de celle-ci.

94. Hormis la détermination de terme « défaut d'établissement », il nous convient à ce stade de nous pencher sur le terme de « l'invocation de preuve » pour que l'on puisse comprendre dans quelle situation le juge considère comme défaillance de la partie qui a la charge d'apporter la preuve. Sur cette question, il faut rappeler que **la charge de preuve se voit différente de la charge de l'allégation circonstanciée**. Car la charge de l'allégation consiste à établir devant le juge la possibilité superficielle de dériver des sources rapportées la solution demandée et puis c'est à la charge du juge de considérer si cette allégation est suffisante, alors que la charge de preuve est plus lourde pour la partie car celle-ci doit, elle-même, rapporter la preuve du contenu de la loi étrangère.

En effet la Cour de cassation a tenté de distinguer entre « le défaut de preuve du droit étranger spécialement invoqué » et « la défaillance de la loi étrangère dans son contenu général »[198]. La Haute juridiction a fondé dans le premier cas l'idée que le défaut de preuve attribuée à la partie qui en avait la charge dont le manquement de diligence est assez suspecté pour justifier le rejet de la prétention. Dans le second cas, la défaillance de la loi étrangère

---

197 Les termes employés par B. Ancel et H. Muir Watt, note sous arrêts du 28 juin 2005, *op.cit.*, p. 650.

198 Cass.1er civ., 24 janvier 1984, *Sté Thinet*, *RCDIP*.1985.89, note P. Lagarde ; *JDI*.1984.874, note J-M Bischoff ; Cass.1er civ., 22 octobre 1980, *RCDIP*.1981.94 2ème esp., note P. Lagarde ; *D*.1982.I.73, obs. B. Audit ; Cass.1er civ., 15 juin 1982, *Zagha*, *RCDIP*.1983.300, note Bischoff ; *JDI*.1983.595, note Lehmann ; Cass.1er civ., 14 juin 1983, *RCDIP*.1984.119, 2ème esp., note Batiffol.

dans son contenu général, tel est le cas où il n'y a pas de possibilité de prouver la loi étrangère, ou l'hypothèse où les frais à exposer seraient excessifs par rapport à l'enjeu du litige et il y est suppléé par l'application subsidiaire de la loi française[199]. Pour la dernière hypothèse, elle peut s'étendre au cas où la charge de preuve pèse sur les juges et que ceux-ci aient envisagé cette impossibilité. Tout cela pourrait clarifier plus ou moins la notion du défaut d'établissement le contenu de la loi étrangère.

95. En droit thaï, le texte de l'article 8 de la Loi relative au conflit de lois a fait penser que la défaillance d'établissement de la teneur de la loi étrangère signifie le cas où la partie ayant invoqué l'application de cette loi n'a pas pu amener la preuve suffisante devant la Cour. Autrement dit, les juges du fond ne sont pas satisfaisant à l'égard de preuves que la partie leur a fournies. L'impossibilité de prouver la loi étrangère fait l'obstacle à son applicabilité, par exemple lorsque l'on envisage d'appliquer la loi d'un pays en développement ou d'un pays du tiers monde.

S'agissant de l'invocation des parties au litige, à savoir si la loi étrangère choisie par les parties devra être précisée ou citée nommément ? Nous prenons comme exemple le cas où les parties ont invoqué la loi japonaise applicable. En l'espèce les parties ont bel et bien précisé dans sa plainte que la loi japonaise en cause était la Loi de 1957 relative à la vente internationale de marchandises par la mer. On admet que cette invocation est nette et claire. Les parties ont par ailleurs évoqué le caractère international du litige, la nationalité différente des parties, le lieu de conclusion et d'exécution du contrat et le nom de la loi étrangère applicable au contrat[200]. Sans doute, la Cour aurait dû appliquer cette loi choisie par les parties. Cependant les parties doivent soulever la loi étrangère avec une grande prudence, car si une erreur se présente au cours de la procédure, la loi invoquée sera aussitôt substituée par la loi du for. Il convient de citer la décision du Tribunal central de propriété intellectuelle et de commerce international[201] ; les parties ont évoqué l'application de la loi anglaise au contrat mais la Cour en a nié en raison de l'absence de preuve du contenu de la loi anglaise en cause. On trouve que le juge a suivi la règle de conflit de lois en vérifiant si la loi étrangère

---

199 V. en ce sens D. Alexandre, « La loi étrangère devant les tribunaux français », Établissement du contenu de la loi étrangère, *J.-Cl. dr. int*, 1997, *Fasc.* 539-20., p.17 et s. ; V. également des applications de la distinction dans CA Paris, 19 décembre 1985, *RCDIP*.1986.680, note M. Simon-Depitre ; Cass.1er civ., 2 février et 21 juin 1988, *RCDIP*.1989.55, note B. Ancel ; *JDI*.1988.741, note D. Alexandre.

200 Cour suprême *Dika*, n° 2466/2532 (1989).

201 TCPICI, com. n° 190, 191/2543 (2000).

aurait été appliquée. Ce qui n'était pas le cas, faute de preuve suffisante. Cependant la Cour suprême *Dika* en 1997 a établi les modalités d'invocation le caractère d'extranéité et le choix de la loi étrangère applicable au contrat. Le cas en l'espèce, s'agissant du contrat de vente internationale du riz, les parties ont choisi la loi iranienne régie au contrat. Le défendeur a objecté que le plaignant n'avait pas décrit, dans la plainte, les détails de loi iranienne en cause. La Cour a estimé que « *il est suffisant pour le plaignant d'invoquer que le contrat a été conclu à l'étranger, il n'est pas nécessaire de préciser dans sa plainte que la loi iranienne soit la loi applicable. Si ladite loi est applicable, le plaignant pourrait soumettre la preuve de cette loi en cours d'instance* »[202]. C'est-à-dire que la Cour thaïe a accepté des preuves soient présentées au cours du procès et qu'il n'est pas nécessaire d'établir le contenu de loi étrangère dans la plainte, bien que celle-ci soit la loi choisie par les parties. On peut dire que la Cour thaïe a aussi distingué entre la charge de preuve et la charge de l'allégation circonstanciée.

96. Rappelons que la vraie existence de conflit de lois est un élément qui déclenche l'obligation du juge de mettre en œuvre la loi étrangère. Ainsi, le juge peut nier l'existence d'un conflit en se prévalant de l'équivalence des lois française et étrangère. Dans ce cas, il appartiendra toujours à la partie qui se prévaudrait de l'application de la loi étrangère d'établir l'intérêt qu'elle aurait en faisant recours à cette loi. Si le juge admet l'existence du conflit et il lui appartient d'appliquer le droit étranger qu'il a reconnu applicable et, par conséquent, la charge d'établir la preuve de sa teneur lui incombe[203].

2) Le retour de la loi du for.

97. Le retour de la loi du for, dans son application subsidiaire, se fonde en effet sur la présomption d'équivalence entre la loi du for et la loi étrangère. On sait que c'est en principe la loi du juge devant lequel les litigants ont demandé la justice qui a la vocation de s'appliquer. La solution retenue par l'arrêt *Amerford*[204] nous a démontré que cette application subsidiaire de loi du for intervient non pas pour la défaillance d'établir le contenu de la loi étrangère, mais en raison de l'absence d'un résultat différent de celui obtenu par la mise en œuvre du droit français. Cependant, d'après les arrêts du 28 juin 2005, il semble que les juges du fond qui appliquent la loi française en se prévalant la défaillance de l'établissement du

202 Cour suprême *Dika*, n° 447/2540 (1997).

203 J.-G. Mahinga, note sous Cass. 1er civ., 28 juin 2005 et Cass. com., 28 juin 2005, *loc.cit.*

204 Cass.com., 16 novembre 1993, *Amerford, préc. supra,* note n° 132.

contenu de la loi étrangère entraîneraient la censure de la Haute juridiction. Car, dès lors que les juges du fond ont reconnu l'application de la loi étrangère en cause, ils sont tenus d'établir le contenu de cette loi. Cependant les termes employés dans l'arrêt dit « *avec le concours des parties* » affirma que celles-ci ne sont pas écartées totalement de cette tâche. De surcroît, la Chambre civile avait déjà renforcé les juges du fond de *« rechercher par tous les moyens, au besoin par eux-mêmes, la solution donnée à la question litigieuse par le droit de l'État concerné* »[205].

D'après des arrêts 2003 et 2005, le rôle des parties devient secondaire. Faut de quoi, ce sera la loi française en tant que vocation subsidiaire qui sera appliquée. Pour M. B. Ancel et Mme H. Muir Watt, il s'agit là de la « **vocation universelle** ». Ces auteurs ont distingué entre la vocation universelle en cas de droits disponibles, car la loi du for s'applique dans sa ***vocation naturelle*** à régir tous les rapports juridiques dont sont saisis devant le juge du for et non seulement pour sanctionner le défaut d'établissement du contenu de la loi étrangère.

Alors que, la vocation subsidiaire est employée pour la matière de droits indisponibles, car on est dans le domaine où le juge prend le rôle principal d'établir la teneur de la loi étrangère et dès lors qu'il est impossible pour celui-ci d'accéder à la connaissance de sa teneur, la vocation subsidiaire de la loi du for est justifiée[206]. Cependant nous employons dans notre étude une vocation subsidiaire ou une application à titre subsidiaire de la loi du for en raison du recours en général à ces termes par la jurisprudence française.

98. Il apparaît clairement que la mise en œuvre de la règle de conflit par le juge du fond a pour effet de lui contraindre à appliquer la loi désignée dont il est tenu, au même titre que les parties, d'établir la teneur par lui-même ou avec le concours de celles-ci. Alors à ce titre, la défaillance des parties dans l'établissement de la teneur de la loi désignée ne constitue pas un motif suffisant pour l'application de la *lex fori*. La charge de preuve de cette loi étrangère lui revient également compte tenu de ce qu'il a préalablement admis l'application de cette loi[207]. En conséquence, c'est une mesure où ce juge du fond établirait l'impossibilité, tant de fait que de droit, dans laquelle il s'est trouvé pour établir la teneur de cette loi étrangère qu'il serait absout de l'application de la loi du for, en raison de la vocation subsidiaire. On peut dire que,

---

205 Cass.1er civ., 13 novembre 2003, *RCDIP*.2004.95, 1ère esp., note B. Ancel ; *JDI*.2004.520, 2ème esp., note F. Mélin.

206 B. Ancel et H. Muir Watt, note sous arrêts du 28 juin 2005, *op.cit.*, p. 656.

207 J-G. Mahinga, note sous Cass. 1er civ., 28 juin 2005 et Cass.com., 28 juin 2005, *loc.cit.*

d'après deux arrêts du 28 juin 2005[208], dans le cas où le juge du fond a admis l'application de la loi étrangère, la charge du contenu de celle-ci lui incombe.

99. Dans le système juridique thaï, *a priori*, l'obligation de rechercher la teneur de la loi étrangère pèse sur la partie qui la prévaut. A défaut de l'établissement du contenu de celle-ci, la Cour appliquera le droit thaï au litige. Dans une décision rendue en 2003, la Cour suprême *Dika* a eu l'occasion d'affirmer ce principe en estimant que « *le problème que la Cour doit appliquer ou non la loi de Singapore au litige, c'est le devoir de la partie qui a prétendu son application d'établir le contenu de cette loi (...) selon l'article 8 de la Loi 1938 relative au conflit de lois* »[209].

B. Le mécanisme palliatif en droit positif.

100. Face aux difficultés d'établir la teneur de la loi étrangère, la coopération au niveau international peut remédier ces problèmes. La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger a été élaborée au sein du Conseil de l'Europe afin d'améliorer la situation. Si les juges peuvent accéder aisément aux dispositions de la loi étrangère, le souci sur le travail alourdi chargé est bien réglé.

101. Le renforcement de l'application des mécanismes de renseignement du droit étranger. Si l'adage *iura novit curia* s'applique aussi dans la matière de l'application de la loi étrangère, il faut admettre que le juge est tenu d'en appliquer d'office et a également l'obligation d'en rechercher la teneur. Il peut s'avérer particulièrement difficile de prendre connaissance de la teneur des normes applicables. Si des instruments d'information existent, tous ne sont pas pleinement exploités. Alors, des renseignements et des explications peuvent être demandés à une agence compétente en charge afin de faciliter cette mission.

Hormis les traités bilatéraux conclus par la France et d'autres États[210], la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger du 7 juin 1968[211] permet

---

208 Les arrêts précités.

209 Cour suprême *Dika*, n° 3537/2546 (2003) ; V. en ce sens Cour suprême *Dika*, n° 4027/2545 (2002) ; Cour suprême *Dika*, n° 1950/2529 (1986).

210 La France a conclu 24 traités bilatéraux sur l'administration du droit étrangers. *Cf.* Bureau Permanent, La Conférence de La Haye de droit international privé, « Étude de faisabilité sur l'administration du droit

aussi de fournir aux tribunaux un procédé permettant d'obtenir facilement des renseignements sur les droits étrangers qui peuvent être amenés à appliquer dans les litiges internationaux en vertu des règles de conflit de lois. Cette convention lie un grand nombre d'États membres du Conseil de l'Europe et les États non membres du Conseil de l'Europe[212]. Cependant lorsque le juge se renseigne sur le droit étranger en recourant à cette Convention, la réponse fournie ne constitue, dans tous les cas, qu'un simple renseignement qui ne lie pas l'autorité judiciaire dont émane la demande. Le juge français dispose, lorsqu'il fait recours au procédé d'information prévu par la Convention de Londres du 7 juin 1968, du même pouvoir souverain d'appréciation qu'à l'égard d'autres preuves. Certes, comme toutes autres preuves que le juge recherche lui-même, il faudra respecter le principe du contradictoire. C'est-à-dire que le juge, avant d'appliquer ces éléments de preuves obtenus, devra permettre aux parties d'en discuter[213].

102. La Convention permet au juge d'obtenir des informations particulièrement fiables, car celles-ci sont fournies par un organe étatique. En ce qui concerne la demande, celle-ci doit être rédigée dans la langue de l'État requis (art. 14). Afin d'éviter la question de caractère général, la demande doit comporter l'exposé des faits indispensables à l'élaboration de la réponse et préciser de façon plus concrète les points de droit à propos desquels il est demandé des éclaircissements (art. 4 § 1 et 2). L'organe de réception étranger peut formuler la réponse lui-même soit transmettre la demande à un autre organe officiel pour y répondre, il est

---

étranger », Tableaux et graphiques résumant certaines réponses au questionnaire, Version finale. Doc. prél. n° 9 B, mars 2008.

211 Le champ d'application de la Convention de Londres est large ; elle permet d'obtenir des informations sur les droits des États signataires dans le domaine civil et commercial, ainsi que dans le domaine de la procédure civile et commerciale et de l'organisation judiciaire. Son protocole additionnel a étendu le champ d'application au droit pénal, de même à la procédure et à l'organisation judiciaire pénale. Le Protocole additionnel à la Convention signé à Strasbourg le 15 mars 1978. La Convention est en vigueur dans 43 États, alors que son Protocole additionnel n'est en vigueur que dans 30 États. En effet les mécanismes mis en place se voulaient efficaces. Il suffirait à la juridiction désirant d'avoir des renseignements sur la loi d'un État contractant de saisir, par l'organe de transmission créé dans le for, l'organe de réception créé par l'État sollicité en vue de recevoir et de donner suite aux demandes d'information (art.5 et 6).

212 Les États signataires de la Convention de Londres jusqu'à juillet 2011 (le nom de pays en ordre alphabétique) : Albanie, Allemagne, Andorre, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Belarus, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Costa-Rica, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, L'ex-République yougoslave de Macédoine, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Maroc, Mexique, Moldova, Monaco, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Fédération de Russie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine. Pour la liste des États liés par cette Convention, leurs déclarations et réserves, V. les informations données sur le site internet du Conseil de l'Europe : http://conventions.coe.int

213 D. Alexandre, « La loi étrangère devant les tribunaux français », *loc.cit.*

possible de confier à un organisme privé de formuler la réponse ou un juriste qualifié en mesure d'apporter des précisions utiles (art.6 § 1 et 2)[214]. On trouve que ce mécanisme permettrait au juge de recevoir les réponses élaborées par les experts de l'État acquis. Par ailleurs, il permet d'en finir avec la pratique hautement critiquable des certificats de coutume fournis par les parties au litige. Puisqu'on connaît les insuffisances de ces certificats qui ne présentent pas toujours des garanties indiscutables de sincérité et qui apparaissent parfois comme de véritables plaidoiries déguisées[215].

Il est regrettable que le juge ait utilisé très peu une procédure qui semble présenter d'avantages pour les parties : la gratuité (le frais est à la charge de l'État dont émane la demande), la fiabilité, la relative rapidité[216]. Car presque quarante ans après la signature de cette Convention, les tribunaux ne font que très rarement usage de cet instrument. En 2006, la France n'a reçu que deux demandes de renseignements formulées par des juridictions d'États parties et avoir transmis à l'étranger une seule requête provenant de juridictions françaises dans le cadre de la Convention de Londres. Cependant elle a fait une critique sur les délais pour émettre et recevoir une réponse à une demande de renseignements, car les délais de réponse sont laissés à l'appréciation du seul pays requis sans que la juridiction requérante puisse faire valoir un délai plus court, compte tenu des contraintes du procès dont elle est saisie. Pour cette raison la lourdeur des mécanismes et la longueur des délais de réponse dissuadent les juridictions d'utiliser cette voie d'accès au droit étranger[217]. Cependant une autre critique portant sur les limites particulièrement expresses dans les cas complexes en

---

214 Lorsque la demande est transmise à un organisme privé ou à un juriste, les frais qui résultent de l'étude sont mis à la charge de l'État requérant (art.6 § 3).

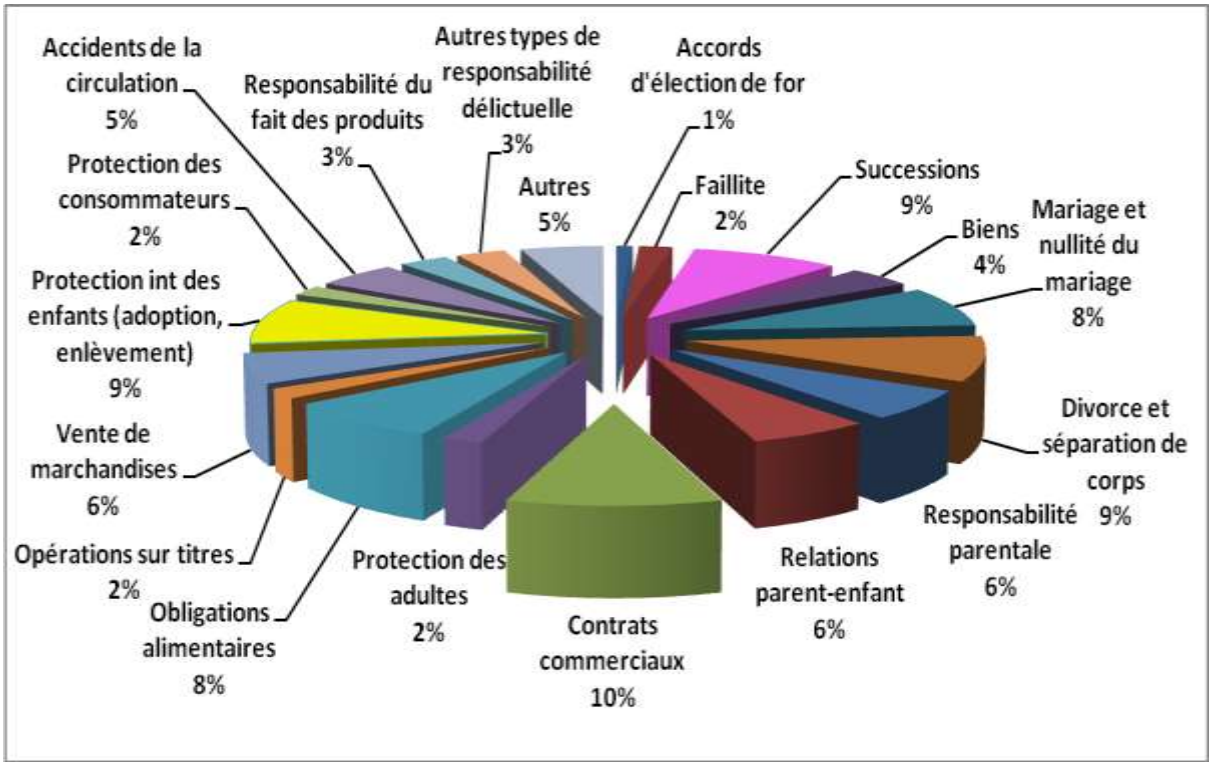
215 F. Mélin, « La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat d'un échec », *Petites affiches*, 27 septembre 1999, n°192.

216 Quant au délai de réponses aux requêtes, en général il est relativement court. L'Office fédéral suisse de la justice indique que sa section du droit international privé a répondu en 2006 aux demandes qui lui ont été adressées dans un délai entre deux à six semaines. Selon le parquet de La Haye, il a répondu aux demandes dans un délai environ d'un à deux mois. Le délai utilisé par la France était environs seize semaines, alors que l'Allemagne a pu répondre dans trois semaines.

217 *Cf.* Ministère de la justice (France), Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale, « Réponses françaises au questionnaire du Bureau Permanent relatif à l'administration sur le droit étranger », la réponse à la question 8, La Conférence de La Haye de droit international privé.

matière commerciale, car la réponse de l'État requis n'a couvert que le contenu simple de la loi alors que les parties souhaitaient de connaître comment appliquer[218].

Domaines du droit étranger les plus couramment appliqués par ou invoqués devant les autorités judiciaires



Source : Bureau Permanent, Conférence de La Haye de droit international privé, 2006, Doc. Prél. N° 9B.

*fondé sur les réponses de 24 Membres des 30 ayant répondu (excluant la CE)

103. Le renforcement du juge de l'application obligatoire de cette disposition est nécessaire, à défaut d'autres moyens de preuve, lorsque le juge aurait à rechercher lui-même le contenu de la loi étrangère concernant un État signataire de la Convention. Depuis 2006, la Conférence de La Haye a commencé des travaux afin d'élaborer une nouvelle Convention de La Haye qui faciliterait l'accès aux ressources juridiques « en ligne » sur le droit étranger y compris la coopération administrative ou judiciaire qui a pour but de traiter des demandes de renseignements sur des questions concrètes sur l'application de la loi étrangère dans le domaine spécifique qui se posent dans une procédure judiciaire.

218 *Cf.* Le Royaume-Uni, « Réponses britannique au questionnaire du Bureau Permanent relatif à l'administration sur le droit étranger », la réponse à la question 8, La Conférence de La Haye de droit international privé.

104. Les questions de l'applicabilité et l'établissement de la teneur du droit étranger semble plus compliqués à l'égard de la loi des États fédéraux tels que les États-Unis. Car chaque État dispose de son propre système judiciaire et de droit procédural. Nous avons cité plus haut que pour le droit fédéral américain, la détermination de la loi étrangère est considérée comme une question de droit. Afin de rechercher le contenu de celle-ci le juge devra procéder lui-même ou à l'aide de la partie ayant invoqué son application[219].

105. A savoir s'il est possible d'avoir un instrument international pour tenir informés les États hors de l'Union européenne ? Il semble que cette idée soit difficile à réaliser mais il est peut-être possible de commencer par des groupes économiques en commençant par exemple au sein de l'ASEAN. Hormis la possibilité de l'accès aux sources de droit thaï en ligne, l'idée d'établir l'institut du droit comparé est aussi une bonne solution. Car la réponse aux questions de droit ne provient pas nécessairement de l'organe public, les organismes privés pourraient également fournir certains renseignements utiles ; par exemple *The Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* à Hambourg. En tant qu'*amicus curiae*, cet Institut est très utile pour les juges allemands qui appliquent *ex officio* la loi étrangère selon le Code de procédure civile.

Section III

Mise en œuvre de la loi étrangère.

106. Après avoir eu le contenu de la loi étrangère et tous les éléments de preuve, c'est la tâche du juge d'appliquer la loi en cause au litige. Mais le juge doit tout d'abord l'interpréter avant de l'appliquer. La question peut se poser comment le juge interprète une loi étrangère ? Celle-ci fait-elle l'objet du champ de contrôle de la Cour de cassation ? En Thaïlande, la Cour suprême *Dika* va dans la même direction que la Cour de cassation française, en présumant que les tribunaux compétents pour le litige du commerce international connaissent bien la méthode juridique d'interprétation. Voyons d'abord les problèmes de l'interprétation de la loi

---

219 Rule 44.1 provides: Determining Foreign Law

"*A party who intends to raise an issue about a foreign country's law must give notice by a pleading or other writing. In determining foreign law, a court may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The court's determination must be treated as a ruling on a question of law*".

étrangère à l'égard des juges du fond **(§1)**, ensuite nous verrons le contrôle de la Cour de cassation à titre d'exception dite en cas de dénaturation de la loi étrangère **(§2)**.

§1 : Interprétation de la loi étrangère par les juges du fond.

107. Lorsque les juges du fond ont bien rempli son office au regard de l'applicabilité et de l'application du droit étranger dans les cas évoqués ci-dessus, le juge envisage alors le problème de l'incertitude du contenu du droit étranger en cause. Il est essentielle de savoir s'il doit considérer que cette loi étrangère est défaillante, ou au contraire, on peut estimer que le juge saisi peut utiliser les éléments recueillis en les traitant et interprétant comme s'il était un juge étranger qui appliquait sa propre loi ? (A). Ce problème nous conduirait au résultat qui est, en principe, à l'abri de toute censure par la Cour de cassation. L'interprétation qu'il aura donné à la loi étrangère relève de son pouvoir souverain. Il est traduit par un principe d'irrecevabilité du pourvoi fondé sur une interprétation inexacte de la loi étrangère. Nous étudierons ensuite l'interprétation souveraine de la loi étrangère (B).

A. Le pouvoir du juge d'interprétation de la loi étrangère.

1) Présentation de l'argument.

108. Le pouvoir d'interprétation de la loi étrangère relève des juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation. Celle-ci devra veiller aussi bien à la bonne application de la loi qu'à l'uniformité de l'application. Il faut rappeler que normalement le juge a l'obligation d'interpréter la loi lorsque le texte est obscur ou le sens est contesté par les parties. Si tels ne sont pas les cas, le juge n'en aura aucune obligation[220]. Est-ce qu'il en est de même pour la loi étrangère ? La réponse est positive, car il s'agit de la quête d'informations que le juge devrait procéder pour rendre la mise en œuvre de cette loi. Toutefois il est possible que les termes de la loi étrangère soient suffisamment clairs et précis, et qu'il n'est pas nécessaire d'être l'objet d'une interprétation particulière. Dans plusieurs cas, la question des rapports entre traduction et interprétation pose souvent de problèmes. Il est rare que la traduction soit

220 V. en ce sens, M. van de Kerchove, « Le sens clair d'un texte : Argument de raison ou d'autorité ? », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Études publiées par P. Vassart, Guy Haarscher et al. (dir.), Bruxelles : Némésis, 1988, p. 300 et s. ; Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 52.

correctement comprise sans le moindre recours à l'interprétation[221]. Cependant on ne peut pas conclure qu'il y a défaillance de la part du juge si on tient compte du principe que le juge doit mettre en œuvre tous les moyens de connaissance dont il dispose, puisque « chaque ordre juridique est établi des procédés interprétatifs qui permettent au juge d'apprécier juridiquement le rapport présenté en justice[222] ». Lorsque le juge a d'office d'interpréter la loi étrangère en raison de non existence d'une interprétation déjà fixée à l'étranger, il est contraint de le faire lui-même : le juge devrait chercher à raisonner comme le ferait le juge étranger, il est également tenu d'obéir aux maximes d'interprétation au même titre que le juge étranger[223].

En effet cette thèse a été consacrée par Goldschmidt connue sous le nom de « théorie de l'usage juridique étranger », laquelle conduit à admettre que le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'interprétation autonome de la loi étrangère. C'est-à-dire qu'il ne devrait pas pouvoir prendre d'initiative pour statuer sur la base des seuls éléments recueillis. D'après Goldschmidt, il existe de différence fondamentale entre le droit du for et le droit étranger ainsi : « *nous sommes en quelque manière ses architectes pour le premier (le droit du for). Au contraire, le droit étranger est construit par les habitants du pays étranger, par rapport à lui, nous sommes de simples photographes. Nous appliquons le premier ; nous observons et imitons le second* »[224]. Cette théorie restreint le pouvoir d'interprétation du juge, il faut admettre qu'il n'est pas aisé pour le juge du for de chercher à motiver sa décision comme le ferait le juge étranger. Faute de disposer des informations, il devra considérer que

---

221 J.-P. Laborde, « L'interprétation de la loi étrangère par le juge français », *in Interpréter et traduire*, Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, sous la direction de J.-J. Sueur, Centre d'études et de recherches sur les contentieux, Université du sud Toulon, Bruxelles : Bruylant, 2007, p. 274 et s.

222 *Cf.* P. Lamberti-Zanardi, « *In tema di conoscenza del diritto straniero designato dalle norme di diritto internazionale privato* », note sous Cass. it., 29 janvier 1964, *RDIPP*.1964.644 citée par F. Mélin, « La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger… », *op.cit.*, p. 231-232.

223 V. en ce sens, P. Mayer, *Droit international privé, op.cit.*, n°192 ; P. Pivavatnapanich, *Droit international privé, op.cit.*, p. 230-231 ; Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé, op.cit.*, p. 78 et s. ; M. Wolff, « *Private International Law* », *Great Britain* : *Clarendon Press*, 1962, p.214. Le problème peut arriver lorsque le système juridique du juge saisi est différent de celui du droit étranger. Lorsque le juge du pays de droit civil, par exemple, le juge thaï devrait interpréter la loi anglaise, il est contraint de le faire en appliquant la méthode juridique parallèle du juge anglais. Par exemple le juge thaï devrait interpréter la loi '*Statute*' en interprétant littéralement (*Literal Rule*). Le juge thaï ne peut pas appliquer la méthode 'analogie' comme interprétation du droit thaï. Prenons un exemple en matière de responsabilité, la Cour contrôle l'existence de la faute, l'existence du lien de causalité. Mais lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère qui pose des règles sur la responsabilité, nous laissons ces questions à l'appréciation souveraine des juges (*Cf.* A. Ponsard, *La pratique judiciaire en France*, *in Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères*, Travaux de l'Institut de Droit comparé de Strasbourg, Paris : LGDJ, 1988, p. 34).

224 W. Goldschmidt, « Système et philosophie du droit international privé », *RCDIP*.1956.231.

l'établissement de la loi étrangère est défaillant. Sur ce point, le résultat semble contradictoire avec un effort de renforcer le juge d'appliquer la règle de conflit de lois afin de rendre applicable au litige la loi véritablement compétente. Car, il faut admettre qu'il n'est pas facile pour le juge du for de connaître l'interprétation faite par le juge étranger.

2) Affirmation de l'argument.

109. La théorie de l'usage juridique étranger ne perde pas toute sa valeur à cause de sa conception critiquable et difficile à réaliser. La solution proposée tient compte du résultat qui *doit être*, en appliquant la règle de conflit. On admet généralement que le juge ne respectait pas le droit étranger ; s'il ne tenait pas compte des principes d'interprétation utilisés par le juge étranger et s'il ne prenait pas en considération la jurisprudence étrangère en interprétant le texte de loi étrangère[225]. MM. Mayer et Heuzé soulignent que « lorsque l'on dit qu'il doit appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit, ***il faut entendre le droit étranger dans sa totalité, solutions coutumières et jurisprudentielles comprises*** (…). Il (le juge) doit se contenter de constater la teneur de la règle, telle qu'elle résulte de l'ensemble des sources étrangères du droit, et notamment de la jurisprudence »[226].

Plusieurs pays acceptent ce principe en disposant dans la même orientation tel que l'article 2 de la loi vénézuélienne de droit international privé du 6 août 1998 qui dispose que « *le droit étranger désigné sera appliqué d'après les principes en vigueur dans les pays étranger correspondant (...)* »[227]. L'article 34 de la loi tunisienne du 27 novembre 1998 portant sur le droit international privé stipule que « *le juge appliquera la loi étrangère, telle qu'interprétée dans l'ordre juridique dont elle relève* »[228]. L'article 23 § 1 du Code civil portugais qui stipule que « *la loi étrangère est interprétée suivant le système auquel elle appartient et en accord avec les règles d'interprétation fixées par celui-ci* »[229].

Cette règle de l'interprétation permettrait aux juges du fond de trouver le sens réel des dispositions de la loi étrangère. Par ailleurs, on peut affirmer que le juge doit appliquer le droit étranger en vigueur dans un tel pays. Reste à savoir si le juge du fond est lié à

---

225 J.-G. Sauveplanne, « L'interprétation du droit étranger par le juge national et les conséquences de l'ignorance du contenu de ce droit », *Revue hellénique de droit international*, 1960, p. 7.

226 P. Mayer, *Droit international privé, op.cit.*, n° 191.

227 *RCDIP*.1999.392. Informations diverses.

228 *RCDIP*.1999.382. Informations diverses.

229 *RCDIP*.1968.874. Informations diverses.

l'interprétation faite par l'autorité étrangère ; d'après la Cour permanente de justice internationale, « *il n'y a pas lieu d'attribuer à la loi nationale un sens autre que celui que ladite jurisprudence lui attribue* »[230]. Car, ce qui importe est la réalité ou la vigueur du droit appliqué et non l'intention du législateur étranger. Par conséquent le juge devrait respecter l'interprétation donnée du texte étranger par les juridictions étrangères. On admet que ce principe est difficilement contestable[231].

110. Jusque là, on peut constater que la recherche de la teneur de la loi étrangère présente une articulation avec l'interprétation de celle-ci. Car, plus son contenu est clair, moins l'interprétation est nécessaire. Alors l'importance de l'aide à la recherche de la teneur du droit étranger est évidente ; si l'instrument international que nous avons étudié plus haut peut obliger l'organe d'un État membre de répondre aux questions non seulement une simple traduction du droit étranger mais également la jurisprudence applicable à cette question, les juges du for pourront appliquer ladite loi étrangère en sens réel.

111. Le droit international privé thaï reste silencieux sur ce point, mais la doctrine admet que le juge a le pouvoir d'interprétation de la loi étrangère. Les auteurs sont favorables à l'approche selon laquelle le juge doit tenir compte de la jurisprudence de la Cour suprême de tel ou tel pays et doit pouvoir prendre en considération les ouvrages juridiques de ce pays[232]. Il existe plusieurs méthodes d'interprétation, mais on peut regrouper en deux grandes directives méthodologiques d'interprétation : l'interprétation littérale et l'interprétation téléologique. Lorsque la première n'a pas pu donner un bon sens ou a donné le sens absurde, le juge devra interpréter cette loi en utilisant la seconde directive. Normalement les deux méthodes devront être utilisées ensemble pour que le juge puisse trouver le véritable sens de

---

230 CPJI, 12 juillet 1929, *Emprunts serbes et brésiliens*, *RDIP*.1929.427, note J.-P. Niboyet.

231 *Contra* A. Pillet, note sous Conseil privé, 17 février 1892, *JDI*.1894.155. Cet auteur estime que lorsque le juge applique la loi étrangère, il rend la justice « sous sa propre responsabilité et à l'aide de ses propres lumières. La loi étrangère devient sa propre loi lorsqu'il se voit obligé de l'appliquer, et, dès lors, il manquerait au premier de ses devoirs s'il consacrait de son autorité une interprétation, si répandue qu'elle soit, qu'il juge contraire à la vérité et incompatible avec la justice. Dans l'interprétation d'une loi étrangère, il n'a à obéir qu'à sa seule raison et il en sera ainsi tant que l'on n'aura pas de Cour supérieure commune aux nations ».

232 Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, *op.cit.*, p.79-80 ; Ch. Pachusanond, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 247.

la loi en question[233]. On sait que chaque loi a son propre esprit, la loi relative au conflit des lois a l'objectif de régler le problème de conflit des lois entre individus. Partant de la thèse selon laquelle le même litige qui s'est traduit devant le tribunal quelconque, dans n'importe quel pays, devrait recevoir le même résultat ou du moins les résultats proches. Afin de atteindre cet objectif, le juge saisi devra utiliser la même directive qu'utilise le juge de telle loi étrangère, ceci est par ailleurs conforme à l'application de la règle de conflit qui a pour but d'éliminer la différence entre les conséquences obtenues de chaque tribunal étatique. C'est la raison pour laquelle le juge est invité à tenir compte de la jurisprudence étrangère et le texte déjà interprété du for de cette loi.

Il ne fait aucun doute que le juge saisi doit se conformer à la jurisprudence étrangère reconnue formellement comme la source de droit ou le phare de l'interprétation, notamment les décisions de la Cour suprême étrangère.

112. A savoir si le juge pouvait aller ailleurs pour rechercher lui-même le sens de norme qui convient d'attribuer à la loi étrangère en cause lorsque le juge ne trouve aucune norme étrangère susceptible d'appliquer au litige ? Il semble que la réponse est plutôt positive malgré certaines hésitations de recours à la thèse de Goldschmidt. Dans la plupart des cas le juge devra préciser le sens de la norme pour procéder une interprétation puisqu'il peut arriver le cas où il se trouve en présence d'un nouveau texte étranger sur lequel les juges étrangers n'ont pas encore eu l'occasion de rendre le jugement. Dès lors il est indispensable que le juge saisi joue le rôle actif de sa part au lieu d'un simple photographe de la jurisprudence étrangère[234].

B. L'interprétation souveraine des lois étrangères.

113. Après avoir étudié le pouvoir du juge de l'interprétation du droit étranger, afin de renforcer l'office du juge de respecter le sens de ce droit (2), on verra tout d'abord que l'interprétation des lois étrangères relève du pouvoir souverain des juges du fond (1).

---

233 F. Ost et M. van de Kerchove, « Interprétation », *in Vocabulaire fondamental du droit*, Archives de philosophie du droit, t.35, Paris : Sirey, 1990, p.172-173 ; Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 52 et s.

234 C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris : Dalloz, 1965, n° 368.

1) Affirmation du principe.

114. Lorsque l'on admet que le juge doit interpréter la loi étrangère selon un régime différent de l'interprétation de la loi française ; l'interprétation des lois étrangères par les juges du fond est souveraine aussi bien pour la loi substantielle que la règle de conflit des lois en cas du renvoi. C'est pourquoi la Cour de cassation n'exerce pas de contrôle sur celle-ci, même si elle la contrôlerait si c'était la loi française qui était en cause. En effet c'est en raison de l'unification de la jurisprudence qui oblige la Cour de cassation de contrôler l'interprétation des droits français par le juge du fond, car celle-ci lui est confiée dans l'élaboration du droit français[235]. Alors que la loi étrangère ne lui confère pas, donc le contrôle de l'interprétation par la Cour de cassation ne semble pas nécessaire. On peut penser que l'affirmation du non contrôle de l'interprétation souveraine du droit étranger par la Cour de cassation confirme le fait que celui-ci est bien une règle de droit et non un simple élément de fait.

115. Une décision de la Cour de cassation du 17 février 1982[236] concernant la question de nationalité peut illustrer bien le non contrôle par la Cour l'interprétation du droit étranger. En l'occurrence, l'article 96 du Code de la nationalité était en cause. Selon cet article, le Français perd la nationalité française lorsqu'il se comporte comme citoyen d'un État étranger, autrement dit s'il a la nationalité dudit État. Certes, il appartient à l'État étranger de dire si tel individu a oui ou non sa nationalité. Reste à savoir lorsqu'une autorité étrangère déclare qu'un tel individu n'a pas la nationalité de cet État, si ceci lie le juge français ? (il s'agit en effet d'un acte public étranger). Un Polonais qui prétendait ne pas pouvoir être déchu de la nationalité française ; il avait perdu la nationalité polonaise. Comme preuves, il invoquait des attestations, délivrées par les autorités consulaires polonaises. La Cour d'appel n'avait pas été convaincue et avait jugé par interprétation et application de la loi polonaise que cette personne avait bien conservée sa nationalité polonaise. Un pourvoi a été formé contre cette décision au motif que le juge ne devait pas interpréter la loi polonaise dans un sens différent de celui donné par les autorités polonaises. On peut observer que ce pourvoi a appuyé sur l'interprétation de la loi polonaise faite par les autorités publiques qui ne sont pas les juges. Ensuite, il s'agissait d'une question souverainement appréciée par les juges du fond. C'est-à-dire que la référence aux dispositions de la loi étrangère invoquée a souverainement dégagé

235 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n°193.

236 Cass.1er civ., 17 février 1982 , *RCDIP*.1983.249, note H. Batiffol.

du sens et de la portée, son application ne relevant pas du contrôle, par la Cour de cassation, de la valeur probante des documents produits[237]. La Cour de cassation a décidé par ailleurs qu'il n'y avait pas atteinte aux principes selon lesquels chaque État détermine librement par ses législations ses propres nationaux, lorsque le juge français a décidé de la nationalité d'une personne physique par application de sa loi nationale ou d'une loi étrangère.

116. Dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 26 février 2002[238], la Cour n'énonce pas un principe nouveau mais rappelle le principe du non-contrôle de la Cour de cassation en appliquant le droit étranger en même temps que son exception. La Cour de cassation veille à ce que les juridictions appliquent correctement la loi qui doit régir la cause après l'avoir interprétée. En effet c'est la tâche essentielle de la Cour de cassation de censurer la non-conformité aux règles de droit des décisions qui lui sont déférées (art. 604 CPC) [239]. On sait que le contrôle « normatif » ne joue qu'à l'égard des lois du for. Pour les lois qui sont considérées comme l'élément de fait, si les juges du fond doivent également en tenir compte, ils ne sauraient les violer par fausse application, ou refus d'application, ou fausse interprétation. Dans ce cas, comme on l'a vu plus haut, la Cour de cassation estime que *« les juges appliquent et interprètent souverainement la loi étrangère laquelle est une règle de droit qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du NCPC »*[240]. De même que les arrêts rendus en 2002 qui réaffirment ce principe du non contrôle de l'interprétation donnée à la loi étrangère par les juges du fond : la loi ivoirienne en matière de prescription[241] ; la loi camerounaise en matière d'assurance[242] ; la loi italienne sur les conditions d'indemnisation par l'assureur de responsabilité civile[243]. Car il faut donner à la loi étrangère son sens et sa portée dans l'exercice de la même souveraineté que celle dont les juges disposent pour

---

237 A. Ponsard, « La pratique judiciaire en France », La pratique judiciaire de la Cour de cassation, *in Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères*, Travaux de l'Institut de Droit comparé de Strasbourg, Paris : LGDJ, 1988, p. 36.

238 Cass. soc., 26 février 2002, pourvoi n° 99-42.573, arrêt n° 789 FS/D, inédit.

239 A. Perdriau, « La loi étrangère au regard du juge de cassation », *Petites affiches*, 6 juin 2002, n° 113, p. 7.

240 Cass.1er civ., 13 janvier 1993, *Coucke*, *préc.* *supra*, note n° 88.

241 Cass. soc., 28 février 2002, pourvoi n° 99-18.389, Bull.ch.soc.2002 : en l'espèce, la Cour de cassation a jugé que la Cour d'appel avait appliqué à tort la loi ivoirienne en opposant une prescription de 12 mois à la demande d'une indemnité d'expatriation.

242 Cass.1er civ., 15 mai 2002, pourvoi n° 00-17.982, inédit.

243 Cass.1er civ., 18 septembre 2002, pourvoi n°98-14.111, inédit.

apprécier des éléments de fait ou de preuve. La Cour de cassation affirma que *« l'application du juge de la loi étrangère, quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe, sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de cassation »*[244].

2) Le renforcement de l'office du juge de respecter le sens de la loi étrangère désignée.

117. Ce principe a été affirmé depuis certains temps jusque nos jours même par des arrêts rendus en 2002. Lorsque la recherche du contenu de la loi étrangère est accomplie, il convient de dégager la signification de l'ensemble des éléments ainsi rassemblés afin de déterminer comment l'ordre juridique applicable entend trancher la question litigieuse. Dès lors qu'on pèse sur le juge l'obligation de rechercher la teneur de la loi étrangère, il faut admettre que ce devoir ne peut être accompli que s'il a fait une recherche complète des sources du droit positif étranger désigné par la règle de conflit de lois dite la *dimension qualitative*[245].

A cet égard nous étudions l'arrêt de la Cour de cassation *Sté Lavazza*[246], une décision importante dans la mesure où il participe à instaurer une dimension qualitative à l'office renforcé du juge lors de la recherche du contenu de la loi étrangère y compris le sens réel. Le principe de cet arrêt ne distingue pas le cas où le juge prend l'initiative de l'application de la loi étrangère et le cas où cette application est réclamée par les parties[247]. D'après cet arrêt, il est à noter que la carence des parties ne doit pas entraver la recherche par le juge du fond du contenu de la loi étrangère tel qu'il existe réellement dans l'ordre juridique étranger appelé à régir la relation juridique en cause. En l'espèce, la Cour de cassation censure l'arrêt attaqué qui est fondé sur un document versé au débat attestant la teneur de l'article 461 du Code de commerce monégasque. Un pourvoi a été formé contre le débiteur déclaré à Monaco en état de cessation de paiement. Le motif de censure la décision d'appel est venu de la référence exclusive au document législatif ; le juge du fond avait mis en œuvre la loi étrangère en s'abstenant de tout effort de recherche de la portée réelle du texte de loi. Selon la Cour de

---

244 V. en ce sens Cass. 1er civ., 3 juin 2003, *Droit et patrimoine* 10/2003 p. 95, obs. F. Monéger ; *JDI*.2004.520, note F. Mélin ; *Gaz. Pal*. 16-18 nov. 2003, p.19, obs. M.-L. Niboyet. La Cour de cassation affirma ce principe en reconnaissant aux juges du fond le pouvoir d'interpréter souverainement la loi étrangère pour la règle substantielle.

245 H. Muir-Watt, note sous Cass.1er civ., 16 mars 1999, *RCDIP*.1999.713 et s., spéc. p.718.

246 Cass.1er civ., 24 novembre 1998, *Lavazza*, *RCDIP*.1999.88, 1er esp., note B. Ancel ; *D*. 1999.337, note Ph. Menjucq.

247 Ph. Menjucq, note sous Cass.1er civ., 24 novembre 1998, *Lavazza*, *op.cit.*, p. 338.

cassation, « *les juges du fond sont tenus à mener le raisonnement conflictualiste à son terme en confrontant le document produit attestant la teneur du droit substantiel étranger à* ***l'ensemble des sources du droit positif étranger****. En ignorant de le faire, le juge enfreint l'injonction du système du for de se transporter de manière complète dans l'ordre juridique étranger ; il viole la règle de conflit appelée à régir le rapport juridique en cause* »[248].

118. Il semble difficile d'admettre que le certificat de coutume puisse constituer le paramètre exclusif pour apprécier le droit étranger. On sait que le certificat de coutume est un document établi en langue française par les autorités étrangères ou par une expertise consultée, il présente l'état du droit positif étranger sur une question donnée. Pour la fiabilité, normalement le certificat de coutume délivré par les premières telles que consulaires ou diplomatiques est considéré plus faible que celui établi par l'expertise telle que le professeur de droit ou avocat. Car les autorités étrangères ne font que la reproduction du texte en vigueur sans explication du sens réel de ce texte. Par ailleurs, il est possible qu'un tel document ne rend pas exactement compte de l'état du droit positif étranger soit parce qu'il ne cite pas une jurisprudence établie en ce sens, soit parce qu'il fait une erreur, soit parce qu'il fait abstraction d'une modification législative récente[249]. C'est pourquoi la citation de certificat de coutume peut être critiquable. Il en résulte que la teneur du droit étranger établi par le certificat de coutume ne lie pas les juges du for, ceux-ci peuvent refuser de le suivre et écarter l'interprétation qu'il en fournie sous la condition de s'en expliquer. A notre avis il est possible que les juges et les avocats de l'adversaire aient l'opportunité de poser des questions à des auteurs de certificats pour examiner la fiabilité de ces documents. En Thaïlande les avocats des parties peuvent faire la *cross-examination* aux témoins experts pendant le procès, ce qui permettrait au juge de se forger une opinion et vérifier l'authenticité des preuves[250].

---

248 Cass.1er civ., 24 novembre 1998, *Lavazza, op.cit.*

249 P. Mayer, *Droit international privé, op.cit.*, n° 191.

250 Le principe du droit des preuves est l'interdiction d'entendre un témoin à la place d'une preuve écrite. A l'exception de la procédure qui déroule devant certains tribunaux compétents dans les domaines spéciaux : le Tribunal Central de faillite (l'article 12 de régulation de l'instance de faillite B.E.2542) ; le Tribunal Central d'imposition (l'article 6 de régulation de l'instance d'imposition B.E.2544). Pour le Tribunal Central de la propriété intellectuelle et du commerce international, les articles 4 et 27 de régulation de l'instance de propriété intellectuelle et de commerce international B.E. 2540 dispose que les parties peuvent accorder autrement devant le juge tel est un accord d'entendre uniquement des témoins au lieu d'autres preuves pendant le procès.

119. Il existe d'autres procédés de preuve dont dispose personnellement le juge. En vertu de l'article 10 du CPC français, le juge peut notamment « *ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* » et plus particulièrement il peut aussi recourir à une consultation ou une expertise. De même qu'en droit procédural thaï, il y a deux cas où les expertises peuvent jouer leur rôle : le premier c'est le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'établir un témoin expert[251]. Le second c'est le cas où les parties demandent à la Cour d'établir une expertise[252] en sollicitant qu'il est nécessaire d'entendre ce témoin pour prouver leur prétention. Cependant une décision de la Cour suprême rendue en 2003 mérite d'être soulignée : « *le problème que la Cour doit ou non appliquer la loi de Singapore au litige, y compris la recherche de la teneur de cette loi, c'est le devoir de la partie qui demande l'application d'amener un témoin expert devant la Cour selon l'article 8 de la Loi 1938 relative au conflit de lois* »[253]. Par cette décision, nous pouvons constater que l'obligation d'établir un témoin expert incombe non plus à la Cour, mais plutôt aux parties contractantes. Toutefois on peut comprendre ce raisonnement étant donné que le litige porte sur le commerce international, les contractants préfèrent alors établir eux-mêmes les témoins experts malgré les dépenses supplémentaires auxquelles elles doivent à faire face.

On admet que les témoins experts soient souvent indispensables dans le système de preuve notamment pour le litige concernant le commerce international et la loi étrangère[254] ou même pour prouver la coutume du commerce international[255] ou le droit international[256]. Quant à la procédure civile, la Loi portant sur la création du TCPICI dispose expressément que la Cour pourrait faire un appel à une expertise pendant la procédure mais il faut prévenir toutes les parties au litige et il faut également respecter le principe du contradictoire[257].

---

251 L'article 129 du Code de procédure civile thaï.

252 Les articles 88, 99, 129, 130 du Code de procédure civile thaï.

253 Cour suprême *Dika*, n° 3537/2546 (2003).

254 TCPICI, com. n° 62/2542 (1999) ; n° 109/2545 (2002) ; Cour suprême *Dika*, n° 3401/2529 (1986) ; n° 563/2532 (1989) ; n° 2768/2532 (1989) ; n° 2446/2532 (1989).

255 Cour suprême *Dika*, n° 2122/2499 (1956) ; n° 1848/2505 (1962) ; n° 2546/2517 (1974) ; n° 1010/2524 (1981) ; n° 2157/2524 (1981) ; n° 775/2525 (1982) ; n° 3313/2525 (1982) ; n° 1561/2529 (1986); n° 216/2538 (1995) ; n° 3787/2543 (2000).

256 TCPICI, com. n° 163/2542 (1999); n° 271/2543 (2000) ; n° 323/2543 (2000) ; Cour suprême *Dika*, n° 2043/2531 (1988) ; n° 115/2543 (2000) ; n° 533/2543 (2000) ; n° 3794/2543 (2000).

257 L'article 31 de la Loi portant sur la création du Tribunal Central de la propriété intellectuelle et du commerce international et la procédure du litige B.E. 2539 (1996).

120. En France, la Cour de cassation n'hésite pas à fonder un contrôle indirect sur l'application du droit étranger par le biais de la technique du contrôle des motifs. Cependant au moment où la doctrine appelait à une confirmation en ce sens, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 16 mars 1999 en affirmant que *« l'application que fait le juge du droit étranger quelle que soit la source légale ou jurisprudentielle échappe, sauf dénaturation non invoquée en l'espèce, au contrôle de la Cour de cassation »*[258]. Dès lors, l'obligation consacrée par l'arrêt *Lavazza* a été rejetée du champ de contrôle de la Cour de cassation, le contrôle qui devra être cantonné aux seuls cas de dénaturation de la loi étrangère. Comme on a exposé précédemment, dans l'arrêt du 26 février 2002[259] confirmant l'arrêt du 16 mars 1999, la Cour de cassation a placé la question de l'application du droit étranger sur le terrain de l'interprétation, et qu'elle n'exerce sur celle-ci aucun contrôle sauf cas de dénaturation de la loi étrangère désignée.

En Thaïlande, même si la doctrine reste silencieuse sur ce point, la pratique du juge de l'interprétation de la loi étrangère est souveraine. Le contrôle par la Cour suprême a pour but de vérifier l'application de ladite loi conformément au sens réel employé dans son pays d'origine.

§2 : Le contrôle disciplinaire : à titre d'exception.

121. On sait que les juges du fond déterminent souverainement le contenu du droit étranger mais la Cour de cassation possède le pouvoir de contrôle en cas de dénaturation. Il est possible que, problème d'ordre général, un même texte étranger soit interprété différemment par les juridictions inférieures. La dénaturation de la loi étrangère constitue une limite au défaut de contrôle de l'interprétation de la loi étrangère ; à vrai dire les hypothèses de dénaturation sont très rarement constatées, car les exigences du caractère *clair et précis* du droit étranger sont difficilement remplies[260]. Nous étudions d'abord le pouvoir de censurer de la Cour de cassation en cas de dénaturation (A), ensuite les répercussions du contrôle qui font l'objet de notre étude (B).

---

258 Cass.1er civ., 16 mars 1999, *Sté M. Moureau*, *RCDIP*.1999.713 et s., spéc. p.718, note H. Muir-Watt.

259 Cass. soc., 26 février 2002, *préc. supra*, note n° 272.

260 Cass.1er civ., 1er juillet 1997, *Africatours*, *D.* 1998.104, note Menjucq ; *RCDIP*.1998.292, note H. Muir-Watt ; *JDI*.1998.98, note Barrière-Brousse ; *JCP*.1998.II.10170, note Fillion-Dufouleur.

A. La censure de la Cour de cassation de dénaturation.

122. La notion de dénaturation avait été également forgée afin de tempérer le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond. Reste à savoir ce qu'est la portée véritable du contrôle ? S'agit-il de la dénaturation du droit étranger proprement dit ou uniquement la dénaturation des documents produits qui ont établi le contenu du droit étranger ?

Certes, une interprétation obscure ou insuffisamment motivée pourraient encore justifier la censure de la Cour de cassation pour violation de la loi étrangère pour un manquement de base légale, en particulier lorsque les juges appliquent la loi étrangère sous les conditions telles qu'elles font douter de leur bonne compréhension du risque processuel en ce domaine ; l'arrêt *The Arab Investment*[261] peut servir comme un bon exemple. La Cour de cassation dans cet arrêt a censuré la juridiction d'appel qui avait négligé d'indiquer les dispositions du droit anglais sur lesquelles elle se fondait. On voit que la Cour de cassation admet que c'est de l'office du juge de prononcer le contenu du droit étranger.

La méthode utilisée par la Cour de cassation pour vérifier l'interprétation de la loi étrangère donnée par les juges du fond est relative dans le temps. Au XIXe siècle, la Cour a sanctionné la fausse interprétation du droit étranger. Par exemple dans l'arrêt du 1er février 1813, elle a cassé une décision par le motif qu'elle a *« erré dans l'interprétation (...) des lois du Royaume d'Italie »*[262]. Ce contrôle apparaît dans plusieurs décisions intervenues entre 1870 et 1880 avant d'être définitivement abandonné à partir de 1886[263]. Mais on peut constater qu'il se base sur le fait que la Cour de cassation contrôlait cette interprétation du droit étranger lorsque celui-ci était désigné par la règle de conflit écrite et non par la règle de conflit coutumière.

123. De nos jours, le refus de la Cour de cassation de vérifier l'interprétation de la loi étrangère est généralement approuvé. En effet ce refus de contrôler l'interprétation condamne l'attitude des juges du fond consistant à ne pas choisir entre la loi française et la loi étrangère lorsque celles-ci leur paraissent équivalentes et la solution du conflit de lois est incertaine. Cependant ce principe n'empêche pas la Cour de procéder au contrôle en cas de

---

261 Cass.1er civ., 6 mars 2001, *The Arab Investment*, *RCDIP*.2001.335, note H. Muir-Watt ; *JDI*.2002.171, note Raimon.

262 Cass. civ., 1er février 1813, *S.* 1830.1.113.

263 B. Ancel, obs. sous Cass.1er civ., 21 novembre 1961, *Montefiore*, *GA*, 4e éd., 2001, n° 36, p. 317.

dénaturation de la loi étrangère. Dans l'arrêt du 21 novembre 1961[264], la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel au motif qu'il y avait la dénaturation de la loi belge par la méconnaissance « *du sens clair et précis* » du texte en cause, les juges du fond ont violé l'article 1134 du Code civil. Elle a ainsi depuis cet arrêt compétence pour contrôler la dénaturation des contrats par les juges du fond[265].

Mais l'attitude de la Cour de cassation nous montre que depuis 1961 la notion de dénaturation jouera son rôle afin de tempérer le pouvoir souverain traditionnellement reconnu aux juges du fond dans l'interprétation des contrats.

124. En effet la Cour de cassation n'abandonne plus entièrement aux juges du fond l'interprétation de la loi étrangère. Le développement de l'obligation du juge de se renseigner sur le contenu de la loi étrangère entraîne l'évolution de la position de la Cour de cassation. Cette évolution paraît dans un arrêt *Africatours*[266] qui manifeste le souhait de la Cour de s'accorder une certaine marge de manœuvre en la matière.

En l'espèce, la Cour de cassation a reproché la Cour d'appel de Paris d'avoir méconnu le sens littéral de la loi sénégalaise en se prononçant non plus vers le visa de l'article 1134 du Code civil mais celui de l'article 3. La Cour d'appel avait appliqué la loi française sous couvert d'application de la loi sénégalaise, plus précisément elle a retenu l'interprétation donnée par le droit interne français qui exige la faute détachable des fonctions alors que la loi sénégalaise applicable au rapport de droit précise une responsabilité pour fautes commises dans leurs fonctions. La Cour de cassation affirme à cet effet que la juridiction d'appel *« a méconnu le sens littéral de la loi étrangère au profit de l'interprétation donnée en droit interne à la loi française (...), sans faire état d'aucune autre source du droit positif sénégalais donnant à la disposition litigieuse le sens qu'elle lui attribue, la Cour d'appel a dénaturé la loi étrangère »*[267].

---

264 Cass.1er civ., 21 novembre 1961, *Montefiore*, *GA*, 4e éd., 2001, n°36, p.317. *Contra* J.-P. Laborde, « L'interprétation de la loi étrangère », *op.cit.*, p. 280. L'auteur estime que le problème est plutôt celui du choix des normes étrangères applicables au litige que de leur interprétation.

265 H. Batiffol, *Traité…*, *op.cit.*, p.551 et s.

266 Cass.1er civ., 1er juillet 1997, *Africatours*, *préc. supra*, note n° 260 .

267 *Ibid*.

Ainsi, d'après H. Batiffol, le sens peu compatible avec sa lettre donnée à un texte n'est acceptable que s'il est convenablement motivé par l'examen de la jurisprudence étrangère[268]. En effet ce raisonnement permet d'élargir en pratique le contrôle de la Cour de cassation, en intégrant dans son objet les motifs de l'arrêt d'appel. La Cour fait peser sur les juges du fond d'office de justifier, en recourant à d'autres sources que les textes législatifs étrangers, une interprétation divergente par rapport au sens apparent de ceux-ci. Selon cet arrêt, la Cour de cassation a consacré l'idée que la dénaturation de la loi étrangère constitue aussi bien une violation de la règle de conflit proprement dite que du texte substantiel étranger[269]**.** Est-ce que l'on peut dire que la Cour de cassation a essayé de motiver sa décision par le biais du contrôle de dénaturation ? Le nouveau visa de la Cour de cassation signifie que la dénaturation de la loi étrangère revient à ignorer la règle de conflit qui l'a désignée. C'est en effet le même raisonnement pour le cas du contrôle de motivation.

125. La dénaturation de la loi étrangère face à la dénaturation de la clause contractuelle. On a vu plus haut que le contrôle de dénaturation de la loi étrangère revêt une originalité marquée par rapport à celui de la dénaturation du contrat, car la matière du droit étranger porte des difficultés différentes de la matière contractuelle. En ce qui concerne la dernière, l'article 1341 du Code civil interdit de prouver contre et outre le contenu d'un acte écrit autrement que par un autre acte écrit. Mais il est plus facile de rechercher le contenu de la clause contractuelle discutée, de même avec son sens qui est facile à connaître car il paraît dans un cadre limité ; dans un contrat interne surtout rédigé en langue française. *A contrario*, en matière de droit étranger il n'apparait qu'au travers des documents (certificat de coutume, copie d'ouvrage juridique, etc.) cela est plus difficile à trouver sa teneur, car ces éléments ne peuvent être tous identifiés. Les dispositions de la loi étrangère peuvent être trouvées dans les sources diverses ; texte de loi, jurisprudence. Par ailleurs, ce que l'on a constaté de ces sources peut donner un sens différent de celui qu'il apparaisse, car ces dispositions ne sont jamais que des éléments d'un système plus étendu. De surcroît elles sont très souvent rédigées en langue étrangère qu'il faut chaque fois traduire.

---

268 H. Batiffol, *Traité…*, *op.cit.*, p.556 et 557.

269 D. Gutmann, *Droit international privé*, Paris : Dalloz, 2009, n° 113.

126. En effet les décisions de la Cour de cassation concernant l'admission du contrôle de dénaturation du droit étranger semblent relativement diminuer[270], dans les derniers temps on n'en trouvait que cinq[271]. Depuis l'arrêt *Africatours* rendu en 1997, le reproche de dénaturation du droit étranger dans les décisions de la Cour de cassation ne paraît que sous la forme du contrôle des motifs ou on peut en déduire qu'il s'agit de la sanction de la « dénaturation intellectuelle »[272]. Ceci permet à la Cour de cassation de vérifier si les juges du fond ont bien délibéré les obligations qui leur incombent ; la détermination du contenu de la loi étrangère. Dès lors c'est le juge qui devrait exposer les motivations de rejeter ou de retenir le droit étranger en cause. Il ne pourrait pas rester passif lorsqu'il est retenu par les éléments de preuve présentés par les parties. Autrement dit, le juge est tenu de statuer et tout mettre en œuvre pour établir le contenu *exact* (nos italiques) de la loi étrangère en litige[273].

B. Les répercussions négatives du contrôle de la dénaturation.

127. Le contrôle de dénaturation de la loi étrangère permet à la Cour de cassation de vérifier si les recherches effectuées par les juges étaient suffisantes. Ce contrôle présente aussi son aspect négatif… Le problème de contrôle par la Cour de cassation de l'interprétation de la loi étrangère a fait l'objet des plus vives controverses lorsque la Cour pose une condition d'application de la loi française ou lorsqu'elle fait appel à la règle française de conflit pour régler le litige. Nous essaierons de nous pencher sur l'aspect négatif du contrôle de dénaturation de la loi étrangère, qui est exclue de tout contrôle du juge de cassation sur l'interprétation des actes juridiques obscurs.

Le contrôle de la dénaturation, constate M. J. Boré, est tout à fait « inadapté » à la réalisation d'un contrôle de l'interprétation des actes obscurs[274]. D'après cet auteur, la théorie de la dénaturation, à l'épreuve de son succès, est un mécanisme du contrôle de

---

270 V. en ce sens, J.-P. Laborde, « L'interprétation de la loi étrangère par le juge français », *op.cit.*, p. 276.

271 Cass. 1er civ. 21 novembre 1961, *Montefiore, préc. supra* note n° 264 ; Cass. soc. 10 mai 1972, *Consorts Bastia*, *RCDIP*.1974.321, note Marraud ; Cass. 1er civ. 2 février 1982, *Olivier*, *JDI*.1982.690, note H. Muir Watt ; *RCDIP*.1982.706, note P. Mayer ; *JCP*.1982, II, 19749, concl. Gulphe ; Cass. 1er civ., 19 mars 1991, *Buzyn*, *RCDIP*.1992.88, note H. Muir Watt ; Cass. 1er civ., 1er juillet 1997, *Africatours*, *préc.*

272 Le terme utilisé par H. Muir Watt, Cass. 1er civ. 1er juillet 1997, *RCDIP*.1998.292, spéc. p. 300.

273 G. Lardeux, « La reconnaissance du statut de règle de droit à la règle de conflit de lois », *D*. 2003.1513.

274 J. Boré, « Un centenaire : La contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD. civ*, 1972, p. 249 et s.

l'interprétation. Cependant comme on l'a vu, les cas du contrôle de l'interprétation et de la dénaturation coexistant sont peu nombreux, puisqu'ils s'exercent dans des terrains différents ; l'un pour les actes obscurs et l'autre, les actes clairs. Il y a le cas où le contrôle de dénaturation n'a pas pu conduire à celui de l'interprétation, c'est le cas du droit étranger. En effet ce n'est pas seulement dans cette matière où le contrôle de dénaturation ne peut conduire au contrôle de l'interprétation, dans le domaine des contrats-types et des clauses de style sont également exclus de ce sort de contrôle. Au regard de la Cour régulatrice, la loi étrangère revêt un caractère ambigu ; d'un côté, elle est une règle obligatoire en vertu de la règle française de conflit et elle est du droit par sa nature puisqu'elle est applicable à une généralité de cas sans égard de la volonté des parties au procès. D'un autre côté, elle est soumise au régime procédural des faits, puisque les juges français ne sont pas obligés de connaître le contenu de la loi étrangère[275]. Le juge français ne joue en revanche que le rôle de donner une représentation photographique aussi fidèle que possible. On constate que c'est le même sens qu'estime M. Goldschmidt que nous avons étudié précédemment.

128. Admettant que la clarté d'un texte de droit est plus difficile à apprécier que celle d'un contrat, parce qu'il se rattache à tout un corps de règles qui en déterminent la portée. Cette difficulté s'élargit lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère dont le texte atteint le juge uniquement à travers une traduction et par ailleurs il peut reposer sur des conceptions juridiques très éloignées de sa connaissance. D'après M. J. Boré, ces difficultés ne doivent pas être exagérées, car d'une part l'appréciation de la clarté du droit étranger ou de certificat de coutume ne se fera pas d'après la seule base du texte législatif mais un ensemble de dispositions ou de documents dont la Cour de cassation appréciera son adéquation[276]. C'est la raison pour laquelle le texte sera éclairé par des commentaires de doctrine ou de la jurisprudence et lorsque les juges du fond attribuent à ces textes un contenu ou un sens manifestement incompatible avec leurs termes, leurs décisions devront être censurées. D'autre part il faut constater que la Cour de cassation n'apprécie jamais la netteté d'un écrit qu'en l'état de la documentation produite devant elle et devant les juges du fond. On ne peut pas dire qu'elle apprécie la clarté de la loi étrangère mais plutôt la clarté des documents qui la

275 *Ibid.*
276 *Id.*, p. 297.

lui rapportent[277]. D'ailleurs l'appréciation que la Cour de cassation aura donnée à la clarté d'un document du procès sera absolument contingente en l'espèce et ne la liera pas dans l'avenir si d'autres plaideurs viennent à lui fournir une information plus précise et plus complète.

129. Reste à savoir si le juge pouvait, en exerçant un tel contrôle, tenir compte de son expérience personnelle ? Certes, le contrôle exégétique de la dénaturation empêche la Cour de cassation de se prononcer d'après les documentations extérieures mais on ne peut pas déduire qu'il lui soit interdit de recourir à son expérience personnelle. Puisque l'éclairage d'un texte s'apprécie par référence à un esprit éclairé. Il s'agit du contrôle atténué qui est impuissant à réaliser le contrôle de l'interprétation directe de la loi étrangère, de surcroît ce genre de contrôle risque de laisser demeurer des divergences d'interprétation de textes obscurs par les juridictions inférieures[278]. C'est pourquoi on dit plus haut qu'il s'agit d'un aspect négatif du contrôle de dénaturation de la loi étrangère.

130. En Thaïlande, le débat sur la dénaturation de la loi étrangère devant la Cour suprême se trouve très rarissime. Il en résulte que pour le peu de débat sur l'interprétation de la loi étrangère, la doctrine admet que le juge interprète et applique la loi étrangère de la même manière que le juge étranger qui applique sa propre loi[279]. Il est possible que les litiges présentés devant la Cour en matière du commerce international fassent référence à la loi étrangère bien connue telle que *Marine Insurance Act 1906*, *UCC* américain, raison pour laquelle nous ne trouvons pas vraiment de problème de dénaturation chez le juge thaï.

131. Conclusion du chapitre. Après avoir étudié et analysé la jurisprudence française et thaïlandaise, on peut conclure qu'il est certain que le juge doive appliquer la loi étrangère choisie par les parties contractantes. Cependant la tendance et la pratique française sont différentes de celles du juge thaï. Afin de maintenir la répartition des tâches entre le juge et les parties ; l'application de la règle de conflit de lois et l'établissement du contenu de la loi étrangère, le juge français retient les critères de droits disponibles et indisponibles. Bien que

---

277 *Ibid.*

278 *Ibid.*

279 Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 79-80 ; P. Pivavatnapanich, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 230.

la Cour de cassation ne les a pas mentionnées en dernier temps, mais on sait que ces critères servent de base dans ce domaine, et on ne peut pas dire que la Cour les a absolument abandonnées… Alors que le juge thaï est obligé par l'article 8 de la Loi de 1938 relative au conflit de lois, c'est-à-dire qu'il n'a pas d'office de soulever l'extranéité et l'applicabilité de la loi étrangère. Dès lors, il incombe à la partie demanderesse, sans tenir compte de la nature du droit litigieux, l'obligation de soulever l'extranéité du litige et d'établir la teneur de cette loi étrangère. Certes, l'application de la loi étrangère peut entraîner les difficultés pour le juge concernant l'établissement de sa teneur. La coopération entre les juges et les parties doit être primordiale. Ceci pourrait éventuellement économiser le temps et les dépenses des parties. Par ailleurs, le juge devrait donner des conseils susceptibles de faciliter la production des preuves si jamais l'occasion se présente. On peut se demander pour quelle raison le fardeau incombe aux juges surtout en matière des contrats internationaux où les avocats jouent un rôle très important et indispensable. Les parties doivent également être très actives. Sous l'égide des avocats, l'accès à la connaissance du contenu de la loi étrangère est plus facile et peut soulager la charge alourdie des juges du fond. Sur ce point, il y a peut être l'opinion dissidente qui se fonde sur l'objectif de droit international privé que ceci a pour but de rendre la justice aux parties. On sait que la justice de droit international privé ne concerne pas simplement les intérêts privés mais elle comporte aussi de l'intérêt général[280]. Alors dans certaines hypothèses au sein des droits disponibles, le rôle passif du juge est peu satisfaisant, car le jeu des intérêts privés ne peut être toujours souverain. On peut aller jusqu'à poser une question à savoir s'il est juste de voir les plaideurs ignorants être sanctionnés par la privation des droits consacrés par la loi ? A notre avis, lorsque l'intéressé ignore les droits qu'il pouvait y accéder, en particulier dans le domaine de droits disponibles, ceci ne concerne pas le respect du principe de la contradiction. A ce stade, la proportionnalité de la charge de preuve semble être un moyen plus apte à régler ce problème d'après la Cour de cassation, les arrêts du 28 juin 2005 ; il est à la charge du juge avec le concours des parties d'établir la teneur de la loi étrangère.

La Cour de cassation a manifesté une réticence certaine à contrôler l'application par les juges du fond de la loi étrangère. Quant à la Cour de cassation, elle n'est pas juge du fait, donc elle laisse l'appréciation au pouvoir souverain des juges du fond. Si les juges du fond n'était pas obligé d'appliquer le droit étranger, il semblerait irrationnel de lui reprocher

---

280 H. Batiffol, *Traité…*, *op.cit.*, n° 267 ; P. Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, 3e éd., 1937, n° 213 et s.

d’avoir méconnu le véritable sens de ce droit et *vice versa*. La Cour de cassation a mis l’accent sur le contrôle aux cas les plus sérieux d’erreur d’application de la loi étrangère ; lorsqu’il y a méconnaissance du sens clair et précis d’un texte législatif versé au débat. La Cour a emprunté le concept traditionnel de dénaturation appliqué par l’ancienne jurisprudence aux contrats et aux pièces de procédure. On peut conclure que la notion de dénaturation n’était envisageable qu’en présence d’un document clair et précis, le contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation mérite désormais une attention particulière.

Chapitre Second
CHOIX DES NORMES NON ETATIQUES.

132. La question peut se poser s'il est possible qu'un contrat international puisse échapper à la loi nationale afin de soumettre à un système de règles substantielles non étatique. Dans la vie économique internationale il arrive souvent que les règles de droit étatique se trouvent inadaptées pour régler ces problèmes. Les opérateurs commerciaux préfèrent alors chercher eux-mêmes à combler ces lacunes. Nous étudierons d'abord la question du contrat sans loi qui est en réalité un contrat soumis à un droit commercial commun.

133. En Thaïlande la position des auteurs sur le droit a-national, plus précisément la *lex mercatoria*, est claire. Ils considèrent que ceci n'a pas de valeur juridique, mais des règles émanant des pratiques et usages commerciaux des individus. Cependant l'avis sur le « contrat sans loi » est obscur, c'est probablement parce que la traduction officielle en thaï du terme « contrat sans loi » n'existe pas. En effet, on constate que le terme 'contrat sans loi' ne figure sur aucun ouvrage thaï. Car on n'aurait pas pu imaginer qu'un contrat ne soit soumis à aucun droit. Le « droit » au sens de l'ensemble de droits signifie *Kod Maï* กฎหมาย et la « Loi » ou *Phrarajabunyat* (*Act of Parliament*) qui est plus spécifique.

Voyons si le terme « contrat sans loi » peut nous donner des intérêts et des explications plus précises. D'abord l'admission dans les contrats internationaux des règles non légiférées paraît à travers la théorie de contrat dit sans loi **(Section I)**. Ensuite l'applicabilité de la *lex mercatoria* devant la juridiction étatique et la juridiction arbitrale, certes la dernière est plus favorable à appliquer la loi marchande que la première **(Section II)**.

Section I
Admission aux contrats internationaux des règles non légiférées : l'affirmation du principe.

134. Le contrat sans loi a fait l'objet du débat depuis longtemps. On peut dire qu'il s'agit de la crise des conflits de lois d'une part et le fruit du principe de l'autonomie de la volonté d'autre part. La théorie de contrat sans loi suppose la faculté des parties contractantes d'écarter tout rattachement à un système juridique étatique. Cette thèse est consacrée à la loi

des parties ou la loi d'autonomie mais non à la loi au sens du positivisme. M. Jacquet a proposé ainsi le concept dénommé « contractualisation de la loi », c'est-à-dire il n'y a aucune limite du choix de la loi par les parties qui peut se porter sur la loi d'un pays sans aucun lien avec leur contrat. Les parties peuvent se référer aux dispositions de plusieurs lois et enfin elles peuvent stipuler que le contrat ne sera soumis à aucune loi. Cette idée s'est fondée sur une base que le contrat international vaut par lui-même non en vertu d'une loi qui lui conférerait sa validité et déterminerait ses effets[281]. On trouve très souvent le contrat sans loi dans les contrats internationaux conclues entre les commerçants. Il arrive que cette partie individuelle étrangère ne veuille pas se soumettre à la loi du for de son cocontractant. Ce conflit d'intérêts les conduirait à un accord des parties contractantes de soumettre leur contrat à la règle non légiférée. Telle est la *lex mercatoria* ou autres principes regroupés par les organismes non-gouvernementaux, afin d'avoir la règle neutre gouverne au contrat. Le seul fait de saisir un juge dans ce cas est pour lui demander de donner effet au contrat manifeste une contradiction avec la volonté initiale des parties afin de maintenir leur convention en dehors du droit. Cependant on trouve que le statut de contrat sans loi fait toujours l'objet du débat dont l'admission est fragmentaire **(§ 1)**. On verra quel est le terme plus favorable et plus juste. Le problème de contrat sans loi pourra théoriquement être en cause et les auteurs ont proposé les idées variées. En pratique lorsque les parties ont laissé leur contrat « sans » loi applicable, ce n'est pas le même cas du non choix des parties de la loi applicable au contrat. Car les parties ont choisi, dans ce contexte, le droit non légiféré au lieu du droit étatique. On étudiera ensuite la faveur au contrat sans loi fondé sur la volonté des parties **(§ 2)**.

§ 1 : L'admission fragmentaire du contrat sans loi.

135. Admettre qu'il est souvent de trouver les situations de contrat sans loi résultent d'un accident de parcours dans l'application de la règle de conflit de lois. Elles pourraient résulter aussi de la jurisprudence favorable à la liberté contractuelle ou dans certains cas c'est pour éviter de prononcer la nullité d'un contrat ou d'une disposition du contrat[282]. Cependant on peut constater qu'il y a la diversité d'admission du contrat sans loi par les juridictions étatiques (A) et les juridictions arbitrales (B).

---

281 J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et droit applicable aux contrats internationaux*, Paris : Economica, 1983, préf. J.-M. Bischoff, p. 27 et s.

282 J.-M. Jacquet, *Droit du commerce international*, 2e éd., Précis, Paris : Dalloz, 2010, n° 357.

A. La notion de contrat sans loi selon les juridictions étatiques.

136. Le contrat sans loi donne la possibilité de se détacher de droit d'un État en se rattachant à un droit commun autonome. La question peut se poser si un contrat international doit nécessairement être rattaché à un ordre juridique étatique. En effet la nécessité d'un rattachement à un droit étatique se présente ici pour affirmer que l'autonomie de la volonté des contractants par rapport au droit étatique n'est pas absolue. Il y a des limites que nous verrons par la suite. Il est logique que le juge étatique doive respecter la règle de conflit de lois du for et aussi le nombre de contrats rattaché à un droit national à travers le jeu de la règle conflictuelle. C'est valable également pour les contrats internationaux en matière de bien immobilier lesquels devraient être rattachés toujours à la loi où se situe cet immeuble selon la *lex rei sitae*. Pourtant dans certaine matière comme le contrat de vente internationale des marchandises, le champ d'application de la loi autonomie paraît plus répandu.

137. Le contrat régi par les règles de droit transnational[283]**.** Le terme de « contrat sans loi » décrit la situation selon laquelle on recherche à savoir s'il existe, au-delà de droit étatique, une autre règle ou un corps de droit qui pourrait être utilisé pour régir au contrat. Comme l'a affirmé le doyen Batiffol que *« ce n'est pas en réalité la thèse de l'absence totale de guides, de règles, de directives, de systèmes juridiques qui est vraiment en cause… »*[284]. On peut trouver son origine de la pensée fondée sur la nécessité de rattacher un contrat à un pays déterminé, à l'époque où on a cru que seul l'État soit la source unique du véritable droit. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris a écarté cette idée en concluant : « *la société des services contractuels des Messageries Maritimes est mal fondée à prétendre que le contrat devrait être nécessairement rattaché à un pays déterminé…* » et qu'« *en matière de règlement international, la convention d'où résulte stipulation de paiement en or, fait la loi des*

---

283 Le problème de la qualification de droit transnational a été principalement débattu pendant les années 70. La pensée juridique sur le droit transnational est d'origine américaine, il comprend un ensemble de règles juridiques destinées aux relations infra-étatiques dans le domaine commercial et économique à un niveau inférieur à celui du droit international. Ce droit a pour l'objectif de régir les relations entre des opérateurs économiques moins prestigieux que les États, on peut dire que c'est un droit qui présente un aspect « moins contraignant ». Néanmoins, le droit des marchands en tant que véhicule « professionnel » apportent des solutions plus appropriées pour des opérateurs. Le droit transnational est un droit qui se situe dans les espaces soustraits à l'emprise des États, certes, ces espaces n'existent pas en réalité, car il n'est pas possible d'en délimiter territorialement l'aire précise. Le droit transnational est sectoriel en ce sens qu'il est spécifique à des catégories d'agences telles que les marchands, les religieux ou les sportifs, dont un droit spécifique prétend discipliner les relations à côté du droit étatique.

284 H. Batiffol, « Sur la signification de la loi désignée par les parties », *in* Choix d'articles, Paris : LGDJ, 1976, p. 271.

parties »[285]. Mais la Cour de cassation a estimé au sens contraire que « *tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État* »[286]. *A priori*, le contrat sans loi est susceptible d'être limité par l'application d'une réglementation étatique aux contrats internationaux. Il peut expliquer une fidélité à la méthode conflictuelle de l'État et en même temps une méfiance à l'égard du droit spontané. Comme on le sait, l'État à travers son système juridique adopte l'application de règles de conflit qui conduit à désigner une loi étatique pour régir le contrat en cas d'absence de choix des parties.

Pourtant, on ne peut pas nier le contrat sans loi qui est acceptable en générale dans le commerce international en forme de « conditions générales » ou « contrat-type ». Le développement de tels contrats peut donner naissance à une nouvelle *lex mercatoria* parmi les commerçants internationaux. On trouve que ces règles portent une véritable force à l'application pas moins que celle de loi étatique. Pour cette raison l'État souhaite observer prudemment le développement de nouvelle *lex mercatoria* et la limiter dans certain cas.

138. Force est de constater la pratique diverse réservée au contrat sans loi qui est présentée devant l'arbitre et devant le juge. La question est de savoir s'il est nécessaire de condamner le contrat sans loi devant le juge étatique? En effet ce n'est pas aisé de l'abandonner, car certains principes utilisés par le juge sont considérés aussi comme le droit a-national, par exemple pour les partisans du contrat sans loi, il suffit de recourir au principe *pacta sunt servanda* qui est la clé de voûte de la *lex mercatoria* emporte sur tout autre principe en cas de conflit. Ce principe est également utilisé par l'arbitre lorsqu'il est appelé à trancher un litige au regard de règles transnationales. Il y a des sentences qui insistent à satisfaction sur la primauté du principe de la force obligatoire des contrats. Ce principe est incontestablement une partie des règles qui se trouvent dans la plupart des systèmes juridiques.

---

285 CA Paris, 24 avril 1940, *Messageries Maritimes, S.* 1942, 2, p.29, note Niboyet. Il s'agit d'un emprunt obligatoire émis en juin 1927 par la Société française des services contractuels des Messageries Maritimes aux Pays-Bas et au Canada, sous la garantie de la France. Le montant de l'émission, service des intérêts et remboursements étaient stipulés en dollars canadiens, dollar-or pour les deux dernières opérations. Le 10 avril 1937 la loi canadienne, prohibant les clauses-or pour tous les contrats régis par la loi canadienne et quel que soit le lieu de paiement, est entrée en vigueur. La Société s'abritait derrière cette loi pour assurer le service de son emprunt en dollars canadiens papier. Nous trouvons que la Cour d'appel avait décidé dans ce sens afin de donner effet à la clause-or, car il est difficile, en restant sur l'application de conflit de lois, de ne pas rendre la décision en faveur de la loi canadienne.

286 Cass.1er civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes, RCDIP*.1950.609, note H. Batiffol ; *D.* 1951.749, note Ancel ; *JCP*.1950.II.5812, note Lévy ; *GA*, n°22, 4e éd., p.199. Cette règle a déjà affirmé par la Cour Permanente de Justice internationale, dans l'affaire des *Emprunts serbes et brésiliens* que « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale » (arrêt n° 14 du 22 juillet 1929, CPJI. Série A, n° 20-21, n° 15 du 12 juillet 1929, *Ibid.*).

139. Cependant l'admission de rattachement à un système juridique a-national semble difficile à cause de son caractère controversé et son contenu incertain. Un auteur thaï[287] estime que la *lex mercatoria* est considérée comme un droit du commerce international résultant de la volonté commune des commerçants de la communauté commerciale internationale. Peut-on dire que la *lex mercatoria*, par exemple les Incoterms, est une coutume internationale que les États devraient respecter ? Sur ce point il existe deux opinions principales d'après le rapport de la conférence[288]. Certains juristes[289] pensent que les Incoterms ne sont autre qu'une coutume du commerce pratiquée entre les commerçants plutôt que le droit international coutumier qui oblige les États à respecter. Il manque à ce stade *l'opinio iuris*. Si l'on cite un exemple des usages du commerce ou de la coutume commerciale, on est dans le doute s'ils sont du droit international coutumier car d'après ces auteurs il faut rappeler que seuls les États et organisations internationales sont sujets de droit international. Bien que la conférence d'élaboration de droit du commerce international soit organisée par la CNUDCI, il ne concerne pas les relations internationales entre les États membres… C'est la raison pour laquelle un acte d'organisme privé, telle que la compilation des usages du commerce ne pourrait pas être qualifiée de droit international coutumier[290]. Citons par exemple le cas des Incoterms, on accepte que les Incoterms soient usages du commerce, même s'ils comportent l'élément matériel de la coutume commerciale internationale, mais ils sont encore dépourvus de l'élément psychologique ou *l'opinio iuris*, car les parties ne s'y soumettent que par leur volonté. Elles les réfèrent dans leur contrat puisque ceux-ci ont été convenus et facilitent leur vie économique, et non pas parce qu'elles croient qu'ils sont de droit[291]. D'autres[292] affirment en revanche que les Incoterms sont de coutume internationale, car ces règles s'appliquent de manière générale et répandue parmi des commerçants de chaque pays. Par ailleurs, en droit international contemporain, on admet que

---

287 P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « Pour quelle raison est-il nécessaire d'uniformiser le droit de commerce international ? », *Thai Bar Association Journal*, vol. 46, n°1, 1990, p. 97-109.

288 La Conférence d'association de droit international de Thaïlande sur « Le droit international qui peut produire des effets en Thaïlande », le 28 novembre 2003, Bangkok, Thaïlande.

289 P. Horayangkura ; P. Kanchanachittra-Saisoonthorn ; En France : P. Mayer.

290 *Cf.* P. Horayangkura, *La pensée juridique sur le règlement des différends du commerce*, Bangkok : Samyanwitayapatana, 1997, 79 et s.

291 Sur ce point voir F. Gény, *Méthode d'interprétation er sources en droit privé positif* , LGDJ, 2e éd., 1919, t.1, n°131.

292 Le rapport n'a pas précisé les noms d'auteurs thaïs. Pour les auteurs étrangers V. B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*.1979.475, spéc. p. 478.

l'individu peut être aussi le sujet de droit international. Donc il peut être considéré comme coutume internationale que les juges étatiques connaissent par eux-mêmes sans nécessité de prouver par les parties.

140. Quant à la pratique des juges thaïs, il est clair que les parties ne sont obligées d'invoquer l'application des Incoterms ni de les prouver. Il semble que le rapport de la conférence ne donne pas la réponse à l'égard d'autres règles transnationales, la conclusion était ainsi : « *on ne peut pas nier que les Incoterms soient la règlementation généralement acceptée et pratiquée dans le commerce international par les commerçants de tous les États* »[293]. Alors la réponse à cette question est toujours dans l'ombre. A notre avis, nous hésitons d'accepter comme le droit la *lex mercatoria*, par exemple les Incoterms ou les RUU 500 qui n'ont pas le caractère juridique, car ils ne concernent que des usages conventionnels qui servent à interpréter ou compléter la volonté exprimée des parties. Ils n'ont pas la force obligatoire en soi. Tandis que les règles coutumières s'imposent à tous, elle peut déroger à une loi impérative, par exemple en matière d'anatocisme selon laquelle la jurisprudence commerciale refuse d'appliquer l'article 1154 du Code civil[294]. Mais les usages ne peuvent déroger qu'aux lois supplétives. La dissociation entre la coutume et l'usage est délicate à tracer. Il est possible que les usages commerciaux puissent se transposer en véritables coutumes[295] lesquelles accèdent au rang de source formelle du droit. Dans ce cas un acte de violation des usages constituant de véritables règles coutumières pourrait être méconnu par la Cour de cassation[296]. De surcroît, en matière de preuve, ces usages commerciaux relèvent de la question de droit qui est normalement l'office du juge de rechercher la teneur. Cependant, les usages qui ne constituent pas des règles coutumières sont toujours à la charge des contractants de prouver leur contenu telle est la *lex mercatoria*.

---

293 *Cf.* Lukana Pobromyen, « Les effets de coutume internationale à l'égard de la Thaïlande », l'Association de droit international de Thaïlande, Actualité juridique, le 17 janvier 2004. Disponible sur le site http://www.archanwell.org/autopage/show_page.php?t=1&s_id=5&d_id=7

294 F. Gény, *Méthode d'interprétation…, loc.cit.*

295 *Id.*, p. 418 et s. Cet auteur a proposé d'appeler usages conventionnels dans son ouvrage, il a affirmé que ces usages conventionnels ne constituent qu'une variété de la coutume juridique. Certes, l'usage conventionnel présente bien l'élément matériel de la coutume, puisqu'il suppose une pratique constamment et longuement suivie. Cependant on observe qu'il ne contient pas *l'opinio juris* ou l'élément psychologique. Si on part de ce point de vue, on ne peut pas accorder le caractère coutume juridique à l'usage proprement dit.

296 Cass.com., 14 octobre 1981, *Sté Discount Bank c/ Téboul, D.*, 1982, p.301, note M. Vasseur.

141. En France, de même qu'en Thaïlande et d'autres pays, les dispositions issues des Incoterms n'ont aucun caractère impératif[297]. La Cour de cassation a affirmé que les Incoterms résultant uniquement des usages commerciaux[298], par conséquent les parties peuvent y déroger librement.

B. La notion de contrat sans loi selon les juridictions arbitrales.

142. Intervention des règles transnationales dans les contrats internationaux. La situation est différente en matière d'arbitrage pour les contrats sans loi. Cette matière combinée, lois étatiques et droit a-national, on observe la subsidiarité où est confiné le droit étatique qui nous montre comment l'arbitrage favorise par nature le détachement du contrat régi par la loi étatique et son rattachement au droit commercial international… Dès lors quand on parle du contrat sans loi, cela signifie le contrat qui est régi par le droit non étatique choisi par les parties.

143. En ce qui concerne le rattachement au droit a-national, bien que certains auteurs aient exprimé que la *lex mercatoria* n'est qu'une manifestation de la doctrine du laissez-faire, on ne peut pas contester que les arbitres doivent prendre en compte lorsqu'ils tranchent le litige au regard de règles transnationales. Ce constat a été affirmé par l'article 1496 du CPC ou l'article 1511 du Décret du 13 janvier 2011 selon lequel « *l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies(…). Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* ». L'arbitrage international de la CCI (l'article 17[299]) et les lois adoptées à titre de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont également tenu compte des usages du commerce dans tous les cas à savoir même lorsque les parties ont choisi le droit applicable[300]. Ainsi que la Loi de 2002 sur l'arbitrage thaïlandais, l'article 34 qui stipulent que :

---

297 J.-M. Jacquet, *Droit du commerce international*, *op.cit.*, n° 555.

298 Cass. com., 2 octobre 1990, *DMF*.1991.504.

299 Article 17.1 : « *Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées* »; l'article 17.2 : « *Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents* ».

300 P. Bernardini, « Arbitrage international et règles de droit a-nationales », Bulletin de la Cour international d'arbitrage de la CCI, vol.15, n°2, 2e semestre, 2004, p.65.

« L'arbitre tranche le litige conformément au droit choisi par les parties (…) » ;

et le 2e al.

« Au cas où elles n'ont pas opté le droit pour régir au contrat, le tribunal arbitral tranche le litige conformément au droit thaï (…) » ;

et son dernier alinéa

« L'arbitre tranche le litige en tenant compte de la convention et les usages du commerce s'il concerne un différend commercial »[301].

144. C'est en effet à travers les clauses contractuelles qui permettent d'applicabilité directe de la *lex mercatoria* ou des règles non étatiques dans cette matière. De surcroît, certains milieux d'affaires internationaux considèrent que le droit étatique ne permet pas de faire preuve du dynamisme et du niveau de souplesse exigent par les relations contractuelles ou dans l'espace transnationale. Par conséquent, les parties aux contrats internationaux ont expressément exclu l'application de toute loi étatique à leur contrat et ont choisi à appliquer uniquement les principes généraux ou les usages du commerce international pour régler leurs différends. Cette exclusion est généralement admise dans l'arbitrage international[302], pour nous, c'est là la fonction de droit a-national dans le contrat sans loi. Pour cette raison on trouve de nombreux d'exemples dans le domaine de contrats internationaux. Certes, c'est grâce à l'autonomie de la volonté des parties de choisir ces règles de droit a-nationales applicable. En effet la méthode des règles transnationales devrait tenir compte également à la protection de la partie et de moralité des affaires. Dés lors on peut dire que les arbitres qui statuent en application de principes généraux ont dégagé des conclusions selon lesquelles le principe de la force obligatoire des contrats n'est pas la seule règle au regard de laquelle tout litige en matière contractuelle doit être jugé[303].

---

301 มาตรา ๓๔ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า "ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท (...)" "ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย (...)" "การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญาและหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย"

302 B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage… », *op.cit.*, spéc. p. 479 et s.

303 En ce qui concerne la critique selon laquelle les règles transnationales seraient souvent contradictoires, elles reposent sur une conception inexacte puisque la *lex mercatoria* formait une collection de règles d'origine variable rassemblées sur le seul fondement de leur adéquation aux besoins du commerce international et que certaines de ces règles pouvaient être puisées dans le droit des États (*Cf.* E. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », *in* Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, *Mél.* en l'honneur de P. KAHN, Paris : Litec, 2000, p. 25). L'on constate que les corps de règles qui se sont dégagés dans la jurisprudence arbitrale sur cette question montrent que les règles transnationales ne jouent pas que *« in favorem validitatis* ». Par exemple une règle transnationale s'est dégagée selon laquelle le contrat obtenu par la corruption d'une partie contractante est entaché de nullité ou n'est pas susceptible d'exécution forcée. Dès lors, le principe de la force obligatoire des contrats et les divers principes susceptibles d'en limiter l'efficacité ne sont nullement en contradiction. Cet auteur a affirmé par ailleurs que *« l'observation selon laquelle la lex mercatoria*

145. La fonction de contrat sans loi dans le contrat entre l'État et l'entreprise étrangère. Ainsi que dans le contrat d'État, les principes ou les règles transnationales sont impliqués dans ces types de contrat depuis longtemps... Bien que l'on ne puisse pas directement les appeler contrat sans loi, la preuve se révèle dans les sentences arbitrales selon laquelle *l'insertion dans le contrat une clause d'arbitrage international signé avec un État permettrait d'assurer l'application de règles de droit a-nationales.* Celle-ci est susceptible de garantir que le contrat sera régi part une sorte de loi transnationale.

Dans la sentence bien connue comme l'affaire *Aramco*[304] en 1958, les arbitres ont estimé que la loi d'Arabie saoudite choisie par les parties « *doit, le cas échéant, être interprétée et complétée par les principes généraux du droit, par la coutume et la pratique du secteur pétrolier et par des notions de pure doctrine, notamment lorsque certains droits privés – qui doivent inévitablement être reconnus au concessionnaire pour éviter que la concession soit privée de sa substance – ne seraient pas assurés d'une manière incontestable par les lois en vigueur en Arabie saoudite* ». Les dispositions de ce contrat ont clairement précisé que le recours à la coutume, aux usages ou à la pratique du secteur pétrolier aurait été fait lorsque les droits saoudiens dans ce domaine ne seraient pas assurés.

146. Dans la sentence *Aminoil*[305], l'État a joué un rôle actif dans l'arbitrage. Cette affaire concernant la nationalisation par le Koweït d'une concession pétrolière accordée à *Aminoil* en 1948. La clause d'élection du droit applicable figurant dans le contrat signé entre les parties en 1979 a été considérée vaque, car elle laisse supposer que les parties ne se sont pas entendus sur un choix direct du droit applicable, ladite clause indiquait que : « la loi régissant le fond du litige entre les deux Parties sera déterminée par le Tribunal compte tenu de la qualité des Parties, du caractère transnational de leurs rapports, et des principes de droit et des usages reconnus dans le monde contemporain »[306]. La sentence est remarquable car le tribunal a décidé qu'il fallait interpréter la clause du droit applicable sur la base d'une clause acceptée dans son principe par les parties dans un projet de contrat de 1973. Cette clause faisait

---

contiendrait des principes contradictoires tels que pacta sunt servanda et rebus sic stantibus est inexacte ». Puisque l'on peut trouver dans tous les ordres juridiques une dialectique de principe-conditions d'application-exceptions (*Cf.* E. Gaillard, « Trente ans de *Lex mercatoria* : Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*.1995., spéc. p. 11-12).

304 *Aramco c/ Arabie Saoudite*, 23 août 1958, *RCDIP*.1963.272 ; *AFDI*.1961.300, note S. Bastid.

305 *Aminoil c/ Koweït*, 24 mars 1982, *JDI*.1982.869, note Ph. Kahn ; *AFDI*.1982.454, note G. Burdeau.

306 Il faut rappeler que le Tribunal avait pour la mission de statuer en droit et non pas *ex aequo et bono*.

référence à « des principes communs aux lois du Koweït et de l'État de New York » et en l'absence de ceci, « ***aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées*** ».

La sentence *Aminoil* a ainsi rejeté la notion de droit transnational en tant qu'ordre autonome de droit international et national. Elle a reconnue que le fait que l'une des parties soit un État ne justifie pas l'application exclusive du droit international public pour régir les relations entre les parties en l'absence de choix opéré par elles. On peut constater que depuis les années 1970, l'application exclusive du droit international public était moins admise, car le cocontractant n'était pas l'État lui-même mais les entités appartenant à l'État[307]. D'ailleurs, le contrat devenu de plus en plus privé tels que les contrats de service, les contrats d'assistance technique, etc. lesquels se substituaient de plus en plus aux contrats de concession traditionnels. Affirmant par la tendance de restreindre l'application du droit étatique par les arbitres internationaux en se référant à d'autres principes bien que les parties aient choisi la loi étatique dans le contrat.

147. On verra par la suite lorsque les parties ont choisi des règles a-nationales applicable au contrat, l'arbitre devra respecter leur volonté et appliquer pleinement les règles choisies sans chercher à savoir l'appropriation de celles-ci pour régler le différend. On constaterait que l'arbitre ou même le juge applique la *lex mercatoria* conformément à la volonté des parties au contrat en tant qu'une clause contractuelle insérée dans leur contrat. Bien que le juge et l'arbitre doivent tenir compte des usages du commerce ou la *lex mercatoria,* c'est pour l'objet de compléter la loi étatique.

§ 2 : La faveur au contrat sans loi fondé sur la volonté des parties.

148. Bien que la notion de contrat sans loi ou plus précisément sans loi étatique soit controversée et qu'elle fasse l'objet du débat depuis bien longtemps, les ordres juridiques étatiques admettent sa fonction en droit interne étatique (B). De même, on peut toujours envisager le choix par les parties de ces règles a-nationales pour régir leur transaction. Le droit interne a prévu cette option afin de favoriser la volonté des contractantes. Le mode d'admission ce contrat sans loi peut être envisagé très souvent en forme de l'incorporation de règle non étatique dans une clause contractuelle (A). On peut dire que ce droit a-national est

307 P. Bernardini, « Arbitrage international et règles de droit a-nationales », *loc.cit.*

admis en tant que clause insérée dans un contrat et non pas en tant que droit, avec ce moyen la question de juridicité de droit a-national ne se pose pas.

A. L'incorporation de règle non étatique : le mode d'admission de contrat « dit » sans loi.

149. La thèse de l'incorporation de la loi dans le contrat est bien reconnue, comme l'admet la Cour de cassation belge dans son célèbre arrêt du 24 février 1938 : « *le juge du fond n'ayant pas fait application des lois étrangères comme telles, mais des dispositions légales étrangères invoquées et insérées par les parties dans leur convention, et devenues, par conséquent, des dispositions conventionnelles* ». Cela est dénommé par M. J.-M. Jacquet « la contractualisation de la loi »[308], *a priori*, les parties peuvent se référer aux dispositions de plusieurs lois et enfin elles peuvent stipuler que le contrat ne sera soumis à aucune loi. Si l'on accepte la conséquence de la contractualisation de la loi proposée par M. J.-M. Jacquet, c'est-à-dire que l'on accepte qu'un contrat international vaille par lui-même.

150. L'argument contraire fondé par M. Batiffol selon lequel la validité du contrat sans loi est démentie par une solution positive à savoir la possibilité d'annuler un contrat au nom de la loi à laquelle les parties se sont référées[309]. Si le contrat international valait par lui-même et la référence d'une loi n'est qu'une aide en cas d'insuffisance du contenu, on peut envisager jusqu'au point que le juge devrait faire prévaloir la volonté réelle des parties entre les stipulations claires du contrat et une référence à une loi dont les parties n'ont manifestement pas perçu la portée… Par conséquent le juge doit maintenir le contrat et le compléter par la recherche de leur volonté implicite[310]. Si l'on suit M. Batiffol pour la pensée selon laquelle *« tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État »*[311], le contrat ne pourra être soumis à une seule règle non-étatique. Cependant il est possible de compléter le contrat régi par la loi étatique en appliquant les règles de droit non-étatique. A titre d'exemple, en matière des contrats-types élaborés sous l'égide des organisations non

---

308 J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *TCFDIP* 1993-1995, p. 23 et s.

309 Cass. Civ. 28 juin 1966, *RCDIP*.1967.334, note H. Batiffol.

310 H. Batiffol, « La loi appropriée au contrat », *in* Études offertes à Berthold Goldman, *Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1987, p. 1-13, spéc. p. 3.

311 *Ibid.*

gouvernementales telles que la *London Corn Trade Association*, les RUU ou les Incoterms de la Chambre de commerce internationale. Là aussi les besoins de règles à régir le contrat ne doivent pas être niés, puisque la prévisibilité est un facteur indispensable pour les parties contractantes dans le commerce international.

151. En effet lorsque les parties ont refusé de choisir le droit étatique applicable au contrat, il est possible que cela ne signifie pas qu'elles entendent conclure un contrat sans loi, ni même que le contrat considéré comme un ensemble de normes individuelles doivent entièrement se suffire à lui-même. Mais on ne peut nier que les contractants ont conclu un contrat sans loi par leur volonté puisqu'ils remarquent la nécessité de le placer dans le cadre de normes générales et ils pensent que ces normes peuvent être trouvées dans le droit professionnel, dans les usages ou dans les principes généraux dépassent les frontières nationales[312].

152. Il reste à savoir que, quelle loi est la plus apte à régir le contrat étant donné le caractère respectif des liens de la situation avec les systèmes différents. La *lex mercatoria* peut-elle être la loi applicable au contrat ? Pour certains, cela dépend si elle est conçue comme un ordre juridique digne de ce nom, c'est-à-dire elle est établie et sera sanctionnée au nom d'un milieu économique ou commercial déterminé au besoin par des organes professionnels exerçant une certaine autorité. Si les institutions arbitrales l'appliquent en tant que droit dont les sentences sont respectées, la référence est de même nature que celle qui concerne la loi étatique. En revanche si la *lex mercatoria* n'est que de formules contractuelles déterminées, alors on revient au modèle de la contractualisation.

153. La soumission du contrat au droit a-national est généralement admissible dans la procédure d'amiable composition. Là aussi l'application du droit non étatique est immédiate et s'impose sans difficulté. Comme on le sait lorsque les parties contractantes ont inséré dans leur convention d'arbitrage une clause de déterminer le moyen de dérouler l'arbitrage selon laquelle les arbitres devraient trancher le litige et tenir compte à des normes mieux adaptées autre que la loi étatique considérée comme inadaptée au litige. L'arbitre tranchera le litige en équité, c'est le sentiment de justice qu'ont besoins des contractants. On peut dire que

---

312 B. Goldman, « Frontière du droit et « *lex mercatoria* » », *Arch. Phil. Dr.*, 1964, p. 177-192, spéc. p. 184-185.

l'amiable composition se présente bien l'idée d'un contrat détaché de tout rattachement au droit national, et on ne peut reprocher ni à l'arbitre, ni aux parties d'en faire le recours. Il convient de reprendre une formulation de M. Fouchard selon laquelle « les commerçants veulent se préserver de ce qu'ils considèrent comme des archaïsmes, mais ne renoncent pas à voir leurs relations obéir à des normes mieux adaptées aux conditions du commerce international ou leur branche professionnelle »[313].

B. La place de règle non étatique en droit positif.

1) La prise en considération du préambule du Règlement n°593/2008 le choix de la règle non étatique.

154. Avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome I, les stipulations de la Convention de Rome 1980 étaient silencieuses s'agissant du choix de la règle non étatique applicable aux obligations contractuelles. Le débat s'est fondé sur l'application de règles telles que les Principes UNIDROIT ou les Principes européens du droit des contrats. Sont-ils dans le même titre que le droit national ou qu'ils sont incorporés dans le contrat dans la limite autorisée par le droit étatique autrement applicable ?[314] Force est de constater que la liberté de choix de la loi applicable au contrat international est toujours l'objectif précieux et indispensable.

Cependant il reste à savoir si cette liberté pourrait être limitée dans une part quelconque ? Lorsque l'on prend en compte **la proposition de Règlement Rome I** qui énonce que :

« Les parties peuvent également choisir comme loi applicable ***des principes et règles de droit matériel des contrats****, reconnus au niveau international ou communautaire.*

Toutefois, les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement ».

On a trouvé que la formulation retenue viserait à autoriser le choix de ces principes ou même d'un éventuel futur instrument communautaire optionnel. D'après M. Bureau et Mme Muir Watt, cette proposition n'a pas admis le choix de la *lex mercatoria* qui est estimée insuffisamment précise, de même que de codifications privées qui ne seraient pas

---

313 Ph. Fouchard, « L'arbitrage commercial international », Dalloz, 1965, p. 404.

314 *Cf.* G.-P. Romano, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI*.2007.473.

suffisamment reconnues par la communauté internationale. On envisage ici la difficulté de déterminer des principes et des règles « au niveau international ou communautaire »[315].

155. En effet le considérant[316] n°13 du Règlement n° 593/2008 n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale[317]. C'est-à-dire la Convention de Rome 1980 consacre les principes de l'autonomie de la volonté alors que le règlement Rome I admet aussi cette même liberté mais de manière plus répandue. Force est de reconnaître que les considérants ne contiennent pas de dispositions impératives mais la valeur d'un texte ne saurait pas être définitivement écartée, autrement dit, il ne faut pas écarter sa force obligatoire pour la seule raison qu'il soit un préambule. C'est son contenu qui doit être pris en compte. On constate qu'il y a plusieurs moyens d'admettre la force obligatoire à un texte ; la voie juridictionnelle est un bon exemple.

---

315 D. Bureau, *Droit international privé*, t. II, Paris : PUF, p. 304.

316 On se demande si les considérants de ce règlement sont tenus de respecter ? La réponse semble être négative. Le caractère normatif de ceux-ci ouvre un grand débat pour les juristes. En effet l'article 249 TCE affirme que « *le règlement est obligatoire dans tous ses éléments* », mais cette règle vise le seul dispositif de l'acte dont le préambule est dénué de force contraignante. Il en va de même pour l'Accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire du 22 décembre 1998 qui dénie expressément tout caractère normatif aux considérants. La vocation du préambule est différente et dépend de chaque instrument international ; dans les conventions internationales, le préambule ne joue qu'un motif de la négociation des parties contractantes ; dans les actes communautaires, il s'agit pour les États de veiller à ce que la démarche poursuivie par les institutions communautaires soit conforme à leurs attributions (*Cf.* G. Isaac et M. Blanquet, *Droit communautaire général*, 9e éd., A. Colin, 2006, p. 218). On peut donc dire que le préambule communautaire a pour objectif d'expliquer et de motiver certaines dispositions sensibles du texte. On est d'accord qu'il ne reste que le préambule de la Constitution de la République de 1958 qui a été élevé au même rang que la loi constitutionnelle selon les décisions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Comme le dit H. Kenfack, ceci pourrait nous conduire à penser que tous ces considérants ne sont pas appelés à rester privés de toute force obligatoire (*Cf.* 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*.2009.15). Le règlement doit trouver sa place à côté des mesures en faveur des objectifs visés par le marché intérieur. Prenons un exemple, on sait que le législateur communautaire dispose une marge d'appréciation pour décider si une mesure est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Sans doute, l'harmonisation des règles de conflits de lois en matière contractuelle est considérée comme indispensable au bon fonctionnement de celui-ci, comme l'a indiqué le considérant 40 que « l'application des dispositions de la loi applicable désignée par les règles du présent règlement ne devrait pas restreindre la libre circulation des biens et des services » (*Cf.* H. Kenfack, « Le règlement (CE) n° 593/2008… », *op.cit.*, p. 8 et s.). Ainsi, sommes-nous persuadés que la prise en considération des considérants de ce nouveau règlement est indispensable, bien que l'on n'admette pas son caractère normatif.

317 En ce qui concerne le considérant 13, qui a dit qu'il n'est pas interdit aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale, nous pouvons dire que ceci n'est pas nouveau, car presque tous les systèmes juridiques acceptent l'incorporation au contrat international le droit non étatique et l'instrument international. Malheureusement, le législateur n'allait pas jusqu'à admettre la possibilité de choisir comme loi applicable les principes et règles de droit matériel des contrats, alors que le considérant 14 préserve cette possibilité pour le futur instrument communautaire sur ces règles. On peut observer que le préambule semble ne pas laisser aux parties d'opter pour les textes bien connus comme les Principes UNIDROIT ou les Principes européens bien qu'ils influencent largement les droits internes européens. En revanche il reste une place pour choisir les textes qui sont incertains à ce jour.

Le juge pourrait accorder à ceci le caractère contraignant[318]. Dès lors, les parties devront respecter et prendre en compte les considérants car la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la CJUE) pourrait leur conférer force obligatoire. Par conséquent le juge étatique devrait aussi suivre une telle interprétation. Le juge national pourrait aussi se référer à ces considérants et consacrer leur force obligatoire, même si la CJUE ne se prononce pas expressément.

Plus récemment, la CJUE a admis dans son arrêt de 2011 l'application des Incoterms pour déterminer le lieu de livraison de marchandises dans le règlement Bruxelles I[319], alors il s'agit de l'admission du rôle du droit non étatique dans les règles portant sur les conflits de juridictions. A cet égard, on peut penser que la CJUE devrait aussi, par l'extension, admettre l'application du droit non étatique aux obligations contractuelles sous le régime du règlement Rome I, en respectant le principe du contrôle de la conformité de l'application du droit communautaire ; les règlements communautaires doivent être interprétés dans la même direction. Il semble que la CJUE reconnaisse implicitement la valeur juridique au considérant n° 13 du règlement Rome I.

Par ailleurs ce principe a été affirmé à travers le choix d'un droit savant exprimé par les Principes UNIDROIT ou les Principes européens du droit des contrats qui peuvent être réalisés à travers l'incorporation dans le contrat.

156. Il en existe de thèses qui soutiennent la limitation du choix de droit a-national, en particulier lorsque les parties ont soumis le règlement des différends à un droit étatique déterminé. L'une de ces théories consiste à prétendre que les arbitres pourraient compléter, en cas de lacune, l'application de cette loi étatique par la *lex mercatoria* ou les principes généraux du droit ou droit international public. Dans le cas de contrat d'État, les principes du droit international public pourra être pris en considération. A titre d'exemple dans une sentence rendue au sein du CIRDI, sur le fond du 20 mai 1992, le tribunal arbitral est constitué dans cette affaire que si ces principes devaient être retenus à titre de loi choisie par les parties. En l'espèce, la République Arabe d'Égypte soutenait que l'application de la loi égyptienne ne serait pas hypothèse exclusive de l'application des principes de droit international pour en combler les éventuelles lacunes. De même que le tribunal arbitral qui

---

318 *Cf.* S. Lemaire, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.*, 2008, n°31, p. 2160.

319 CJUE, 9 juin 2011, aff. C-87/10, *Electrosteel Europe SA, D.* 2011.AJ., obs. X. Delpech, disponible sur http://www.dalloz-actualite.fr

soutenait ce raisonnement en estimant que « *le droit égyptien ne connaissait aucune règle sur la détermination du dies a quo dans le calcul des intérêts et qu'il serait en conséquence nécessaire de puiser la réponse à une telle question dans le droit international* »[320].

2) L'admission de règle non étatique dans l'ordre juridique thaï.

157. En Thaïlande, la notion de contrat sans loi n'existe pas et le sens de ce terme semble étonnant lorsqu'on l'a traduit. Mais ce n'est pas à dire qu'il n'y a pas de situation assimilée. On peut trouver les cas où les parties ont soumis leur rapport contractuel aux règles de droit non étatique. Les juridictions étatiques peuvent faire face aux problèmes de lacune de lois, alors les juges font recours aux principes généraux du droit en cause. Dans ce cas certains juristes acceptent que l'on utilise les règles uniformisées par l'organisme privé en tant que « règle coutumière » ou « principes généraux de droit ». Citons des exemples de contrat charte-partie et de contrat de transport maritime avec le connaissement. Il est vrai que l'article 609 du Code civil et commercial, qui régit le contrat de transport en général, ne dispose pas des règles spécifiques pour régler ces problèmes. En 1991, c'était la première fois que la Loi sur le transport de marchandises par voie maritime B.E. 2534 (*The Carriage of Goods by Sea Act*) a été promulguée. Rappelons que cette nouvelle loi n'applique pas à tous les contrats de transport maritime. Par ailleurs elle n'applique qu'au transport entre un port en Thaïlande et un autre à l'étranger. C'est-à-dire que le transport des marchandises par la mer entre les ports dans le Royaume de Thaïlande est exclu du champ d'application de la Loi de 1991[321]. Alors le problème peut se poser ainsi : quelle loi était-elle applicable aux contrats de transport des marchandises conclus avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1991 ? Et quelle était la loi applicable aux contrats de transport maritime qui n'entre pas dans le champ d'application de la Loi de 1991 ? Pour répondre à ces questions, il convient de consulter l'article 4 al. 2 du Code civil et commercial thaïlandais qui peut combler les lacunes :

« Lorsqu'il n'existe pas la loi applicable au litige, le juge tranche le litige conformément à la coutume locale, à défaut, le juge tranche le litige par analogie au droit plus proche, et si ce droit n'existe pas il faut appliquer les principes généraux du droit »[322].

---

320 Sentence CIRDI n°233 (1993), *JDI*.1994.229., spéc. p. 233, obs. E. Gaillard.

321 On peut comprendre que ce contrat n'a pas de caractère international. Cependant cette loi contient des dispositions impératives au cas où l'une des parties a de nationalité thaïe, cette loi sera applicable au contrat.

322 มาตรา ๔ วรรค ๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า " เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป "

Certes, l'application des règles uniformes ou la *lex mercatoria* en tant que coutume locale ou principes généraux de droit en vertu de l'article 4 du Code civil et commercial avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1991 était la solution admissible par la Cour. Cependant il est douteux sur la possibilité d'admettre la *lex mercatoria* comme la coutume locale ou les principes généraux de droit[323]. La Cour suprême *Dika* en 1956[324] a estimé qu'elle n'a pas admis la coutume et les usages du commerce en tant que droit, elle les a admis en revanche comme une règle résultant de la volonté des parties contractantes. Lorsque celle-ci n'oppose pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs du people, elle est applicable. Les jugements de la même Cour en 1982 et 1983 ont été repris cette même direction[325]. C'est en effet le principe de contractualisation de normes non étatique.

158. En ce qui concerne le problème de lacune de droit étatique, rappelons que certains ordres juridiques contiennent plus de lacunes que d'autres et qu'il existe en réalité des droits insuffisamment développés pour répondre à toutes les questions du commerce international. L'invocation des lacunes de loi permet de faire appel à un droit non étatique malgré que les parties aient choisi de soumettre leurs différends à un droit étatique déterminé. Pourtant un auteur thaï trouve que l'argument de lacunes de loi, notamment la référence au « droit insuffisamment développé » afin d'appliquer le droit a-national ne semble pas convaincue[326].

On trouve toujours le discrédit des règles transnationales de même qu'en matière de l'arbitrage international.

159. Conclusion de la section. A l'époque, l'hypothèse du choix de la *lex mercatoria* par les parties contractantes en tant que droit applicable ne présente aucune utilité pratique. Car la Convention de Rome de 1980 ne gouverne que le choix du droit étatique applicable au contrat en raison de sa nature incapable de constituer l'objet de désignation d'une règle de conflit en

---

323 Pour l'opinion favorable à l'admission de la *lex mercatoria*, celle-ci est considérée comme la coutume du commerce international cristallisée en droit des marchands.

324 La Cour suprême *Dika* n° 2122/2499 (1956).

325 La Cour suprême *Dika* n° 775/2525 (1982) et n° 284/2526 (1983).

326 Cf. P. Horayangkura, *La pensée juridique…, op.cit.* Pour cet auteur, il semble que le critère pour décider si une telle loi étatique est insuffisamment développée ou non soit ambigu. Lorsque la majorité des arbitres dans une composition du tribunal sont occidentaux, le critère employé reflexe souvent la pensée occidentale. L'affaire d'*Aramco* peut être un bon exemple dans ce cas. Le tribunal arbitral dans cette affaire a distingué la loi chrétienne de la loi religieuse. Pourtant, à notre avis, chaque arbitre peut être influencé par le système juridique, la culture, y compris sa propre expérience, c'est sa motivation qui est importante.

l'absence de volonté des parties. Dès lors elle ne constitue qu'un *droit* au sens de l'article 3 de la Convention. Quand bien même il y a une innovation dans le considérant n°13 du règlement Rome I, mais celui-ci admet aux parties uniquement la possibilité d'intégrer par référence le droit non étatique. C'est-à-dire que la place de droit non étatique se trouve dans une clause contractuelle et non pas en tant que droit applicable. Comme l'admet M. Pamboukis que le phénomène de règles transnationales ne peut pas être ignoré par le droit international privé moderne[327]. Car, les conflits modernes ne se limitent plus sur les conflits de lois, mais les conflits de normes.

Section II

Applicabilité de la *lex mercatoria*.

160. La *lex mercatoria* formait une collection de règles d'origine variable rassemblées sur le seul fondement de leur adéquation aux besoins du commerce international. On sait que la *lex mercatoria* s'est classée comme l'une des sources du droit du commerce international, par ailleurs, elle joue un rôle important dans un contrat sans loi. Nous pouvons dire le mieux que le statut de la *lex mercatoria* est toujours « ambigu » notamment à l'égard de système juridique étatique **(§1)**. Il faut bien distinguer l'application de la *lex mercatoria* par le juge et celle par l'arbitre en raison de leur différence organique profonde au sein de l'activité juridictionnelle. Il convient d'interroger par la suite l'application de la *lex mercatoria* dans le système juridique thaï et français **(§2)**.

§ 1 : Statut ambigu de la *lex mercatoria.*

161. Après avoir étudié le statut de contrat sans loi, on constate normalement l'intervention du droit non étatique en matière du contrat commercial international. La *lex mercatoria* est indissociable des sources qui ont donné lieu aux règles constituant les principales composantes tels que les usages, les principes généraux du commerce international. La *lex mercatoria* se trouve aussi parmi les règles de droit transnational. Il est indispensable de déterminer tout d'abord la notion de *lex mercatoria* (A). Les deux approches envisagées en analysant la notion de la *lex mercatoria* : l'une est en faveur de la *lex mercatoria* tant sa

327 C. Pamboukis, « La *lex mercatoria* reconsidérée », *in Mél.* en l'honneur de Paul Lagarde, *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 655.

détermination que son champ d'application, alors que l'autre propose un argument défavorable à la *lex mercatoria* en refusant son caractère juridique. En Thaïlande, il semble que la seconde approche soit extrêmement soutenue par les juristes. Reste à savoir s'il existe une autre approche susceptible de concilier les deux arguments. Une approche « intermédiaire » semble être la solution pour expliquer la situation selon laquelle l'application de la *lex mercatoria* est reconnue dans le monde du commerce international alors que sa juridicité est toujours critiquée. On verra par la suite la position intermédiaire de deux approches qui proposent l'application à titre subsidiaire de règles transnationales (B).

A. Détermination de la *lex mercatoria* : deux approches.

162. La *lex mercatoria* est un ascendant plus récent dans le *ius mercatorum* qui régissait par-delà les coutumes, le droit écrit ou les statuts et le commerce international en Europe occidentale avant l'époque moderne[328]. Il n'est pas aisé de déterminer la notion exacte qui peut englober ce qu'est la *lex mercatoria*, elle peut être définie comme « l'ensemble de règles ou de solutions constantes que l'on constate exclusivement en matière du commerce international et qui est déterminé par les besoins spécifiques de celui-ci. **La *lex mercatoria* constitue un droit spontané et ainsi formée d'usages professionnels codifiés** »[329].

La nature juridique de ces règles ouvre toujours le débat, donc les deux approches peuvent être envisagées : celle des *mercatoristes* qui justifient la normativité de la *lex mercatoria* (1) et celle des *antimercatoristes* qui trouve que la *lex mercatoria* ne constitue pas le pouvoir coercitive en soi (2).

1) Argument de caractère normatif de la *lex mercatoria*.

163. D'après les *mercatoristes*, les règles de la *lex mercatoria* sont de véritables règles de droit, des règles d'un ordre juridique « transnational » consacrées par la

---

328 B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*.1979.475, spéc. p. 476. La *lex mercatoria* ou *Mercantile Law* se trouve son origine sous le nom de *ius mercatorum* qui régissait les relations entre commerçants ressortissants de l'Europe médiévale et de l'Empire romain ; usages issus du mouvement corporatif (corporation des marchands) ; justice consulaire adaptée aux besoins des marchands. Cependant l'influence de la *lex mercatoria* est de plus en plus diminuée lors de l'émergence du pouvoir des États et du positivisme juridique au XIXe siècle. Au début du XXe siècle l'époque de codification, l'État a codifié certains principes du commerce international (la *lex mercatoria*), de même que les pays de *Common Law* où le juge accepte également ces principes dans sa considération. Dès lors, on peut dire que la *lex mercatoria* est impliquée au droit interne étatique.

329 *Id*., p. 477 et s.

« société internationale des marchands »[330]. M. B. Goldman a mis l'accent sur **le caractère spontané et a-national** de la *lex mercatoria* ; elle a été créée par les opérateurs du commerce international identifiés comme les entreprises qui concluent des contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international, ainsi que les institutions privées qui participent à l'organisation de ce commerce et les tribunaux arbitraux, juges privés du commerce international[331] et que certaines de ces règles soient puisées dans le droit des États. La *lex mercatoria* est constituée des usages du commerce international lesquels correspondent à « une pratique ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question »[332].

Un auteur[333] admet que l'évolution de la *lex mercatoria* va dans la direction d'un enrichissement considérable de son contenu, elle a capacité d'absorber des normes qui proviennent d'autres sources que le seul droit spontané créé par les opérateurs du commerce international. Certains auteurs[334] ont essayé de démontrer la construction progressive du contenu de la *lex mercatoria* en systématisant son contenu et utilisant des sources variées pour nous montrer l'existence des ensembles de règles spécifiquement applicables aux transactions internationales. MM Jacquet et Delebecque ont pris la même position en admettant que le droit du commerce international serait aussi autocentré et assurerait sa propre production normative, il en résulte des sources principales de ce droit tel que le contrat et les usages qui lui sont associées, les usages du commerce international et les principes généraux dégagés par les arbitres. La meilleure preuve se présente réellement lorsque les règles issues de ces sources sont reconnues et utilisées par les opérateurs du commerce international y compris les

---

330 *Id.*, p. 478.

331 *Ibid.*

332 J.-M. Jacquet, *Droit du commerce international*, *op.cit.*, n° 35 et s.

333 E. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », *op.cit.*, p. 25.

334 *Cf.* Klaus-Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex mercatoria*, Kluwer Law Intl., 1999 ; V. en ce sens C. Schmitthoff, « The Unification of the Law of International Trade », *J. Bus. L.* 105, 1968, p. 112. Il a défini la *lex mercatoria* comme un ensemble de règles sans caractère systémique, complexe et multiforme. Il a proposé une tendance pragmatique en mettant l'accent que la *lex mercatoria* provient de deux origines : d'une part, le droit international, car ces norme ont été codifiées uniformément et stipulées dans la convention internationale ; et la coutume commerciale internationale d'autre part puisque la coutume se constitue des usages appliquées de manière très répandue entre les commerçants internationaux comme les règles de la Chambre du Commerce International (ci-après la CCI) (*Cf.* C. Schmitthof, « The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation », *in The Sources of The Law of International Trade 3*, éd. Schmitthof, 1964, p. 15-24). Cependant cet auteur ne prône pas l'autonomie de la *lex mercatoria*, il souligne sa spécificité au sein même des ordres juridiques nationaux.

arbitres[335]. Il semble qu'une conception exclusivement normativisme est bien justifiée à cet égard.

On peut trouver la décision la Cour de cassation qui a affirmé que l'arbitre avait statué en droit lorsqu'il font une référence à l'ensemble des règles du commerce international dégagés par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales[336].

164. Quant à la source de *lex mercatoria*, il reste à savoir si la pratique contractuelle peut être l'une des sources. MM. Jacquet et Delebecque ont admis que « la pratique contractuelle n'a pas véritablement trouvé sa place parmi les sources du droit »[337], une pratique contractuelle ne peut générer que des normes contractuelles. Ils acceptent d'ailleurs que la force obligatoire de la *lex mercatoria* contractuelle résultera du seul accord de volontés. Les auteurs thaïs partagent aussi cette approche (v. *supra* n°139, 157). Si l'on peut reformuler ce constat en disant que la pratique contractuelle s'est transformée en usage par *l'opinio iuris* des commerçants, celle-ci lui conférera une force obligatoire. Comme l'affirma M. B. Goldman que ces normes (*lex mercatoria*) sont devenues le droit coutumier grâce à l'accumulation de manière générale et la répétition[338]. Cependant pour certains[339], les pratiques contractuelles ne peuvent être qualifiées d'usages du commerce même si elles sont habituellement utilisées. Car, la coutume internationale ou même les usages internationales sont constitués par l'accumulation et la répétition de certains faits, actes, attitudes diverses, et comportements raisonnablement imputables aux organes des sujets de droit international tels les États et organisations internationales. Il semble que le sujet de droit international public soit considéré comme élément important à ce stade. Cependant pour M. B. Goldman, il a défini les usages qu'il s'agit « des comportement des opérateurs dans les relations économiques internationales qui ont acquis progressivement par leur généralisation dans le temps et dans l'espace, que peut renforcer leur constatation dans la jurisprudence arbitrale, ou éventuellement étatique, la

---

335 J.-M. Jacquet, *Droit du commerce international*, *op.cit.*, n° 95.

336 Cass. 1er civ., 22 octobre 1991, *RCDIP*.1992.113, note B. Oppetit ; *JDI*.1992.177, note B. Goldman ; *RTD com.* 1992.171, obs. Dubarry et Loquin.

337 J.-M. Jacquet, *Droit du commerce international*, *op.cit*, n° 30 et s.

338 B. Goldman, note sous Civ., 22 octobre 1991, *JDI*.1992.177.

339 D'après MM. Dupuy et Kerbrat, seuls État et organisation international sont des sujets de droit international. (*Cf.* P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Paris : Dalloz, p. 318). Les individus entant que sujets primaires du droit des Gens, selon G. Scelle, peuvent être à l'origine de la coutume par leur comportement. On ne peut pas dire que ces attitudes individuelles puissent être considérées comme directement constitutives de précédents contribuant à la formation des coutumes internationales.

force de véritables prescriptions qui s'appliquent sans que les intéressés aient à s'y référer dès lors qu'ils n'y ont pas expressément ou clairement dérogé »[340]. Ainsi, ces normes peuvent aussi être un réflexe de coutume international ou les principes généraux de droit sans tenir compte que les praticiens sont-ils les sujets de droit international ou non. L'existence de plusieurs sorts des usages du commerce international tels que les contrats-type ; les crédits documentaires ; les transports internationaux surtout le transport maritime dans lequel la pratique anglaise est couramment employée entre des contractants dont aucun est anglais et n'a aucun lien avec l'Angleterre[341].

165. La qualification d'ordre juridique autonome de *lex mercatoria*. Le débat doctrinal est porté sur sa vocation à constituer un ordre juridique autonome ; un ordre juridique transnational. Tout d'abord, il faut prendre en considération **la notion d'ordre juridique, celui-ci est défini comme « relativement à une entité (État, ou groupe d'États), l'ensemble des règles de droit qui la gouvernant »**[342]. Alors que les règles de droit désignent « toute norme juridiquement obligatoire (assortie de la contrainte étatique), quelques soient sa source, son degré de généralité (…) »[343]. Ces définitions affirment que le point de vue traditionnel sur l'ordre juridique est toujours lié à un État. Mais, en acceptant l'idée d'un pluralisme des ordres juridiques, il paraît certain pour les *mercatoristes* qu'il existe un ordre juridique transnational propre et complet à une branche du commerce international. Parmi les auteurs, M. B. Goldman a affirmé qu'il y a des ordres juridiques en voie de formation par exemple la *lex mercatoria*, qui dans un certain stade de leur développement sont elliptiques tout en étant fonctionnellement des ordres juridiques[344].

---

340 B. Goldman, note sous Civ., 22 octobre 1991, *JDI*.1992.177, spéc. p.184.

341 B. Goldman, note sous Civ., 22 octobre 1991, *JDI*.1992.177 ; V. également *ibid*., « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux… », *loc.cit.*

342 Vocabulaire juridique, v. Ordre juridique.

343 Vocabulaire juridique, v. Règle, sens n° 1.

344 B. Goldman, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : l'affaire *Norsolor* », *Rev. arb.* 1983, p. 379, spéc. p. 406 ; *Cf.* C. Leben, « L'ordre juridique », Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, p. 1113 et s : l'ordre juridique est *« l'ensemble structuré en système de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine. La norme n'existe pas par elle-même mais uniquement en tant qu'elle est une norme d'un certain système qui seul peut lui procurer sa validité, son existence en tant que norme ».* D'après cette définition, on peut dire qu'elle est juste pour un ordre juridique spécifique, visant la matière contractuelle telle que les Principes UNIDROIT ou les Principes européens. En effet toutes les communautés juridiques sont capables d'avoir leur propre activité juridique. Elles constituent autant d'ordres juridiques au sens institutionnel du terme mais les qualifier d'ordre juridique n'est en

Lorsqu'il existe un milieu fortement homogène de commerçants liés par des intérêts communs et organisés par des institutions qui ont les moyens d'imposer des normes et de les faire sanctionner, ce phénomène relève du droit corporatif. Pour ces raisons les *mercatoristes* peuvent donner des explications sur toutes les questions quant à la force obligatoire de *lex mercatoria* et la sanction en tant que droit[345].

Il est douteux que la seule revendication d'une harmonisation du cadre juridique de l'économie globale soit suffisante à soutenir l'existence d'un ordre juridique mercatique global. Pour M. E. Loquin, la *lex mercatoria* se nourrit des ordres juridiques étatiques car elle absorbe certaines normes de ces ordres juridiques et en particulier elle utilise leur force coercitive[346]. Ce constat est indissociable de la théorie de la *lex mercatoria*, on ne peut nier l'existence d'un lien entre la *lex mercatoria* et les ordres juridiques étatiques. Autrement dit, les opérateurs du commerce international ont besoin de pouvoir coercitif d'un ordre juridique étatique pour justifier la force obligatoire de la *lex mercatoria*. Lorsqu'on prend en considération des opérations du commerce international relatif aux cadres généraux tels que les contrats-types, il faut admettre que ces opérations échappent largement aux lois étatiques sans préjuger le caractère juridique ou non des normes ou des modes de conduite qui se substituent à elles. Comme le dit M. B. Goldman que le domaine du droit se sépare de différentes manières de celui non-droit, on peut estimer que le droit se compose des règles du jeu économique, il est vrai que la plupart des normes juridiques impliquent les rapports économiques[347].

---

rien reconnaître leur autonomie. Il faut distinguer selon cet auteur les corps de règles ayant leur propre règle de sanction et des règles de comportement très concrètes lesquelles correspond à l'hypothèse des Principes UNIDROIT ou des Principes européens. Lorsque l'on constate l'idée de distinguer entre le macro-ordre juridique et le micro-ordre juridique, il paraît que les ordres juridiques étatiques ou même l'ordre juridique communautaire sont rattachés à un territoire contrairement au micro-ordre juridique. On peut constater aussi que les Principes UNIDROIT trouvent leur origine dans les traditions juridiques internationales alors que les Principes européens trouvent leur origine dans les droits nationaux européens. Pour le cas des Principes européens, ils sont libérés des droits nationaux afin de se déplacer à l'échelle du droit européen.

345 Quant au débat de l'existence d'une *societas mercatorum*, le phénomène de la globalisation des marchés peut porter une prise de conscience et d'une aspiration commune à la nécessité de dépasser le pluralisme des ordres juridiques étatiques pourraient conduire à la création de normes commerciales universelles. *Cf.* E. Loquin, « *Où en est la lex mercatoria ?* », *op.cit.*, p. 27 ; *Cf.* Ph. Kahn, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », *Mc Gill Law Journal*. 1992, vol. 37, p. 413 et s., spéc. p. 414 et s. Cet auteur a aussi démontré l'existence d'une *societatis mercatorum* dans le domaine de vente internationale.

346 E. Loquin, « *Où en est la lex mercatoria ?* », *loc.cit.*

347 Force est de constater le droit intervient aussi pour protéger des intérêts affectifs ou moraux dont le retentissement patrimonial est nul ou très indirect. Ce même auteur a affirmé que « les principes, les dispositions de contrats-types et usages suivis dans le commerce international se situent dans le domaine économique si bien qu'ils méritent d'être considérés comme juridiques de ce point de vu » (*Cf.* B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats… », *loc.cit*).

166. Une autre question peut se poser si les normes du commerce international s'agit-il de règles édictées par une autorité étatique et comportent la sanction ? Dans ce cas il faut constater que la difficulté d'admettre une norme sans contenu précis peut être envisagée aussi par le juge étatique à chaque fois qu'il passe insensiblement de l'interprétation d'une règle préexistante parfois non écrit mais certaine est connue ou du moins est admissible à l'élaboration d'une nouvelle règle. En ce qui concerne l'objection réservée au caractère de règles de ces normes, on trouve que même M. B. Goldman, cet auteur hésite à admettre que des normes du commerce international soient des prescriptions car cette notion implique celle de commandement. Puisque l'on constate que les clauses des contrats-type ou les usages codifiés ne s'imposent aux parties qu'à travers leur volonté et celles-ci ne contraignent qu'en vertu d'une loi étatique comme par exemple l'article 1134 du Code civil français[348].

167. Après avoir étudié les arguments en faveur de la *lex mercatoria*, on peut constater que la *lex mercatoria* est une norme spéciale dite « transnationale », donc elle n'est pas le droit étatique ni le droit international. La *lex mercatoria* trouve son origine des usages du commerce international exercés parmi les commerçants dans la communauté commerciale international. Les rapports entre ces commerçants sont de nature privés sans l'intervention des rapports entre États. On peut considérer que la *lex mercatoria* est la règle des marchands qui réflexe la pratique de société commerciale internationale laquelle est différente de l'état de la société interne étatique ou internationale des États. En raison de son caractère spécial, il n'est pas nécessaire que ces normes doivent avoir le même caractère que le droit au sens du positivisme.

2) Argument de l'absence de caractère coercitif de la *lex mercatoria* .

168. Pour la doctrine thaïe qui soutient l'idée de l'absence de juridicité de la *lex mercatoria*, le droit est l'ensemble de règles et normes générales de l'État qui a l'objectif de contrôler un comportement humain, une personne qui n'a pas respecté ces règles sera sanctionnée[349]. Cette opinion se fonde sur la conception selon laquelle le droit est une production de l'État. Il en résulte de l'École positiviste. Théorie selon laquelle on met l'accent sur l'autorité étatique ; seul l'État souverain peut élaborer la loi. D'après les ouvrages

348 B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats… », *op.cit.*, p. 478. L'article 1134 al. 2 stipule que « elles (les conventions) ne peuvent être évoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

349 Y. Saeng-Uthai, *L'introduction générale au droit*, Bangkok : Prakaipruk, 1995, p. 41.

juridiques thaïs, le droit est défini comme « un ordre de l'État souverain, le non respect de ceci doit être sanctionné ». De ce fait, on peut expliquer pourquoi ces juristes n'admettent pas le caractère de droit à la *lex mercatoria*. On constate qu'ils ne contestent pas son existence et son rôle très important, mais ils hésitent de lui admettre le caractère juridique. Parmi ces auteurs, M. P. Horayangkura[350], arbitre et professeur de droit, pour qui le droit a doté la force obligatoire tandis que la *lex mercatoria* est constituée par les usages du commerce international ou par la sentence arbitrale. Autrement dit, la dernière est créée par les individus. Pour cette raison la *lex mercatoria* n'a pas de force obligatoire en soi. Le seul fait que la plupart des parties perdantes ont respecté et se sont conformées à la sentence arbitrale ne pourrait pas rendre automatiquement à celle-ci une force obligatoire. Il faut rappeler que la sentence aura la force obligatoire lorsqu'elle est homologuée par le juge étatique. Bien que l'on puisse dire que la thèse *Common Law* selon laquelle le jugement est *la source du droit*, ce n'est pas le cas pour la sentence arbitrale car l'arbitre n'a pas créé le droit par sa sentence. D'ailleurs, le jugement est publié de manière répandue et est librement ouvert à étudier ou bien à commenter alors que la non-divulgation est précieuse pour l'arbitrage. Cela s'est révélé comme un obstacle de l'évolution de normes dans ce domaine car les juristes ne sont pas totalement libres de faire une critique ou un commentaire de ces sentences. C'est probablement le cas en Thaïlande.

Cependant en France, la situation est bien contraire sur ce dernier argument, on constate que le droit transnational est une source ouverte et plus accessible à tous, grâce à la publication du *Clunet* depuis 1974 des extraits commentés de sentences. M. B. Goldman a affirmé que depuis 1979 l'analyse et le commentaire des sentences arbitrales internationales se sont largement développés en France. Donc la reproche sur son échec à cause du problème de confidentialité n'était plus justifié.

169. La *lex mercatoria* n'est que *le droit idéalisme* [351](nos italiques) et ceci ne pourra être le droit que dans la mesure où elle est stipulée dans les Conventions internationales. Mais on ne peut plus appeler ces règles la *lex mercatoria*. Malgré tout, il est encore douteux que la sentence n'est que la source subsidiaire de droit international dont il est incomparable au droit international coutumier ou un accord international. M. P. Horayangkura a remarqué que

---

350 P. Horayangkura, *L'extrait des œuvres sur le règlement des différends du commerce international*, Bangkok : Chulalongkorn University, 2006, p. 58-61.

351 C'est le terme utilisé par M. Horayangkura.

l'idée de recours à la *lex mercatoria* donne l'opportunité aux grandes puissances commerciales internationales de créer une nouvelle règle en faveur de leur commerce. Cet argument a été aussi affirmé chez M. B. Goldman ainsi : « l'expérience concrète du commerce international montre bien qu'en effet les petites puissances sont obligées de suivre les règles établies par les grandes puissances. En d'autres termes, la plupart d'entreprises devront, si elles veulent participer au commerce international, adopter les contrats-type élaborés par les organisations professionnelles ou les entreprises les plus puissantes de leur branche d'activité »[352].

Pour un autre auteur, Madame P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, quant à elle, la *lex mercatoria* se composait d'« usages du commerce international pratiqués entre les commerçants. Dès lors, la *lex mercatoria* peut être considérée comme la loi d'autonomie »[353]. C'est la *lex mercatoria* contractuelle comme l'admet M. J.-M. Jacquet. Pour ce même auteur les Incoterms, une sorte de la *lex mercatoria*, sont constitués d'usages du commerce international[354].

170. L'argument selon lequel la *lex mercatoria* ne peut pas être qualifiée de règle d'un ordre juridique transnational se fonde sur le douteux d'existence de la société internationale des marchands. Par ailleurs, une telle communauté internationale ne pourrait pas conférer aux arbitres un pouvoir étatique. Admettant que le pouvoir de l'arbitre résulte de la volonté des parties, pour M. P. Mayer l'influence qu'une sentence arbitrale peut avoir sur des arbitres statuant postérieurement dans les litiges analogues n'est qu'une influence doctrinale[355]. A la différence d'un arrêt antérieurement jugé, celui-ci ayant l'influence sur une décision postérieurement rendue par le juge.

---

[352] B. Goldman, « Frontière du droit et *lex mercatoria* », *Arch. Phil. Dr*., 1964, p. 177-192, spéc. p. 188.

[353] P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, *Droit international privé*, 5ème éd., Bangkok : Winyuchon, 2003, p. 85 ; *ibid*., « Le rôle des Incoterms aux contrats de vente international », *Thammasat Law Journal*, vol. 24, n°4, 1994, p. 761 et s.

[354] *Contra*. E. Jolivet, *Les Incoterms*, Étude d'une norme du commerce international, avant propos de Ph. Fouchard, préf. D. Ferrier, Paris : Litec, 2004. D'après cet auteur, ce constat peut être contesté par une étude récente qui nous a démontré que les Incoterms de la CCI ne constituaient pas à proprement parler des usages. En revanche les Incoterms seraient plutôt le fruit d'une codification privée qui s'est ingéniée à contempler les pratiques et à servir les praticiens par une amélioration de ces pratiques provoquée par les règles elles-mêmes. C'est-à-dire que c'est l'utilisation de ces règles par la pratique, et non les règles elles-mêmes, donne lieu à un usage.

[355] P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit*., n° 24.

B. Application de la *lex mercatoria*.

171. La plupart des pays admettent aux parties la liberté de choisir la loi régit au litige. La question peut se poser quelle est la loi que les parties pourraient choisir ? Est-ce que les parties peuvent soumettre leur litige soit aux usages du commerce, soit au principe *ex equo et bono* ? Nous développons dans ce chapitre la fonction de droit non étatique afin d'affirmer l'opportunité de choisir ce droit applicable au contrat. Le contrat d'arbitrage est aussi une partie de contrat commercial international qui pourrait démontrer le rôle du droit non étatique dans cette matière. Voyons d'abord l'admission de la *lex mercatoria* en droit interne (1), en suite la reconnaissance de la *lex mercatoria* par le juge étatique (2).

1) L'admission de la *lex mercatoria* en droit domestique.

a. L'appréciation de « règles de droit » dans l'article 1511 du Décret du 13 janvier 2011.

172. En France, on admet dans l'article 1496[356] du CPC (l'article 1511 du Décret du 13 janvier 2011) le choix des parties de « règles de droit » donc on peut observer que le rédacteur n'utilise pas le terme « loi », c'est-à-dire qu'il ne limite pas aux parties de choisir des dispositions législatives mais les règles de droit tels que des principes généraux reconnus comme la *lex mercatoria* ; des usages ; ou même le droit uniforme. L'article 1511 du Décret du 13 janvier 2011 se pose sur les règles applicables au fond du litige, afin de rendre la décision, par le choix des parties et aussi par le choix de l'arbitre. C'est en effet le même principe posé dans l'article 1512 du même Décret sur l'amiable composition dans le domaine où se constitue l'un d'objet important de l'arbitrage : le principe de l'autonomie de la volonté.

Citons un exemple de la Cour de cassation français qui a ainsi attribué aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) le rang d'usage du commerce international, ceci signifie que les juges français ont appliqué implicitement la *lex mercatoria*[357].

---

356 L'article 1496 CPC ou l'article 1511 du décret stipule :

« L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce ».

357 Cass. com., 14 octobre 1981, *Sté Discount Bank, D.* 1982.301, note M. Vasseur.

173. L'application de la règle de droit choisie par les parties est nécessaire. La Cour de Paris a ainsi affirmé dans son arrêt du 16 janvier 2003[358] que le tribunal arbitral a l'obligation d'appliquer la loi choisie par les parties. La sentence du tribunal arbitral statue sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée peut être annulée. Dans l'arrêt récent de la CJUE rendu en 2011, elle affirma dans sa réponse à une question préjudicielle sur la possibilité du recours à la *lex mercatoria* par les juges nationaux, d'après la Cour, le juge national pourrait utiliser comme élément susceptible d'aider à déterminer du tribunal compétent l'usage du commerce international, même si c'est le cas où le règlement Bruxelles I est en jeu. La CJUE a décidé que la juridiction nationale doit aussi prendre en compte afin de fixer le lieu de livraison « *tous les termes et toutes les clauses pertinents de ce contrat qui sont de nature à désigner de manière claire le lieu de livraison de marchandises, y compris les termes et les clauses généralement reconnus et consacrés par les usages du commerce international, tel que les Incoterms élaborés par la CCI* »[359].

b. L'appréciation de la lex mercatoria en droit thaïlandais.

174. La situation avant l'entrée en vigueur de la Loi 2002 sur l'arbitrage. A l'époque, l'arbitrage commercial en Thaïlande devait se conformer à la Loi 1987 sur l'arbitrage. Le texte de loi sur l'arbitrage n'était pas clair sur l'application de la *lex mercatoria*. Les juristes thaïs ont des diverses opinions ; certains pensaient que la clause d'arbitrage est une clause contractuelle, par conséquent il faut le régir par la loi du lieu de conclusion de contrat ; le deuxième argument propose l'application de la loi du siège de l'arbitrage ; et la dernière opinion soutenait l'autonomie de la volonté des parties de choisir la loi applicable au contrat d'arbitrage, à défaut, la règle conflictuelle jouera son rôle, c'est dire que la loi du lieu de la conclusion du contrat sera applicable.

Cependant pour les juristes dominants dans le domaine du commerce international, ils affirment que la *lex mercatoria* est la règle pour faciliter un mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux[360]. Elle constitue par ailleurs des coutumes du commerce international et des usages du commerce international. Pour ces raisons la pratique

---

358 CA Paris, 16 janvier 2003, *Sté Keen Loyd Resources Limited c/ Société national d'opérations pétrolières de la Côte d'Ivoire* ; CA Paris, 29 avril 2003, *SA Impregilo c/ Secrétariat aux communications et transports maritimes de la Jamahiriya Lybienne populaire et socialiste*, *RTD com.* n°3-2003, p. 487.

359 CJUE, 9 juin 2011, aff. C-87/10, *Electrosteel Europe SA, préc., supra* note n° 319.

360 S. Asawaroj, *Le règlement des différends commerciaux par l'arbitrage*, Bangkok : Université de Thammasat, 2000, p. 125-126.

de la Cour thaïe et même les opinions des auteurs édictaient dans la même direction en estimant que la *lex mercatoria* n'est pas de droit. Dès lors, on ne peut pas l'appliquer au litige sauf dans le cas où les parties ont inséré une clause de choix de la *lex mercatoria* dans leur contrat. Il en résulte que la *lex mercatoria* n'est qu'une clause contractuelle dans un contrat commercial international, de surcroît, le juge étatique devrait appliquer la *lex mercatoria* dans ce cas là parce qu'elle est choisie par les parties selon le principe d'autonomie de la volonté.

175. Selon la décision de la Cour suprême *Dika* n° 2602/2533 en 1990, en l'espèce, les parties ont procédé au choix de la loi singaporienne applicable au fond du litige et la procédure arbitrale a déroulé à Singapore. La Cour suprême a décidé : *«lorsqu'il y a clause de choix de* ***la loi*** *(Singapourienne) applicable au fond et que le tribunal arbitral ait fait une sentence conformément à cette clause, ladite sentence est valable et peut être homologuée en Thaïlande*[361]». On peut dire que le juge thaï ne pourrait pas recourir à la *lex mercatoria* en l'absence du choix exprès des parties contractantes. A notre avis, ceci pour deux raisons : d'une part, la Cour a d'office de juger le litige conformément à la loi, sauf le cas selon lequel les parties ou la loi disposée autrement. De surcroît, aucune disposition de la Loi sur l'arbitrage n'a admis au juge d'application la règle de droit ou les usages du commerce ou la coutume commerciale internationale. C'est la raison pour laquelle le juge ne peut faire appel à la *lex mercatoria* ni à l'usage du commerce ou la coutume du commerce international. D'autre part, si la Loi sur l'arbitrage n'autorise pas au juge ou à l'arbitre d'appliquer la *lex mercatoria* ou autre règle de même genre et si les parties n'ont pas exprimé dans leur contrat de le faire, le juge ou l'arbitre ne pourraient pas trancher le litige en appliquant la *lex mercatoria,* car ce serait une nouvelle introduction un nouvel élément dans un litige, donc un acte d'*ultra petita*.

176. Bien que la pratique de la Cour thaïe suive dans cette direction, lorsque l'on prend en considération d'autres instruments juridiques internationaux en vigueur à la même époque tels que la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (ci-après la CVIM) ou bien la loi type de la CNUDCI, il semble que ces deux instruments importants admettent l'application des usages lesquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. En particulier l'article 9 (2) de la CVIM admet la référence dans le contrat tout usage qui est largement connu dans le commerce

[361] Cour suprême *Dika*, n° 2602/2533 (1990).

international[362]. Cependant on trouve que le texte ne mentionne pas le cas d'absence de choix de la loi applicable par les parties, alors que le juge ne pourrait appliquer au litige des usages du commerce conformément à cette disposition qu'en cas de choix des parties.

La loi type de la CNUDCI admet dans l'article 28[363] (1) la loi d'autonomie et dans (2) le cas d'absence de choix des parties la loi applicable au fond en stipulant : *« A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce »*. Il faut apprécier l'article 28 (2) conformément avec l'article 28 (4) qui stipule : *« Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction »*. On constate finalement que cet article laisse la place à l'arbitre à régler les différends, en cas d'absence de choix des parties, en utilisant des usages du commerce sous réserve qu'il faut appliquer la loi désigner par la règle conflictuelle comme le premier pilier en tenant compte des usages du commerce applicables à cette transaction.

177. La situation après l'entrée en vigueur de la Loi 2002 sur l'arbitrage. Il est vrai que la plupart des droits modernes de l'arbitrage reconnaissent le principe de l'autonomie de la volonté, les conventions internationales qui abordent la question de la loi applicable dans l'arbitrage commercial international se prononcent dans le même sens. En 2002, la nouvelle loi sur l'arbitrage a réglé ce souci en reconnaissant aux parties la liberté de déterminer la loi applicable au fond du litige, de surcroît c'est l'office de l'arbitre de trancher le litige conformément à la loi choisie par des parties[364]. En effet on peut observer que l'article 34 de

---

362 *«(...) celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée »*.

363 *« 1. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.*

2. A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3. Le tribunal arbitral statue ex aequo et bono ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction ».

364 L'article 34 alinéa 2 de la Loi sur l'arbitrage B.E.2545 : *« Au cas où les parties n'ont pas procédé au choix du droit applicable au litige, l'arbitre tranche le litige conformément au droit thaïlandais. S'il y a conflit des lois, l'arbitre devra tenir compte de la règle de conflit de lois qu'il trouve appropriée »*. มาตรา ๓๔ วรรค ๒ แห่ง

la nouvelle Loi sur l'arbitrage B.E. 2545 a été inspiré par l'article 28 de la loi-type de CNUDCI.

178. L'arbitre peut-il trancher le différend en recourant aux usages du commerce ? En effet les juristes thaïs acceptaient depuis longtemps ce principe à l'époque où l'ancienne loi sur l'arbitrage avait été appliquée. Mais la nouvelle loi de 2002 affirme ce principe dans l'article 34 qui stipule que :

« L'arbitre a d'office de faire la sentence conformément à la clause contractuelle et s'il s'agit des différends commerciaux ***l'arbitre devra tenir compte des usages de commerce*** *relatifs à cette transaction ».*

On trouve que le texte de loi thaïlandaise de l'arbitrage n'est pas clair sur le choix de la *lex mercatoria* comme la loi applicable au fond du litige bien que le texte admette le rôle d'usages du commerce. Dans ce cas, la pratique de la Cour et la doctrine peuvent sans doute donner l'explication. Nous avons déjà vu le problème de statut juridique de la *lex mercatoria* sur lequel les juristes thaïs avaient des diverses opinions. Dans le texte de loi, l'article 34 utilise le terme « le droit » c'est-à-dire que seul le droit pourrait être applicable au litige et l'autre qui n'est pas qualifié de « droit » ne peut pas jouer son rôle ici. Il dépend si l'on qualifie la *lex mercatoria* dans quel statut. Si la *lex mercatoria* n'a pas de statut juridique, l'arbitre ne pourrait pas l'appliquer au différend...

Cependant lorsque l'on prend en considération **d'autres alinéas de l'article 34**[365], on observe que cette loi permet à l'arbitre de trancher le différend en appliquant le principe d'*ex aequo et bono* et elle permet de trancher le litige conformément aux usages du commerce, c'est dire que cette disposition **ne limite pas à l'arbitre en statuant *ex aequo et bono* de choisir la *lex mercatoria* applicable au litige**... Plus précisément, comme on le sait, la nature de différend commercial international possède le caractère spécifique, dès lors, on ne peut nier l'application de la loi marchande au litige né du commerce international. Pourtant, pour

---

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ บัญญัติว่า " ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้"

365 L'article 34, al. 1er : *« Lorsque la clause du choix du droit applicable n'indique pas de manière expresse quel droit sera applicable, c'est le droit substantiel de ce pays et non la règle de conflit des lois ».*
L'article 34 al. 2 *: « Au cas où les parties n'ont pas procédé au choix du droit applicable au litige, l'arbitre tranche le litige conformément au droit thaïlandais. S'il y a le conflit des lois, l'arbitre devra tenir compte de la règle de conflit de lois qu'il trouve appropriée ».*

certain auteur, le choix de la loi applicable telle que la *lex mercatoria* donne lieu aux problèmes plutôt que de régler les litiges[366].

179. L'absence de choix des parties de la loi applicable. En effet le cas d'absence de choix de droit applicable par les parties contractantes devant le tribunal arbitral est plutôt spécial que devant la juridiction étatique. Il existe deux grandes tendances de la jurisprudence arbitrale internationale pour la détermination du droit applicable, d'une part, l'application des règles de conflit de lois intéressées au litige ; d'autre part, le recours aux principes généraux du droit international privé[367]. En droit thaïlandais, la nouvelle Loi sur l'arbitrage a adopté la première tendance, selon l'article 34, alinéa 2 de la Loi 2002 sur l'arbitrage, en l'absence du choix des parties de la loi applicable du fond, l'arbitre « *tranche le litige conformément au droit thaïlandais. S'il y a le conflit des lois, l'arbitre devra tenir compte de la règle de conflit de lois qu'il trouve appropriée* ». Cet article stipule en ce sens en raison de la non distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international. On a remarqué que le législateur de cette loi a essayé d'éviter les parties de la subjectivité de l'arbitre de choisir lui-même la loi applicable au litige. D'un coté, l'arbitre pourrait exercer son choix en toute liberté. D'autre coté, il est douteux si on lui laisse énormément le libre de choix. Ce qui peut porter atteint à l'attente légitime des parties[368].

180. Certaines conventions d'arbitrage admettent dans leurs clauses le choix par l'arbitre de la loi applicable en tenir compte de principes généraux de droit international privé, mais il faut rappeler que la teneur du droit international privé est en effet le droit interne de chaque État. On a bien constaté que les détails de ce droit de chaque pays peuvent être en conflit, un auteur a demandé comment l'arbitre peut-il trouver les principes généraux du droit international privé ? Si l'on propose de les comparer, alors combien de pays faudrait-il comparer ? Ce constat est rationnel lorsque l'arbitre n'est pas juriste et en particulier il

---

366 P. Horayangkura, *Le règlement des différends commerciaux*, Bangkok : Chulalongkorn University, 2006, p. 27.

367 P. Horayangkura, *La pensée juridique sur le règlement des différends du commerce*, *op.cit.*, p. 69 et s.

368 Sur ce point, voir Y. Derains, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *TCFDIP* 1984-1985, p. 81 et s.

n'existe pas dans tous les cas des principes généraux de droit international privé[369]. En effet il faut rappeler que lorsque les parties n'ont pas opéré leur choix de la loi applicable, cela signifie que celles-ci ont fait confiance aux arbitres de trancher le litige en appliquant la loi ou la règle qu'ils ont choisie.

2) La reconnaissance indirecte de la *lex mercatoria*.

181. On sait que le juge doit trancher le litige conformément à la loi. La possibilité de trouver le cas d'application des règles de droit non étatique semble moindre mais il n'est pas impossible. Certes, la *lex mercatoria* peut être en cause. La difficulté est que ce corps de règle n'est pas encore complet et ceci créerait la tentation pour l'arbitre ou le juge d'inventer lui-même la règle applicable en l'attribuant à la *lex mercatoria.* On peut distinguer l'application de la *lex mercatoria* en deux stades : l'application directe et l'application indirecte. La première, plutôt rare à appliquer, concerne l'application en tant que droit applicable, la seconde consiste à l'application de la *lex mercatoria* au cours de la reconnaissance ou du recours en annulation d'une sentence, c'est ce que nous allons étudier.

a. A l'égard du juge français.

182. *A priori*, la reconnaissance indirecte paraît plus claire dans de nombreuses juridictions étatiques européennes. On constate qu'en Angleterre, la *lex mercatoria* a été reconnu dans son ordre juridique et approuvée par les sentences arbitrales selon lesquelles l'application de la *lex mercatoria* était en courant. En Italie, la Cour de cassation a affirmé l'application, en tant que *lex mercatoria*, de la Convention de Genève de 1961 sur l'arbitrage international laquelle l'Italie n'a pas ratifié. En France, les affaires remarquables telles que, *Fougerolles* en 1980[370], *Norsolor* en 1981[371] et *Valenciana* en 1988[372] présentent l'évolution très intéressante.

---

369 *Cf.* P. Horayangkura, *La pensée juridique…*, *op.cit.*, p. 70-71. Cet auteur a critiqué la méthodologie de rechercher des principes généraux de droit en faisant une remarque sur l'adjectif « civilisé » ou même « Chrétien » qui ont souvent été utilisés pour décrire les principes généraux de droit. Car ces termes peuvent être utilisés pour la discrimination des parties. Ceci pourrait détruire aussi les bonnes relations et la confidence entre les contractantes et détruire aussi le concept dit 'Win-Win' de l'arbitrage. N'est-il pas vrai que la préservation de bonnes relations entre des parties au contrat du commerce international est le but de recourir à l'arbitrage ?

370 CA Paris, 12 juin 1980, *Fougerolles*, *Rev. arb.* 1981, p.292, 2e esp., note Couchez ; *JDI*.1982.931, 2e esp., note B. Oppetit ; sur pourvoi : Cass. 2e civ., 9 décembre 1981, *Fougerolles*, *Rev. arb.* 1982.183, 2e esp., note Couchez ; *JDI*.1983.931, 2e esp., note B. Oppetit ; *JCP*.1983.II.19771, 2e esp., note Level.

371 TGI Paris, 4 mars 1981, *Norsolor*, *JDI*.1981.836, note Ph. Kahn ; *JDI*.1981.922, obs. Y. Derains ; *Rev. arb.*1983.465.

183. Dans l'affaire *Norsolor* en 1981, le jugement rendu sur une opposition à ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale. Dans la première espèce les parties n'ont pas opéré le choix de la loi applicable et n'ayant pas accordé au tribunal arbitral des pouvoirs d'amiables compositeurs qu'ils peuvent statuer le litige en application des règles qu'ils jugent appropriées... Le tribunal arbitral a tranché le litige par référence à la *lex mercatoria* en estimant que « *les arbitres ont (...) appliqué la loi désignée par la règle de conflit qu'ils ont jugée appropriée en l'espèce, les principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international* ». Alors que dans la seconde espèce, les arbitres avaient reçu des pouvoirs d'amiables compositeurs.

Le Tribunal de commerce de Vienne affirma que « *le principe de bonne foi et de loyauté utilité conformément à une lex mercatoria par le tribunal arbitral constitue un principe général de droit et* ***une décision fondée sur un tel principe ne constitue pas une décision en équité*** ».

La Cour d'appel de Vienne dans cette affaire a qualifié la *lex mercatoria* de « *droit mondial d'une validité incertaine* », puis la Cour de cassation autrichienne a reconnu la juridicité de la *lex mercatoria* dans le cadre du contrôle d'un recours en annulation de sentence. Comme remarque M. Schapira : « les arbitres, amiables compositeurs ou non, sont investis du pouvoir de trancher le conflit d'une manière appropriée à l'espèce, combinés ou non avec un droit national, si les parties n'ont pas défini expressément le droit applicable au fond »[373].

184. Selon M. Pamboukis, « la *lex mercatoria* est reconnue ainsi ***indirectement*** mais dans le sens d'un désintéressement de l'ordre juridique concerné », il a remarqué si on accepte la possibilité de statuer en équité, pour quelle raison on refuse l'application de règles transnationales dès lors que les parties ont autorisé les arbitres à travers un règlement d'arbitrage ?[374] Nous remarquons ici que les juridictions étatiques n'ont pas refusé l'application de la *lex mercatoria*, en revanche les juges la reconnaissent dans plusieurs arrêts. Ce qui a été refusé est sa juridicité et non pas son applicabilité, bien qu'il ne soit qu'une application indirecte... Cette question nous renvoie encore au débat classique s'agissant de

---

372 CCI n°5953 (1988), *Valenciana*, *Rev. arb.* 1990, p.702 ; *JDI*.1990.1056, obs. Y. Derains ; CA Paris, 13 juillet 1989, *Valenciana*, *RCDIP*.1990.305, note B. Oppetit ; *JDI*.1990.430, note B. Goldman.

373 Note sous la sentence CCI du 3 novembre 1977, *Rev. arb.* 1980, p.560.

374 C. Pamboukis, « La *lex mercatoria* reconsidérée », *op.cit.*, p. 655.

l'impossibilité pour des organismes privés d'établir un système juridique qui pourrait aller à l'encontre des règles impératives pour les États. Force est de reconnaître que la reconnaissance de la *lex mercatoria* est limitée par le biais de la libéralisation du contrôle de l'arbitrage international par le juge étatique… On accepte que le juge ne rend jamais une décision au mépris des règles de l'ordre juridique étatique en faveur de la *lex mercatoria*. A vrai dire, ce qui est important n'est pas la prétendue juridique de la *lex mercatoria*, mais l'utilité que chaque arbitre voit à son application dans le cadre de sa liberté[375].

b. A l'égard du juge thaï.

185. En Thaïlande, la *lex mercatoria* pourrait jouer son rôle devant les juridictions étatiques le plus souvent en matière de contrats de transport maritime. Les parties ont souvent inséré le choix du règlement de l'association de transporteurs applicable aux devoirs, obligations et responsabilités du contrat. Ce choix est-il applicable au contrat ? La Cour suprême thaïe estime à travers la jurisprudence qu'elle ne refuse pas l'application de la *lex mercatoria*[376]. Parmi les litiges portant sur l'application de règles de droit a-national, les Incoterms[377] et les RUU semblent être des exemples très connus. Chaque année le TCPICI et la Cour suprême *Dika*, le plus souvent, doivent les envisager. On sait qu'ils sont la compilation des usages du commerce de la CCI bien existés et pratiqués entre des commerçants dans les contrats internationaux. La CCI a réédité plusieurs fois les termes afin de se conformer aux usages du

375 *Id.*, p. 656 et s.

376 Cour suprême *Dika*, n° 698/2521 (1978) ; Cour suprême *Dika*, n° 1284/2526 (1983). *Cf.* P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « Le rôle des Incoterms aux contrats de vente international », *Thammasat Law Journal*, vol. 24, n°4, 1994, p. 761. Cet auteur a admis que les Incoterms sont la *lex mercatoria*.

377 Comme on le sait, les parties du commerce international sont composées de différentes États et possèdent chacun leurs droits et leurs systèmes juridiques tels les *Common Law* et droit civil. Chaque système juridique a disposé les droits et obligations de manière différente, prenons un exemple du contrat de vente. Les parties contractantes devraient faciliter leur transaction en concluant d'abord les droits et les obligations dans leur contrat, afin d'éviter toute sorte de problème. D'ailleurs le langage utilisé entre les commerçants internationaux est souvent différent, il est difficile d'interpréter les termes de l'échange ou *Trade terms* de la même direction. En raison de la complexité du droit de chaque pays et afin d'uniformiser ces droits et obligations y compris autres usages et coutumes utiles pour le commerce, et afin de chercher un instrument commun de régler la différenciation de langage et de l'interprétation de *Trade terms*, l'organisme privé comme la CCI a regroupé ces usages et coutumes dans la vente internationale des marchandises compilant en forme des Incoterms. Les Incoterms ou *International Commercial Terms* sont des termes commerciaux dont la règlementation est édictée par la Chambre de commerce internationale. Les termes des Incoterms définissent les responsabilités et les obligations caractéristiques d'un vendeur et d'un acheteur dans le cadre de contrats de commerce international, en particulier sur la prise en charge de la marchandise ; le transport ; le frais de transport ; les assurances ; et la livraison. D'ailleurs les Incoterms a pour objet de définir le lieu de transfert des risques, les obligations de supporter l'avarie en cas de mauvaise exécution du transport. Les Incoterms déterminent également les obligations de livraison qui incombent au vendeur concernant le délai.

commerce actuellement pratiquées[378], usages qui peuvent se développer en coutume commerciale internationale qui pourra devenir une pratique générale acceptée par les marchands au niveau international, voire même une obligation dans la société commerciale internationale. Ces *Trade terms*, existent bien depuis longtemps parmi les marchands avant d'avoir été compilés par la CCI, et par la suite, de nos jours, la référence de ces termes est devenue indispensable dans la vente internationale de marchandises par voie maritime[379]. Pour ces raisons, on n'hésite pas à admettre que les Incoterms sont la *lex mercatoria*. Certes, en pratique, les Incoterms rendent énormément d'intérêts aux commerçants. Voyons maintenant les attitudes du juge thaï vis-à-vis de ces Incoterms[380].

186. En se référant aux Incoterms, le juge thaï pourrait comprendre les droits et les obligations des parties contractantes. Par conséquent il pourrait faire un jugement rapide et réduire les erreurs de mésinterprétation des termes du commerce. Certes, le terme des Incoterms n'est pas contraire à l'ordre public international thaï, la Cour de cassation a pris une décision dans ce sens depuis 1977[381]. Ce qui l'amène à juger le litige conformément à ces termes. Cependant, de même que d'autres pays, les Incoterms n'ont pas le statut juridique à l'égard du juge et des juristes thaïs[382]. En effet d'après l'opinion dominante en matière du commerce international, le juge n'applique pas les Incoterms au litige en tant que droit mais en tant que clause contractuelle insérée dans le contrat selon le principe d'autonomie de la

---

378 La première édition a été élaborée en 1936, révisée en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990. La dernière version des Incoterms date de 2000, la Chambre de commerce internationale délibérera la nouvelle version qui est entrée en vigueur le 1 janvier 2011, à défaut de référence à l'année d'édition de la version que les parties veulent utiliser, les contrats qui se réfèrent aux Incoterms depuis cette date seront gouvernés par la version 2011.

379 D'après M. le juge J. Pukditanakul, les parties du litige ont souvent fait la référence des Incoterms dans un contrat de transport par avion e.g. FOB airport. V. Comité du travail de l'élaboration de proposition de répartition les litiges commerciaux des litiges civils, Le mémorandum du projet de loi sur le contrat de vente commerciale de marchandises, le 11 janvier 2006.

380 La Proposition de la loi sur le contrat de vente commerciale de marchandises comprend une certaine disposition sur les Incoterms dans l'article 10. En précisant si les parties contractantes sont d'accord pour utiliser un certain Incoterm, cela impliquera obligatoirement l'utilisation d'autres contrats, sous réserve d'un accord entre les parties. Force est de constater que cet article n'affirme pas la juridicité des Incoterms, les derniers sont applicables au contrat de vente par *incorporation*.

381 Cour suprême *Dika*, n° 2061/2520 (1977), p.1628-1630.

382 V. La Proposition de la Loi sur le contrat de vente commerciale de marchandises, le 11 janvier 2006 (précité). Le juge J. Pukditanakul a affirmé au cours de la conférence que les Incoterms n'ont pas la juridicité, on est toujours dans le débat d'application en tant qu'usages du commerce, soit coutume commerciale. *Cf.* P. Horayangkura, *La pensée juridique…*, *op.cit.*, p. 76-79.

volonté[383]. On voit que le juge applique les Incoterms de la même façon qu'il applique la *lex mercatoria* au litige.

Cependant la question peut se poser s'il y a le cas où le juge applique les Incoterms bien que les parties ne les mentionnent pas dans leur contrat ? La réponse semble être positive en cas d'interprétation du contrat par le juge. Le juge doit interpréter le contrat en tenir compte de la volonté réelle des contractants plutôt que le sens littéral selon l'article 171 du CCC qui est la disposition générale. Par ailleurs l'article 368 du CCC stipule le principe d'interprétation du contrat[384] que le juge doit l'interpréter en tenant compte, autre que la volonté réelle des contractants, d'usages établis entre les contractants, ceci est pour l'objectif de *bona fide* (*Verkehrssitte* - le droit thaï a adopté cet article du droit allemand)[385] et afin que l'interprétation du principe *bona fide* se conforme au principe de bonne foi en matière de l'économie[386]. Par conséquent, à défaut d'autre intention des parties, lorsqu'elles ne sont pas d'accord sur tel ou tel point, mais il existe entre elles des usages bien établis, le juge peut prévoir qu'elles souhaitaient de conclure un contrat conformément à ces usages.

Force est de reconnaître que les Incoterms sont utilisés comme usages admis parmi les commerçants dans les contrats de vente internationale par voie maritime. Bien que les contractants n'aient pas inséré dans leur contrat d'application de ces *terms*, le juge peut les appliquer en tant qu'usages du commerce entre les parties.

---

383 Force est de constater le cas de l'absence du choix par les parties, c'est la règle conflictuelle qui joue le rôle comme on a déjà étudié précédemment. Il est clair que le juge n'applique pas les Incoterms vers l'article 13 de la loi de 1938 relative au conflit de lois. Car le terme « droit » dans cet article signifie le droit étatique qui comprend le droit écrit et le droit coutumier. V. sur ce point K. Sandhikshetrin, *Droit international privé*, Bangkok : Nitibanakarn, 1996, p.185 ; Ch. Pachusanond, *Droit international privé*, *op.cit.*, p.445.

384 La Proposition de la Loi sur le contrat de vente commerciale de marchandises a une disposition sur l'interprétation du contrat de vente. En stipulant dans l'article 11 : « *Pour l'interprétation du contrat et de la loi applicable, il sera tenu compte de (1) la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application dans le commerce interne et internationale ; (2) le développement durable du commerce interne et international ; (3) les usages, les habitudes qui se sont établies entre les parties et de tout comportement ultérieur des parties ; (4) ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi entre les commerçants* ».

385 *Cf.* S. Sanongchart, *Le Code civil et commercial : Actes juridiques et contrats*, Cours de droit, Bangkok : Nitibannakarn, 7e éd., p. 393-394.

386 *Cf.* D. Thirawat, *Droit de contrats : l'actualité du nouveau statut de contrat et le problème d'Unfair Contract Terms*, 2e éd., 1999, Bangkok : Université de Thammasat, p. 60.

187. Il est de même pour les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (ci-après les RUU)[387]. Les RUU n'ont pas caractère juridique[388] mais la Cour peut l'appliquer au litige en l'absence de la volonté expresse des parties[389]. La Thaïlande n'a pas encore la loi qui peut régir le contrat de lettre de crédit, l'avis des juristes sont diverses sur ce débat. Un auteur pense qu'il s'agit de lacunes de loi[390]. Dans ce cas le juge thaï se conforme à l'article 4, alinéa 2 du CCC qui stipule :

---

387 Comme on le sait, parmi les contrats commerciaux internationaux tels les contrats de vente constitués par plusieurs contrats principaux indispensables, figure le contrat de paiement international. A l'époque, les commerçants en particuliers les banques ont créé et développé des méthodes pour effectuer et faciliter le paiement international. Depuis longtemps le crédit documentaire devient un instrument très important pour les commerçants et les banques commerciales en particulier dans le commerce international. Certes, les usages et les règlementations bancaires de chaque pays sont différents les uns des autres, par exemple pour la lettre de crédit qui fixe le plafond de crédit 'environs 1 million de Baht', la banque A pourrait régler entre plus ou moins 10% de 1 million de Baht (entre 900,000 à 1,100,000 Baht), alors que la banque B utilise une autre règle donc elle ne réglerait que pour le montant de plus ou moins de 5% (entre 950,000 à 1,050,000 Baht). C'est là la différence qui peut entrainer des problèmes pour les commerçants. Afin d'éviter ces inconvénients, la CCI a proposé en 1933 de standardiser ces règles et usages qui aboutissent aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ou *Uniform Custom and Practice for Documentary Credit (UCP).* Elles ont été révisées plusieurs fois car il n'y avait que quelques pays européens qui acceptaient la première édition des RUU en 1933 dès lors la CCI avait révisé en 1951, par conséquent les banques commerciales américaines l'ont adopté. La seconde édition des RUU a été effectuée en 1962, il semblait que le Royaume Uni et les pays Commonwealth adoptaient cette nouvelle version des RUU, d'après cette révision RUU était adoptée par la plupart des pays dans le monde. En 1974, la CCI a fait la révision la plus remarquable des RUU en raison de prolifération d'un conteneur dans le transport international de marchandises. En 1983 la CCI a révisé la 4e édition, la plus intéressante est que les RUU peut être utilisé à la lettre de crédit Standby. En 1993 RUU 500, 5e édition, a été délibéré et la CCI a dernière édition est RUU 600 qui a activé depuis le 1er juillet 2007. *Cf.* K. Jongjakapun, *Le paiement dans le commerce international*, Cours du droit 'Les transactions dans le commerce international', Université de Thammasat, 2000.

388 Ceci est affirmé par le fait que lorsque le contrat L/C a mentionné que les RUU 400 s'appliquent et que la nouvelle version de celle-ci est déjà entrée en vigueur pendant la conclusion de ce contrat, il dépend de volonté des contractantes quelle version sera applicable au contrat. Si le juge n'a pas pu découvrir, les RUU 400 s'appliquent toujours au contrat, car elles ne sont pas la loi. Cette hypothèse peut être envisagée dans le cas où la banque ne change pas encore la forme du contrat L/C, alors que la nouvelle version des RUU est délibérée. Il ne faut pas confondre avec *Hague Rules* ou *Hague-Visby Rules* ou *Hamburg Rules*, car le langage ou le terme appliqué peuvent conduire à une mauvaise compréhension. Normalement dans la pratique on n'appelle que les noms sans préciser leur statut, par exemple les Règles de La Haye ou les Règles de La Haye-Visby ou les Règles de Hambourg. Ce sont toutes les conventions internationales pour uniformiser les règles sur le connaissement. Mais les commerçants les appellent « *Rules* » ou « Règles »… Le titre officiel des Règles de La Haye est 'Convention de La Haye du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement (*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Ladings 1924*), amendé en 1968 par les Visby Amendments ou les Protocoles du 23 février 1968 (*Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relatincg to Bills of Lading*) que l'on appelle les Règles de La Haye-Visby en pratique. De même que les Règles de Hambourg lesquelles résulté de la 'Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer' adopté à Hambourg en 1978.

389 Dans l'hypothèse que les contractantes n'ont pas fait référence aux RUU dans leur contrat de lettre de crédit. En réalité il se trouve très rare, car les banques commerciales dans le monde entier qui sont membres de la CCI utilisent normalement une forme ou un contrat-type qui ont précisé déjà une clause selon laquelle ce contrat de lettre de crédit est soumis des RUU de la CCI.

390 K. Jongjakapun, *Le paiement dans le commerce international*, Cours du droit 'Les transactions dans le commerce international', Université de Thammasat, 2000.

« Lorsqu'il n'y a pas de loi applicable au litige, le juge tranche le litige conformément à la coutume locale, à défaut, le juge tranche le litige par analogie de droit plus proche, si ledit droit n'existe pas il faut appliquer les principes généraux du droit ».

Est-ce qu'on peut appliquer les RUU en tant que coutume locale selon l'alinéa 2 de cet article ? Un auteur a admis cette possibilité car les RUU sont pratiqués parmi les commerçants depuis longtemps[391]. On est d'accord sur ce point même si les RUU sont modifiés plusieurs fois mais le principe de ces règles n'a pas changé[392]. Par ailleurs le juge peut aussi faire recours aux RUU en citant la non contrariété à l'ordre public, conformément au principe de droit civil que les parties peuvent conclure un accord quelconque et il est valable s'il n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 151 du CCC)[393].

188. Il convient de citer un arrêt cassé par la Cour de cassation français en 1981[394] dans cette matière qui a jugé autrement. En l'espèce, la Cour a fait référence à l'article 3 des RUU, d'origine conventionnelle, sur le même plan que l'article 1134 du Code civil, en estimant que *« Viole les dispositions des art. 1134 du Code civil et 3 des règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire la cour d'appel… »*[395]. On peut considérer d'une part que la Cour les a fait référence sur le même niveau qu'un article du Code civil puisque ces RUU faisaient partie intégrante des conventions des parties. D'autre part, on peut penser que la Cour de cassation a admis implicitement que les RUU ont caractère de véritables règles coutumières. Toutefois, elle peut toujours, le cas échéant, sanctionner cette violation.

En attendant la jurisprudence certaine, les contractants ou leurs avocats devraient prudemment vérifier si le contrat de lettre de crédit a bien indiqué que les RUU s'appliquent à

---

391 P. Watpatarakul, « Le paiement dans le contrat de vente internationale », *Thammasat Law Journal*, vol. 20, n°2, 1990, p. 108.

392 *Contra*. M. Ch. Lusumphan, « Le devoir de banque en vue d'examiner les documents et le paiement de lettre de crédit », *Journal du droit des affaires*, vol. 14, 3, 1983, p. 26. Il estime que les RUU ont été révisées assez souvent, donc on ne peut pas admettre que ceci est la coutume.

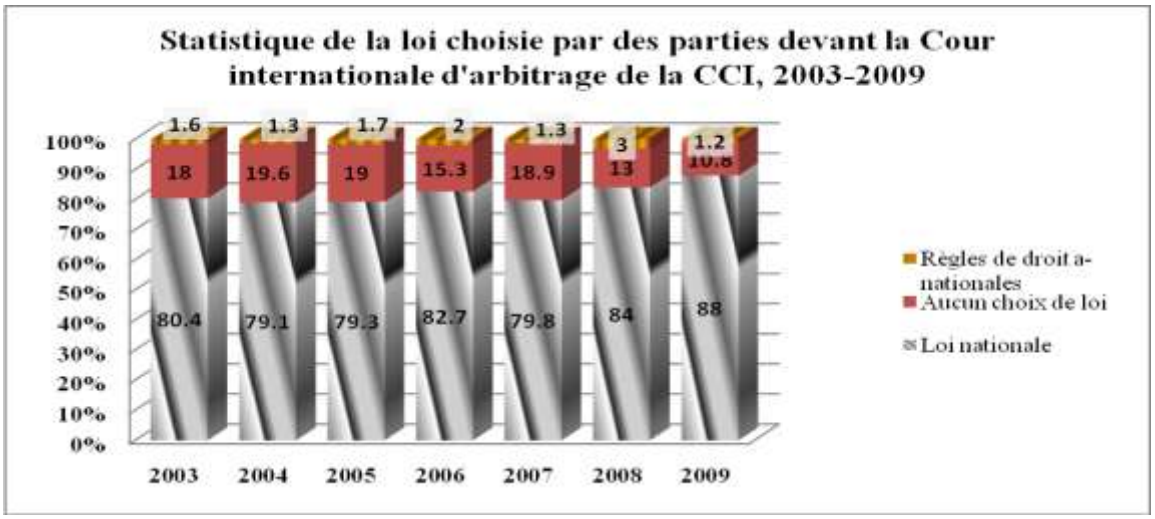
393 TCPICI com., n° 284/2543 (2000), *Bangkok Bank c. Viboolthani Tower*, *The Intellectual Property and International Trade Law Forum Journal*, Special Issue, 2000, p. 582-590. Le tribunal a mis l'accent sur l'exception d'ordre public selon l'article 151 en estimant : *« Un accord des parties d'appliquer à la demande d'ouverture la Standby L/C les RUU 500 de la CCI, n'est pas contraire à l'ordre public et les bonnes mœurs du people, par conséquent il est valable conforme à l'article 151 du Code civil et commercial »*.

394 Cass. com., 14 octobre 1981, *Sté Discount Bank*, D. 1982, p. 301, note M. Vasseur.

395 Cette jurisprudence a été affirmée dans Cass. com., 7 octobre 1987, *Sté Marseillaise de crédit*, *JCP (E)* 1988, 15102, obs. J. Stoufflet.

leur contrat. Les parties peuvent par ailleurs accorder de déroger certains articles de ces règles.

189. Conclusion du paragraphe. Il nous convient d'observer la pratique d'application de la *lex mercatoria* vers la statistique de la Chambre de commerce internationale sur la loi choisie par des parties[396].



Source : Chambre de commerce international, Rapport statistique 2003-2009.

Le nombre de parties qui n'ont choisi aucune loi applicable étaient plus grand que celles qui ont opté pour la loi a-nationale. On ne peut pas interpréter cela comme un choix négatif qui permet à l'arbitre d'écarter toute loi nationale en faveur de règles de droit a-nationales. Autrement dit, le silence des parties est parfois interprété comme un signe de s'en

396 On trouve que selon les données statistiques enregistrées par les institutions arbitrales indiquent, en 2003, que 80,4% des contrats stipulaient une loi nationale comme droit applicable et il n'y avait que huit contrats insérés la clause d'application de règles ou principes autre que la loi étatique (Chambre de commerce international, « Rapport statistique 2003 », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol.15 n°1, 1er semestre, 2004, p.7). Les chiffres semblaient se maintenir en 2004, 79,1% des cas les parties ont choisi la loi nationale applicable au contrat. Seulement 1,3% ont opté pour des règles autres que la loi nationale (Chambre de commerce international, « Rapport statistique 2004 », Bulletin, vol.16 n°1, 1er semestre, 2005, p.5). En 2005 79,3% ont choisi la loi nationale, alors que le reste une autre règle que la loi étatique telle que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, les principes généraux d'équité, le droit international, le droit commercial international et la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation (Chambre de commerce international, « Rapport statistique 2005 », *Bulletin*, vol.17 n°1, 1er semestre, 2006, p.5) Au cours d'année 2006, 2% des affaires enregistrées avaient opté des règles autres que la loi d'un État dont 82,7% des cas les parties ont choisi la loi nationale applicable au fond du litige (Chambre de commerce international, « Rapport statistique 2006 », *Bulletin*, vol.18 n°1, 1er semestre, 2007, p.5). En 2007, 79,8% des contrats litigieux ont été soumis à l'arbitrage parmi lesquels les parties avaient précisé le droit applicable au fond. Dans tous les contrats, elles avaient choisi les droits nationaux applicables. Seuls trois contrats optent pour l'application des règles autre que la loi nationale tels que les Principes d'UNIDROIT, la CVIM et le droit de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) (Chambre de commerce international, « Rapport statistique 2007 », *Bulletin*, vol.19, n°1, 1er semestre, 2008, p.5). En 2008, les parties ont choisi la loi nationale applicable aux 84% des contrats. Les parties ont opté pour des règles de droit autre que des lois nationales 3% des contrats.

remettre à l'arbitre de choisir le droit national plus approprié.

Les tribunaux nationaux estiment qu'un choix de règles de droit effectué par les parties constitue une référence à un ensemble de règles réputées incorporées dans le contrat ou l'incorporation par référence. Cette méthode sera mise en œuvre seulement dans la mesure où elle ne déroge pas aux dispositions impératives de la loi applicable au contrat. Alors que la règle de conflit uniforme telle que la Convention de Rome de 1980 restait silencieuse sur ce point, mais il faut souligner que la proposition initiale de la Commission sur Rome I tendait à renforcer l'autonomie de la volonté des parties en autorisant celles-ci à choisir un droit non étatique autre que la loi nationale. Il est à noter également que parmi la majorité d'États membres au sein du Conseil, la France s'oppose aussi à cette proposition[397]. Finalement le choix de droit a-national est ainsi admis par le Règlement CE n°593/2008 dans son Considérant n°13 qui n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique. Alors qu'en matière de l'arbitrage international, les arbitres peuvent dans certains cas appliquer directement aux litiges la *lex mercatoria* même au silence des parties sur la loi applicable. Par exemple le cas où il y a dans un contrat plusieurs lieux de conclusions ou d'exécutions, ceci peut conduire l'arbitre de considérer que la *lex mercatoria* est formée de règles objectives dont sa compétence ne relève pas de référence expressément des contractants dans ce cas[398].

Certes, on ne peut pas conclure que le statut juridique de la *lex mercatoria* est universellement reconnu, même si la Cour de cassation d'Italie a affirmé qu'il relève d'un ordre juridique spécifique propre la *lex mercatoria*, qui est d'ailleurs un ensemble de règles de droit. De même que la décision de la Cour d'appel de Vienne, dans l'affaire *Norsolor*[399], qui a estimé que la *lex mercatoria* est du « droit mondial d'une validité incertaine ». Les tribunaux français et thaïlandais n'admettent jamais la juridicité de la *lex mercatoria*. Il faut toujours attendre l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence internationale sur la définition et la teneur de la *lex mercatoria*.

Il est vrai que d'après les chiffres de la CCI, par rapport au nombre d'affaires soumises à l'arbitrage de la CCI, il n'y a pas très nombreux de litiges que les parties ont choisi les règles transnationales applicables à leur litige. Pourtant, il ne faut pas oublier qu'en

---

397 Le Sénat, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », 3 déc. 2007. Disponible sur le site http://www.senat.fr/ue/pac/E3039.html

398 B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'abitrage… », *op.cit.*, p. 482.

399 *Rev. arb.* 1983, p. 383 ; *JDI*.1981.922, obs. Y. Derains.

réalité il y a de nombreux de sentence rendus par d'autres tribunaux dans le monde entier qui ne sont pas enregistrés.

§2 : Principes généraux du commerce international.

190. Le commerce international s'est développé dans un contexte transnational comme l'on a souligné que ceci a besoin d'un droit apte à créer le cadre juridique dont il est nécessaire de se développer. Ce qui nous intéresse à ce stade est les principes généraux qui jouent un rôle important parmi les règles transnationales. On sait que dans un droit en formation lequel son contenu est incertain, les principes généraux peuvent être formulés et retirés avant les règles concrétisant. Alors que dans le cas de droit étatique, il a un contenu fermement élaboré. On étudiera ensuite les deux Principes : les Principes UNIDROIT et les Principes de droit européen des contrats qui sont fondamentalement nées du même besoin ; afin d'uniformiser les règles de droit applicables aux contrats. Cependant on constate que les règles transnationales envisagent toujours le problème de légitimité car leur origine est dépourvue de support étatique. Alors, dans le cas de codification des règles transnationales, ceci est une technique qui permettrait d'avoir un fonds antérieur, un organisme rédacteur, c'est l'avantage d'avoir sa propre légitimité.

191. Force est de reconnaître que la nature des contrats commerciaux internationaux est différente de celle du contrat purement interne, il convient de réglementer les rapports entre des commerçants internationaux de manière à prendre en compte les particularités et les exigences de ces relations plutôt que d'appliquer uniquement la loi étatique. Il arrive que certains États avancent que la loi étatique ait été élaborée pour régir la situation interne et internationale. Mais il faut rappeler qu'il y a d'autres États qui n'ont pas les dispositions propres aux contrats internationaux, par exemple la Thaïlande... Dès lors il faut concilier les besoins de règles appropriées aux relations commerciales internationales avec la nécessité de prévisibilité et de certitude dans la règlementation de ces rapports.

A. Principes UNIDROIT, principes uniformes pour les contrats internationaux.

192. Les Principes UNIDROIT[400] sont, à première vue, des principes généraux codifiés. Même si l'application des Principes UNIDROIT n'est pas encore considérée comme universelle, ils ont quand même acquis une autorité indéniable. M. Fouchard soutenait qu'il existe, dans l'arbitrage commercial international et dans des domaines plus variés, les principes généraux relatifs à la conclusion, l'interprétation et l'exécution du contrat auxquels se référaient les arbitres pour régler les litiges. Cet auteur a affirmé que ceux-ci sont de *droit commun des Nations*, car il y avait des droits nationaux en concurrence adoptaient la même attitude sur un point litigieux[401]. Force est de constater que, d'après cet auteur, la portée de ces principes est universelle car ceux-ci ont pour but d'éviter de prendre parti sur la loi nationale compétente[402].

193. Comme on le sait, les Principes sont applicables lorsque les parties y ont fait référence pour régir leur contrat ou ont accepté que leur contrat soit régi par les Principes généraux du droit, ou la *lex mercatoria* ou autre formule similaire. Ils peuvent être appliqués lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat. Ces principes proposent aux opérateurs économiques internationaux une codification de règles traitant des questions qui se posent le plus souvent dans les relations commerciales contractuelles y compris « des règles organisées de manière cohérente et systématique[403] ». Nous partageons l'avis de M. Bernardini selon lequel il ne faut pas confondre les Principes UNIDROIT et la *lex mercatoria*, bien que le préambule indique que les Principes peuvent être appliqués lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par la *lex mercatoria*, ce fait ne permet pas de les assimiler à la *lex mercatoria*, puisqu'ils ont des caractéristiques tout à fait distinctes[404].

---

400 Chaque article constitue son propre commentaire, définit sa portée. Ces Principes contribuent à surmonter l'imprévisibilité et les incertitudes résultant des règles insuffisamment définies qui sont considérées comme constituant la *lex mercatoria* et ils écartent les raisons selon lesquelles s'appuient les critiques faites aux règles non étatiques. Cependant les Principes UNIDROIT ne prennent pas position sur certaines questions telles que la capacité des contractantes qui relève de la loi personnelle des contractantes désignée par la règle de conflits de lois appliquée par l'arbitre ou le juge.

401 Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris : Dolloz, 1965, p. 401 et s. et p. 423 et s.

402 *Id.*, p. 426 et s.

403 Sentence CCI n° 7110, (1999) 10 :2 *Bull.* CCI 40, p. 51.

404 P. Bernardini, « Arbitrage international et règles de droit a-nationales », *Bulletin de la Cour international d'arbitrage de la CCI*, vol.15, n°2, 2e semestre, 2004, p. 73.

194. Reste à savoir si les Principes UNIDROIT sont-ils la *lex mercatoria* codifiée ? Il y a diverses opinions sur ce point. Certains juristes[405] affirment de manière positive, après avoir attendu pendant les longues années, en raison du niveau d'attention et de respect vers la pratique internationale et les sentences arbitrales dans le monde entier. Pour M. Mayer, les Principes UNIDROIT pourraient devenir une partie de la *lex mercatoria* s'ils étaient référés aux opérateurs du commerce international, aux contrats internationaux ou aux sentences arbitrales[406]. Il constate que l'on pourrait mieux considérer les Principes UNIDROIT comme une sorte de version écrite des « principes généraux du droit » qui sont autre pilier de la *lex mercatoria*. M. J.-M. Jacquet a tenu le même constat en affirmant que « les Principes puisent manifestement leur substance dans des règles issues de différents droits nationaux, jurisprudences nationales et surtout dans *lex mercatoria* »[407]. Par ailleurs, on peut dire que l'auteur admet que les Principes peuvent être considérés comme des règles transnationales résultant d'un processus de codification.

195. La différence entre les Principes et la *lex mercatoria* réside en effet dans leur origine ; les Principes UNIDROIT expriment des propositions d'origine doctrinale alors que la *lex mercatoria* énonce des règles pratiquées par la communauté économique internationale[408].

D'après ces arguments, les Principes UNIDROIT ne sont que l'une des sources de la *lex mercatoria*. D'ailleurs la codification de la *lex mercatoria*, de même que celle des coutumes, *« dispense de recherches longues, hasardeuses et laisse place à l'arbitraire »*[409]. Cet auteur ne partage pas l'idée proposée par M. B. Goldman selon laquelle « la *lex mercatoria* est un ordre juridique de la société des marchands internationaux, par conséquent tout contrat international est nécessairement soumis à la *lex mercatoria* en tant que droit de l'ordre juridique unique dans lequel il s'inscrit ». Pour M. P. Mayer, « il est beaucoup plus difficile de suggérer que tout contrat international est nécessairement soumis aux Principes

---

405 G. Busseuil, « L'avenir des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et des Principes européen du droit du contrat: du droit mou au droit dur ? », n° 2. Disponible sur le site www.glose.org/CEDCACE4.pdf

406 P. Mayer, « Principes UNIDROIT et *lex mercatoria* », *in L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen*, LGDJ, 2004, p. 31-36, spéc. p. 32 et s. Il affirme en citant le Préambule : « Ils peuvent s'appliquer (…) lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par la *lex mercatoria* ».

407 J.-M. Jacquet, *Droit du commerce international*, *op.cit.*, n° 87.

408 G. Busseuil, « L'avenir des Principes UNIDROIT… », *op.cit.*, n° 2.

409 P. Mayer, « Principes UNIDROIT et *lex mercatoria* », *op.cit.*, p. 34.

UNIDROIT, des règles élaborés par un cénacle de professeurs et qui n'ont pas d'autorité propre »[410]. De surcroît, les Principes UNIDROIT sont très modestes quant à leur applicabilité. Pour ces raisons, il est défendable si l'on conçoit les Principes UNIDROIT comme « la liste des règles » de la *lex mercatoria*, car il risque d'entraîner les conflits de listes. Cependant cette inquiétude ne poserait pas à l'égard des Principes européens de droit des contrats qui ne visent pas spécifiquement les contrats internationaux et leur vocation est faible à leur égard.

196. On constate que les Principes émanent d'une élaboration privée en dehors d'une mission de type législatif confiée par l'autorité compétente, l'importance de la doctrine dans la composition du groupe de travail, l'objectif de l'unification de législations autonomes et diversifiées et l'adoption du texte par les institutions compétentes[411]. Est-ce que l'on peut assimiler les Principes UNIDROIT comme « *Restatements* » américains ? Cette assimilation est très critiquée en raison de la grande différence de technique d'élaboration des *Restatements*, par le fait qu'il y a d'absence de force obligatoire des textes élaborés[412]. Cependant M. M. Bonell soutient que les Principes UNIDROIT est un *Restatement* du droit des contrats à niveau international. Car ils ont pour l'objectif de réexposer le droit des contrats internationaux déjà existé et non plus d'uniformiser le droit national des États[413]. A notre

---

410 *Ibid*.

411 Ph. Kahn, « Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria* : A propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *in Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, 40ème Anniversaire (1957-1997), Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 129 ; V. également M. J. Bonell, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG : Alternatives or Complementary Instruments? », *Rev. dr. unif.*1996.26 ; « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law : Similar Rules for the Same Purposes ? », *Rev. dr. unif.*1996.229.

412 Pour les *Restatements*, ce sont les législateurs des États qui adoptent ou modifient le texte proposé par les professeurs, les juges et les juristes. Ils sont considérés comme des sources secondaires qui cherchent à réexposer les règles de droit constituées de *common law* dans chaque domaine. Par ailleurs, certains États ont adopté dans leur droit domestique des Sections de *Restatements*. En effet *Restatements* n'ont pas la force obligatoire mais il est à noter qu'ils sont considérés comme sources de *Black Letter Law* ou *principles* et ont été fréquemment cités par les juges dans leurs litiges. Alors que l'effectivité des Principes UNIDROIT est plus délicate à déterminer et on voit dans la Préambule qu' « Ils peuvent s'appliquer (…) lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par la *lex mercatoria* ». Quand bien même la méthode de rédaction ou de donner explications à certaines issues pour clarifier leurs origines peuvent assimiler les uns aux autres, c'est pourquoi certains auteurs hésitent de conclure que l'objectif des rédacteurs des Principes UNIDROIT était d'écrire une sorte de *Restatement*. Car il est plutôt de poser les règles qui leur paraissent bonnes. (V. Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 9029 (1998), *Bull*. CCI. 1999, vol.10/2, p. 91).

413 M. J. Bonell, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG: Alternatives or Complementary Instruments? », *Rev. dr. unif.*1996.26., spéc. p. 30.

avis, hormis le problème de l'autorité qui a adopté ce texte, il semble que d'autres éléments constituant les Principes et ceux des *Restatements* soient assimilés.

197. On peut estimer que le rôle et l'efficacité des Principes dans les sentences arbitrales sont la meilleure preuve, pourtant l'application de ces règles du juge étatique n'est pas très active. Parmi le très peu d'usage du juge, on a trouvé une décision de la juridiction française dans laquelle la Cour a fait référence aux Principes UNIDROIT. Il s'agit de l'arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 24 janvier 1996[414], qui a été rendu à propos d'une clause de responsabilité. La Cour a mentionné deux Principes à savoir la primauté de la clause contractuelle sur une clause type en cas de contradiction et l'interdiction d'une clause ambiguë contre celui qui l'a proposé... Ainsi que l'arrêt du 23 octobre 1996[415] rendu par la même Cour qui a fait référence aux Principes et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 mars 1998[416].

198. Selon les statistiques rapportées par l'UNIDROIT, on trouve que la référence aux Principes devant le juge était « en dent de scie »[417]. En effet la référence aux Principes UNIDROIT semble plus couramment répandue dans l'arbitrage international plutôt que devant la juridiction étatique. Ceci n'est pas étonnant, car il faut rappeler que les Principes sont d'origine des principes généraux utilisés par les arbitres. Il se révèle d'une façon particulièrement nette que les contrats internationaux peuvent échapper au moins partiellement au droit des États. Dans les contrats commerciaux internationaux, les parties contractantes ont été normalement suggérées de choisir la loi applicable au contrat afin de minimiser les problèmes dans l'avenir.

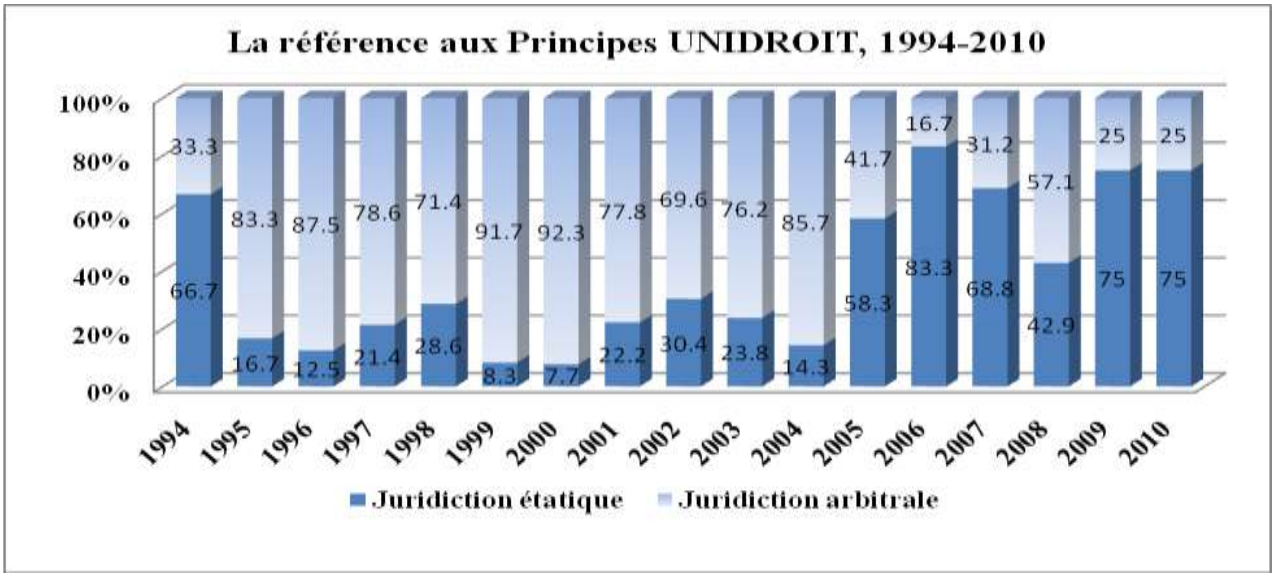
---

414 CA Grenoble, 24 janvier 1996, *JDI*.1997.115, note Ph. Kahn ; *Rev. arb*. 1997.87.

415 CA Grenoble, 23 octobre 1996, *Sté Teso Ten Elsen GmbH*, JDI.1998.125, note A. Huet.

416 CA Paris, 1er Civ., 5 mars 1998, *Sté Mixte Franco-Kazakh CISTM*, *Rev.arb*.1999.86.

417 La statistique nous démontre qu'au cours de l'année 1994, première année de l'UNIDROIT, les litiges portant devant la juridiction étatique lesquels ont fait référence aux Principes UNIDROIT a touché 66,7%, or, l'année suivante il ne reste que 16,7% et 12,5% en 1996. Dans l'année 2000 l'application des Principes devant la juridiction étatique était le plus bas 7,7%. Malgré que la tendance d'augmentation au cours des années 2001 à 2002, moins de 50% de litiges ont fait référence aux Principes. C'est-à-dire que la juridiction arbitrale a pris à son compte une grande part de l'application des Principes. La tendance d'application des Principes a diminué en 2007 à 2008. A l'inverse, elle a augmenté dans les années 2007 et 2008, mais a augmenté devant le juge étatique en 2009 et 2010.



Source : UNILEX on UNIDROIT Principles, 1994-2010.

199. En Thaïlande avant l'année 2002, la Loi de 1987 sur l'arbitrage ne contient aucune disposition spécifique sur la matière dont les arbitres déterminent la loi applicable au fond. Cependant la nouvelle Loi de 2002 sur l'arbitrage stipule dans le sens que l'arbitre devra trancher le litige conformément au droit choisi par les parties.

B. Principes de droit européen des contrats[418].

418 Les Principes de droit européen des contrats sont-ils une œuvre doctrinale financée par la Commission européenne qui a exprimé son souhait d'harmoniser des États membres de l'Union européenne dans le domaine des contrats internationaux relatif au commerce transnational, en raison de l'inefficacité du marché intérieur, les divergences des règles impératives des États membres sur les transactions transfrontières, la diversité des conditions générales de vente et même l'accès difficile des consommateurs aux transactions intra-communautaire. Suite à ces problèmes, une autre explication de l'aspect politique semble claire sur ce sujet. On peut observer qu'il existe la diversité entre le système des droits nationaux des États membres de la Commission Lando. La question est de savoir de prime abord s'il est possible de construire un fonds de valeurs communes qui, dans le respect de la diversité, auraient vocation à constituer les fondations d'un droit des contrats en Europe. Et si les Principes européens étaient compatibles avec la réalisation d'une identité contractuelle européenne. Il est vrai qu'il existe par ailleurs la disparité des mentalités des membres de la commission, la pluralité de leurs modes de raisonnement et la différence dans leurs façons d'appréhender le concept même de contrat. Les Principes européens énoncent des règles de fond lesquels sont composés de trois grands piliers tels que ; liberté, loyauté et sécurité. D'après ces Principes, on constate que la conception du contrat est considérée comme « le marché », et les préoccupations d'efficacité économique qui ont animé d'ailleurs les rédacteurs des Principes européens. Ces principes exprimés et déclinés de façon souple et flexible dans le texte afin que les États membres puissent être transposés et absorbés ce texte sans que ceux-ci perdent leur spécificité ou renoncent à leur propre identité. Bien que les deux principes ne soient pas des instruments contraignants, on observe cependant autre caractéristique commune de ces deux principes qu'ils sont des moyens non législatifs d'unification ou d'harmonisation du droit et on peut dire du droit des contrats. (UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », Rome, Institut international pour l'unification du droit privé, 1994, viii.).

200. Ainsi que les Principes UNIDROIT, les Principes de droit européen des contrats (ci-après les Principes européens) sont constitués de règles avec le caractère systémique qui a été mis en avant pour justifier leur désignation par le Règlement « Rome I ». A la différence sur leurs champs d'application spatiale car les Principes UNIDROIT constituent les règles générales applicables aux contrats commerciaux à caractère international dans le monde entier entre des commerçants et les professionnels. On constate que le champ d'application territorial de ces Principes est universel. Alors que les Principes européens gouvernent tous les contrats y compris les contrats entre les professionnels et les consommateurs d'une part, les relations internationales ou intra-communautaires comme dans les relations purement internes d'autre part. C'est-à-dire la vocation des Principes européens est plus ciblée que les Principes UNIDROIT car les Principes européens visent le Marché unique européen[419]. Les Principes européens recueillis, de la même façon que les Principes UNIDROIT, de nombreuses règles issues de la *lex mercatoria,* comme indique dans l'article 1.101 (3) qu'ils peuvent être appliqués « *lorsque les parties sont convenues que leur contrat serait régi par les principes généraux du droit, la lex mercatoria ou une expression similaire* ». Par ailleurs, les Principes européens ont vocation à constituer progressivement la trame des contrats internationaux et ayant trouvé leur expression également dans la jurisprudence arbitrale internationale.

201. La question peut se demander si la force obligatoire des Principes UNIDROIT et des Principes européens est reconnue *quid* des autres projets doctrinaux ? Quels critères peut-on considérer pour désigner d'autres initiatives privées comme loi applicable ? Il existe deux critères envisagés ; le premier est l'idée selon laquelle les principes ou règles de droit matériel doivent être suffisamment précis, si on adopte cette idée, la *lex mercatoria* étant écartée en raison de sa prétendue imprécise. Or, pour que le contenu des principes ou les règles de droit soient certains, en utilisant le terme « codifications privées », il semble que ceci nous amène à rejeter de tout droit « spontané », c'est-à-dire que seul un droit codifié serait ainsi accepté comme tel. Mais il faut rappeler que la technique de codification aide à faciliter l'admission de légitimité de règles transnationales. Le second critère consiste à la « reconnaissance » du droit non étatique par la communauté internationale des marchands. Ce critère semble être critiqué en raison de sa difficulté à régir, car on peut se demander qui décidera de cette

419 *Cf.* M. J. Bonell, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law… », *op.cit.*, p. 238 et s.

reconnaissance[420]. En effet le second critère semble plus raisonnable, réaliste et plus adapté à la situation envisagée, car la reconnaissance pourrait paraître à travers la sentence rendue par les tribunaux arbitraux des États et par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. De surcroît l'autonomie de la volonté des contractantes d'appliquer à leur contrat ces Principes est une preuve en soi, une preuve que ceux-ci sont applicables en raison de leur reconnaissance.

202. Vers la théorie de codification doctrinale. D'après M. Busseuil[421], les Principes européens appartiennent à la sphère du droit en raison de son élaboration systématiquement sous la forme d'un code de portée générale ayant vocation à l'application dans les législations des États. Cette proposition se fond sur la même base que les Principes UNIDROIT que l'on a déjà étudiée. Plus précisément, ce droit est qualifié « mou »[422] dans la mesure où il n'a pas la force obligatoire ; il est seulement proposé et non imposé[423]. De ce point de vue, on peut penser à la *soft law* de droit anglo-américain. Pour ces juristes, le caractère non obligatoire des Principes se présentent dans l'article 1.101 (2) et (3), et ceci peut être classé dans la catégorie de droit mou. En tant que codifications doctrinales, les Principes sont certainement qualifiés de doctrine. On sait que la doctrine est la plus faible des sources du droit, mais on peut admettre qu'elle a en même temps le point fort dans la mesure où elle constitue sa propre qualité car elle ne tient pas son pouvoir ni son existence d'une norme extérieure à elle. Par ailleurs, la doctrine éclaire les autres sources et leur sert de révélateur lorsqu'elle rapporte celles-ci à l'ensemble du droit positif[424].

203. Dans l'ombre de la Convention de Rome de 1980, le choix des Principes codifiés opéré par les parties dans leur contrat a été traité comme l'absence de choix de la loi applicable. Car la Convention n'admet que le choix de droit étatique. Par conséquent, un tel contrat était régi par l'article 4 de cette Convention. Si l'article 4 désigne la loi française, le

---

420 S. Nadaud, *Codifier le droit civil européen*, préf. d'Éric Garaud, Bruxelles : Larcier, 2008, p. 355.

421 G. Busseuil, « L'avenir des Principes UNIDROIT… », *op.cit.*, n° 3.

422 *Cf.* C. Thibierge, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ*.2003.599 : l'auteur a proposé qu'il existe le droit souple qui englobe le droit flou défini par la souplesse de son contenu ; le droit doux qui n'a pas ou a peu de force obligatoire ; et le droit mou qui n'a pas ou a moins de force contraignante.

423 M. Fontaine, « Du droit « mou »...impératif ? », in *Mél*. Barthélémy MERCADAL, Paris : Lefebvre, 2002, p.159 et s.

424 P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 6.

juge appliquera ces Principes à travers l'article 1135 du Code civil[425]. Dans ce cas là, les codifications doctrinales sont incorporées matériellement au contrat comme une clause contractuelle. Il nous convient de citer M. Beraudo qui a donné l'opinion favorable au libre choix de codifications privées lors du projet de transformation de la Convention de Rome, d'après lui, c'était « l'occasion à saisir pour abandonner l'interdiction du contrat sans loi exprimée par la phrase qui ouvre l'article 3 (de la Convention) et d'autoriser (…) la désignation des principes élaborés par les organisations internationales, donc, pour l'instant les Principes UNIDROIT »[426]. Finalement le règlement « Rome I » ne permet pas directement aux parties de choisir ces Principes en tant que loi applicable au contrat. Comme le dit M. F. Marrella que le Règlement « consacre une vision **néo-conservatrice** qui s'accorde mal non seulement avec les réalités de la mondialisation de l'économie mais également avec la vision plus ouverte qui a déjà largement produit son influence sur la législation moderne ayant trait à l'arbitrage commercial international (…) »[427]. Certains auteurs soutiennent que le choix de tels ou tels Principes doit être traité au même titre qu'une loi étatique[428]. Rappelons que le considérant 13 du règlement permet aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique et que l'arrêt de la CJUE a déjà admis la possibilité d'appliquer les Incoterms pour régler le problème litigieux en question (v. *supra* n° 155).

204. Il reste à savoir si on pouvait faire référence aux Principes en tant que *lex contractus*. Comme on a vu, le choix de ces codifications doctrinales dans un contrat peut amener celles-ci dans le rang du statut du « droit dur » grâce à l'effet d'une clause contractuelle. C'est en effet le considérant 14 du règlement Rome I qui permet de dire que le droit mou (les

---

425 L'article 1135 stipule que : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

426 J.-P. Beraudo, « La modernisation et l'harmonisation du droit des contrats : une perspective européenne », *in* Actes du Congrés « Harmonisation mondiale du droit privé et intégration économique régionale », Rome 27-28 septembre 2002, *Rev. dr. unif.* 2003.135.

427 F. Marrella, « Les nouveautés du Règlement européen (Rome I) relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles », *Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 19, n° 1, 2008, p. 91-111, spéc. p. 94.

428 J.-P. Beraudo, « La modernisation et l'harmonisation du droit des contrats… », *op.cit.*, p. 136 et s. ; K. Boele-Woelki, « The Unidroit Principles of International Commercial and the Principles of European Contract Law: how to apply them to international contracts », *Uniform Law Review*, 1996, n° 4, p. 652-678. ; B. Ancel, « *Auctoritate rationis*, le droit savant du contrat international », *in Clés pour le 20e siècle*, *Mél.* de l'Université Paris II Panthéon-Assas, 2000, p. 583-609 ; F. de LY, « Choice of Law Clauses », Unidroit Principlesof International Commercial Contracts and Article 3 Rome Convention : the *Lex mercatoria* before Domestic Courts or Arbitration Privilege ?, *in* Études offertes à B. Mercadal, éd. F. Lefebvre, Paris, 2002, p. 133-145.

Principes) peut devenir dur par la désignation des Principes comme un possible choix de loi dans un règlement communautaire et c'est le dernier (Règlement Rome I) qui conférerait une force contraignante aux Principes.

En effet, on peut dire que l'application de la *lex mercatoria* ou la *lex mercatoria* codifié en tant que *lex contractus* a pour but de soutenir la conception de la *lex* comme ordre juridique étatique. Rappelons que l'arbitre n'est pas obligé de soumettre le contrat à un tel ou tel ordre juridique, alors que l'application de la *lex mercatoria* en tant que règles de droit semble plus apte puisque la *lex mercatoria* constitue de l'ensemble de règles qui se sont évoluées en dehors du cadre de droit étatique. Cependant en adoptant que le droit mou peut devenir dur selon la législation communautaire, ceci signifie qu'en l'absence de choix de la loi applicable, le juge devra aussi prendre en considération les Principes au même rang que les lois étatiques.

205. La force obligatoire distincte du statut juridique. En ce qui concerne un souci de la qualification du statut juridique des Principes européens. A vrai dire, il faut distinguer la force obligatoire des Principes de leur statut juridique, car lorsque l'on accepte la désignation par règle conflictuelle des Principes européens ou même les Principes UNIDROIT, force est de constater que ces instruments deviennent « durs » par leur force obligatoire consacrée par le règlement (Rome I)[429].

206. Conclusion du paragraphe. On peut conclure ici leur objectif commun qu'ils entendent constituer des modèles pour les législateurs nationaux et internationaux, ils

429 V. Groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », *RTD civ.* 2005, p.716. Suite à ces problèmes, une autre explication de l'aspect politique semble claire sur ce sujet. On peut observer qu'il existe la diversité entre le système des droits nationaux des États membres de la Commission Lando. La question est de savoir de prime abord s'il est possible de construire un fonds de valeurs communes qui, dans le respect de la diversité, auraient vocation à constituer les fondations d'un droit des contrats en Europe. Et si les Principes européens étaient compatibles avec la réalisation d'une identité contractuelle européenne. Il est vrai qu'il existe par ailleurs la disparité des mentalités des membres de la commission, la pluralité de leurs modes de raisonnement et la différence dans leurs façons d'appréhender le concept même de contrat. Les Principes européens énoncent des règles de fond lesquels sont composés de trois grands piliers tels que ; liberté, loyauté et sécurité. D'après ces Principes, on constate que la conception du contrat est considérée comme « le marché », et les préoccupations d'efficacité économique qui ont animé d'ailleurs les rédacteurs des Principes européens. Ces principes exprimés et déclinés de façon souple et flexible dans le texte afin que les États membres puissent être transposés et absorbés ce texte sans que ceux-ci perdent leur spécificité ou renoncent à leur propre identité. Bien que les deux principes ne soient pas des instruments contraignants, on observe cependant autre caractéristique commune de ces deux principes qu'ils sont des moyens non législatifs d'unification ou d'harmonisation du droit des contrats. (UNIDROIT, « Principes relatifs aux contrats du commerce international », Rome, Institut international pour l'unification du droit privé, 1994, viii.).

s'annoncent également comme une formulation de la *lex mercatoria*. Afin de confirmer le caractère substantiel de *lex mercatoria* laquelle a été absorbée par les Principes UNIDROIT et les Principes européens, il convient de souligner ici une remarque de M. Paulsson sur le contenu de la *lex mercatoria* issu des sentences arbitrales de la CCI, il a indiqué que « les Principes en question ont été appliqués dans des arbitrages CCI sans référence au droit national, constituant dès lors autant de règles matérielles de la *lex mercatoria* »[430].

430 I. Paulsson, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », *Rev. arb.* 1990, p. 79.

207. Conclusion du chapitre. La question du statut de la *lex mercatoria* et d'autres règles de droit transnational est toujours délicate à tracer. De nos jours, le débat sur ce sujet n'arrive pas encore à la conclusion. Parmi les positions diverses, la tendance est à rechercher non pas son statut juridique mais il faut interroger à sa capacité de s'adapter aux litiges commerciaux internationaux. Il semble qu'il n'y ait que des juristes qui intéressent à la juridicité de la *lex mercatoria*. Alors que les commerçants, en revanche, ont l'habitude de choisir une telle règle applicable aux contrats internationaux sans tenir compte à sa juridicité. De surcroît, la plupart des commerçants respectent et déroulent leurs rapports conformément à ces règles de droit car ils croient qu'elles ont une sanction sociale dans sa communauté ; un boycott commercial par d'autres marchands. Nous ne sommes pas toute à fait d'accord sur le point que seul ensemble de normes et règles créées par l'autorité étatique est le droit, il en résulte de la théorie positivisme[431]. Il faut rappeler que la conception de droit et la loi marchande existent-elles avant une émergence de nationalisme ou le concept de souveraineté. Dès lors on peut dire que le fruit de l'école positivisme selon lequel le droit est un ordre de l'État ne peut nous convaincre[432]. Quoi qu'il en soi, la *lex mercatoria* s'occupe la grande place en matière du commerce international depuis longtemps, elle intervient dans la pratique arbitrale et on ne peut pas nier son application devant les juridictions arbitrale et étatique.

Certes, un grand souci paraît sur le contenu incertain de la *lex mercatoria*, car pour certains juristes il ne faut pas laisser la règle incertaine joue son rôle de droit. Le droit est un ensemble de règles, prévisible et applicable généralement à toutes les personnes. Cependant si l'on réfléchi dans un autre point de vue, on trouvera que le droit du commerce international est un domaine spécial et qu'il y ait le droit incomplet en cours de développement. Comme dit Prof. Berman « ***(Lex mercatoria) is not a complete legal system- it was never meant to be completed*** »[433], il faut accepter son existence et la reconnaitre comme source de droit coutumier transnational. Nous sommes d'accord avec M. Joe Verhoeven[434] pour le fait que la

---

431 Cette théorie a beaucoup d'influence sur les enseignements dans les facultés thaïes en particulier la pensée juridique de John Austin. Il croit que c'est la bonne définition de droit et il n'est pas logique de définir le droit par une autre définition. On peut dire que la plupart des juristes thaïs sont des positivismes.

432 *Cf.* S. Limparangsri, « The Should-Be Roles of *Lex mercatoria* as a Source of Substantive Law in International Commercial Arbitration », *Thai Barrister Law Journal*, vol. 58, 2002, p. 69-97. Le juge Limparangsri a l'avis favorable à l'application de la *lex mercatoria* au titre subsidiaire pour combler la lacune résultant du droit national applicable. Il pense aussi que la théorie positivisme est inopérante dans ce cas.

433 *Cf.* H. Berman, « The Law of International Commercial Transactions (*Lex mercatoria*) », 2 J. *INT'L DISP RESOL*.235.1988.

434 *Cf.* J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles : Larcier, 2000, p. 19 et s.

souveraineté des États assure la maîtrise virtuelle de tous rapports humains, mais on ne voit pas pourquoi l'existence du droit transnational est niée sur la seule base d'une idée de souveraineté. D'ailleurs la pratique confirme que les États ne sont pas en mesure de « tout » réglementer.

208. Conclusion du Titre. Le principe de l'autonomie de la volonté est assuré aux parties contractantes. Certes, les contractants ont choisi souvent la loi du for mais dans plusieurs cas, au contraire, ils ont opté pour le droit étranger. L'invocation du caractère d'extranéité du litige aussi bien que la charge de preuve de tel droit fait obstacle, en pratique, à son application notamment en Thaïlande, alors que la jurisprudence française devient de plus en plus favorable à l'application de la loi étrangère en soulignant : la distinction entre la disponibilité et l'indisponibilité des droits des parties. En Thaïlande, le texte de loi fait peser la charge de la preuve sur la partie qui a invoqué l'application de la loi étrangère dans toutes les matières sans aucune distinction. La liberté consacrée aux contractants ne s'arrête pas là. On sait qu'en matière du commerce international le choix de règles de droit a-national est également possible. Même pour la Cour de Luxembourg qui admet aussi l'application des Incoterms pour déterminer le lieu d'exécution du contrat selon Bruxelles I. C'est-à-dire que les règles d'origine a-national voire coutumière pourraient éventuellement trouver place dans le cadre du règlement Rome I par l'interprétation de la CJUE.

En l'absence de choix, la recherche de volonté des parties contractantes a été consacrée dans toutes les règles conflictuelles apparues dans les ordres juridiques du droit commun et européen aussi que nous allons le démontrer dans le deuxième titre.

Titre Deuxième

LOI APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX.

209. La liberté de se contracter et de choisir la loi applicable en matière du contrat est admise depuis bien longtemps. Force est de constater que pour déterminer la loi applicable au contrat, dans la plupart des règles de conflit de lois ou même des instruments internationaux portant sur la règle de conflit, la volonté des parties est placée au premier rang de tous les critères.

Nous avons précédemment étudié le principe d'autonomie de la volonté et son rôle remarquable en droit international privé des contrats. Dans la plupart des cas les parties contractantes, pour une raison ou pour autre, n'ont pas désigné la loi applicable au moment de conclure leur contrat. Dans le cas où ni le choix exprès, ni le choix tacite n'a été exprimé, quelle loi doit-on appliquer ? Dans cette hypothèse, il semble qu'une solution subsidiaire est indispensable. En effet il s'agit de la détermination de la loi applicable au cas de l'absence de choix des parties qui donne lieu à des réflexions sur la méthode conflictuelle ainsi que sur des méthodes de rattachement classiques.

210. Lorsque les parties contractantes n'ont pas procédé le choix de la loi applicable au contrat, il appartient alors au juge de la faire en recourant à la règle de conflit de lois. Il en résulte de la règle de conflit bilatérale que la loi désignée par celle-ci peut être la loi autre que celle du for. Mais le problème de non application de la règle de conflit par le juge est souvent arrivé devant les juges thaïs. Dans le chapitre précédent, certains problèmes de la loi étrangère ont été analysés, cependant il convient d'illustrer d'autres problèmes ayant la possibilité de se poser dans ce contexte présent.

211. Les différentes solutions se présentent à travers les deux pôles de méthodes conflictuelles ; d'une part, un rattachement unique retenu comme ayant un caractère impératif, d'autre part, l'adoption de certains rattachements en fonction de l'estimation des intérêts des parties ; c'est la tendance de « la hiérarchisation des rattachements » qui est affirmée en droit international privé contemporain[435]. D'après M. B. Audit[436], il semble que chaque contrat est

---

435 J. Foyer, *Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflit de lois*, Clés pour le siècle, Université Panthéon-Assas Paris II, Paris : Dalloz, 2000, pp. 147-175.

examiné compte tenu de sa propre économie, en raison de l'existence des différentes approches retenues des droits nationaux, telles que : groupement des points de contact (Savigny), centre de gravité, localisation, ou *proper law of contract* qui représente une méthode flexible. Pour la dernière approche, des rattachements stricts comme le lieu de conclusion ou d'exécution font l'objet d'un rejet par la méthode de *proper law*.

212. Force est de constater que la méthode plus objective et plus sophistiquée résulte de l'abandon de certains rattachements traditionnels ; nationalité, lieu de conclusion ou d'exécution du contrat. Il s'agit du principe qui rattache le contrat à un pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, autrement dit les plus significatifs, car ce principe des liens les plus étroits permet de déterminer une loi autre que celle du lieu d'exécution qui rend probablement la difficulté de déterminer ; un contrat peut être exécuté dans plusieurs États. En effet la méthode objective n'est pas révolutionnaire radicalement par rapport au principe d'autonomie de la volonté (subjective), étant donné qu'elle n'a pas créé un nouveau rattachement mais plutôt une nouvelle conception sur la réalisation de rattachements traditionnels, tel que le lieu de conclusion d'un contrat ou le lieu d'exécution d'un contrat.

213. Il est convenable d'étudier la portée de la Convention de Rome de 1980 qui a été adoptée par le Règlement Rome I laquelle présente un système dualiste de la règle de conflit : les deux instruments reposent sur un double pilier, le principe d'autonomie et la règle de conflit à rattachement objectif pour compléter le cas où les parties n'ont pas opéré un choix de la loi applicable au contrat.

Nous étudierons d'abord le recours aux rattachements traditionnels **(Section I)**, puis le principe de liens les plus étroits qui semblent être une clé importante de nos jours pour régler le problème des rattachements traditionnels dans la plupart des systèmes juridiques **(Section II)**.

---

436 B. Audit, *Droit international privé, op.cit.*, p. 663 et s.

Chapitre unique

Section I

Recours aux rattachements traditionnels.

214. Il nous semble indispensable de recourir aux thèses subjectiviste et objectiviste. Les rattachements traditionnels semblent être appréciés bien longtemps en matière de contrat **(§1)**. Cependant lorsque le nouveau critère plus pratiqué a été introduit dans ce domaine en raison de la faiblesse des rattachements traditionnels, on peut expliquer la nécessité de l'abandon de certains rattachements traditionnels **(§2)**.

§1 : Insuffisance relative des rattachements traditionnels.

215. Pour la détermination de la loi qui convient le mieux au contrat, on envisage ici les deux systèmes concurrentiels et chacun entend découvrir la loi propre du contrat. Nous présentons d'abord la réaction des subjectivistes face aux problèmes de l'absence de choix de la loi applicable (A). Puis nous verrons celle des objectivistes (B).

A. L'absence de choix des parties à l'épreuve de la thèse subjectiviste.

216. Lorsque les parties n'ont pas opéré leur choix de la loi applicable, le juge doit découvrir leur volonté. Certes, il n'est pas facile de rechercher la volonté tacite ou présumée, l'interprétation du silence des parties est la tâche très délicate. Il ne serait rien d'inconcevable de rechercher une volonté non seulement implicite mais également hypothétique.

Partant de l'autonomie de la volonté qui possède aussi le terrain dans le cas d'absence de choix, au début du XXe siècle, la volonté des parties fut consacrée comme rattachement principal dans la plupart des pays européens. En France, la Cour de cassation a admis pour la première fois en 1910 dans l'arrêt *American Trading* que « *la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée* »[437]. Pour les partisans de la thèse subjectiviste, la loi du lieu de conclusion du contrat portait déjà en soi la loi d'autonomie. En effet la solution proposée par

[437] Cass. civ. 5 décembre 1910, *American Trading*, *S*.1911.1.129, note Lyon-Caen ; *JDI*.1912.1156 ; *RCDIP*.1911.395.

cette thèse se fonde sur la pensée que ni la loi de la nationalité commune des parties, ni celle du lieu de l'exécution, ni celle du lieu de conclusion n'ont de titre exclusif à régir les contrats internationaux, mais l'une d'elles a un tel effet en raison de la volonté des contractants qui permet de dire qu'une telle loi convient le mieux au contrat. Selon cette thèse le rôle du juge semble être modéré car l'opportunité d'apprécier quelle est la loi la plus apte au contrat est relativement diminuée.

Cependant la soumission d'un contrat à la loi du lieu de conclusion entend aussi les exceptions : soit les parties expriment leur volonté autrement ; soit il en résulte d'un ensemble de présomptions ordonnées qu'elles avaient entendu que leur contrat fut soumis à une autre loi[438]. Au lieu de justifier l'application d'une loi donnée par l'idée de soumission volontaire, la volonté des parties pouvait s'exprimer directement sur la question de la loi applicable. On constate que la volonté des parties fut reconnue à ce stade comme le principe de rattachement du contrat à une loi ce que nous avons vu déjà.

217. En Thaïlande, depuis 1938, la loi relative au conflit de lois a adopté l'autonomie de la volonté des contractants comme le premier rattachement qui devrait être prise en considération. Par ailleurs, à défaut de manifestation de volonté expresse, le droit international privé thaï impose de rechercher « *l'intention implicite* » des parties[439]. Les frontières entre la volonté explicite et la volonté présumée sont délicates à tracer et il peut conduire à opposer la loi choisie à celle qui est déterminée par le juge à l'égard de la situation. Citons par exemple une décision de la Cour allemande qui a estimé que « *la* ***volonté*** *dite* ***hypothétique signifie l'appréciation objective par les juges de la situation****, appréciation qui, à la différence de celle de la volonté réelle, relève de sa censure* »[440]. Reste à savoir si le juge doit conformer la volonté des parties, soit chercher à faire apparaître si elles ne l'ont pas exprimé expressément. Lorsque l'on demande la réaction des systèmes subjectivistes en cas de l'absence de volonté explicite des partie, la réponse peut être dans le sens qu'il faut rechercher la volonté implicite des parties, mais toujours à l'aide des éléments du contrat.

---

438 J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris : Economica, 1983, préf. J.-M. Bischoff, p. 181.

439 L'article 13 de la Loi relatif au conflit de lois B.E. 2481 มาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย " (...) ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ (...) "

440 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, *RCDIP*.1972.621, note Mezger.

Certain partisan de théorie subjectiviste et de la recherche de volonté hypothétique, M. J. Cohn, a contesté la décision du *Bundesgerichthof*. Il relève que cette juridiction était en faveur de la méthode de rechercher la prestation caractéristique du contrat dans une affaire où elle a appliqué la loi allemande au contrat. Il s'agissait, en l'espèce, d'un contrat par lequel une société anglaise concédait à une maison allemande d'édition le droit d'exploiter en Allemagne la traduction d'une œuvre anglaise. Cette exécution en Allemagne a été considérée comme le lieu de la prestation caractéristique du contrat par la méthode de localisation. Cet auteur a même reproché au juge de retenir un caractère du contrat comme décisif au lieu de se fonder sur la considération de l'ensemble de circonstances tel que le contrat avait été conclu en anglais, les paiements ayant été faits en monnaie anglaise et contenait des termes juridiques anglais. Il admet que l'intention hypothétique des parties n'est pas facile à démêler, mais les juges devraient la déterminer en appliquant les règles du bon sens et non pas uniquement les règles de droit[441]. A notre avis, les juges du fond ont envisagé en l'espèce le problème de l'interprétation de la volonté des parties laquelle est nécessaire de prendre en compte tous les éléments de faits pouvant donner la conclusion objective au juge.

218. La question peut se poser si les indices d'une volonté implicite n'avaient-ils pas montré des révélateurs égaux à une localisation objective du contrat ? La thèse **subjectiviste modérée** est soutenue par M. P. Mayer afin d'attacher la subjectiviste à la réalité. Il a montré que, dans la théorie subjectiviste, la loi n'est pas incorporée dans le contrat, en revanche c'est le contrat qui doit être soumis à la loi ; la volonté des parties ne joue qu'un rôle de déterminer à quelle loi le contrat doit être soumis[442]. Par ailleurs, il faut observer qu'une fois que les parties ont procédé au choix de la loi applicable au contrat, ce choix se présente presque toujours un lien entre l'économie du contrat et la loi en cause[443]. L'admission de cette thèse nous conduit à envisager toujours la tâche de reconstituer l'intention des contractants ce qui

---

441 E. J. Cohn, « The Objective Practice on the Proper Law of Contracts », *op.cit.*, p. 373-391.

442 P. Mayer, *Droit international privé*, 10e éd., Paris : Montchrestien, 2010, n° 698. Cet auteur défend à l'objection de MM. Von Bar et Pillet selon laquelle un accord de volonté n'a la juridicité que si une loi en attache une. Qu'un accord de choisir la loi applicable soit efficace parce que la règle de conflit le prévoit e.g. l'article 3 du Règlement Rome I selon lequel « le contrat est régi par la loi choisie par les parties » ; l'article 13 de la loi thaïe de 1938 relative au conflit de lois va dans le même sens. C'est-à-dire que le choix porte directement sur la loi lequel conforme au subjectivisme et en même temps le contrat est régi par la loi dont la volonté des parties n'est pas toute-puissante. Une autre objection est un souci de la faculté des parties de soustraire les dispositions impératives qui les gêne en chosant la loi étrangère applicable même si la nature du contrat est purement interne.

443 Ph. Kahn, note sous Cass. 1er civ., 29 juin 1971, *Banque commerciale africaine*, *JDI*.1972.51, spéc. p. 54.

est bien hypothétique. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'un procédé objectif pour rechercher la loi du contrat, c'est en fait de le localiser.

219. L'indice privilégié de la localisation du contrat sous contrôle du juge. La règle de conflit de lois utilise toujours le principe d'autonomie comme critère de rattachement. Cependant lorsque la loi choisie par les parties apparait manifestement contraire à l'économie de l'opération et porte atteinte à une loi qui est objectivement proche, la loi désignée pourrait être écartée par le juge au profit de la loi objectivement proche[444]. C'est-à-dire que la loi désignée par les parties devient un indice privilégié de la localisation du contrat, mais cet indice doit être opéré sous le contrôle du juge. Prenons un arrêt célèbre, *American Trading*[445], la Cour de cassation 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 pour la première fois. Mais, on ne peut pas dire que cette décision concerne totalement la volonté des parties, car la méthode employée par le Cour présentait aussi la localisation. Car on peut constater que la Cour a également appuyé sur le fait que « la clause devait être exécutée sur le territoire français ».

Jusque là, force est de constater qu'en l'absence de choix par les contractants de la loi applicable, l'autonomie de la volonté des parties est un rattachement souple mais important et indispensable à tenir compte par le juge afin de rechercher la loi applicable au contrat. En droit international privé thaï, la règle d'autonomie se présente en premier rang parmi d'autres critères de déterminer la loi applicable[446]. Cependant il faut admettre que, dans certaines situations, même la volonté implicite des parties ne peut pas être trouvée. Comme l'affirma M. Jacquet[447] que ceci présente la lacune qui constitue une faiblesse grave de la thèse subjectiviste. Là aussi, il nous convient de citer un formule d'origine germanique dite « la volonté hypothétique » ainsi : « *lorsque l'interprétation du contrat ne révèle pas une volonté concordante des parties, il appartient au juge de rechercher ce que les parties auraient, eu*

---

444 H. Batiffol, *Traité*…, n°573, p. 268 et s.

445 L'arrêt précité.

446 L'article 13 de la loi de 1938 relative au conflit de lois.

447 J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op.cit.*, p. 184.

égard aux circonstances, raisonnablement voulu si la question avait été posée »[448]. L'article 13 de la Loi de 1938 relative au conflit de lois thaïe a admis cette thèse. En effet M. Lewald a accepté que la volonté des contractants ne constitue que le revêtement d'une solution à laquelle le juge aboutit à une analyse objective des circonstances de la cause[449]. C'est ce que l'on étudiera par la suite.

B. L'absence de choix des parties à l'épreuve de la thèse objectiviste.

220. La critique objectiviste objecte la solution en cas de l'absence de volonté explicite dont la recherche de volonté implicite des contractants est artificielle. Puisque 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[450]. La volonté implicite - ou même explicite – des parties se présente comme un élément psychologique que le juge devrait démêler avec attention. On est d'accord que psychologie ne signifie pas arbitraire mais la désignation opérée par le juge doit être aussi indicative du centre de gravité du contrat. Car en l'absence de choix des parties, la reconstitution de la volonté qu'elles auraient dû exprimer est hypothétique devant la divergence de leurs intérêts. On observe qu'en réalité le juge procède à une localisation objective du contrat et d'ailleurs il ne recherche pas la loi applicable dans une prétendue volonté tacite ou présumée des parties. Autrement dit c'est en effet la localisation objective du contrat sous abri de la recherche de volonté implicite. 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*[451] ».

Rappelons que la conception de localisation objective, principalement présentée par Batiffol[452], a commencé par la constatation de l'attitude du juge en cas de l'absence de choix des parties. Par ailleurs, comme souligne le même auteur, il est difficile de découvrir une

---

448 H. Lewald, « Les obligation en droit international privé allemand », Répertoire Lapradelle-Niboyet, t.10, 1931, p. 74.

449 V. en même sens, H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956 (réédité par Y. Lequette, Dalloz, 2002), p. 2465 et s.

450 *Contra*. 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.

451 H. Batiffol, *Droit international privé*, Paris : LGDJ, 1983, t.II, n° 571, p. 265.

452 H. Batiffol, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la Jurisprudence française », *in Festschrift H. Lewald*, 1953 ; *Traité de droit international privé*, 5e éd., n° 572.

règle appropriée à la variété des contrats internationaux, en raison de leur nature spécifique de tels contrats, il est vrai que ceux-ci se présentent « *les structures beaucoup trop variées, beaucoup trop différentes pour qu'une solution rigide soit applicable*[453] ».

Prenons la soumission du contrat à la loi du lieu de conclusion comme un exemple, on trouve qu'elle a été justifiée non pas en raison des mérites propres de ce lieu mais par la présomption que les parties avaient entendu que leur contrat fut régi par la loi du lieu où il avait été conclu, tel est le cas de l'article 13 de la règle de conflit de lois thaïe. On trouve que la loi applicable se déduit de l'ensemble des éléments du contrat et non pas la désignation des parties. C'est ce que représente la thèse objectiviste. Mais la localisation est différente de l'objectivisme pur dans la mesure où elle tient compte de la volonté éventuellement exprimée par les contractants sur la loi applicable comme un élément de localisation[454].

221. La théorie objectiviste de la localisation présente par ailleurs une supériorité remarquable dans les hypothèses où les contractants 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.[455] 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 en 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 loi du contrat, car à l'époque il n'y avait qu'une seule loi monétaire en vigueur ; les parties ne pouvaient pas songer à une loi plutôt qu'à une autre afin de faire la manipulation financière[456]. Dans ce cas, pour savoir quelle loi était la loi applicable, il fallait tout de même localiser le contrat. En effet on sait que les éléments de localisation ne faisaient pas défaut. Pour la localisation métropolitaine à l'époque le juge devait retenir que le contrat avait été conclu en France

---

453 Le débat a opposé à ce sujet le lieu de conclusion au lieu d'exécution.

454 Il en va de même pour les clauses de choix exprès, malgré leurs termes, elles ont à interpréter comme la volonté de localisation du contrat. Selon cette thèse, la clause de choix n'est que l'élément à aider de localiser du contrat.

455 CA Aix, 13 juillet 1948, *Francs C.F.A.*, *RCDIP*.1949.332., note Batiffol et Dehove.

456 Ph. Kahn, note sous Cass. 1er civ., 29 juin 1971, *Banque commerciale africaine, op.cit.*, p. 52.

métropolitaine entre les deux sociétés qui avaient leurs sièges dans la métropole. Pourtant, la question peut se demander s'il s'agissait de la vente d'un immeuble situé en Afrique.

La Cour d'appel a estimé que le contrat se localisait en Afrique 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 a estimé que les parties ont voulu conclure une affaire africaine et que la loi régit au paiement du prix était la loi en antérieurement vigueur en Afrique au moment de la passation du contrat, par conséquent l'acquéreur devait régler l'achat en francs C.F.A.[457]. 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* »[458].

Par ailleurs, le changement de souveraineté peut aussi entraîner le problème de détermination de la loi applicable au contrat, si on admet que le contrat est localisé sur le territoire concerné c'est-à-dire la souveraineté nouvelle et non de la volonté des parties. Le problème peut aussi se poser, à titre d'exemple le cas de l'Algérie dans les années 70[459], dans le cas où des contrats conclus avant l'institution de l'unité monétaire du dinar et que ces contrats étaient stipulés en « francs » sans préciser dans des dispositions du contrat la loi qui devait être applicable : française ou algérienne ? Dans la mesure où la détermination de la monnaie de compte dépendait de la loi du contrat, il est nécessaire de rechercher si le contrat conclu après l'accession à l'indépendance sera soumis à quel droit : droit algérien ou droit français ? A ce stade, on trouve que la théorie de la localisation permettait de déterminer un centre de gravité du contrat dont il ne saurait être dépourvu, du moins on sait que le contrat était localisé en Algérie, alors que la recherche de l'intention des parties pouvaient être échouées car elles n'avaient eu aucune intention quant à la loi applicable et certes, elle n'avaient pas pu prévoir sur le problème de manipulation financière. Et la seule monnaie en vigueur à l'époque était le franc.

222. Lorsque le juge a localisé le contrat en tenant compte du lien avec la souveraineté nouvelle, il n'est pas interdit aux parties de soutenir que leur contrat soit placé sous l'empire

---

457 H. Batiffol, « Problèmes des contrats privés internationaux », *Cours I.H.E.I.*, 1961-1962, *fasc*. 2, p. 68-69.

458 Cass. 1ère civ. 24 avril 1952, *Francs C.F.A.*, *RCDIP*.1952.502., note H. Motulsky ; *S.* 1952.1.185, note Batiffol.

459 *Cf.* CA Aix, 2 décembre 1965, *JDI*.1966.108, note Bredin.

du système ancien. Car l'attitude des parties postérieurement à l'indépendance, par exemple un maintien ou un transfert de leur résidence, pourrait aider le juge à en déduire leur volonté de se placer sous le régime antérieurement en vigueur[460]. De surcroît, dans certaines hypothèses, le contrat conclu avant et après l'accession à l'indépendance peut soumettre à la même loi en raison du caractère primitif et secondaire des contrats ; par exemple le contrat ayant été passé en Algérie entre les parties postérieurement de l'indépendance mais qui a suivi le contrat conclu antérieurement de l'indépendance, le second contrat est régi par la même loi (française) que le premier en tant que la suite du premier contrat. Il ne semble pas logique de soumettre les deux contrats en tenant compte du lieu de la conclusion du contrat (le contrat primitif-loi française, le contrat secondaire-loi algérienne), dès lors la méthode de localisation par le lieu de passation du contrat n'est pas apte à appliquer dans ce cas[461].

Pourtant comme nous avons cité plus haut que la localisation objective implique aussi la recherche de volonté implicite des parties, car on peut constater que la Cour de cassation depuis les années 60 avait commencé de ne reprendre pas la distinction entre le cas où la volonté des parties avait exprimé et d'autres cas. L'arrêt du 29 juin 1971, le terme formulé par la Cour de cassation est ainsi : « *(...) 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 l'on entend « les circonstances qui déterminent la localisation d'un contrat » que celles-ci incluent aussi la volonté des parties. Il en résulte que l'interprétation souveraine du juge de ces circonstances entraîne la localisation de l'ensemble des éléments autant significatifs lequel peut rattacher le contrat à une structure spatiale que la simple recherche de la volonté des contractants.

223. Enfin il reste à savoir si la théorie de localisation peut rendre mieux compte des solutions que la théorie subjectiviste. Certes, rien n'indique que la dernière en tant que méthode fondamentale doive être abandonnée, mais en admettant que seule la volonté des parties ne puisse être un véritable critère de rattachement en matière de contrat international, les deux méthodes viennent compléter l'une pour l'autre. En même temps on ne peut nier que le mécanisme de la localisation est un seul moyen adéquat à rattacher le contrat à la loi qui lui convient et qui notamment présente un lien véritable et fort à la situation. Comme l'on a vu sa

---

460 H. Batiffol, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 573, p. 266 et s.

461 *Cf.* Ph. Kahn, note sous Cass. 1er civ., 29 juin 1971, préc. *supra* note n° 456.

technique supérieure de régler le problème dans l'affaire C.F.A., alors que le subjectivisme ne l'a pas pu dans plusieurs cas.

L'objection formulée par les adversaires de la thèse de localisation objective se fonde sur l'argument selon lequel cette thèse présente de l'inconvénient majeur : l'arbitraire du juge. Car la détermination de la loi applicable en tenant compte des circonstances de l'espèce est imprévisible. Dans ce cas, la solution trouvée est que la règle de conflit dispose des rattachements prédéterminés qui représentent dans tous les cas l'élément plus significatif. En droit thaï, la loi ne dispose pas des rattachements prédéterminés alors les juges doivent prudemment motiver en quoi le lieu de conclusion était déterminant. A part le choix entre le lieu de conclusion et d'exécution du contrat, on prend également en compte la nationalité commune des contractants. En acceptant que ces critères soient usuels à l'époque, on verra par la suite qu'ils ne sont ni flexibles, ni pertinents à l'heure actuelle.

§2 : La recherche nécessaire de nouveaux aspects de rattachements.

224. La complexité juridique du mécanisme de la règle de conflit de lois peut être un obstacle du commerce international. Car les règles conflictuelles constituent certains éléments qui rendent l'insécurité juridique aux contrats commerciaux internationaux tels que le renvoi.

On sait qu'avant l'époque de la Convention de Rome de 1980, certaines législations européennes ont retenu les critères de la nationalité commune, le lieu de conclusion du contrat à titre subsidiaire du principe d'autonomie de la volonté. Afin d'éliminer cet inconvénient et de renforcer la sécurité juridique dans ce domaine, les législateurs avaient rédigé un mécanisme qui peut répondre à tels besoins, et d'uniformiser les règles de conflit nationales ; c'était la Convention de Rome de 1980. Cet instrument international était en jeu pendant de longue période, pourtant son mécanisme utilisé était critiqué. Il semble que cette convention n'était pas assez efficace pour régler le problème de l'insécurité juridique, car le juge devrait déterminer à titre subsidiaire dans la plupart des cas les liens les plus étroits. Là aussi, un manquement de prévisibilité paraît très clair. Un autre instrument a été rédigé et adopté pour régler ces problèmes, c'est le Règlement CE n°593/2008. Cette fois ci les rattachements de liens les plus étroits ont été déterminés et fixés nettement. Les contractants peuvent connaître par avance la loi qui sera régie à leur contrat en cas de l'absence de choix de la loi applicable.

225. On peut considérer que certains rattachements rigides ne sont plus convenables en matière du contrat international. Dès lors, la Convention de Rome de 1980 et le Règlement

Rome I les ont abandonnés (A) en proposant un critère des liens les plus étroits qui énonce un principe commun à tous les contrats en tenant compte de la spécificité de certains (B).

A. L'abandon de certains rattachements traditionnels.

1) La nationalité commune (*lex patriae*).

226. La nationalité se trouve son origine de rattachement du statut personnel. En général, elle joue un rôle très remarquable en raison des conséquences de droit public qu'elle entraîne, et la preuve de la nationalité est normalement réglementée de manière plus précise que d'autres critères. La nationalité se traduit aussi des conceptions sociales fondamentales souvent d'origine religieuse. Cependant le rattachement du statut personnel à la loi nationale présente d'inconvénients d'ordre politique vis-à-vis du pays d'accueil. Il se traduit souvent par une application de lois étrangères qui sont parfois difficiles à connaître et à appliquer fidèlement.

227. Le rattachement de nationalité à l'égard de matière contractuelle. En effet la loi de la nationalité commune des parties est plus apte à l'égard du législateur car c'est une loi que les cocontractants sont censés connaître ou à laquelle ils ont accordé leur confiance. Certes, de ce point de vu, il est facile de l'appliquer. (A défaut de choix de la loi d'autonomie, c'est la loi de la nationalité commune qui prévaut en tant que loi la plus proche des parties contractantes !). Pour cette raison, avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la France, la Belgique laissaient au juge de procéder à la localisation objective du contrat afin de découvrir son centre de gravité. Le facteur de nationalité commune est reconnu lorsque les parties ont la même nationalité. On retrouve aussi la même hypothèse dans l'article 42 du Code civil portugais et l'article 10 du titre préliminaire du Code civil espagnol. Pourtant, citons l'avis de M. Goldman selon lequel la nationalité commune n'est le plus souvent qu'un facteur relativement secondaire de rattachement économique comme de localisation juridique des contrats internationaux[462].

228. Le droit international privé thaï préserve toujours ces rattachements traditionnels dans un ordre hiérarchisé. Selon l'article 13 de la loi de 1938 la nationalité commune des parties est prioritaire à défaut du choix de la loi applicable par les parties. Le problème d'appliquer le

[462] B. Goldman, *JDI*.1960.144.

rattachement de nationalité commune révèle qu'il est obligé tout d'abord de rechercher la nationalité des parties. La difficulté se présente dans le cas où l'une des parties est la compagnie étrangère ou *Transnational Corporation* située en Thaïlande, car la Thaïlande n'a pas le droit interne pour déterminer la nationalité de personne morale de droit privé. En effet la question est plutôt entrée dans le terrain de droit public interne, ce qui n'est pas notre objet d'étude ; nous voulons démontrer que lorsque la loi thaïe attache toujours à ce critère, la nécessité de détermination la nationalité de personne morale est toujours indispensable pour le juge afin d'appliquer l'article 13 de règle de conflit de lois.

229. Normalement les États n'ont pas le droit écrit sur la nationalité de personne morale, en revanche, ils fixent les indices pour déterminer la nationalité en droit écrit. Dès lors, pour savoir si une telle personne morale a nationalité thaïe ou non, le juge devrait prendre en compte les critères généraux retenus par la majorité des États. Il existe trois critères de rattachement que le juge puisse tenir compte pour déterminer la nationalité d'une personne morale : l'administration centrale (le siège social réel)[463] ; la loi de constitution de personne morale (le siège social de l'incorporation)[464] ; et la personnalité des associés (la nationalité majoritaire des dirigeants ou des actionnaires). Chaque État utilise les critères différents, certains États tiennent compte d'un seul critère alors que deux critères doivent être pris en considération pour les autres, par exemple les pays *common law* et les pays de droit civil.

La doctrine thaïe est variée sur ce sujet mais la jurisprudence[465] a bien fondé les critères de déterminer la nationalité de personne morale. C'est-à-dire que, lorsque la Cour thaïe doit examiner la nationalité de personne morale, elle utilise le critère de lieu de

---

463 Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 1984, p. 114-115 ; P. Chunha-Urai, *Droit international privé*, Bangkok : Nitibanakarn, 1977, p. 123-128. Pour déterminer la nationalité de personnes morales, les auteurs ont cité les dispositions de l'article 7 de la loi relative au conflit B.E. 2481 (1938) qui stipule ainsi : « le cas où une personne morale a plusieurs nationalités, la nationalité de ladite personne morale est celle du pays où se trouve son siège social. Malgré l'avis contraire qui oppose que cet article doit être appliqué uniquement dans le cas des conflits de nationalités de personnes morales, ces auteurs ont affirmé qu'il faut tenir compte de la rigueur de ces dispositions. Ce constat permet alors de conclure qu'une telle ou telle personne morale devrait avoir le siège social réel en Thaïlande pour qu'elle ait la nationalité thaïlandaise.

464 Luang Pradit Manoo Tham (Pridi Phanomyong), *Droit international privé*, Bangkok : Aksornniti, 1931, p. 139 ; S. Attakorn et A. Patyangkul, *Droit international privé*, Bangkok : Akesil Printing, 1963, p. 3-4. Les auteurs ont affirmé que la nationalité de personnes morales doit être considérée en application le critère du lieu de siège social de l'incorporation, car l'État ne peut pas et ne doit pas refuser d'octroyer la nationalité à une personne morale qui a été enregistrée ou constituée en vertu de ses lois. Les juristes thaïs se conforment à cette hypothèse.

465 Cour suprême *Dika* n° 1318/2513 (1970) ; n° 3401/2529 (1986) ; n° 2466/2532 (1989) ; n° 2768/2532 (1989).

constitution de personne morale pour déterminer sa nationalité (*Incorporated Theory*). Pourtant, lorsqu'une personne morale se présente plusieurs points de rattachement avec plusieurs pays, pour déterminer la nationalité de personnes morales, les auteurs ont cité les dispositions de l'article 7 de la loi relative au conflit de lois B.E. 2481 (1938)[466] : « *En cas de conflits de nationalités d'une personne morale, la nationalité de cette personne morale est celle du pays où se trouve son siège social* ». Ce constat permet alors de conclure qu'une telle ou telle personne morale devrait avoir le siège social réel en Thaïlande pour qu'elle ait la nationalité thaïlandaise.

De surcroît, il faut rappeler qu'une certaine personne morale peut avoir la nationalité thaïe selon le droit général, et peut avoir en revanche la nationalité étrangère dans certaine circonstance d'après la loi spéciale[467] (v. *infra* n° 470).

2) La *lex loci contractus.*

230. A l'époque ce rattachement traditionnel a été retenu par plusieurs pays européens. Lorsqu'une expression de la volonté des parties fait défaut et surtout, à défaut de nationalité commune des parties. En soumettant un contrat à la loi du lieu de passation, il présente certains inconvénients, comme le caractère fortuit, incertain et même accidentel d'une part, et d'autre part, l'impossibilité de déterminer la loi applicable aux contrats conclus par correspondance ou par des moyens électroniques en particulier par l'internet. On peut dire que la compétence de la loi du lieu de conclusion du contrat s'est révélée incompatible avec la variété des situations concrètes[468]. Par ailleurs le lieu de conclusion du contrat est souvent purement accidentel par rapport à la localisation des intérêts permanents des parties. A titre d'exemple, le cas où les représentants des contractants se rencontrent en un lieu distinct des établissements des parties. De surcroît, ce rattachement se prête à une fraude qui consisterait à passer le contrat en un lieu choisi uniquement pour bénéficier des dispositions de la loi correspondant au détriment des lois plus proches et impératives du contrat[469].

---

466 K. Sandhikshetrin, *Droit international privé*, Bangkok : Nitibanakarn, 1996, p. 132-135.

467 P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, *Droit international privé*, Bangkok : Winyuchon, 2003, p. 267.

468 H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op.cit.*, p. 246.

469 B. Audit, *Droit international privé, op.cit.*, n° 177, p. 150.

231. En effet l'abandon du lieu de conclusion du contrat comme la solution principale semble adéquate en raison de son caractère trop souvent fortuit par rapport à un contrat comme nous venons de citer. Dès lors, les instruments internationaux sur la règle de conflit et le droit international privé contemporain ne mettent plus l'accent sur le lieu de conclusion du contrat comme rattachement. Cependant l'article 13 de la loi thaïe précitée retient toujours ce rattachement rigide ; en l'absence du choix exprès des parties, lorsque leur volonté n'a pas pu être trouvée, à défaut de leur nationalité commune, c'est le jeu de la loi du lieu de la conclusion du contrat.

3) La *lex loci solutionis*.

232. A l'époque, elle était retenue comme un rattachement par le droit international privé allemand, les pays scandinaves et la Suisse. Alors qu'en France la jurisprudence ne tenait compte du lieu d'exécution du contrat que lorsqu'il coïncidait avec le lieu d'exécution. 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 : l'impossibilité de déterminer une seule loi applicable au cas où le contrat devra être exécuté dans plusieurs pays. 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. Il est plus compliqué, lorsque l'obligation de paiement est l'obligation litigieuse mais elle n'est pas en général la prestation caractéristique du contrat et le lieu d'exécution du paiement est souvent différent du lieu de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Ces pays ont finalement rejeté cette solution critiquée.

C'est la raison pour laquelle les rédacteurs de la Convention de Rome 1980 et le Règlement Rome I avaient fait efforts d'éliminer 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.

B. Le bien-fondé de rattachement de l'autonomie de la volonté en droit thaï.

233. La plupart des États retient toujours la nationalité ou le domicile en tant que rattachement de base de règle de conflit de lois en matière d'état et de capacité des personnes.

En raison de la pertinence du statut avec la nationalité ou l'intégration effective à un milieu social donné avec le domicile. En matière du contrat, *a priori*, dans plusieurs pays, certains rattachements ont été éliminés puisqu'ils ne sont plus adéquats à appliquer aux contrats internationaux de nos jours. Cependant il existe un principe général du contrat que l'on ne peut pas éliminer notamment à l'époque contemporaine, c'est la liberté contractuelle dont nous avons déjà étudié le rôle considérable. Dès lors, le rattachement volontariste a bien fondé dans la règle de conflit de lois thaïe même en cas de l'absence de choix de loi applicable par les contractants. Car la Cour devra procéder tout d'abord à la recherche de volonté implicite des parties, comme nous l'avons cité plus haut. Par contre, la Convention de Rome du 19 juin 1980 donne l'importance au lieu avec lequel le contrat présente un lien effectif indépendamment de la loi propre du contrat choisie par les contractants. Ce que nous allons voir par la suite.

234. La recherche de la volonté implicite des parties en cas de l'absence de choix n'est pas la tâche aisée. Le juge thaï ne peut éviter ce procès car celle-ci n'est pas facultative. Il faut en tout état de cause examiner l'intention des parties. Normalement le juge devrait prendre en considération plusieurs éléments tels que l'économie du contrat ; le langage du contrat ; la monnaie du paiement. La recherche de volonté implicite selon l'article 13 de la loi thaïe n'est pas facile car la doctrine et les écrits juridiques sur ce sujet ne sont pas assez avancés pour donner la lumière aux juges. Avec tout le respect vers la Cour, un certain jugement critiquable sur ce sujet lequel le Tribunal du travail a fait des erreurs et mal raisonné dans sa décision n° 3223/2525[470]. En l'espèce, les parties contractantes ont conclu un contrat à Singapore, l'une des parties a fait la rupture du contrat en Thaïlande, en l'absence de choix de la loi applicable au contrat le Tribunal du travail a estimé que le contrat a été passé au Singapore donc la loi Singapourienne était applicable au litige. En effet le juge aurait dû appliquer d'abord l'autonomie de la volonté des parties en démêlant la volonté implicite, et non pas appliquer la loi du lieu de conclusion du contrat en premier ordre. Par ailleurs lorsqu'on tient compte des stipulations de l'article 13[471], suite à la recherche de la volonté implicite, c'est la nationalité

470 Tribunal du travail, n° 3223/2525 (1982), *Fred Lee Kenner c/ Parker Drealing Co. Ltd.*

471 L'article 13 al. 1er dispose ainsi : « Le problème de la loi applicable à l'essentiel du contrat ou au résultat du contrat, il faut trancher le litige conformément à la volonté des parties ; lorsque la volonté explicite ou implicite ne peuvent pas être démêlées, si les parties ont de nationalité commune, la loi nationale des parties sera applicable, à défaut de la nationalité commune des parties, la loi du lieu de la conclusion du contrat sera applicable ». มาตรา ๑๓ วรรคแรก แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ บัญญัติว่า " ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใด

commune des parties, le second rattachement qui devra jouer le rôle à défaut de la volonté implicite des parties… Est-ce que le juge a pris une décision en ce sens en tenant compte du lieu de conclusion du contrat comme un élément pour rechercher la volonté implicite des parties ? Autrement dit, si les contractants ont passé leur contrat à Singapore, il faut présumer qu'ils voulaient que la loi singapourienne soit applicable.

Le pourvoi a été formé contre la décision du Tribunal du travail devant la Cour suprême *Dika*, à ce stade, elle a distingué les différends en deux points : l'une est le différend sur la protection des travailleurs qui relève du droit public et l'autre consiste au contrat du travail qui est régi par le CCC. Elle a décidé que : « *Vu que les personnes qui résident dans le royaume thaï doivent se soumettre à sa loi, tant le droit public que le droit privé, quoique le contrat soit conclu à l'étranger, la loi thaïe est applicable sans tenir compte de la volonté des partie* »[472]. Il semble que la Cour suprême a ignoré l'application de la règle de conflit de lois et par ailleurs elle a raisonné qu' « *il n'est pas à bon droit d'examiner une plainte séparément en deux litiges et d'appliquer le droit thaï uniquement au problème de la protection des travailleurs en recourant à l'application de la loi étrangère au contrat de travail* » et « *même si le contrat a été signé à Singapore, c'est la loi thaïe qui est applicable au litige* ». Au vu de cette décision, on peut comprendre que le litige a été tranché au regard de la protection des travailleurs qui relève du droit public interne[473]. A vrai dire, la Cour en l'espèce aurait dû motiver son jugement en concluant que le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui sera applicable à défaut de choix (la loi thaï), mais le juge devait démontrer le caractère impératif des dispositions du droit de travail.

235. Quant au sujet du contrat de travail qui est hors du régime de droit impératif, la Cour suprême a estimé que « *le contrat avait été conclu à Singapore, mais entendu que la rupture de contrat a eu lieu en Thaïlande, en l'absence de volonté explicite (aucune preuve) et implicite (aucune circonstance) des contractants sur la loi applicable au contrat ; seule la*

บังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น "

472 Cour suprême *Dika*, n° 3223/2525 (1982), *Fred Lee Kenner c/ Parker Drealing Co. Ltd.*

473 En Thaïlande, seules les dispositions sur le contrat du travail et le paiement de salaire sont stipulés dans le CCC, alors que le reste tels que la protection des travailleurs, l'heure du travail, le pénalty, a été stipulé en forme de lois spéciales.

parole du témoin de défendeur prise en compte par le Tribunal du travail n'était pas la preuve suffisante de la volonté des parties ; vu que les deux parties étaient de nationalité américaine, qu'il faut appliquer la loi américaine selon l'article 13 1er al. de la loi relative au conflit de lois (...) ». La Cour suprême avait tranché ce problème en tant que litige de droit privé en faisant référence à l'article 13 ; elle a admis le jeu de la volonté des parties aussi bien explicite qu'implicite.

236. Une autre décision que la Cour a eu l'occasion de trancher par la solution subjectiviste. C'est la décision n° 1645/2538 en 1995, en l'occurrence il s'agit du contrat charte-partie d'un navire ; les parties ont choisi dans le contrat de régler leurs différends par l'arbitrage à Londres en l'absence de choix de la loi applicable au contrat d'arbitrage. La Cour suprême a estimé en recherchant la volonté implicite des parties selon l'article 13 de la loi de 1938 ainsi : « *Dans la convention d'arbitrage, les parties ont exprimé explicitement que la procédure d'arbitrage aura lieu à Londres, bien qu'elles n'aient pas choisi la loi applicable, la Cour peut démêler leur volonté dans le sens qu'elles voudraient appliquer la loi anglaise de l'arbitrage à leur contrat* »[474]. En effet, la méthode de recherche la volonté des parties comme celle de subjectiviste modérée ou bien la localisation objective en utilisant la volonté éventuellement exprimée comme un élément de localisation.

237. D'après la théorie de localisation objective, en l'absence de volonté implicite des parties, le juge n'a pas à rechercher cette volonté inexistante mais il lui incombe de relever les indices effectives de localisation du contrat. A savoir que ces indices ne peuvent faire défaut car les parties ont une nationalité, un domicile, le contrat a un lieu de conclusion, un lieu d'exécution. Si l'un de ces éléments fait défaut ou mal adapté tel que le contrat est exécuté dans plusieurs pays, les autres pourront le suppléer[475]. Par ailleurs la localisation manifeste un moyen plus concret et adéquat à régler les problèmes en matière contractuelle. On peut dire que la théorie du Doyen Batiffol a fait preuve de concilier entre la thèse objectiviste et subjectiviste.

Certes, la solution retenue par la règle thaïe de conflit de lois présente les difficultés pour les juges à démêler la loi applicable. On peut envisager le cas où les juges ont démêlé la

---

474 Cour suprême *Dika*, n° 1645/2538 (1995).

475 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.

volonté implicite en faisant référence au lieu de conclusion ou celui d'exécution. Enfin, pour éviter les incertitudes sur la détermination de la loi applicable, il paraît plus logique d'éliminer la recherche de la volonté implicite des parties qui empêcherait l'application du rattachement légal subsidiaire. Alors, ne serait-ce pas le temps de réformer la loi sur les règles de conflit de lois thaïe ?

Section II

Vocation concurrentielle des liens les plus étroits.

238. La Convention de Rome de 1980 et le Règlement Rome I 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, stipulées dans les paragraphes 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 comme le règlement Rome I (art. 4 § 3 et art. 4 § 4), ces deux instruments constituent la clause d'exception dans leurs dispositions. Cette clause permet à écarter les rattachements rigides et conduire à appliquer la loi qui présente les liens les plus étroits au contrat. Cette loi risque-t-elle d'amener certaines incertitudes ? Si la réponse est positive, pour quelle raison le nouveau règlement retient cette possibilité dans sa disposition ? Quelle est l'interprétation de la CJUE sur ce point ? C'est ce qu'on verra par la suite. Nous verrons d'abord l'admission du principe des liens les plus étroits **(§1)**, ensuite on verra la détermination de notion des liens les plus étroits **(§2)**.

§1 : L'admission du principe des liens les plus étroits.

A. Le principe de proximité dans les nouveaux rattachements.

1) Présentation de l'argument.

239. Le droit international privé français avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980 était défini par la méthode de localisation consacrée par l'arrêt *Sté. Fourures*

Renel[476] en 1959 selon lequel le juge a affirmé la loi d'autonomie « *...à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de la rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause* (thèse subjective) » pour déterminer la volonté implicite des parties grâce aux éléments du contrat (thèse objective). Même si la jurisprudence française a abandonné un rattachement abstrait et la localisation du contrat par les juges reste toujours subjective, mais la plupart des conventions internationales ont été inspirées par cette conception dualiste.

240. La Cour de cassation a eu de la chance de réaffirmer le même principe dans l'arrêt *Mercator Press*[477] en 1980. Il s'agit d'un salarié français travaillant dans une société belge dont le contrat s'exécute à Lille. Ce salarié avait été licencié. Le conseil de prud'hommes de Lille lui avait accordé les indemnités mais le jeu de la règle de conflit de lois n'apparaît pas dans la décision, car aucune des parties ne l'avait soulevée. La société Belge interjette un appel devant la Cour d'Appel de Douai et elle a affirmé le jugement comme un arrêt de 1980. La Cour de cassation disposait 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. C'est pourquoi le juge a décidé d'appliquer le droit français. La Cour manifestait sa faveur à une règle de conflit qui semblait bien conférer à la volonté des parties la fonction d'un véritable facteur de rattachement. Elle affirma que la localisation du contrat, fondée sur un faisceau d'éléments et destinée à écarter le rattachement tel que le pays avec lequel le contrat présentait les liens les plus étroits, n'était utilisée qu'à défaut de volonté des parties. Autrement dit, depuis 1980, le lieu d'exécution du contrat devenu un critère de plus en plus retenu, car la prise en compte d'autres éléments n'est que pour appuyer le critère du lieu d'exécution du contrat. Cependant ce critère n'est pas éventuellement pertinent pour le cas de l'exécution d'un contrat dans plusieurs pays.

241. En droit international privé suisse de 1987 dont la disposition adopte une même solution ; le principe de proximité joue un rôle important, il consacre « le critère de la prestation caractéristique en tant que le meilleur des liens les plus étroits d'un contrat avec un

---

476 Cass.1er civ., 6 juillet 1959, *Sté des Fourures Renel*, *RCDIP*.1959.708., note H. Batiffol.; B. Ancel, GA, n°35, p.307.

477 Cass. 1er civ., 25 mai 1980, *Mercator Press*, *JDI*.1980.650., note Kahn. ; *RCDIP*.1980.576., note H. Batiffol. ; D. 1981. IR. 162.

ordre juridique »[478], en prévoyant l'intervention des présomptions. Toutefois, comme nous l'avons mentionné auparavant, le critère fondé sur la prestation caractéristique fait aussi l'objet de détermination !

242. Malgré l'entrée en vigueur du Règlement CE n°593/2008 en 2009, dont les considérants précisent qu'il conserve toujours le principe des liens les plus étroits, notons que l'article 4 de ce Règlement détermine déjà, en l'absence de choix, la loi applicable aux contrats par catégorie. Là encore, il est appréciable au juge car ces rattachements prédéterminés peuvent faciliter la tâche du juge à démêler la prestation caractéristique qui constitue le centre de gravité de chaque contrat ; c'est le cas de résidence habituelle de la partie laquelle est différente dans chaque catégorie. De surcroît, le Règlement Rome I propose aussi une solution au cas où la loi applicable ne peut être déterminée en raison de l'impossibilité de classer le contrat dans l'une des catégories définies ou le cas où le juge ne pourra pas déterminer la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat. Dans ce cas là, c'est toujours la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits par laquelle le contrat devra être régi. Afin de déterminer ce pays, il convient de prendre en compte l'existence de liens plus étroits avec un ou plusieurs autres contrats (Considérant 21).

2) Affirmation de la formule volontairement répandue du principe.

243. Comme nous en avons parlé, la localisation du contrat pour rechercher le centre de gravité dispose toujours de son importance indubitable et retenue également par le Règlement CE n°593/2008. En effet la recherche d'un pays avec lequel le contrat présente le lien plus étroit nous oblige de « localiser » le contrat et de déterminer « le centre de gravité ». Deux parcours peuvent être envisagés dans ce cas : d'une part, les éléments peuvent être objectifs dans certains cas par exemple un contrat que l'un des contractants constitue le pouvoir étatique, ceci est souvent lié à la loi d'un État partie du contrat ; d'autre part, ces éléments sont subjectifs lorsqu'il s'agit d'intérêts que peuvent avoir des parties à ce que leur contrat soit régit par une telle loi. D'ailleurs, afin de découvrir un État avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, le juge devra apprécier des facteurs très variés : économiques,

[478] P. Lagarde, « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI*.1986.9, spéc. p.41.

juridiques et même psychologiques[479]. Quant à la structure de l'article 4 de la Convention de Rome, il a disposé trois présomptions dont l'une est de principe et le reste est d'exception. Alors que le Règlement Rome I, en l'absence de choix, a déjà prévu en fonction des multiples catégories de contrat mais lorsque le contrat ne peut pas être classé dans l'une des catégories ou lorsque ses caractéristiques le font appartenir à plusieurs des catégories, dans ce cas, la loi de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique doit être applicable au contrat. Et si la résidence habituelle ne peut pas être déterminée, c'est la loi du pays lequel ce contrat présente un lien plus étroit.

244. L'admission du dépeçage effectué par le juge. En ce qui concerne la recherche effectuée par le juge, on sait que l'article 4 § 1 de la Convention de Rome lui admet la possibilité de dépeçage même dans l'hypothèse de l'absence de choix de la loi applicable : « *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* ». Cette possibilité de dépeçage par le juge est critiquée car on ne peut pas admettre volontairement qu'elle résulte directement de l'autonomie de la volonté des parties. Quant à la légitimité du dépeçage à l'égard du principe de proximité, d'après M. P. Lagarde, le juge applique une loi propre à telle ou telle clause du contrat lorsque la loi qui régit le reste du contrat est manifestement inadaptée[480]. Alors, pour déterminer la loi propre à chaque clause contractuelle, le juge fera appel au principe de proximité. Cette conception est reprise aussi dans le texte du Règlement Rome I, lorsque le contrat présente des liens manifestement étroits avec un pays autre que celui indiqué à l'article 4 § 1 ou 4 § 2, c'est la loi de cet autre pays qui s'applique. Afin de déterminer ce pays, là encore, l'existence de « liens étroits » du contrat avec un ou plusieurs autres contrats devrait être prise en considération. Pourtant un avis commun des auteurs affirme que « *ce dépeçage par le juge doit rester exceptionnel* »[481], sur ce point il est clairement affirmé par le considérant n°20 du Règlement. Il reste à savoir quel est le critère pour considérer qu'une partie du contrat peut

---

479 H. Gaudemet-Tallon, « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *J-Cl*. Europe, Traité, 1996, Fasc.3201.

480 *Cf.* P. Lagarde, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *RDIPP*.1993.33.

481 *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, « *Convention de Rome du 19 juin 1980* », *op.cit.*, p.6 ; *Cf.* P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*.1991.287., spéc. p. 307.

être séparée de l'économie du contrat. Dans ce cas, il faut que cette partie soit l'objet d'une solution séparée et indépendante de la solution donnée aux autres éléments du contrat[482].

245. En Thaïlande, certain juriste commence à s'intéresser au rattachement de liens les plus étroits. Les critères utilisés dans l'article 13 de la Loi relative au conflit de lois sont obsolètes, notamment ils ne sont plus pratique pour les contrats internationaux, cette loi n'est jamais révisée depuis 1938… Cet article ressemble à la loi italienne de conflit de lois à l'époque, mais comme on le sait les pays européens sous le régime de la Convention de Rome 1980 n'utilisent plus les rattachements rigides traditionnels.

§2 : La détermination des liens les plus étroits.

246. Afin d'obtenir de la justice du résultat final, la règle de conflit doit permettre de localiser le rapport juridique à l'endroit le plus pertinent, non plus à l'égard d'une obscure nature du problème considéré, mais à l'égard des liens concrets entretenus par la situation avec les pays dont les lois sont en conflit. On constate que le principe de proximité se présente dans le texte de la Convention de Rome de 1980 à travers la disposition de l'article 4 § 2. Cet article introduit une présomption permettant au juge de déterminer les liens les plus étroits. Cependant le souci de la sécurité juridique repose toujours, car l'article 4 § 1 adopte le principe des liens les plus étroits alors que son paragraphe 2 fixe le rattachement présomptif, puis en cas d'échec de ce rattachement présomptif, c'est le jeu du paragraphe 5 qui permet directement le recours à la vocation générale et subsidiaire du principe des liens les plus étroits. C'est un effet « casse-noix »[483] et force est de reconnaître que c'est ce chassé-croisé qui nous conduisait à l'incertitude. Mais on peut comprendre une bonne intention du législateur de régler ces lacunes. Comme l'affirme M. B. Ancel[484] à savoir : « Comment le principe des liens les plus étroits doit-il s'effacer devant le rattachement présomptif, et

---

482 *Cf.* P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé… », *loc.cit.*

483 *Cf.* le terme utilisé par M. H.U. Jessurun d'Oliveira, « *Characteristic Obligation* », *in* the Draft EEC Obligation Convention, 25 *American Journal of Comparative Law,* 303, 1977, spéc. p. 330.

484 *Cf.* B. Ancel, « La loi applicable à défaut de choix », *in Le nouveau règlement européen 'Rome I' relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles,* Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Institut suisse de droit comparé, éds. Eleanor Cashin Ritaine/Andrea Bonomi, Genève. Zurich. Bâle, 2008, p. 80.

comment le rattachement présomptif doit-il s'effacer devant le principe des liens les plus étroits ? ».

247. Le Règlement CE n°593/2008 a réformé l'article 4 mais le principe de proximité se fonde toujours dans son contenu. Le paragraphe 1er affecte à chaque type du contrat en utilisant un rattachement fixe et élimine la possibilité de rechercher d'une volonté hypothétique des parties contractantes ou l'intention commune d'elles. Alors que son paragraphe 2 s'épanouit ce rejet du subjectivisme, il affirme que le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir une prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Toutefois, avec les présomptions prédéterminées, il est plus aisé de trouver la loi du lieu où présentent les liens plus étroits avec le contrat en question. Nous étudions d'abord le concept déclencheur pour identifier les liens les plus étroits (A). Cependant les présomptions envisagées sont diverses selon la catégorie du contrat, par ailleurs on peut trouver aussi les présomptions qui sont destinées à protéger certaines parties au contrat (B). Il est possible d'envisager le cas du recours à la clause d'exception notamment lorsque le rattachement n'est pas pertinent (C).

A. Le concept déclencheur d'identifier les liens les plus étroits.

248. En matière du contrat, on envisage souvent la difficulté à identifier le critère le plus significatif qui conduit à s'abstenir de choisir arbitrairement un ou plusieurs rattachement(s) déterminé(s) ; il faut rechercher la loi avec laquelle la situation présente les liens les plus étroits. *A priori*, afin d'éviter de laisser le juge et les parties dans une grande incertitude, les présomptions sont destinées à assurer un niveau élevé de sécurité juridique dans les relations contractuelles. Alors le texte, essentiellement la convention internationale, énonce quelques rattachements déterminés pour exprimer les liens les plus étroits avec le contrat. En effet la notion de prestation caractéristique n'est pas très précise à cerner, car elle dépend en grandes parties des circonstances. Il en résulte de la pensée juridique de M. Batiffol qui a proposé de localiser l'opération en fonction de l'économie du contrat. Elle consiste à étudier la nature de contrat afin d'identifier l'élément qui est essentiel au contrat. En l'absence du choix exprès des parties de la loi applicable, c'est l'élément essentiel qui localise le contrat et la loi du lieu de cet élément essentiel sera régi au contrat, autrement dit, cette loi est présumée avoir liens plus étroits avec le contrat. Cette obligation essentielle a été définie dans le Rapport Giuliano-Lagarde ainsi : « *la prestation qui permet de donner à un contrat son caractère, qui* ***permet de***

le distinguer *des autres et qui* ***constitue le centre de gravité*** *et la fonction socio-économique de l'obligation contractuelle* »[485]. A titre d'exemple en matière de vente ou de bail, il est admis que la prestation caractéristique est au vendeur de livrer la marchandise ou au bailleur de procurer la jouissance paisible de la chose. En matière de distribution, la Cour de cassation admet que la fourniture de produits est considérée comme la prestation caractéristique[486].

1) La prestation caractéristique : élément de localisation.

249. La technique de rattachement selon le principe de proximité peut se présenter en deux situations. Il s'agit, pour la première, d'une directive à l'adresse du législateur afin de trouver les critères de désignation qui définissent les liens les plus étroits entre la situation et la loi applicable. La technique de rattachements multiples résulte aussi de cette idée, car un critère unique ne suffit pas à localiser une catégorie de rapports de droit définie de manière abstraite. La seconde situation consiste à une directive à l'adresse du juge pour le conduire à définir concrètement la loi avec laquelle la situation est la plus étroitement corrélée[487]. Ce principe se trouve sa place en matière de contrat sous la forme d'un rattachement flexible qui repose sur des présomptions de rattachement. Bien que ces présomptions établies *in abstracto* mais il est possible d'être corrigées par une clause d'exception. En France, c'est l'arrêt *American Trading*[488] qui a consacré pour la première fois le principe de proximité en tant que rattachement subsidiaire à défaut de choix par des parties de la loi applicable. La Cour de cassation a affirmé cette idée dans un arrêt du 31 mai 1932[489] et elle a eu l'opportunité encore

---

485 Rapport Giuliano-Lagarde concernant de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE, n° C282 du 31 octobre 1980, p. 20.

486 Cass.1er civ., 15 mai 2001, *JDI*.2001.1121, note A. Huet ; *RCDIP*.2002.86, note Lagarde ; *Gaz. Pal*., 12-13 déc. 2001, p.33, note M.-L. Niboyet ; *Revue Lamy Droit des affaires*, févr.2002, n°46, p.5 et s., note H. Kenfack ; Cass. 1er civ. 25 novembre 2003, *D*. 2004.494, note H. Kenfack ; *JDI*.2004.1179, note M.-E. Ancel ; *RCDIP*.2004.102, note P. Lagarde ; Cass. 1er civ. 23 janvier 2007, *D*. 2007.1575, note H. Kenfack ; *Gaz. Pal*. 29 avril-3 mai, n°119-123, p. 23, note M.-L. Niboyet.

487 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, Paris : LGDJ, 2009, n° 173.

488 Cass. 1er civ., 5 décembre 1910, *American Trading*, *préc*., *supra* note n° 437. La Cour de cassation a formulé que : *« Attendu que la loi applicable au contrat… est celle que les parties ont adoptée ; que si, entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s'attacher, ce n'est donc qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire (…) , mais que cette manifestation peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat »*.

489 Cass. 1er civ., 31 mai 1932, *S*.,1933, 1, 17, note Niboyet ; *RCDIP*.1934.909 ; *JDI*.1933.347. La Cour a estimé que : *« La loi du lieu où le contrat est intervenu et doit être exécuté est en principe celle à laquelle il faut s'attacher »*. On trouve que la localisation des deux indices est une indication des liens du contrat avec ce pays.

dans un arrêt du 6 juillet 1959[490], la Cour a toujours affirmé que *« la loi applicable aux contrats… est celle que les parties ont adoptée ; qu'à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges 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 »*. La renonciation à tout rattachement fixe dans cet arrêt est très remarquable, il laisse par ailleurs la place au juge de déterminer la loi applicable. Comme souligne M. P. Lagarde, « il n'y a que de principe pur qui conduit le juge à rechercher la loi applicable en tenant compte de l'ensemble des données de l'espèce »[491].

250. En effet les conventions internationales conclues à l'époque ont retenu également le principe dit des liens les plus étroits par intermédiaire de la prestation caractéristique ; la résidence habituelle de la partie qui est chargée de fournir cette prestation caractéristique, avec la possibilité de la preuve contraire, le cas où le contrat présente les liens plus étroits avec un autre pays. Comme nous a démontré par M. P. Lagarde[492], une structure de l'article 4 de la Convention de Rome de 1980, il convient de reprendre ici :

1) *Le contrat, **à défaut de choix**, est régi par la **loi du pays** avec lequel il **présente les liens les plus étroits**.*
2) *Il est présumé que **ce pays est celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle** ou son établissement.*
3) *Cette **présomption est écartée** lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le **contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays**.*

Malgré la mise en œuvre du principe des liens les plus étroits, il ne semble pas que les problèmes aient été réduits. Car, les problèmes ont été posés sur les pratiques de fonctionnement du *meccano* de l'article 4 de la Convention qui ont entraîné la nécessité de réforme.

251. Le même principe a été retenu par le nouveau Règlement CE n° 593/2008 mais avec un changement de méthode assez radical afin de répondre à l'exigence de la sécurité

---

490 Cass. 1er civ., 6 juillet 1959, *Sté des Fourures Renel, préc. supra* note n° 476.

491 P. Lagarde, « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI*.1986.9. : on voit que les termes de liens les plus étroits ne sont pas encore apparus mais on peut trouver l'idée qui est déjà présentée dans les arrêts au cours de l'année 1980. En effet les termes de liens les plus étroits ou la localisation n'étaient utilisés que pour expliquer de manière répandue de la règle de conflit. V. aussi obs. sous Cass. com. 19 décembre 2006 et Cass. 1ère civ., 22 mai 2007, *RCDIP*.2007.592.

492 P. Lagarde, « Le principe de proximité…», *op.cit.*, p. 42.

juridique, et d'éliminer des difficultés et des incertitudes. Celui-ci détermine les rattachements principaux dans l'article 4 § 1. La structure de désignation du Rome I comprend quatre étapes qui sont :

1) *A défaut de choix, le contrat est régi par la* ***loi prédéterminée selon la catégorie du contrat****.*
2) *Lorsque ces règles fixes ne sont pas applicables, soit le contrat n'est régi par aucune d'entre elles, soit il est couvert par plusieurs d'entre elles, désignation de* ***la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique****.*
3) *La clause d'exception, les deux premières sont écartées en faveur de l'application de la loi du pays avec lequel le contrat présente des* ***liens manifestement plus étroits résultant de l'ensemble des circonstances****.*
4) *Lorsque les deux premières présomptions sont écartées en raison d'impossibilité de déterminer la loi applicable sur ses bases, le contrat est régit par* ***la loi d'un autre État qui présente les liens les plus étroits****.*

Si nous acceptons que la proclamation du principe de proximité aurait dû être supprimée et remplacée par l'adoption de règles de rattachements principaux, c'est parce que l'application de la loi qui présente des liens les plus étroits avec le contrat est de rang subsidiaire ou de clause d'exception ; et que la recherche d'emblée les liens les plus étroits en tant que critère primordial disparaisse. Le nouveau règlement a fait l'effort de retenir le principe de proximité de manière différente de la Convention de Rome. Car le Règlement dispose la présomption de la localisation des liens les plus étroits, telle que la résidence habituelle de la partie qui doit fournir une prestation caractéristique[493], sous forme des rattachements fixes : l'application de la loi du lieu de résidence habituelle du vendeur pour le contrat de vente en raison de la prestation du vendeur étant considérée comme caractéristique.

252. Pour un autre instrument international tel que la CVIM qui contient aussi les dispositions sur le lieu d'exécution la prestation caractéristique, par exemple pour le paiement, l'article 57 stipule que le prix est payé au domicile du vendeur. Le nombre de juridictions[494] a ainsi utilisé la CVIM 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.

---

493 S. Francq, « Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI*.2009.57.

494 Par exemple les juridictions françaises, italiennes, suisses, allemandes, espagnoles. V. Paris 13 décembre 1995, *JCP*.1997.II.22772, note P. de Vareilles-Sommières ; Grenoble, 23 octobre 1996, *JDI*.1998.125, obs. Huet ; Cass. 1ère civ. 23 janv. 1996, *JDI*.1996.670 (1er esp.), note Ph. Kahn ; Paris 14 janv. 1998, *D*.1998, som. com. 288, obs. B. Audit ; Cass. 1ère civ. 22 juin 2001, *D*. 2001.3607 (2e esp.), note Cl. Witz ; Cour provinciale de Barcelone, 7 juin 1999, *D*. 2000 som. com. 440, obs. W. Rosch ; Trib. Féd. Suisse 18 janvier 1996, *D*.1997, som. com. 224, obs. Cl. Witz.

253. Alors que la Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, il semble que la formule du groupement des points de contact a été retenue par cette convention. Il s'agit de l'établissement du vendeur qui a été présumé d'être le lieu de prestation caractéristique. L'article 8 énonce de manière suivante :

« 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 ».

254. Plus récemment, la nouvelle loi chinoise de la règle de conflit[495] a adopté aussi les rattachements prédéterminés, la structure de cette loi ressemble beaucoup au règlement Rome I. Puisqu'en l'absence de choix de la loi applicable (art. 41) [496], il faut rechercher si le contrat répond ou non au critère de rattachements fixes (art. 5 de l'Interprétation de la Cour Populaire Suprême de la Chine de 2007), à défaut de ceci, c'est le critère de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique qui est entendu comme expression du principe de proximité (art. 41). Enfin ce même article dispose que si on peut prouver que la loi d'un autre pays présente les liens les plus étroits avec ce contrat, ladite loi doit être applicable.

2) <u>La convergence de points de contact.</u>

255. Certains pays n'utilisent pas la méthode de prédéterminer les liens les plus étroits par la législation ou à travers la jurisprudence. Mais ils adoptent une approche souple qui confère au juge le pouvoir d'apprécier les liens les plus étroits d'un contrat avec un pays. Dans le système *common law*, la *Proper Law of Contract* implique les liens plus étroits de la loi applicable avec le contrat. La doctrine anglaise suppose que cette loi soit celle du lieu de l'obligation principale ou elle peut être aussi la loi choisie par les parties pour régir leur contrat[497]. De même qu'en droit américain qui suppose que la validité du contrat devra être

---

495 *Cf.* G. Vieira da C. Cerqueira, N. Nord et D. Porcheron, « Les nouvelles règles de conflit de lois chinoises en matière contractuelle », *RLDA*, n° 61, 2011, p. 52-56.

496 L'article 41 de la Loi sur l'application des lois aux relations civiles comportant des éléments d'extranéité stipule ainsi : « *à défaut de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du lieu de la résidence habituelle de la partie dont l'accomplissement des devoirs peut le mieux exprimer les caractéristiques du contrat ou par toute autre loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits* ». (*Cf.* la traduction française par W. Chen, N. Nord et L. Bertrand, à paraître à la *RCDIP*). **第四十一条** "当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。"

497 *Cf.* Morris, *The Conflict of Laws*, 5th Ed., Sweet & Maxwell, p. 321: "The proper law of the contract is the system of law by reference to which the contract was made, that is the law chosen by the parties, or that with which the transaction had its closest and most real connection". Cependant le principe de *proper law*

vérifiée selon la loi interne de l'État avec lequel ce contrat présente le caractère « plus de parenté ». Il semble que l'on est toujours dans le débat entre le concept subjectif et le concept objectif de l'autonomie de la volonté. *A priori*, l'autonomie de la volonté se traduit en droit international privé des contrats par la liberté de choix des parties de désigner la loi applicable à leur contrat comme nous avons déjà affirmé précédemment. En l'absence de choix des parties, c'est le juge qui devra procéder à la détermination de la loi compétente en recherchant la volonté implicite des parties. En cas du choix des parties de la loi applicable, la méthode de *proper law* explique ce choix par le pouvoir de décision des contractants. De même qu'en cas de silence des contractants, selon cette théorie, le juge ne procède pas à une localisation du contrat en recherchant les éléments de rattachement les plus significatifs. En revanche, il détermine la loi applicable en interprétant la volonté des parties. Il semble que l'on fait jouer l'idée de localisation objective dans l'hypothèse de volonté explicite des parties… Sur ce point, les partisans de la *proper law* a répondu que lorsque les parties ont choisi la loi applicable, elles entendent bien procéder à un tel choix et non à une localisation que le juge peut procéder si cette loi choisie ne correspond pas au centre de gravité du contrat.

D'après M. Y. Loussouarn, il suffit de concilier les deux choses, l'autonomie de la volonté et le contrôle du juge, en admettant que la première est limitée. C'est-à-dire que les parties ne pourraient pas choisir la loi qui n'a aucun lien significatif avec le contrat[498]. Pourtant cette approche est critiquée sur son caractère imprévisible, subjectif et arbitraire. Car la méthode de *proper law* repose sur la subjectivité du juge. Alors que le principe de proximité résultant de la théorie de la localisation de Batiffol propose des solutions concrètes…

256. Il y a la différence entre la théorie de *proper law* et la localisation objective notamment en cas de l'absence de choix des contractants. Dans ce cas, pour la localisation objective, le juge doit procéder à localiser objectivement le contrat en tenant compte de l'économie de ce dernier. Alors que la méthode de *proper law*, comme l'on a vu, le juge devra rechercher la loi plus convenable à régir le contrat en recourant parfois à l'interprétation de volonté des parties. Reste à savoir qu'en est-il si les parties se sont prononcées sur la compétence législative en désignant une loi applicable ? Cette désignation ne vaut pas en tant que telle… Car le juge épargne le pouvoir de contrôler cette localisation et de retenir d'autres

---

n'appliquait plus aux obligations contractuelles conclues après l'entrée en vigueur de *The Contract (Applicable Law) Act 1990.*

498 Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », *RCADI*.1973.356., t.139.

points de contacts qui lui permettent d'infirmer le choix des contractants[499]. On constate que la meilleure solution consiste à une approche conciliée la présomption préétablie et la *proper law* résulte de la convergence des points de contact par le juge.

257. Des juristes thaïs font souvent recours à la méthode de *proper law* plutôt qu'au principe de proximité. Il en résulte du fait que cette théorie anglo-saxon est plus connue en Thaïlande. Dans un ouvrage juridique thaï un auteur a même expliqué l'article 13 de la Loi de 1938 en ce sens : « Au cas où les parties n'ont pas expressément exprimé leur volonté, mais *laissent à penser* qu'elles veulent appliquer une telle ou telle loi, ou lorsqu'on trouve une loi qui présente des liens les plus étroits avec le contrat, c'est le cas de *proper law of contract*, il faut alors appliquer cette loi »[500]. Il s'agit en effet de la recherche de la volonté implicite des parties. Toutefois, au lieu de procéder à cette recherche, la Cour a souvent fait recours à la loi du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat. La méthode de *proper law of contract* ne réside que dans la doctrine thaïe. Cependant le lieu de conclusion de contrat ne présente pas, dans certains cas, de lien plus significatif avec un tel contrat. Comme nous avons vu un exemple classique, les parties peuvent signer leur contrat dans un pays en prétendant que ce contrat a été conclu dans un autre pays. Nous trouvons qu'il ne suffit pas d'avoir un seul lieu de rattachement pour justifier l'application au contrat la loi de ce lieu ; nous proposons les rattachements utilisés par le Règlement Rome I qui présentent, en réalité, les liens les plus effectifs rattachés un contrat à une loi d'un État.

258. Jusque là, la Convention de Rome a concrétisé cette solution équilibrée. Dans l'article 4 § 4 par exemple, cette méthode a été utilisée pour présumer que le contrat entretient les liens les plus étroits avec les pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat, lorsque ce pays est le pays de chargement ou de déchargement, ou le pays de l'établissement principal de l'expéditeur. L'article 5 § 1 du Règlement n°593/2008 relatif à l'application au transport de marchandises maintient la même solution, la loi applicable à défaut de choix est celle du pays dans lequel le transporteur a sa

---

499 *Id*., p. 353.

500 Ch. Pachusanond, *Droit international privé : la nationalité*, 2ème éd., Bangkok : Winyuchon, 2006, p. 267 ; *Cf.* Dicey, Albert Venn, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 7th Edition, London, Butterworths, 1965, p. 735. Cet auteur a précisé ainsi : "*When the intention of the parties to a contract with regard to the law governing the contract is not express in words, their intention is to be inferred from the terms and nature of the contract, and from the general circumstances of the case, and such inferred intention determines the proper law of contract*."

résidence habituelle à condition que le lieu de chargement, ou le lieu de livraison, ou la résidence habituelle de l'expéditeur se situe aussi dans ce même pays. Si ce rattachement est défaillant, la loi du pays dans lequel se situe la livraison contractuellement est applicable. Après une présupposition concrète, le règlement admet aussi une clause dérogatoire aux termes de son article 5 § 3 :

« *S'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* ».

259. En effet, la Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable au contrat de vente de marchandises a aussi retenu ce critère, aux termes de son article 8 § 3, qui se révèle également novatrice en comparant avec la Convention de La Haye de 1955, en ce sens qu'elle introduit à titre exceptionnel la méthode de la *proper law* :

« A titre exceptionnel, si, en raison de l'ensemble des circonstances, par exemple de relations d'affaires entre les parties, la vente présente des liens manifestement plus étroits avec une loi autre que celle qui serait applicable au contrat selon les paragraphes 1 ou 2, la vente est régie par cette autre loi ».

260. Si le droit international privé a évolué en faveur de la prévisibilité du droit applicable pour renforcer la sécurité juridique, cette méthode peut se compromettre avec la localisation objective, car elle réconcilie parfaitement entre la souplesse et la prévisibilité. M. W. Wengler[501] a ainsi fait une remarque sur ce point : « parfois un législateur érige tout d'abord lui-même un seul élément de rattachement en élément déterminant tout en habilitant le juge à ne pas utiliser cet élément lorsque la somme de tous les autres éléments de rattachement possibles qui n'ont pas été définis de façon plus précise par le législateur et qui présentent un lien avec un autre État est, selon l'opinion du juge, plus « forte », plus « significative » que seul élément de rattachement retenu par la loi ». C'est dans ce sens qu'énonce l'article 4 § 5 de la Convention de Rome et l'article 4 § 3 du Règlement CE n°593/2008.

B. Le recours aux diverses présomptions.

261. Cette présomption se fonde sur deux éléments : la résidence habituelle de personne physique ou l'administration centrale de personne morale ; et la partie contractante laquelle sa résidence habituelle ou son établissement devra être prise en considération. Donc, selon la

501 W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*.1990.665.

Convention de Rome et le Règlement Rome I, c'est la résidence habituelle du débiteur qui doit être prise en considération. Rappelons que dans les contrats, l'une des parties effectue une prestation sous forme monétaire comme le prix, le loyer, alors que l'autre partie est tenue à une prestation considérée comme caractéristique du type de contrat ; celui du vendeur ou du bailleur.

1) Les présomptions principales.

262. Afin de rejeter la référence au lieu d'exécution de la prestation caractéristique qui est délicate à déterminer, la présomption conduira des contrats à un résultat simple à établir. La prestation caractéristique joue un rôle très important à ce stade, l'appréciation de celle-ci est nécessaire pour déterminer les présomptions afin d'éviter les défauts arbitraires des juges de déterminer des liens les plus étroits du contrat avec un pays. Rien n'est plus important que la prévisibilité des parties contractantes sur ce qu'elles envisageront en cas de litige. Pour ces raisons les contrats commerciaux internationaux énoncent une série de présomptions sur les liens les plus étroits du contrat. La Convention de Rome de 1980 stipule 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* ».

C'est-à-dire que ces trois présomptions ne sont pas irréfragables.

263. Dans le Règlement Rome I, l'article 4 § 1 a déjà déterminé les présomptions de prestation caractéristique pour chaque contrat de façon multiples, 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 résulte 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[502]. Le second est le cas où on ne peut pas déterminer la loi applicable à ce contrat en utilisant le paragraphe 1 ou 2, dans ce cas, c'est la loi du pays avec lequel le contrat

[502] L'article 4 § 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 »*.

présente les liens les plus étroits qui s'applique[503]. Prenons un autre exemple, l'article 6 de la Convention, après avoir établi une présomption sur le contrat individuel de travail aux termes de son paragraphe 2, il 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 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 »*.

Selon la Convention de Rome de 1980, la présomption en faveur de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique ne joue pas dans deux exceptions ; la matière d'immeubles, et le contrat de transport de marchandises (l'article 4 § 4), ce qui est différent du Règlement Rome I.

a. en matière d'immeubles.

264. 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, que les parties ont entendu soumettre le contrat à la loi du lieu de situation de l'immeuble (*lex rei sitae*). La solution est adoptée par l'article 4 de la Convention de Rome 1980 et le Règlement Rome I.

Certes, ce texte n'applique pas 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. De même que le bail d'immeuble à une période maximale de six mois consécutif, ce contrat est régi par la loi du pays de résidence habituelle commune du propriétaire et du locataire. Puisque le contrat de bail ne sert pas la politique d'exploitation donc il n'y a aucune raison d'appliquer au contrat la loi de situation des immeubles qui est destinée à consolider la position de l'occupant ou de l'exploitation et qui constitue le but de police.

503 L'article 4 § 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 »*.

265. En droit thaï, comme nous l'avons dit, la *lex rei sitae* est applicable en tant que règle principale. Or, le champ d'application de l'article 16, de la Loi de 1938, applicable aux propriétés semble plus répandu que celui de la Convention de Rome. Selon cet article :

« *La loi du lieu de situation de bien s'applique à un meuble et un immeuble* »[504].

Lorsqu'il s'agit d'un contrat ou d'autres transactions porté(s) sur l'immeuble, l'article 9 alinéa 2 applique à la forme de ceux-ci, non pas l'article 13 alinéa 3[505]. Aux termes de l'article 9 : « *Cependant, la loi du lieu de situation de l'immeuble doit être applicable à la forme nécessaire à la validité du contrat, le document, ou l'acte juridique quelconque sur ledit immeuble* »[506]. C'est un principe de la *lex rei sitae* qui est impérativement applicable.

b. en matière du contrat de transport de marchandises.

266. Le contrat de transport de marchandises en droit français n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2 de l'article 4. Certes, la Convention de Rome n'aurait dû appliquer que dans la mesure où elle ne portait pas atteinte aux autres conventions internationales préexistantes. Le transport de marchandises est soumis à l'article 4 § 4 qui a une présomption spéciale sur « l'établissement principale »[507]. Car 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,

---

504 มาตรา ๑๖ วรรคแรก บัญญัติว่า " ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่ทรัพย์สินตั้งอยู่บังคับแก่สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ "

505 L'article 13, alinéa 3 : « Le contrat n'est pas nul lorsqu'il a été conclu conformément à la forme disposée par la loi laquelle devra être applicable aux effets du contrat ». มาตรา ๑๓ วรรค ๓ บัญญัติว่า " สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น "

506 มาตรา ๙ วรรค ๒ บัญญัติว่า " อย่างไรก็ดี กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ย่อมใช้บังคับแก่แบบที่จำเป็นเพื่อความสมบูรณ์แห่งสัญญา เอกสาร หรือนิติกรรมอื่นๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ "

507 *« 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 ».*

car la résidence habituelle de personne morale telle qu'une compagnie de transport, normalement, coïncide à son établissement principal.

En effet la coïncidence entre le pays où le transporteur a son établissement principal (Convention) ou sa résidence habituelle (Rome I) au moment de la conclusion du contrat et le pays où se situe le lieu de chargement ou déchargement ou le lieu de livraison ou l'établissement principal de l'expéditeur est plus significative pour le rattachement du contrat que la seule résidence du transporteur fournisseur de la prestation caractéristique. Le Règlement Rome I a par ailleurs ajouté *« Si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel se situe le lieu de livraison convenu par les parties s'applique* ». Alors que la Convention de Rome l'article 4 § 5 a aussi écarté les paragraphes 2, 3 et 4 lorsqu'il résulte de circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

La CJCE a eu l'occasion pour la première fois de son interprétation de la Convention de Rome, en estimant que le transport de marchandises qui est soumis à la Convention de Rome comprend expressément le contrat d'affrètement ou d'autres contrats lesquels ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises[508]. Pour la notion de transporteur, il faut entendre toute partie au contrat qui s'engage à transporter les marchandises, qu'il le fasse lui-même ou le fasse par une autre personne. Car, lorsque l'on a pris en considération de la situation, on trouve que la liberté de dépeçage le transporteur pour chaque partie du transport est critiquée, il ne faut pas oublier que seule la détermination de la loi applicable à défaut de choix n'est pas aisée et la difficulté augmente dés lors qu'il y en a plusieurs à déterminer.

267. En Thaïlande, le 2ème alinéa de l'article 16 de la Loi de 1938 parle en fait du transport de meuble mais il n'utilise pas le terme « marchandise », c'est-à-dire que ce meuble n'est pas censé être une marchandise :

« *Cependant, lorsqu'il agit d'un transport de meuble à l'étranger, la loi nationale du propriétaire sera applicable dès le moment où ce meuble a été transporté* »[509].

C'est cet article qui règle le problème de conflit de lois en la matière. On constate que cette loi rattache toujours la détermination de la loi applicable au contrat de transport de

508 CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-133/08, *Balkenende*, *préc. supra* note n° 81.

509 มาตรา ๑๖ วรรค ๒ บัญญัติว่า " อย่างไรก็ดี ในการส่งสังหาริมทรัพย์ออกนอกประเทศ ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของเจ้าของทรัพย์บังคับแก่ทรัพย์นั้นตั้งแต่เวลาส่งทรัพย์ออกนอกประเทศ "

meuble à la loi nationale de l'une des parties. Cependant il faut rappeler qu'il est possible que dans certains cas le contrat litigieux sera régi immédiatement par la loi substantielle sans passer par le mécanisme de règle de conflit, tel est le cas de la Loi relative au contrat de transport de marchandises par voie maritime de 1991 qui applique au transport international de marchandises[510]. Les problèmes autres que précisés dans le champ d'application de cette loi, sont régis par la Loi relative au conflit de lois de 1938. Dès lors que l'une des contractants a la nationalité thaïe cette loi s'applique en tant que lois de police.

268. Quant au contrat qui est exclu du champ d'application de la Convention de Rome de 1980, pour certains auteurs, l'article 4 § 4 ne devrait pas appliquer au contrat d'affrètement à coque nue et aux contrats d'affrètement à temps[511]. Il en est de même en droit thaï, selon l'article 5 de la Loi sur le contrat de transport de marchandises par voie maritime de 1991, ceci n'applique pas au contrat d'affrètement à coque nue, sauf si un connaissement est délivré au transporteur. On peut comprendre que normalement le contrat d'affrètement à coque nue et d'autres contrats de même type, sont considérés comme le contrat selon lequel les contractants sont aux pieds égaux.

c. en matière d'instruments de paiement et de crédit.

269. En pratique, il existe deux principaux instruments juridiques relatifs aux effets de commerce : l'un est la Convention de Genève du 7 juin 1930 sur la loi uniforme des lettres de change et des billets à ordre (ci-après la CGLU) laquelle représente le système de droit civil ; et la Convention de Genève du 19 mars 1931 sur la loi uniforme en matière de chèque. Ces conventions ne s'appliquent qu'entre les États membres, il en résulte que la porte est toujours ouverte à un droit commun distinct. L'autre, ce sont les législations adoptées dans les pays de *common law,* qui sont différentes des systèmes européens.

270. La Convention des Nations Unies de 1988 sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (ci-après la Convention CNUDCI 1988) a été élaborée, car l'expansion des échanges internationaux sont toujours agrandies, de même que l'emploi d'effets de commerce pour ces opérations. Elle a pour but de concilier les différentes lois

---

510 Si les parties dans un contrat de transport de marchandises interne le souhaitent, elles peuvent aussi insérer dans leur contrat que cette loi soit applicable.

511 P. Lagarde, « Convention de Rome », *Rép. D. Dr. comm*., n°69.

relatives aux effets de commerce entre les pays de *common law* et les pays continentaux. Dès lors, ces dispositions représentent aussi les législations adoptées par les pays de *common law*[512]. Pour que la méthode adoptée par cette Convention soit admissible par les pays de *common law*, elle ne recherche plus une uniformité complète des lois relatives aux lettres d'échange, mais elle vise à établir un régime unifié pour les seuls effets internationaux. En tant que règle conflictuelle, la Convention CNUDCI 1988 laisse la place pour le principe d'autonomie : la ratification par des États ne signifie pas que les opérateurs économiques ressortissants soient automatiquement régis par les dispositions de cette Convention.

On constate que ces conventions internationales ont consacré une indépendance des obligations cambiaires, cette solution a été critiquée en droit international privé français. D'après M. P. Mayer[513], il semblerait logique que toutes les obligations afférentes à un même titre soient soumises à une loi unique, qui pourrait être celle du lieu prévu pour le paiement, plus significatif que le lieu d'émission.

271. Pour la Thaïlande qui ne ratifie aucune convention internationale en ces matières, qu'en est-il si les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat de paiement international ? Les transactions relatives au paiement international seront soumises à la Loi relative au conflit de lois de 1938 l'article 13, *a priori*, à défaut de choix des parties de la loi applicable, le juge tranchera le litige en appliquant la loi nationale commune des parties ; à défaut de la nationalité commune, la loi du lieu de conclusion du contrat sera en jeu, à défaut de celle-ci, la loi du lieu d'exécution du contrat. Il est vrai que la Thaïlande a besoin aussi bien d'une loi relative à la règle de conflit spécialement applicable aux contrats internationaux qu'une loi matérielle en la matière, en particulier, de prime d'abord, le contrat de vente internationale, le paiement international, et l'assurance internationale ; mais le législateur thaï a commencé par le transport maritime… Bien qu'en pratique les parties puissent insérer des clauses d'application les RUU 500 ou 600 de la CCI pour le paiement par la lettre de crédit, la possibilité de renvoi à l'application du CCC existe toujours en l'absence de cette clause. Les juristes thaïs trouvent que les dispositions du CCC ne sont pas convenables pour le règlement

512 En premier temps, les États-Unis et le Royaume Uni ont refusé lors de la conférence de La Haye qu'ils n'ont pas apporté de modifications à leur législation relatives aux effets de commerce quels que soient les résultats obtenus à la conférence. Car les pays de *common law* avaient déjà procédé entre eux à une certaine uniformité suite à l'adoption en Angleterre du *Bills of Exchange Act* en 1882 qui a servi de base à la législation de la plupart des pays du *Common Wealth*.

513 P. Mayer, *Droit international privé, op.cit.,* p. 450.

des différends résultant des transactions internationales. Car elles ont été élaborées pour le seul but de régler les problèmes juridiques purement internes.

2) Les présomptions en matière de règle protectrice.

272. En réalité, lorsque le créancier est un professionnel, la plupart des contrats qu'il conduit seront 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 »[514]. 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.

a. en matière de consommateur.

273. Le texte est destiné à assurer la protection du consommateur final et il semble opter pour une conception restrictive du consommateur protégé, 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[515]. Il en va de même dans l'article 6 du Règlement Rome I.

La Convention de Rome et le Règlement n'écartent pas la possibilité de désigner la loi applicable au contrat selon l'article 3, le principe demeure que les parties peuvent choisir la loi applicable. Mais en même temps ce choix ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. C'est-à-dire qu'il est possible d'avoir deux lois en concourant : les dispositions impératives de la loi de résidence habituelle du consommateur et celles de la loi choisie par des parties. L'interprétation la plus favorable et plus logique sur ce point est qu'il faut apprécier la loi la plus protectrice pour le consommateur. Cependant 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. Sous réserve que le contrat soit conclu dans l'une des circonstances prévues par l'article 5 § 2.

514 *Cf.* P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé… », *op.cit.*, p. 308.

515 H. Gaudemet-Tallon, « Convention de Rome… », *op.cit.*

Pourtant, selon le Règlement Rome I, seul la résidence habituelle du consommateur ne suffit pas. Il faut 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.

En Thaïlande, la loi applicable au contrat conclu par le consommateur est régi par la règle de conflit de loi l'article 13 comme d'autres contrats.

b. en matière de travail.

274. De même qu'en matière de protection des consommateurs, la Convention de Rome et le Règlement Rome I distinguent les deux hypothèses quant aux salariés : le choix de loi applicable a été opéré par des parties et en l'absence de choix. Dans le premier cas, peu importe la loi choisie, le travailleur ne peut être privé de la protection des dispositions impératives les plus protectrices qui seraient applicables à défaut de choix. Dans le second cas, la loi compétente est celle du lieu d'accomplit habituelle du travail, soit la loi d'établissement qui l'a embauché lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans le même pays, soit la loi du pays avec lequel le contrat de travail présente des liens plus étroits qu'avec les lieux précédents.

275. En Thaïlande, on admet le travailleur comme une partie faible dans un contrat du travail. Nous trouvons les dispositions du droit de travail dans le Code civil et commercial d'une part, et dans les lois spéciales d'autre part. Aucun des deux ne s'applique au litige à caractère d'extranéité. Lorsque le litige est international, le juge applique l'article 13 de la Loi de 1938 relative au conflit de lois[516] pour localiser le contrat à défaut de la loi choisie par les parties. Notons que le droit européen est plus avancé en raison de la politique communautaire de la libre circulation des personnes en Europe, alors que la Thaïlande vient de commencer le projet de répartition du Code civil du Code commercial y compris l'élaboration la « première » loi sur la vente internationale de marchandises. Dans l'avenir si les pays ASEAN adoptent une telle politique, la loi dans ce domaine sera alors indispensable.

516 Il y a eu un cas où le juge a tranché le litige concernant le contrat du travail international, mais le juge a nié l'application de la règle de conflit de lois en soulevant que la cause du litige a eu lieu en Thaïlande donc la loi thaïe est applicable.

C. L'absence de pertinence du rattachement rigide, le recours à la clause d'exception.

276. Bien que la Convention de Rome utilise la méthode de présomption pour identifier la loi applicable au contrat à défaut de choix des parties ; la prestation caractéristique, lorsque cette présomption ne peut pas être déterminée ou lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens les plus étroits avec un autre pays, c'est la loi de ce dernier qui sera la loi applicable. Le problème peut se poser sur la mise en œuvre de la clause d'exception. Les solutions peuvent être distinguées en deux sens ; l'une consiste à l'alternative cantonne l'article 4 § 5 dans son rôle exceptionnel pour écarter les rattachements rigides inappropriés au cas d'espèce. L'autre, c'est la doctrine dominante en France qui repose sur la solution : ainsi les paragraphes 2, 4 et 5 de l'article 4 n'étant pas considérés comme fondés sur un même rang. Pour ces raisons la solution donnée par la Cour de cassation[517] est très critiquée. La question peut se poser dans le sens que si l'on peut laisser la présomption de l'article 4 § 2 pour rechercher directement la loi qui présente les liens les plus étroits selon l'article 4 § 5. Il semble que la réponse des juges du fond est positive malgré un certain consensus pour condamner ce raisonnement.

277. Dans ce cas, la réponse à l'une des questions préjudicielles qui sont de l'origine d'un arrêt de la CJCE mérite bien d'être analysée. En l'espèce, la Cour a estimé en ce sens que la présomption de l'article 4 § 2 de la Convention sera écartée si la loi qu'elle désigne n'est pas celle qui présente les liens les plus étroits avec le contrat bien que ladite loi présente un rattachement caractérisé avec ce dernier[518] : « *l'objectif principal de l'article 4 de la Convention consiste à faire appliquer au contrat la loi du pays avec lequel celui-ci présente les liens les plus étroits, ledit article 4.5 permet au juge saisi d'appliquer, dans tous les cas de figure, le critère qui permet d'établir l'exigence de tels liens, en écartant les présomptions si celles-ci ne désignent pas le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits* ». Par conséquent, elle a affirmé ainsi : « *lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui qui est déterminé sur la base de l'un des critères prévus audit article 4, paragraphes 2 à 4, il*

---

517 Cass. com., 19 décembre 2006, *D.* 2007. Pan.1751, obs. P. Courbe ; *ibid*. Pan. 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D*. 2008.Pan.1240, obs. H. Kenfack ; *RCDIP*.2007.592, note P. Lagarde ; *RDC*.2007.467, obs. P. Deumier ; *RTD com*. 2007.628, obs. P. Delebecque.

518 CJCE, 6 octobre 2009, aff. n° C-133/08, *Balkenende*, *préc*., *supra* note n° 81.

appartient au juge d'écarter ces critères et d'appliquer la loi du pays avec lequel ledit contrat est plus étroitement lié ». C'est-à-dire que même que le juge aura déterminé la loi susceptible d'être appliquée au recours des présomptions, il incombe toujours à celui-ci de vérifier si ladite loi est celle qui présente les liens plus étroits au contrat. La décision de la CJCE est surprenante, ou on peut dire regrettable, car elle a affaibli les présomptions de l'article 4, paragraphe 2 à 4. Dans ce cas a-t-on perdu l'objectif de sécurité juridique ? En effet lorsque l'on laisse les juges avec cette position ; la recherche de loi qui présente les liens plus étroits, ils terminent fréquemment par appliquer la loi du for[519], comme l'affirme la ligne de jurisprudence française[520].

278. Certes, le Règlement Rome I a modifié la formulation de Convention de Rome, l'article 4 § 3 (R) exige désormais que le contrat présente des liens « manifestement » étroits avec le contrat pour que la mise en œuvre d'une clause d'exception soit possible. Le terme « manifestement » ajouté à cette disposition a pour but de renforcer le caractère exceptionnel de son utilisation et de diminuer la grande latitude laissée aux juges[521]. L'interprétation de la Convention doit normalement être faite à la lumière du nouveau règlement qui va peu à peu remplacer la première. Mais il semble que la CJCE a manqué d'en tenir compte.

279. Conclusion du paragraphe et de la section. A défaut du choix des parties contractantes de la loi applicable, le juge doit la déterminer en tenant compte de la méthode du principe des liens les plus étroits comme la vocation concurrentielle qui a été adoptée par la Convention de Rome de 1980. Donc le schéma de trois étapes, *a priori*, est appliqué. Compte tenu de la sécurité juridique, cette méthode présente un point faible sur cette issue. Pour M. B. Audit, cette méthode a largement écarté la prévisibilité d'une solution bien qu'elle réponde aux exigences d'une analyse fonctionnelle en désignant la loi appropriée du contrat. La meilleure solution semble consister à une approche qui concilie la présomption préétablie et la *proper law* résultant de la convergence des points de contact par le juge. Dès lors, la

---

519 F. Jault-Seseke, « Loi applicable au contrat : première interprétation de la Convention de Rome par la CJCE », Note sous arrêt CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-133/08, D., 2010, n° 4, p. 238.

520 CA Versailles, 6 février 1991, *D.* 1992.174, note J.-D. Mondoloni ; *RCDIP*.1991.745, note P. Lagarde ; *RTD civ*. 1992. 387, obs. J. Mestre ; *RTD eur*. 1992. 529, ons. H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1992.125, note J. Foyer ; TGI Poitiers, 22 décembre 1999, *RCDIP*.2001.670, note P. Rémy-Corlay ; CA Paris, 12 octobre 2000, D., 2002, Somm. 1394, obs. B. Audit ; Cass. com., 4 mars 2003, *RCDIP*.2003.285, note P. Lagarde ; *JDI*.2004.197, obs. A. Huet ; Cass. soc., 23 mars 2005, *RDC*.2005.1181, note D. Bureau.

521 V. en ce sens S. Corneloup, *JCP (G)* 2008. I. 205.

proclamation de recherche des liens les plus étroits pour l'appréciation du principe de proximité a été écartée par un nouveau Règlement Rome I. Elle est remplacée par l'adoption des six rattachements fixes pour chaque catégorie du contrat. Il est difficile de conférer au juge toutes présomptions du rattachement, par ailleurs il est impossible d'énumérer toutes les présomptions de la prestation caractéristique. C'est la raison pour laquelle le nouveau règlement a toujours retenu la détermination des liens les plus étroits à vocation subsidiaire.

280. Conclusion du chapitre. A défaut de choix de la loi applicable au contrat, la méthode combinatoire semble répondre le mieux à la proximité de la pratique des contrats internationaux. Car, il peut énumérer toutes les présomptions de la prestation caractéristique. D'ailleurs, il est difficile de conférer au juge toutes présomptions du rattachement.

Parlant de la Thaïlande, comme l'on a vu, le droit international privé thaï se rattache toujours au critère de nationalité, même en matière d'obligation contractuelle. Nous n'avons pas encore l'occasion d'introduire le principe des liens les plus étroits dans la législation. Il semble que le législateur ne voit aucun intérêt d'en parler. En effet il est irrationnel de garder toujours ces rattachements traditionnels dans cette matière. Il est possible d'en déduire que lorsque le juge ne fait pas recours à la règle de conflit de lois, c'est qu'il n'attache aucune importance et aucun intérêt à son application. Il n'est pas très surprenant s'il n'y a pas de terrain pour qu'une telle règle se développe. La nouvelle loi chinoise sur la règle de conflit en matière contractuelle qui est entrée en vigueur le 1er avril 2011 a détaché radialement du critère de nationalité. Cette loi a adopté les nouveaux rattachements couramment utilisés par la règle conflictuelle européenne lesquels considérés plus aptes à régler les conflits de lois dans la matière, telle que la loi du lieu de la résidence habituelle de la partie dont l'accomplissement des obligations peut mieux exprimer les caractéristiques du contrat ou la loi qui présente un lien les plus étroits avec le contrat. Par ailleurs, la loi chinoise dispose aussi la règle de conflit en matière de protection des parties faibles. Alors que la tendance de législation en Thaïlande est en faveur de l'élaboration de droit substantiel dit « spécifique » pour chaque contrat international tel que le contrat de vente, le contrat de transport, plutôt que de reconsidération des rattachements de la règle de conflit de lois. Est-il temps de réviser les règles conflictuelles thaïes en matière de contrat ?

Par ailleurs, on sait que le mécanisme de règle de conflit de lois peut toujours désigner la loi étrangère, tant celle qui résulte de législation du droit conventionnel de règle de conflit que celle qui résulte de celle de droit commun (le droit thaï). Certes, l'application de la loi étrangère devant les juges sera régie par la règle de droit commun que nous avons étudiée, le renforcement de l'application de ladite loi étrangère est nécessaire. Cependant le droit français permet aussi aux parties contractantes de soumettre leur litige à une loi autre que celle désignée par la règle de conflit. On peut dire qu'il en résulte du principe de l'autonomie de la volonté en droit procédural.

281. Conclusion du Titre. On ne peut pas nier l'importance des rattachements traditionnels tels que la nationalité commune, le domicile des parties, le lieu d'exécution du contrat. Cependant le rôle des rattachements traditionnels semble diminuer notamment en matière contractuelle, la pratique démontre que ces rattachements ne sont plus suffisants pour régler les problèmes de conflit de lois. La nationalité commune des parties peut être un bon rattachement pour le statut personnel mais on constate que la résidence habituelle est plus apte pour justifier les liens étroits entre le rapport contractuel et un pays donné. Par ailleurs on ne peut pas conclure dans tous les cas que les parties contractantes de même nationalité souhaiteront toujours faire régir leur contrat par leur droit national commun. Les nouveaux rattachements employés dès la Convention de Rome de 1980 pris par le règlement Rome I, y compris certains rattachements fixes, témoignent de ce changement. Hormis les problèmes de rattachement, il y a la possibilité d'appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit à ce stade. L'absence du choix de la loi applicable ne signifie pas que cette possibilité a été pour autant supprimée. Mais le raisonnement diffère selon qu'il y a choix exprès ou non de la loi par les parties. Les parties ne savent pas à l'avance par quelle loi étatique régira le litige en l'absence de choix. De surcroît elles ont l'opportunité de soustraire ladite loi en concluant un accord procédural. Là aussi, le principe de l'autonomie de la volonté est consacré ; les parties sont libres au stade du déroulement de procès de choisir la loi du for même si la règle de conflit désigne la loi étrangère.

Pourtant, le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas absolu, il envisage également certaines limites que les juges français et thaïlandais devront respecter. C'est la méthode créée par l'ordre juridique du for pour protéger ses valeurs fondamentales que l'on verra par la suite.

Titre Troisième

LIMITES AU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE

282. Lois de police et mécanismes correctifs de l'ordre juridique du for. Nous avons étudié le principe de l'autonomie de la volonté dans le contrat international. Bien que ce principe soit presque unanimement reconnu, tous les États se réservent encore le droit de recourir à leurs propres lois lesquelles sont considérées comme absolument impératives nonobstant le choix d'une autre loi par les parties, sans que le champ d'exception ne soit autrement précisé. Il y a un autre mécanisme du for qui joue un rôle très important dans la mesure où il écarte immédiatement le jeu de la loi étrangère sans intermédiaire de la règle de conflit ; c'est un mécanisme de lois de police. On peut dire que lois de police sont une exception du mécanisme de règle conflictuelle. Certes, la dissociation entre ces mécanismes de défendre des valeurs fondamentales de l'ordre juridique est délicate puisqu'il n'est pas facile d'identifier d'une façon précise leurs champs d'intervention respectifs et les notions générales entre les lois de police et l'exception d'ordre public international. La différence entre les deux notions a bien apparu au sein des ordres juridiques étatiques, chacune a fait l'objet de réflexions particulières et a acquis un régime juridique propre, ce qui leur permet de faire face à une véritable opposition des notions. Cependant, lorsqu'il présente de techniques particulières, il est même possible de considérer que dans certaines circonstances l'exception d'ordre public international et les lois de police se rassemblent et deviennent indissociables.

283. On sait que le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas toujours absolu. Par exemple le dépeçage du contrat que nous avons déjà étudié confronte aussi à des limites, en droit thaï comme en droit français. Dans ce cas les lois de police rentrent en jeu, le système du dépeçage du contrat ne peut pas s'opposer aux dispositions impératives concernant tel ou tel élément du contrat. D'ailleurs, le respect de la cohérence du contrat est indispensable. Dans certains cas, les éléments du contrat sont dissociables les un des autres et ils pourraient être soumis à des lois différentes selon le choix des parties : la limitation de la responsabilité du vendeur, la réserve de propriété, la garantie des vices cachés[522], la clause de force majeure, ou le cas pour une convention d'arbitrage.

---

522 Y. Loussouarn, *Droit international privé*, 9e éd., Paris : Dalloz, 2007, p. 463-464.

De même qu'au stade de jeu normal du mécanisme de la règle de conflit, supposons que la teneur de la loi étrangère soit établie et qu'elle ne soit pas dénaturée, son application doive affranchir les derniers obstacles : l'ordre public international et la fraude à la loi. En raison du caractère neutre, la règle de conflit peut désigner et désigne fréquemment une loi étrangère. Il arrive parfois que la loi étrangère désignée contient des dispositions qui semblent incompatibles avec les principes fondamentaux du for. Pour cette raison le for crée un système pour défendre ses valeurs fondamentales et ses politiques législatives. La loi étrangère normalement applicable est évincée en raison de sa contrariété à l'ordre public international, et lorsqu'il y a fraude à la loi en cause. Force est de constater que les deux moyens sont apparus en tant que mécanismes correctifs de la règle conflictuelle, afin de rendre applicable la loi la plus compatible au litige puisque le for ne peut pas et ne veut pas tolérer à ce sort de « violation » de ses principes de justice universelle qui contiennent des valeurs internationales absolues.

284. Nous étudierons d'abord les deux mécanismes distincts par leurs fonctions : les lois de police et l'exception d'ordre public **(Chapitre I)**. Ensuite, un autre mécanisme correctif de l'application de la loi étrangère consacré par le for qui jouera le rôle lorsque l'action des individus ne s'oppose pas directement à la loi ou aux principes fondamentales mais ils ont essayé de soustraire à son application. Le système juridique du for ferait le recours à la notion de fraude en droit international privé **(Chapitre II)**.

Chapitre Premier

LOIS DE POLICE ET L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC : DEUX MECANISMES DISTINCTS.

285. Le droit international privé ne devrait pas être un outil d'évasion du système de droit national, dès lors toutes règles impératives étatiques doivent être respectées. Lorsque l'on parle du « mécanisme correctif » de l'ordre juridique du for, ceci fait penser également au mécanisme du droit international privé qui a pour l'objet de rectifier la loi choisie par les parties ou même de limiter la volonté de celles-ci. Pour cette raison nous plaçons le mécanisme de lois de police dans ce chapitre, bien qu'il joue le rôle comme un mécanisme d'exception de règle de conflit de lois d'après certain auteur[523]. Suite aux lois de police ou loi d'application immédiate, un mécanisme indispensable qui joue un rôle très important dans l'ordre juridique du for est l'exception d'ordre public en droit international privé, un mécanisme correctif efficace du for. Il laisse jouer la règle de conflit de lois en plein droit qui peut désigner la loi étrangère. Mais lorsque cette loi étrangère est contraire aux valeurs fondamentales censées être sauvegardées par l'ordre juridique du for, l'exception d'ordre public jouera son rôle afin d'écarter ladite loi étrangère.

Les conceptions de lois de police, loi d'application immédiate et l'exception d'ordre public international sont très avancées en France car elles font partie des sujets importants dans ce domaine depuis longtemps. En Thaïlande, le débat sur ce sujet n'est pas encore ouvert, nous essayons d'étudier ces mécanismes sous l'égide de la pensée juridique française et européenne. Hormis ces deux mécanismes, il nous convient de voir aussi l'intervention d'ordre public transnational qui peut être envisagée très souvent dans les contrats internationaux en appliquant le droit non-étatique, malgré son existence critiquable.

286. Nous verrons d'abord la distinction entre les premiers mécanismes qui font l'objet du débat théorique : lois de police et lois d'application immédiate **(Section I)**. Ensuite nous nous intéressons spécifiquement à l'exception d'ordre public en droit international privé des contrats **(Section II)**.

---

523 P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « Les conceptions fondamentales sur les contrats de droit privé à caractère extranéité », *Thammasat Law Journal*, vol. 25, n°3, Sept. 1995, p. 535 et s.

Section I

Lois de police et lois d'application immédiate.

287. Les lois de police s'appliquent immédiatement sans tenir compte aux règles conflictuelles, à la différence de l'ordre public international. On peut dire que les lois de police défendent la politique du moment, et la méthode des lois de police n'est pas pour sauvegarder les valeurs du for face à la loi étrangère inadmissible par l'ordre juridique du for, mais elle est là pour assurer à la loi de police le domaine d'application qui lui revient en fonction de ses objectifs.

Nous verrons d'abord l'incidence des lois de police **(§ 1)**, ensuite celles qui jouent le rôle considérable en droit international privé thaï et qui posent beaucoup de questions pour les juristes **(§ 2)**.

§ 1 : L'incidence des lois de police.

288. Position dans le système de droit international privé. Les lois de police sont en effet des règles de droit international privé qui définissent le champ d'application internationale de certaines règles matérielles internes, sans recourir à la méthode conflictuelle[524]. Dans certaines situations privées internationales, il paraît que l'application de ces dispositions sera indispensable au regard du but qu'elles poursuivent. S'agissant de la place des lois de police dans le système de droit international privé, elles ont été définies comme lois d'application immédiate en raison de leur caractère qui s'applique « immédiatement »[525], quelques soient les éléments d'extranéité en cause. *A priori*, sans tenir compte de la règle de conflit, mais de la délimitation unilatérale de leur domaine d'application : délimitation antérieure et indépendante de toute règle de conflit. La fonction de lois de police présente un danger prévisible, car la possibilité de l'application de loi désignée par le mécanisme de règle conflictuelle est radicalement bloquée. Alors, l'interprétation selon laquelle une telle ou telle disposition est loi de police devrait être

---

524 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, 2e éd., Paris : LGDJ, 2009, n° 190, p. 119.

525 La notion de loi d'application immédiate est utilisée pour la première fois dans la thèse de M. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, p. 11 et s. En effet l'auteur a constaté que dans certaines circonstances le juge français appliquait la loi française sans passer par le mécanisme de règle de conflit classique. C'est un jeu de droit français qui est « immédiate » par rapport à l'application « médiate » qui résulte du jeu de la règle de conflit.

exercée très prudemment. Contrairement, l'exception d'ordre public s'applique une fois après que la règle de conflit a joué son rôle, mais lorsque la loi étrangère a été désignée et que son application portera atteinte aux principes fondamentaux du for, elle sera écartée par le mécanisme de l'exception d'ordre public.

289. Certaines règles semblent être qualifiées de lois de police mais ce n'est pas pour tous les cas ; la différence par rapport à une règle de conflit unilatérale existe. La loi de police ne gouverne pas une institution déterminée mais uniquement un aspect d'une institution dans certaines situations. En revanche, il faut rappeler que, la règle de conflit unilatérale est une règle de droit international privé qui délimite le champ d'application international des règles matérielles du droit du for régissant certain type de questions[526]. Par exemple l'article 309 du Code civil n'est pas la loi de police, ou bien les effets des règles françaises sur la possession d'état quand l'enfant et ses parents sont domiciliés sur le territoire français. Un autre exemple pour l'article 370-4 du Code civil qui stipule que « *Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française* » ; cet article doit être analysé comme une véritable règle de conflit unilatérale.

Nous étudions tout d'abord la notion de lois de police qui est toujours l'objet du débat (A). La question peut se poser si le juge doit respecter les lois de police du for et qu'en serait-il pour les lois de police étrangères (B) ?

A. La notion des lois de police et lois d'application immédiate.

290. Les lois de police ont véritablement attiré l'attention depuis le milieu du XXe siècle. On accepte qu'il ne soit pas facile de déterminer la notion définitive des lois de police. Afin d'éviter une conception trop extensive des lois de police, nous envisageons rapidement la détermination de notion et de critère de ces lois.

291. Identification des lois de police. Il existe des critères dits « formalistes » qui permettent de découvrir son identité : d'une part, la volonté du législateur selon laquelle le caractère de lois de police se présente vers une loi lorsque le législateur détermine le domaine d'application dans l'espace de la loi qu'il édicte, il manifeste sa volonté en posant certaine

526 M.-L. Niboyet, *op.cit.*, n° 151 et 152, p. 89 et s.

limite sous forme de règle unilatérale. Cependant cet argument est critiquable car ce critère semble se reposer sur une interprétation divinatoire de la volonté du législateur. D'autre part, lorsque le législateur non seulement prévoit expressément le champ d'application de la loi qu'il édicte, mais lui attribue aussi un domaine plus étendu que celui qui résulterait normalement d'une règle de conflit[527]. Il nous convient d'étudier certaines lois de police thaïlandaises lesquelles suivent la direction du seconde approche. Le problème peut se poser comment peut-on déterminer les lois de police en l'absence de volonté expresse du législateur ? Selon la conception de MM. De Nova[528] et Graulich[529], le critère des lois d'application immédiate doit être trouvé dans les buts exprimés par la loi du for. Autrement dit, la volonté ne peut apparaître que dans le contenu des dispositions de la loi en question et des objectifs que cette loi révèle.

292. Francescakis a fondé le critère des lois d'application immédiate sur « *l'élément d'organisation étatique qu'elles reflètent* »[530]. Cet auteur a même accepté que cette notion s'étende à « *tout élément d'organisation juridique qui intéresse directement la société étatique* »[531]. Il allait jusqu'à des types d'organisation en cause, pour lui il s'agit de ceux qui sont « *d'importance vitale pour l'État* »[532], c'est-à-dire *d'assurer ses objectifs sociaux ou économiques*. Francescakis a même proposé une définition de ces lois, les lois de police seraient les lois « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* »[533]. Il semble qu'il reste toujours sur l'idée de

---

527 A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé : contrats internationaux et dirigisme étatique*, Bibliothèque de droit international privé, vol. XIV, Dalloz, 1972, H. Batiffol et Ph. Francescakis (dir.), p. 220 et s.

528 R. de Nova, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *in Mél*. offerts à Jacques Maury, Paris : Dalloz, t. I, 1960, p. 382.

529 P. Graulich, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *in Mél*. en l'honneur de Jean Dabin, *Droit positif*, Bruxelles : Bruylant, 1963, t.II, p. 632. Cet auteur distingue lois d'application immédiate en deux sortes : les unes reposent sur une assimilation de la relation internationale à une relation interne en raison de la finalité de la loi du for, les autres reposent sur le fait qu'un national est en cause. Un exemple des dernières est la loi thaïe de 1991 relative au transport international de marchandises par voie maritime.

530 Ph. Francescakis, « Conflit de lois », *Rép. D. Dr. int.*, n° 125.

531 *Id*., n° 126.

532 *Id.*, n° 127.

533 *Cf.* Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP*.1966.1 et s. Cet auteur a affirmé que la nature des lois d'application

traduire les objectifs sociaux ou économiques du législateur. En effet cette définition est jugée plus nuancée car on peut constater que dans les États modernes, toute loi tend à garantir des intérêts économiques ou sociaux. D'après M. Y. Loussouarn, il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois sauf la différence de degré[534]. Il s'agit du critère finaliste de la théorie moderne des lois d'application immédiate.

293. Une autre critique a porté sur le critère de l'implication de l'organisation étatique qui ne devrait pas être lié à l'intervention d'un service public. Par conséquent la notion de zone grise, selon Francescakis, peut le remédier. Il s'agit d'une idée que l'on peut trouver une loi de police dans une telle zone où le droit public et le droit privé se marient[535]. Cependant on peut trouver ce constat dans les travaux antérieurs comme par exemple celui de M. Neumayer[536]. Hormis ce problème, on se demande si le droit public pouvait faire partie des lois de police ? Sur ce point, Francescakis avait affirmé dans ses écrits que les termes de lois de police pouvaient être retenus en tant que coextensifs de « droit public »[537]. Autrement dit, les lois dites de droit public trouvent aussi leur place dans la méthode des lois de police[538]. En effet on peut trouver que les lois de police intégreraient des lois qui ne sont pas de droit privé pur pour que celles-ci ne cantonnent pas le conflit de lois au droit privé au sens strict. En ce qui concerne l'opinion de M. P. Kinsch[539], il avait estimé que les règles de droit public peuvent être intégrées dans le concept plus large de lois de police. Il faut faire une répartition entre deux normes pouvant être intégrées dans cette catégorie de loi : les lois de police contractuelles qui sont des règles de décisions ayant pour objet d'imposer impérativement un certain contenu au rapport contractuel ; et les règles de conduite qui ont pour but de

---

immédiate est révélée par leur objet, et qu'elles sont les dispositions qui résultent de la prise en charge par l'organisation étatique des intérêts communs.

534 Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », *RCADI*.1973.II.133.

535 Ph. Francescakis, *Annuaire de l'IDI*, Session de Wiesbaden, 1975, vol. 56, p. 192, spéc. p. 195.

536 Neumayer, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *RCDIP*.1957.579 et *RCDIP*.1958.53, spéc. p. 60 et 69.

537 Ph. Francescakis, *Annuaire de l'IDI*, *op.cit*., p. 196.

538 Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *RCDIP*.1966.1, spéc. p. 15 ; *ibid*., « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *RDIPP*.1967.691, spéc. p. 695.

539 P. Kinsch, *Le fait du prince étranger*, Paris : LGDJ, 1994, préf. J.-M. Bischoff.

réglementer un comportement pouvant être d'origine contractuelle[540]. Cette thèse paraît être acceptée de nos jours.

294. La Convention de Rome de 1980 a adopté la définition de Francescakis dans son article 7 § 1. Il semble inclus dans cet article les règles de droit public comme celles de droit privé car il n'y a aucune réserve dans cet article des normes de droit public. Dès lors il est possible de conclure ici que les dispositions de cet article visent ce genre de règles[541]. Affirmant par les écrits de M. P. Lagarde sur la Convention de Rome, cet auteur a cité des exemples destinés à illustrer que l'article 7 § 1 sont des règles de droit public dans le sens large[542].

Tandis que la notion de loi de police est plus spécifique que celle de loi d'application immédiate, on peut dire que les lois d'application immédiate ne sont pas nécessaires d'être les lois de police[543], mais il est très exceptionnel. C'est la raison pour laquelle on peut considérer que ces deux expressions sont synonymes[544]. Toutefois, on accepte l'intérêt de distinguer les deux notions car il permet la répartition des règles intervenant de façon immédiate des règles qui ne méritent pas ce statut[545].

295. Le dernier constat que l'on peut observer afin de déterminer les lois de police porté sur la technique de rattachements. Les lois d'application immédiate utilisent une technique de rattachement similaire à celle des règles de conflits ; la nationalité, la situation des biens, la

---

540 *Id*., n° 302.

541 *Contra*. A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris : LGDJ, 1993, n°442 et s.

542 P. Lagarde, « Examen de l'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelle », *TCFDIP* 1971-1973, p. 147 et s ; *ibid*., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome », *RCDIP*.1991.287.

543 V. sur ce point, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI*.1981.277, spéc. n°13 et s., p. 287 et s. D'après cet auteur il existe un lien rationnel entre le champ d'application de lois de police au sens strict et son contenu, alors qu'un tel rapport n'existe pas pour les lois d'application immédiate non de police. Mais la question peut se poser qui pourrait affirmer que dans une telle hypothèse il existe bien le lien rationnel et il ne l'est pas dans une autre.

544 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, op.cit., n° 189, p. 119 ; *Cf.* N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Thèse, Strasbourg III, 2003, n°59, p. 33. Cet auteur a proposé de ne pas distinguer entre les deux notions, les lois de police et les lois d'application immédiate et de les appliquer sous l'expression générique de lois de police.

545 *Cf.* P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op.cit.*, n°17, p. 291-292. Il a estimé que l'expression de lois de police devrait être réservée aux lois d'application immédiate « dont la teneur ou le but appellent leur application à des situations qui ne leur sont pas soumises par la règle de conflit ».

situation d'un marché concerné, le lieu de conclusion d'un acte ou le lieu sur lequel une activité a été dirigée pour le domaine du commerce électronique. Force est de constater que les situations internationales qui seraient régies par les lois de police ou les lois d'application immédiate doivent présenter un élément prédéterminé de rattachement avec elles.

B. L'intervention de lois de police du for et lois de police étrangères.

296. *A priori,* les lois de police interviennent de façon immédiate sans aucune application de la règle de conflit de lois. Certes, le juge devra appliquer ses lois de police du for, ceci est logique, mais il reste à savoir si le juge devrait appliquer les lois de police étrangères ?

1) L'argument sur les lois de police du for.

a. Lois de police au sens de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

297. En effet l'article 7 de la Convention de Rome n'utilise pas le terme « loi de police », mais « dispositions impératives » lesquelles gouvernent la notion de lois de police et d'autres termes comme prévu[546].

On trouve que le texte de cette convention international ne définie pas la notion des lois de police, donc chaque juge devra consulter son propre système juridique pour la détermination des lois de police. Cependant le souci sur l'application diverse par les tribunaux des États membres leur loi nationale de police est réglée à travers le contrôle exigé par l'ordre communautaire. Il s'agit du contrôle de la loi nationale de police, ce contrôle fait perdre aux lois de police leur caractère de loi d'application immédiate. Il a pour objet de contrôler la conformité de la loi nationale qui revendique son application au principe de libre circulation. Par conséquent, la loi nationale de police interviendra dans les hypothèses de l'absence de champ d'application du droit communautaire dérivé.

298. Quant à la notion de lois de police au sens communautaire, la CJCE a défini dans son arrêt *Arblade* du 23 novembre 1999 les lois de police comme « *des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique*

546 Pour certains auteurs la différence entre les deux termes existe, d'après M. P. Mayer il a proposé une distinction entre lois d'application immédiate et lois autolimités. (*Cf.* P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *loc.cit.*)

localisé dans celui-ci »[547]. La Cour a en suite consacré clairement le contrôle des lois de police en estimant dans le même arrêt : « *L'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté, ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire. Les motifs à la base de telles législations nationales ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par le traité et, le cas échéant, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général* »[548].

299. *A priori*, la CJCE a le pouvoir d'interpréter les normes communautaires qui peut conduire à considérer si telles normes ont le caractère de lois de police européennes. La question peut se poser si toutes les règles issues de droit dérivé sont-elles les lois de police ? Car normalement les règles de droit dérivé sont considérées comme impératives. Il nous convient de citer ici l'arrêt *Ingmar*[549] s'agissant du contrôle par la CJCE sur la qualification des lois de police. En l'espèce, la CJCE a estimé que la loi anglaise de transposition de la directive sur les agents commerciaux de 1986 devait être impérativement respectée au profit d'un agent commercial (*Ingmar*) en exercice dans un État membre (le Royaume-Uni), indépendamment du choix de la loi applicable par les parties (la loi californienne) et indépendamment de la circonstance que le commentant était établi dans un pays tiers (la Californie). L'idée est que tous les agents exerçant leur activité sur le territoire communautaire doivent être soumis au même régime sous peine de conférer à certains commettants un avantage concurrentiel indu. La CJCE a justifié l'impérativité internationale de cette directive à travers la protection des agents commerciaux.

D'après Mme. M.-L. Niboyet, si toutes les normes communautaires visant à rapprocher les législations de États membres pour diminuer les distorsions de concurrence doivent être qualifiées de loi de police, il en résulte que toutes les directives doivent accéder à la qualité de normes impératives[550]. Il s'agit des « lois de police à géométrie variable » une

---

547 CJCE, aff. C-369/96 et C-6376/96, 23 novembre 1999, *Arblade*, pt. 30., *JDI*.2000.493, note M. Luby ; *RCDIP*.2000.728, note M. Fallon.

548 L'arrêt précité.

549 CJCE, aff. C-381/98, 9 novembre 2000, *Ingmar*, *RCDIP*.2001.112, note L. Idot; *JCP (E)* 2001.12, obs. J. Raynard

550 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *op.cit.*, n°198, p.126.

nouvelle catégorie de lois de police[551]. Il semble que ce constat est plus net. On peut constater que la directive agents commerciaux n'aurait pas eu sa place dans la loi de police lorsque le litige avait mis en scène une relation intra-communautaire c'est-à-dire si le choix de la loi applicable au contrat avait porté sur la loi d'un État membre ayant procédé à la transposition de cette directive. Dès lors, une norme communautaire ne devient une loi de police que dans les situations internationales, dans lesquelles les parties ont désigné la loi d'un État tiers et le cas où l'agent exerce son activité sur le territoire d'un État membre. Cependant, il est à noter que la solution de la CJCE est contraire au cas similaire jugé par la Cour de cassation[552].

b. Lois de police au sens du Règlement (CE) n° 593/2008.

300. Ce nouveau règlement communautaire définit les lois de police dans l'article 9 § 1 ainsi : « *Une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels 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* ». En effet cette définition n'est pas nouvelle, car le règlement reprend les éléments donnés de la jurisprudence communautaire laquelle a été inspirée par Francescakis. C'est l'arrêt *Arblade*[553] de la CJCE précité, qui avait pris en compte de la définition initiale en ajoutant le terme « crucial ».

On peut dire que le règlement a adopté la notion de lois de police d'un degré plus élevé d'impérativité. Bien que la loi applicable au contrat soit une loi désignée d'après ce règlement, une telle loi ne produit aucun effet si elle viole la disposition de lois de police de juge du for (art. 9 § 2) et aussi les lois de police étrangères (art. 9 § 3).

2) L'argument sur les lois de police étrangères.

301. La notion de lois de police étrangères n'est autre que celle de lois de police tierces. Les dernières ne relève ni de la *lex fori*, ni de la *lex causae* alors que les lois de police étrangères sont celles qui sont l'unité de la loi étrangère désignée par la règle de conflit.

---

551 *Cf.* L. Idot, « Domaine spatial du droit communautaire des affaires », *TCFDIP*.1992.145 ; Les conflits de lois en droit de la concurrence, *JDI*.1995.321.

552 Cass. com., 28 novembre 2000, *JDI*.2001.511, note J.-M. Jacquet.

553 CJCE, aff. C-369/96 et C-376/96, 23 novembre 1999, *Arblade*, préc., pt. 30.

Le problème de l'intervention des lois de police étrangères se pose notamment en matière contractuelle, car dans cette matière le principe de l'autonomie de la volonté paraît inadapté face à certains règlements impératifs. Dans les contrats internationaux, certaines règles doivent être respectées ; celles du pays de conclusion ; celles du pays d'exécution ainsi que celles d'autres pays concernés par la situation en cause[554]. Cet auteur nous a montré la possibilité de déroger la règle Savignienne classique et l'inopportunité de l'autonomie de la volonté dans certaines situations[555]. Cette approche a été affirmée par W. Wengler, un partisan du respect aux lois de police étrangères, qui a également proposé d'appliquer les dispositions impératives du for et d'un autre État tiers qui se veulent applicables autre que la *lex contractus*. Cependant l'application de ces règles devrait se soumettre à deux conditions ; la première, les dispositions impératives tierces ne doivent pas être contraire à l'ordre public international du for ; la seconde, c'est une exigence d'un lien étroit entre l'État dont émanent la règle et la situation en cause[556].

302. En ce qui concerne la nécessité d'une règle de rattachement relative aux lois étrangères, désignant les lois de police autres que celles du système juridique applicable au contrat, on peut se demander dans quel intérêt on pourra obtenir l'application des lois de police étrangères ? Une décision classiquement citée rendue par *Hoge Raad* paraît pour la première fois en admettant la nécessité de façon explicite[557]. La Cour suprême néerlandaise avait analysé la question d'application de règles impératives belges à un contrat de transport

---

554 L. De Winter, « De grenzen van de contractvrijheid in het international privaatrecht », *Weekblad voor Privaatrecht*, Notarisambt en Registratie, 1940, 3675 et s. Cité par N. Nord, *Ordre public et lois de police*…, *op.cit.*, p. 346.

555 Pour bien illustrer, prenons un exemple, les parties ont choisi la loi thaïlandaise applicable au contrat du transport. Les marchandises se trouvent au Japon édictant un embargo : l'interdiction d'exportation ces marchandises. Alors le débiteur ne peut pas exécuter ses obligations en délivrant les marchandises à l'étranger. Le créancier a porté plainte contre le débiteur devant la Cour française. Le juge français applique la loi thaïe choisie par les parties, mais il peut aussi prendre en considération la loi japonaise pour savoir si elle constitue un événement de force majeure selon la *lex contractus*.

556 W. Wengler, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, ZvglRWiss, 1941, p. 168. Cité par N. Nord, *Ordre public et lois de police*…, *op.cit.*, p. 347.

557 *Hoge Raad*, 13 mai 1966, *Alnati*, *RCDIP*.1967.522, note Struycken. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de transport maritime des pommes de terre d'Anvers à Rio de Janeiro. La marchandise étant arrivée endommagée à la destination. Les compagnies d'assurances qui avaient indemnisé le destinataire réclamaient au transporteur le remboursement. Il reste à savoir quelle loi régissait à la responsabilité du transporteur et de savoir si l'exonération du transporteur prévue dans le contrat pouvait produire un effet à la causalité du dommage. Les parties ont choisi la loi néerlandaise applicable au contrat, cependant le tribunal de Rotterdam comme la Cour d'appel de La Haye, même pour les motifs différents, avaient retenu la compétence de la loi belge selon laquelle le transporteur doit prouver que le dommage résulte d'un vice caché de la nature spéciale ou d'un vice propre de la marchandise.

maritime. Elle a admis l'application des lois de police étrangère en affirmant que « *bien qu'en principe les parties choisissent la loi applicable à un contrat international, il peut arriver que, pour un État étranger, l'observation de certaines de ses règles, même en dehors de son territoire revête une importance telle que les juges doivent en tenir compte et dès lors les appliquer de préférence au droit d'un autre État qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat* »[558].

303. L'arrêt récent de la Chambre commerciale en 2010[559] dans lequel le principe de l'applicabilité des lois de police étrangères a été affirmé explicitement. En l'espèce, deux sociétés françaises avaient conclu un contrat ayant pour objet l'acheminement de viande bovine de France au Ghana. La société *Faudever*, chargée d'organiser le transport de la marchandise, a assigné un transporteur maritime danois. Car, ce dernier n'a pas pu délivrer la marchandise à cause de la loi d'embargo appliquée unilatéralement par l'État du Ghana sur la viande bovine d'origine française. Le transporteur a décidé de rapatrier la marchandise et de remettre à la société vendeuse, la société *Viol,* qui a dû la vendre en urgence. Le vendeur a porté plainte contre le transporteur afin d'obtenir indemnisation de son préjudice. Ce transporteur a été condamné en appel en raison de la loi étrangère imposant l'embargo qui ne serait pas opposable en France et n'aurait pas force obligatoire à l'égard des contractants français. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel, au visa de l'article 7 § 1 de la Convention de Rome, en estimant qu'il était de l'office des juges du fond d'envisager la possibilité de donner effet à la loi ghanéenne en tant que loi de police. D'après la Cour de cassation, « *lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat* ». Force est de reconnaître que la Cour de cassation a eu l'opportunité d'imposer indirectement aux juges du fond une nouvelle obligation. Lorsque le

---

558 Cependant le *Hoge Raad* a estimé en l'espèce que « *les règles belges ne revêtent pas un caractère tel que le juge néerlandais serait tenu, eu égard aux intérêts belges qui sont en cause relativement à l'application de ces règles, de leur donner la priorité sur le droit néerlandais choisi par les parties* ». D'après cette décision, force est de constater que, autre que l'application, la prise en considération des lois de police étrangère n'est pas moins importante. Car l'intérêt de ceci se présente dans le cas où un rapport de droit manifeste un lien étroit avec un État sans que sa loi soit désignée par la règle de conflit du for.

559 Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S*, n° 08-21.511, *D*. 2010.824, *ibid.* 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD com.* 2010.457, obs. P. Delebecque ; *JCP (G)*.2010.530, note D. Bureau et L. d'Avout ; *RDC*.2010.1385, note P. Deumier.

conflit de lois fait l'objet du débat, les juges doivent rechercher les lois de police étrangères éventuellement applicables au litige.

C'est la tâche du juge d'identifier la loi de police étrangère[560], comme on a constaté dans l'arrêt du 16 mars 2010 précité ; la recherche d'une volonté de la loi étrangère de s'appliquer en raison des finalités que celle-ci poursuit. Le juge doit tenir compte complètement des conceptions étrangères en mettant de côté celles du for. Force est de constater qu'il n'était pas difficile pour le juge dans l'arrêt du 16 mars 2010 d'identifier la loi de police étrangère, car il était évident que la mesure d'embargo se voulait applicable à toutes les importations de viande bovine française.

304. Selon la Convention de Rome, l'intervention de lois de police étrangère dépend des conditions posées dans l'article 7 § 1. Tout d'abord, la situation concernée doit avoir un lien étroit avec cette loi. Afin d'éviter le cas où le juge confronte à une application éventuelle de plusieurs lois de police étrangères des États différents présentant tous les liens mais non des liens étroits avec le contrat[561]. Il faut constater que les dispositions en cause doivent être considérées dans son pays d'origine comme lois de police. Le juge doit ensuite apprécier l'opportunité de l'application de cette loi en tenant compte de sa nature, de son objet et de ses effets. Pour cette condition, d'après Mme Gaudemet-Tallon, le texte ne donne aucune précision. Bien que le juge reste libre dans ce cas, il faut justifier la nature et l'objet de la disposition étrangère du point de vue des intérêts de l'État concerné ou de celui des parties[562]. Cependant il peut arriver le cas où les finalités de la loi de police étrangère ne conforment pas aux intérêts légitimes de l'État du for, dans ce cas la loi de police du for doit emporter la loi de police étrangère[563]. On peut rapprocher cette opinion à celle de W. Wengler précité.

---

560 J. Sagot-Duvauroux, « La mise en œuvre des lois de police étrangères par le juge français », Lexbase Hebdo, le 27 mai 2010, n° 396, éd. Privée Générale. Disponible sur le site : http://www4.lexbase.fr/lexbase/SilverStream/Pages/homepage.html : L'auteur a observé qu'il est difficile pour le juge du for de rechercher la volonté du législateur étranger et des objectifs qu'il poursuit à travers les dispositions législatives. Car la finalité d'une disposition est rarement évidente sans une connaissance plus large du contexte juridique dans le quel elle s'inscrit. Bien que le juge appelle à l'analogie, les États ne défendent pas les mêmes politiques économiques ou sociales. Cet auteur a affirmé, par ailleurs, qu'il paraît difficile de requérir du juge français qu'il détermine lui-même les dispositions dont l'application est nécessaire pour que la politique d'un État auquel il n'appartient pas soit respectée.

561 H. Gaudemet-Tallon, « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *J-Cl. Europe*, 1996, *Fasc.*3201.

562 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 200, p. 127.

563 *Id.*, n° 201, p. 128.

305. Quant au règlement Rome I, il existe la différence de l'article 9 à l'article 7 de la Convention de Rome de 1980. Car le Règlement limite la possibilité de donner effet aux lois de police étrangères. Le Règlement ne permet d'appliquer que les lois de police de l'État dans lequel les obligations contractuelles du contrat ont été exécutées, et seulement dans la mesure où ces lois rendent l'exécution du contrat illégale. Alors que la Convention traitait les lois de police étrangère au même degré que celles du for.

Comme on le sait, la désignation des lois de police étrangères ne présente de difficultés que lorsque celles-ci ne font pas partie intégrante du système juridique applicable au contrat. Car si elles font parties de ce système, elles seront désignées en même temps que la loi du contrat. *A contrario*, il n'est pas facile de déterminer son rattachement sur le plan international. Le Règlement est plus strict concernant une réserve par rapport à la Convention de Rome qui laisse la place ouverte pour les États membres de formuler la réserve, alors qu'aucune disposition du Règlement Rome I ne permet d'y faire. Certains auteurs[564] trouvent que l'article 9 § 3 du Règlement permet aux parties d'échapper à l'application des lois de police étrangères par le choix du juge compétent. Car les parties devraient respecter des règles prohibitives du lieu d'exécution des obligations, mais pour celles de tierces, l'article 9 du Règlement les rend inapplicables. A notre avis, il est possible que le législateur ne voie aucun intérêt de respecter les lois de police tierces qui ne concernent pas directement le contrat. Cependant, s'il y a plusieurs lieux d'exécutions du contrat (tous sont obligations principales), il faut respecter les lois de police de chaque État concerné.

306. La Cour de cassation dans l'arrêt du 16 mars 2010[565] laisse la porte ouverte aux lois de police étrangères, mais il faut rappeler qu'il s'agissait du contrat régi par la Convention de Rome. Qu'en est-il pour les contrats qui sont sous l'empire du Règlement Rome I ? Un auteur[566] a affirmé que « le juge doit obligatoirement considérer les critères de l'article 9 § 3 du règlement s'agissant de décider du principe de la prise en compte des lois de police étrangères. Car le juge dispose, une fois cette obligation accomplie, d'un pouvoir

---

564 *Cf.* D. Bureau et L. D'Avout, « Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *JCP* (G) 2010, n° 19-20, le 10 mai 2010, p. 998 ; *Cf.* L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », Le règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », présentation générale par S. Bollée et S. Lemaire, *D.* 2008, n°31, p. 2167.

565 Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S, préc.*

566 R. Freitag, IPRax 2/2009.109, p. 111 cité par D. Bureau et L. D'Avout, *loc.cit.*

discrétionnaire d'appréciation quant à leur mise en application au regard du critère de compatibilité des lois de police étrangères avec les valeurs internes du for ».

307. L'application des lois de police étrangères ont été acceptée par la doctrine et le droit positif[567]. Elles font partie de la théorie générale de droit international privé, au même titre que les lois de police du for. Sur le plan théorique, on ne peut contester l'application nécessaire des lois de police étrangère qui est également le droit étranger, si le juge applique la loi étrangère, il est plus logique d'appliquer tout système du droit étranger. Puisque l'application une partie de ce dernier peut entraîner le résultat incohérent. Certes, on admet que son application n'est qu'en réalité facultative pour le juge du for, comme l'écrit M. Mayer, « l'application de la loi de police étrangère ne constitue pas une coopération au sens strict du mot »[568]. Alors, le juge décidera s'il y a lieu ou non de les mettre en œuvre. Nous nous demandons si la théorie de M. Wengler selon laquelle la seule limite de l'application de lois de police étrangères réside dans l'exception d'ordre public international est toujours retenue ? En effet, lorsqu'un État trouve que la loi de police étrangère porte atteinte à l'une de ses politiques ou à ces principes fondamentaux, l'application de cette loi sera rejetée. Car, la liberté du juge saisi est toujours considérable ; l'application ou la non application dépendent de l'appréciation du juge. L'argument peut se développer dans le sens qu'il n'y a aucune place pour l'exception d'ordre public international, puisqu'elle ne jouera son rôle qu'à l'encontre de la loi étrangère normalement compétente désignée par le mécanisme de la règle de conflit de lois. Cependant la théorie de M. Wengler peut être admissible pour justifier la non application des lois de police étrangères, mais on ne peut en tenir compte au sens stricte du terme. Il est possible que le juge refuse les lois de police étrangères sous prétexte que celles-ci sont contraires à l'ordre public international du for ou à la paix publique. Quoiqu'il en soit, notons que le jugement rendu risquera de ne pas être exécuté dans le pays où ses lois de police ne sont pas respectées.

---

567 Ceci a donné lieu à un détour inutile du concept de « prise en considération » qui ne reste qu'une technique subsidiaire de nos jours. V. sur ce point D. Bureau et L. D'Avout, *loc.cit.*

568 P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op.cit.*, n° 38, p. 311-312. V. aussi J. Sagot-Duvauroux, « La mise en œuvre des lois de police… », *loc.cit.*

§ 2 : L'incidence de lois de police et lois d'application immédiate en droit international privé thaï.

308. On sait que la plupart des lois d'application immédiate françaises sont d'origine jurisprudentielle. Certes, il est difficile de définir les critères servant à leur identification sauf celle de Francescakis comme on l'a déjà citée. Quoique que cette définition semble vaste pour certains auteurs, on l'accepte comme une base pour prendre en considération du caractère de lois de police de certaines lois. En Thaïlande comme en France, on envisage la difficulté de répartition les lois de police des lois d'application immédiate. C'est une tâche alourdie car on ne retrouve pas beaucoup d'écrits juridiques sur ce sujet. Nous essaierons malgré tout, de définir la notion de ces deux règles (A). Par ailleurs nous étudierons également la pensée juridique sur les règles protectrices de la partie faible laquelle n'est pas facile de distinguer des lois de police au regard de son objectif (B).

A. La difficulté de dissociation lois de police et lois d'application immédiate thaïe.

1) La notion assimilée des deux mécanismes.

309. En Thaïlande, la notion de lois de police et lois d'application immédiate restent encore à définir. De surcroît, une classification des intérêts étatiques en matière contractuelle est très compétitive, les opinions étant diverses sur ce point. Il en résulte que l'on ne peut pas trouver la définition précise des lois de police en droit international privé thaï. En effet il n'est pas aisé pour les juristes thaïs de faire une distinction nette et définitive entre les lois de police et les lois d'application immédiate. Les termes « lois de police » dans la langue thaïe sont parfois mêlés avec les mots « ordre public et bonnes mœurs ». Cependant les lois de police, d'après un auteur[569], peuvent être utilisées sous deux régimes : le droit public et le droit privé. Les lois de police sous le régime de droit public ont pour l'objet de sauvegarder généralement l'organisation politique, économique et sociale, et pour sauvegarder la coutume et les bonnes mœurs. Les lois de police sous le régime de droit privé ont pour l'objectif de surveiller les bonnes relations entre des individus afin de sauvegarder l'intérêt général de la société. Par exemple, l'article 150 du Code civil et commercial s'agissant de l'acte juridique

569 Ch. Pachusanond, « Lois d'application immédiate, la règle de conflit de lois : les effets sur la convention internationale du droit international privé », *Thammasat Law Journal*, vol. 16, n°4, 1986, p. 22 et s.

stipule que : « *Un acte quelconque ayant un objectif interdit explicitement par la loi, acte ayant l'objectif impossible ou contraire à l'ordre public et à la bonne mœurs du peuple, est un acte nul* »[570]. Cet article est confirmé par l'article 151 selon lequel « *Un acte quelconque qui a l'objectif contraire à la loi, si ladite loi n'est pas d'ordre public ou de bonne mœurs du peuple, cet acte n'est pas nul* »[571]. Normalement les auteurs ont qualifié ces deux articles du CCC d'ordre public. Mais, lorsque l'on tient compte de leur caractère impératif dans tous les cas, on peut également admettre cette qualification de lois de police proposée par cet auteur.

A notre avis, une règle déterminant l'indemnité minimale de préavis due au travailleur en cas de résiliation unilatérale par l'employeur est aussi la loi de police de droit privé.

310. Les lois de police sont définies comme « la loi qui est destinée à contrôler les actes juridiques conclus dans le territoire d'un pays et d'écarter l'autonomie de la volonté des individus de son rôle normal dans une telle circonstance »[572]. D'après cet auteur ces lois sont aussi les droits généraux dont l'application est nécessaire afin de sauvegarder l'organisation économique, politique et sociale du pays[573]. Alors la définition donnée par Francescakis a été reprise à ce stade pour décrire la notion de lois de police thaïes.

Par ailleurs, le même auteur a proposé de regrouper les lois de police en matière de droit privé dans deux groupes : les premières sont les lois de police dont l'application est relative (loi applicable à l'état et la capacité, la protection du mineur) et les secondes, les lois de police dont l'application est absolue (e.g. les conditions de mariage ; l'article 1562 du CCC qui interdit à une personne d'assigner ses parents naturels[574] ; le droit réel immobilier, le droit pénal[575]).

Reste à savoir dans quel cas le juge thaï a l'office d'application immédiate de ses lois.

---

570 มาตรา ๑๕๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า " การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นเป็นโมฆะ "

571 มาตรา ๑๕๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า " การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ "

572 Ch. Pachusanond, « Lois d'application immédiate… », *op.cit.*, p. 24.

573 *Id.*, p. 25.

574 Mais ceci peut se faire à travers le défenseur public.

575 En Thaïlande on ne classifie pas le droit pénal dans régime de droit privé. Il est à noter que l'on a trois régimes en général c'est-à-dire le droit privé, le droit public et le droit pénal.

2) La qualification de lois de police thaïlandaises.

311. L'application immédiate de certaines dispositions sont nécessaires puisque le rattachement prévu par la règle de conflit bilatérale, en particulier le cas en matière contractuelle, peut toujours désigner la loi étrangère qui ne peut probablement pas assurer les intérêts économiques du for. On peut noter que de nos jours, la Thaïlande a des lois spécifiques relatives au commerce international, telles que la Loi de 1991 portant sur le transport international de marchandises par voie maritime ; la Loi de 2004 relative aux avaries communes ; et la Loi de 2005 portant sur le transport multimodal international, dont certaines d'entre elles sont les lois de police.

312. Loi applicable au contrat de transport international de marchandises par voie maritime. En effet ce droit du transport peut être classé dans deux catégories : l'une est droit matériel spécial ; l'autre est loi de police. Les droits et les obligations des parties contractantes dans un contrat international du commerce maritime sont régis par la Loi de 1991 portant sur le contrat de transport international des marchandises par voie maritime. Cette loi est entrée en vigueur depuis l'année 1991. Les contrats internationaux conclus avant l'entrée en vigueur de cette loi seront alors soumis à la loi applicable au contrat de transport interne du Code civil et commercial.

Il faut constater que la Loi de 1991 ne régit que certaines matières sur le transport de marchandises par la mer : le connaissement, les droits et les obligations des parties, les responsabilités du transporteur, les limites de responsabilités et le calcul des indemnités. Dès lors, les contrats internationaux portant sur ces questions pourraient être soumis soit à la Loi de 1991, soit la Loi de 1938 relative au conflit des lois qui peut désigner la loi étrangère sous certaines conditions. Les parties contractantes ne pourront pas éviter l'application de cette loi lorsque les conditions d'application sont réunies. Dans ce cas, cette loi joue le rôle de loi d'application immédiate. Voyons la dernière phrase de l'article 4, 1er alinéa :

« *cette loi s'applique au contrat du transport de marchandises du port interne à la destination étrangère, sauf dans le cas où les parties ont conclu par écrit dans leur contrat d'application d'autre loi étrangère ou la convention internationale, il faut appliquer la loi d'autonomie.* ***Toutefois, lorsque l'une des parties, physique ou morale, a nationalité thaïe, cette loi est applicable au contrat*** ».

L'objectif poursuivi de cette loi est de protéger la plupart des commerçants thaïs qui n'ont pas une bonne connaissance de lois étrangères ou de conventions internationales dans ce domaine. Le législateur trouvait que l'on ne pouvait ni laisser les contrats conclus par

commerçants thaïs soumettre au mécanisme de la règle conflictuelle, ni laisser jouer l'autonomie de la volonté lorsque l'un des contractants est Thaï. Il est à noter que 90 pour cent de transporteurs sont étrangers dans le commerce maritime thaï, et ils ont pratiquement inséré dans leur contrat de transport la clause de choix de la loi du pays de transporteur ou la convention internationale. Cependant nous pensons que les contractants peuvent toujours choisir la loi applicable au contrat de transport dans la mesure où la loi choisie ne toucherait pas trop les intérêts des parties thaïes ou l'intérêt économique de la Thaïlande. Il convient de citer une remarque d'un auteur français[576] sur les intérêts des chargeurs selon laquelle on peut observer que la considération des intérêts des chargeurs ne répond pas au désir de protéger les chargeurs, mais plutôt de favoriser certains intérêts économiques du pays de chargeurs.

Lorsqu'il s'agit du contrat de transport de marchandises entre les ports en Thaïlande même si ce contrat est conclu à l'étranger, le problème de détermination de la loi applicable au contrat est régi par la Loi de 1938 relative au conflit de lois, près que l'hypothèse où les parties ont choisi, par écrit, la Loi du transport maritime de 1991 applicable au contrat.

313. Lorsque l'on vise au contrat de transport combiné international de marchandises, c'est la loi de 2005 sur le transport multimodal international qui est en jeu. La Thaïlande n'a pas de loi spécifique sur le transport terrestre international, ni de loi sur le transport aérien international. Le problème se pose lorsqu'on ne savait pas sur quel transport les dommages ont eu lieu, donc il est difficile à rechercher la loi applicable à la situation[577]. Dès lors, cette loi est appréciée aux agents consignataires et aux destinataires au cas où il y a dommages car ils pourront porter plainte contre un seul transporteur pour un seul contrat. De même que la loi de 1991 sur le transport international de marchandises par voie maritime, la loi de 2005 n'applique qu'aux certains points du transport multimodal : le connaissement, les droits et les obligations des consignataires et des transporteurs multimodaux, la limitation de responsabilités du transporteur multimodal, le calcul des indemnités, et les modes de règlement des différends. Cette loi oblige tous les transporteurs de faire enregistrer leurs entreprises auprès les autorités publiques. Notamment les transporteurs étrangers devront enregistrer le sous-traitant en Thaïlande pour que l'expéditeur thaï puisse porter plainte devant

576 A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé…, op.cit.*, p. 221 et s.

577 *Cf.* P. Eagjariyakorn, *La loi de 2005 sur le transport multimodal international,* Bangkok : Université de Thammasat, 2007, p. 25-26.

la Cour thaïe. C'est pour créer un lien effectif avec le territoire thaï qui justifiera la compétence juridictionnelle du juge thaï.

Selon cette loi, le transport combiné est le transport dont les parcours s'effectuent par les deux modes de transport ou plus mais sous le même contrat du transport multimodal. Cette loi s'applique au transport combiné d'un pays à la destination située dans un autre pays c'est-à-dire le transport international. Lorsque les conditions exigées par la loi sont réunies, cette loi sera applicable au contrat. Autrement, on observe que la loi de 2005 ne rattache pas à la nationalité des parties, ni au lieu de conclusion du contrat comme la loi de 1991 sur le transport international de marchandises par voie maritime. Cependant cette loi pourra être applicable également au contrat de transport interne lorsque les parties ont procédé un choix dans leur contrat[578].

Il reste à savoir si cette loi est la loi de police ou la loi d'application immédiate ? Voyons qu'en l'absence de volonté expresse du législateur, la détermination des lois qui seraient d'application immédiate semble être très délicate. Il est douteux en comparant à une autre loi de ce genre, loi de 1991 sur le transport maritime, si la loi du transport combiné est la loi de police ou non. On peut faire valoir que la volonté du législateur n'est pas équivoque pour étendre le domaine d'application de la loi du for[579]. Mais il faut rappeler que cette volonté ne peut apparaître qu'au travers du contenu des dispositions en cause et des objectifs que ce contenu révèle. L'analyse du caractère de cette loi n'est pas facile car il existe des dispositions qui mettent en place des organes étatiques afin d'assurer la force obligatoire de cette loi. D'après la lecture, nous trouvons que l'État a mis en place des organes étatiques pour que la protection instaurée soit plus efficace. Donc le critère de l'organisation étatique est bien rempli de façon plus évidente. M. Eagjariyakorn a cependant observé qu'aucune disposition n'interdit de choisir une autre loi applicable au contrat. Par conséquent, on peut estimer que cette loi peut être dérogée, elle n'entre pas dans la catégorie de lois de police et non plus celle de la loi d'application immédiate. Cependant cette loi peut être considérée comme la loi substantielle spéciale dont l'application est une exception de la règle de conflit de lois.

Certes, cette loi ne peut pas régler tous les problèmes, dès lors tels problèmes qui sont hors de champ d'application de cette loi seraient toujours régis par la Loi de 1938 relative au conflit de lois.

---

578 *Id.*, p. 39 et s.

579 *Cf.* P. Lagarde, *RCDIP*.1966.462, note sous Paris, 16 février 1966.

314. En France, cependant, l'article 16 de la loi du 18 juin 1966 relatif aux contrats d'affrètement et de transports maritimes[580] dispose que la loi française, sous réserve des conventions internationales, s'applique à tous transports effectués au départ ou à destination d'un port français. C'est-à-dire s'il existe une convention internationale sur ces types de contrat, c'est cette convention qui régit à ce contrat. Dans ce cas on ne peut pas dire que la loi du 18 juin 1966 est une loi de police, alors que la loi thaïe n'admet aucune réserve de ce genre.

Pourtant lorsque les conditions de l'article 16 de la loi du 18 juin 1966 sont réunies, cette loi présente le caractère d'une loi de police ou d'une loi d'application immédiate.

B. Les lois de police de protection des parties faibles en Thaïlande.

315. La pensée juridique sur la protection des parties faibles. On sait que la doctrine thaïe sur les lois de police n'est pas très évoluée. Par ailleurs les opinions sont diverses sur la qualification les lois protectrices de lois de police ; une loi est loi de police pour certains mais ne l'est pas pour les autres. La jurisprudence dans cette matière n'est pas avancée non plus, car les juges appliquent la loi protectrice sans donner la motivation qui peut éclaircir ou affirmer le caractère de police des dispositions. Ainsi, pour analyser le caractère des règles de droit thaï, on ne peut pas éviter de se pencher sur la pensée juridique française et européenne afin de savoir si l'on peut inclure dans le concept de lois de police les règles protectrices des parties faibles. Il est clair que les dispositions dans ce domaine ont pour l'objectif d'appliquer unilatéralement certaines lois du for sans tenir compte de l'autonomie de la volonté des contractants. Car le principe d'autonomie laisse à une partie forte l'occasion de choix d'une loi favorable à son propre intérêt. Certes, la nécessité de protéger certaines catégories de personnes, les parties faibles, ne peut pas être niée par l'État. Le problème réside dans la définition que nous avons déjà vue plus haut, car elle a mis l'accent sur le critère de l'organisation étatique, plus précisément la prédominance des intérêts communs sur les

580 Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes, JO 24-06-1966 p. 5206-5209. Disponible également sur le site http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19660624&pageDebut=05206&pageFin=&pageCourante=05206; V. E. Du Pontavice, « Loi du 18 juin 1966 et décret du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime », *JCP*.1967.I.2063 ; M. Simon-Depitre et Cl. Legendre, « La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transport maritime et le droit international privé », *JDI*.1967.598.

intérêts des individus. D'après la lecture des écrits de M. Ch. Pachusanond[581] et Madame P. Kanchanachittra-Saisoonthorn[582], on constate que ces auteur ont également considéré les règles protectrices de la partie faible en tant que lois de police ou loi d'application immédiate.

316. D'après M.-L. Niboyet, la règle de protection de partie faible dans un contrat n'est pas la loi de police mais elle présente le caractère très proche, l'auteur a proposé le mot « hybride » pour expliquer son composé par d'éléments de natures différentes. « *Il ne faut pas confondre les mécanismes qui jouent en aval de la loi désignée par la règle de conflit afin de garantir la protection de partie faible et les lois de police, car les premiers ne sont pas des lois de police mais des règles « hybrides »*[583] » ou les règles de conflit spéciales ou semi-substantielles[584]. En droit français, l'article 5 de la Convention de Rome de 1980 ou l'article 6 du Règlement relatif au contrat conclu par consommateur fait penser au mécanisme des lois de police. Puisque la protection de la partie faible dans certaines catégories de contrats a donné lieu à l'édiction de lois de protection donc la méconnaissance serait susceptible de porter atteinte aux intérêts étatiques. Par exemple le cas de la protection de consommateurs et de travailleurs. Force est de constater que l'effet desdites lois implique que leur application ne dépend pas entièrement du jeu normal de la règle de conflit et en particulier du principe d'autonomie. En effet les articles 5 (C) et 6 (R) ne sont applicables que lorsque les deux conditions sont remplies ; la loi choisie par les parties n'est pas suffisamment protectrice et la loi de résidence habituelle comporte une disposition plus protectrice. Il n'a donc pas un caractère d'application immédiate comme lois de police mais les règles de conflit spéciales. Toutefois, on peut dire que cette analyse ne concerne que l'hypothèse de règle de conflit communautaire en raison de la structure spéciale de la Convention et du Règlement. Alors que les dispositions de loi thaïe de protection des parties faibles peuvent être analysées autrement.

---

581 Ch. Pachusanond, « Lois d'application immédiate… », *op.cit.*, p. 28.

582 P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « Les conceptions fondamentales sur les contrats de droit privé à caractère extranéité », *Thammasat Law Journal*, vol. 25, n° 3, 1995, p. 549.

583 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 119.

584 J.-M. Jacquet, *Droit du commerce international*, 2e éd., Précis, Paris : Dalloz, 2010, n° 387.

317. Cependant un auteur[585] a estimé que l'objectif premier de lois de police est certes la sauvegarde d'intérêts privés, mais l'idée d'organisation étatique est aussi très présente. Il a cité un exemple de la réglementation de la durée hebdomadaire du travail, ceci est destiné à protéger le salarié contre certains abus. Il faut constater que cette réglementation a des implications plus importantes et concerne la société dans son ensemble[586]. Dès lors, il est possible de rattacher, dans ce cas, la protection d'une catégorie de personnes à l'idée plus générale d'organisation étatique. C'est en effet le sens présenté par Francescakis. La majorité des juristes semblent accepter ce principe selon lequel les lois de protection d'une partie faible peuvent être incluses dans la « catégorie large » des lois de police.

318. En Thaïlande, la protection des parties faibles dans les contrats internationaux ne distincte pas définitivement en trois sorts de contrat comme le règlement de Rome I : le contrat conclu par consommateur ; le contrat du travail ; et le contrat d'assurance. En effet la Loi de 1938 relative au conflit de lois ne dispose pas ces dispositions. Par ailleurs on constate que lorsque le juge thaï a envisagé le problème de loi applicable aux contrats internationaux en matière de la protection d'une partie faible, il faisait recours à l'article 13 (comme dans d'autres contrats que nous avons vus).

La source des lois dite « protectrice » de consommateurs en droit interne est fragmentaire telles que la Loi de 1979 portant sur la protection de consommateurs (révisée en 1998), la Loi de 1999 portant sur les affaires dont leurs contrats sont contrôlés, la loi du contrat injuste *(Unfair Contract Terms)* de 1997. Lesdites lois ont été qualifiées de droit public économique en raison de leurs fonctions même si elles sont élaborées et s'est développées par les privatistes, on admet généralement que le droit public est la loi d'application immédiate avec le caractère de loi de police en raison de leur objet qui est pour protéger l'intérêt des citoyens. Comme souligne Ph. Francescakis : le terrain d'élection des lois de police était la « zone grise » où se mêlent, en des constructions instables, droit privé et droit public[587]. En raison de la source fragmentaire et la difficulté de qualification des

585 N. Nord, *Ordre public et lois de police…*, *op.cit.*, n° 58, p. 31.

586 V. en ce sens P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris : LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 261, 1996, p. 513, spéc. p. 539.

587 Ph. Francescakis, *Annuaire de l'IDI, op.cit.*

dispositions impératives, c'est la tâche du juge thaï de considérer quelle disposition est loi de police.

On peut observer que ces lois ne sont traitées en tant que matières spéciales ni stipulées précisément comme en droit international privé français (ex. Convention de Rome ou Règlement Rome I). Par ailleurs le droit international privé thaï n'a pas de système propre de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux conclus par les consommateurs. Si on admet que les lois protectrices des parties faibles sont les lois de police, leurs dispositions appliquent au contrat sans recours à la règle de conflit. Il nous convient de pencher sur certaines lois protectrices en Thaïlande comme la loi de 1979 portant sur la protection des consommateurs et la loi du contrat injuste de 1997.

1) La Loi de 1979 relative à la protection des consommateurs[588].

319. Cette loi, est un droit public économique thaïlandais, ayant l'objectif de protéger généralement les consommateurs, car ceux-ci sont considérés comme partie la plus faible au contrat[589]. Cette loi constitue les dispositions les plus protectrices que celles du CCC. On sait que les consommateurs sont moins puissants économiquement que leurs cocontractants qui, pratiquement, utilisent le contrat-type. La Loi de 1979 (révisée en 2001) traite les droits et les obligations d'entrepreneurs et d'agences publicitaires envers les consommateurs. L'organisation étatique est aussi en cause car les articles 9 et 10 de la loi établit un organe gouvernemental qui est en charge de contrôler, d'examiner et d'appliquer. L'étude des situations est confiée à une commission de protection du consommateur qui représente l'État. Par ailleurs les dispositions de cette loi s'appliquent à toutes personnes qualifiées de consommateurs qui résident en Thaïlande, quelle que soient leurs nationalités. Pour ces raisons nous pouvons attribuer le caractère de police à cette loi.

320. En France c'est la loi du 10 janvier 1978 relative à la protection des consommateurs laquelle a été également considérée comme des lois de police, en raison du bon fonctionnement du marché[590]. L'article L 333-3-1 du Code de la consommation peut

588 Le texte est disponible en anglais sur le site http://www.ocpb.go.th/images_news/%7B6F0712F7-66FB-4919-9898-7CC82D91DE87%7D_Consumer%20protection%20Act.pdf Cette loi a été révisé en 2001.

589 D. Thirawat, « Consumer Protection Law in Thailand with regard to Contracts », *Thai Bar Association Law Journal*, Vol. 56, n°3, 2000, p. 170.

590 Cass. 1er civ., 19 octobre 1999, *JDI*.2000.328, note J-B. Racine ; *RCDIP*.2000.29, note P. Lagarde.

également illustrer l'application de la technique des lois de police à la protection d'une partie faible. Il stipule ainsi les règles figurant dans le titre relatif au traitement des situations de surendettement qui « *s'appliquent également aux débiteurs de nationalité française en situation de surendettement domiciliés hors de France et qui ont contracté des dettes non-professionnelles auprès de créanciers établis en France* ».

2) La Loi de 1997 relative au contrat injuste.

321. Au XIXe siècle le rédacteur de droit du contrat ne considérait pas le pouvoir de négociation en tant qu'élément pour considérer si les parties ont ou non l'intention de conclure le contrat. Puisqu'à l'époque, on croyait que le pouvoir de négocier sur l'économie du contrat des parties contractantes était sur un pied égal, c'est la raison pour laquelle la puissance de négociation n'était pas un facteur capital. Cependant les parties contractantes, dans le nouveau statut des contrats à l'heure actuelle, n'ont plus des pouvoirs égaux lors de la conclusion de contrat. De surcroît, un tel contrat est en forme de contrat-type ou contrat d'adhésion selon lesquels les stipulations sont déjà établies unilatéralement par un professionnel qui possède plus de pouvoir de négociation sur l'autre partie.

Le champ d'application matérielle de la Loi de 1997 est différent de la loi sur la protection de consommateurs, car la première est destinée à protéger les consommateurs pendant la conclusion du contrat et après avoir porté plainte, alors que la dernière a pour but de protéger les consommateurs avant la conclusion du contrat. La Loi de 1997 portant sur le contrat injuste (*Unfair Contract Terms* B.E. 2540) ne régit que certains contrats injustes et certains actes juridiques : le contrat conclu entre un consommateur et un professionnel ; le contrat d'adhésion ; et le contrat de vente au droit de rachat (*a sale with the right of redemption*) (l'art 4). Le champ d'application de cette loi gouverne aussi d'autres types de clauses insérées dans un contrat quelconque telles que la clause de restriction les droits ; la liberté de travail ; la conclusion d'un acte juridique concernant le commerce (l'art 5) ; les clauses sur limites de la responsabilité des dommages causés ou pour un empiétement (priver quelqu'un de son droit) (l'art 6) ; les clauses sur un dépôt de garantir (l'art 7) ; les clauses restrictives de responsabilités délictuelles ou contractuelles (l'art 8) ; les accords de partie qui a subi des dommages pour limiter la responsabilité délictuelle (l'art 9). Dans certain domaine où la loi de protection des travailleurs ne régit pas, la loi de contrat injuste jouera le rôle. Par exemple le contrat de travail constitue les clauses de non-concurrence de 2 ans, selon la Cour suprême à l'époque ce contrat n'est pas contraire à l'ordre public. Mais après l'entrée en vigueur de cette loi, cette stipulation peut être considérée comme une clause injuste.

Après avoir analysé le champ d'application et ses dispositions, cette loi est considérée comme loi de police à notre avis.

322. En France, il s'agit des clauses abusives lesquelles, l'article L 132-1 du Code de la consommation les a défini comme « *la stipulation ayant pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel, ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties* ». Cette loi ne met pas l'accent sur la forme du contrat mais sur le caractère de personne qui le conclut. Lorsque l'une des parties est un non-professionnel ou le consommateur, ce contrat sera régi par cette loi. Le législateur français a trouvé qu'en appliquant une forme du contrat comme critère de décider si un tel contrat sera ou non soumis à la loi de protection des consommateurs, n'est pas convenable. Puisque le caractère de chaque contrat est actuellement difficile à déterminer définitivement. Il est à noter que le contrat injuste peut être conclu en n'importe quelle forme sur n'importe quel document.

3) La loi de protection des travailleurs.

323. On accepte en générale que le travailleur est une partie faible au contrat de travail. Par ailleurs on trouve que le travailleur est en effet le fondement indispensable pour le système économique du pays. Force est de constater que la législation de protection des travailleurs est considérée comme nécessaire à l'organisation étatique et l'égalité dans la société. Il est à noter que les dispositions du droit de travail ont été stipulées dans plusieurs instruments. Certains sont lois de police.

Certes, on ne peut pas dire que tous les dispositions de droit du travail sont des lois de police, mais la plupart d'entre elles le sont. Car un organe étatique est mis en place et la peine pénale est aussi prévenue pour les employeurs qui ne respectent pas ces dispositions. Prenons un exemple de l'article 13 de la Loi de protection de travailleurs[591], qui dispose que « *lorsqu'il y a un changement d'un employeur, dans une entreprise, suite au transfert ou à la succession ou autrement, y compris dans le cas où l'employeur est une personne morale ayant changé son statut en fusionnant avec une autre compagnie, le travailleur préserve toujours les droits qu'il a acquis et tous les droits et obligations relatives à ce travailleur sont transférés à son nouvel employeur* ». Le caractère de police de cet article est clair car il est déterminé de façon unilatéral de protéger des travailleurs, la partie faible au contrat.

591 La traduction en anglais est disponible sur le site http://thailaws.com/law/t_laws/tlaw0132a.pdf

L'organisation étatique est mise en place dans ces lois. Ces dispositions sont impératives et s'appliquent à tous les contrats de travail exécutés en Thaïlande, les lois de police touchent tous ceux qui habitent le territoire. Dès lors, le contrat du travail qui viole ces dispositions sera considéré comme porté atteinte aux lois de police et entraîné la nullité du contrat. Les dispositions relatives au salaire de base, au sanitaire du travailleur et au congé payé, les dispositions portant sur l'enfant travailleur sont également les lois de police thaïes[592].

Les dispositions du droit de travail ne limitent pas toute l'autonomie de la volonté des parties contractantes. La conclusion du contrat de travail est régie par le Code civil et commercial. Les parties peuvent toujours conclure un accord qui n'a pas privé le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi applicable. Autrement dit, dans un contrat de travail international, les parties peuvent choisir la loi applicable au contrat, mais il faut prendre en considération si la loi choisie est contraire à l'objectif visé à protéger par les lois de protection du travailleur, et la loi de 1997 portant sur le contrat injuste. On peut observer que le travailleur pourrait obtenir la protection de la loi de 1997 portant sur le contrat injuste dans le cas où le contrat de travail a été conclu au détriment du travailleur.

324. En France, l'article L 121-1 du Code du travail stipule ainsi « *le contrat de travail constaté par écrit et à exécuter sur le territoire français est rédigé en français* ». Alors que la loi thaïe n'a pas cette disposition, mais en pratique, afin d'éviter un problème par la suite et d'avoir une preuve écrite, le contrat de travail est conclu par écrit. Pourtant, la loi thaïe ne dispose pas que le contrat de travail destiné à exécuter en Thaïlande devrait être rédigé en thaï. Si l'on trouve que le travailleur mérite d'être protégé à l'égard de ce contrat conclu en langue étrangère que celui-ci n'a pas compris, il faut faire recours à la loi relative au contrat injuste.

325. Conclusion du paragraphe. La règle conflictuelle peut désigner la loi étrangère qui est contraire à certaines valeurs ou conceptions du for. Dans ce cas l'ordre juridique du for ne peut certainement pas laisser cette loi produire son effet. Nous verrons par la suite l'exception d'ordre public international. On peut dire que les lois de police amèneront le juge à une application systématique des lois du for quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit si cette dernière aurait l'occasion d'y être appliquée. C'est pourquoi la doctrine qualifie les lois de police de lois d'application immédiate ; elles s'appliquent « immédiatement » comme une

592 Ch. Pachusanond, « Lois d'application immédiate… », *op.cit.*, p. 28.

exception du jeu de la règle de conflit. De ce point de vue, on trouve que c'est un effet proche à celui du mécanisme d'ordre public international, mais la méthode d'intervention est différente que l'on verra par la suite.

Section II

L'exception d'ordre public en droit international privé des contrats.

326. Il en résulte de la méthode conflictuelle bilatéralisme. On attribue la situation à une des lois en conflit compte tenu de l'importance respective des rattachements présentés. La règle de conflit, bilatérale ou unilatérale, fait correspondre à un rattachement une catégorie de questions de droit. En raison de son caractère neutre, la règle de conflit bilatérale peut désigner et désigne fréquemment une loi étrangère. Il en va de même en matière de contrat international, lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable, c'est un jeu de la règle de conflit. Il arrive parfois que la loi étrangère désignée contient des dispositions qui semblent incompatibles avec certains principes fondamentaux du for ou l'application de ladite loi donne lieu au résultat choquant à l'égard du for. Mais il n'est pas question de porter un jugement de valeur sur le contenu général des lois étrangères. L'ordre public international est destiné à défendre les valeurs et les politiques législatives du pays, on peut dire que tout cela donne de l'effet positif à l'ordre public international. Rappelons que l'intervention d'ordre public international n'est qu'à titre d'exception au fonctionnement normal de la règle de conflit, c'est ce que l'on appelle l'effet négatif : il fait obstacle au jeu normal de la règle conflictuelle.

327. La question est à savoir si l'ordre public réellement international occupe le terrain dans l'ordre public international. On sait que l'ordre public international ne peut être que français et non véritablement international et les autorités françaises ont pour seule mission de sauvegarder l'ordre public international « français », parce que ceci relève de l'ordre juridique français. Alors que l'ordre public véritablement international est un principe d'origine « international » qui ne lie pas les autorités françaises, il n'a pas à être défendu par l'ordre juridique français, au moins, il ne relève pas du seul ordre juridique. Cependant nous étudierons la notion d'ordre public réellement international afin de connaître sa fonction et son intervention dans la matière.

Nous étudions d'abord le rôle indispensable d'ordre public international **(§ 1)**. Ensuite, le rôle d'ordre public transnational ou véritablement international en la matière **(§ 2)**.

§ 1 : Affermissement du rôle indispensable d'ordre public international.

328. L'exception d'ordre public est admise par les instruments internationaux de droit international privé en matière des obligations contractuelles : l'article 16 de la Convention de Rome 1980 et l'article 21 du Règlement Rome I. Cependant on peut dire que l'ordre public international en matière des obligations contractuelles n'a été admis pour écarter la loi désignée par la Convention ou le Règlement que lorsque l'application d'une telle loi est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

On sait que l'ordre public de proximité est l'ordre public en matière de statut personnel, mais afin de connaître la fonction de l'ordre public en général qui sert de base aux autres matières spécifiques, il nous sera aussi utile de le voir rapidement. Nous allons étudier en premier lieu la prise en considération d'ordre public international (A), et par la suite la méthode d'intervention d'ordre public en droit international privé (B).

A. La prise en considération d'ordre public international.

329. *« L'exception »* d'ordre public présente une exception au fonctionnement général des règles de conflit de lois. L'ordre public international est également un élément qui perturbe le jeu normal de ces règles. Le domaine de l'ordre public international est plus restreint que celui de l'ordre public interne. Une règle peut être d'ordre public interne sans être d'ordre public international[593]. Mais on ne peut pas concevoir une règle qui serait simplement supplétive en droit interne et d'ordre public sur le plan international.

---

593 TGI Strasbourg, 13 septembre 2001, *Hypotheken Bank Hamburg*, *D.* 2002. 2933, obs. J. Franck : la Cour a décidé que les lois Scrivener relative à la protection du consommateur sont des lois d'ordre public au sens du droit interne, cependant ces lois ne relèvent pas de l'ordre public international. Par ailleurs on peut trouver le cas où une disposition de l'ordre public interne (l'art. L 132-8 du Code de commerce) applique aux contrats internationaux, mais uniquement dans le cas où la loi française applicable en tant que loi du for. L'interprétation restrictive de la Cour de cassation pour la qualification de lois de police (*Cf.* Cass. com., 13 juillet 2010, *Transbidasoa*, *D.* 2010. 2339, obs. X. Delpech, note V. Da Silva ; *ibid*. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD com.* 2010.779, note B. Bouloc ; *JCP (G)* 2010, n° 40, p. 972, note D. Bureau et L. d'Avout ; *JDI*.2011.91, note F. Jault-Seseke).

1) Les difficultés de détermination.

330. La notion d'ordre public international. Il n'est pas facile de définir l'ordre public international en raison de son caractère variable dans le temps et dans l'espace. Mme Niboyet et M. Geouffre de La Pradelle affirment qu'« il est impossible de donner une définition précise de la notion d'ordre public international »[594]. Cependant comme nous avons essayé de le déterminer, il faut observer tout d'abord sa fonction. D'après MM. Lerebours-Pigeonnière et Batiffol, l'ordre public international « permet d'écarter l'application des lois étrangères désignées par le règlement normal français lorsque cette application, par suite d'une divergence dans les buts moraux, sociaux, économiques (…) causerait à l'intérêt français un tort grave dont la considération doit prévaloir sur celle du commerce international et de la solidarité internationale »[595]. Alors l'ordre public français en matière international peut se définir comme « un ensemble de principes considérés en France, à un moment donné, comme des principes fondamentaux du système français et l'exception d'ordre public comme un correctif qui permet d'écarter la loi étrangère normalement compétente lorsque celle-ci contient des dispositions inadmissibles par le tribunal saisi »[596]. On trouve aussi la définition chez Mme Niboyet et M. Geouffre de La Pradelle, les auteurs l'ont défini comme « un ensemble de valeurs intangibles et supérieures qui mêle des intérêts généraux tels que les intérêts moraux, économiques, politiques ou sociaux »[597]. Après avoir analysé, on peut dire que le noyau dur d'ordre public international est des valeurs plus contingentes exprimées dans les politiques législatives du for. On ne peut pas nier que l'ordre public international joue le rôle considérable en matière de statut personnel plutôt qu'en matière contractuelle. Cependant on ne peut pas non plus ignorer son importance et surtout sa définition qui doit être clarifiée et bien distinguée de celle des lois de police ou lois d'application immédiate.

331. Le droit français a une tradition de classer l'ordre public en deux sortes : l'ordre public de proximité qui peut être considéré comme l'ordre public propre à statut personnel et l'ordre public atténué. Bien que notre étude vise uniquement les contrats internationaux, il est nécessaire de connaître certaine fonction de l'ordre public international qui se fonde sur telle

---

594 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *op.cit*, n° 307.

595 P. Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Paris : Dalloz, 8e éd., 1962, n° 379, p. 461.

596 A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*.1993.II.19 ; V. également P. Mayer, *Droit international privé*, 10e éd., Paris : Montchrestien, 2010 n° 200.

597 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *loc.cit*.

ou telle notion. Nous savons que les lois de police sont instruments de l'ordre juridique étatique pour défendre son propre intérêt étatique, économique et social, mais il est possible que certaine loi étrangère peut s'infiltrer dans ces forts juridiques. Cependant il n'est pas certain que la loi étrangère désignée par la règle de conflit peut jouer un rôle dans le for, il est possible que son contenu est contraire aux intérêts fondamentaux de l'État du for. Dans ce cas, c'est l'ordre public international du for qui entre en jeu…

332. En Thaïlande, la notion d'ordre public thaï reste encore floue. On n'utilise pas le terme « ordre public international », il n'existe que « l'ordre public » ou « l'ordre public et les bonnes mœurs ». L'article 5 de la Loi de 1938 relative au conflit de lois stipule ainsi : « *Si la loi étrangère est applicable, le juge l'applique uniquement dans les cas où elle ne porte pas atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs du peuple thaï* »[598]. On peut affirmer qu'en droit international privé comme en droit commun, c'est cette notion qui sera tenu compte par le juge. Certes, il n'est pas facile de définir la notion d'ordre public international, car il est variable dans le temps. Selon le dictionnaire de l'Institut Royal de Thaïlande, l'ordre public et les bonnes mœurs du peuple sont définis ainsi : « l'état de la vie du peuple dans une communauté de bon ordre, de sécurité vitale et d'être propriétaire »[599]. Les auteurs ont ainsi défini l'ordre public et les bonnes mœurs du peuple : pour les uns, c'est « l'intérêt général de l'État et de la communauté, ayant pour but de fonder un bon ordre de cet État »[600]. Alors c'est la tâche du juge de prendre en considération au cas par cas selon l'époque, mais on enseigne dans les ouvrages juridiques que lorsqu'un acte porte atteinte au sentiment public, c'est-à-dire le sentiment des gens en général, un tel acte est considéré comme contraire aux bonnes mœurs du peuple. Alors, l'ordre public en droit international privé thaï est ainsi interprété comme « un ensemble de principes aux fins de maintenir la coutume, la politique législative de la Thaïlande à un moment donné et le mécanisme du for d'éviter d'appliquer la loi étrangère normalement compétente »[601].

---

598 มาตรา ๕ แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย บัญญัติว่า "ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม"

599 Dictionnaire de l'Institut Royal de Thaïlande, 2e éd., Bangkok : Arun Printing, 2000, p. 106.

600 U. Monkolnavin, « L'ordre public et les bonnes mœurs du peuple », *Thai Bar Association Journal*, vol. 32, n°1, 1975, p. 13-14.

601 Phrayasriwisarnwaja (Tianliang Hountrakoon), *Droit international privé*, Bangkok : Sophonphipatanakorn Press, 1931, p. 84-85 ; Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 1984 ; Ch. Pachusanond, « Lois d'application immédiate… », *op.cit.*, p. 31-33.

333. Critères de l'intervention d'ordre public international. En principe, l'ordre public peut tolérer une solution étrangère différente de celle préconisée par une règle de droit du for, pourvu que le résultat de l'application du droit étranger soit encore compatible avec les principes de base dans la mesure où ceux-ci sont importants pour l'État du for. Il faut souligner que l'exception d'ordre public intervient pour défendre des valeurs que la Cour de cassation appelle *« des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »* dans l'arrêt *Lautour*[602], alors que les lois de police défendent la politique du moment. Sachant qu'en première temps la théorie de l'ordre public international est destinée à défendre les lois étrangères qui méconnaîtraient les principes communs aux nations civilisées, ou bien contraire au droit naturel[603]. *A priori*, l'application d'un droit étranger conduisant à un résultat incompatible avec l'ordre public sera « écartée » ou « exclue ». C'est ce qui est appelé l'effet négatif de l'ordre public. Cependant l'ordre public ne s'oppose pas à la loi étrangère dans la mesure où cette loi pourrait aboutir à des résultats conformes à l'ordre public du for.

334. L'intervention de l'ordre public se trouve au niveau différent, la réaction de l'ordre public n'est pas la même. S'il s'agit de la reconnaissance des droits acquis à l'étranger, l'ordre public interviendra alors de façon atténuée, alors que s'il s'agit de créer des droits en France, c'est la notion d'ordre public de proximité qui sera en jeu. Nous nous intéressons maintenant à la dernière : *l'Inlandsbeziehung*, car dans certains cas il illustre que la variabilité de l'ordre public ne répond pas aux objectifs de protection du for qu'il assume normalement. La pensée de variabilité est influencée par les théories allemande et suisse[604]. Elle est fondée sur la plus ou moins grande proximité que la situation se rapproche du for. En effet la rigueur du contrôle au nom de l'ordre public international est relative à l'intensité de liens du litige avec le for[605]. Ainsi l'*Inlandsbeziehung* est perçu comme « *un ensemble de circonstances, appréciées au cas par cas, qui contribuent à rattacher au territoire du for une situation normalement régie par une loi étrangère, et à révéler ainsi l'atteinte à l'ordre public du for*

---

602 Cass.1er civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *RCDIP*.1949.89, note H. Batiffol ; *D.* 1948.357, note P.L.-P. ; *JCP*.1948.II.4532, note Vasseur ; *GA* n°19.

603 P. Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé, op.cit.*, 8e éd., n° 379.

604 Indistinctement nommées *Inlandsbeziehung* et *Binnenbeziehung*.

605 R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris : Dalloz, 1996, p. 65-81, spéc. p. 73.

provoquée par l'application de cette loi étrangère »[606]. On voit que les contours de l'ordre public à l'encontre d'une même loi étrangère sont différents, selon qu'il s'agit de protéger le for ou de garantir le respect international de valeurs considérées comme essentielles. *A priori*, les lois étrangères contraires à l'ordre public international peuvent être accueillies en France par la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. C'est-à-dire que certains principes fondamentaux du for ne sont pas tenus en compte, pour cette raison son insuffisance est de plus en plus dénoncée en recourant à la doctrine allemande de l'*Inlandsbeziehung*. Cette théorie est l'œuvre de Franz Kahn ; selon lui l'*Inlandsbeziehung* est un *rattachement subsidiaire* qui conditionne l'application de certaines règles matérielles du for. L'*Inlandsbeziehung* manifeste la relativité, interviendra avec d'autant plus de force contre une loi étrangère choquante que les liens de la situation avec le for sont fortement étroits[607].

L'ordre public de proximité joue lorsque la situation litigieuse présente des caractères intolérables pour le système juridique français et en raison des liens particuliers que cette même situation entretient avec la France. Ces liens peuvent prendre la forme d'un facteur territorial[608] ou d'un facteur personnel[609]. Le principe de l'ordre public de proximité

---

606 P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *in Mél. F. Rigaux*, Bruxelles : Bruylant, 1993, p. 263-282, spéc. p. 270.

607 *Ibid.*

608 L'ordre public peut être fondé sur la proximité que la situation entretient avec le for, lorsque le contrôle exercé au nom de l'ordre public se fait exigeant. En revanche si un Français est en cause, la conséquence aurait changé. Si un ressortissant d'un pays où la polygamie est autorisé, contracté en France un second mariage alors que le premier ne serait pas encore dissout, ce mariage lui sera refusé car la conception fondamentale en France s'oppose à telles unions. En effet les conditions de fond de la loi française constituent un minimum pour le juge français et l'ordre public international interviendra contre une loi étrangère moins sévère et plus permissive que la loi française. Le mariage polygamique ne peut en aucun cas être valablement célébré dans le territoire français, car l'ordre public s'oppose ainsi à la célébration en France d'une union polygamique même si elle est admise par les lois nationales de chacun des époux, y compris le mariage célébré par les autorités consulaires.

609 Ce facteur qui met en jeu le mécanisme de l'ordre public de proximité consiste en la nationalité française de l'un des litigants. Dès lors qu'un Français est en cause, l'ordre public va intervenir car il porte atteinte à l'ordre juridique français, par exemple le cas du mariage polygamique. Une femme française célibataire ne peut pas non plus contracter un mariage avec un homme déjà marié même si le statut personnel de celui-ci lui permettait la polygamie. L'élément personnel de rattachement de la situation à l'ordre juridique français provoque la réaction de l'ordre public international, en tant qu'ordre public de proximité. La Cour de cassation affirma dans l'arrêt *Baaziz* du 6 juillet 1988 (Cass.1er civ., 6 juillet 1988, *Baaziz*,) que les mariages célébrés à l'étranger ne sont pas reconnus en France dès lors que l'intérêt d'une Française est en cause, c'est l'ordre public qui est en jeu. En effet, une union de nature polygamique ne peut produire effet en France que si elle ne heurte pas la conception française de l'ordre public. En l'espèce, c'est en raison de la nationalité française de la première épouse que la demande de la seconde fut rejetée. La nationalité française de la première épouse a constitué *l'Inlandsbeziehung* permettant le fonctionnement de l'exception d'ordre public (*Cf.* P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international », *loc.cit.*). La situation n'est pas en soi contraire à l'ordre public puisqu'elle a valablement contracté son mariage à l'étranger et que le statut personnel des deux époux en cause admettait la polygamie. Mais en raison d'un lien personnel avec le for, les exigences de l'ordre public devaient être appréciées. Cependant la polygamie se trouve en soi contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du peuple devant la

présente deux avantages, d'une part, pour éviter d'offenser inutilement les États étrangers en opposant l'ordre public à leurs lois dans des hypothèses où l'ordre juridique français n'est que très peu intéressé par le litige ; d'autre part, pour ne pas encourager le développement d'un contentieux artificiel devant les tribunaux français[610]. Cependant les juges français ont peu à peu écarté l'ordre public de proximité en faisant recours à la notion d'ordre public d'éloignement[611].

335. En matière du contrat de travail, afin de protéger le salarié ayant subi le traitement considéré injuste par son employeur, la Cour de cassation avait affirmé la décision de la Cour d'appel qui a nié l'exception d'incompétence des juridictions françaises et fait application de la loi française aux relations entre un employeur et son employé. En l'espèce, le contrat de travail a été conclu au Nigéria entre le frère de la jeune fille nigérienne, le travailleur, et un employeur britannique pour le travail au domicile de celui-ci au Nigéria, dès lors c'était normalement la loi nigérienne qui régissait à leur contrat. Mais le travailleur, dans le cadre de son travail, avait accompagné son employeur à Nice (France). La jeune fille a saisi le Conseil des prud'hommes pour obtenir le paiement de salaires et d'une indemnité de travail dissimulé. L'employeur avait contesté la compétence de juridictions françaises et l'application de la loi française en raison de l'absence d'un rattachement fort avec la France. Certes, on sait que ledit contrat de travail est injuste, mais il faut que la Cour trouve sa base légale pour motiver sa décision.

La Haute juridiction a condamné l'employeur en appuyant sur l'ordre public international ainsi : « *l'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu*

Cour thaïe. Comme on le sait, le contenu d'ordre public change selon époque, de nos jours la polygamie est considérée contraire à la disposition du CCC et à la bonne morale. Sauf le cas d'application de droit de la famille musulmane aux quatre provinces du sud de la Thaïlande, le statut personnel est régi par la loi musulmane.

610 T. Vignal, *Droit international privé,* Paris : Dalloz, 2005, p. 110.

611 Il s'agit de conception française de l'ordre public international qui n'interviendra que dans le cas où le litige présente un lien plus étroit avec la France. S'il n'y a aucun lien ou ce lien est plus ténu avec le for, l'exception d'ordre public international français n'a pas besoins d'intervenir. La Cour de cassation a estimé que la loi algérienne qui a refusé l'établissement de la filiation légitime d'un enfant, n'ayant ni de nationalité française ni résidant en France, n'est pas contraire à l'ordre public international (V. Cass. 1er civ., 10 mai 2006, n° 05-10.299, *D.* 2006. *Jur*. 2890, note Kessler et Salamé ; *D.* 2007. *Panor*. P. Courbe et F. Jault-Seseke).

sa liberté individuelle »[612]. La Cour de cassation avait répandu son pouvoir de juridiction en fondant sur le respect des droits fondamentaux du fait que le travailleur devait suivre son employeur à l'étranger, en vertu du contrat, sans pouvoir rentrer dans son pays sans l'accord de l'employeur et que son passeport a été retenu par son employeur lors de ces séjours, par ailleurs son salaire de 25 euros pas mois n'était pas versé dès son séjour hors du Nigéria.

Alors l'ordre public international soulevé en l'occurrence était appliqué grâce à un rattachement présenté avec la France lors du travail exécuté à Nice, même si celle-ci n'était pas le lieu de travail habituel du travailleur en vertu du contrat. Certains auteurs ont critiqué le recours à l'ordre public international qui semblait, en l'espèce, détacher aux mécanismes classiquement associés à cette notion[613]. Force est de constater que l'ordre public international français en droit international privé a pour but de défendre la loi étrangère qui heurte certains principes fondamentaux français. A notre avis, le cas en l'espèce révèle aussi l'ordre public véritablement international qui prohibe de l'esclavage, le principe d'interdiction de l'esclavage est reconnu et affirmé par plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits fondamentaux tels que la Convention de Genève du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage ; la Convention européenne des droits de l'Homme ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'ONU du 16 décembre 1966 ; Convention américaine relative aux droits de l'Homme de 1969 ; Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples du 18 juin 1981, etc. De ce fait, le principe de l'interdiction de l'esclavage n'est pas le seul principe fondamental de la France mais de la communauté internationale… Il est à noter qu'il ne paraissait pas en l'espèce que la loi nigérienne admet ce genre de travail (comme l'esclavage domestique), si c'était ce cas, il serait possible de décider comme contraire à l'ordre public international français cette loi étrangère.

Cependant on peut trouver la thèse de naturalisation d'ordre public transnational par le for (v. *infra* n° 343). Si l'on suit cette thèse, il est possible de motiver l'application par la Cour de cassation en l'espèce d'ordre public international français.

2) L'office du juge face à l'exception d'ordre public.

336. En ce qui concerne l'office du juge dans ce domaine, les arrêts rendus par la Cour de cassation en 2005 peuvent clarifier l'office du juge sur cette question. Dans son arrêt du 14

612 Cass. soc., 10 mai 2006, n° 03-46.593, *D.* 2006.IR.1400 ; *RCDIP*.2006.856, note E. Pataut et P. Hammje ; *JCP*.2006.II.10121, note S. Bollée ; *RDC*.2006.1260, note Deumier.

613 E. Pataut et P. Hammje, note sous Cass. soc., *op.cit.*, p. 857.

juin 2005, la Cour a décidé que c'était le droit de la Cour d'appel d'appliquer le droit étranger compétent selon la règle de conflit de lois invoquée devant elle, compte tenu de la teneur de la loi étrangère telle qu'elle l'a souverainement *« à rechercher d'office si cette loi était contraire à la conception française de l'ordre public international »*[614]. En l'espèce il s'agit de la matière de responsabilité délictuelle mais sa vocation est générale, la cour d'appel a déclaré prescrite l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable d'un accident de la circulation routière survenu en Grèce. La victime lui reprochait de ne pas avoir recherché si la loi grecque n'était pas contraire à l'ordre public, instituant pour l'action de la victime contre l'assureur un délai plus court que si elle avait agi contre l'assuré. Ce pourvoi a été rejeté. Certes, on sait qu'en droit français les questions de prescription ne sont pas d'ordre public et il faut constater que la décision a été prise dans le domaine de responsabilité délictuelle.

337. L'arrêt du 6 décembre 2005 a apporté le critère des droits disponibles et indisponibles pour justifier le cas où le juge devrait rechercher si la loi étrangère applicable au litige est contraire à l'ordre public. La Cour de cassation estima que si les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, comme on le sait, il incombe au juge français de mettre en œuvre, même d'office, la règle de conflits de lois, de rechercher la teneur de la loi étrangère et de l'appliquer sous réserve qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public international français[615]. Il est logique pour le juge de tenir d'office de rechercher ou vérifier si le contenu du droit étranger en cause est ou n'est pas contraire à l'ordre public international. C'est en effet la tâche principale suite à la recherche de son contenu.

Cependant la Cour estima qu'en matière des droits disponibles, il appartient aux parties d'invoquer l'exception d'ordre public international. C'est-à-dire le juge ayant fait l'application du droit étranger, « *compte tenu de la teneur de la loi étrangère telle qu'elle l'a souverainement définie* », n'était pas à s'interroger d'office sur l'intervention de l'ordre

614 Cass.1er civ., 14 juin 2005, *Bull. civ*. I, n° 244.

615 Cass.1er civ., 6 décembre 2005, *Bull.civ.* 2005 I, n° 468 p. 395 ; *D.* 2006.98. Sachant que le cas est différent lorsqu'il porte sur les droits indisponibles, par exemple l'épouse sénégalaise d'un belge avait contracté un second mariage alors que le mari a déposé une requête en divorce. Ce mariage a été célébré au Sénégal : selon le rite coutumier, cette union ne constituait pas un acte de bigamie. C'est la raison pour laquelle ce mariage n'était pas contraire à l'ordre public même si la femme avait ultérieurement contracté un second mariage. Mais, selon la cour d'appel, cette requête était irrecevable au motif que les dispositions de la loi sénégalaise qui permettent un « état de bigamie apparent » sont contraires à l'ordre public international français. L'arrêt a été cassé.

public[616]. Toutefois, si le juge considère que le droit étranger en cause est incompatible avec l'ordre public international français, il pourra toujours l'évincer et appliquer la loi française. Alors que dans le domaine des droits indisponibles, les obligations du juge portent sur l'intégralité du mécanisme conflictuel ; il devrait appliquer la règle de conflit de lois, rechercher le contenu de la loi étrangère, vérifier avant de l'appliquer si cette loi est contraire ou non à l'ordre public international français.

3) L'application d'ordre public international par le juge thaïlandais.

338. Force est de constater que l'ordre public international n'est pas le rattachement pour appliquer la loi du for, c'est un mécanisme d'exclure la loi étrangère estimant que son application portera atteinte à la politique législative de la Thaïlande. Prenons un exemple classique en droit thaï : les prescriptions sont aussi considérées comme l'ordre public international auquel l'application de la loi étrangère ne peut s'y opposer. Ceci confirme la décision de la Cour suprême en 1968, en l'espèce les parties ont conclu un accord d'appliquer la loi étrangère, la loi danoise, au problème de prescription. Les juges ont décidé que « *les prescriptions constituent l'ordre public international thaï, par conséquent un accord entre les parties d'appliquer au litige les prescriptions danoises est inapplicable. Il faut appliquer la loi thaïe sur les délais prescriptives* »[617].

B. L'exclusion d'ordre public international étranger.

339. A la différence des lois de police étrangères, l'ordre public international étranger ne fait pas l'objet majeur du débat en droit international privé notamment en matière contractuelle. Son admission est rarement abordée.

Le premier argument se fonde sur un ordre logique, autrement dit, comme on le sait l'exception d'ordre public international est un mécanisme de protéger l'ordre juridique du for et d'évincer la loi étrangère qui y portera atteinte. Lorsque l'ordre juridique de for est un seul intéressé, dès lors il est normal que celui-ci détermine ses propres conditions d'acception ou de rejet[618]. On admet que l'éviction de la loi du for en faveur de la loi étrangère semble être

616 P. Courbe et F. Jault-Seseke, « Droit international privé : panorama 2005 », *D.* 2006.1497.

617 Cour suprême *Dika*, n° 1583/2511 (1968).

618 H. Batiffol, *Traité de Droit international privé*, Paris : LGDJ, t. I, 8e éd., 1993, n° 366, p. 589 ; P. Lagarde, « Ordre public », *Rép. D. Dr. internat.*, n° 59.

le cas normalement trouvé dans l'ordre juridique français. En particulier le cas de conflit entre la loi du for et un traité international, cependant le cas de l'ordre public international étranger est différent. Lorsque ceci est en cause, l'ordre juridique français n'a pas intégré les principes étrangers en son sein, mais il le ferait en cas de la norme internationale.

On observe que l'ordre public international étranger semble pénétrer beaucoup dans la matière conjugale.

340. Effet réflexe de l'ordre public international, l'admission de l'ordre public étranger. Il semble que la plupart des auteurs soutiennent une approche selon laquelle l'ordre public international étranger doit être rejeté. Cependant dans certaines circonstances, on peut aussi prendre en considération les exigences d'un ordre public international étranger.

D'après Pillet, les effets de l'ordre public international ne peuvent jouer que dans les limites du territoire de l'État qui l'a fait intervenir. Il a proposé que « chaque État doit considérer comme régulières et fondées les décisions rendues à l'étranger par application du principe de la territorialité des lois d'ordre public. Par le seul fait qu'un État reconnaît l'existence d'États autres que lui, il reconnaît que ceux-ci doivent jouir des mêmes droits essentiels, dont il prétend jouir lui-même »[619]. Ceci est un effet réflexe de l'ordre public international étranger. Nous trouvons qu'il ressemble à la courtoisie dans les relations internationales. Cette pensée a été reprise dans des études et a été traitée comme une exception au rejet du principe de l'ordre public international. Il s'agit de droit acquis à l'étranger en vertu de l'ordre public local. Prenons un exemple classique : lorsque deux polonais de religion différente mariés en Belgique, ceci est contraire à leur loi nationale à l'époque qui prohibait de tels mariages. Le mariage n'était pas contraire à l'ordre public international belge, il écartait alors la loi polonaise normalement compétente. Bien que ce mariage soit nul au regard de la loi nationale étrangère normalement applicable. La question est de savoir, qu'en est-il lorsque le juge français devrait se prononcer sur la validité de ce mariage ? Selon les auteurs[620], le juge devrait le considérer comme valable, même s'il est nul

---

619 A. Pillet, « De l'ordre public en droit international privé », *in Mél.* Pillet, Paris, 1929, t. I, p. 407, spéc. p. 451 ; V. aussi le même auteur, *Principes de droit international privé*, Paris : Pedone/Grenoble : Allier Frères, 1903, n° 217, p. 423.

620 Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. III, 1944, n° 1048 ; H. Batiffol, *Droit international privé*, t. I, *op.cit.*, n° 366, p. 590 ; Y. Loussouarn, *Droit international privé*, 9e éd., Dalloz, 2007, n° 263, p. 323 et s.

d'après la loi normalement compétente[621]. C'est là, l'ordre public qui commande la solution, et on peut constater que l'ordre public belge n'intervient qu'à titre de moyen lié à l'ordre public français. C'est en effet la coïncidence de l'ordre public international étranger (du lieu de célébration) et de l'ordre public international français qui explique bien ce résultat. Il s'agit de *l'effet réflexe* d'après Pillet. Certes, on ne voit pas comment le juge français pourrait invoquer l'ordre public à l'encontre de celui similaire à la loi française. Au contraire, si ce mariage était considéré comme porter atteinte aux principes fondamentaux français, sans doute le juge ne l'aurait pas reconnu en France. Dans ce cas l'effet réflexe n'a pas pu jouer son rôle systématiquement.

On peut considérer que l'intervention de l'ordre public international étranger est exclusive du jeu de l'ordre public international du for.

§ 2 : Affermissement du rôle indispensable d'ordre public transnational en matière du contrat.

341. On sait que le juge devrait tenir compte de l'ordre public international du for, mais pour l'arbitre qui n'a pas de for ni de *lex fori*. L'arbitre n'est pas destiné à défendre l'intérêt étatique, sa tâche diffère de celle du juge, alors tout ordre public international étatique est complètement étranger pour lui. Devrait-il tenir compte de l'ordre public international ? Si la réponse est positive, l'ordre public de quel(s) État(s) devrait-il en tenir compte ? Certes, l'arbitre devrait prendre en compte de certains d'entre eux en raison de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence sur le territoire d'un État ; une sentence qui porte atteinte à l'ordre public international de l'État sur lequel la sentence doit être exécutée peut entraîner l'annulation. Mais la question pouvait être posée si l'arbitre devra respecter l'ordre public international de tous États concernés…

Hormis tel ou tel ordre public international, force est de constater que l'on ne peut nier le jeu considérable des lois de police en matière d'arbitrage, par rapport au jeu d'ordre public international. Là aussi, le juge doit tenir compte des lois de police de l'État avec lequel le contrat a des liens qui justifient son application, mais pour l'arbitre qui n'a pas de for, la question est de savoir s'il est nécessaire de respecter les lois de police ? La situation semble être totalement différente de celle du juge étatique, car l'arbitre ne subit pas les influences

621 *Contra*. E. Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris : Montchrestien, t. I, 1930, § 95. Il avait affirmé que les effets de l'ordre public international devaient être strictement territoriaux.

d'un ordre juridique national, mais à notre avis il devrait respecter aussi les lois de police d'un État dans lequel la sentence sera exécutée. Cependant nous ne traiterons pas la question des lois de police dans ce chapitre. Nous nous intéressons à l'application des lois de police ayant un caractère d'ordre public transnational ou véritablement international qui incombe aux arbitres et aux juges étatiques. C'est-à-dire qu'il est possible d'envisager une loi de police qui a le même contenu qu'un ordre public transnational. On constate que cet ordre public transnational a été utilisé par certains arbitres et a fait l'objet d'études doctrinales.

342. Malgré le rôle très intéressant et bien considérable, de nos jours ces conceptions sont toujours floues c'est-à-dire son caractère est polémique tels que sa notion, son existence ou bien son contenu (A). Nous verrons ensuite les modalités d'intervention de l'ordre public transnational qui est également discutable en raison de sa nuance susceptible de rendre hésitation entre fonction de la loi d'application immédiate et une intervention pour éviter la loi normalement applicable (B).

A. Caractère polémique de l'ordre public réellement international.

1) La notion nuancée de l'ordre public transnational et véritablement international.

343. L'ordre public transnational ou véritablement international peut être défini comme un mécanisme défendant des valeurs, non pas propres à un ordre juridique national, mais adoptées par la communauté internationale... Dès lors son champ d'application est plus large que celui de l'ordre public international.

En effet rien ne fait obstacle à ce que l'ordre juridique français s'inspire de conceptions plus généralement admises par la communauté internationale mais cela ne donne pas de caractère transnational à son ordre public[622]. On constate qu'il est toujours nécessaire que les conceptions défendues devront faire l'objet d'une sorte de « naturalisation », c'est-à-dire qu'il faut parler de l'ordre public international français même s'il peut être influencé par l'ordre public transnational[623]. En effet l'ordre public international d'un État était invoqué pour écarter l'application de la loi étrangère, mais l'ordre public réellement international n'a d'intérêt que s'il se distingue dans sa fonction de l'ordre public international au sens

---

622 D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Paris II, 1992, n° 804, p. 527.

623 N. Nord, *Ordre public et lois de police…*, *op.cit.*, n° 269, p. 146.

traditionnel. Si les deux notions donnent le même effet négatif, on voit mal dans quelles circonstances le juge serait à même de tenir compte de cette troisième catégorie d'ordre public. Comme affirme M. B. Goldman[624], si le principe que l'on a reconnu à l'ordre public international commun est identique que celui que l'on admet à l'ordre public international français, le juge n'a nullement besoin de recourir à cette troisième notion. Mais lorsque le principe n'est pas d'ordre public international français, alors le juge pourrait difficilement recourir à cette notion sans condamner sa propre loi. Le juge pourrait le faire aussi s'il était chargé de réaliser l'ordre juridique international quand le litige présente des éléments d'extranéité. Mais ceci serait pousser à l'extrême la notion de « dédoublement fonctionnel »[625]. On trouve que ces remarques viennent affirmer que la notion d'ordre public réellement international ne présente un intérêt que si celui-ci a une fonction différente ; une fonction positive.

344. Il semble différent de l'arbitre international qui tranche les affaires internationales et qui peut envisager un ordre public véritablement international détaché de l'ordre public international auquel le juge étatique est soumis. Bien que le rôle d'ordre public transnational soit très important, le débat sur ce sujet en Thaïlande est rarissime. La jurisprudence et la doctrine ne parlent que du terme « ordre public et bonnes mœurs » comme nous l'avons vu auparavant.

2) L'existence de l'ordre public transnational.

345. *A priori*, en matière de conflit des lois, l'ordre public intervient suite à l'application de la règle de conflit lorsque celle-ci conduit à l'application d'une loi étrangère. En matière d'arbitrage international, la Cour de cassation caractérise l'ordre public international comme celui qui peut être évoqué « *pour faire obstacle à une loi étrangère en matière d'arbitrage international, la règle de droit normalement applicable, contraire à des conceptions fondamentales du droit français* »[626]. Cependant le cas d'ordre public transnational semble beaucoup plus délicat car il n'existe pas d'unanimité dans la doctrine sur la notion qui est toujours contestée parmi les juristes.

---

624 B. Goldman, note sous l'arrêt Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, *JDI*.1966.137 et s.

625 *Id*., p. 136.

626 Cass. ass. plén. 14 octobre 1977, *D*.1978.417, note P. Lagarde.

346. Les thèses négatrices de l'ordre public transnational sont posées à cause de son inutilité et de son existence incertaine. Pour les uns, l'argument a été avancé qu'aucune règle ne pouvait prétendre à l'universalité. Pour les autres, il semble impossible d'obtenir l'unanimité afin de prétendre à l'ordre public transnational, alors il semble qu'un large consensus à propos de ces règles et ces concepts est suffisant[627].

Un argument avancé pour nier l'existence de l'ordre public transnational se base sur la notion qui correspond à la partie indérogeable de la *lex mercatoria*. L'existence de la *lex mercatoria* elle-même est controversée, si l'on refuse l'existence de l'ordre juridique transnational, il faut également nier l'existence de l'ordre public transnational. Cet argument est avancé dans le sens selon lequel un ordre public sera « international » non seulement par sa fonction mais aussi par sa source. La question peut se poser si l'ordre public réellement international de la *lex mercatoria* devrait emporter sur l'ordre public international par son domaine et national par sa source. D'après M. P. Mayer, la supériorité de la *lex mercatoria* par rapport aux droits étatiques n'est pas évidente, car la première a ses sources des usages du commerce international et les principes généraux du droit[628]. Il ne s'agit pas de droit international au sens propre du terme qui est supérieur aux droits étatiques mais simplement un droit de source internationale. C'est la raison pour laquelle, faire jouer « le mécanisme de l'ordre public *au nom de cette prétendue supériorité*, apparaît comme une atteinte au principe du libre choix par les parties de la loi applicable »[629]. Cependant M. P. Mayer ne refuse pas la possibilité d'éviction de la loi normalement compétente, mais il faut reposer sur le fondement de la volonté de l'arbitre. Selon cet argument, la question de la subjectivité de l'arbitre peut être en cause car on lui laisse trop de marge d'appréciation[630].

347. Toutefois, il faut rappeler que l'existence d'ordre public transnational ne diffère pas des principes généraux au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, dans la mesure où, selon M. E. Gaillard, « il s'agit de dégager de l'ensemble des droits la tendance dominante, ce qui ne suppose évidemment pas la constatation que la règle en cause

---

627 J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris : LGDJ, 1999, p. 355.

628 P. Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », *in* Études offertes à Pierre Bellet, Paris : Litec, 1991, p. 379, spéc. p. 390 et s.

629 *Id*., p. 392.

630 Sur ce point le même auteur a défendu que l'arbitre lui-même doive préserver sa crédibilité, surtout pour l'institution de l'arbitrage, donc pour lui, la confiance est une chose la plus importante pour ce mode de règlement des différends.

ait fait l'objet d'une reconnaissance unanime »[631]. Citons une sentence de CIRDI dans l'affaire *World Duty Free* de 2006, dans laquelle le tribunal arbitral a admis que « *in some countries or sectors of activities, corruption is a common practice without which the award of a contract is difficult- or even impossible- but they always refused to condone such practices* ». L'arbitre a decidé que « *bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy* »[632]. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'obtenir à l'unanimité de consensus pour que cette règle soit qualifiée « transnationale ».

On trouve que l'argument selon lequel l'ordre public transnational serait inutile lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable susceptible d'être défendue. Car, l'arbitre devrait normalement appliquer la loi qu'il juge apte au contrat et surtout celle qui ne porte pas atteinte aux exigences fondamentales en raison de sa proximité de la situation. L'ordre public transnational peut jouer son rôle lorsque l'arbitre devrait rendre une sentence qui n'est pas contraire aux conceptions fondamentales acceptées par la communauté internationale. Car, finalement cette sentence devrait été exécutée dans certains pays de la communauté internationale. L'argument est fondé aussi sur la fonction inutile de l'ordre public transnational en constatant que son contenu coïncide souvent à celui de l'ordre public national. Sur ce point, nous avons déjà étudié qu'avoir influencé par l'ordre public transnational ne transforme pas la nature d'ordre public interne à l'ordre public réellement international. Par ailleurs l'ordre public international d'un État « est fondé sur un système de valeurs et de principe national, plutôt qu'influencé par l'idée ou les besoins de la globalisation »[633].

348. En pratique, il est difficile de nier l'existence de la notion d'ordre public transnational. Par ailleurs, aucune raison théorique valable ne s'oppose à l'admission du concept d'un ordre public transnational ou réellement international tant dans le domaine des droits de l'Homme que celui du commerce international. Il nous convient de citer les trois représentations

---

631 *Cf.* E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Liden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 77-78. Cet auteur a constaté qu'en ajoutant une condition de l'unanimité de consensus n'est que pour écarter l'ordre public transnational et recourir directement à la règle morale par l'arbitre.

632 CIRDI, 25 September 2006, *World Duty Free v. Kenya*, case ARB/00/7, § 157.

633 P. Lalive, « L'ordre public transnational et l'arbitre international », *in Nouveaux instruments du droit international privé, Liber Fausto Pocar*, Milan : Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 2009, vol. II, p. 599-611, spéc. p. 608.

générales de l'arbitrage international d'après M. E. Gaillard qui a classé la première représentation s'agissant d'un ordre juridique étatique donné en assimilant le siège d'arbitrage avec le for du juge. La seconde représentation peut être analogie avec le modèle *westphalienne*, car elle se fonde sur la pluralité des localisations dans les ordres juridiques étatiques. Il s'agit d'un ordre juridique mondial. Enfin, la troisième représentation fondée sur l'idée transnationale qui admet que l'arbitrage est fondé non sur un droit étatique (celui du siège ou celui du lieu d'exécution) ni sur le droit international public mais sur un ordre juridique tiers ou « ordre juridique arbitral »[634]. Donc, l'ordre public transnational peut être appliqué par l'arbitre qui appartient à l'ordre juridique tiers. Citons par exemple dans une sentence CCI rendu en 1972 statuant à Genève, le litige est né d'un conflit armé entre l'Inde et le Pakistan. L'arbitre avait appliqué des règles de l'arbitrage CCI, il n'était pas obligé de prendre en comte de l'ordre public international d'une des parties mais il avait seulement l'obligation de respecter l'ordre public réellement international[635].

Enfin, il paraît que, comme l'affirme M. P. Lalive, la distinction entre l'ordre public réellement international par son contenu mais national par sa source, et l'ordre public réellement international tant par son contenu que par sa source n'est pas nécessaire en pratique[636].

3) La teneur de l'ordre public transnational.

349. La pratique tant judiciaire qu'arbitrale nous a montré l'existence des plusieurs points communs entre le domaine de l'ordre public international étatique et l'ordre public transnational. Un auteur a même dit l'un nourrissant l'autre et *vice versa*[637]. Cependant il ne faut pas confondre les valeurs et les intérêts fondamentaux que chaque ordre public défend, plus précisément il ne faut pas confondre entièrement les valeurs et les intérêts fondamentaux d'un État avec les valeurs et les intérêts fondamentaux de la communauté internationale des commerçants. C'est pourquoi la distinction entre la notion d'ordre public international et celle d'ordre public transnational est nécessaire.

---

634 E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op.cit.*, p. 32-92.

635 Sentence CCI, n° 1664, le 15 mars 1972, cité par J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration : A study in Commercial Arbitration Awards*, 1978, p. 545-548.

636 *Cf.* P. Lalive, « Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international », *Rev. arb.*1986.329, spéc., p. 363 et s.

637 *Id.*, p. 368.

350. La question peut se poser si les principes fondamentaux peuvent être inclus dans l'ordre public transnational ? La réponse peut être positive si l'on accepte que l'arbitre ne doive pas trancher le litige en donnant une solution immorale ou choquante. Dans ce cas, les droits de l'Homme, les principes fondamentaux absolument essentiels qui ne sont pas propres au commerce international joueront leur rôle. L'arbitre devrait respecter l'accès des parties contractantes au procès équitable, il ne devrait pas consacrer dans sa sentence une discrimination raciale ou une situation d'esclavage. On peut constater qu'il s'agit, en effet, de la notion de *ius cogens* en droit international public. L'on constate aussi que le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux a plus de l'opportunité de trouver des cas de reconnaissance de principes fondamentaux susceptibles de nourrir le concept d'ordre public transnational. La corruption, en l'occurrence, peut être citée comme un bon exemple[638]. La sentence CCI rendue en 1998 a affirmé que « *un contrat incitant ou favorisant la corruption des fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational et que, si tel s'avérait être l'objet d'un contrat de consultance, il n'a d'autre option que d'en constater la nullité* »[639]. Il y a de nombreuses sentences qui ont fait fréquemment référence à cette même règle[640]. On peut dire que l'interdiction de la corruption est un principe d'ordre public transnational, car il est traité comme tel par les arbitres qui n'hésitent pas à annuler des contrats dont les parties ne respectent pas cette interdiction. En effet on trouve que dans les sentences arbitrales la raison et les termes juridiques pour condamner les corrupteurs sont multiples. Comme par exemple le principe général de droit reconnu par les nations civilisées ; ou une règle matérielle d'application immédiate ; et même le recours à un ordre public transnational.

Quels que soient les termes utilisés, c'est la même notion qui est en cause. La notion de « bonnes mœurs » dans le commerce international est l'un des exemples. On voit qu'il s'agit de l'ordre public français interne et même l'ordre public international tel que la plupart

---

638 *Contra*. P. Mayer, « La règle morale… », *op.cit.*, p. 392. Pour cet auteur, la corruption n'est contraire ni à un usage du commerce international ni à un principe général du droit donc seul « le sentiment de justice propre à l'arbitre suffit à fonder une décision condamnant de telles pratiques ».

639 Sentence CCI n°8891 (1998), *JDI*.2000.1076, obs. D. Hascher.

640 *Cf.* Sentence CCI n°3913 (1981), extrait cité par Y. Derains, *JDI*.1984.920, on observe que le tribunal arbitral n'a pas utilisé le terme « l'ordre public transnational ou véritablement international » mais « l'ordre public international tel que la plupart des nations le reconnaît » ; la sentence CCI n°3916, 1982, *JDI*.1984.930, obs. S. Jarvin. Ces sentences ont réaffirmé cette position.

des nations le reconnaissent[641]. Il convient de citer ici une sentence CCI de 1982 relative à une société d'Import-export dont le commerçant a fait une transaction fictive aux fins de permettre aux entreprises yougoslaves d'obtenir un crédit en devises étrangères pour l'achat de biens de consommation en violation des dispositions yougoslaves sur les opérations de crédit avec l'étranger. Selon l'avis des arbitres les opérations en question étaient *« contraire non seulement à la législation yougoslave, mais encore à la morale et aux bonnes mœurs »*. Par conséquent ce contrat était *« nul et d'une nullité absolue »*[642]. Certes, le noyau de cette sentence qui accepte que l'ordre public international étatique pourrait devenir l'ordre public transnational comme affirment les arbitres ainsi : *« Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément de droit commun des contrats dans le domaine international»*[643].

La prohibition du blanchissement de l'argent est un autre exemple de l'ordre public véritablement international.

351. S'agissant de certaines solutions antagonismes adoptées par les arbitres, par exemple, le principe « *actori incumbit probatio* » et « *reus in excipiendo fit actor* » en vertu desquels « chaque partie devrait prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ». Ce principe a été avancé par la sentence CCI de 1981[644] et semble être aussi considéré comme d'ordre public transnational. Alors que dans une sentence ancienne les arbitres n'étaient pas tenus à appliquer d'une manière stricte des règles en matière de preuve et que les parties devaient coopérer de bonne foi avec l'administration[645].

352. En droit thaï sur l'arbitrage, avant l'année 2002, la Loi 1987 ne mentionnait aucune exigence du fardeau de la preuve, l'article 17 ne stipulait que : *« Si cette Loi ou la convention d'arbitrage ne stipule pas autrement, l'arbitre peut d'office conduire la procédure comme il considère apte au litige en tenant compte de la justice »*. Cependant on trouve que la nouvelle Loi de 2002 sur l'arbitrage a le même sens que la sentence CCI de 1981 citée plus haut, dont

641 P. Lalive, « Ordre public transnational… », *op.cit.*, n° 22.
642 Sentence CCI n°2730 (1982), *JDI*.1984.914., obs. Y. Derains.
643 *Ibid*.
644 Sentence CCI n°3344 (1981), *JDI*.1982.978, obs. Y. Derains.
645 Sentence CCI n°1434 (1975), *JDI*.1976.978, obs. Y. Derains.

l'article 29 stipule : *« Sous réserve d'un accord des parties, la demanderesse devra prouver les faits reprochés à la défenderesse afin de soutenir ses demandes. La défenderesse devra défendre ses droits en donnant des preuves nécessaires et en précisant ses objections. Dans ce cas, les parties pourront soumettre les documents concernés ou la liste des preuves ».*

353. En ce qui concerne la non-application des Conventions internationales par les arbitres, est-ce qu'elle peut être considérée comme contraire à l'ordre public transnational ? En effet il existe certaines Conventions internationales qui obligent les arbitres à appliquer leurs stipulations au litige[646]. Dans ce cas il faut bien distinguer entre l'ordre public et l'impérativité de la convention internationale. Car la dernière vise la protection d'intérêts privés qui n'appellerait pas de contrôle systématique. Au contraire, il convient de poser la question si la convention internationale en cause est indispensable au bon ordre de la communauté internationale ? Si sa violation se heurte aux principes fondamentaux, on peut dire qu'elle constitue un ordre public transnational[647].

354. Bien que l'on envisage la notion critiquable et le contenu nuancé de l'ordre public transnational, on peut dire que parmi les principes généraux ou fondamentaux du droit du commerce international, de la *lex mercatoria* ou d'un droit international des contrats, seuls ceux qui apparaissent comme essentiels, appuyés par un large consensus de constituer la valeur importante, d'une force et d'une impérativité particulières, méritent d'être considérés comme l'ordre public transnational[648]. Il est vrai que l'ordre public transnational, comme l'ordre public international étatique, est variable dans le temps, c'est le dynamisme de l'ordre public, son changement dépend des circonstances dans chaque époque. Il peut évoluer et s'enrichir de principes nouveaux.

---

646 Par exemple, la Convention de Hambourg l'article 22 § 5 selon lequel : « *Les dispositions des paragraphes 3 et 4 du présent article sont réputées inclues dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle* » ; et la Convention de Montréal l'article 34 § 4 selon lequel : « *Les dispositions des paragraphes 2 et 3 du présent article seront réputée faire partie de toute clause ou de tout accord arbitral, et toute disposition contraire à telle clause ou à tel accord arbitral sera nulle et de nul effet* ».

647 *Cf.* C. Legros, « Le conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises », *JDI*.2007.799 et *ibid*., p. 1081. En effet les deux conventions internationales déjà citées ont pour objectif de permettre une réparation des victimes des transporteurs, elles écartent toutes les clauses exonératoires de responsabilité. Donc on peut dire qu'elles favorisent le bon ordre de la société et sauvegardent les principes de réparation de la responsabilité civile. Pour ces raisons on peut admettre que ces deux conventions font partie à l'ordre public transnational.

648 *Cf.* P. Lalive, « Ordre public transnational », *op.cit.*, n°11, p. 334.

Il reste à savoir dans quelle situation, l'ordre public transnational intervient-il ?

B. L'intervention de l'ordre public transnational.

355. L'intervention de l'ordre public transnational est plutôt rare dans la situation selon laquelle les parties ont choisi des usages du commerce international ou des principes généraux. On peut dire qu'il n'existe pas d'usages du commerce ou des principes généraux qui sont contraires aux conceptions fondamentales de la communauté internationale ou aux intérêts fondamentaux du commerce international.

356. La difficulté d'intervention de l'ordre public transnational. Certes, l'application de l'exception d'ordre public international par l'arbitre semble être un cas ordinaire. Mais le recours à l'ordre public transnational du juge étatique est en revanche un cas très exceptionnel, pour l'arbitre il devra tenir compte de l'ordre public de la communauté internationale des commerçants. C'est dire qu'il faudrait tout d'abord accepter comme un élément préalable l'existence d'une communauté et de valeurs fondamentales communes.

On accepte qu'en matière du contrat international, l'autonomie de la volonté des parties est prédominante comme nous l'avons vue, alors l'intervention de l'ordre public transnational n'est qu'en cas d'exception. L'arbitre ne peut pas nier d'appliquer la loi choisie par les parties contractantes. C'est le principe fondamental en matière d'arbitrage international. Pourtant, après avoir étudié la loi choisie par les parties, si l'arbitre trouve que l'application de ladite loi amènerait aux résultats choquants, dans ce cas il pourrait exceptionnellement éviter cette loi en recourant à l'ordre public transnational. C'est le meilleur mécanisme pour motiver la sentence et d'éviter le refus de reconnaissance et d'exécution de sentence par l'État concerné[649].

357. La Loi thaïe de 2002 sur l'arbitrage dans son article 34, alinéa 2, stipule qu'en cas d'absence de choix des parties de la loi applicable du fond, l'arbitre peut appliquer la loi thaï en premier lieu ; ou appliquer la règle conflictuelle en cas de conflit de lois si c'est le cas.

---

[649] Par exemple, la sentence qui affirme que « le droit libyen est en principe applicable à tous les aspects du litige, en ce qu'il n'est pas contraire à l'ordre public international et aux principes de bonne foi » ; *Cf.* P. Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », *loc.cit.* Selon cet auteur la corruption n'est contraire ni à un usage du commerce international ni à un principe général du droit donc seul « le sentiment de justice propre à l'arbitre suffit à fonder une décision condamnant de telles pratiques ».

« L'arbitre devra trancher le litige par l'application de la loi thaïlandaise, sauf le cas où le conflit des lois est en cause, l'arbitre devra appliquer la règle de conflit de lois au litige »[650].

On peut prendre en considération cette stipulation en deux situations, la première s'agissant du cas d'application de la loi thaïlandaise ; la question peut se poser si l'arbitre devrait prendre en considération l'ordre public transnational. En pratique cette première situation n'aura lieu que dans l'arbitrage purement interne, et on suppose que la sentence sera exécutée en Thaïlande ; il semble que l'ordre public transnational n'y a pas de rôle. Cependant si l'on accepte que l'arbitre ne rende pas une décision choquante et qu'il respecte toutes les fois la bonne morale, ou l'interdiction de corruption, ou autres principes acceptés par la communauté internationale. Cela peut être impliqué même s'il s'agit d'arbitrage interne. Ces principes doivent être pris en considération afin de motiver la sentence arbitrale. C'est la preuve de difficulté de distinguer l'ordre public interne de l'ordre public international et transnational. La seconde consiste au cas dans lequel la règle de conflit de lois est en jeu ; c'est évident que l'arbitre devra tenir compte de l'ordre de public transnational car la sentence devra être homologuée dans un autre État. Il faut constater qu'il est rare de trouver en réalité le cas où la loi élue par les parties applicable au contrat soit écartée. En effet les sentences ne font qu'affirmer ces principes sans les faire jouer réellement. Dès lors l'ordre public transnational n'apparait que dans les motivations de la sentence ou des *obiter dictum*[651].

On peut trouver aussi l'intervention d'ordre public transnational dans le cas relatif à l'arbitrabilité subjective dont la loi nationale est en cause, mais il ne concerne pas la loi d'autonomie. Par exemple, la sentence qui affirma comme contraire à l'ordre public transnational le compromis fait par l'établissement public, car son statut n'eût pas été apte à compromettre.

358. Conclusion de la section. Bien que certain principe d'ordre public ne paraisse très couramment que dans le statut personnel, le rôle de l'exception d'ordre public est considérable pour toutes les matières de droit international privé, notamment en matière de

650 มาตรา ๓๔ วรรค ๒ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า " ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทย เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้ "

651 Sentence n° 4761 (1984), *JDI*.1986.1137, obs. S. Jarvin.

contrats internationaux[652]. L'un des caractères importants de l'exception d'ordre public est la variabilité dans le temps, ce qui est difficile de donner la définition précise à l'ordre public. On ne pourrait que le définir pour une certaine période et puis il peut se changer dans l'avenir, tout dépend des circonstances économiques, politiques et sociales dans chaque époque.

En Thaïlande, quand on parle de l'ordre public, on pense généralement aux bonnes mœurs et à la paix du peuple. C'est ce terme qui s'appliquera dans tous les litiges, aussi bien interne qu'international. Si le mot « international » peut donner un intérêt significatif à l'ordre public, on ne voit aucune raison de le rejeter. Cependant, de nos jours, on n'envisage pas encore le problème causé par la non- distinction entre « l'ordre public » interne et « l'ordre public international » dans les termes juridiques thaïs.

De même que l'ordre public réellement international, après avoir étudié la notion, le contenu, et le mode d'intervention d'ordre public transnational dans le commerce international en particulier le cas devant la juridiction arbitrale, on constate d'une part la difficulté de déterminer de façon certaine son contenu. D'autre part, on ne pourrait pas nier l'existence de règles regroupées des principes appuyés sur un consensus très large parmi les États de la communauté internationale, comme la répression de la corruption de fonctionnaires ou le blanchissement de l'argent qui font l'objet d'une sanction de presque toutes les lois étatiques.

L'ordre public international étatique est en effet l'ordre public national à l'objet international, le domaine de l'ordre public international est entièrement intérieur à celui de l'ordre public interne. Autrement dit on ne peut pas imaginer un ordre public international qui n'est pas un ordre public interne. Alors que l'ordre public transnational « *trans* » ou s'applique entre les États et il est commun entre plusieurs États. On ne peut pas refuser que, l'ordre public transnational est véritablement international dans la mesure où il comprend un ordre public international à l'objet international, il peut y avoir la source internationale par exemple le *jus cogens*.

652 Bien que pour certain, l'ordre public international en matière du contrat semble déjà supprimé à travers le terme « manifestement » employé par l'article 16 de la Convention de Rome 1980, en Thaïlande, l'ordre public et les bonnes mœurs qui sont admis équivalents à l'ordre public international jouent toujours le rôle important.

359. Conclusion du chapitre. Du point de vue de l'ordre juridique du for, il existe deux mécanismes qui peuvent jouer leurs rôles pour le protéger. Il arrive souvent que les juges français et thaïs appliquaient dans certaines circonstances leurs lois internes sans passer par l'intermédiaire de règle conflictuelle. C'est-à-dire il n'y a aucune chance d'appliquer la loi étrangère. Parce que les juges devraient recourir *immédiatement* à des lois qui sont destinées à sauvegarder l'organisation politique, économique et sociale du pays. Alors comme nous l'avons vu, la notion de lois d'application immédiate peut aussi être assimilée à celle de lois de police, en raison de leur même fonction. Si les juges ne trouvent pas les lois d'application immédiate qui peuvent être appliquées à la situation en cause, ils prennent en considération la règle conflictuelle classique. Dans certain cas la règle conflictuelle entraîne l'application de la loi étrangère, certes, le juge du for doit respecter la loi étrangère applicable comme nous avons étudié dans le chapitre précédent. Mais cette loi ne doit pas violer les principes, les valeurs fondamentales du for. Dès lors, il faut pouvoir légitimement écarter une loi étrangère qui serait trop éloignée des conceptions de l'ordre juridique du for. Force est de constater que les États créent des moyens de combler les lacunes de règle de conflit de lois ; l'ordre public international. L'exception d'ordre public international apparaît comme un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente lorsque celle-ci contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le juge saisi.

Chapitre Second

EXCEPTION DE FRAUDE.

360. Même si le principe de l'autonomie de la volonté est bien consacré en droit international privé des contrats, il n'est pas forcément vrai que dans tous les cas, cette loi choisie peut jouer un rôle… Si elle constitue des dispositions qui se heurtent à l'ordre public international du for, elle sera écartée. La protection de l'ordre juridique du for ne s'arrête pas là, il existe une autre exception ; c'est l'exception de fraude à la loi. Force est de constater que l'exception de fraude à la loi a pour l'objectif de faire échec à la prétention formulée, de refuser ses effets dans le cas en cause en raison de l'intention malicieuse du sujet[653]. La fonction de la fraude à la loi ayant consisté à défendre la loi française contre l'application d'une loi étrangère contraire à son autorité. Dès lors, il semble qu'un rapprochement paraît dans l'ordre public et la fraude à la loi. Pour cette raison on peut envisager l'argument selon lequel seule l'exception d'ordre public suffit pour écarter les effets illicites de cette manipulation des règles de conflit[654]. Toutefois, il faut observer que seul le résultat auquel les deux exceptions aboutissent, est assimilé ; c'est l'éviction de la loi normalement compétente. Nous ne pouvons pas nier que les fonctions et la nature des deux ordres sont différentes ; l'ordre public s'attache au contenu de la loi étrangère *régulièrement* compétente qui doit être écarté ; quant à la fraude à la loi, on penche sur l'intention frauduleuse de particulier pour écarter la loi étrangère qui doit être applicable[655].

---

653 Cependant il se trouve que dans d'autres pays tels que les États-Unis ou l'Angleterre, la fraude est sanctionnée par les moyens autres que l'exception de fraude à la loi.

654 E. Bartin, *Étude de droit international privé*, Paris : Chevalier-Marescq, 1899, p. 252. Cet auteur affirme que « si le changement de la loi a été la cause finale de l'activité des parties…les dispositions de la loi nationale prennent le caractère de dispositions d'ordre public et doivent prévaloir sur celle de la loi étrangère ».

655 *Contra*. M. Lepaulle, *in* « La fraude à la loi », communiqué par G. De la Pradelle, *TCFDIP* 1971-1973, p. 117-145, spéc. p. 133. Cet auteur estime que la théorie de fraude à la loi paraît en réalité comme une doctrine pratiquement inutile en droit international privé. Il nous a rappelé qu'en d'autres pays il n'y a même pas un chapitre spécial sur la fraude à la loi. Puisqu'il existe un autre fondement traditionnel à recourir, par exemple, pour la prétention devant la Cour qu'on a une nationalité française mais que ce n'est pas vrai, c'est un cas de mensonge devant le tribunal. Cela n'a rien de particulier en droit international privé. Un autre exemple en cas de l'application de règle de conflit, lorsque l'une des parties devrait prouver son domicile devant le tribunal et qu'elle apporte un bail fictif, la règle conflictuelle n'aurait pas été appliquée, non pas du tout parce qu'il y aura une fraude mais simplement parce que la partie n'aurait pas pu établi son domicile. Pour cet auteur, il semble plus convenable de faire un appel à l'ordre public ou la théorie d'abus de droit. C'est probablement la même raison pour laquelle la fraude à la loi dans l'ordre juridique thaï ne paraît modestement qu'en doctrine. Par ailleurs, après avoir étudié les ouvrages juridiques thaïs, nous ne trouvons presque rien sur cette théorie. En revanche les juristes et les juges font fréquemment appel à l'abus de droit. La notion de fraude à la loi en thaï semble être ambiguë, car c'est un terme littéralement très proche à un dol ou un vice du consentement.

De surcroît, la fonction d'une exception de fraude à l'égard de loi étrangère diffère de celle d'une exception d'ordre public international dans la mesure où la sanction d'une fraude à la loi étrangère est admissible alors que l'intervention de l'ordre public en faveur de la loi étrangère n'a aucun sens[656]. C'est la raison pour laquelle les auteurs abandonnent en général l'assimilation de la fraude à la loi et à l'ordre public.

En droit international privé français, l'exception de fraude à la loi ne joue pas normalement en faveur d'une loi étrangère, pour cette raison on a dit que le droit français ne prend pas en considération la fraude à la loi étrangère. Une autre constatation est que la jurisprudence française ne sanctionne pas normalement la fraude à la loi étrangère, bien que la doctrine soit d'avis que celle-ci devrait être prise en considération. Alors la question est de savoir par quel moyen la fraude à la loi étrangère sera sanctionnée. On peut dire que ce n'est pas par l'exception de fraude que se traduira le cas échéant la sanction de la fraude à la loi étrangère, mais par le refus d'exercer sa compétence en l'absence d'un rattachement suffisant[657].

361. Il existe deux sortes de fraude en droit international privé. La première forme de fraude à la loi dite *stricto sensu* est celle qui consiste à manipuler de manière artificieuse la règle de conflit dont l'objectif est de se soustraire à la loi désignée normalement compétente. Par le biais d'artifices, les particuliers visent la soustraction de la relation juridique au droit qui lui est normalement applicable. L'intervention d'une autorité publique étrangère peut être envisagée au cours de la fraude à la loi. Ce qui nous concerne, c'est le tribunal auprès duquel le sujet est allé rechercher la décision qu'il ne pourrait obtenir du for normalement compétent. On trouve que la Cour de cassation elle-même a formulé les conditions de reconnaissance des jugements étrangers en France. Parmi celles-ci, elle a exigé 'l'absence de fraude', certes, cette condition a été appliquée à la reconnaissance de tout acte public étranger. Par ailleurs, la manipulation des critères de compétence juridictionnelle est considérée aussi comme une sorte de fraude à la loi. C'est la seconde forme de la fraude, le *forum shopping* ; la fraude à la

656 H. Batiffol, *Traité de Droit international privé*, 8e éd., Paris : LGDJ, 1993, t. I, p.599-600. Pour MM. Batiffol et Lagarde, l'assimilation des deux notions n'emporte aucune conséquence juridique. Car elle n'a été suggérée que pour fortifier la théorie de la fraude à la loi contre les objections dont elle était l'objet à une époque où la recherche des intentions était particulièrement redoutée. Cependant certains auteurs avaient l'avis que la fraude à la loi ne fût qu'un cas particulier de l'ordre public, il s'agissait de l'application de la loi étrangère provoquée artificieusement par les individus laquelle donnerait lieu au « trouble social ». *Cf.* Bartin, *Études de droit international privé*, Paris : Chevalier-Marescq, 1899, p. 247 ; *Cf.* Niboyet, « La fraude à la loi en droit international privé », *RDILC*.1926.503.

657 B. Audit, *La fraude à la loi*, Paris : Dalloz, 1974, préf. Y. Loussouarn, p. 11.

loi *lato sensu*, qui se caractérise par une manipulation des critères de compétence juridictionnelle.

Dans certaine circonstance la fraude à la loi peut se marier avec le *forum shopping* ; le cas d'un individu qui manipule la règle de conflit de lois et saisit un tribunal étranger. C'est pourquoi, après avoir examiné le problème de la fraude à la loi, on ne peut pas nier une étude du point de vue de conflit de juridictions où le *forum shopping* s'occupe son terrain **(Section II)**. Nous nous intéressons d'abord au moyen de la fraude à la loi, un bref examen des éléments de la fraude permet de montrer leur apport constructif à la question de la fraude à la loi et notamment à celles de la sanction de la fraude **(Section I)**.

Section I

Prise en considération de la fraude à la loi.

362. Les idées sur la théorie de fraude à la loi sont bien structurées en France, comme l'affirme M. Francescakis, il y a une définition qui est propre au droit international privé[658]. Il s'agit d'un autre mécanisme aboutissant à l'éviction de la loi étrangère, mais qui, contrairement à l'ordre public, ne se fond ni sur le contenu de cette dernière ni sur les conditions dans lesquelles elle a été déclarée applicable. En revanche, il s'agit de sanctionner le comportement répréhensible d'une partie ou des deux, qui ont procédé à une manipulation artificielle du facteur de rattachement afin d'obtenir l'application d'une loi qui n'était pas normalement applicable. Afin de comprendre la nécessité d'avoir plusieurs degrés différents pour sanctionner la fraude à la loi **(§2)**. On verra tout d'abord le moyen de fraude à la loi **(§1)**.

§ 1 : Au moyen de fraude à la loi.

363. Certes, la loi étrangère peut être désignée par la règle française de conflit de lois. C'est possible qu'une des parties ait manipulé artificiellement un facteur de rattachement pour avoir obtenu l'application de la loi étrangère autre que celle normalement compétente. Chaque fois où le sujet tente d'interposer entre lui-même et la règle de droit qui doit s'imposer à lui une norme moins favorable avec la première, on est amené à parler de 'fraude à la loi'. La jurisprudence a défini la fraude à la loi comme le cas où « *les parties ont volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement*

658 *Cf.* Francescakis, *in* « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, *op.cit.*, spéc. p. 136-137.

compétente »[659]. Cependant **il n'est pas forcément dit que l'éviction de toutes les lois peut être considérée comme la fraude à la loi**, il faut que cette loi fraudée soit la loi importante du litige. Les doctrines française[660] et thaïe[661] ont affirmé sur ce point ; alors le juge devrait prendre en considération au cas par cas.

364. Afin de connaître bien la notion de fraude à la loi, il est nécessaire de la dissocier d'autres notions qui peuvent être confondues avec la première. La fraude à la loi peut se confondre avec l'abus à la loi, en effet la première suppose que le sujet essaie d'interposer artificiellement la situation en cause afin de rendre applicable une autre loi plus favorable que celle normalement compétente qui le gène. Alors que l'abus est le cas où le sujet ne modifie pas les éléments de fait, au contraire il tente d'exploiter une situation préexistante qui lui permet d'aboutir à un choix ou un droit d'option[662]. Autrement dit, il s'agit d'un exercice d'un droit subjectif à des fins contraires au droit objectif. Le seul choix d'un droit étranger applicable en matière contractuelle pour but d'internationaliser le contrat est visé aussi sur un abus (e.g. l'hypothèse du contrat que ses éléments sont purement internes mais les parties ont choisi la loi étrangère qui ne présente aucun rapport avec celui-ci). Il semble que, en droit international privé européen, les libertés de circulation pourraient également être analysées dans la notion d'abus de droit. Prenons un exemple des sociétés commerciales qui utilisent la liberté d'établissement pour bénéficier dans tous les États membres du statut que leur a conféré le droit de l'État dans lequel elles se sont constituées. Elles sont incorporées pour le but de profiter d'une législation plus libérale ; en effet cet événement paraît dans tous les pays, de même qu'en Thaïlande, c'est la concurrence des systèmes législatifs pour attirer les investisseurs.

365. La fraude à la loi se distingue aussi de la simulation, la dernière a pour l'objectif de profiter de l'application d'une règle donnée en créant un acte simulé afin de mentir sur sa signification sans qu'aucune situation réelle ne vienne corroborer ce mensonge. Mais pour la

---

659 Cass. 1er civ. 17 mai 1983, *Lafarge*, *RCDIP*.1985.346, note Ancel.

660 B. Audit, « Fraude à la loi », *J.-Cl. Dr. internat.*, 2007, *Fasc.*535.

661 Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 1984, p. 82 et s.

662 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, Paris : LGDJ, 2009, n° 325-1 *; Cf.* F. Viangalli, « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *RRJ*.2000.1141, spéc. p. 1144.

fraude, la situation artificieuse créée existe réellement. Les parties doivent déplacer le point de rattachement ce qui suppose l'accomplissement d'un acte positif[663].

M. B. Audit a utilisé le terme de « la violation de la loi » au même sens que la fraude à la loi. Pour cet auteur la loi est violée lorsqu'elle n'est pas appliquée même si ses conditions d'application sont réunies. Car les parties ont voulu soumettre une situation donnée à une réglementation autre que celle qui devra la régir[664]. En droit interne la fraude est née lorsque les parties ont faussement qualifié leur contrat alors qu'en droit international privé, la violation internationale de la loi signifie la non-application de la loi et s'accompagne de l'application d'une loi étrangère à la situation qu'elle prétend régir. Pourtant il faut rappeler que certaine violation de la loi étrangère n'entre pas dans le schéma de l'exception de fraude en matière internationale, car la modification artificielle de la situation juridique et la manipulation de la règle de conflit sont absentes. Il s'agit de contrats qui ont été conclus pour but de tourner la loi étrangère, par exemple le cas de l'introduction de marchandises en contrebande, ou le cas d'un contrat d'intermédiaire pour l'obtention d'un marché qui est interdit par certaines législations.

366. La fraude à la loi peut se présenter dans deux situations ; la fraude à la loi du for et la fraude à la loi étrangère. En Thaïlande comme dans d'autres pays, la fraude à la loi du for semble attirer plus d'attention de la Cour que la fraude à la loi étrangère, notamment en matière fiscale où la fraude est vivement activée. Par exemple dans le domaine des sociétés ; normalement une société régit pour l'essentiel par la loi du siège social ; elle peut choisir le lieu de son implantation en tenant compte de la règlementation impérative à laquelle elle devra se soumettre. Certes, afin de pouvoir profiter au maximum de la législation, les sociétés choisissent généralement le lieu où la loi locale, surtout la loi fiscale satisfait leurs intérêts. Cette situation, considérée comme parfaitement licite pour certains auteurs[665]est affirmée par la décision de la CJCE[666]. Nous étudions tout d'abord les éléments qui composent la fraude à

---

663 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *loc.cit.*

664 B. Audit, *La fraude à la loi*, Thèse, *loc.cit.*

665 *Cf.* B. Goldman, *in* « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, *op.cit.*, spéc. p. 138-139. Cet auteur a développé que si l'implantation est réelle et dans l'hypothèse où cette société est multinationale qui se rattache à plusieurs pays, donc il ne voit pas comment on peut dire qu'il y a une manipulation. Car la société peut placer son établissement dans un pays déterminé afin de bénéficier de telle ou telle législation.

666 CJCE, 9 mars 1999, n° C-212/97, *Centros Ltd*., *Bull. Jol. Sté*, 1 juin 1999, n° 6, p. 705 ; *JDI*.2000.482, note M. Luby. La Cour a estimé que le *law shopping* est valide. « *Le fait qu'un ressortissant d'un État membre qui a*

la loi du for (A). Ensuite, nous verrons le traitement égal de fraude à la loi du for et la fraude à la loi étrangère (B).

A. Admission la théorie de la fraude à la loi du for.

1) Le montage artificieux constituant la fraude à la loi.

a. La règle de conflit, l'intermédiaire de fraude.

367. Le principe est que les règles de conflit ne doivent pas être utilisées par les particuliers pour échapper aux dispositions légales de fond. On sait que la fraude à la loi se présente envers les individus qui utilisent les règles de conflit de lois aux fins de se soustraire aux dispositions légales de fond. Autrement dit, la fraude à la loi peut se présenter chaque fois qu'un élément de la règle de conflit a été manipulé par la volonté des parties. Dés lors on peut définir la fraude à la loi comme l'utilisation volontaire d'une règle de conflit, ayant pour l'objectif d'échapper de l'application de la loi française.

368. Il est à constater que, d'après M. B. Audit, l'existence de règles de conflit dans un système juridique donné signifie une reconnaissance de ce qu'un tel système ne prétend pas appliquer ses lois de fond de façon universelle[667]. On sait que les règles de conflit jouent leurs rôles lorsque le litige contient l'élément d'extranéité et ces règles pourraient conduire à l'application d'une loi étrangère. On mesure le renfort que, estime M. B. Audit, peut apporter la violation internationale de la loi du système qui procède par règles de conflit. Comment la règle de conflit peut être un instrument de fraude ? Chaque fois que le rattachement adopté dépend de la volonté individuelle, celle-ci doit être précisée et restreinte. Car, une fraude est possible lorsque l'élément de rattachement tient compte d'une déclaration de volonté[668]. La règle conflictuelle de ce sort permet au sujet une affirmation qui ne correspond pas à la réalité et fait dépendre l'application de la loi impérative, d'une manière plus ou moins directe, de sa déclaration de volonté. Notamment en matière des contrats, le contenu de la règle de conflit permettrait au risque d'une fraude. Lorsque les parties sont

---

créé une société en choisissant de l'établir dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres, ne saurait pas en soi un usage abusif du droit d'établissement. Bien que la société en cause n'exerce aucune activité dans l'État membre où se situe son siège et n'exerce ses activités que dans l'État membre de sa succursale, ceci ne suffit pas à démontrer, selon la Cour, qu'il existe un comportement abusif et frauduleux (...) ».

667 B. Audit, *La fraude à la loi*, Thèse, *op.cit.*, p. 122 et s.

668 *Ibid.*

libres de choisir la loi régie au contrat, elles peuvent écarter une loi la plus vocatrice à s'appliquer telles que la loi présente les liens les plus étroits au contrat et soumettre leur contrat à une autre loi plus convenable à leurs intérêts privés. Quant au changement d'établissement à l'étranger ou de déplacer un meuble à l'étranger, en effet le domicile est un rattachement souple qui se prête très souvent à la fraude, car il suffit de déplacer son domicile dans un pays étranger pour se soumettre à la loi étrangère applicable. Mais il faut bien prendre en considération d'autres éléments de fait, car, si le changement est effectif, il s'agit d'un conflit mobile ordinaire qui sera régi par la loi de l'État étranger[669]. Hormis le détournement de rattachement, la volonté des parties est un élément constitutif de la fraude puisque la fraude est impossible si la volonté d'un individu n'intervient pas dans la détermination du rattachement.

b. L'élément psychologique indispensable.

369. Pour que la fraude soit possible, la volonté joue un rôle capital dans l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit. Si les parties ou l'une d'elles ont(a) modifié un point de rattachement sans l'intention de manipuler la situation en cause, il n'y a pas de fraude. Il ne faut pas confondre avec le cas où les parties ont créé volontairement, même avec l'intention, un élément d'extranéité vrai pour éluder la loi qui aurait été applicable à leur contrat. A titre d'exemple : normalement la loi applicable à un immeuble est la loi du lieu de sa situation, cette règle ne présente pas la fraude puisqu'elle ne dépend pas de la volonté des individus de situer un immeuble à leur convenance pour le soumettre à la loi qu'ils préfèrent[670]. A ce stade, on peut citer aussi l'hypothèse d'implantation de siège sociale de la compagnie dans un État dont la loi est plus favorable à ses intérêts. On peut dire que tout déplacement du facteur de rattachement n'est pas en soi frauduleux. Il en est de même pour le changement de la loi applicable qui ne présente pas une fraude. Cependant cet élément donne lieu à un débat de difficulté de l'identifier. D'après M. B. Audit[671], le comportement du fraudeur après l'acte ayant modifié le rapport de droit nous permet d'établir si la partie qui a accompli cet acte avait l'intention de rechercher les conséquences essentielles ou elle ne voulait que profiter de son effet sur la loi applicable. Par conséquent, il est nécessaire de faire recours aux éléments objectifs pour rechercher l'intention frauduleuse. On peut constater que

669 *Cf.* B. Audit, « Fraude à la loi », *J.-Cl. Dr. internat.*, 2007, *Fasc*. 533-2.

670 *Ibid.*

671 B. Audit, *Droit international privé*, 6e éd., Paris : Economica, 2010, n° 240.

la recherche de l'élément phycologique est à prendre en considération au cas par cas. Citons l'affaire de *Bauffremont*, si la princesse, après avoir été naturalisée, aurait attendu pendant un certain temps avant la demande de divorce et puis aurait été remariée dans un an ou même deux ans plus tard, ceci aurait pu changer le fait et surtout le résultat, car on ne pouvait pas reprocher la princesse qu'elle avait eu l'intention de fraude (v. *infra* n° 387).

370. Pour mieux illustrer l'hypothèse où la fraude ne se prête pas à la manipulation, citons le cas du délit, la règle de conflit soumet les délits à la loi du lieu de survenance et il ne dépend pas de la volonté que le délit survienne dans tel lieu plutôt que dans tel autre. Donc la seule fraude possible en la matière est le *forum shopping*, ce que l'on verra par la suite. Pourtant, la fraude à la loi par utilisation de la règle de conflit serait possible en matière de bien mobiliers car on peut transporter un meuble à l'étranger pour le soumettre à une loi plus favorable. Il est possible également en matière de statut personnel, puisqu'il dépend de la volonté des parties de changer de nationalité ou de domicile ou de religion. En matière d'actes juridiques il est possible aussi d'envisager la fraude à la loi, si l'on admet la règle de conflit selon laquelle la loi applicable à un contrat international est la loi désignée par les parties[672]. Donc la volonté des parties est toujours un élément important de constituer la fraude.

2) La fraude des éléments d'extranéité dans le contrat interne.

371. Au niveau communautaire, le principe de libre circulation des marchandises, de services et de personnes sont bien établis, surtout on admet la liberté des opérateurs de choisir leur lieu d'établissement dans un État membre de leur choix. Certes, le contrôle devrait mettre en place au cas par cas pour éviter la fraude à la loi[673].

372. En France, c'est l'un des rares cas où la jurisprudence française s'est trouvée confronter la fraude à la loi en droit international privé des contrats. L'arrêt classique de la Chambre criminelle du 12 mai 1998 mérite d'être étudié à ce stade, en raison de sa motivation claire et précise de la fraude à la loi en changeant volontairement le rattachement.

En l'espèce, la société française *Comex* était troublée par la concurrence internationale et par le coût économique élevé selon la loi française. Alors la société a trouvé une résolution par le licenciement économique des travailleurs en vue de l'autorisation de la Direction

672 *Ibid.*

673 CJCE, aff. C-212/97, 9 mars 1999, *Centros*, préc.

département du travail. Il paraît que la société suisse *Sogexpat*, qui est contrôlée quasi intégralement par la société *Comex*, réembauchait tous les salariés licenciés par la société *Comex* par le contrat de travail conclu en Suisse et régit par le droit suisse. Il faut observer que la société suisse a embauché les travailleurs aux mêmes travaux et sur les mêmes postes qu'auparavant. Sachant que les travailleurs étaient privés par la loi suisse de toute rémunération minimale au cours de leur période d'inactivité, des congés payés, du bénéfice de l'assurance-chômage, du droit de grève, et même des avantages de l'institution d'un Comité d'entreprise. C'est-à-dire ils se trouvent privés de toute législation protectrice française en cas de licenciement[674]. Alors, les dirigeants ont été assignés devant les juridictions françaises.

La Cour d'appel n'avait pas prononcé sur le problème de droit applicable en estimant qu'il n'entrait dans ses attributions que de répondre à la question sur l'infraction en droit pénal. Elle a jugé que les dirigeants étaient coupables après avoir constaté que la société suisse *Sogexpat* n'était qu'une 'coquille vide' contrôlée par la société *Comex*. La Cour de cassation a jugé que « *la circonstance que les contrats de travail des salariés embauchés par la société Sogexpat aient été régulièrement soumis au droit suisse, loin d'exclure l'application de la loi pénale, caractérise le préjudice causé à ces salariés, qui se trouvent privés des avantages sociaux dont ils auraient bénéficié en vertu de la loi française s'ils avaient été employés par la société utilisatrice* »[675]. En effet il est clair que cette opération présente le caractère frauduleux car la société *Comex* avait le but de soustraire la loi française destinée à protéger des travailleurs, elle a utilisé la technique qui n'était pas en soi illégal mais il paraît une intention frauduleuse destinée à éluder l'application de la loi française. Cependant on ne trouve nulle part dans cette décision le terme de fraude à la loi, force est de constater que c'est la fraude qui emporte la culpabilité. En effet le problème en l'espèce qui réside dans le fait que le changement du lieu de siège avait pour but de soumettre le contrat de travaille à la nouvelle loi (suisse) moins protégée des travailleurs, qui signifie le coût réduit pour la société.

373. En effet, ce genre de l'opération semble normalement être utilisé par la plupart des sociétés sous le conseil des juristes d'entreprise ou les avocats. De même qu'en Thaïlande, notamment en matière fiscale, la société peut économiser sur les frais d'impôts en utilisant

674 Les articles L 125-1 et L 125-3 du Code du travail dispose que : « *toute opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de la loi, du règlement ou de la convention collective, ou marchandage, est interdit* ».

675 Cass. crim., 12 mai 1998, *Comex*, n° H9686, 479-2936, *Bull. crim.*, n° 160.

cette technique fiscale. Ce qui est acceptable et parfaitement licite. Puisque les individus peuvent choisir librement le lieu d'établissement de leurs sociétés[676], dès lors on peut suivre les conseils de son avocat et se soustraire à la loi non-favorable en soumettant le contrat à la loi la plus favorable aux intérêts. Toutefois, le but poursuivi de cette opération en l'espèce conduisait à la privation de tous les droits protecteurs des salariés de droit français que ceux-ci en avaient auparavant ; raison pour laquelle cet acte devait être sanctionné. Si la société avait changé son siège à un nouveau lieu pour l'objectif d'économiser les impôts mais elle embauchait des nouveaux travailleurs, elle n'aurait pas eu l'intention d'éluder la loi protection des travailleurs et de les soumettre aux nouveaux contrats de travail régit par la loi moins protectrice afin d'économiser ses dépenses comme le cas en l'espèce, on pense que ceci n'est pas la fraude à la loi.

374. Le rattachement frauduleux du contrat paraît aussi à travers le principe d'autonomie de la volonté. Lorsque le contrat présente des liens objectifs avec le territoire dont la législation est atteinte, la fraude est moyen plus facile à retenir. Parmi les cas rarissimes[677], l'arrêt *Muller* rendu depuis 1926 nous a montré que la Cour a admis l'existence de la fraude à la loi par le seul choix de la loi étrangère applicable au contrat passé en France entre les Français. La Cour décida que « *il n'est pas loisible aux Français, contractant en France, de soumettre à leur gré leurs conventions au droit international pour échapper aux prohibitions du droit interne en matière de clause compromissoire* »[678]. Dès lors, certains ont précisé que le choix de la loi doit être soumis à condition que le contrat soit réellement international, car la loi

676 *Cf.* Tribunal de la Seine, 2e Ch., 6 juillet 1935, *des Phosphates de Constantine*, *RCDIP*.1936.771, note H. Solus. Le tribunal a affirmé le droit des sociétés françaises de transférer leur siège sociale de la France métropolitaine dans une colonie afin d'alléger leurs charges fiscales. Mais il exige que ce transfert doit être réel et sincère exclusif de toute idée de fraude. Le tribunal a par ailleurs estimé que « *le transfert du siège sociale ne pourrait être considéré comme fictif que si sa fixation à l'étranger (Alger) avait été inspirée par l'intention de faire fraude à la loi, notamment en vue d'échapper à certaines obligations imposées par la législation fiscale en vigueur et que si la collectivité intéressée n'avait pas son établissement principal au lieu désigné comme siège social par les nouveaux statuts* ».

677 *Cf.* B. Audit, « Fraude à la loi », *J.-Cl. Dr. internat.*, *op.cit.*, spéc. n° 47. Cet auteur a estimé que l'absence de jurisprudence sanctionnant la fraude du choix de la loi applicable peut être expliquée que le respect d'une loi écartée par le seul choix des parties peut être assuré par les notions d'ordre public ou de loi de police.

678 CA Rennes, 26 juillet 1926, *Sté Muller*, *DH* 1926, p. 53 ; *Gaz. Pal*. 1927, 1, p. 59 ; *RDIP*.1927.523, note J.-P. Niboyet.

choisie dans ce cas ne se justifie que par les nécessités du commerce international ; ou le choix doit être effectué de bonne foi[679] ; ou au moins il présente un lien avec le contrat.

3) La fraude des éléments d'extranéité dans le contrat international.

375. Parfois la fraude peut être en forme d'introduire à un contrat déjà international des autres éléments d'extranéité supplémentaire afin de le faire échapper des dispositions de la loi de police du for ; c'est la *sur-internationalisation artificielle*[680] du contrat. De même que le contrat interne, la jurisprudence qui a jugé sur la fraude des éléments d'extranéité dans le contrat international se trouve très rare. Citons cependant la décision de la Cour de cassation belge rendue le 28 juin 1979[681], en l'espèce, la concession avait été conclue entre la société belge et la société allemande et l'exclusivité portait sur le territoire belge. L'une des stipulations contractuelles a précisé par ailleurs que l'exécution de l'obligation du concédant devait se faire au lieu de son siège social en Allemagne. Les parties ont inséré dans leur contrat la clause de règlement des différends par l'arbitrage siégeant à Zurich et en statuant par les règles du droit allemand. Il paraît que le concédant avait rompu le contrat sans préavis, deux procédures d'arbitrage ont déroulé conformément à la clause prévue dans le contrat. Les sentences ont estimé que la rupture du contrat de concession était régulière alors aucune indemnité n'était due. Le concessionnaire avait porté plainte devant les tribunaux belges. Le concédant a défendu qu'il faille respecter les sentences arbitrales rendues à Zurich. Le juge du fond et la Cour d'appel ont décidé de condamner le concédant. Alors celui-ci a formé un pourvoi en concluant que les tribunaux belges fussent incompétents car le lieu d'exécution de l'obligation de concédant se situe en Allemagne ; donc il n'y avait pas de place d'appliquer la loi belge de 1961 sur les concessions de vente à durée indéterminée. Cette loi a pour l'objectif de protection du concessionnaire en cas de rupture unilatérale de la convention par le concédant. La concédant défendeur a fait valoir que même si la clause compromissoire n'était pas valable, le tribunal compétent ne pouvait être que le tribunal allemand en tant que tribunal du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande en vertu de la Convention de Bruxelles du 28 septembre 1968. La Cour de cassation a estimé que le contrat prévoyait une

679 *Vita Food Products v/ Unus Shipping Co. 1939*, A.C. 277, 290 (P.C.) ; *RCDI*.1942.420, note Mezger. La Cour a estimé que « les parties sont libres de choisir une loi quelconque, n'ayant éventuellement aucun lien avec leur situation. Mais le choix de la loi doit être effectué de bonne foi ».

680 Le terme utilisé par F. Viangalli, « La question de la fraude à la loi… », *op.cit.*, p. 1152-1153.

681 *Audit NSU c/ SA Adelain Petit*, 28 juin 1979, JT (1979), p. 625 ; *RCJB*.1981.332, note Vander Elst.

exclusivité pour le territoire belge, nonobstant la présence d'obligations accessoires localisées en Allemagne. Il considère que la clause localisant le lieu d'exécution de l'obligation du concédant en Allemagne était nulle « *comme constitutive de fraude à la loi, car elle avait pour but d'introduire un élément d'extranéité contraire à la réalité des choses* » et « *d'écarter par un artifice la loi belge normalement applicable (la loi de 1961) au profit d'une loi étrangère* »[682]. Ce contrat constituait déjà un élément international mais les parties ont inséré un autre élément d'extranéité en vue d'éluder l'application de la loi belge. A l'égard de la Cour, la procédure arbitrale qui est obligée de se dérouler hors du territoire belge constituait également un élément de fait incontournable car elle était susceptible d'échapper à l'application de la loi impérative belge[683].

376. En Thaïlande, rappelons que la loi applicable au contrat international est la loi choisie par les parties, à défaut, la loi du pays de la nationalité commune des parties, ou encore, la loi du lieu de conclusion ou enfin, la loi du lieu d'exécution du contrat. La fraude en matière de contrat international peut être trouvée à travers les rattachements utilisés par l'article 13 de la règle de conflit, c'est-à-dire la volonté des parties. Alors, pour qu'il y ait fraude, il suffirait de se rendre dans un pays choisi, la conclusion ou l'exécution, à la seule fin de rendre sa loi applicable. Cependant pour la nationalité commune des parties, ce rattachement est difficile de se prêter par le simple changement, car il est rare de trouver en réalité notamment en matière contractuelle le cas où l'une des parties utilise la naturalisation pour le seul but de se soustraire à la loi normalement applicable. La fraude commise par l'autonomie de la volonté est plus simple que ceci.

B. Affirmation du traitement égal, fraude à la loi du for et fraude à la loi étrangère.

377. Si l'on pense que la fraude doit être réprimée parce qu'elle constitue des immoralités juridiques et qu'elle ne peut être prise en considération que lorsqu'elle méconnaisse les règles de droit, et si l'on considère que seule la loi française est du droit, la loi étrangère n'est assimilée qu'à un élément de fait à l'égard du juge saisi comme on a déjà étudié, on ne voit pas comment la répression de la fraude à la loi étrangère est-elle possible… Dès lors, si l'on

682 L'arrêt précité.

683 F. Viangalli, « La question de la fraude à la loi… », *op.cit.*, p. 1154.

suit cette direction, l'éviction de loi étrangère normalement compétente avec l'intention de l'éluder n'est pas à être sanctionnée par le for. Cette pensée semble admissible généralement en droit international privé, au moins par la jurisprudence française et par la doctrine thaïe.

Cependant nous avons déjà étudié dans le titre précédent que la loi étrangère est bien du droit, sauf que l'on la traite en tant que fait en droit procédural afin de ne pas trop charger les juges du fond de rechercher dans tous les cas sa teneur.

378. Qu'en est-il lorsque la fraude s'est exercée à l'encontre de la loi étrangère ? Admettre que la fraude à la loi étrangère est avant tout une fraude qui devrait suffire en droit commun à la faire échapper à toutes les règles. Un auteur[684] est allé plus loin en estimant que lorsque l'on dit qu'il y a fraude à la loi, c'est la règle de droit française qui a été tournée. On est d'accord sur ce point, car l'application de la loi étrangère désignée par la règle conflictuelle française n'est pas possible à cause du détournement de son rattachement. Dès lors, la fraude à la loi étrangère, c'est toujours une règle de droit française, mais du droit international privé, qui a été méconnue. Cet auteur a affirmé « si nous donnons compétence à la loi étrangère, c'est pour qu'elle soit respectée et non brimée »[685]. M. B. Audit a même affirmé que « les lois étrangères constituent un moyen permanent de fraude »[686].

La Cour de cassation avait admis depuis l'arrêt *Mancini*[687] qu'il y avait une limitation pour la fraude à la loi étrangère. De nos jours, l'évolution du droit international privé français semble être orientée vers une prise en considération de la fraude à la loi étrangère, au moins des hypothèses où la fraude avait consisté à éluder le droit étranger compétent au profit d'un autre droit étranger[688]. La Cour de cassation a également une tendance d'annuler les contrats conclus en fraude à une loi étrangère. A titre d'exemple, l'arrêt de 1961[689] dans lequel la Cour de cassation a affirmé que les juges du fond peuvent annuler le contrat conclu entre un négociant français et une société étrangère d'importation pour payer la commission avec un

---

684 P. Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *RCDIP*.1962.1., *spéc*. p. 14 et s.

685 *Id*., p. 15.

686 *Cf.* B. Audit, *La fraude à la loi*, Thèse, *op.cit.*, p. 6 et s.

687 Cass. civ., 5 février 1929, *S.* 1930.1.181, note Audinet. En l'espèce, une Italienne qui avait obtenu la nationalité française par la naturalisation afin d'échapper à la prohibition du divorce selon la loi italienne à l'époque.

688 *Cf.* H. Batiffol, *Traité…*, *op.cit.*, p. 598 ; Y. Loussouarn, *Droit international privé*, 9e éd., Paris : Dalloz, 2007, n° 265 ; P. Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *op.cit.*, p. 10.

689 Cass. com., 7 mars 1961, Bull. civ., 1961.III, p. 112.

taux exorbitant en vue d'obtenir l'approbation du marché par un service public de l'État étranger. Force est de constater que la fraude se présente dans ce cas en raison de la violation de la loi étrangère, mais ceci ne peut pas faire jouer l'exception de fraude en droit international privé, car il n'y a pas eu de manipulation artificielle de la règle de conflit[690].

La fraude peut être constatée dans plusieurs stades, on trouve que la jurisprudence française n'a jamais toléré la fraude à la loi étrangère, notamment sur le terrain de *l'exequatur* des jugements étrangers sur lequel nous aurons l'occasion d'étudier dans la deuxième partie ; la réception des décisions étrangères.

Qu'en est-il si le droit matériel étranger, qui est frauduleusement évincé, est contraire à l'ordre public international du for ? Dans ce cas ce n'est pas d'une perte du temps de l'idée de fraude, mais c'est le rôle de l'ordre public qui se révèle ici.

379. En Thaïlande, la théorie de fraude à la loi ne paraît clairement que dans les conditions de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. Les écrits juridiques particuliers sur ce sujet, notamment en matière contractuelle, se trouvent très rares aussi, car la plupart d'ouvrages ne précisent que la fraude à la loi est inadmissible en droit international privé. Cependant pour la fraude à la loi étrangère, il semble que la doctrine thaïe va dans le même sens ; il n'est pas nécessaire pour la Cour thaïe de tenir compte de cette fraude, mais il faut trancher le litige selon la Loi de 1938 relative au conflit de lois[691]. Pour ces auteurs, il n'y a aucune raison de juger que la loi d'un pays emporte sur la loi d'un autre pays. Citons un exemple : un couple de nationalité chinoise qui, résidant en Thaïlande, ne peut pas s'y marier en raison de son bas âge, a changé la nationalité dans un autre pays, puis revient en Thaïlande pour se marier. Dans ce cas les autorités thaïes ne peuvent pas les interdire de s'unir légalement même s'il est évident que le couple a changé sa nationalité afin de rendre son mariage possible en évitant la loi de son propre pays.

Pourtant il existe deux exceptions que le juge doit tenir compte de la fraude à la loi étrangère. Dans le premier cas, lorsque devant le juge thaï il apparait que l'application de cette loi tierce conformément à la volonté des parties est contraire à l'ordre public international et aux bonnes mœurs du people thaï, la Cour devra trancher ce litige comme si c'était le cas

690 V. également CA Paris, 18 juin 1964, *Gunzburg*, *RCDIP*.1967.340, note J. Deprez ; *JDI*.1964.810, note J.-D. Bredin ; Cass. 1er civ., *Giroud*, 11 juillet 1977, *RCDIP*.1978.151, note B. Audit.

691 Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, *op.cit.*, p. 84 ; *Cf.* Ch. Pachusanond, *Droit international privé : la nationalité*, 2ème éd., Bangkok : Winyuchon, 2006, p. 240 et s.

d'application de la loi étrangère en dépit de l'ordre public international thaï[692]. Dans le domaine de statut personnel, par exemple si le couple de nationalité chinoise dont la loi nationale prohibe le mariage homosexuel, ce couple réside en Thaïlande où la Loi de 1938 dispose que les conditions de mariage doivent être conforme à la loi nationale de chacun, alors ce couple ne pourra pas se marier en Thaïlande. Afin de se soustraire à la loi chinoise le couple s'est fait naturaliser dans un autre pays qui permet ce genre de mariage et puis revient en Thaïlande pour s'y marier. Il est évident que ni les autorités thaïes, ni la Cour n'acceptent de valider ce mariage. Force est de reconnaître que la raison véritable est que ce mariage homosexuel est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du peuple thaï[693]. Ce n'est pas parce que la Cour thaïe souhaite sauvegarder les valeurs de la loi chinoise.

Le second cas réside sur le fait que lorsque les parties se soustraient à une loi étrangère en appliquant une loi tierce, selon la Loi de 1938 relative au conflit de lois, le juge devra appliquer la loi étrangère fraudée[694]. Par exemple la loi thaïe applique les conditions du mariage la loi nationale des époux et cette loi prohibe ce mariage, mais il paraît que ceux-ci ont changé leur domicile dans un pays où sa règle de conflit tient compte de la loi du domicile des époux qui permet ce mariage. Dans ce cas, c'est la loi nationale des époux que la Cour thaïe prendra en considération selon la Loi de 1938.

§ 2 : Degrés de répression de la fraude à la loi.

380. *« Toute situation ne mérite la protection du droit que si elle est saine, c'est-à-dire exacte dans sa réalité et convenable dans sa prétention. Les déformations arbitraires qui la défigurent doivent être déjouées à concurrence de la mauvaise foi qui les inspire et des injustices qu'elles causeraient »*[695]. On peut dire aussi que la fraude vicie tout ce qu'elle touche, d'où l'adage *« Fraus omnia corrumpit »*. Certes, le for ne doit pas tolérer la fraude à ses lois, ce principe devrait être appliqué aux lois étrangères également sans discrimination.

---

692 Y. Saeng-Uthai, *op.cit.*, p. 84 et s.

693 Les articles 1448 et 1458 du CCC utilisent le terme « homme et femme » pour décrire le mariage. Par ailleurs la jurisprudence thaïe définit une femme comme une personne qui peut être enceinte et avoir un enfant.

694 Y. Saeng-Uthai, *loc.cit.*

695 P. Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *loc.cit.*

Cependant on admet, de nos jours, que toute fraude ne sera pas nécessairement sanctionnée[696]. On constate que la fraude à la loi en droit international est plus difficile à sanctionner que celle du droit interne car il y a l'apparence de validité particulièrement forte que lui confère l'intervention d'une loi étrangère. Il est vrai que la fraude est en soi un acte utilisé pour but d'échapper à la loi normalement applicable. On accepte que la situation créée par l'intention frauduleuse n'ait aucune valeur à préserver, pour cette raison elle doit être sanctionnée en appliquant la loi que le fraudeur a voulu éluder et lui rendre en état précédemment existé. Nous affirmons ici que l'objectif de sanction repose sur l'éviction du résultat souhaité par le fraudeur. C'est la raison pour laquelle la sanction de la fraude à la loi ne doit pas être entendue comme une mesure d'assurer le respect de la justice sociale au sens absolu, au contraire elle doit être entendue comme un procédé de sauvegarde de droit dont nous ayons l'obligation ; le droit français pour le juge français et le droit thaï pour le juge thaï.

381. En ce qui concerne la réaction à l'encontre de la fraude à la loi étrangère, ceci était initialement placée en matière de la reconnaissance des jugements étrangers en France. Cette idée a été affirmée par la Haute juridiction depuis longtemps. Citons la résolution de l'Institut de droit international qui est dans la même directive : *« il est recommandé aux États d'adopter (...) des règles de conflit de lois fondées sur des rattachements qui conduisent, dans les mêmes conditions, à l'application de la loi étrangère, comme à celle de la loi du for (...)*[697]*. Par conséquent, la fraude à la loi étrangère doit être traitée par le même degré de sanction que la fraude à la loi du for ».* Quand bien même la résolution de cet Institut n'a pas de force obligatoire, mais au moins il nous montre la tendance de sanctionner aux pieds égaux les fraudes à la loi du for et à la loi étrangère. Notamment si l'on accepte que toute fraude doit être sanctionnée à cause d'une mauvaise fois de fraudeur, de ce point de vue il n'y a pas de différence entre la sanction de la fraude à la loi du for et celle à la loi étrangère. Si la fraude n'appuie pas sur l'autre simulation ou violation directe de la loi, la sanction est de déclarer inopposables les actes qui ont provoqué la modification artificielle de la situation.

382. Nous verrons la répression égale entre la loi étrangère et la loi du for, bien que la jurisprudence française traditionnelle ait été interprétée que seule la loi fraudée doit être la loi

---

696 B. Audit, « Fraude à la loi », *J.-Cl. Dr. internat., op.cit.*, n° 17.

697 Résolution I. 1. a), Institut de droit international, *L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère*, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, vol. 63-I, 1989, p.203 - 207 ; vol 63-II, 1990, p.305 - 323.

française (A). Ensuite le changement de l'avis de la Haute juridiction dans cette matière. Pour que la sanction à la fraude soit effective, il faut opposer à une exception de compétence du droit étranger en cause (B).

A. Sanction de la fraude à la loi du for.

383. Il convient d'analyser les hypothèses de fraude avant qu'on les sanctionne. En France, on a le moyen particulier de la sanction ; l'exception de fraude. Le juge ferait recours à celle-ci lorsqu'il devrait maintenir un raisonnement qui lui est soumis. Certes, on sait que l'exception de fraude n'intervient pas dans la matière où le rattachement de la situation se prête facilement à toutes manipulations comme la volonté des parties. Mais nos études ne seront pas complètes sans avoir étudié cette mesure particulière qui sera un exemple intéressant, notamment pour la Thaïlande qui retient toujours la nationalité comme l'un des rattachements en matière du contrat. Pourtant tout acte frauduleux n'est pas forcément l'objet à sanctionner par ce moyen, lorsque le juge considère certaine fraude comme un élément de fait, la sanction peut se traduire par l'application unilatérale de la règle de conflit.

1) L'exception de la fraude à la loi.

384. L'invocation de l'exception de fraude à la loi résulte du cas où l'opération réalisée par les parties était parfaitement licite en elle-même mais elle était destinée d'échapper à la loi française normalement applicable. Le caractère de ce mode de sanction repose sur l'apparition d'une intention, autrement dit l'intention frauduleuse est un élément essentiel à considérer l'exception de fraude[698]. Car on admet en principe la validité de l'argumentation du sujet et on ne peut paralyser les effets qu'en vertu de considérations subjectives[699]. Le schéma chronologique de la mise en œuvre de la fraude nous démontre que l'intention de fraude n'est bien établie que lorsque le fraudeur exerce dans le ressort de la loi évincée les droits acquis en

---

698 *Contra*. R. Vander Elst, note sous Cass., 28 juin 1979, *Audi-N.S.U.*, *RCJB*.1981.332, spéc. p. 357 et s. Cet auteur a trouvé que l'utilisation de l'intention en tant qu'élément indispensable pour justifier de l'exception de fraude semble « excessivement dangereuse » du point de vue de l'autonomie de la volonté et de la liberté humaine. En effet l'auteur pense que le choix de non-application de la loi nationale ou la loi du for applicable au litige est un droit des parties et ceci représente de l'autonomie de la volonté, le principe de base en matière contractuelle qui doit être respecté. Par ailleurs il a proposé que la simulation de l'élément d'extranéité doive être tenue compte au lieu de l'intention afin de faire un recours à la théorie de fraude à la loi. Dans ce cas là les parties contractantes doivent respecter certaines conditions ; il ne faut pas créer des nouveaux éléments d'extranéité pour que la loi étrangère soit applicable.

699 B. Audit, *La fraude à la loi*, Thèse, *op.cit.*, n° 187, p. 142.

application de la loi étrangère. Force est de reconnaître que la preuve d'une intention est toujours difficile à apporter, mais il n'est pas impossible et il faut le faire avec une grande prudence. Comme on le sait, l'exercice par un individu dans le domaine de la loi évincée des droits acquis en appliquant la loi étrangère constitue l'étape ultime d'une fraude à la loi de droit international privé. Lorsque les conditions d'application d'une telle loi sont réunies, il faut l'appliquer. La méconnaissance de celle-ci entraînerait une violation juridique. En effet, si l'individu ne déduit pas les conséquences de sa fraude dans le domaine de droit éludé, il vaut mieux éviter de fonder une sanction éventuelle sur son intention frauduleuse. Il faut observer qu'il n'y a pas dans ce cas l'intention d'évincer la règle impérative, par exemple, comme affirmé M. B. Audit, qu'il est « moins frauduleux de changer d'établissement afin de changer le statut que de changer le statut sans changer d'établissement »[700].

385. La caractéristique d'exception de fraude se présente aussi en forme du *maintien l'intégrité d'un système structuré de solution des conflits de lois*[701]. On pourrait imaginer le cas où l'on écarte toute la construction du système de la règle de conflit en raison de son application et son caractère lesquels, dans certains cas, permettraient de faire une violation internationale de la loi, en affirmant le domaine d'application de la loi. Ce moyen serait un vrai dommage pour les individus. Par exemple, il est rare de trouver un Français qui a changé sa nationalité afin de se soustraire à la loi française normalement applicable et se prévaut en France de sa nouvelle loi nationale[702]. Alors que tel n'est pas le cas de matière contractuelle ou des actes juridiques, car le rattachement ici est la volonté des parties. Dans ce cas la réserve de la fraude est très importante. Pour cette raison on peut dire que l'exception de la fraude à la loi intervient dans un domaine où on trouve que le rattachement est difficile à manipuler ; le changement de nationalité[703] peut être qualifié de ce cas. En comparant au changement de domicile, celui de nationalité est un acte très grave pour un individu qui voulait utiliser la naturalisation uniquement pour l'objectif d'échapper la loi normalement applicable à son rapport juridique. C'est-à-dire que lorsque le rattachement de la situation se prête facilement à toutes manipulations, la sanction de fraude sera effectuée sans recourir à

---

700 *Id.*, p. 143.
701 Le terme utilisé par B. Audit.
702 *Id.*, n° 188, p. 143 et s.
703 *Id.*, n° 197, p. 148.

l'exception de fraude, mais on utilise un autre moyen que l'on étudiera par la suite. La sanction par une exception de fraude repose sur le moyen où le juge n'appliquera pas la loi apparemment compétente, mais celle qui aurait été désignée si la modification frauduleuse n'avais pas eu lieu.

L'exception de la fraude constitue les différents degrés d'intervention de sanction : la sanction absolue et la sanction relative.

a. La sanction absolue.

386. Pour certains, l'acte invoqué devrait être considéré comme nul ; c'est la sanction qui répond bien à la nature d'« une exception ». Lorsque la fraude se produit et c'est bien l'ordre social qui est la victime, si l'on considère que le droit doit protéger la moralité juridique, dans ce cas, la fraude devrait être sanctionnée par la nullité du contrat[704]. Il est à noter que la sanction absolue à l'ensemble des effets de l'acte frauduleux ne peut être appliquée que lorsqu'il s'agit d'un acte juridique. En revanche, la volonté frauduleuse qui a été réalisée par un acte matériel ne peut pas être sanctionnée par l'exception de fraude, car le refus des effets juridiques frauduleux résultent de cet acte n'affecte pas son existence et n'empêche pas ses conséquences habituelles qui n'ont aucun lien propre avec la volonté frauduleuse. Par exemple, si un bien meublé a été transféré à l'étranger afin d'échapper à certaines dispositions de droit français, lesdites dispositions demeureront applicables. Puis, si un dommage a été causé à ce bien par un tiers dans ce pays étranger, la responsabilité du tiers sera soumise à la loi étrangère en raison du lieu de la situation du bien[705] et non à la loi du pays où la partie avait l'intention d'éluder. Cependant on peut faire face à un autre raisonnement, d'après M. B. Audit, lorsque l'intervention d'une autorité étrangère est en cause, le principe d'indépendance des souverainetés interdit à l'autorité de l'État requis d'annuler l'acte de l'autorité d'origine[706]. La réaction qu'on peut faire est que les intéressés devraient faire proclamer la nullité de cet acte auprès l'autorité du pays étranger.

b. La sanction relative.

387. La sanction de la fraude à la loi en droit international ne peut être la sanction complète. Il semble que l'adage « *Fraus omnia corrumpit* » ne peut être appliqué qu'à la

---

704 B. Audit, « Fraude à la loi », *J.-Cl. Dr. internat., op.cit.*

705 H. Batiffol, *Traité*…, t. I, n° 375, p. 600 ; Y. Loussouarn, *Droit international privé, op.cit.*, n° 269, p. 330.

706 B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 13.

fraude en droit interne. Car l'État requis ne peut pas décider si un tel acte est valable dans un État étranger où il a été accompli ; par exemple le juge saisi n'a que le pouvoir de le considérer comme dépourvu d'effet dans son pays.

La question est de savoir quel acte devrait être inopposable, l'acte frauduleux tout entier, ou uniquement son résultat frauduleux qui a été recherché par l'intéressé ? La doctrine dominante est favorable à la sanction pour l'ensemble de l'acte frauduleux, car il est mieux adapté à l'intéressé qui n'obtient pas finalement ce qu'il recherchait[707]. La Cour de cassation a condamné un tel artifice par l'exception de fraude à la loi dans l'affaire de *Bauffremont*[708], mais selon la Cour la princesse est demeurée française. La Cour n'a pas déclaré nulle la naturalisation de l'intéressée en Allemagne car le principe de l'indépendance des souverainetés était en jeu comme nous l'avons cité.

388. Force est de constater que l'intervention de l'exception de fraude à la loi a pour l'objectif d'empêcher le fraudeur de profiter de son acte frauduleux ou d'obtenir le résultat qu'il souhaiterait.

2) L'application unilatérale de la règle de conflit.

389. L'exception de fraude à la loi n'est pas une solution utilisée dans tous les cas. C'est pourquoi on peut constater souvent les décisions dans lesquelles la Cour a sanctionné d'une violation internationale de la loi par l'affirmation de compétence de la loi du for désignée par la règle de conflit[709]. Pourtant dans certains cas, la Cour a soulevé la fraude afin de sanctionner une telle violation même qu'aucune des parties n'a pas modifié l'élément de rattachement traditionnel et qu'il n'est pas possible d'admettre ladite violation comme régulière par invocation une règle de conflit. Citons un exemple, lorsqu'un couple de nationalité française va à l'étranger pour se marier dans un pays où sa loi n'exige pas d'âge requis, ces époux ont violé la règle de droit français sur les conditions de mariage. On trouve

---

707 *Id.*, n° 14 ; Y. Loussouarn, *Droit international privé, loc.cit* ; H. Batiffol, *Traité…, loc.cit. Contra*. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, 1944, n° 1090 : cet auteur a l'avis favorable à la sanction partielle ; il faut écarter uniquement la conséquence frauduleuse que l'intéressé se proposait de faire produire à l'acte. Par exemple la princesse *Bauffremont* est considérée comme ayant acquis la nationalité allemande, mais on refuse de reconnaitre son divorce et son mariage car ceux-ci sont le résultat frauduleux qu'elle recherchait.

708 Cass.1er civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, *GA*, 4e éd. 2001, n°6. V. en ce sens Cass. 1er civ., 17 mai 1983, *Lafarge*, *préc. supra* note n° 659.

709 B. Audit, *Droit international privé*, Paris : Economica, 2010, n° 242.

qu'aucune règle de conflit ne se présente, qu'aucun rattachement de la situation ne soit manipulé. Afin de sanctionner la violation de la loi française, le tribunal devra soulever que cette réunion constituée à l'étranger par deux Français a pour l'objectif d'échapper l'application de la loi française pour faire « fraude » à la loi… La Cour avait relevé dans sa décision **le terme de « fraude » en tant qu'élément de fait**, cela est pour mieux motiver sa solution constituée le refus de reconnaissance d'un acte public d'autorité étrangère.

390. En ce qui concerne le cas où la violation de la loi peut employer la règle de conflit, il s'agit de cas où le juge a soulevé la fraude du sujet pour mieux justifier la qualification du rattachement retenu selon la loi du for. Un exemple auquel nous nous intéressons ici, c'est le cas de la règle conflictuelle qui rattache la loi applicable à la société au siège sociale de celle-ci. Dans cette hypothèse on sait que c'est toujours les parties qui ont choisi l'établissement de leur société. Là aussi le rôle de l'autonomie de la volonté est indispensable comme dans d'autres matières. La situation du siège social avait été choisie parmi les pays le plus libéral qui offre la loi plus favorable aux intérêts de cette société et souvent pour leurs actionnaires. L'exception de fraude pourrait être invoquée par le tribunal du pays où se situe le siège, s'il constate une fraude à la loi de son pays. Alors qu'au regard du juge français, il n'a aucun sens de sanctionner cette situation. Si dans un litige, le juge français a prétendu que c'était une fraude, ce n'est qu'en tant qu'élément de fait pour motiver son jugement. La question peut se poser sur le fait que dans l'ordre juridique français, la jurisprudence affirme le plus souvent que le siège social d'une personne morale doit être 'réel'. Qu'en est-il, si ce n'est pas le cas ? L'intention frauduleuse des parties d'établir le siège social a été relevée par le juge à l'appui de sa décision. En effet, c'est le cas analogue en matière de domicile des personnes physiques, lorsque le juge a appuyé sur la nécessité d'un lien sérieux, cela signifie que ce lien sera exclu de fraude. On n'a pas besoin de le préciser, puisque ce n'est pas les deux conditions totalement distinctes. Force est de constater que le recours à la notion de fraude n'est qu'une question de technique juridique[710].

3) Le recours à la notion de *bonne foi*.

391. C'est la thèse subjectiviste qui inspire ce genre de sanction. Cette solution se fonde sur l'idée selon laquelle la loi applicable au contrat est normalement la loi désignée par les parties et chaque État connaît les dispositions impératives en matière contractuelle. Il est possible que

[710] B. Audit, *La fraude à la loi*, Thèse, *op.cit.*, n° 196, p. 148.

les parties n'aient mis en œuvre cette loi que pour l'objectif de se soustraire aux dispositions impératives d'une loi plus compétente. Les partisans de la doctrine subjectiviste réservent souvent les exigences de l'ordre public comme le mécanisme de s'opposer à l'application d'une loi étrangère désignée par les parties. On peut dire que les théories subjectivistes même les plus modérées tiennent toujours la possibilité de fraude. Bien qu'un partisan de la thèse subjectiviste pense que le choix des parties n'est jamais « capricieux »[711], ce constat semble être défendu. Car, lorsque les parties peuvent choisir la loi n'ayant aucun lien avec le contrat et s'il faut entendre que ce choix n'est jamais arbitraire, les parties obéiront à un intérêt mais d'un autre coté il faut constater qu'il existe aussi les intérêts collectifs que la loi impérative a été destinée à protéger. Pour ces raisons, le constat selon lequel le choix de la loi applicable par les parties n'est jamais capricieux, n'avance rien de la thèse subjectiviste. Malgré ce constat, la plupart des auteurs admettrait de soumettre le choix de la loi par les parties à un certain contrôle du juge pour écarter la fraude. On peut voir que le juge peut toujours sanctionner une fraude à la loi sans mentionner la fraude, mais il affirme en revanche l'applicabilité de la loi compétente. La notion de la bonne foi a vocation à s'appliquer dans ce cas, les juges ont souvent ajouté que le choix de la loi applicable doit être « sérieux » ou « fait de bonne foi »[712].

On ne peut pas nier que l'État doit protéger son ordre économique et le contrôle des changes, donc le juge doit aussi vérifier que le choix de la loi qui n'a aucun rapport avec le contrat n'a pas pour but d'échapper aux lois impératives dans ces domaines. La notion de bonne foi est un moyen pour empêcher la fraude et notamment ceci rend plus acceptable la théorie subjectiviste.

B. Sanction de la fraude à la loi étrangère.

392. Lorsque l'on confère aux parties la liberté de choisir la loi applicable à leur contrat, la situation frauduleuse semble être envisagée plus souvent. On peut dire que la fraude à la loi entraîne l'application de la loi étrangère qui n'a aucun lien significatif ni avec les parties, ni avec leur rapport juridique en cause. On constate qu'il est difficile de connaître la véritable raison des parties de choisir une telle ou telle loi étrangère applicable au contrat, d'ailleurs il

---

711 F. Mann, « *The Proper Law of Contract: A rejoinder* », (1950) 3, *I.L.Q.*, p. 64.

712 V. Hessel E. Yntema, « « Autonomy » in Choice-of-Law », 1 *AJCL*., 1952, p. 353 et s.

n'est pas logique de déduire que le choix de cette loi est illicite alors qu'il n'est pas défendu par le droit positif. Cependant, en matière de contrats internationaux, la Convention de Rome de 1980 et le Règlement Rome I permettent aux parties de choisir la loi applicable bien que celle-ci ne présente aucun lien avec le contrat.

Le rôle du juge dans le cas du choix des parties de la loi applicable est évident. Le juge rend la décision en respectant sa loi, plus il y a de lois impératives, plus il doit être attentif à leur violation possible. Lorsque la loi étrangère est une victime de la manipulation frauduleuse, on peut d'abord exclure l'exception de la fraude à la loi sous prétexte que la loi fraudée n'est pas celle du for. Pourtant on peut constater que finalement la fraude à la loi étrangère doit être sanctionnée au même titre que la loi du for.

1) Le refus d'exercer la compétence internationale : retour à la loi du for.

393. Le juge du for pourrait refuser la compétence internationale et appliquer sa loi, ceci est également la sanction de la fraude à la loi étrangère qu'on peut envisager. L'exception de fraude n'est pas vocation à s'appliquer dans ce cas, puisque celle-ci repose exclusivement sur la démonstration d'une intention frauduleuse. Cette intention frauduleuse sera établie uniquement par l'attitude de l'intéressé postérieurement à l'intervention de l'autorité publique. Par ailleurs, d'autre condition doit être remplie ; il doit être le cas où l'autorité publique en cause a la possibilité de ne pas exercer son pouvoir[713].

Alors que le cas envisagé à ce stade repose sur l'exercice de compétence de l'autorité publique, dès lors il n'y a pas de place pour l'exception de fraude. A titre d'exemple l'application d'une loi du for entraîne la violation de telle loi étrangère et le demandeur a l'intention de faire fraude à cette loi étrangère, l'autorité saisie peut refuser d'accéder à la demande. Cependant afin de refuser l'application de la loi du for, il faut que la teneur de ladite loi étrangère violée soit proche à la loi du for, car on ne peut pas accepter de prendre en considération la loi qui constitue une conception trop éloignée de celle du for. Dans ce cas là, le refus d'exercer la compétence internationale peut être fait au nom de l'ordre public international du for sans aucune nécessité de relever la fraude à la loi. Prenons un exemple, dans l'hypothèse où l'autorité publique ne refusera pas le mariage de deux étrangers dont leur loi personnelle l'interdit pour des raisons religieuses, raciales ou homosexuelles.

[713] B. Audit, *Droit international privé, op.cit.*, n° 246.

2) Le refus de reconnaissance de l'acte et d'exécution du jugement étranger.

394. La fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce. En effet, cette solution peut être envisagée au stade final du procès ; la reconnaissance ou l'exécution des décisions étrangères. Lorsque la loi étrangère a été violée, qu'en est-il pour les droits acquis par la fraude ? Dans ce cas trois ordres juridiques sont impliqués ; celui du for, celui de la loi appliquée et celui de la loi évincée. Mais il n'y a que deux lois en concurrence ; celle du pays étranger où les parties souhaitent l'évincer et celle qui a été appliquée par la fraude. On envisagerait la fraude à la loi étrangère par l'application d'une loi tierce lorsque la loi du for n'est incontestablement pas compétente, soit parce que la situation ne présente aucun lien avec cette loi au moment où elle est née, soit parce que ce lien était insuffisant pour justifier sa compétence[714]. Autrement dit c'est une hypothèse de conflit objectif entre deux lois étrangères lequel le juge saisi serait plus libre de le juger car aucune des deux n'est impérative pour lui. Dans ce cas la sanction envisagée est le refus de reconnaissance de l'acte frauduleux conclu à l'étranger par la loi fraudée, celui-ci peut être un acte de l'autorité civile ou un jugement étranger.

395. La jurisprudence française intervient depuis une longue période pour réprimer toute fraude à la loi étrangère[715]. L'arrêt *Gunzburg*[716] semblait être un arrêt phare en matière de fraude à la loi. En l'espèce, les époux *Gunzburg-Shrey* de nationalité américaine ont intenté un divorce par consentement mutuel au Mexique. Ils ont voulu se soustraire à la compétence de la juridiction et de la loi de l'État de New York. Les époux n'ayant aucun domicile réel au Mexique, ont plaidé par mandataire ; l'épouse ayant séjourné très peu de temps sur le territoire mexicain en vue d'y obtenir un certificat de résidence, pièce tendant à prouver que le tribunal mexicain est compétent pour statuer sur son affaire. Certes, cette manœuvre présentait comme une voie d'échapper à la nullité catégorique que la jurisprudence des tribunaux de New York attache aux divorces par correspondance. Ce divorce dit de « complaisance » obtenu devant le juge mexicain avait pour but de bénéficier de l'exequatur devant les juges français. La sanction par le Tribunal de grande instance de la Seine[717] allait

---

714 B. Audit, *La fraude à la loi*, Thèse, *op.cit.*, n° 251, p. 190 et s.

715 Cass.1er civ., 5 février 1929, *Mancini, préc. supra*, note n° 35.

716 TGI Seine, 14 mai 1962, *de Gunzburg*, *D*. 1962.653, note Ph. Malaurie.

717 L'arrêt *de Gunzburg, préc*.

trouver confirmation devant la Cour d'appel de Paris[718]. La juridiction d'appel a affirmé que « *le refus de l'exequatur s'imposait en l'espèce avec d'autant plus de force, et que la saisine de la Cour mexicaine constituait une fraude à la loi étrangère, une violation manifeste de la moralité juridique internationale qui heurtait l'ordre public international français* ». D'après M. J. Deprez, le principal intérêt de l'arrêt est d'avoir admis expressément la fraude à la loi étrangère[719]. En l'espèce la fraude n'a pas été sanctionnée en tant qu'exception générale permettant de neutraliser les manœuvres artificieuses des parties. Mais la Cour avait fait intervenir l'ordre public au sens du droit international privé à ce stade.

396. L'admission d'une sanction générale à l'égard de toute fraude à la loi étrangère appelait certainement des signaux plus forts pour pouvoir être entérinée. L'élément légal de la fraude n'est plus constitué au vu de cette solution d'une seule branche, à savoir la loi française. Dans l'arrêt *Sté Lafarge*[720], la Cour de cassation refusa toute discrimination en ce sens entre la loi du for et la loi étrangère. A cet égard, elle a précisé que l'élément légal est formé par « la loi normalement compétente »[721]. Cependant aucun juge n'a essayé de pondérer cette affirmation en soulignant qu'en l'espèce, la loi fraudée était la loi française et que tout a été mis en œuvre par la Haute juridiction pour paralyser la fraude à la loi du for.

397. Conclusion de la section. Lorsque la volonté des individus est différente de celle de la loi, ce n'est pas surprenant de trouver que certains ont essayé d'échapper de l'autorité de la dernière. Notamment en matière contractuelle où les parties devraient être libres de choisir la loi applicable aux contrats, certes lorsqu'on leur laisse le choix, elles choisiraient naturellement la meilleure pour leur propre intérêt. Pourtant dans certains cas, lorsque la loi normalement applicable n'est pas la loi plus favorable pour les parties et qu'elles voudraient bien appliquer une autre en changeant frauduleusement le rattachement de la situation… Il est possible aussi d'envisager le cas où les individus créent la situation d'un conflit de lois afin de faire intervenir la loi étrangère dans leur rapport. Que le for ne doive pas le tolérer, on admet que la loi est faite de règles, de normes abstraites, elle implique dans la vie de toute personne

---

718 CA Paris, 18 juin 1964, *de Gunzburg*, *RCDIP*.1967.340, note J. Deprez ; *JCP*.1964.810, note J.D.Bredin

719 J. Deprez, note sous CA Paris, 18 juin 1964, *préc.*, p.354-355.

720 Cass.1er civ., 17 mai 1983, *Sté Lafarge*, *RCDIP*.1985.346, note B. Ancel.

721 B. Ancel, note sous Cass.1er civ., 17 mai 1983, *préc.*, p.354.

car elle s'applique à tous et que pour cette raison elle est acceptée comme une norme juste. Le fait que certains ont la possibilité d'éluder la loi compétente rend l'injustice, comme écrit M. G. de la Pradelle, que « l'on doit reconnaître que cette loi officiellement générale, donc juste, n'est en réalité contraignante que pour le vulgaire puisque certains, les forts, les riches, ceux qui sont « conseillés », peuvent en éluder les dispositions »[722].

Force est de reconnaître que la fraude doit être sanctionnée dès lors que, affirme la Cour de cassation, son instigateur vise à esquiver, de façon détournée, à la loi normalement compétente, y compris la loi étrangère. C'est la raison pour laquelle tout traitement différentiel entre la loi étrangère et la loi du for est rejeté[723]. Les sanctions de la fraude à la loi pourraient intervenir en temps variés ; l'une est une mesure préventive, l'autre est d'intervenir une fois que la loi se trouve évincée. Le mode de sanction dépend de la situation fraudée, dans certain cas on peut sanctionner en affirmant simplement l'applicabilité de la loi évincée. Alors que dans d'autre, la technique de l'exception de fraude jouera son rôle. Celle-ci est une figure particulière en droit français ; le système juridique thaï n'en connait pas. Pourtant dans certain cas la violation internationale de la loi doit être sanctionnée par l'application unilatérale de règle de conflit. Force est de constater que le rapport entre le rôle de la fraude dans la sanction de violation internationale de la loi et la méthode de solution de conflit de lois se présente ainsi : pour la méthode bilatéralisme, la fraude est le fondement de la décision ; en revanche dans la méthode unilatéralisme, la fraude n'est qu'un élément de fait pour justifier la décision.

Section II

Prise en considération la fraude à la loi *lato sensu*.

398. Nous étudions à ce stade la question voisine de la fraude à la loi ou la fraude à la loi *lato sensu* ; le *forum shopping*. Il s'agit du cas où plusieurs États sont prêts à retenir leur compétence juridictionnelle et les parties font leur choix entre toutes celles qui s'offrent. Il paraît également en pratique qu'un litigant a « utilisé la règle de conflit de juridictions en vue d'obtenir l'application des règles procédurales plus favorables que celles qu'appliquerait le

722 G. de la Pradelle, « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, *op.cit.*, p. 119.

723 Cass.1er civ., 17 mai 1983, *Sté Lafarge*, *préc. supra*, note n° 659.

tribunal normalement compétent »[724]. Tout d'abord il faut soigneusement préciser que le choix du tribunal parmi ceux qui sont compétents est aussi défini comme le *forum shopping*. Il reste à savoir si tout le *forum shopping* est illicite… Avant de répondre à cette question il faut reconnaître au préalable que la mondialisation intervient aussi dans la vie juridique comme les termes utilisés par les auteurs ; « la mondialisation du droit »[725] et « un supermarché mondial de la justice »[726]. L'opportunité du choix de for donne lieu à l'opportunité de gagner et de bénéficier certains intérêts pour son gré. Dans le monde des affaires, il est très usuel d'entendre parler de *forum shopping*. Il convient de rappeler ici une expression de *Lord Simon Glaisdale* dans l'affaire *The Atlantic Star* : « *Forum shopping is a dirty word; but it is only a pejorative way of saying that,* ***if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one in which he thinks his case can be most favorably presented****: this should be a matter neither for surprise nor for indignation* »[727].

Si on accepte la distinction entre le *forum shopping* régulier et irrégulier, c'est uniquement pour répondre à la nécessité d'une étude du moyen de sanction. Les deux sortes du *forum shopping* posent alors le problème tant substantiel que procédural, une étude ne sera pas complète en l'absence de l'un d'eux. Dès lors, les clauses de prorogation de compétence internationale sont aussi considérées comme une sorte de *forum shopping* qui est licite en principe, mais nous limitons dans notre étude de cette partie uniquement dans le cadre du *forum shopping* irrégulier.

399. Il n'est pas apte d'assimiler le *forum shopping* à la fraude à la loi, car on sait que celui-ci porte sur les conflits de juridictions. Plus souvent, le *forum shopping* se réalise sans fraude à la loi, il conduit à l'obtention d'un résultat différent de celui qui aurait été obtenu devant une autre juridiction. Le moyen utilisé n'a pas créé ou modifié la situation qui lui permet d'exercer l'option, par conséquent la théorie de la fraude ne peut pas intervenir. Mais il ne faut pas oublier que la primauté d'objectif espéré par les parties du *forum shopping* est un bénéfice de droit procédural le plus favorable. Dés lors, il n'est pas impossible de dire que

---

724 A. Nuyts, « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », *in Étude en l'honneur du Professeur John Kirkpatrick*, Bruxelles : Bruylant, 2003 ; *Cf.* F.-K. Juenger, « *What's Wrong with Forum Shopping?* », *Sydney Law Review*, 1994, vol. 16:5, p. 5-13, spéc. p. 9 et s.

725 E. Loquin, *La mondialisation du droit*, Paris : Litec, 2000.

726 P. de Vareilles-Sommières, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *TCFDIP*, 1998-2000, p. 49 et s., spéc. p. 51.

727 F.-K. Juenger, « *What's Wrong with Forum Shopping*? », *op.cit.*, p. 12.

le *forum shopping* peut être également une violation pure et simple de la loi. Ce constat nous laisse à penser que ces problèmes ne devraient pas avoir lieu, car l'objectif général de droit international privé est atteint. On sait que les règles de conflit de lois, dans n'importe quel pays, ont pour but de régler le litige par la même manière pour que le résultat obtenu ne présente pas la grande différence dans chaque pays.

400. Le *forum shopping* est très actif également dans l'espace judiciaire européenne, la question est de savoir si les parties peuvent exercer les possibilités qui leur sont offertes par les règles de droit uniforme ou à savoir si l'application de ces règles est soumise à certaines limitations pour éviter les excès de *forum shopping*. Cependant on constate d'après les diverses variantes que la théorie de la fraude ne peut pas atteindre toutes les hypothèses de *forum shopping* irrégulier.

On verra tout d'abord les limites concevables au choix du for **(§1)**. A savoir que chaque ordre juridique dispose sa méthode de remédier ou on peut dire la prévention d'une telle fraude **(§2)**.

§1 : Les limites concevables au choix du for.

401. La possibilité de choix du tribunal par les parties contractantes pour régler leur litige est admise depuis longtemps dans les systèmes juridiques *common law* et les pays européens, bien sûr sous certaines conditions. Notamment en droit interne des États fédéraux, il existe toujours les conflits interétatiques c'est-à-dire entre les compétences de juges des États ou cantons. En France, la liberté de choix du for n'est pas absolue surtout en matière de statut personnel, en revanche en matière contractuelle le choix d'un système judiciaire favorable aux intérêts du demandeur semble beaucoup plus libre. En Thaïlande, au contraire, la question de choix du for est fortement critiquée à cause des amendements de certaines dispositions du Code de procédure civile. Par ailleurs les écrits juridiques ainsi que la jurisprudence sur le *forum shopping* sont bien rares. Comme on le sait, le *forum shopping* irrégulier est illicite, donc l'irrecevabilité de celui-ci est normale dans tous les systèmes juridiques (A). Cependant la question est de savoir comment le juge peut-il faire distinction entre le *forum shopping* régulier et irrégulier ? Nous verrons par la suite quels sont les critères pour déterminer la licéité du *forum shopping* (B).

A. Interdiction de *forum shopping* irrégulier.

1) Le *forum shopping*, la notion controversée.

402. La notion du *forum shopping* nécessite qu'on mesure au préalable sa pratique. Comme nous l'avons dit auparavant, le *forum shopping* consiste au choix du for le plus favorable aux intérêts d'un plaideur, afin de profiter de la procédure facilitant l'action en justice tels que les *class actions*[728], le procès *discovery* qui permet d'obtenir l'accès aux preuves détenues par l'adversaire, *l'anti-suit injunction* ; ou afin d'exploiter des règles substantielles plus intéressantes ; ou même de profiter du coût plus bas du procès déroulant dans certain pays. Le problème pourrait devenir plus grave surtout lorsque le tribunal frauduleusement choisi applique ces mesures considérées comme étrangères à l'égard du pays de droit civil. On sait que la notion du *forum shopping* est admise généralement dans les pays du *common law*, alors en France comme en Thaïlande, on ne reconnaît pas juridiquement ce terme.

403. Un auteur a essayé de distinguer le *forum shopping* en deux termes ; le *forum shopping bonus*, régulier et le *forum shopping malus*, irrégulier[729]. Ceci est ouvert à un grand débat, car pour certains, il est inutile d'introduire la différence entre les deux termes pour décrire le *forum shopping*, puisqu'il ne permettrait pas d'être plus certaine la matière de compétence judiciaire. Nous apprécions cette dissociation et par ailleurs M. P. de Vareilles-Sommières admet finalement que ces notions ne sont qu'une catégorie de classement[730]. En effet le terme « *forum shopping* » signifie littéralement « le choix du tribunal », c'est-à-dire que tout le choix du for est *forum shopping*, et force est de reconnaître que toute la désignation du for n'est pas nécessaire d'être abusive en soi, alors si on n'a pas de critères,

---

728 *Cf.* D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Partie I, spéc. n° 222, p. 214. La « class action » s'agissant d'une action de masse exercée par un grand nombre de personnes qui ont toutes individuellement subi le même préjudice et qui souhaitent obtenir une réparation ou un remboursement. Il s'agit d'une catégorie de personnes ou « *class* » qui répond aux mêmes caractéristiques tels que les actionnaires, les consommateurs, etc. Cette mesure se base sur l'idée qu'à titre individuel, les plaignants subis le préjudice relativement faible peuvent ne pas avoir une réparation. Ces plaignants n'ont aucun pouvoir de dissuasion, mais s'ils ont réagi collectivement un procès, l'ampleur de la demande leur permettra d'être pris au sérieux.

729 P. de Vareilles-Sommières, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *loc.cit.* Pour cet auteur il y a un *forum shopping malus* même si aucune intention frauduleuse n'existe, comme le cas du choix d'un tribunal étranger lorsque le tribunal français a la compétence exclusive.

730 Dès lors pour la question s'agissant de la différence entre la fraude au jugement et le *forum shopping malus*, le même auteur a affirmé que la fraude au jugement est également un cas de *forum shopping malus*.

comment on peut sanctionner le choix abusif ? Force est de constater qu'aucun *forum shopping* n'est licite, dans le sens que ceci préserverait les intérêts de celui qui l'exerce[731].

D'après M. P. Mayer, le *forum shopping* « se caractérise donc par une manipulation des critères de compétence juridictionnelle »[732]. Alors c'est l'intention frauduleuse qui importe pour considérer si une telle situation constitue le choix abusif ou *forum shopping* irrégulier ou non. A titre d'exemple la saisine d'un tribunal étranger pour l'objectif de paralyser le procès se déroule en France comme dans l'affaire *Akla*[733]. D'ailleurs, pour le même auteur, « leur comportement (des litigants) est frauduleux si le jugement favorable qu'ils espèrent, est principalement destiné à être invoqué dans un autre pays dont les tribunaux auraient refusé de faire droit à la demande s'ils en avaient été directement saisis »[734]. C'est le cas où les parties cherchent à éluder le prononcé d'un jugement que rendrait le for dont elles relèvent normalement. On envisagera cette hypothèse au stade de la reconnaissance et de *l'exequatur* de décisions étrangères devant le juge du for. Dans cette matière, on ne peut pas reprocher aux contractants d'avoir voulu éluder les règles de droits normalement applicables à leur contrat, car le tribunal saisi a appliqué la loi compétente selon ses règles de conflit.

404. En Thaïlande, avant l'année 1991, on a eu une disposition qui permettait aux parties de choisir un tribunal favorable mais il faut que ceci présente les liens effectifs avec le litige. Cependant il semble que cette disposition ne s'appliquait qu'au litige purement interne. Nous allons approfondir sur ce point dans la deuxième partie. En somme, à l'heure actuelle, la Thaïlande n'a pas de dispositions spécifiques en matière de compétence internationale applicables au litige à caractère international. La compétence du juge thaï est basée alors sur l'article 4 du Code de procédure civile (v. *infra* n° 498).

---

731 D. Cohen, « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », *D.* 2010. 975, spéc. p. 978 ; V. en ce sens G. Flecheux et I. Hautot, « Le *forum shopping* », *DPCI*. 1988, t. 14, n° 3, p. 389-402, spéc. p. 389 et s. Cet auteur a affirmé que le *forum shopping* dans son acception internationaliste n'est pas le choix du for, en revanche c'est une éviction du for normalement ou naturellement compétent.

732 P. Mayer, *Droit international privé*, 10e éd., Paris : Montchrestien, 2010, n° 267, p. 190.

733 Cass. 1er civ., 6 juin 1990, *Akla*, *RCDIP*.1991.553, 1er esp., note P. Courbe ; *D.* 1990.Som.com.263, obs. B. Audit.

734 P. Mayer, *Droit international privé*, *loc. cit.* ; *Cf.* B. Audit, « Fraude à la loi », *J.-Cl. dr. internat*, Fasc. 535.

2) Les juridictions françaises face au *forum shopping* en contentieux d'affaires.

405. L'affaire Vivendi du 28 avril 2010. En l'espèce, les actionnaires français de la société *Vivendi* ont été regroupés en *class action*, par le juge du tribunal de New York, pour demander une réparation du préjudice relatif à la législation boursière. La société *Vivendi* a été jugé coupable d'avoir diffusé d'informations trompeuses à l'encontre de ses actionnaires. La *class action* destinée à regrouper les actionnaires minoritaires français a été contestée par *Vivendi* devant le TGI Paris, la société *Vivendi* a fait valoir que le recours des actionnaires devant la juridiction américaine et aussi la *class action* constituaient d'un abus de *forum shopping* en soulevant l'article 1382 du Code civil français. Le TGI Paris a refusé de considérer que « *les actionnaires français avaient commis un abus du droit d'ester en justice* »[735]. De même que l'arrêt de la Cour d'appel qui a décidé que « *la compétence du juge américain ne résulte d'aucune manœuvre frauduleuse…* », et que « *la société Vivendi ne peut caractériser l'abus de forum shopping qu'elle dénonce…* ». Dès lors, selon la juridiction d'appel la participation dans la *class action* devant le tribunal américain contre *Vivendi* « *ne peut pas être considérée comme un abus de forum shopping* »[736], même que l'action de groupe est une institution qui demeure inconnue en droit français.

En l'espèce, la saisine du tribunal américain peut être considérée comme abus de *forum shopping* en raison de l'absence de lien significatif entre le litige et les États-Unis. Car, afin de sanctionner la diffusion par une société d'une information financière trompeuse, le juge américain a prononcé la *foreign-cubed class action*, les actions collectives, qui présente un manquement d'un rapport effectif entre le litige et le juge américain dans la mesure où les tribunaux américains étaient saisis par des investisseurs étrangers pour but d'assigner l'émetteur étranger, et l'opération sur des instruments financiers ont été réalisée sur un marché étranger. Certes, cette action et le *forum shopping* sont admis par l'ordre juridique américain, mais en France un auteur a fait une remarque que la décision américaine est incompatible avec le droit français[737].

Au point de vue du droit français, les trois conditions de *l'exequatur* en France ne sont pas réunies ; la compétence indirecte du juge étranger, la conformité à l'ordre public

---

735 TGI Paris, 13 janvier 2010, *D.*, 2010, AJ, obs. X. Delpech.

736 CA Paris, 28 avril 2010, *Vivendi*, *D.*, 2010, AJ, obs. X. Delpech ; *ibid.*, p. 2323, note L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2011.265, obs. N. Fricero ; *RTD com.* 2010.753, note N. Rontchevsky ; Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2010, *D.* 2010.2323, 2e esp., obs. L. d'Avout et S. Bollée.

737 D. Cohen, « Contentieux d'affaires… », *op.cit.*, p. 981 et s.

international de fond et de procédure, et l'absence de fraude à la loi. Cet auteur a soutenu en premier lieu que le litige ne présente pas un lien caractéristique avec le juge américain saisi, en revanche, le rapport caractérisé du litige conduit à la France. En second lieu, l'ordre public international n'a pas été respecté. Car la *class action* ne respecte pas le principe du contradictoire et la *opt-out class action* qui permet à quelques personnes de saisir le juge pour qu'il certifie une classe de demandeurs porte atteinte fondamentalement la liberté et l'ordre public international français[738].

B. Réserve de l'abus de droit, la qualification de licéité du *forum shopping*.

406. La notion d'abus de droit a été reprise plusieurs fois dans la jurisprudence de la CJCE pour refuser de donner effet à un *forum shopping* irrégulier. En effet la notion d'abus de droit est inconnue du droit international privé, sa fonction n'est pas pour admettre des droits subjectifs aux individus. Mais le droit international privé est destiné à déterminer selon quelle loi ces droits subjectifs seront accordés. Dés lors, lorsque les individus exercent leurs droits subjectifs de manière abusive, il ne s'agit pas d'un abus de la règle de conflit, mais à travers le mécanisme de la règle de conflit de lois les parties peuvent choisir la loi qui sera applicable à leur contrat parmi celles qui sont illimitées que le droit objectif leur permet. A titre d'exemple, le droit subjectif permet à porter plainte devant l'une quelconque des juridictions que le droit objectif leur propose de saisir. Partant de cette situation, les parties pourraient utiliser ce droit subjectif autant qu'abuser[739].

Cependant lorsque l'on tient compte du droit d'accès à la justice, force est de constater que celui-ci est considéré comme un droit fonction doué d'une finalité propre et n'est pas un droit absolu. Une fois que l'action en justice est en cause, ce droit est accordé à « son titulaire dans le but bien précis de lui permettre d'assurer la reconnaissance de ses droits ou de se défendre contre des actions qui contesteraient à tort ses droits »[740]. Dés lors qu'une action en justice, destinée à faire triompher le droit et la vérité, a été utilisée à d'autres fins, il s'agit

---

738 *Id*., p. 982. D'après M. D. Cohen, cette mesure est contraire à une règle constitutionnelle qui stipule ainsi : « *tout individu associé à une demande collective en justice ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* » (Décision n° 89-257 du 25 juillet 1989, Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, *JO* 28 juillet, p. 9503).

739 E. Cornut, « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*.2007.27, spéc. p. 34.

740 P. van Ommeslaghe, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *RCJB*.1976.302, spéc. p. 320.

d'un abus[741]. La CJCE admet également dans l'arrêt du 12 mai 1998 qu'une action en justice peut constituer un abus de droit lorsqu'elle a été exercée « *dans le but d'obtenir, au détriment de l'autre partie, des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition* »[742]. Bien que la réserve de l'abus de droit ne soit pas admise explicitement par la série de conventions de Bruxelles, la CJCE a accepté de façon générale bien constant de nos jours que « *le droit communautaire n'interdit pas à un État membre d'adopter, en l'absence d'harmonisation, des mesures destinées à éviter que les facilités créées en vertu du traité soient utilisées de façon abusive et contraire à l'intérêt légitime de cet État* »[743]. Ce constat nous permet de conclure que l'exercice des libertés communautaires se trouve aussi sa limite. C'est la raison pour laquelle les juridictions internes des États membres devront sanctionner l'utilisation abusive des critères de compétence retenus par ces textes communautaires à travers la notion de l'abus de droit admise par la CJCE[744].

407. La loi applicable à l'abus de droit. Il reste à savoir si l'admission de la thèse de l'abus de droit nous conduit à rechercher aussi la loi applicable à cet abus. Force est de constater que la loi applicable au régime de l'abus de droit dépend de la nature de l'abus considéré, soit la *lex fori*, soit la *lex causae*, soit la *lex loci delicti*, ou même la loi de l'auteur de la règle de conflit qui permet le *forum shopping*. D'après M. E. Cornut[745], la réserve de l'abus de droit est régie par la loi du for qui devra le sanctionner sans tenir compte de la loi applicable au fond du litige. Cette thèse semble être plus logique pour régler ce problème, car une fois que l'abus du choix de for s'est arrivé, c'est l'ordre juridique du juge saisi qui a été atteint et également un intérêt procédural qui est en cause non pas l'intérêt substantiel du plaideur. Alors que la question de savoir si une clause attributive de juridiction constitue une clause abusive est une question qui relève de la loi applicable au contrat, puisqu'il s'agit d'un

---

741 J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Droit civil : Introduction générale*, LGDJ, 1994, 4e éd., n° 803.

742 CJCE, 12 mai 1998, aff. C-367/96, *Kefalas*, Rec. CJCE 1998, I, p. 2843, concl. G. Tesauro ; *RTD com.* 1998, p. 1000, obs. Luby ; *Europe* 1998, n° 225 et 247, obs. Lagondet, pt. 28.

743 CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec. CJCE 1993, I, p. 1663 ; *Petites Affiches*, 1993, n° 108, p. 19-20 ; *Gaz. Pal.* 1995.III., p. 668-672.

744 CJCE, 27 septembre 1988, aff. C-189/87, *Kalfelis*, Rec. p. 5565 ; *JDI*.1989.457, note A. Huet ; *RCDIP*.1989.117, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1989.254, note B. Audit. La CJCE a condamné le cas de soustraire le codéfendeur à son for initialement compétent sur le fondement de la connexité.

745 *Cf.* E. Cornut, « *Forum shopping* et abus… », *op.cit.*, p. 36.

cas de la désignation de compétence ressort d'une clause d'élection du for[746]. Si la loi applicable au contrat ignore la réserve de l'abus de droit, il est possible de faire intervenir l'ordre public international du for pour le sanctionner. En effet le juge français devrait se référer à la théorie de l'abus de droit telle qu'elle est conçue en droit français, cela peut être comparé à l'hypothèse de sanction de la fraude à la loi.

§ 2 : Le palliatif de droit positif.

408. Seul le choix du for qui a pour but de se soustraire le litige du juge normalement compétent de façon irrégulière devrait être sanctionné. Plusieurs moyens pourraient être employés pour la répression. Alors il nous convient de distinguer le mode de sanction du *forum shopping* en trois groupes pour faciliter notre étude. Le premier consiste à sanctionner en général du *forum shopping*, ce mode de répression le choix abusif du for dépend de compétence en cause (A). Le deuxième est de sanctionner de façon particulière, il en résulte de la pratique commerciale et en particulier la tendance de jurisprudence française qui est expérimenté de plus en plus fréquente la méthode *common law* d'*anti-suit injunction* (B). Pour le dernier, c'est une sanction à l'appui des règles préventives, c'est en effet le moyen qui a besoin d'une coopération du législateur d'élaborer le règlement désigné par avance dans une situation qui constitue le risque du *forum shopping* la juridiction qui devrait être normalement compétente (C).

A. Sanction générale du *forum shopping* irrégulier.

1) L'exception d'incompétence.

409. Lorsque la compétence directe est en cause, il s'agit d'une méthode traditionnelle de sanctionner le *forum shopping* irrégulier, lorsque la compétence d'un tribunal français est en cause, ce choix irrégulier du for peut être sanctionné directement. On peut distinguer cette sanction en deux voies ; l'exception d'incompétence du tribunal français choisi sur la base d'un *forum shopping* irrégulier ; ou l'affirmation de compétence du tribunal français en cas du choix irrégulier d'une autre juridiction. La première solution est destinée à admettre à la partie victime du *forum shopping*, dans ce cas c'est le choix du tribunal français, une exception qui

746 *Cf.* E. Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », *in Mél.* J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 807, spéc. p. 814 et s.

lui permet de soustraire son litige de ce tribunal. Le tribunal français devra se déclarer incompétente bien que le chef de compétence soit bien établi[747]. Cette déclaration d'incompétence pourra être d'office ou même par une demande de partie victime. La question est de savoir si, dans tous les cas, l'exception d'incompétence effectuera à toute partie du litige. La jurisprudence a bien souligné qu'il n'est pas nécessaire de soustraire tout le litige au juge français irrégulièrement saisi ; l'irrégularité partielle du choix du for n'entraîne selon la Cour qu'une incompétence partielle[748].

410. Lorsque la compétence indirecte est en cause, c'est le refus des effets néfastes de jugements étrangers. Il s'agit du jugement étranger qui a été demandé la reconnaissance ou l'exécution en France. Une fois que ce jugement a été délivré sur la base du choix irrégulier du for, le juge français devra mettre à disposition de la victime de ce choix en déclarant l'exception d'incompétence indirecte, autrement dit par le refus de reconnaissance ou *d'exequatur* en France le jugement étranger car son auteur est incompétent.

2) Le mécanisme de *forum non conveniens*.

411. Cette théorie trouve son origine au pays du *common law* ; elle permet au juge de refuser de statuer sur le litige lorsqu'il trouve *non conveniens* ou inapproprié, **en évoquant qu'une autre juridiction est mieux placée**. Il est vrai que la théorie de *forum non conveniens* est inconnue aussi bien dans le système juridique français que dans le système juridique thaïlandais. En Thaïlande comme en France, c'est le droit qui définit si le juge est compétent ou non pour statuer sur un litige. Force est de constater que l'histoire juridique de la France peut nous éclairer pourquoi on rejette cette doctrine étrangère, c'est en effet la pensée

747 Cass. 1er civ., 24 novembre 1987, *Garrett*, *RCDIP*.1988.364, note G.A.L. Droz ; *JDI*.1988.793, note E. Loquin ; *JCP* (G) 1989. II. 21201, note P. Blondel et L. Cadiet.

748 CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, *RCDIP*.1996.487, note P. Lagarde ; *JDI*.1996.543, obs. A. Huet. Cet arrêt a affirmé la réponse même s'il s'agit de la matière délictuelle, mais elle nous a montré que lorsque le choix d'un tribunal saisi par le demandeur a été fait sur la base du *forum shopping malus*, la Cour peut sanctionner en déclarant incompétent sur une partie du litige qui est partiellement irrégulier. En l'espèce il en résulte que le choix du tribunal par la victime de l'un des lieux de réalisation du dommage en vue d'obtenir la réparation de l'entier préjudice serait partiellement irrégulier en l'absence de lien caractérisé entre ce for et la totalité de la prétention. On voit que le choix de ce tribunal n'était pas en soi irrégulier, mais le tribunal choisi doit faire jouer l'exception d'incompétence uniquement dans le cas de la réparation du dommage causé à la victime hors du territoire du for.

juridique française qui se fonde sur l'encadrement strict des pouvoirs des organes judiciaires[749].

412. Le droit international privé français adopte aussi le principe du droit interne sur la répartition de compétence du juge lequel la bonne administration de la justice et l'intérêt des parties ont été prises en compte. Il reste à savoir dans quel cas le juge français peut-il refuser de trancher le litige relevé devant elle ? On cite ici l'article 92 du CPC[750]. Certes, cet article permet au juge français de refuser de statuer sur un tel litige, mais lorsqu'on l'a bien considéré, on trouve que c'est la règle de compétence internationale qui accorde au juge de refuser de statuer sur ledit litige en raison d'incompétence, mais non pas parce qu'il est compétent et il refuse de l'exercer. Par ailleurs il ne s'agit pas ici d'un pouvoir de se dessaisir en estimant plus approprié un autre tribunal.

413. L'arrêt de la Cour d'appel, la société *Boeing* rendu en 2008 qui ouvre le débat sur la réception de la théorie du *forum non conveniens* par le droit français peut être un bon exemple. En l'espèce, les demandeurs ont introduit devant le TGI une demande tendant à aboutir à une décision sur son incompétence, alors que le tribunal l'avait décidée irrecevable. Ensuite, la Cour d'appel a estimé incompétente la juridiction française pour statuer sur ce litige en renvoyant aux juges américains, antérieurement saisis, qui avaient considéré que le tribunal français est plus approprié pour rendre une décision en l'espèce. Il faut observer que les juges américains faisaient appel à la théorie *forum non conveniens* sous réserve que le juge français se reconnaisse compétent… Force est de constater que le motif de la Cour d'appel de se déclarer incompétent est remarquable, elle affirma ainsi : « *le juge français, tenu par des règles matérielles de compétence, ne peut pas déclarer qu'un tribunal étranger est plus approprié* »[751]. Alors elle n'avait pas à rechercher si elle était '*more convenient'*. Par ailleurs la saisine de la Cour d'appel français a été faite avec une demande dans un contexte judiciaire

749 *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *forum non conveniens, lis pendens* », *RIDC.*1994.423, spéc. p. 424.

750 Article 92 dispose ainsi : L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas.

751 CA Paris, 6 mars 2008, *Sté The Boeing Company, D.* 2008.AJ.852, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, p. 1452, note P. Courbe ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 51-52, p. 48-50, note M.-L. Niboyet.

très particulier, c'est-à-dire qu'il faut tenir compte de la décision du juge américain[752]. Car ce dernier oblige le juge français à prononcer sur sa compétence internationale, et si le juge français affirme sa compétence, le juge américain n'exercera pas sa compétence.

Les sociétés défenderesses ont formés leurs pourvois. La Cour de cassation, dans l'arrêt du 30 avril 2009[753], a censuré la décision d'appel, en raison de l'interdiction d'une action déclaratoire ; on ne peut pas saisir un juge uniquement pour lui demander qu'il n'est pas compétent si une demande lui était soumise. Lorsque la Cour de cassation rend un arrêt de cassation totale, elle affirma implicitement l'incompétence internationale des juges français. Malheureusement la Cour reste silencieuse sur l'issue de *forum non conveniens*, bien que la cassation nous ait fait revenir à la décision du TGI et à l'irrecevabilité de la demande qui avait été formulée sur la base de *forum non conveniens*[754].

414. En Thaïlande, la théorie de *forum non conveniens* n'est pas reconnue, même le droit positif et les écrits sont bien pauvres sur ce sujet. On trouve qu'il n'y a aucune disposition du Code de procédure civile thaï qui permet au juge de se dessaisir une instance en appuyant à la doctrine *forum non conveniens*. Par ailleurs les tribunaux thaïs n'ont jamais eu l'occasion de statuer sur cette question[755]. D'après un auteur, avoir conféré l'application du *forum non conveniens* à la Cour thaïe c'est en effet d'admettre aux juges le pouvoir discrétionnaire extensif, ce qui doit être fait prudemment[756].

B. Sanctions particulières au *forum shopping* irrégulier.

1) La méthode d'*anti-suit injunction*

752 O. Staes, « Transport aérien de personnes », note sous Cass. 2e civ., 30 avril. 2009, *Rev. dr. trans*., 2009, n° 11, p. 28-29.

753 Cass. 2e civ., 30 avril 2009, *Sté The Boeing Company*, *JCP* (G) 2009, n° 31, p. 19-22, note M. Attal.

754 M. Attal, « Acculturation d'institutions procédurales étrangères : une occasion manquée », Note sous arrêt Cass. 2e civ., 30 avril 2009, *JCP* (G) 2009, n° 31, p. 21.

755 P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « Le conflit de lois sur la compétence étatique en matière du commerce international », documents pour le cours de Certificat de droit du commerce international, le 19 avril 2002, n° 18, p. 29.

756 Ch. Pachusanond, « Certains aspects sur le conflit de juridictions en Thaïlande à l'égard du droit international privé », *Chulalongkorn Law Journal*, vol. 17, n° 1, 1997, p. 39-61.

415. Afin de sanctionner le *forum shopping malus*[757], les systèmes de *Common Law* a développé **l'injonction *in personam*** dont le juge saisi pourrait interdire à l'avance au demandeur de saisir la juridiction étatique étrangère. Cette technique est très efficace grâce aux sanctions pécuniaires sévères en cas de violation.

L'anti-suit injunction est définie comme **« une mesure, prononcée à l'encontre d'une personne privée par une juridiction compétente à son égard, dont l'objet est d'interdire à cette personne d'initier ou de poursuivre une procédure judiciaire devant une juridiction étrangère »**[758]. Malgré l'avantage indéniable d'anéantir le *forum shopping malus*, on peut dire que la mesure de l'injonction de nos jours n'est pas admise à la tradition française. **De même que devant la CJCE, qui a récemment reconnu que ladite technique est incompatible avec les règles communautaires de compétence, de reconnaissance et d'exécution en matière civile et commerciale** ; le Règlement Bruxelles I, même si celui-ci exclu la matière de l'arbitrage de son champ d'application[759] (v. *infra* n° 552).

L'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2009[760] a jugé autrement, mais il faut bien constater que la nature de litige est également différente de la première. En l'espèce, un contrat de distribution exclusive de boissons a été conclu entre une société américaine et une société française. Ce contrat est régi par la loi américaine et les parties ont inséré aussi une clause attributive de compétence au tribunal américain. La société américaine ayant résilié le contrat, la société cocontractante a porté plainte devant le tribunal français. La société américaine a invoqué la clause attributive de juridiction en contestant la compétence du juge français et a saisi le tribunal de son État. La juridiction américaine a prononcé *l'anti-suit injunction* qui interdit au cocontractant français de poursuivre le litige engagé devant le juge français. Afin d'avoir obtenir ce qu'on demande, cette décision (*anti-suit injunction*) doit être

---

757 Rappelons que s'il existe l'option de compétence et que le choix n'est pas frauduleux, que ce choix est fondé sur l'une des juridictions visées par l'option, dans ce cas il n'y a pas de compétence exclusive. Dès lors qu'il n'y a pas le choix irrégulier, il n'y a aucune place pour l'*anti-suit injunction*. *Cf.* P. de Vareilles-Sommières, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *op.cit.*, spéc. l'opinion de Mme H. Muir Watt, p. 77. Cet auteur à affirmé que *l'anti-suit injunction* est une protection du *forum conveniens*, car l'idée du juge qui prononce cette mesure est qu'il est le seul juge naturel du litige. Ce juge ne le fera pas s'il y a un doute, il le fera uniquement dans le cas où il est convaincu qu'il se présente avec son pays les liens les plus effectifs.

758 S. Clavel, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse, Paris I, 1999, n° 392.

759 CJCE, 10 février 2009, aff. C-185/07, *West Tankers*, *D*. 2009.981, note C. Kessedjian; *RCDIP*.2009.373, note H. Muir Watt; *JDI*.2009.1281, note B. Audit; *RTD civ*. 2009.357, obs. P. Théry; *Rev. arb*. 2009. 407, note S. Bollée.

760 Cass. 1er civ., 14 octobre 2009, *In Zone Brands*, *JCP* (G) 2009, n° 46, p. 416, obs. E. Cornut ; *JCP* (G) 2009, n° 49, p. 505, note C. Legros ; *Gaz. Pal*. 28 nov. 2009, p. 332, note M.-L. Niboyet.

exécutée en France. En l'espèce, la Cour d'appel ayant accordé *l'exequatur*. La question est de savoir si cette mesure porte atteinte autant à une prérogative de souveraineté de l'État français qu'au droit d'accès au juge comme soutenu la société française. La Cour de cassation retient dans sa décision que « *eu égard à la clause attributive de compétence librement acceptée par les parties, aucune fraude ne pouvait résulter de la saisine par la société américaine de la juridiction expressément désignée comme compétente* », et qu'il n'y a aucune privation du droit d'accès au juge.

Pour pouvoir obtenir *l'exequatur* en France, il faut que trois conditions soient remplies. La société française faisait valoir que l'*anti-suit injunction* américain devrait être tenu contraire à l'ordre public international. La Cour de cassation considère au contraire[761], dés lors en l'absence de fraude à la loi et la juridiction étrangère est bien compétente, alors ce jugement américain (prononcé *l'anti-suit injunction*) peut être reconnu dans l'ordre juridique français. Par ailleurs, afin d'éviter de contredire la jurisprudence de la CJCE (*West Tankers*), la Cour de cassation a soigneusement précisé dans son arrêt que cette solution ne vaut que dans le cas hors du champ d'application de conventions ou du droit communautaire. D'après cet arrêt, on peut constater que la Cour a admis *l'anti-suit injunction*, même si l'arrêt a été rendu dans le cadre de l'existence de clause attributive de juridiction mais il est possible aussi de voir la Cour française sanctionner le *forum shopping* irrégulier en admettant cette mesure *common law*.

416. En effet l'Institut de droit international avait affirmé la licéité des injonctions : « *en particulier en cas de violation d'un accord d'élection de for ou d'arbitrage, de comportement déraisonnable ou oppressif d'un demandeur devant une juridiction étrangère* »[762].

Alors pour certain, l'injonction peut se révéler utile pour prévenir l'abus de choix de for, en particulier pour la lutte contre le harcèlement procédural d'un plaideur et de rendre

---

761 On trouve que la Cour de cassation s'appuie sur l'objet de cette injonction qui consiste à sanctionner la violation d'une obligation contractuelle préexistante, car les parties ont inséré dans leur contrat une clause attributive de juridiction laquelle doit être respectée. C'est en effet une hypothèse de la violation d'une clause attributive de juridiction qui est en cause et c'est aussi cette obligation qui fait reconnaître la Cour la licéité du procédé.

762 Résolution de la session de Bruges, 2003, paragraphe 5, Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux « *anti-suit injunctions* » : principes directeurs, *in* Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 70, t. I, 2002-2003, session de Bruges, 2003, 2ème Commission.

effectif le droit d'agir du demandeur à l'injonction[763]. Mais comme nous l'avons développé, l'avantage de cette injonction est évident aussi du point de vue d'une partie qui bénéficie de ladite mesure, en revanche pour l'ordre juridique dans lequel ce jugement doit être exécuté, il semble difficile à admettre sa licéité. La question peut se poser comment le juge peut sanctionner l'une des parties et assurer l'exécution de sa décision à l'étranger, si *l'anti-suit injunction* est interdit devant son système juridique ? D'après M. P. de Vareilles-Sommières[764], c'est l'article 33 alinéa 1er de la loi du 9 juillet 1991 et l'article 809 du CPC qui mettraient des armes au juge, sans équivaloir à *l'anti-suit injunction* ; il peut ordonner une astreinte contre une partie qui poursuivrait la procédure à l'étranger.

Pour d'autres[765], l'injonction semble être un procédé dangereux, il est vrai que le juge n'a pas la liberté d'apprécier unilatéralement l'irrégularité de sa saisine par un juge étranger. M. P. Mayer a montré le souci concernant l'intrusion dans le fonctionnement de la justice étrangère saisie et dans d'autres pays car il trouve que l'idée de ceci est de régler le problème en empêchant que la décision étrangère ne naisse. Est-ce que c'est un signe que chaque État pourrait refuser librement la reconnaissance de jugements étrangers ?

417. Pour remédier ce souci, nous invitons de rappeler que l'*anti-suit injunction* du juge français ne pourrait être prononcée que dans les hypothèses où le *forum shopping* à l'étranger est irrégulier, par exemple si la compétence exclusive du juge français a été violée par la poursuite du procès à l'étranger. Enfin cette mesure peut être prise en considération par le tribunal étranger qui a été saisi afin d'examiner si la demande portée devant lui est frauduleuse[766]. En somme, cette mesure constitue aussi bien l'avantage que l'inconvénient[767], donc l'*anti-suit injunction* est apte à introduire en droit interne ou non dépend de points de vue de chaque système juridique. Il ne faut pas considérer qu'elle soit une prétention scandaleuse ou connotée péjorativement cette expression. Notamment

---

763 M.-L. Niboyet, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*.2006.937, spéc. n° 31. *Contra*. S. Bollée, « La reconnaissance d'une injonction anti-suit prononcée par un juge étranger désigné par une clause attributive de juridiction », *D*. 2010.177, spéc. n° 7 : cet auteur a pensée que la Cour de cassation en l'occurrence a laissé une voie trop libérale en engageant le droit français des conflits de juridictions concernant les conditions d'accueil des jugements étrangers.

764 P. de Vareilles-Sommières, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *op.cit.*, p. 65.

765 M. P. Lagarde ; M. P. Mayer ; M. R. Carrier

766 P. de Vareilles-Sommières, « Le *forum shopping*… », *op.cit.*, p. 74.

767 On peut imaginer d'un plaideur qui agit dans un État beaucoup plus rapidement que son cocontractant.

lorsqu'un tel système juridique reconnaît *l'exequatur* une injonction prononcée par le tribunal étranger mais qu'il n'a aucune arme procédurale ni autres contre-mesures équivalentes pour assurer l'exécution de son jugement de ce genre dans l'ordre juridique étranger[768]. Sauf si on peut considérer que la loi du 9 juillet 1991 et l'article 809 du CPC sont aussi bien efficaces que *l'anti-suit injunction.*

2) L'exception de litispendance internationale.

418. Dans un pays de droit civil comme la Thaïlande où la théorie pure de *forum non conveniens* n'est pas reconnue, qu'en est-il lorsque le juge est saisi d'un litige qui a déjà été porté devant la juridiction étrangère ? L'exception de litispendance joue alors un rôle considérable. Or, où se trouve sa place au niveau international ?

En France, ce sujet est relativement compliqué puisqu'il faut distinguer la litispendance en droit international privé commun de celle en droit international privé européen. Pour le premier, on sait que la jurisprudence refusait pendant longtemps de faire jouer cette exception en droit international privé, bien qu'elle soit encouragée par la doctrine. La Cour de cassation l'a finalement reconnue dans son arrêt rendu en 1974[769], on peut dire que c'est une décision phare de cette matière, car depuis cet arrêt les tribunaux français ont admis le jeu de l'exception de litispendance internationale. Cet arrêt consacre le principe de recevabilité de litispendance internationale en rattachant à la condition que la décision qui devra être rendue à l'étranger doit être susceptible d'être reconnue en France. Alors, seules les trois conditions traditionnelles ; l'identité des parties, le même objet et la même cause, ne sont pas suffisantes. Le juge devra faire un sorte de pronostic de vérifier si ce jugement remplira les conditions de régularité requises en droit français pour être reconnu en France, et si c'est le cas le juge français a faculté de se dessaisir. Ce n'est pas une obligation pour le juge. La question peut se poser si une affaire connexe à une autre portée devant le tribunal étranger, le juge français devrait-il se dessaisir au profit dudit tribunal ? Il nous paraît que le tribunal français ne refuse pas la recevabilité d'exception de connexité. Cette exception suppose-t-il « *l'existence entre les litiges en cours, l'un en France et l'autre à l'étranger, un lien de*

---

768 V. P. de Vareilles-Sommières, « Le *forum shopping*… », *op.cit.*, spéc. l'opinion de C. Bernard, p. 74. Il n'a pas nié l'avantage de l'*anti-suit injunction* mais a proposé si on la crée en droit français il faudrait développer aussi un moyen qui rend efficace à cette technique, car sans celui-ci cette mesure n'a aucun intérêt.

769 Cass. 1er civ., 26 novembre 1974, *RCDIP*.1975.491, note D. Holleaux ; *JDI*.1975.108, note Ponsard ; note *GA*, 4e éd., n° 54. La Cour a affirmé que « *l'exception de litispendance peut être reçue devant le juge français, en vertu du droit commun français, en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger également compétent* ».

nature à créer une contrariété de décisions[770] ». La connexité peut se rapprocher de la théorie de *forum non conveniens*, même si limité, comme un auteur relève que l'on n'a pas besoins d'introduire cette théorie dans le système juridique français[771].

Outre qu'en droit international privé commun, la litispendance joue le rôle plus radical en droit européen. L'article 21 de la Convention de Bruxelles et l'article 27 du règlement Bruxelles I obligent le tribunal saisi en second lieu à se dessaisir en faveur du tribunal premier saisi. Lorsque le litige porte sur les mêmes parties, le même objet et la même cause, cette fois-ci il ne s'agit pas de pouvoir discrétionnaire mais d'office du juge.

419. Force est de reconnaître qu'en Thaïlande, comme nous l'avons cité auparavant, la théorie de *forum non conveniens* n'est pas reconnue par le droit positif. Aucune disposition du Code de procédure civile ne permet au juge de rejeter le litige si ce tribunal se trouve compétent[772], même que le juge estime que ce litige ne présente pas un lien effectif avec le for, ce sera le déni de justice. La litispendance internationale et la connexité dans cette matière[773] méritent d'être adoptées en droit thaï ou du moins « d'être introduites » en droit thaï pour que le juge soit discipliné et puisse appliquer ces mesures procédurales aux litiges internationaux.

C. Règlement préventif au *forum shopping* abusif.

420. Le *forum shopping* en droit européen est défini comme « *le choix d'un for en fonction des avantages pouvant résulter du droit matériel (voire procédural) qui y est appliqué* »[774]. C'est une formule dégagée par l'avocat général Colomer à l'occasion d'un recours préjudiciel

---

770 Cass. 1er civ., 22 juin 1999, *RCDIP*.2000.43, note Cuniberti. V. en même sens CA Paris, 12 juin 2003, *D.* 2003, Jur., note S. D. La Cour a affirmé qu' « *une situation de litispendance internationale suppose que les juges français et étrangers soient saisi, chacun étant compétent selon sa loi et que le jugement à intervenir à l'étranger puisse être reconnu en France* ».

771 *Cf.* P. de Vareilles-Sommières, « Le *forum shopping*… », *op. cit.*, spéc. l'opinion de Mme H. Gaudemet-Tallon, p. 79 ; *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *forum non conveniens, lis pendens* », *RIDC*.1994.423, spéc. p. 429 et s.

772 Ch. Pachusanond, « Certains aspects sur le conflit de juridictions… », *op.cit.*, p. 61 ; P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « Le conflit de lois sur la compétence étatique… », *loc.cit.*

773 Ch. Pachusanond, « Certains aspects sur le conflit de juridictions… », *loc.cit.*

774 CJCE, 16 mars 1999, aff. C-440/97, *Groupe Concorde*, *JDI*.2000.547, obs. J.-M. Bischoff ; *RCDIP*.2000.260, note B. Ancel ; *DMF*.2000.66, note P. Bonassies ; *DMF*.2000.296, note M. Morin ; *JCP (G)* 2000.II.10354, note C. Bruneau.

relatif à l'interprétation de la Convention de Bruxelles. Comment le législateur européen règle-t-il le problème causé par le choix abusif du for ? Les instruments européens tels que le règlement Bruxelles I et Bruxelles II sont aussi ouverts une large possibilité pour les plaideurs de choisir librement entre les différents tribunaux dont la compétence est prévue par les textes. Ces règlements constituent également le *forum shopping* au sens large, certes, non péjoratif. Par ailleurs les dispositions de ces règlements ont été approuvées par le législateur que les tribunaux spécialement déterminés constituent les liens les plus caractéristiques avec une situation en cause. Dans ce procès, tous les éléments concernés doivent être analysés tels que la nationalité des parties ; leur résidence habituelle ; leur domicile ; le lieu d'établissement du rapport de droit avec la société en cause ; ou le siège social. Et c'est le juge du pays avec lequel la majorité de ces points de contact est relié qui doit être compétent. Cette solution trouve une base de la doctrine du groupement des points de contact[775].

A titre d'exemple, hormis la fonction de l'article 2 qui permet d'attraire aux tribunaux de l'État du domicile du demandeur, c'est l'article 5 qui, également, donne compétence aux juges d'un autre État membre spécialement identifié lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un État membre quelconque. C'est-à-dire que le demandeur a la possibilité de porter plainte soit devant le tribunal du domicile du défendeur, soit devant le for désigné par les compétences spéciales. C'est ici la tâche de l'avocat qui essaie de choisir le tribunal le plus favorable à son client. La CJCE a aussi affirmé cette possibilité dans son arrêt du 19 février 2002, en décidant que « *le choix dépend d'une option du demandeur* »[776].

D'après M. D. Cohen, le règlement préventif du *forum shopping* peut également trouver la solution dans **la notion de juge de proximité**. Il la prêtait en effet du principe de proximité en droit international privé, le juge français doit être compétent dans le litige dans lequel les actionnaires sont de nationalité française, domiciliés en France et ayant acquis leurs titres sur ce marché[777]. **La notion du juge naturel** a été aussi proposée comme la solution[778]. Le terme « juge naturel » a été mentionné plusieurs fois par la jurisprudence

---

775 D. Cohen, « Contentieux d'affaires… », *op.cit.*, p. 980.

776 CJCE, 19 février 2002, aff. C-256/00, *Besix*, *Rec*.2002.1699 *RCDIP*.2002.588, note H. Gaudemet-Tallon.

777 D. Cohen, « Contentieux d'affaires… », *op.cit.*

778 Malgré le doute de certains auteurs qui ont avancé qu'il est introuvable. *Cf.* l'opinion de Mme H. Gaudemet-Tallon, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *op.cit.*, p. 79 ; *Ibid.*, « L'introuvable « juge naturel » », *in Mél. J. Gaudemet*, PUF, 1998, p. 591.

française, même dans l'arrêt *Vivendi* rendu en 2010[779]. Citons aussi l'arrêt *Garrett*, par exemple, la Cour de cassation a fait recours à la notion du juge naturel afin de sanctionner le *forum shopping* abusif. En l'occurrence, les tribunaux américains ont été saisis par les litigants américains et suisses portant sur une créance. Pendant la procédure, la société suisse a cessé son créance à une société française qui a saisi le juge français envers l'article 15 du Code civil en évoquant sa nationalité. Les tribunaux français ont estimé illicite la cession de créance en raison de son objectif qui « *n'avait d'autre but… que de soustraire le recouvrement de la créance, et les droits qui y sont attachés… à ses juges naturels (le juge américain)* »[780]. Force est de constater que ce juge est en effet le juge initialement saisi, alors il étant considéré comme ayant une compétence naturelle pour juger ce litige[781]. Ce constat nous amène à conclure que le juge naturel n'est pas introuvable dans cette circonstance.

421. Conclusion de la section. Le *forum shopping* a pour objectif non seulement d'éluder la loi procédurale ou règle de conflit d'un pays normalement applicable, mais aussi d'obtenir la décision rendue dans un autre pays où les parties ont intérêt à voir fixée leur situation. Comme écrit M. P. Mayer, « le *forum shopping* réalise donc une fraude au jugement qu'aurait rendu le tribunal normalement compétent »[782]. Bien que le choix abusif du tribunal compétent mérite la sanction, la théorie de *forum non conveniens* ou *l'anti-suit injunction*, des mesures répressions, doivent être employées prudemment en tant qu'exception plutôt que la règle principale. Car, en matière de contrats internationaux les parties contractantes ont normalement choisi les juridictions de l'État qui pouvaient offrir les règles procédurales plus favorables à leur litige. Par ailleurs la volonté des parties se présente comme un rattachement principal dans le contrat international et il n'est pas facile de considérer que le fait de saisir le tribunal constitue une fraude. Donc la preuve de l'intention frauduleuse est indispensable dans ce cas.

Pour le juge thaï, il devrait prudemment distinguer entre le choix du for et le *forum shopping* irrégulier. En l'absence des critères clairs et précis retenus par le juge, il risque de

---

779 CA Paris, 28 avril 2010, *Vivendi, préc, supra* note n° 736.

780 Cass. 1er civ., 24 novembre 1987, *Garrett*, *RCDIP*.1988.364, note G.A.L. Droz ; *JDI*.1988.793, note E. Loquin ; *JCP* (G) 1989. II. 21201, note P. Blondel et L. Cadiet.

781 P. de Vareilles-Sommières, « Le *forum shopping*… », *op.cit.*, p. 80.

782 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 393, p. 292.

sanctionner à tort le choix du for complètement régulier admis dans le monde du commerce international.

422. Conclusion du chapitre. L'autonomie de la volonté des parties est bien établie en droit international privé de la plupart des États y compris la France et la Thaïlande. Comme nous l'avons étudié dans les chapitres précédents, ce principe connaît également certaines limites. Les parties n'ont pas une liberté totale de désigner la loi applicable à leur contrat. Chaque État élabore ses propres règles impératives pour écarter l'application de loi étrangère jugée contraire à certaines valeurs censées être protégées par l'ordre juridique du for. Dès lors, l'ordre public international joue un rôle indispensable dans ce cas. Cependant il existe de cas où le mécanisme d'ordre public ne peut pas intervenir, il s'agit de la situation dans laquelle la loi normalement applicable selon la règle de conflit existe mais les parties souhaitent de l'éluder. L'ordre juridique de for fonctionne avec un autre moyen de répression destiné à assurer la sécurité juridique, c'est le recours à la notion de fraude en droit international privé. On peut dire que même si la loi applicable résulte de l'autonomie de la volonté des parties, pourtant la décision rendue à l'étranger ne pourrait pas avoir *l'exequatur* en France si les conditions établies par la jurisprudence ne sont pas remplies et que l'une de ces conditions soit « l'absence de fraude ».

423. Hormis la fraude à la loi, la fraude au jugement donne également lieu au problème. Force est de constater que le *forum shopping* utilise la diversité de juridictions de chaque pays tant dans la règle procédurale que la loi substantielle à fin d'obtenir le jugement que l'on souhaiterait. Or, dans la fraude à la loi, les parties ont tenté de manipuler le rattachement de la situation pour qu'elles aient la possibilité d'appliquer la loi plus favorable à leur propre intérêt. C'est l'intention d'obtenir le résultat final que l'on doit en tenir compte. Cependant la Cour elle-même devrait envisager la situation au contexte du commerce ou de l'investissement international laquelle est bien délicate à tracer, tel est le cas de la société qui a choisi la situation de son siège social dans un pays pour bénéficier du règlement plus libéral. Les mesures de sanction la fraude en droit international privé ou l'exception de fraude peuvent être envisagées ici dans tous les deux cas ; fraude à la loi et fraude du jugement, mais pour les buts différents. Pour la première, l'exception de fraude renforce et rétablit la loi évincée par les parties et permet de l'appliquer, alors que pour la seconde, l'exception de fraude permet de nier l'efficacité au jugement obtenu par la fraude. La sanction peut produire ses effets lorsque les parties voudraient exécuter ou reconnaître cette décision dans son pays d'origine, car si elles n'en font pas, on ne pourrait la sanctionner…

424. Conclusion du Titre. Les limites du principe de l'autonomie de la volonté affirment la nécessité de fixer des règles pour protéger certaines valeurs considérées comme les plus importantes dans chaque État. Les deux mécanismes distincts, lois de police et l'ordre public international, employés en droit international privé démontrent aussi l'incertitude et la difficulté de les déterminer, et que l'ordre juridique étatique choisit de les laisser flexibles en raison de son caractère variable dans le temps. Par ailleurs, l'intervention de ces mécanismes devra être l'exception, le juge devra nécessairement tenir compte de cette règle.

Une autre limite le juge devra constater lorsque le litige présente le caractère d'extranéité et les parties ont choisi la loi applicable, c'est l'absence de fraude (à la loi). Affirmant que l'ordre juridique du for ne doit pas tolérer la fraude à ses lois, ce principe devrait être appliqué aussi à la loi étrangère. La fraude est en soi un acte utilisé pour but d'échapper à la loi normalement applicable. Puisque la situation créée par l'intention frauduleuse n'ait aucune valeur à préserver, pour cette raison elle doit être sanctionnée en appliquant la loi que le fraudeur a voulu éluder et lui rendre en état précédemment existé. Cependant on sait que toute fraude ne sera pas nécessairement sanctionnée. Rappelons que l'objectif de sanction repose sur l'éviction du résultat voulu par le fraudeur, elle doit être entendue comme un procédé de sauvegarde de droit dont nous ayons l'obligation ; le droit français pour le juge français et le droit thaï pour le juge thaï. En effet la condition de l'absence de fraude est propre au droit international privé français. Car, en Thaïlande on ne parle pas en pratique de la fraude à la loi, il n'y a que dans la doctrine influencée par le droit français.

Conclusion de la Première Partie

425. Le principe de l'autonomie de la volonté est connu depuis longtemps. Aujourd'hui, le choix peut se faire au profit d'une loi étatique. Mais la question se pose du choix d'une loi non étatique même si les dispositions de la Convention de Rome et son successeur le Règlement Rome I ne l'admettent pas expressément. Le choix de droit a-national est largement admis parmi la communauté internationale des commerçants, les règles compilées au sein de la Chambre de commerce internationale en étant le meilleur exemple. Par ailleurs, les contractants peuvent choisir une loi qui ne présente aucun rapport avec leur contrat selon le principe de la liberté universelle consacré par les textes européens. Ainsi cette loi peut être la loi étrangère dont les modalités d'application relève du droit interne de chaque État membre. Dans l'hypothèse où les parties n'ont pas procédé à un choix, c'est la recherche de la volonté à travers la règle de conflit de lois qui permettra d'attendre le résultat escompté. Les rattachements stipulés à titre de présomptions ont pour but de déterminer la loi applicable en tant que méthode subsidiaire. En ce qui concerne le mécanisme propre au droit international privé qui fait obstacle à l'application de la loi étrangère, on sait que l'ordre public international peut intervenir après que la règle de conflit a fonctionné normalement. Plus précisément, lorsque le juge applique la loi étrangère choisie par les parties ou désignée par la règle de conflit, il doit vérifier la conformité de ladite loi à l'ordre public international du for. Rappelons que le jeu d'ordre public international n'est que l'exception. Par conséquent le juge doit prudemment le définir et l'appliquer. Il ne faut pas oublier que la loi désignée par la règle de conflit ou résultant du choix des parties est loi la plus convenable pour régir le litige. D'une part on croit au mécanisme de règle conflictuelle désignant la loi la plus apte ; d'autre part on croit au principe de l'autonomie de la volonté. Hormis cette exception de l'ordre public international, le juge français envisage aussi la condition de l'absence de fraude. La fraude à la loi fait aussi obstacle à l'application de la loi qui aurait due été appliquée grâce à la règle de conflit : soit la loi du for, soit la loi étrangère. Certes, la fraude mérite d'être sanctionnée, mais de façon différente. Il faut bien distinguer la sanction de tout acte du résultat d'une fraude.

Lorsque les problèmes de détermination de la loi applicable ont été réglés, c'est la méthode de règlement de différends qui se pose. Il est vrai que la plupart des contractants souhaitent régler leur litige par le recours à un mode alternatif alors que l'action d'assignation devant le juge étatique reste ouverte. Mais la détermination de la juridiction compétente

présente aussi des difficultés. Il en est de même pour l'arbitrage lorsque la clause d'arbitrage est obscure ou dans l'hypothèse où la partie contractante a saisi le juge étatique au lieu du tribunal arbitral, et ce malgré la clause compromissoire.

Deuxième Partie

REGLEMENT DES DIFFERENDS

426. L'investissement et le commerce international sont à peine importants pour l'économie de la Thaïlande. Afin d'avoir la confiance des commerçants et des investisseurs thaïlandais et étrangers, les modes de règlement des différends prennent aussi une part considérable. Autre que le mode traditionnel de règlement des différends comme le règlement judiciaire, on connaît aussi les modes alternatifs de règlement des conflits émanant des contrats internationaux, tels sont la négociation, la conciliation, la médiation et l'arbitrage international. Nous nous intéresserons à ce dernier qui est très fréquent en pratique chez les opérateurs internationaux de commerce. Les deux modes principaux de règlement des conflits dans le commerce international sont différents, non pas dans la fonction du juge ou de l'arbitre, mais dans la source du pouvoir de juger : source étatique pour le juge et source contractuelle pour l'arbitre.

Cependant le mode alternatif de règlement des différends ne prive pas les juridictions étatiques de leur importance. Ces dernières préservent toujours le pouvoir étatique de trancher les litiges, d'une part lorsque les contractants n'ont pas conclu un accord en vue de régler leur litige par d'autres modes, et d'autre part la clause compromissoire est manifestement nulle ou inapplicable puisqu'alors le juge étatique est compétent.

427. Nous étudierons tout d'abord la compétence de chaque type de juridiction pour trancher le litige **(Titre I)**. Ensuite nous nous pencherons sur la question très importante ou la finalité du procès que l'on a déjà étudié précédemment, à savoir des méthodes de réception des décisions étrangères qui peuvent être différentes selon chaque État. On constatera l'utilité de l'uniformité de règles portant sur la reconnaissance et l'exécution, aussi bien des jugements que des sentences arbitrales **(Titre II)**.

Titre Premier

JURIDICTIONS COMPETENTES.

Introduction

428. L'étude de la première partie nous a montré qu'il était possible de procéder au choix de la loi applicable au contrat. Pour cela, les parties doivent tenir compte de plusieurs facteurs. A ce stade, nous verrons qu'il y a d'autres problèmes après la naissance des conflits qui résultent de leur rapport contractuel. Dans ce cas, quelle juridiction sera compétente pour trancher le litige ? Le problème sur la détermination de tribunal compétent semble très important, tant par la clause contractuelle que par la disposition de droit en général. En France, le droit commun comme le droit européen admettent expressément la clause d'élection de for pour le litige à caractère international, alors qu'en Thaïlande il n'y a aucune loi qui va dans ce sens, mais on ne peut pas conclure que le juge thaï ne reconnaît pas le choix du tribunal notamment en matière de contrats internationaux. Une fois que le jugement a été rendu par le tribunal du for, la partie concurrente aimerait sans doute savoir comment l'autre État va reconnaître et exécuter cette décision et comment elle pourra obtenir gain de cause.

Alors afin de répondre à ces questions, nous ferons référence au système français qui mérite d'être traité, en deux parties : le droit commun et le droit communautaire.

429. En Thaïlande, le problème de détermination des juridictions compétentes semble plus simple à première vue en raison de l'application unique des règles de droit international commun. Mais ce serait trop vite de conclure qu'il ne pose pas de problème. D'une part, en l'absence d'un instrument international applicable, le juge thaï applique les dispositions purement internes au litige international dans plusieurs cas. Cette ambiguïté apparaît clairement dans le cas d'une clause d'élection de for, qui donne lieu aux problèmes plus compliqués par exemple en matière de protection de parties faibles. En l'absence de règles précises, les dernières de peuvent bénéficier concrètement d'une telle protection. D'autre part, la jurisprudence en la matière n'est pas constante. L'actualité montre qu'il est toujours douteux si les parties peuvent conclure la clause d'élection de for, quelles seront des limites ? Interdit aux contractants de passer une telle clause en vue de protéger la partie faible n'est pas conforme à la conduite des affaires internationales, pourtant, laisser ceux-ci contracter sans

aucune protection risque de mener au contrat injuste. Dès lors, il faut que le législateur fixe dans la loi les conditions nécessaires afin de protéger les parties faibles. Ceci est un problème actuel en Thaïlande.

430. Hormis le règlement des différends par voie 'traditionnelle' qui nous amène aux problèmes de détermination de la compétence juridictionnelle des tribunaux étatiques, on sait que les contractants peuvent aussi vouloir régler le conflit résultant de leur contrat commercial international par l'arbitrage international. Il semble que le problème posé au stade de la détermination de compétence du tribunal arbitral est moins compliqué que celui de juridiction étatique. Car, la compétence de tribunal arbitral relève de clause contractuelle ou accord des parties au litige. Avant d'intervenir sur les règles de compétence de juridiction arbitrale **(Chapitre II)**, nous étudions tout d'abord la détermination de juridiction étatique compétente **(Chapitre I)**.

Chapitre Premier

LE MODE ETATIQUE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS.

431. Tout d'abord il ne faut pas confondre la question de la recherche de droit applicable au litige avec celle de la juridiction compétente, puisque ces deux questions ne sont pas entièrement soumises aux mêmes critères. La détermination de loi applicable se fonde, en principe, sur le critère de lien le plus étroit avec le contrat. Pour la recherche du tribunal compétent, bien qu'un lien entre le for et le litige soit requiert, le tribunal compétent n'est pas forcément celui qui présente le rapport le plus significatif avec le litige. Plusieurs juridictions compétentes peuvent être en concurrence dans la même instance. Certes, la coïncidence de deux compétences peut arriver dans certaine circonstance. Ce fait nous explique pourquoi on peut trouver les rattachements utilisés pour déterminer la loi compétente tels que le domicile, la situation d'immeuble, qui sont aussi les critères pour fixer la compétence juridictionnelle de tribunaux.

432. Lorsque le différend est né ou même avant qu'il soit produit, plusieurs opportunités sont offertes aux parties pour choisir le mode de règlement de leur différend. Si elles souhaitent de régler le litige par le mode traditionnel ; le recours au tribunal étatique compétent, la connaissance de mécanismes de détermination de compétence juridictionnelle est indispensable, il faut tout d'abord rechercher le tribunal compétent pour connaître un tel litige **(Section I)**. Nous interviendrons par la suite sur une autre opportunité admise aux parties d'attribuer la compétence en insérant une clause de prorogation de juridiction dans leur contrat ou même de prorogation volontaire après que le litige est né **(Section II)**.

Section I

Les mécanismes coercitifs de détermination de la juridiction compétente.

433. Lorsqu'est né le litige ou même lors de la conclusion du contrat, les parties contractantes devraient avoir la possibilité de savoir quelle(s) juridiction(s) pourra connaître leur différend. Puisque cette connaissance affecterait la négociation de leur contrat ; par exemple la fixation du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse. Une bonne connaissance de ceci aidera les parties d'avoir la meilleure décision pendant la négociation qui pourrait

économiser leurs futures dépenses. Notamment si les contractants n'ont pas conclu une clause attributive de juridiction pour la raison quelconque ou si ladite clause n'est pas valable, la prévisibilité du tribunal compétent semble nécessaire. La prévisibilité dans le sens que les parties peuvent connaître en avance le tribunal selon la règle de compétence générale ou spéciale. Chaque ordre juridique peut fixer les règles de compétence judiciaire de manière différente même pour la même matière, plus précisément, elles se fondent sur une base différente tels que la nationalité ; le domicile du demandeur (*forum actoris*) ; le domicile du défendeur *(actor sequitur forum rei)* ; le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse. Les études de ces différences nous permettent de connaître les problèmes actuels, les difficultés résultent de la fixation de tel ou tel critère de compétence juridictionnelle, ainsi que la tendance jurisprudentielle qui peut nous conduire à trouver la meilleure solution. Nous intervenons d'abord sur la compétence internationale du juge français en matière contractuelle **(§ 1)** et ensuite celle du juge thaïlandais **(§ 2)**.

§1 : La compétence internationale du juge français en matière du contrat.

434. Certes, l'étude de droit international privé français positif ne peut éviter une étude de droit communautaire. Afin de répondre à la question sur les critères de compétence juridictionnelle du tribunal français en matière contractuelle et leur développement, il nous convient d'intervenir non seulement sur ceux de droit français commun (A), mais également sur les critères employés en droit international privé européen (B).

A. Solution en droit international privé commun.

435. La détermination de compétence judiciaire du juge français sur le litige international en matière contractuelle est fondée sur des règles de compétence territoriale interne qui sont le principe d'une part, et on envisagera les critères de compétence relevant de règles applicables à titre subsidiaire d'autre part.

1) <u>La transposition des règles de compétence territoriale interne.</u>

436. Compétence internationale ordinaire du juge français. Pour que les juges français soient compétents sur le litige portant au contrat international, il est possible que cette compétence résulte soit d'un simple saisi du demandeur, soit d'une clause attributive de juridiction, soit de l'application de théorie *forum non conveniens* par le juge étranger. Nous

réservons les deux dernières hypothèses dans une étude consacrée pour tels sujets. Le droit français ne dispose pas des règles de compétence internationale ordinaire en matière civile et commerciale ; c'est-à-dire qu'il faut déterminer la compétence sur le litige à caractère international en recourant aux règles de compétence territoriale applicable en droit interne. Ainsi, la compétence internationale du juge français établie lorsqu'il apparaît l'élément de rattachement comme le domicile en France du défendeur, par exemple.

La Cour de cassation a affirmé dans sa décision de 1985 ainsi : « *en droit français, la compétence internationale est régie par les règles internes de compétence territoriale quelles que soient la loi applicable au fond et la nationalité des parties* »[783]. Alors, les règles internes de compétence territoriale que les juges français appliqueront signifient les articles 42 à 46 du CPC. Cependant, afin de se conformer au caractère d'extranéité du litige, les juges doivent nécessairement les appliquer avec certaines adaptations.

437. Consécration du principe *actor sequitur forum rei*. Il résulte de l'extension d'application de l'article 42 du CPC à l'ordre juridique international, c'est-à-dire la compétence du tribunal français relève du domicile en France du défendeur. Il semble que ce principe s'est retenu dans la plupart des ordres juridiques. Le terme employé par le texte est « le lieu où demeure le défendeur », alors la notion de ce lieu doit être déterminée selon qu'il s'agit de personne physique ou personne morale. En ce qui concerne le premier cas, le texte s'applique le lieu où se trouve son domicile ou à défaut, sa résidence sur le territoire français. Pour le second, c'est le lieu où une personne morale est établie (art. 43 du CPC). On constate que le texte laisse toujours la place à définir le terme « domicile », c'est la conception donnée par la *lex fori* qui devra être entendue. Il est tout à fait logique de déterminer la notion du domicile, critère de compétence judiciaire du juge français, en recourant au droit français du for[784].

Concernant la personne morale, les articles 42 et 43 du CPC fondent la compétence judiciaire des juges français au siège social réel en France d'une société au terme du quel « le lieu où la personne morale est établie ». Cependant le litige en cause devra avoir un rapport avec cette personne morale pour que cet article s'applique.

---

783 Cass. 1er civ., 13 janvier 1981, *JDI*.1981.360, note A. Huet ; *RCDIP*.1981.331, note H. Gaudemet-Tallon ; Cass. soc., 20 octobre 1985, *RCDIP*.1985.99, note H. Gaudemet-Tallon.

784 H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale », *Rép. D. proc.civ*., n° 23.

438. Compétence judiciaire en matière contractuelle. L'actualité juridique affirme que des règles de compétence juridictionnelle dans le cadre de la convention internationale jouent le rôle de plus en plus en matière contractuelle, tels sont le cas du règlement Bruxelles I et la Convention de Lugano. Cependant on peut également envisager le cas en dehors de ce régime. L'application de l'article 42 du CPC sera complétée par une règle spéciale déposée dans l'article 46 du même code, ce dernier offre au demandeur une alternative. C'est à dire que le demandeur a un choix d'introduire le litige devant la juridiction du domicile du défendeur selon l'article 42, autre que cette possibilité, il pourra également saisir les tribunaux des lieux fixés par l'article 46 lesquels on verra par la suite.

Il semble que le problème à régler préalablement réside dans la notion de matière contractuelle. Certes, comme d'autres cas que le terme « contrat » a impliqué, il faut déterminer d'abord cette notion. D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, l'article 46 n'appliquera pas au quasi-contrat[785]. Ce serait un jeu de l'article 46 du CPC qui dispose le critère de compétence judiciaire des tribunaux français dans la matière. Le texte reconnaît deux lieux : soit le lieu de livraison effective de la chose, soit le lieu d'exécution de la prestation de services selon le cas. En ce qui concerne le lieu de livraison, on peut se demander si les Incoterms peuvent être employés en vue de déterminer ce lieu. A notre avis, ceci est possible dans l'ordre international en adoptant la position de la CJUE qui a décidé expressément dans son arrêt rendu en 2011 que le juge peut employer les Incoterms afin de déterminer le lieu de livraison de marchandise[786]. Certaines limites du champ d'application de l'article 46 apparaissent dans la mesure où ce texte est inapplicable au contrat d'une autre nature. Certes, le nombre de litiges seront uniquement sous l'empire de l'article 42 ; tribunal du domicile de défendeur[787].

Une autre question peut se poser également à propos de contrats conclus par les consommateurs. Il reste à savoir si les litiges portant sur ces contrats seront entrés sous l'empire du texte commun. Il semble que tels contrats relèvent très rarement du droit interne français, en raison du champ d'application des textes européens qui s'appliquent dès lors que

---

785 Cass. 2e civ., 7 juin 2006, n° 04.20316, *D.*2006.1841 ; *RTD.civ*.2007.174, obs. Ph. Théry.

786 CJUE, 9 juin 2011, aff. C-87/10, *Electrosteel Europe SA, préc., supra* note n° 319.

787 S. Clavel, *Droit international privé*, Cours et Travaux dirigés, Paris : Dalloz, 2e éd., 2010, n° 985.

le consommateur est domicilié en France ou dans un autre État membre de l'Union européen[788] (v. Règlement Bruxelles I, art. 15 et s).

2) Règles applicables à titre subsidiaire.

439. **Règle de compétence fondée sur la nationalité.** Force est de constater que les critères de compétence de détermination du tribunal compétent sont différents de ceux de la loi applicable. Il n'y a qu'une seule loi qui sera applicable à une question selon le critère utilisé par la règle de conflit (sous réserve des cas de pluralité de lieux d'exécution du contrat) ; la loi qui présente les liens plus significatifs avec ladite situation. Alors qu'il est possible d'envisager le cas où la règle de compétence désigne plusieurs tribunaux compétents au même litige. La coïncidence des critères législative et juridictionnelle sera possible pour certain parmi eux ; la nationalité est un bel exemple en droit positif français. Les articles 14 et 15 du Code civil affirment bien ce constat, la nationalité peut être utilisée non seulement comme le critère de compétence législative dans le statut personnel mais également le critère de compétence juridictionnelle, il retient sur la nationalité du défendeur ou celle du demandeur. La question peut se poser si le critère utilisé par l'article 15 du Code civil n'a-t-il pas privé, au cas du défendeur, celui-ci de la possibilité de se défendre à son domicile ? N'a-t-il pas respecté le fondement privatiste de la règle *actor sequitur forum rei* qui est la conception dominante ? Pour répondre à ces questions, il faut constater d'abord que l'article 15 attribue la compétence fondée sur la nationalité française du défendeur uniquement[789] en stipulant ainsi :

« Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un étranger ».

Il suffit, pour que l'article 15 soit applicable, que l'une des parties au litige soit de nationalité française. Pourtant, le critère du lieu de l'établissement effectif du défendeur n'est pas totalement écarté, en revanche il est admis par la jurisprudence. Normalement le Français assigné devant le tribunal français a aussi le domicile en France. Pour ces raisons l'invocation de l'article 15 et le domicile en France du défendeur peuvent coïncider très souvent en pratique.

---

788 H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale », *op.cit*., n° 29.

789 Il en résulte de la théorie publiciste du « juge naturel », cet article conserve toujours le caractère d'un privilège réservé au Français d'être jugé exclusivement devant le juge français. V. en ce sens P. Mayer, *Droit international privé*, 10e éd., Paris : Montchrestien, 2010, n° 281.

440. Un autre privilège fondé sur le critère de nationalité se trouve dans l'article 14 du Code civil[790], le Français demandeur, cet article permet au Français de porter plainte devant la juridiction française contre l'étranger qui réside à l'étranger. En pratique, cette décision française qui résulte de ce fondement sera difficile d'être exécutée dans ce pays étranger. Cet article a été interprété de façon extensive par la Cour de cassation en adoptant le principe et les exceptions dans sa décision, elle décida que l'article 14 « *a une portée générale* ***s'étendant à toutes matières****, à l'exclusion des actions réelles immobilières et des demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France* »[791].

Pour la critique selon laquelle la France ne doit la justice qu'aux Français, sur ce point, le souci a été remédié en recourant à l'admission aux étrangers résidant sur le territoire français le droit d'accès à la justice. Comme l'écrit M. P. Mayer que « la tâche du juge n'est pas seulement de rendre service aux individus en sanctionnant leurs droits, mais également de protéger la paix publique en mettant fin aux litiges »[792]. Alors, il n'a pas tort de dire que c'est le lieu du litige qui importe, non la nationalité des parties. La Cour de cassation affirma dans son arrêt rendu en 1948 que les demandes formulées par des étrangers contre des étrangers sont recevables[793]. Autres que l'issue de la paix publique précitée et le risque de déni de justice, l'action de la France à rendre la justice aux étrangers domiciliés sur son territoire pourrait apporter le même résultat de la part de ce pays étranger en question, car la France peut envisager les mesures de rétorsion contre cet État en appliquant la même politique aux citoyens français résidant dans son pays.

441. **La compétence fondée sur les articles 14 et 15 du Code civil est facultative pour les parties** ; le recours de l'une d'elles à ces articles n'est qu'un privilège offert par le législateur. Alors les parties peuvent y renoncer. En revanche, c'est l'office du juge français

---

790 L'article 14 stipule : « *L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français* ».

791 Cass. 1er civ., 27 mai 1970, *Weiss*, *RCDIP*.1971.113, note Batiffol, *GA* n° 49.

792 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 282.

793 Cass. 1er civ., 21 juin 1948, *Patino*, *RCDIP*.1949.557, note Francescakis ; *S.*, 1949.1.121, note Niboyet. V. en même sens Cass. 1er civ., 30 octobre 1962, *Scheffel*, *RCDIP*.1963.387, note Francescakis ; *D.* 1963.109, note D. Holleaux ; *GA* n° 37 : la Cour a décidé que « *l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises* ». *Cf.* P. Mayer, *op.cit.*, n° 295. De surcroît, la notion de bonne administration de la justice pourrait aussi être appelée pour que les parties puissent saisir les tribunaux français, comme l'affirme cet auteur que « l'un des tribunaux parisiens peut être saisi en raison de leur situation géographique centrale ».

de reconnaitre sa compétence et de trancher le litige étant traduit devant lui au visa desdites dispositions[794]. Quant à la renonciation de ce privilège, la clause attributive de juridiction au tribunal étranger ou la clause d'arbitrage écarteraient toute compétence des tribunaux français. Dans le cas où les parties renoncent l'application des articles 14 ou 15 en accordant de les exclure, il faut constater que seule la compétence fondée sur la nationalité des parties sera écartée.

Quant à l'exclusivité de la compétence du tribunal français attribuée aux articles 14 et 15, la jurisprudence a admis pendant longtemps l'effet exclusif de toute autre compétence des tribunaux étrangers. Normalement le Français défendeur pouvait évoquer cette exclusivité devant le juge français au stade de la demande d'exécution pour avancer que le jugement étranger rendu contre lui ait violé ces dispositions, par conséquent il ne peut pas être reconnu en France. Mais depuis l'arrêt de la Cour de cassation rendu en 2006, elle met fin à cette jurisprudence en décidant en revanche : « *L'article 15 du Code civil ne consacre qu'une* ***compétence facultative*** *de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger (...)* »[795]. La compétence dérivant des articles 14 et 15 n'étant plus exclusive, et ne pouvant plus faire échec à la reconnaissance des jugements étrangers, elle n'a plus d'intérêt que pour le demandeur. On verra sur ce point dans le chapitre consacré aux effets des décisions étrangères.

Cependant le rôle de la nationalité est considéré comme subsidiaire en matière de compétence juridictionnelle. Il semble que le domicile du défendeur joue un rôle plus considérable de nos jours. Le critère de compétence juridictionnelle fondé sur la nationalité est tempéré notamment au niveau de droit supranational.

442. Des règles de compétence internationale du juge français se fond également dans une disposition de l'article 42 al. 3 au terme duquel

« Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger ».

Le *forum actoris* jouera dans ce cas, certes, cet alinéa ne devrait pas être entendu comme accorder au demandeur d'introduire le litige devant le tribunal de son domicile s'il paraît que le défendeur a le domicile à l'étranger. Par ailleurs, les auteurs ont affirmé qu'il est

---

794 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 296.

795 Cass. 1er civ., 23 mai 2006, *Prieur*, *RCDIP*.2006.870, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2006.1880 et chron. B. Audit, p. 1846 ; *JDI*.2006.1377, obs. Chalas ; *Petites Affiches*, 22 septembre 2006, p. 10, note P. Courbe ; *Gaz. Pal.* 28 avril 2007, p. 21, obs. M.-L. Niboyet ; *GA* n° 87.

abusif d'étendre la compétence des juges français dans tous les cas où le défendeur n'a ni domicile, ni résidence connus en France afin de conférer au demandeur le pouvoir d'assigner devant le tribunal de son domicile même si le litige ne présenterait aucun rapport avec la France[796]. La doctrine affirma un jeu à titre subsidiaire de cet alinéa, c'est-à-dire qu'on l'applique uniquement dans le cas où les juges français sont compétents en vertu des articles 14 ou 15 du Code civil[797].

B. Recours aux règles conventionnelles : le Règlement CE n° 44/2001.

443. Le texte communautaire change certain principe retenu pendant longtemps dans le Code civil français. Il en résulte de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale du 16 septembre 1988 (ci-après la Convention de Lugano)[798] et la Convention de Bruxelles de 1968, ces deux instruments utilisent le critère de domicile au lieu de nationalité. Comme l'on a déjà étudié précédemment les articles 14 et 15 du Code civil français, ces dispositions retiennent la nationalité française comme le critère indispensable de jouissance les droits d'introduire le litige devant le tribunal français. Nous allons étudier ici le système développé dans le règlement Bruxelles I, en particulier les dispositions qui nous intéressent dans cette partie portent sur ceux qui ont homologué celle de la Convention[799]. En effet, après l'adhésion du Danemark en 2007[800], la Convention de Bruxelles de 1968 a été entièrement substituée par le règlement n° 44/2001[801].

---

[796] H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale », *Rép. D. proc.civ*., n° 24.

[797] V. H. Muir Watt, « Le domicile dans les rapports internationaux », *J.-Cl. int., Fasc*. 581-20, n° 19.

[798] C'est un système parallèle à la Convention de Bruxelles de 1988, la Convention de Lugano régie le rapport dans cette matière entre les anciens États membres de l'UE, la Pologne et les États membres de l'AELE : Suisse, Norvège, Island, à l'exclusion de Lichtenstein. Mais la Convention de Lugano révisée en 2007 est entrée en vigueur en Norvège et Danemark en 2010 et en Suisse en 2011. Ce qui est intéressant est que le texte révisé de 2007 permettrait aux États tiers d'adhérer à la Convention de Lugano.

[799] La substitution du règlement n° 44/2001 à la Convention de Bruxelles n'a pas produit l'effet sur les décisions antérieurement rendues par la CJCE sur l'interprétation des dispositions de la convention. Pour cette raison les arrêts de la CJCE seront cités et doivent être compris dans le même sens pour le règlement.

[800] Cependant le Danemark n'est pas lié automatiquement aux modifications du règlement Bruxelles I, en revanche il doit les accepter selon la procédure visée dans un accord parallèle.

[801] Bien qu'il y ait certains territoires où la Convention de Bruxelles continue d'appliquer, il nous convient de les exclure de notre étude. C'est le cas de territoires visés à l'article 299 § 3 TCE ; Polynésie française, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna, terres australes et antarctiques, Saint-Pierre et Miquelon et de Mayotte, ainsi que d'Aruba, qui relève au régime spécial donc le règlement ne s'applique pas. V. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement n° 44/2001 Conventions de Bruxelles et de*

1) La solution du droit positif : le fondement de compétence juridictionnelle sur le domicile.

444. Après l'entrée en vigueur de ces textes communautaires, ils s'intègrent en droit français, par conséquent le nouveau critère fondé sur le « domicile »[802] remplace éventuellement celui de nationalité dans l'article 14. C'est l'article 2, 1er al. qui attribue une compétence générale aux tribunaux de l'État du domicile du défendeur. Donc le principe de non-application des textes communautaires lorsque le défendeur domicilié hors du territoire d'un État communautaire doit être respecté (art. 4 § 1) ; à titre d'exemple, le défendeur thaï domicilié en Thaïlande ne peut être assigné devant la juridiction française par un Français en vertu du Règlement Bruxelles I. Car, l'article 4 § 1 renvoie aux règles de compétence judiciaire internationale du droit commun de chaque État, dans cette hypothèse c'est l'article 14 du Code civil français qui est en jeu pour affirmer la compétence des juges français sur ce litige. Cependant il y a la possibilité que le défendeur domicilié hors de l'Union européenne peut être assigné devant les juridictions des États membres en appliquant le texte communautaire, c'est le cas de comparution volontaire selon l'article 24 du Règlement. Là aussi, c'est la nécessité du défendeur étranger d'avoir une bonne connaissance de règles de compétence communautaires. L'article 4 § 1 est affirmé par l'article 4 § 2 du règlement[803]. On peut dire que le critère de nationalité ne peut produire l'intérêt que pour le Français domicilié hors de l'UE de porter plainte devant le tribunal en France. Ce qui nous intéresse est de savoir si une personne n'a pas le domicile dans un État communautaire peut y introduire le litige ? La réponse est positive grâce à l'option admise par le texte communautaire[804], certes, il nécessite d'avoir au moins un lien avec ledit tribunal pour fonder sa compétence. Alors il se pose ici la condition de domicile du défendeur sur le territoire de l'UE.

Lugano, 4e éd., Paris : LGDJ, 2010, n° 61 et s. Cet auteur fait quelques propositions remarquables qui soutiennent le constat selon lequel la Convention de Bruxelles s'applique toujours.

802 En l'absence de définition autonome de droit communautaire sur le terme « domicile » de personne physique, alors le juge saisi d'un État membre le détermine selon sa loi pour savoir si cette personne a le domicile dans son État (art. 59-1°). Mais lorsque ladite personne n'est pas domiciliée dans le même État que le tribunal saisi, pour savoir si elle a son domicile dans un autre État membre, le juge devra appliquer la loi de cet État membre (art. 59-2°). Pour la notion du domicile de personne physique et personne morale, nous étudierons par la suite.

803 L'article 4 § 2 : « *Toute personne, quelle que soit sa nationalité, domiciliée sur le territoire d'un État membre, peut, comme les nationaux, y invoquer contre ce défendeur les règles de compétence qui y sont en vigueur et notamment celles prévues à l'annexe I* ».

804 CJCE, 13 juillet 2000, aff. C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company SA, D.* 2000.IR.236 ; *JDI*.2002.623, obs. Leclerc.

445. Il en va de même pour le cas du demandeur, peu importe sa nationalité, domicilié sur le territoire d'un État communautaire. Il peut invoquer contre le défendeur les règles exorbitantes du pays où il a son domicile[805], même si le défendeur domicilié dans un État tiers[806]. Là aussi, on peut constater sur ce qui rend compétent au tribunal ; c'est le domicile du demandeur. Alors que pour le défendeur, son domicile hors du territoire des États membres l'écarte du bénéfice offert par les textes communautaires. La question peut se poser si on revient à la règle *forum actoris* qui est contraire au principe du droit communautaire, on affirme que cette règle n'est qu'une exception du principe *actor sequitur forum rei*.

Par ailleurs, il faut rappeler que les décisions rendues par le tribunal d'un État membre qui se fonde sur les règles exorbitantes contre le défendeur domicilié hors du territoire communautaire pourraient produire leurs effets et permettre la libre circulation sur tout le territoire de l'Union européenne. Les règles de compétence judiciaires en droit communautaire mettent l'accent sur « le domicile » dans le territoire de la Communauté de l'un des litigants.

2) Les difficultés d'application de la règle de compétence juridictionnelle visées par l'article 5-1°.

446. Le principe général de l'article 5 se fonde sur la proximité territoriale, autrement dit, « l'existence d'un lien de rattachement étroit entre la contestation et le tribunal qui est appelé à connaître »[807]. Certes, le souci d'avoir donné lieu au *forum shopping* en vertu de l'article 5 ainsi de la Convention de Bruxelles que du règlement Bruxelles I a été mis fin après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980 et du règlement Rome I. Parce que la détermination de la loi applicable sera soumise à la même règle de conflit, si l'on voit uniquement la raison de choix du for afin de bénéficier de la loi plus favorable et non pas de la procédure qui se déroulera devant chaque tribunal étatique.

447. L'application de l'article 5-1° requiert de prime abord, la « matière contractuelle », c'est une notion qui donne beaucoup de problème de qualification. En effet la CJCE n'a pas

---

805 Ces règles sont prévues dans le règlement Bruxelles I, pour la France, il s'agit des articles 14 et 15 du Code civil.

806 *Cf.* P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 336. Cet auteur affirme que l'article 14 du Code civil peut être invoqué non seulement par un Français, mais également par les personnes domiciliées en France sans tenir compte de leur nationalité.

807 *Cf.* Rapport Jenard, p. 22.

donné une définition définitive mais généralement négative, c'est à dire « *la matière contractuelle ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre* »[808]. Jusqu'à nos jours la Cour ne donne toujours pas de telle définition mais retient un élément susceptible d'être utilisé dans d'autres cas. Par ailleurs, de même que d'autres matières du droit européen, la CJCE a estimé que cette notion doit être interprétée de façon « autonome »[809], c'est-à-dire doit être exclue le renvoi au droit interne de l'un ou l'autre des États membres. En l'absence de définition exacte, chaque État peut la définir différemment, là aussi c'est un obstacle de l'uniformité d'interprétation de texte communautaire. Citons par exemple le problème classique, la *culpa in contrahendo*, le risque d'interprétation différente présente très clair selon le tribunal étatique de chaque pays. Elle est considérée en matière délictuelle en France mais contractuelle en Allemagne. Est-ce qu'elle est soumise à l'article 5-1° ? La CJCE a enfin décidé dans son arrêt de 2002 que « *l'action n'était pas en matière contractuelle, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, caractérisée par l'absence d'engagement librement assumés par une partie envers une autre à l'occasion des négociations visant à la formation du contrat (...)* »[810]. C'est donc un jeu de l'article 5-3°. Pourtant une contestation concernant l'existence du contrat est qualifiée en matière contractuelle[811].

Afin de faciliter notre étude, nous proposons d'étudier d'abord les règles fondées sur le point b), compétence spéciale ; et lorsque le contrat n'entre pas dans le champ d'application de l'article 5-1° b), on reviendra ensuite à la compétence générale de l'article 5-1° a).

a. Les règles spécifiques fondées sur l'article 5-1° b).

448. Les rédacteurs du règlement Bruxelles I traitent le contrat de vente de marchandises et celui de fourniture de services de façon plus spécifique en raison de leur fréquence, en

---

808 CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jakob Handte*, *RCDIP*.1992.730, H. Gaudemet-Tallon.

809 CJCE, 22 mars 1983, aff. C-34/82, *Martin Peters* : la Cour a estimé que « *les obligations ayant pour objets le versement d'une somme d'argent et trouvant leur fondement dans le lien d'affiliation existant entre une association et ses adhérents car l'adhésion à une association crée entre les associés des liens étroits de même type que ceux qui s'établissent entre les parties à un contrat* ». ; v. aussi CJCE, 8 mars 1988, *Arcado*, *RCDIP*.1988.610, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1989.453, obs. A. Huet ; *Cf.* B. Audit, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*.2004.789.

810 CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-334/00, *Fonderie Officine Mecaniche Tacconi SpA*, *RCDIP*.2003.668, note P. Rémy-Corlay ; *JDI*.2003.668, obs. A. Huet ; *D.* 2002.2774 ; *JCP (G)* 2003.I.166, n°5.

811 CJCE, 4 mars 1982, aff. C-38/81, *Effer*, *RCDIP*.1982.570, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1982.473, obs. A. Huet.

adoptant les règles de compétence différentes dissociées de l'article 5-1°, a). En effet les rédacteurs ont voulu éviter ces deux contrats des complications retenues sous l'empire de l'arrêt *Tessili* (*infra* note n° 824). Hormis le tribunal du domicile du défendeur (art. 2), le texte a accordé la possibilité d'attraire devant le tribunal du lieu où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées ; ou le tribunal du lieu où les services ont été ou auraient dû être fournis. Le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande a été déjà déterminé spécifiquement pour ces deux contrats, alors à notre avis le terme de « l'obligation qui sert de base à la demande[812] » précisé sur le point b) de l'article 5-1° n'affecte pas son application[813] comme le souci de certain auteur. Précisément, il n'est plus nécessaire de faire référence au caractère autonome de l'obligation qui sert de base à la demande afin de localiser le lieu de l'exécution de la fourniture de services selon le règlement Bruxelles I.

Cependant il semble que la Cour d'appel n'a pas entendu comme telle, dans l'arrêt du 3 octobre 2006, la Cour d'appel a toujours retenu la qualification d'obligation autonome pour se déclarer incompétente sur le paiement d'une indemnité de clientèle et de dommages-intérêts pour rupture abusive de contrat, en décidant que cette obligation devait être exécutée au domicile du débiteur au Portugal. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en estimant que « *alors que les parties étaient liées par un contrat de fourniture de services et que les prestations de services devaient être exécutées en France, la Cour d'appel a violé l'article 5-1° du règlement 44/2001* »[814]. Pourtant on ne peut toujours pas éviter la localisation de lieu d'exécution en cas de plusieurs lieux de livraison, nous le verrons par la suite.

449. La qualification de contrats qui seront soumis à l'article 5-1° b) envisage aussi certaines difficultés, notamment pour le contrat de vente à caractère spécial tels que le contrat de distribution ; le contrat de franchise ; le contrat de concession. Certes, ces contrats sont, entre le distributeur et les revendeurs, entrés dans le régime de contrat de vente de marchandises au sens de l'article 5-1° b).

---

812 C'est la prestation caractéristique.

813 *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements*…, *op.cit.*, n° 187. Cet auteur a l'avis que mêmes les obligations autonomes devraient aussi relever du for désigné par ce texte.

814 Cass. 1er civ., 3 octobre 2006, *D.* 2006.IR.2548 ; *RDC*.2007.474, obs. P. Deumier ; *JCP (G)*.2007.II.132, note V. Egéa et D. Martel ; *RTD Com*. 2007.267, note Ph. Delebecque.

La difficulté paraît dans la qualification d'un contrat-cadre destiné à organiser le réseau, ceci ne peut pas être entendu comme un contrat de vente isolé car il comprend aussi le caractère de fourniture de services. Prenons un exemple de la franchise définie comme « *un contrat de distribution selon lequel le franchiseur accorde à un ou plusieurs commerçants indépendants (les franchisés), d'associer une entreprise, propriétaire d'une marque ou d'un enseigne* ». D'ailleurs, le franchiseur devrait mettre à la disposition du franchisé sa marque, ses produits et/ou son enseigne, son savoir-faire et une assistance technique. De même que le contrat de concession exclusive portant parfois sur la distribution des produits de luxe dont explique bien son caractère spécial. L'arrêt de la Cour de cassation s'est prononcé sur un tel contrat en 2007[815] et réaffirmé en 2008[816], en décidant qu'il n'était ni une vente, ni une prestation de services. Dès lors, le contrat de concession exclusive doit être régi par le point a) de l'article 5-1° et non le point b). Cependant, il faut observer que le contrat de franchise et le contrat de distribution sont bien distingués du contrat de prestation de services d'après le règlement Rome I.

On peut se demander si l'article 5-1° b) sur les fournitures de services pourrait être applicable au contrat de franchise ou de distribution ? On ne voit pas la raison d'y refuser, en particulier lorsque l'on tient compte du règlement Rome I dans son considérant 17 qui précise que « *les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de services, font l'objet de règles particulières* ». Les rédacteurs ont considéré lesdits contrats comme un contrat fourniture de services mais qu'en matière de la compétence législative ces deux contrats méritent d'être soumis aux règles de conflit de lois particulières[817]. Alors on peut conclure que le contrat de franchise et de distribution sont fondamentalement des contrats de fourniture de services. En effet il reste encore plusieurs contrats qui sont difficiles à qualifier mais nous ne pouvons pas les introduire ici. En ce qui concerne l'interprétation des points a) et b) de l'article 5-1°, nous sommes d'accord avec Mme H. Gaudemet-Tallon sur la présomption que si l'article 5-1° b) est normalement plus facile à appliquer que la règle de 5-1° a), le champ d'application matériel du point b) devrait être entendu assez largement

---

815 Cass. 1er civ., 23 janvier 2007, *D.* 2007.AJ 511, obs. E. Chevrier ; *D.* 2007.1575, note H. Kenfack ; *RDC*.2007.887, obs. P. Deumier ; *RCDIP*.2008.661, 1er esp. ; *JDI*.2008.521, 1er esp., note J.-M. Jacquet.

816 Cass. 1er civ., 5 mars 2008, *RCDIP*.2008.661, 3e esp. ; *JDI*.2008.521, 4e esp., note J.-M. Jacquet ; *D.* 2008. AJ 858, obs. X. Delpech ; jur. 1729, 2e esp., note H. Kenfack.

817 M.-E. Ancel, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *RCDIP*.2008.561, spéc., p. 576-577.

possible sous la lumière de droit communautaire[818]. Pourtant la décision de la CJCE semble aller au sens contraire de ceci, en vertu de l'arrêt rendu en avril 2009, elle a estimé que l'interprétation restrictive sur la notion de fourniture de services de l'article 5-1 b) compétence spéciale est préférable, car l'élargissement de champ d'application de celui-ci affecterait l'effet utile des point a) et c) de l'article 5-1° du règlement[819].

450. Les difficultés de détermination le lieu d'exécution du contrat. Le problème qui se pose ici est dans le même sens que le cas de l'article 5-1° a) ; il y a plusieurs lieux d'exécution du contrat pour le point b). L'arrêt de la CJCE peut éclairer sur ce point, il s'agit en espèce de plusieurs lieux de livraison prévus dans le contrat dans un même État, elle affirma que l'article 5-1° b) jouera son rôle aussi bien dans le cas de pluralité de lieux de livraison qu'en cas de livraison unique. La Cour a décidé que le tribunal du lieu de la livraison principale est compétent car il présente les liens plus étroits avec le contrat[820]. De surcroît, il était impossible de dégager un lieu de livraison principal, donc le demandeur a le choix entre les tribunaux des lieux de livraison. La solution retenue par cet arrêt donne le résultat différent de celle de l'arrêt *Shenavaï* pour l'article 5-1° a). Certes, cette solution ne pourra pas appliquer au cas de livraison multiples dans plusieurs États membres. Dans ce cas là nous revenons systématiquement au lieu d'exécution principal, mais qu'en est-il lorsque la détermination de ce lieu est impossible ? Un auteur a proposé de revenir au lieu d'exécution principal, ou à l'article 5-1° a)[821], et si c'est la dernière solution qui joue, c'est aussi l'arrêt *Shenavaï* qui nous attend. Cependant la CJCE a admis dans son arrêt qu'il est possible de fixer un accord pour désigner le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse. Cette désignation du lieu d'exécution fonde la compétence du juge au sens de l'article 5-1[822].

b. Les difficultés posées par l'article 5-1° a).

---

818 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…*, *op.cit.*, n°188.

819 CJCE, 23 avril 2009, aff. C-533/07, *Falco Privatstiftung*, *D.* 2009. AJ 1489 ; panor. 2390, obs. S. Bollée ; *RDC*.2009.1558, note E. Treppoz ; *Europe* 2009, com. 263, obs. L. Idot.

820 CJCE, 3 mai 2007, aff. C-386/05, *Color Drack GmbH*, *Europe*, juillet 2007, n°196, p. 24, note L. Idot.

821 M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris : Economica, 2002, préf. L. Aynès, n° 450.

822 CJCE, 17 janvier 1980, aff. C-56/79, *Zelger*, *RCDIP*.1980.387, note E. Mezger ; *JDI*.1980.435, note A. Huet.

451. Lorsque l'on est en matière du contrat qui ne relève pas à l'article 5-1° b), c'est le tribunal, du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, qui est compétent (art. 5-1° a)). Ce développement donne le résultat plus logique que le recours au critère de nationalité comme à l'époque, malgré certaines difficultés, on trouve que le tribunal désigné par l'article 5-1° présente des liens effectifs avec la situation elle-même ; le contrat.

Il semble que l'article 5-1 a) pose beaucoup de difficultés au cours de l'application, certes, nous ne pouvons pas citer ici toutes les difficultés envisagées, alors des exemples importants seront étudiés par la suite.

452. C'est toujours le terme de « l'obligation qui sert de base à la demande » qui pose le problème à ce stade, de la Convention au Règlement. La CJCE a fondé le moyen de déterminer ce terme, qui se trouve en effet l'inconvénient[823], dans l'arrêt *Tessili*[824]. Tout d'abord, le juge devrait rechercher la loi qui régit l'obligation litigieuse en appliquant ses règles de conflits ; ensuite, il applique la loi résultant de ladite recherche pour déterminer le lieu d'exécution de cette obligation qui fondera la compétence judiciaire au sens de l'article 5-1° ; la méthode est logique mais compliquée. Un autre souci repose sur le fait que les dispositions de la règle de conflit de lois en matière contractuelle peuvent être différentes dans chaque pays en cause, ce qui pourrait affecter le résultat du droit applicable à la détermination du lieu d'exécution. On peut envisager aussi le risque d'avoir le conflit de compétence.

Cependant lorsqu'il y a les textes internationaux uniformisés la règle de conflits pour régler le problème de détermination de la loi applicable à l'obligation litigieuse, c'est ceux-ci qui doivent être pris en compte, le Règlement Rome I est un bel et bon exemple dans ce cas.

453. En ce qui concerne le droit matériel uniforme, par exemple la CVIM, afin de savoir si cet instrument international sera applicable au litige ou non, il est indispensable de rechercher tout d'abord la loi applicable à l'obligation litigieuse, qui contient des dispositions sur le lieu d'exécution des obligations contractuelles. Là aussi, le recours à l'arrêt *Tessili* doit être fait

---

823 Il faut rappeler que l'on peut envisager l'hypothèse d'une obligation litigieuse régit par les lois de police, la loi substantielle spéciale, et en cas du dépeçage, la loi propre de chaque partie et non la loi du contrat.

824 CJCE, 6 octobre 1976, aff. C-12/76, *Tessili*, *RCDIP*.1977.751, note Gothot et Holleaux ; *JDI*.1977.714, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet ; *D.* 1977.616, 1er esp., note G. Droz. La Cour a décidé que le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée au sens de l'article 5-1° « *est déterminé conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflits de la juridiction saisie* ». V. aussi CJCE, 29 juin 1994, aff. C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd RCDIP*.1994.698, note H. Gaudemet-Tallon; *JDI*.1995.461, note A. Huet; *RTD. eur*. 1995.87, note H. Tichadou.

soigneusement, car les règles de la CVIM ne sont pas destinées pour déterminer la compétence juridictionnelle. On peut se demander si cette application n'est-elle pas abusive ? Certes, cet instrument international de droit matériel ne doit pas être utilisé à cette fin, mais en attendant la jurisprudence de la CJCE sur ce point, c'est probablement la meilleure sortie pour régler ce problème…

454. L'arrêt *Tessili* continue d'avoir l'influence[825] sur les décisions des juges nationaux même si le texte du règlement Bruxelles I s'applique, car l'article 5-1° a) adopte la même solution que celle stipulée dans la Convention.

455. Les problèmes qui nous intéressent à ce stade porte sur le cas de plusieurs obligations nées d'un contrat et qui doivent être exécutées dans plusieurs pays. L'arrêt *Shenavaï*[826] a essayé de résoudre le problème de lieux d'exécution multiples, la CJCE estima que même si les lieux d'exécution de l'obligation contractuelle sont pluriels, seul le tribunal du lieu de l'exécution de l'obligation principale est compétent sur le litige. La Cour a décidé que la règle de compétence du juge du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse « *ne donne pas de solution dans le cas particulier où le litige porte sur plusieurs obligations qui découlent d'un même contrat et qui servent de base à l'action intentée par le demandeur* ». Alors dans un tel cas « *le juge saisi s'orientera pour déterminer sa compétence, sur le principe selon lequel le secondaire suit le principal ; en d'autres termes ce sera* ***l'obligation principale****, entre plusieurs obligations en cause, qui établira sa compétence* »[827]. Certes, pour que cette solution soit applicable, il faut que les obligations litigieuses en cause soient de même nature. Mais il semble que le terme de « l'obligation principale » nous amène à un autre problème.

---

825 V. aussi CJCE, 28 septembre 1999, aff. C-440/97, *Groupe Concorde*, *RCDIP*.2000.253, note B. Ancel ; *JDI*.2000.547, obs. J.-M. Bischoff ; *DMF*.2000.66, note P. Bonassies ; *DMF*.2000.296, note M. Morin ; *JCP (G)* 2000.II.10354, note C. Bruneau. La CJCE a même affirmé les solutions utilisées dans l'arrêt *Tessili* dans cet arrêt. *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements*…, *op.cit.*, n° 194 : cet auteur nous a montré le fait intéressant quant à la tendance dominante dans la jurisprudence française qu'il y a des réticences à localiser le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse sans indiquer selon quelle loi elle procédait cette localisation ; il est souvent qu'il s'agit d'une simple localisation de fait. Cependant l'auteur a précisé que cette tendance *a été* un moment dominant dans la jurisprudence française (nos italiques).

826 CJCE, 15 janvier 1987, aff. C-266/85, *Shenavaï*, *RCDIP*.1987.793, note G. Droz ; *JDI*.1987.465, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet. En effet cet arrêt confirme la décision de la CJCE dans l'arrêt *De Bloos* qui a réglé le problème d'éclater en adoptant la nouvelle catégorie dite « obligations autonomes », celles-ci sont indépendantes de toute obligation litigieuse et sont destinées à justifier une compétence juridictionnelle.

827 *Cf.* la même solution des juridictions internes ; Versailles, 2 juin 1988, deux arrêts, *JDI*.1990.147, obs. A. Huet ; Paris, 22 mai 1991, *D.* 1992.164, obs. B. Audit ; Paris, 13 septembre 1995, *JDI*.1997.170, obs. A. Huet ; Paris, 21 mai 1997, *JDI*.1998.133, obs. A. Huet.

Qu'en est-il si l'une des parties a introduit le litige portant sur plusieurs demandes devant le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation accessoire, non celui de l'obligation principale ? Si l'on tire une réponse de l'arrêt *Shenavaï* selon laquelle ce sera l'obligation principale qui établira la compétence de la Cour, on envisage ici le risque de conflit négatif de compétence, c'est-à-dire que chaque tribunal prononcera incompétent sur ce litige, car il est possible que l'obligation principale ne coïncide pas à l'obligation accessoire. En revanche, si l'on suit la décision de la Cour de cassation française qui a l'objectif d'éviter ce conflit négatif, elle a répondu dans le sens que « *le tribunal saisi de plusieurs demandes demeurait compétent pour statuer sur une obligation litigieuse secondaire devant* ***s'exécuter dans son ressort****, même s'il ne l'est pas pour obligation litigieuse principale* »[828]. Force est de constater qu'il n'est pas aisé de dissocier l'obligation accessoire de l'obligation principale, notamment si les obligations litigieuses sont équivalentes[829]. Il semble que la dispersion de fors reste toujours au fond de cette solution. Comme l'écrit Mme H. Gaudemet-Tallon[830] que ces arrêts sont toujours loin de donner la solution certaine pour toutes les difficultés posées par la fonction de l'article 5-1°[831]. Nous sommes d'accord que la solution employée par la Cour de cassation française peut régler le problème de l'obligation secondaire, il faut l'utiliser prudemment en tenant compte de la possibilité d'exécuter dans son ressort de l'obligation

---

828 Cass. 1er civ., 8 février 2000, *Hoff*, *RCDIP*.2001.148, 2e esp. note M.-E. Ancel ; *JDI*.2001.133, 5e esp. obs. A. Huet ; *D.* 2002. som.com.1401, obs. B. Audit ; Cass. 1er civ., 8 février 2000, *Sté W. Grant*, *D.* 2000.741, note G. Blanc ; *Gaz. Pal.* 1-3 oct. 2000, 2e esp., p. 25, note M.-L. Niboyet.

829 *Cf.* CJCE, 5 octobre 1999, aff. C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici SpA*, *D.* 1999.270 ; *RCDIP*.2000.76, H. Gaudemet-Tallon : la Cour a estimé que « *le même juge n'est pas compétent pour connaître de l'ensemble d'une demande fondée sur deux obligations équivalentes découlant d'un même contrat, lorsque, selon les règles de conflit de l'État de ce juge, ces obligations doivent être exécutées l'une dans cet État et l'autre dans un autre État contractant* ».

830 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…, op.cit.*, n° 186.

831 M. G. Droz a donné une observation depuis 1987 que, c'est la compétence générale de l'article 2 de la Convention qui a toujours absorbé la moitié des cas la compétence en matière de contrats. Donc il a conclu que l'article 5-1° était une erreur car il était inutile ou néfaste, et que le for prévu en vertu de cet article doit être supprimé… (*RCDIP*.1987. spéc. p. 803.) Mais dans le règlement Bruxelles I, les deux contrats importants sont finalement distingués pour échapper la difficulté de détermination du lieu en question. En effet lorsque l'on prend en considération son argument, on peut penser qu'en pratique une fois qu'il y a un différend entre les contractants, ce sont certainement leurs avocats qui décident du choix du tribunal compétent pour introduire ce litige. La question est de savoir, comment les avocats peuvent-ils s'y connaître s'ils ne peuvent pas déterminer eux-mêmes le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à sa demande ? Ce serait dommage et une perte de temps inutile pour les clients d'introduire le litige devant la mauvaise juridiction! Pourquoi ne pas faciliter leur cas en recourant à la compétence générale de l'article 2 ; le tribunal du domicile du défendeur ? De ce point du vue, le critère de compétence fondée sur le lieu de l'obligation litigieuse semble compliquer des choses… A notre avis, les rédacteurs ont tenté d'offrir aux parties plusieurs options possibles pour introduire leurs instances. On peut tirer aussi les avantages de l'article 5-1° lorsque le demandeur domicilié dans un même pays ou même lieu que le for prévu par cet article, certes, les coûts, les honoraires seraient réduits par rapport au cas d'introduire le litige devant le tribunal selon l'article 2 qui peut-être se situe dans un autre État.

litigieuse secondaire en cause. C'est-à-dire si une telle obligation accessoire ne peut pas être exécutée dans son ressort, ce tribunal saisi n'est pas compétent et ce sera la compétence du tribunal du lieu de l'exécution de l'obligation principale comme décidé la CJCE.

456. Le problème est d'ailleurs plus compliqué en ce qui concerne l'obligation de paiement selon laquelle son lieu d'exécution dépend si le paiement est quérable ou portable. Normalement ce paiement n'est pas la prestation caractéristique du contrat, alors le lieu du paiement ne sera pas coïncident avec le lieu déterminant la loi applicable de l'article 4 du règlement Rome I. C'est-à-dire s'il y a une convention internationale portée sur les règles uniformes de déterminer le lieu d'exécution de telle obligation, il faut appliquer celle-ci.

§2 : La compétence internationale du juge thaï en matière contractuelle.

457. En droit thaï, la compétence juridictionnelle sur le litige à caractère international n'est pas stipulée de façon spécifique. D'ailleurs, la Thaïlande n'est partie à aucune convention internationale sur la compétence judiciaire dans ce domaine et on n'a pas encore le droit uniforme au sein de l'ASEAN portant sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale. Dès lors, les juges thaïs régleront ces problèmes en appliquant la loi du for. Par conséquent nos études porteront uniquement sur le cadre de droit international privé commun. C'est le tribunal civil qui est compétent sur le litige en matière civil et commercial, sauf il y a la loi stipulée qu'un autre tribunal est spécialement compétent dans tel ou tel cas, par exemple la loi procédurale spéciale pour le litige du commerce international et la propriété intellectuelle[832].

Nous nous intéressons ici aux dispositions attribuant compétence juridictionnelle internationale aux tribunaux thaïs pour le litige en matière du contrat.

A. La mise en œuvre de critères de rattachement fondés sur l'article 4 du Code de procédure civile.

832 Comme l'on a déjà cité, le TCPICI est le tribunal au premier degré, qui n'a compétence que pour trancher les litiges portant sur la propriété intellectuelle et le commerce international. Après avoir obtenu une décision de ce tribunal, les parties peuvent faire un appel directement devant la Cour suprême *Dika* et non la Cour d'appel.

458. Afin de faciliter nos études, nous proposons de regrouper les règles de compétence judiciaire en droit thaï en appliquant les critères fondamentaux : les principes de souveraineté territoriale et personnelle.

1) Les règles de compétence générale fondées sur le principe de souveraineté territoriale.

459. La compétence fondée sur le domicile de l'une des parties. L'article 4 du Code de procédure civile (ci-après le CPC) rattache la compétence juridictionnelle au domicile du défendeur, la règle *actor sequitur forum rei* a été donc consacrée. On trouve que la loi utilise le terme « *le domicile du défendeur dans la juridiction du tribunal* », car cet article n'est pas stipulé pour le cas du litige international, mais on entend cette disposition comme « le domicile du défendeur en Thaïlande ». Alors quel tribunal sera le tribunal saisi ? Cela dépend des règles de compétence judiciaire interne. Lorsque le défendeur a domicile en Thaïlande, les tribunaux thaïs sont compétents pour saisir tout le litige dans cette matière.

460. La notion de domicile doit être considérée en vertu de droit thaï ; les articles 37 à 47 du Code civil et commercial (ci-après CCC) en cas de personnes physiques et les articles 68 et 69 pour le domicile de personnes morales[833]. Le droit thaï laisse ouverte la possibilité de déterminer le domicile en deux sens ; il s'agit de domicile de fait selon le Code civil et le domicile présumé selon le CPC.

Le premier cas ne pose pas beaucoup de problème car les articles 37 à 47 du CCC ont déjà donné les définitions du domicile.

Le second cas, c'est l'article 3-2° du CPC, qui a pour but de faciliter le procès d'assigner, et de déterminer le domicile du défendeur en recourant aux présomptions :

- La première hypothèse, lorsque le défendeur n'a pas le domicile dans le royaume thaï, mais que celui-ci y en avait deux ans avant le moment de l'assignation du litige, la loi présume que ce lieu est le domicile du défendeur.

- La seconde hypothèse, lorsque le défendeur n'est jamais domicilié dans ce pays, mais qu'il exerce ou ait exercé son entreprise en Thaïlande depuis deux ans, soit par le représentant soit par lui-même, soit par le médiateur peu importe, la loi présume que le(s)

833 Le domicile de personnes morales est défini comme le lieu où se situe le principal établissement ou l'administration centrale ou le siège statutaire (art.68 du CCC). Mais dans le cas où les personnes morales ont plusieurs sièges sociaux ou filiales, les lieux où ces sièges ou ces branches se situent sont considérés comme le domicile pour leurs activités exercées à ce lieu (art.69 du CCC). V. TCPICI, com. n° 91/2551 (2008), *Acanay Insurance c/ Federal Express*.

lieu(x) utilisé(s) pour exercer ces activités ou ; le domicile du représentant ou ; celui du médiateur est considéré comme le domicile du défendeur[834].

461. Quant à la règle *forum actoris*, celle-ci est aussi bien établie en droit thaï, car le domicile du demandeur en Thaïlande est également utilisé comme l'un des critères de fondement de la compétence juridictionnelle du tribunal, sans tenir compte de la nationalité du demandeur. Il résulte de l'article 4 *ter*, 1er al.[835], même si le défendeur n'est pas domicilié dans le royaume et le litige n'a pas eu lieu en Thaïlande, mais les législateurs acceptent ici le lien entre l'un des litigants avec la Thaïlande.

462. La compétence fondée sur le lieu de naissance du litige. La compétence juridictionnelle se fonde aussi sur le lieu où le litige est né, tel que le lieu de conclusion du contrat, en vertu de l'article 4-1° du CPC[836], peu importe la nationalité ou le domicile des parties au litige. Lorsque tel ou tel litige a eu lieu dans le royaume thaï, c'est la compétence des tribunaux thaïlandais de saisir ce litige. Ce lieu doit être déterminé tout d'abord pour fonder la compétence du juge thaï, donc ce lieu peut être celui de conclusion du contrat. Cette disposition nous laisse à penser à l'article 14 du Code civil français qui applique à « *l'exécution des obligations contractées en France* » sans tenir compte de la nationalité du défendeur et son domicile, mais à la différence que les dispositions de l'article 14 exige toujours un lien significatif avec la France ; la nationalité française du demandeur.

463. Afin de déterminer si le litige est né en Thaïlande, il faut prendre en considération de l'économie de chaque contrat, car les éléments nécessaires pour le déterminer peuvent être différents selon le fait. Prenons un exemple de la décision de la Cour suprême *Dika* en 2007, en l'espèce il s'agit du contrat de garant ; la banque italienne *BNL* défenderesse domicilié en

---

834 V. Cour suprême *Dika*, n° 6437/2541 (1998) : la Cour a décidé que les défendeurs 1er et 2e sont intermédiaires exercés les activités pour l'entreprise en Thaïlande du défendeur 1er, présume que le domicile du défendeur 2e qu'utilise le défendeur 1er pour les contacts est aussi le domicile de ce dernier. V. en ce sens n° 5809/2539 (1996) ; n° 4580/2542 (1999).

835 มาตรา ๔ ตรี วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า "คำฟ้องอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔ ทวิ ซึ่งจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรและมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ถ้าโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ให้เสนอต่อศาลแพ่งหรือต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล"

836 มาตรา ๔ (๑) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า "**คำฟ้อง ให้เสนอ**ต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือ**ต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล**ไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่"

Italie avait fait une demande de garantie, *Letter of Guarantee* (L/G), de la banque thaïlandaise *Krungthai* demanderesse, afin de porter un garant à la joint venture italienne candidate à une mise aux enchères de projet gouvernemental opéré par l'Électricité de Thaïlande. Faute de la rupture du contrat par la joint venture italienne, la banque *Krungthai* a été demandée par l'Électricité de Thaïlande d'exécuter le paiement de dette. La banque avait délibéré enfin l'obligation qui lui incombe et puis a demandé à la banque italienne *BNL* selon le contrat de sous-caution de régler ce montant. La dernière a refusé le paiement en invoquant l'injonction du tribunal italien qui, selon le défendeur, souhaiterait inviter l'Électricité de Thaïlande à régler ce litige par l'arbitrage. La banque *Krungthai* a assigné la *BNL* devant le TCPICI, le défendeur a soulevé l'incompétence de ce tribunal.

Le TCPICI a statué d'abord qu'il était compétent, mais il a jugé en faveur de la demande de la banque *BNL*. Un pourvoi a été formé par la banque *Krungthai* devant la Cour suprême *Dika* qui affirma en premier lieu sa compétence et infirma en second lieu la décision du TCPICI. Afin de déterminer sa compétence, elle a appuyé sur l'article 359 al. 2 du CCC pour localiser le lieu de conclusion du contrat. La Cour estima que le contrat conclu entre le demandeur domicilié en Thaïlande et le défendeur domicilié en Italie doit être considéré comme le contrat à distance. Entend que la proposition faite par le défendeur transférée vers le télex à la banque *Krungthai*, cette dernière ne l'a pas, dès la première fois, acceptée mais a répondu en modifiant plusieurs clauses en y ajoutant la clause de sous-caution (*counter guarantee*) entre la *BNL* et la banque *Krungthai*. D'après la Cour, ceci est considéré comme une nouvelle offre, vu qu'après l'avoir reçue, la *BNL* l'a accordé sans conditions. Donc ceci est entendu comme une affirmation qui donne lieu au contrat en vertu de l'article 361 al. 1er du CCC. La Cour a décidé que « *ce contrat a été conclu en Thaïlande et non pas en Italie* ». Bien que la Cour n'ait pas pris cette opportunité pour expliquer le fondement de sa compétence juridictionnelle, force est de constater que les tribunaux thaïs sont compétents en vertu de l'article 4-1° du Code de procédure civile, le lieu de la naissance du litige[837].

L'article 4-1° du CPC est la solution la plus souvent utilisée par les juges thaïs pour fonder leur compétence sur le litige en matière de contrats internationaux. Comme l'on a déjà étudié dans la première partie, pour écarter l'application de la règle de conflit de lois au

---

837 Cour suprême *Dika*, n° 772/2550 (2007), *Krungthai Bank c/ Banca Nazionale de Lavoro* : la Cour a jugé que « *il incombe au défendeur de régler le montant payé par la banque Krungthai à la demande de l'Électricité de Thaïlande, au motif que seule l'invocation d'existence d'une injonction du tribunal italien ne peut pas délibérer le défendeur des obligations qui lui incombent envers la banque thaïe en vertu du contrat de sous-caution entre elles* ».

contrat à caractère d'extranéité (v. *supra* n° 76), la Cour décide très souvent que « le litige est né en Thaïlande dès lors il n'y a aucune place pour l'application des règles de conflit » !

464. En effet on peut trouver la définition de la notion du lieu du litige dans l'article 3-1° du CPC, on trouve aussi la méthode de présomption utilisée par les rédacteurs. La loi distingue le lieu où le litige est né dans le fait et celui où le litige est né selon la présomption. Pour la première, c'est l'application simple de l'article 4 mais pour la seconde, il s'agit du litige né sur le navire thaï ou sur l'aéronef thaï qui se trouve hors du territoire de la Thaïlande. Tous les litiges relevant des deux présomptions sont dans la compétence des tribunaux thaïs.

465. La compétence fondée sur l'existence d'un bien du défendeur. Le principe de la souveraineté territoriale donne compétence aux tribunaux du lieu où se trouve le bien meublé (qui peut être exécuté) appartenant au défendeur. L'article 4 *ter* al. 2[838] du CPC est une règle distincte de celle qui applique à la situation d'immeubles. C'est-à-dire même si le défendeur possède un bien meublé en Thaïlande, peu import si sa possession est permanente ou temporaire, le demandeur peut assigner devant les tribunaux thaïs. En effet cet article n'est qu'une option offerte par l'article 4 *ter*, 1er al. du CPC. Afin que cet alinéa 2 soit applicable, il faut que certaines conditions doivent préalablement être remplies ; c'est-à-dire lorsque le demandeur a la nationalité thaïlandaise ou il a le domicile en Thaïlande, mais le défendeur n'est pas domicilié dans ce pays et que le lieu de la naissance du litige se trouve hors du royaume, le demandeur peut saisir les tribunaux thaïs (où se trouve le bien en cause). De surcroît, on peut trouver une autre disposition stipulée dans le même sens que cet alinéa, c'est l'article 4 *sexies* du CPC, une demande portant sur un bien, qui donne la compétence aux juges thaïs lorsque le bien se trouve sur le territoire thaï.

466. Hormis ces rattachements, le lien entre le siège social de personnes morales et l'État thaï donne aussi la compétence aux tribunaux thaïlandais. Lorsque le siège social d'une personne morale se situe en Thaïlande, il est suffisant pour que la Cour thaïe soit compétente selon l'article 4 *quinquies* du CPC qui porte sur la demande relative à cette personne morale

838 มาตรา ๔ ตรี วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า "คำฟ้องตามวรรคหนึ่ง ถ้าจำเลยมีทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีได้อยู่ในราชอาณาจักร ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร โจทก์จะเสนอคำฟ้องต่อศาลที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเขตศาลก็ได้"

par exemple la demande de dissolution[839]. La loi n'exige pas que le siège social soit le siège social réel dans ce cas, par conséquent le siège social statutaire en Thaïlande peut aussi rendre effective l'application à cet article.

467. Quant à la matière des immeubles et de baux d'immeubles, l'article 4 *bis* du CPC retient le même principe qu'en droit français, c'est la compétence exclusive du tribunal de l'État où l'immeuble est situé sans considération de domicile des parties.

2) Les règles de compétence générale fondées sur le principe de souveraineté personnelle.

468. Comme dans d'autres États, la nationalité est considérée comme le lien majeur pour fonder la compétence juridictionnelle des tribunaux étatiques. L'importance de la nationalité est considérée comme l'une des conditions de jouissance des droits. Lorsque le demandeur a la nationalité thaïlandaise, bien que le défendeur soit domicilié hors de la Thaïlande et que le litige ne soit pas né dans ce pays, ce dernier peut être attrait devant la Cour civile ou le tribunal du domicile du demandeur (art. 4 *ter* al. 1er CPC). Force est de constater que l'article 4 *ter*, 1er al.[840] n'est pas rédigé de la même façon que les articles 14 et 15 du Code civil français. Il faut rappeler que les derniers donnent compétence aux tribunaux français lorsque l'une des parties est Française, *a priori*, l'article 14 pour le Français demandeur et l'article 15 pour le Français défendeur. Alors que l'on ne trouve pas la règle de compétence des tribunaux thaïs en cas où le défendeur est Thaï. Car les règles de compétence mentionnées plus haut sont suffisantes pour protéger le défendeur concernant le droit d'accès à la justice.

469. La notion de nationalité de personnes physiques est déterminée selon le droit interne ; la Loi sur la nationalité B.E. 2508 (1965) (texte révisé B.E. 2535 (1992)), ceci ne pose pas beaucoup de problème. Pourtant le cas de la nationalité de personnes morales de droit privé donne lieu à plusieurs questions délicates. La société multinationale est un bon exemple, car

---

839 Telles que la validité, la nullité ou la dissolution des personnes morales. Par exemple, la société import-export n'a pas exercé ses obligations envers ses créanciers dans le contrat de vente de marchandises, mais que son nom commercial ait été supprimé du système d'enregistrement par le Département du commerce pour la raison quelconque. Afin que les créanciers puissent la traduire en litige cette entité doit être personne juridique, il est alors nécessaire de faire une demande devant la Cour pour réenregistrer cette société dans le système.

840 มาตรา ๔ ตรี แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า "คำฟ้องอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔ ทวิ ซึ่งจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรและมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร **ถ้าโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทย**หรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ให้เสนอต่อศาลแพ่งหรือต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล"

depuis la seconde moitié du XXe siècle il paraît que ce phénomène a proliféré rapidement dans le monde des affaires. La difficulté de déterminer la nationalité de ce genre d'entreprise réside dans le fait qu'elle est constituée par l'ensemble de sociétés ayant les sièges dans plusieurs pays. Il peut résulter d'une société unique qui a multiplié ses activités à l'étranger en établissant leurs filiales locales ; ou il peut aussi rester dans la structure commune de sociétés établies dans plusieurs pays en utilisant des accords particuliers entre ces sociétés. la question de déterminer la nationalité de personnes morales semble indispensable pour compléter nos études.

470. A savoir que le droit thaï n'a pas des règles écrites pour déterminer la nationalité des personnes morales, il faut consulter des règles retenues par la pratique internationale des États, le droit coutumier et les principes retenues par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction* pour considérer ces problèmes[841]. En somme, le système juridique thaï accepte en général les critères de rattachement de la nationalité des personnes morales ainsi[842] : l'administration centrale (le siège social réel)[843] ; la loi du pays de constitution de personne morale (le siège social de l'incorporation)[844] ; et la personnalité des associés (la nationalité majoritaire des dirigeants ou des actionnaires). Cependant ces critères mentionnés ne sont pas tous utilisés afin de fixer la compétence juridictionnelle de la Cour thaïe. Seul le siège social de l'incorporation sera pris en considération pour justifier la compétence du tribunal, plus précisément lorsqu'une personne morale est constituée selon le

---

841 CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Co.Ltd*., Belgique c/ Espagne. Disponible sur le site http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf

842 P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, *Droit international privé*, 5e éd., Bangkok : Winyuchon, 2003, p. 265.

843 Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 1984, p. 114-115 ; P. Chunha-Urai, *Droit international privé*, Bangkok : Nitibanakarn, 1977, p. 123-128. Pour déterminer la nationalité de personnes morales, les auteurs ont cité les dispositions de l'article 7 de la loi sur les règles de conflit B.E. 2481 (1938) qui stipule ainsi : « *le cas où une personne morale a plusieurs nationalités, la nationalité de ladite personne morale est celle du pays où se trouve son siège social* ». Malgré l'avis qui oppose que cet article doit être appliqué uniquement dans le cas des conflits de nationalités de personnes morales, ces auteurs ont affirmé qu'il faut tenir compte de la rigueur de ces dispositions. Ce constat permet alors de conclure qu'une telle ou telle personne morale devrait avoir le siège social réel en Thaïlande pour qu'elle ait la nationalité thaïlandaise.

844 Luang Pradit Manoo Tham (Pridi Phanomyong), *Droit international privé*, Bangkok : Aksornniti, 1931, p. 139 ; S. Attakorn et A. Patyangkul, *Droit international privé*, Bangkok : The Thai Bar Association, 1965, p. 3-4. Les auteurs ont affirmé que la nationalité de personnes morales doit être considérée en application le critère du lieu de siège social de l'incorporation, car l'État ne peut pas et ne doit pas refuser d'octroyer la nationalité à une personne morale qui a été enregistrée ou constituée en vertu de ses lois. Les juristes thaïs se conforment à cette hypothèse.

droit thaï, ce fait lui permet de saisir le tribunal thaïlandais[845]. De même que la jurisprudence constante qui affirme depuis longtemps que la personne morale a nationalité de l'État qu'elle est constituée[846]. Bien qu'une société statuée en droit thaï ait son siège social réel à l'étranger ou la majorité de ses actionnaires soit étrangère, cette entité est toujours considérée comme la société de droit thaï. Mais il faut rappeler que ce critère ne s'applique que pour la détermination de compétence juridictionnelle du tribunal thaï. C'est-à-dire que l'on applique d'autres critères pour d'autres circonstances d'exceptions. On envisage beaucoup de problèmes de ce genre de nos jours, il semble que l'établissement de la corporation transnational devient très actif en Thaïlande comme dans d'autres pays.

471. Le même débat a été longuement discuté aussi en droit français commun, les juristes sont finalement arrivés sur le point de conclure à ce stade que les personnes morales n'ont pas à proprement parler de nationalité. Pourtant le terme de nationalité a été employé pour sa commodité de désigner le lien ou le rapport de ladite personne morale avec un État déterminé afin de recevoir la protection diplomatique, de jouissance des droits et même de rechercher la loi applicable[847]. C'est la raison pour laquelle les États n'ont pas de dispositions propres pour déterminer la nationalité de personnes morales. Cependant nous trouvons que les critères généraux de rattachement retenus en droit français ne sont pas différents de ceux retenus en droit thaï. En ce qui concerne le critère de nationalité majoritaire des associés, il est normal de faire référence à la nationalité des personnes physiques qui la compose, car c'est en général ces personnes qui exercent le contrôle de la personne morale[848]. Or, force est de reconnaître que les titres changent habituellement et de surcroît les actionnaires eux-mêmes peuvent être également personnes morales. Par conséquent le recours à ce critère pose beaucoup de problème ; comment on peut découvrir les titulaires actuels d'actions au porteur ? Tout cela nous montre les difficultés considérables à retenir ce critère dans certaines hypothèses. Il est vrai que ce critère est apte à appliquer à l'hypothèse spéciale telle que la concurrence des

---

845 Il faut savoir que les deux autres critères ne s'appliquent qu'à la situation spéciale.

846 Cour suprême *Dika* n° 1318/2513 ; n° 3401/2529, n° 2466/2532, n° 2768/2532.

847 B. Audit, *Droit international privé*, 6e éd., Paris : Economica, 2010, n° 1105.

848 *Contra*. Y. Loussouarn, *Droit international privé*, 9e éd., Paris : Dalloz, 2007, n° 707. Le droit coutumier français en matière de conflit de lois refuse de tenir compte de la nationalité majoritaire des associés, cette idée est justifiée pour les sociétés en nom collectif par la séparation du patrimoine et l'autonomie de la personne morale.

sociétés étrangères dans un secteur économique[849]. C'est pourquoi même le droit thaï ne rattache pas à ce critère l'application pour déterminer la compétence juridictionnelle des tribunaux.

472. Sur le terrain de la théorie de l'incorporation, il est entendu que la nationalité d'une société est celle du pays dans lequel elle a été constituée selon la loi de ce pays ; c'est la tendance la plus libérale et convenable au commerce international. Comme on a déjà exposé qu'il est normal d'avoir la nationalité de l'État où la personne morale a été constituée puisque cet État ne peut pas nier son rattachement avec une entité juridique établie d'après sa loi. Sinon, ce serait alors le déni de la force obligatoire de sa propre loi. Cependant il semble que ce rattachement n'exige pas un lien effectif entre l'État enregistreur et la personne morale en cause. C'est-à-dire que les fondateurs de la société pourront en toute liberté choisir le lieu d'établissement en considérant les règles de droit applicables au fonctionnement de la société ou les mesures fiscales les plus favorables. Ce critère s'applique en général dans le système juridique *common law* telle que l'Angleterre, il a pour but d'accorder la protection diplomatique aux sociétés de droit anglais à l'étranger. Le droit thaï utilise ce critère non seulement pour déterminer la compétence juridictionnelle de la Cour thaïe mais aussi pour déterminer la loi applicable conformément à la règle de conflit. En somme, la société constituée en droit thaï a la nationalité thaïlandaise, sauf dans les cas spéciaux où le texte de la loi a stipulé autrement. Le droit coutumier français n'a jamais accordé au libre choix du lieu

---

[849] La *Foreign Business Act* B.E. 2542 utilise ce critère pour déterminer la nationalité de personne morale. En vertu de cette loi, afin d'avoir la nationalité thaïlandaise la personne morale doit être constituée par les associés thaïlandaises *au moins* 51 pour cent. C'est toujours le critère 49 : 51 qui est actuellement appliqué, malgré le projet de réforme de cette loi. Certes, de nos jours, on fait l'effort d'attirer les capitaux étrangers et d'autres investissements en Thaïlande, mais l'ouverture sur le grand nombre d'actionnaires étrangers semble trop risquée. Le droit thaï essaie de disposer une telle limite en raison du souci que les sociétés thaïlandaises sous contrôle étranger pourraient nuire l'économie du pays. Certes, dans certains secteurs, les Thaïlandais ne sont pas encore prêts à la concurrence avec les étrangers par ailleurs il s'agit des affaires susceptibles de porter atteint à la sécurité nationale. En effet, faute de la définition correctement de personne morale thaïe qui n'englobe pas le pouvoir d'administration centrale, les étrangers peuvent en réalité, par cette lacune, contrôler la société thaïe à travers les nominées. Ces derniers sont normalement les sociétés thaïes ayant prétendu d'avoir le pouvoir véritable de contrôle, en revanche ce sont les actionnaires étrangers qui exercent ce contrôle vers les actions privilégiées. Le projet de loi est censé de réviser les dispositions concernant le pouvoir de contrôle ainsi que les actions privilégiées. Ce qui entraîne inévitablement la réaction négative des investisseurs étrangers. Bien qu'ils puissent exercer leurs affaires en Thaïlande en qualité de personnes morales étrangères, les investisseurs étrangers hésitent toujours d'utiliser ce moyen. Car, il faut solliciter une autorisation spéciale auprès des autorités en charge qui constitue un pouvoir discrétionnaire. En droit thaï, le critère du contrôle s'applique aussi en temps de guerre en ce qui concerne des mesures de séquestration des biens de l'ennemie. Alors qu'en droit français, la jurisprudence montre que la Cour ne retient ce critère que dans des hypothèses exceptionnelles consécutives aux séquestres et dommages de guerre. *Cf.* Y. Loussouarn, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 710.

de l'incorporation d'une personne morale pour déterminer sa nationalité à cause de sa fonction arbitraire[850].

473. Le critère de siège social réel, comme l'on a déjà vu, est utilisé couramment dans les pays continentaux ou *civil law*[851], y compris la Thaïlande. En effet ce critère penche sur le centre d'intérêts de la personne morale qui exerce ses activités économiques dans un tel pays. Les deux critères utilisés pour rechercher le centre d'intérêts ; le siège social et le lieu d'exploitation principal[852]. Pour le premier, il est défini comme le lieu où s'exerce principalement sa direction juridique, financière, administrative et technique de la personne morale[853], celui de réunion des administrateurs ou des assemblées générales[854]. Pour cette raison le siège social dans cette hypothèse signifie le siège réel de la société et non le siège statutaire. Afin de déterminer le lieu réel du siège social, plusieurs éléments ont été pris en considération par la jurisprudence constante, tels que le lieu où se tiennent les assemblées d'actionnaires et du conseil d'administration d'où émanent la direction[855]. Quant au second, le lieu d'exploitation principal, il s'agit de lieu où la personne morale se manifeste le plus ses activités extérieures où elle contracte habituellement. Lorsque l'un des critères se trouve au sein de personne morale, celle-ci a la nationalité de ce pays concerné. Cependant il n'est pas nécessaire de trouver toutes les activités précitées dans le même pays du siège social réel, car il est possible qu'en réalité elles peuvent être exercées dans plusieurs pays différents même dans le pays du siège statutaire. Le lien entre ce pays et la société est important pour lui admettre la nationalité, pour que les tiers qui sont en relations avec cette personne morale soient régis par la loi de ce lieu. Par exemple, la banque ayant le siège social en France même si elle a aussi d'autres sièges dans plusieurs pays, c'est la loi française qui s'applique. Alors ce constat nous montre que ce rattachement est normalement applicable afin de déterminer la loi qui régit le contrat. Le droit thaï fait appel à ce critère dans le cas de l'article 7 de la Loi

---

850 Y. Loussouarn, *Droit international privé, loc.cit.*

851 Cass.1er civ., 29 mai 1937, S.1937.1.365 ; *DP*. 1937 .1.64 ; 29 mai 1938, *JCP*.1939.II.1284. La Cour de cassation a affirmé la nationalité française des sociétés en appliquant le critère de siège social.

852 Cass. 1er civ., 17 juillet 1930, *Sté Graf*, S. 1931.1.4 ; *RCDIP*.1931.128, note Caleb ; *JDI*.1931.654 ; *DP*. 1930.1.163, note Camerlynck. La Cour de cassation a décidé que la société Graf a la nationalité française en raison d'avoir en France le siège social et le centre d'exploitation, même si elle fût constituée par des Suisses.

853 Cass. 1er civ., 7 juillet 1947, *D.* 1948.som.9 ; *JCP*.1947.II.3871, note J. L.

854 B. Audit, *Droit international privé, op.cit.*, n° 1113 ; Y. Loussouarn, *Droit international privé, loc.cit.*

855 Req. 30 janvier 1882 ; *DP*. 1883.1.223.

relative au conflit de lois ; le conflit des nationalités de personne morale[856]. En effet l'article 7 peut être considéré comme l'hypothèse spéciale, car on applique le critère d'incorporation pour déterminer la nationalité de personne morale dans une circonstance ordinaire.

Force est de reconnaître qu'aucun critère n'est pertinent pour déterminer la nationalité de personne morales. Il varie et dépend de chaque situation en cause.

B. Compétence spéciale à travers le tribunal de la propriété intellectuelle et du commerce international.

474. Il y a, dans l'ordre juridique thaï, un tribunal spécial dont l'objectif est de trancher les litiges relatifs au commerce international et à la propriété intellectuelle : le tribunal central de la propriété intellectuelle et du commerce international (ci-après le TCPICI). Il convient d'intervenir rapidement sur les critères de compétence juridictionnelle de ce tribunal. Il semble que nous pénétrons dans la répartition de compétence interne mais lorsque l'on considère les dispositions stipulées par la loi d'établissement, on trouvera le critère spécifique relatif à la matière du contrat international, c'est ce qui nous intéresse.

La compétence de ce tribunal englobe les litiges en matière aussi bien civile que pénale relatif au commerce. En ce qui concerne l'instance civile, les articles 7[857] et 8 de la Loi portant la création du TCPICI B.E. 2539 ont consacré la compétence judiciaire de ce tribunal aux litiges relatifs aux contrats internationaux ou aux actes juridiques internationaux. L'article 8 de cette loi précise qu'après l'ouverture officielle de ce tribunal en 1997, tous les litiges précités étaient sous la compétence de cette juridiction et les autres tribunaux sont incompétents de saisir ces litiges. Autres que ces critères, la compétence juridictionnelle du

---

856 L'article 7 stipule ainsi : « Dans le cas des conflits de nationalités de personne morale, la nationalité de ladite personne est celle du pays où se situe le siège social ». มาตรา ๗ แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่"

857 L'article 7-5° : l'instance civile internationale concernant la vente, les échanges, les titres monétaires, les services, les transports, les assurances et d'autres actes juridiques concernés. มาตรา ๗ (๕) คดีแพ่งเกี่ยวกับการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้า หรือตราสารการเงินระหว่างประเทศ หรือการให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่งระหว่างประเทศ การประกันภัยและนิติกรรมอื่นที่เกี่ยวข้อง

L'article 7-6° : l'instance civile porte sur la lettre de crédit délivrée pour les activités de l'art. 7-5°, le transfert de l'argent de l'étranger au royaume ou à l'inverse, le *trust receipt*, y compris les assurances concernées. มาตรา ๗ (๖) คดีแพ่งเกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตที่ออกเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมตาม (๕) การส่งเงินเข้ามาในราชอาณาจักรหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ทรัสต์รีซีท รวมทั้งการประกันเกี่ยวกับกิจการดังกล่าว

TCPICI se fonde sur les mêmes critères que ceux de la Cour civile en vertu des dispositions du Code de procédure civile, tels que : le domicile en Thaïlande du défendeur ou demandeur, la nationalité du demandeur, le litige né en Thaïlande, le défendeur possède un bien qui peut être exécuté en Thaïlande, ou la personne morale a le siège social dans ce pays. Là aussi, malgré l'absence de lien effectif entre le contrat international en cause et la Thaïlande, mais le TCPICI peut se baser sa compétence sur ce litige à travers l'un de ces fondements de compétence judiciaire.

475. Conclusion de la section. On peut constater que les règles de compétence judiciaire en matière internationale de droit thaï sont rédigées différemment des articles 14 et 15 du Code civil français. Mais elles se fondent sur la même base en employant la nationalité du défendeur et du demandeur comme le critère de compétence juridictionnelle des tribunaux. Mais après l'entrée en vigueur de règles communautaires sur la compétence et l'exécution des jugements, l'ordre juridique de chaque État membre absorbe les nouveaux principes communautaires, donc ceux-ci se transforment en droit interne. Là c'est le point de changement en droit français sur la compétence juridictionnelle dans cette matière. Cependant l'application le texte communautaire a l'exception qui doit être prise en compte très prudemment ; la non application lorsque le défendeur est domicilié hors de l'UE. Pour le critère de domicile de défendeur, il est bien établi dans le système juridique thaï depuis la première rédaction du Code de procédure civile thaï dans l'année 1934 (B.E. 2477). Certes, ce principe n'a pas été modifié au cours les amendements de ce code.

Après avoir étudié les règles de compétence juridictionnelle qui s'applique au cas général, on verra ensuite le cas où les parties peuvent écarter des règles générales en désignant, par la clause attributive de juridiction, un tel ou tel tribunal compétent pour saisir leur litige. Cette fois, c'est le rôle de l'autonomie de la volonté qui est en jeu.

Section II

Les mécanismes conventionnels de détermination de la juridiction compétente.

476. Il y a toujours possibilité pour les parties d'introduire leur litige à une autre juridiction jugée compétente, autre que celle dont les règles de compétence juridictionnelle sont normalement applicables. C'est par la convention des parties. En effet il y a un instrument

international qui s'appliquera directement à tout le rapport relatif au choix du tribunal compétent, c'est la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for [858]. Rappelons que cette convention n'est pas encore en vigueur de nos jours (en 2011), mais lorsqu'elle le sera, c'est cette convention qui régira le choix du for ou la clause attributive de juridiction et non plus le règlement Bruxelles I, car elle a été signée par la Communauté européenne.

477. On sait que la comparution volontaire du défendeur donne lieu également à la prorogation de compétence. Il s'agit de l'hypothèse où le demandeur a assigné le défendeur devant le tribunal qui n'est pas compétent sur le litige et que le défendeur ne conteste pas cette incompétence. C'est le cas de l'article 24 du règlement Bruxelles I qui semble être interprété dans le sens qu'il s'applique sans tenir compte du domicile du défendeur ou du demandeur dans le territoire des États communautaires[859]. Alors qu'en droit thaï, lorsque le tribunal a examiné sa compétence et qu'il a constaté l'incompétence sur le litige, il devra rejeter cette demande. Car, comme on a déjà étudié plus haut, en Thaïlande l'un des critères retenus par le CPC est fondé sur le domicile du défendeur et aucune disposition de droit ne permet la comparution volontaire du défendeur. Il faut rappeler que le critère de domicile du défendeur est utilisé pour protéger celui-ci, si on admettrait la comparution qui est exception, il faudrait avoir la loi précise sur cette issue.

---

858 L'intérêt du caractère réellement international de cette convention permettrait à autres États hors de l'UE d'y participer, on peut voir la liberté de choix du tribunal saisi en vertu de cet instrument qui donnera lieu à la facilité du procès de reconnaissance et d'exécution des jugements. Cependant on reconnaît que tout cela semble être toujours loin de la réalité, car l'harmonisation en matière de compétence et d'exécution des jugements n'est pas un travail simple, en revanche cette idée touche directement la souveraineté judiciaire de l'État. La mort-née (terme utilisé par M. Usunier) de cette convention à cause de l'insuffisance de ratifications étatique peut être la cause de beaucoup de soucis, l'unification de règles de compétence juridictionnelle semble moins utile que celle de conditions de régularité internationale des jugements étrangers. Puisque la dernière pourrait aussi former l'harmonisation entre les États, on peut dire que ceci est une bonne solution afin de rapprocher l'objectif. Par ailleurs, il est bien dommage de voir disparaître la coopération outre-Atlantique et l'Europe, car cette convention a été signée par les États-Unis d'Amérique et la CE et aussi adhérée par le Mexique.

859 CJCE, 13 juillet 2000, aff. C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company SA*, *préc. supra* note n° 804. *Contra*. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, 2007, n° 180 : d'après ces auteurs, le défendeur doit avoir le domicile sur le territoire d'un État communautaire, car l'article 4 de la Convention et du Règlement renvoient au droit international commun des États dès lors que le défendeur est domicilié hors du territoire communautaire. Nous sommes d'accord avec cette opinion car la Convention et le Règlement ont pour but de protéger le défendeur en fondant la compétence du tribunal sur le rattachement de domicile du défendeur dans l'UE. Alors, du moins, dans cette hypothèse il faut qu'un lien entre l'un des litigants soit présenté pour que la comparution volontaire soit possible. En permettant d'assigner au tribunal dans l'État communautaire même si aucune des parties n'est domiciliée dans l'UE, c'est ainsi l'admission tacite de *forum shopping*.

478. Nous intervenons d'abord sur les clauses d'élection du for comme la prorogation de compétence **(§ 1)**. Certes, ces principes peuvent aussi confronter à certaines limites, notamment en ce qui concerne les parties faibles. Pour cela, on envisagera des règles destinées à les protéger en interdisant, dans certains cas, la clause attributive de juridiction **(§ 2)**. Nous verrons par la suite les effets de la prorogation de compétence **(§ 3)**.

§ 1 : La clause d'élection du for.

479. La loi française reconnaît depuis longtemps la prorogation internationale de compétence notamment en matière contractuelle. La jurisprudence va également dans le sens positif pour les clauses attributives de juridiction au tribunal étranger. L'étude de fonction des clauses attributive de juridictions dans le système juridique français peut être distinguée en deux cadres : le cadre du droit international privé commun et celui du droit conventionnel. En principe lorsque le litige est introduit devant le tribunal français, c'est la loi du for qui sera la loi applicable pour vérifier la validité de la clause attribuant de compétence. Mais il semble être autrement dans le domaine du connaissement dans le contrat de transport maritime, ce qui mérite d'être l'objet de notre étude. En Thaïlande, il n'y a qu'une étude relevant du droit international privé commun dans le système juridique thaï, comme nous l'avons mentionné que la Thaïlande n'est pas État qui fait partie de la convention internationale dans ce domaine.

Alors la richesse de jurisprudence et d'écrits juridiques français sur ce sujet mérite une analyse approfondie. Par ailleurs cette étude nous permettrait de trouver la réponse que l'on ne trouve pas dans certains problèmes juridiques thaïs. Pour ces raisons nous intervenons tout d'abord sur la tendance d'admission de la clause de prorogation de compétence dans le système juridique français (A). Ensuite nous verrons que le droit thaï n'est toujours pas clair sur la même question, de surcroît, la Cour suprême elle-même hésite d'admettre la validité de cette clause pour des raisons diverses (B).

A. L'admission de la clause attributive de juridiction dans le système juridique français.

1) <u>La prorogation de compétence à l'égard du droit international commun.</u>

480. Normalement la clause d'élection de for a été insérée dans les contrats internationaux afin de régler les conflits entre les parties du contrat, ou entre les dirigeants ou associés pour la société. On sait que dans l'ordre interne, une clause attributive de juridiction est interdite

selon l'article 48 du CPC, sauf entre commerçants. Même en droit interne, la clause attribuant de compétence est admise en matière du commerce, car le législateur tient compte de l'importance de ce domaine d'une part et les professionnels ont normalement le pouvoir de négociation aux pieds égaux d'autre part. Ceci pourrait être une bonne preuve pour affirmer la possibilité de conclure ce genre de clause dans les contrats internationaux[860] qui relèvent de matière la plus libre que le contrat purement interne. D'ailleurs, la jurisprudence constante estime que l'article 48 du CPC n'est pas entendu à l'ordre international et ne fait pas échec à la licéité de clause attributive de juridiction dans les contrats internationaux.

Admettons que les conditions cumulatives sont établies par la jurisprudence française[861] : le caractère d'extranéité du contrat[862] ; la clause ne doit pas faire échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française[863] ; et la clause doit être spécifiée de façon très apparente. En effet cette dernière condition de forme se trouve son origine en droit interne (art. 48 CPC), mais il semble que la majorité de la doctrine est favorable pour l'appliquer à l'ordre international. Ceci est bien entendu, de même qu'en matière de choix de droit applicable ou même la convention arbitrale, les dispositions relatives à telles clauses demandent également « le choix exprès » ou « de façon certaine ». On trouve que ces conditions sont bien établies dans l'ordre juridique français, dès lors la force obligatoire d'une clause attribuant de compétence à un tribunal étranger est bien reconnue. La situation semble bien différente dans le système juridique thaï que nous verrons par la suite.

---

860 *Cf.* A. Pillet, *Traité pratique de Droit international privé*, t. 1, 1923, Sirey, n° 293.

861 Cass. 1er civ., 17 décembre 1985, *Cie des signaux et d'entreprises électriques*, *RCDIP*.1986.537, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1986. IR.265, obs. B. Audit ; *GA*, n° 72.

862 Le caractère international du litige peut résulter de plusieurs facteurs tels que le lieu d'exécution des obligations, les domiciles des parties dans différents États. Cependant on trouve que le critère de déterminer la notion d'internationalité doit être objectif. Dès lors, seule la nationalité différente des parties au contrat ne rendrait pas le caractère international au litige. Il est nécessaire aussi de savoir à quel moment apprécié cet élément extranéité, la Cour de cassation a estimé que le litige doit être international au moment où l'instance est engagée. En effet il faut vérifier cet élément d'extranéité au moment de conclusion la clause attributive de juridiction, car celle-ci n'est valide que dans le cas de contrat international. Si le contrat n'est pas international, la clause de prorogation de compétence n'aurait jamais été validée. C'est la même solution retenue en droit communautaire.

863 Il est certain que l'on ne pourra pas conclure une clause de prorogation de compétence dans certaines matières, on revient encore à la matière où les parties n'ont pas la disponibilité de leurs droits. Il semble que le problème ne se pose pas beaucoup en matière du commerce international. Cependant à l'heure actuelle il est possible que les parties puissent conclure une clause attribuant de compétence relative au statut personnel extrapatrimonial. Car le droit international privé positif semble plutôt laisser jouer la volonté de parties. V. H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale », *Rép. D. proc. civ.*, n° 87.

a. Appréciation du choix tacite du tribunal compétent.

481. Le problème semble plus sérieux dans l'hypothèse d'admission implicite d'une clause attributive de juridiction. On envisagerait les deux hypothèses, d'une part c'est le cas de l'absence de ladite clause, lorsque l'une des parties a saisi le tribunal étranger et que l'autre partie ne l'a pas contestée, il confère aussi la compétence exclusive au juge étranger saisi. Force est de constater qu'il n'y a aucune place pour la théorie de *forum non conveniens* ici, comme l'écrit M. P. Lagarde qu'« il y a incompatibilité fondamentale entre clause attributive de juridiction et *forum non conveniens* »[864]. D'autre part, il s'agit du cas de clause attribuant de compétence trouvée dans un contrat-type tels que le contrat de transport ; le contrat de vente internationale.

Plus souvent, les commerçants ont inséré unilatéralement une clause de choix du for dans un contrat, sous les formes diverses par exemple ; les conditions générales d'achat, de vente, de transport, la facture, etc. Certainement l'autre partie du contrat l'a signé sans objection à une clause de choix du for, mais elle n'avait pas accepté expressément. En droit international privé commun, la jurisprudence affirme la possibilité d'avoir une clause de choix tacite, citons un arrêt du 5 mars 1991, la Cour de cassation a estimé qu'« *une clause de prorogation de compétence peut être tacitement acceptée* »[865]. Même lorsqu'il résulte des relations d'affaires antérieurement sur la base d'un document identique[866]. Cependant il semble que la tendance de jurisprudence a changé, dans l'arrêt rendu en 1992[867], la Cour de cassation a refusé d'admettre une clause de prorogation de compétence de façon tacite bien qu'il se présente les opérations d'affaires antérieures, le connaissement avec une telle clause entre des parties, si le contrat n'y fait pas référence directement ou indirectement. Cette décision a été réaffirmée dans l'arrêt du 22 juin 1993 selon lequel « *l'acceptation d'une clause attributive de juridiction opposée par un transporteur maritime ne peut être déduite de l'existence de relations commerciales antérieures entre les parties…* »[868]. La question est de savoir si l'on peut retenir cette solution pour d'autres cas qui pourrait arriver.

---

864 *Cf.* P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*.1986.747.

865 Cass. com., 5 mars 1991, *Bull. civ*., IV, n° 96.

866 Cass. com., 5 mars 1991, *préc*.

867 Cass. 1er civ., 30 juin 1992, *D.*, 1994, p. 169, note crit. Guez ; *JCP* (G) 1992, IV, n° 2510.

868 Cass. com., 22 juin 1993, *Bull. Transport*, 1994, p. 23.

482. Plus récemment, l'arrêt de 2009, en l'espèce il s'agit d'affrètement coque-nue d'un navire destiné à effectuer un service de transport de passager entre la Turquie et Chypre. Ce contrat coque-nue, il se produit une dissociation de la gestion du navire entre le fréteur qui est normalement le propriétaire du navire et l'affréteur qui l'exploit. A savoir que dans ce genre de contrat, c'est l'affréteur qu'est souscrit le contrat d'assurance et c'est lui qui doit payer les primes, alors que le fréteur est le bénéficiaire de contrat d'assurance et qu'est désigné en vertu d'une attestation d'assurance délivré par l'assureur. Le fréteur a porté plainte, devant le tribunal français, contre l'assureur qui a refusé de l'indemniser après le sinistre en invoquant l'existence d'une clause attribuant la compétence à un tribunal turque. La Cour de cassation a exigé dans cette affaire que « *la partie à laquelle la clause attributive de juridiction est opposée devrait avoir connaissance et qu'elle l'ait acceptée au moment de la conclusion du contrat* »[869]. En l'espèce, ladite clause n'est pas stipulée directement dans le contrat litigieux mais simplement dans des conditions générales auxquelles ce document faisait référence. C'est-à-dire que le cocontractant n'avait pas eu connaissance expressément. La Cour de cassation n'admet pas dans sa décision la clause par référence, mais la question est de savoir si une telle solution n'est-elle pas un permis pour la partie qui souhaiterait d'ignorer une clause qui existe réellement dans ses rapports de commerce antérieures[870].

Certes, il en va autrement en cas du litige portant sous l'empire de droit communautaire. On verra par la suite que la Cour semble présumer ce consentement dans une base des usages d'affaires antérieurs des parties. Lorsqu'on est dans la matière applicable de droit international privé commun, la jurisprudence exige un consentement exprès des parties sur la clause attributive de juridiction.

b. Admission de clause attributive de juridiction en matière de parties faibles.

483. La question peut se poser aussi quant à la clause de prorogation de compétence dans le contrat de travail international. On trouve que la jurisprudence dans cette matière est très complexe et n'était pas constante en premiers temps. Elle était variée en deux sens principaux ; l'avis opposable de la Chambre sociale d'une part[871], la tendance favorable de la

---

869 Cass. com., 10 mars 2009, *D.*, Actualité 23 mars 2009, obs. X. Delpech.

870 *Cf.* A. Huet, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en Droit international privé », *in* Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 508.

871 Cass. soc., 18 et 19 oct. 1967, *RCDIP*.1968.490, 1er et 2e esp., note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1968.343, note M. Simon-Depitre ; *JCP*. 1967.II.15293, note G. Lyon-Caen.

Chambre civile d'autre part[872]. La Cour française gardait la diversité pendant longtemps jusqu'à 1988, on trouve que la Chambre sociale et la Chambre civile adoptent la même solution en admettant la validité de la clause attributive de juridiction dans les contrats de travail internationaux[873] ; les deux Chambres acceptaient le jeu de la clause attributive de juridiction dérogeant l'article R. 517-1 du code du travail notamment lorsque ce travail effectue hors du territoire français. Pourtant nous envisageons ici la jurisprudence en dent de scie, en appelant que la Chambre sociale a recommencé l'action hostile à la clause attribuant de compétence non écrite dans son arrêt du 14 février 2001, en recourant à l'article R. 517-1 du code du travail[874]. Il paraît que la clause n'est pas en forme écrite alors c'était la protection de travailleur que l'on peut comprendre. Mais dans l'arrêt rendu en 2004, la Chambre sociale a décidé au contraire, que la clause d'élection de for américain était opposable au travailleur en raison de non contraire à l'ordre public international français[875]. Malgré que cette salariée fût employée à la base de l'aéroport Roissy, en France, c'est plutôt un souci de la protection de travailleur qui est en cause.

484. Pour les contrats conclus par le consommateur, il semble que l'on suit la même direction retenue en matière d'assurance, c'est-à-dire que la protection de consommateur est prioritaire. Dans les règles internes, l'article L. 121-24 du Code de la consommation interdit toute clause attribuant compétence au tribunal étranger lorsque le consommateur a domicile en France. On peut dire que cette clause est prohibée en principe et ne serait admise qu'avec réticence[876]. C'est la notion de clause abusive de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui doit être prise en compte aussi bien en droit interne qu'en droit

---

872 Cass. 1er civ., 9 janvier 1968, *RCDIP*.1969.490, 3e esp., note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1968.717, note M. Simon-Depitre ; *JCP*.1968.II.15451, note G. Lyon-Caen.

873 Cass. 1er civ., 16 juin 1987, *Cie Air Afrique, D.* 1988. Somm.341, obs. B. Audit ; *RCDIP*.1988.78, 2e esp., note H. Gaudemet-Tallon ; Cass 1er civ. 8 mars 1988, *Cie Air Zaïre, JDI*.1988.1041, note A. Lyon-Caen ; Cass. soc., 1er mars 1989, *Dr. soc.* 1989.729, note A. Jeammaud.

874 Cass. soc. 14 février 2001, inédit. (cité par M.-A. Moreau, note sous Cass. soc. 9 octobre 2001, Dr. sociétés 2002.123.

875 Cass. soc., 21 janvier 2004, *D.* 2004.somm.2187, obs. M.-C. Escande-Varniol ; *RCDIP*.2004.644, note F. Jault-Seseke. Il s'agissait d'un contrat de travail, conclu entre la société *United Airlines* employeur et une hôtesse de l'air à la base de Roissy, qui comportait la clause attribuant de compétence aux tribunaux américains. Cette clause a été approuvée par l'employée. La Cour de cassation a affirmé la validité d'une telle clause opposable au salarié.

876 *Cf.* A. Huet, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », *J.-Cl. internat., Fasc.* 581-41, n° 34.

international. Sauf une clause conclue postérieurement à la naissance du litige car le consommateur a connu ce qu'il devra envisager.

485. En matière d'assurance, il est interdit en droit interne de conclure une clause de prorogation de compétence, cependant on pourrait dire que la règle n'est probablement pas applicable au contrat international. D'après Mme. H. Gaudmet-Tallon, la tendance est d'admettre la possibilité de déroger la compétence en concluant une telle clause postérieurement à la naissance des différends[877], alors que la clause insérée dans le contrat antérieurement à la naissance de ceux-ci doit être interdite. En effet ce constat n'est pas loin des règles trouvées en droit communautaire. Les auteurs semblent partager à cette idée notamment lorsque l'assuré est domicilié à l'étranger, la clause est licite[878].

486. La question peut se poser, à savoir qu'en est-il si la clause attributive de juridiction porte atteint à une compétence impérative étrangère en matière de la protection de parties faibles ? On admet que même si l'impérativité de l'ordre juridique étrangère ne vise pas directement la protection de l'ordre juridictionnel français, mais une fois que l'on est dans ce régime, comme l'écrit M. B. Audit, « il ne faut pas se saisir au détriment d'une compétence étrangère qui se voulait aussi impérative »[879].

2) Les prorogations de compétence à l'égard du droit conventionnel.

487. Le droit communautaire admet que l'autonomie de la volonté des parties peut jouer un rôle en matière de compétence judiciaire. Les prorogations de compétence par voie contractuelle en droit européen sont régies par l'article 17 de la Convention Bruxelles du 27 septembre 1968 et l'article 23 du Règlement 44/2001, pour le cas de désigner de façon expresse des parties le tribunal compétent dans une clause attributive de juridiction. Alors que l'article 18 de la Convention et l'article 24 du règlement régiront le cas de prorogation tacite de compétence au cours de la procédure ; lorsque l'une des partie a été attraite devant un tribunal qui n'est pas compétent et elle ne conteste pas ladite compétence.

---

877 *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Rép. D. Dr. Internat*., n° 96.

878 H. Batiffol, *Droit international privé*, 8é éd., Paris : LGDJ, t. I, 1993, n° 685 ; P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit*., n° 304.

879 B. Audit, *Droit international privé, op.cit.*, n° 390 ; Obs. sous CA Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996.somm.170.

488. Il en va de même dans le litige européen que certaines conditions, de fond et de forme, doivent être remplies pour que la clause de prorogation de compétence soit valide. Certes, dans le cadre conventionnel, les critères pour considérer l'application de texte communautaire sont plus exigent que dans le cas de droit international privé commun.

De prime abord, le domicile de l'une des parties dans un État membre de l'UE est aussi une condition qui doit être remplie. Si aucune des parties n'est domiciliée dans un État communautaire mais la clause attribuant de compétence désigne un tribunal de l'un des États membres, on voit qu'il n'y a aucun lien entre le contrat et le territoire communautaire pour que la Convention ou le règlement soit applicable. Par exemple, si les deux contractants domiciliés hors de l'Union, l'un en Thaïlande et l'autre en Chine, ont conclu une clause attributive de juridiction aux tribunaux britanniques, l'une des parties a saisi le tribunal italien pour juger le litige. Normalement il s'agit de cas du droit international privé commun mais les articles 17 al. 1er de la Convention et 23 § 3 du règlement permettent aux parties de conclure une clause de prorogation de compétence dans ce cas. Sous l'empire de ces textes, les tribunaux d'autres États communautaires que celui désigné par la clause ne doivent pas statuer au mépris de compétence de ce dernier si celui-ci n'a pas décliné sa compétence[880].

489. De surcroît, les textes européens pourront jouer leurs rôles aussi dans la mesure où l'une des parties avait le domicile dans un État membre lors de la conclusion de la clause, ceci relève du champ d'application de ce texte communautaire, bien qu'aucune des parties ne soit domiciliée sur le territoire d'un État communautaire au moment de l'introduction du litige[881]. Nous partageons l'avis de Mme H. Gaudemet-Tallon selon lequel « la clause attributive de juridiction est un accord entre des parties et il faut qu'elles sachent tout de suite de quel alinéa du texte elle relève »[882]. Il n'est pas tout à fait logique de conclure une telle clause si on ne mesure pas la portée exacte dés le moment de passation un contrat et notamment si la clause

---

880 *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…*, *op.cit.*, n° 127, p. 118. Selon rapport Schlosser, les dispositions communautaires ont pour but de « veiller à ce que l'effet dérogatoire d'une telle convention attributive de juridiction soit reconnu sur l'ensemble du territoire de la Communauté » (Rapport n° 177).

881 *Id.*, n° 128, p. 118 et s ; *Cf.* P. Gothot et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, éd. Jupiter, 1985, n° 163. *Contra*. G. Droz, Coll. CJCE, mars 1991, p. 272. En ce qui concerne la date d'appréciation du domicile, cet auteur a affirmé la solution plus libérale, pour lui l'existence d'un domicile dans la Communauté lors de la conclusion de cette clause ou lors de l'introduction d'une instance est suffisante pour que les parties puisse bénéficier la protection que leur assure des articles 17 al. 1er de la Convention ou 23-1° du règlement.

882 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…*, *op.cit.*, n° 129, p. 120.

dépendrait du changement de domicile des parties. La prévisibilité des contractants n'est elle pas le prime but d'une clause attribuant de compétence ? La question est de savoir si la nationalité différente des parties contractantes peut rendre l'extranéité au litige, la réponse est négative en droit communautaire car ce texte ne prend en considération que la différence de domicile des parties.

La deuxième condition consiste toujours à un lien territorial avec l'Union ; la clause doit désigner d'un tribunal ou des tribunaux d'un État communautaire. Les règles communautaires affirment clairement dans leurs textes l'autonomie de la volonté des parties en permettant de conclure la clause attributive de juridiction aux tribunaux des États membres. Ce principe a été réaffirmé fermement par la CJCE dans l'arrêt *Coreck Maritime* que « *l'article 17 de la Convention n'exige pas que la clause attributive de juridiction soit formulée de telle façon qu'il soit possible d'identifier la juridiction compétente par son seul libellé* »[883].

La dernière condition se penche sur le caractère international de la situation en cause. Cette exigence ne résulte pas des articles 17 de la Convention et 23 du règlement, en revanche il relève de la doctrine. Le rapport Schlosser a affirmé que la défaveur avec laquelle les systèmes juridiques voient les clauses attributives de juridiction dans l'ordre interne obligerait à exiger une situation internationale pour admettre ces clauses[884]. En l'absence de la jurisprudence de la CJCE, la doctrine actuelle est favorable à la pensée selon laquelle les articles 17 et 23 n'interviennent qu'en cas de situation internationale. La Cour de cassation française affirma dans l'arrêt *Keller* que la situation doit être internationale au moment de la conclusion de la clause en raison de la sécurité juridique. La Cour a considéré cependant, que la situation en l'espèce n'est pas internationale en tenant compte des autres facteurs en cause y compris la volonté des parties[885]. La doctrine dominante semble admise que le seul choix du tribunal étranger incluant dans une clause attribuant de compétence ne confère pas le caractère

---

883 CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-378/98, *Coreck Maritime*, *D.* 2000.298 ; *JDI*.2001.701, note J.-M. Bischoff ; *RCDIP*.2001.359, note F. Bernard Fertier. V. en ce sens CJCE, 24 juin 1986, aff. C-22/85, *Anterist*. La Cour a estimé qu'« *en vertu de l'article 17 de Convention les parties peuvent ainsi attribuer compétence à des tribunaux qui ne l'auraient pas en vertu de dispositions générales ou spéciales de la convention ou exclure celle de tribunaux qui seraient normalement compétents en vertu de ces règles* ».

884 V. rapport n° 174.

885 Cass. 1er civ., 4 octobre 2005, *Keller*, *D.*, 2006, p. 1501, note F. Jault-Seseke ; *RCDIP*.2006.413, note B. Audit ; *JDI*.2006.169, note J-M Jacquet ; *Gaz. Pal.* 24-25 mai 2006, p. 24, note M.-L. Niboyet. Cette décision est critiquée notamment par M. B. Audit, selon cet auteur « la référence à la volonté des parties est particulièrement inappropriée. La Cour de cassation autorise finalement les parties à qualifier par elles-mêmes la nature de la situation ou, à tout le moins, à transformer par la force de leur volonté une situation objectivement internationale en une situation interne ».

international au litige[886]. C'est l'arrêt *Cie des signaux et d'entreprises électriques* de la Cour de cassation en 1985[887] qui affirme comme tel, bien que cette décision concerne le droit international privé commun, mais comme le fait remarque Mme H. Gaudemet-Tallon qu' « il n'y a aucune raison d'adopter une solution différente dans le cadre de textes communautaires… »[888]. Par ailleurs le principe de l'internationalité du litige a été admis aussi par la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for dans son article 1 § 1.

490. Acceptation tacite d'une clause insérée dans un contrat de transport maritime. En ce qui concerne la forme d'une clause, autre qu'une clause écrite ou une clause verbale confirmée par écrit, en pratique il arrive souvent que l'une des parties par exemple le transporteur ayant employé un contrat de transport préimprimé incluant une clause attribuant de compétence et parfois inscrite au *verso*[889]. Il reste à savoir si le chargeur a signé ce contrat sans avoir contesté cette clause, est-ce que l'on peut présumer que celle-ci est valide ? L'article 17 de la Convention et l'article 23 du règlement n'empêchent pas le juge d'admettre une clause de juridiction présentée de rapports commerciaux courants entre les parties selon la CJCE[890]. Par ailleurs en l'absence d'un accord verbal antérieur portant expressément sur la clause de juridiction, si le connaissement se situe dans le cadre des « rapports commerciaux courants » entre les parties et que ces rapports sont régis par des conditions générales comportant une clause attributive de juridiction, « *il serait contraire à la bonne foi de dénier*

---

886 *Contra*. G. Droz, pour cet auteur, le choix d'un tribunal étranger dans une clause attributive de juridiction suffit à rendre le caractère international au litige et à appliquer l'article 17 de la Convention même si le rapport juridique en cause serait purement interne. Si l'on suit de cet argument, ce serait un visa pour le *forum shopping européen*.

887 L'arrêt précité, *supra* note n° 861.

888 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…, op.cit.*, n° 134, p. 126.

889 CJCE, 19 juin 1984, aff. C-71/83, *Tilly Russ*, *JDI*.1985.159, note Bischoff ; *RCDIP*.1985.385, note H. Gaudemet-Tallon. Sous réserve de l'existence des rapports commerciaux courants, d'après la Cour, la seule inscription d'une clause attributive de juridiction au verso d'un connaissement ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 17 de la Convention.

890 CJCE, 14 décembre 1976, aff. C-24/76, *Estasis*, et aff. C-25/76, *Segoura*, *JDI*.1977.734, obs. Bischoff ; *RCDIP*.1977.576, note Mezger ; *D.*, 1977, p. 349, obs. Audit. *Cf.* Cass. 1er civ., 7 juin 2006, n° 04-14.960, *RTD com.*2007.264, Ph. Delebecque ; *JCP* (G) 2006.IV.2453 ; *Procédures* 2007, comm. 136, note C. Nourissat : la Cour a décidé que la seule présence de la clause de prorogation de compétence dans les conditions générales de vente ne suffit pas.

l'existence d'une prorogation de compétence »[891]. Autrement dit, pour considérer l'acceptation tacite, il faut tenir compte des usages que les parties avaient établis antérieurement entre elles lorsque le juge a trouvé une clause de juridiction insérée au *verso* ou aux conditions générales d'un contrat de transport maritime.

491. Ce principe a été repris régulièrement, même dans l'arrêt récent du 17 février 2010[892] rendu hors du régime de contrat de transport maritime. En l'occurrence, l'agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ci-après *ASECNA*) dont la mission est d'assurer les services de contrôle aérien au dessus du continent africain, son siège social est à Dakar et le siège administratif est à Paris, était en facture le coût aux compagnies aériennes dont les avions survolent ce secteur. *L'ASECNA* a attrait les deux sociétés en paiement de factures devant le tribunal de commerce de Paris en vertu d'une clause attribuant de compétence à cette juridiction. Les deux sociétés ont contesté cette compétence en formant un contredit lequel a été rejeté de la procédure. A savoir que l'une est la société belge qui a siège sociale dans l'UE alors que l'autre est la société congolaise dont le siège social se trouve en dehors des États membres de l'UE. Dès lors le texte communautaire n'applique pas à la clause soulevée par la société congolaise, mais l'article 48 du CPC.

Certes, le texte interne semble plus strict que celui du droit communautaire. Si on suit la jurisprudence pour chaque cas distinct, on peut dire que pour le premier cas où l'article 23 du règlement s'applique, la Cour s'appréciera comme valable la clause de compétence même sans avoir une acceptation écrite[893]. En revanche, la Cour pourra considérer dans le second cas (la société congolaise) où l'article 48 du CPC s'applique dans la mesure où la clause figurant sur des documents commerciaux avec la connaissance éventuelle par l'une des parties ne suffit pas, même au cas d'affaires suivies par les parties, à rendre opposable[894]. Il est

---

891 CJCE, 19 juin 1984, aff. C-71/83, *Tilly Russ*, préc. ; *Cf.* Cass. 1er civ., 12 décembre 2006, n° 05-21.388 en ce qui concerne l'expression d'intention de cocontractant sur cette clause, la Cour de cassation a avancé que « *la clause de compétence faisant partie de l'économie des contrats internationaux, comme la définition du mandat confié de celle des contrats d'agents commerciaux, (...) la signature globale du contrat constituant un écrit au sens de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, suffisait à exprimer le consentement (...) à la clause de prorogation de juridiction* ».

892 Cass. 1er civ., 17 février 2010, *D.*, 2010, AJ. 23 février 2010, obs. X. Delpech ; *JCP* (G) 2010, n° 16, p. 440, note Ch. Bruneau. V. également CA Rouen, 25 septembre 2008, n° 08/01001, *Mutuelles du Mans IARD*.

893 Cass. 1er civ., 9 janvier 1996, *RCDIP*.1996.731, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1997.173, note A. Huet ; Cass. 1er civ., 7 juin 2006, n° 04-14.960, *préc. supra* note n° 890.

894 Cass. 1er civ., 30 juin 1992, *D.* 1994, p. 169, note Ph. Guez ; Pour la clause par référence *Cf.* Cass. 1er civ., 16 février 1999, *JCP* (G) 1999, II, 10162, note B. Fillion-Dufouleur.

certainement gênant de retenir ces solutions distinctes pour les défendeurs de même obligation. Comment la Cour de cassation va s'en sortir ? Elle a répondu de manière *globale* que « *même si la clause attributive de juridiction n'ait pas été formulée en forme écrite et expresse, sa validité n'en est pas moins reconnue, compte tenu de son caractère notoire et habituel dans les relations entre l'ASECNA et les deux compagnies aériennes* ». Il paraît dans le fait qu'en tenant compte de leurs relations d'affaires antérieurement avec *l'ASECNA*, le nombre des factures envoyées et reçues sans contester pendant une longue période (depuis 2002), alors ces deux défendeurs ne pouvaient soutenir ignorer la clause attributive de juridiction, reproduite sur chacune des factures adressées à ces derniers. Dès lors, les conditions de l'article 23 du règlement Bruxelles I selon lesquelles « *sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans le branche commerciale considérée* »[895], ont été bien remplies. Pour ces raisons la validité de la clause de prorogation de compétence paraît s'apprécier. Le point important du raisonnement de la Cour est le fait d'avoir les relations d'affaires depuis plusieurs années. Cette solution est convenable en matière des contrats internationaux, car en pratique on ne peut pas demander aux parties contractantes une acceptation rigide pour tous les contrats qui peuvent en avoir plusieurs par jour. Le principe de prévisibilité au sens traditionnel n'est pas apte à employer dans ce cas.

B. L'ambigüité de la Cour suprême *Dika* à l'admission des clauses attributives de juridiction.

492. En droit thaïlandais, la question peut se poser si les parties peuvent, par accord, choisir un for pour régler leur litige ? Comme dans d'autres matières de nos jours (2011), la Thaïlande n'est partie contractante d'aucune convention internationale applicable aux clauses attributives de juridiction. Nous étudions alors sa tendance en droit international commun.

1) <u>La tendance critiquée de droit commun : hésitation de l'appréciation de la clause attributive de juridiction.</u>

895 Admettant que le document lequel est inséré la clause attributive de juridiction devrait identiques dans tous les détails à ceux qui sont employés dans les relations d'affaires antérieures des contractants et qu'il soit de même nature que les précédents.

493. Les avis des juristes ne sont pas clairs sur ce point. Normalement la juridiction et la compétence du juge sont établies par la loi, mais la prorogation de compétence surtout dans le litige à caractère international ne paraît dans aucun texte de loi. Alors que, lorsque l'on étudie la jurisprudence, la doctrine et même le droit des pays étrangers, on trouve qu'il est usuel en pratique que les contractants pourraient insérer dans leur contrat international une clause attributive de juridiction, et il est admis de manière répandue par la plupart des États. Il reste à savoir, en l'absence de disposition de droit thaïe, si les parties contractantes peuvent conclure une clause de prorogation de compétence ou non. Comme on le sait, que l'ancien article 7 (4) du Code de procédure civile a stipulé ainsi :

« *Si les contractants ayant conclu, par écrit, une clause attributive de juridiction avant ou après que le litige soit né du contrat, pour introduire le litige devant un tel tribunal de premier degré qui n'est pas compétent ou n'est probablement pas compétent sur ledit litige selon les dispositions de présent Code, une telle clause ou tel accord est valable. Pourtant la juridiction compétente devrait être celle à laquelle l'un des contractants a domicile, soit celle où le litige est né, soit celle où se situe le bien en conflit* »[896].

D'après cet article, il y a deux avis juridiques intéressants. D'une part, certains auteurs[897] pensent que cet article permettait aux parties contractantes de choisir le tribunal étranger pour statuer le litige et lorsque cette disposition a été abrogée, alors on ne peut plus soulever une clause attributive de juridiction devant la Cour thaïe. D'autre part, la majorité des auteurs[898] soutiennent le concept selon lequel les contractants peuvent librement conclure

---

896 มาตรา ๗ (๔) แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง(เดิม) บัญญัติว่า " ถ้าได้มีการตกลงกันไว้เป็นหนังสือว่า คู่สัญญาได้ยินยอมกันว่า บรรดาข้อพิพาทที่ได้เกิดขึ้นแล้วก็ดี หรือข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นจากข้อสัญญาก็ดี ให้เสนอต่อศาลชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่งตามที่ได้ระบุไว้ ซึ่งไม่มีหรืออาจไม่มีเขตศาลเหนือคดีนั้นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยศาลที่จะรับคำฟ้อง ข้อตกลงเช่นนี้ให้เป็นอันผูกพันกันได้ แต่ศาลที่ได้ตกลงกันไว้นั้น จะต้องเป็นศาลที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หรือมูลคดีของเรื่องนั้นได้เกิดขึ้น หรือทรัพย์สินที่พิพาทกันนั้นตั้งอยู่ภายในเขตศาลแห่งศาลนั้นๆ"

897 Dow Praruhut, « Reconsidération sur l'accord de prorogation de compétence », *Sukhothai Thammatirat Law Journal*, vol. 4, n° 1 (Juin 1993), p. 72. Cet auteur a fait valoir que l'absence de texte de loi permettrait de conclure une clause attributive de juridiction, une telle clause insérée dans le contrat est nulle en raison de contrariété à l'ordre public. *Contra*. P. Pivavatnapanich, *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 2008, p. 94-95. Cet auteur soutient que l'article 7 (4) de l'ancien CPC ne stipulait que le cas de choisir le juge thaï comme tribunal compétent, mais il ne prétendait pas au cas de clause attributive de juridiction à un tribunal étranger pour statuer le litige. Dès lors, il semble douteux de conclure que les parties avaient pu choisir le tribunal étranger au visa de cet article.

898 S. Lengthaisong , « La compétence du tribunal selon un accord : pour la compréhension », *Sukhothai Thammatirat Law Journal*, vol. 5, n° 2 (Décembre 1993), p. 40-41 ; K. Luchai et P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « La conception relative à la clause attributive de juridiction aux tribunaux étrangers à la fin de déroger la compétence du juge thaï », Commentaire de décisions de la Cour suprême *Dika* n° 951/2539 et n° 5809/2539, *in Conflit de lois*, Bangkok : Winyuchon, 2006, p. 177-193, spéc. p. 181 ; S. Thaweechaikarn Commentaire de décision de la Cour suprême *Dika* n° 951/2539, *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol. 44, n° 2, 1997, p. 211-218, spéc. p. 214 et s.

une clause prorogation de compétence puisqu'aucune disposition du droit positif n'interdit de le faire. En l'absence de disposition de droit, il faut appuyer sur l'article 4 du CCC car il s'agit du cas de lacune de loi. Pour certains, la loi qui permet de conclure cette clause est l'article 3 de la Loi 1938 relative au conflit de lois ; les principes généraux de droit international privé qui doivent être appliqués pour combler ces lacunes. Cependant, à notre avis, cette question ne relève pas de l'article 3 de la Loi relative au conflit de lois, car la teneur de cette Loi ne constitue que les règles conflictuelles, et elle ne règle pas le problème du conflit de juridiction. Alors, il n'est pas possible d'étendre son champ d'application à une compétence juridictionnelle.

494. Admettant que la force obligatoire de cette clause se base sur les principes de la procédure civile internationale qui sont développés étroitement avec le principe de l'autonomie de la volonté des parties qui est un facteur essentiel pour la coopération internationale en matière civile et commerciale[899]. A notre avis, il n'y a aucune raison pour le juge thaï de ne pas se conformer à cette pratique de droit procédural international et la pratique du commerce international. Mais nous dans l'article 7 (4) de l'ancien CPC, le terme « le tribunal » a été mentionné sans préciser si c'était celui de la Thaïlande ou d'autre État. Alors, lorsque l'on prend en considération la définition donnée par l'article 1 (1) du CPC qui stipule que : « *Dans ce code, s'il ne stipule autrement, « le tribunal » signifie la Cour judiciaire ou le juge qui statue le litige en matière civile* »[900], la jurisprudence affirma dans la même orientation que cela signifie le tribunal ou le juge thaï. On sait que dans le système codifié, une telle ou telle disposition doit être interprétée conformément aux autres et dans la même direction. Par conséquent, le terme « tribunal » dans l'article 7 (4) de l'ancien CPC devait être interprété en tenant compte de lexique donnée par l'article 1 (1) du même code, c'est-à-dire qu'il désigne uniquement les tribunaux thaïs.

495. La réflexion de la jurisprudence avant l'abrogation de l'article 7 (4). La Cour suprême a eu l'occasion dans l'affaire du transport maritime de marchandises de trancher le litige portant sur la clause attributive de juridiction.

---

899 J. Jodlowski, « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *RCADI*.1974.483, spéc. p. 489.

900 มาตรา ๑ (๑) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า " "ศาล" หมายความว่า ศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง"

En l'espèce, la compagnie thaïe, avait conclu un contrat de vente internationale de marchandises avec une société étrangère. La société de droit thaï, chargeur, avait passé aussi un contrat d'assurance du transport avec la compagnie assureur étrangère. Le dommage a été causé pendant le transport, la compagnie assureur, ayant indemnisé le destinataire, a alors assigné en indemnisation le transporteur au titre des avaries devant le tribunal thaïlandais. Le transporteur défendeur a invoqué l'existence d'une clause attributive de juridiction conclue entre le transporteur et l'acheteur thaï pour que la Cour ait rejeté le litige en raison de compétence exclusive du tribunal britannique choisi par les parties.

L'instance a été introduite devant la Cour avant la révision du Code de procédure civile en 1991, pour cette raison la validité de cette clause doit être régie par les dispositions de l'ancien droit ; l'article 7 (4) du CPC. La Cour a estimé que « *le tribunal anglais n'est pas le tribunal compétent à l'égard de l'article 7 (4) du Code de procédure civile ; Vu qu'il n'est ni le tribunal du domicile de l'une des parties, ni celui auquel le litige est né ; Considérant que la clause de prorogation de compétence conclue par les contractants n'est pas applicable dans ce cas* »[901]. Par ailleurs, la Cour est allée plus loin dans sa décision en considérant que ladite clause était contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du people… Dans ce cas, le raisonnement de la Haute juridiction n'était pas convaincu. A notre avis, lorsque la volonté des parties est intervenue de façon licite pour désigner le tribunal compétent, elle doit être respectée. Car il résulte explicitement de l'autonomie de la volonté des parties.

D'après le cas en l'espèce, la Cour avait mentionné « le tribunal du domicile de l'une des parties », la question peut se poser à savoir quels sont les critères employés par la Cour pour juger que le défendeur n'est pas domicilié au Royaume Uni ? Puisqu'il est possible que le défendeur a plusieurs domiciles à la fois, aussi bien en Thaïlande qu'en Angleterre, par exemple. Dès lors, la Cour doit définir d'abord le domicile au sens de l'article 7 (4) qu'il signifie le domicile de défendeur au moment de conclusion de la clause attributive de juridiction ou bien celui au moment de porter plainte. Là aussi, il est plus logique de répondre à cette question en tenant compte de domicile de défendeur au moment de conclusion de ladite clause. Malheureusement, ce n'est pas le cas dans ce litige, car le défendeur a fait valoir qu'il avait son domicile en Thaïlande sans invoquer qu'il a aussi un autre domicile en Angleterre. Dans cette hypothèse, on ne peut pas reprocher au juge de ne pas statuer sur cette issue.

---

901 Cour suprême *Dika*, n° 951/2539 (1996), *Signa Property and Casualty Insurance Co. Ltd., c/ Vollem Shipping* ; *Cf.* S. Thaweechaikarn, « Commentaire de décision de la Cour suprême *Dika* n° 951/2539 », *loc. cit.*

496. La réflexion de jurisprudence après la révision du CPC. En 1991, l'article 7 (4) de l'ancien CPC a été abrogé, alors le texte du CPC actuel garde toujours son silence sur cette question. Qu'en est-il si les contractants souhaiteraient conclure une clause attributive de juridiction à un tribunal étranger ? Un autre jugement très critiqué rendu par la Cour suprême *Dika* mérite bien une analyse. Dans la décision n° 5809/2539 rendu en 1996, la même année que la décision citée plus haut, les juges thaïs ont eu une autre occasion de trancher le litige concernant le choix du for par une clause attributive de juridiction, c'est aussi en matière de transport international de marchandises (les vaches) par voie maritime. Une telle clause a été conclue par écrit dans le connaissement entre les contractants en choisissant le tribunal du Danemark pour trancher le litige.

En l'occurrence, le sinistre étant arrivé pendant le transport, alors le transporteur avait été attrait par les assureurs devant le juge thaï malgré l'existence de ladite clause. Le transporteur a contesté la compétence du juge thaï en invoquant la clause attributive de juridiction. Il faut rappeler que, dans cette affaire, le tribunal thaï a été saisi après la révision du Code de procédure civile, c'est-à-dire qu'il n'y a plus de l'article 7 (4) dans ce débat. La Cour suprême a estimé que « *le choix du tribunal de Copenhague (Danemark) en tant que la juridiction compétente, afin de régler le litige né du contrat de transport, par une clause attributive de juridiction insérée dans le connaissement n'a pas, dans ce cas, lié le plaignant (l'assureur)* »[902]. En l'espèce, on voit que l'assureur après avoir subrogé dans les droits du chargeur, a porté plainte contre le transporteur mais la Cour a estimé que la clause attributive de juridiction ne lie que les contractants du contrat de transport maritime en excluant l'assureur.

On constate que la Cour n'a pas refusé explicitement la validité et la force obligatoire d'une clause attributive de juridiction. Mais elle avait jugé comme telle puisqu'elle estimait que « *la subrogation de l'assureur résulte de l'article 880 du CCC c'est-à-dire la subrogation légale et non pas la subrogation conventionnelle* », alors seule la dernière peut lier un assureur. Le raisonnement de la Cour est très critiqué, en matière d'assurance, la subrogation de l'assureur a eu lieu dès lors qu'il a réglé les dommages-intérêts au preneur d'assurance. C'est-à-dire que tous les droits de l'assuré sont transférés à l'assureur y compris les droits selon le connaissement.

---

902 Cour suprême *Dika*, n° 5809/2539 (1996), *Signa Property and Casualty Insurance Co. Ltd., c/ Coral Line*, Recueil de la Cour suprême *Dika* 1996, note P. Eagjariyakorn, p. 29-37.

497. L'orientation de jurisprudence nous montre l'irrecevabilité de clause attributive de juridiction devant la Cour thaïe. Afin de rejeter une telle clause, la Cour a appuyé sur les raisonnements variés : la contrariété avec l'ordre public[903] ; le caractère de non-exclusive de juridiction de la clause[904] ; le défendeur est domicilié en Thaïlande ; le litige est né en Thaïlande donc il relève de la compétence du juge thaï[905].

498. Alors de nos jours, c'est uniquement l'article 4 du CPC qui s'applique pour déterminer la compétence du juge. En attendant la jurisprudence, il faut bien tenir compte du contexte du commerce international. La plupart des pays admettent dans leurs systèmes juridiques la possibilité de choisir le for compétent par une clause attributive de juridiction. Le silence de droit, la nuance et aussi l'hésitation de la Cour suprême dans ses motivations de la décision peuvent affecter la confiance des investisseurs étrangers et peuvent être un obstacle au commerce international de la Thaïlande. En particulier si cette décision de la Cour thaïe doit être reconnue ou obtenue *l'exequatur* à l'étranger, il risque que le tribunal étranger refuse la reconnaissance ou l'exécution.

A notre avis, le principe de l'autonomie de la volonté des contractants doit être adopté ici en tant que solution, notamment dans la matière en dehors du domaine de la protection des parties faibles. Toutefois, il est différent en matière de contrats de transports multimodaux internationaux.

2) <u>Palliatif de droit positif en matière spécifique : le contrat de transports combinés.</u>

499. Les transports internationaux de nos jours développent rapidement en parant en formes diverses pour répondre aux besoins de clients. Dans le passé la Thaïlande a eu beaucoup de problèmes relatifs aux transports de marchandises qui n'étaient pas le transport simple par exemple de port à port. Il arrive très souvent en pratique que les marchandises ont été transportées par plusieurs modes avant d'arriver à la destination dont il est difficile de

---

903 Cour suprême *Dika*, n° 951/2539 (1996). S'agissant la notion d'ordre public employé par la Cour *Dika*, on sait qu'en Thaïlande les juges ne distinguent pas la notion d'ordre public et celle de lois de police. La jurisprudence affirme que les juges thaïs ont fait un recours au terme d'ordre public même qu'il s'agit de lois de police. Admettant que ceci peut conduire à une mauvaise compréhension. C'est la raison pour laquelle nous essayons de montrer l'importance de la détermination des deux notions de façon distincte. Car, le moment d'intervention des deux mécanismes est différent.

904 Cour suprême *Dika*, n° 2465/2532 (1989).

905 Cour suprême *Dika*, n° 2465/2532 (1989), préc. ; n° 951/2539 (1996) ; n° 9083/2539 (1996) ; n° 447/2540 (1997) ; n° 9524/2544 (2001).

prouver pendant quel transport le dommage a été causé et que la série de lois sur les transports n'ait pas pu donner la solution juste aux parties contractantes. Car il fallait appliquer les lois diverses à chaque contrat tels que le Code civil et commercial sur le transport terrestre et le transport aérien, puis la loi portant sur le transport ferroviaire applique au transport de marchandises par train tant le contrat interne que le contrat international. Alors après avoir attendu pendant longtemps, les rédacteurs ont finalement adopté la Loi de 2005 relative aux contrats de transports combinés. Ce qui nous intéresse, c'est l'article 65 de cette loi qui permet aux contractants de conclure la clause attributive de juridiction, certes, cette fois-ci le texte est clair et n'est plus l'objet du débat sur ce sujet. Est inclu aussi dans cet article le cas de l'absence de clause d'élection de for dans le deuxième alinéa, mais c'est le premier alinéa qui nous intéresse. L'article 65, 1er al. dispose ainsi :

« Les parties contractantes des transports combinés peuvent accorder l'attribution de compétence au tribunal de l'État, parmi ceux qui sont compétents sur le contrat de transports combinés ou le délit conformément à la loi de cet État, pour trancher le litige. Cette clause peut être figurée dans le connaissement combiné ou le contrat de transports multimodaux »[906].

En attendant la jurisprudence nous croyons que, cette fois-ci, la Cour ne pourrait plus renoncer à l'application de cette clause quelque soit la raison, si elle est valide. La loi admet explicitement dans son dernier alinéa la convention d'élection du for après la naissance du litige, mais la preuve écrite est nécessaire dans ce cas. Force est de constater que dans tous les cas de choix du for, la prorogation de compétence devrait être exercée uniquement en faveur des tribunaux qui sont compétents sur le litige. En effet les dispositions de cette nouvelle loi viennent affirmer la tendance positive du législateur et du juge d'admettre le jeu de la clause de prorogation de compétence non seulement en matière de transports combinés mais également en d'autres matières des contrats commerciaux internationaux.

§ 2 : Limites de la prorogation de compétence à l'épreuve de la protection de partie faible.

500. Ces règles assurent des options de compétence conférées à la partie faible demanderesse, en même temps, pour la défenderesse, le moyen d'adopter un texte permettant

906 มาตรา ๖๕ วรรคแรก แห่ง พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. ๒๕๔๘ บัญญัติว่า "คู่สัญญาขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบอาจตกลงกันให้ศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีแพ่งที่มีมูลกรณีจากสัญญาขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบหรือละเมิดตามกฎหมายของประเทศนั้น เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี โดยระบุไว้ในใบตราส่งต่อเนื่องหรือสัญญาขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบก็ได้"

que celle-ci peut être assignée devant le tribunal de son domicile. Alors que les clauses attribuant de compétence sont spécialement réglementées en tenant compte de protection particulière. Nous étudions tout d'abord les règles principales retenues dans cette matière (A). Ensuite nous allons voir les exceptions admettant le retour à une clause de prorogation de compétence (B).

A. Principes, les limites draconiennes retenues en matière de la protection de partie faible.

501. Bien que la jurisprudence et le droit français admettent des clauses attributives de juridiction, il comporte aussi certaines limites. Premièrement, il faut tenir compte du caractère d'extranéité du contrat, ensuite la question est de savoir si le for choisi doit présenter les liens effectifs avec le litige. La Cour de cassation répond dans un sens négatif dans l'arrêt *Europa-Carton*[907] qu'il n'exige pas des rapports sérieux entre le litige et le tribunal étranger désigné dans une clause attributive de juridiction. Deuxièmement, la limite est fondée sur le respect à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française. Il s'agit de matière de bien immeuble, de la protection des parties faibles tels que le contrat de travail, le contrat d'assurance, le contrat du consommateur ; les parties faibles dans ces contrats sont protégées par les règles impératives sur la juridiction compétente. C'est-à-dire qu'il est prohibé de conclure un accord prorogative de compétence du tribunal déjà déterminé par la loi pour attribuer compétence à une autre juridiction. Dernièrement, la limite consiste à l'interdiction de conclure une clause attribuant de compétence à un tribunal étranger dans les litiges portant sur l'état des personnes. Nous avons déjà étudié l'issue de caractère international du contrat en cause, alors que la dernière limite ne nous intéresse pas ici. Nous allons étudier alors la deuxième limite qui est consacrée et bien fondée dans le cadre de droit communautaire. En effet les dispositions sur la protection d'acheteur sont les premiers textes destinés à protéger une partie réputée *faible* lesquels sont consacrés depuis la Convention de Bruxelles de 1968. Les droits internes étatiques ont adopté les dispositions protectrices des consommateurs entre les années 1968 et 1978, car la Convention d'adhésion de 1978 avait pris en considération tous les contrats conclus par les consommateurs et non pas seulement les emprunts ou les

907 Cass. com., 19 décembre 1978, *Europa-Carton*, *JDI*.1979.366, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP*.1979.617, note A. Huet.

achats comme avant[908]. Ainsi que la protection du salarié qui a été adopté finalement lors de la Convention de Saint Sébastien en 1989. Le règlement Bruxelles I a comblé toutes les lacunes en consacrant les règles de compétence pour les contrats d'assurance, les contrats conclus par les consommateurs et les contrats individuels de travail. Alors trois domaines importants des parties faibles sont bien protégés par la série de conventions de Bruxelles.

La Convention de Bruxelles et le règlement Bruxelles I limitent la validité de clause attributive de juridiction dans certains domaines. Chaque fois que l'on constate le critère de rattachement retenu par l'une de ces dispositions, il y a compétence exclusive des juges des États membres. Plus précisément, la compétence d'un tribunal de l'État membre de l'Union européenne est dotée d'une force particulière. Il s'agit des dispositions protectrices prévues par les articles 16 de la Convention et 22 du règlement ; en matière d'assurance, de contrat de consommateur, et de contrat de travail.

502. Lorsque l'on étudie la structure du système des règles de compétence protectrices d'une partie faible, on constate que les solutions données par ces règles propres du Règlement aux contrats d'assurance, contrats conclus par le consommateur, ou contrats de travail ne sont pas identiques que celles stipulées dans l'article 5 de la Convention, pourtant le concept n'est pas différent. La protection de partie faible doit être garantie et son domicile, notamment lorsqu'elle est défenderesse, est le critère plus apte. Dans l'hypothèse où la partie faible est demanderesse, le souci de lui assurer des options de compétence paraît clair. Par ailleurs, la possibilité de conclure une clause attribuant de compétence est aussi réglementée dans ce même souci de protection de partie faible. Force est de constater que si ces règles communautaires ne sont pas respectées, le jugement rendu ne bénéficiera pas du système de reconnaissance et d'exécution dans l'UE.

Afin de bien illustrer la construction des règles de protection de parties faibles, nous proposons de traiter ces règles par le statut procédural de celle-ci à savoir la demanderesse et la défenderesse.

503. La partie faible demanderesse. Citons le cas du consommateur demandeur. Plusieurs possibilités sont admises par la Convention et le règlement Bruxelles I. Le consommateur peut alors agir devant les tribunaux de l'État communautaire du domicile de son cocontractant ; soit les tribunaux de l'État communautaire du lieu de la succursale si le

908 *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…, op.cit.*, n° 263.

défendeur est domicilié dans un autre État communautaire ; soit les tribunaux de l'État où le demandeur lui-même a son domicile. Par ailleurs si le cocontractant du consommateur est domicilié dans un État tiers mais qu'il possède une succursale ou autre établissement dans un État communautaire, dans ce cas le consommateur pourra l'assigner devant les tribunaux de cet État (Section 4). Pour le contrat d'assurance, lorsque la partie faible ; le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire, est demanderesse, elle se voit reconnaître plusieurs possibilités de même que le cas précité tels que le for de son domicile ; le for du lieu du fait dommageable ; le for de la succursale y compris le for résulte de règles de compétences dérivées qui peuvent, en soi, conduire aux fors divers (Section 3). En ce qui concerne le travailleur demandeur, c'est le même principe ; autre que le tribunal du domicile de son employeur, il a possibilité d'assigner contre celui-ci devant le tribunal du dernier lieu où le travailleur a accompli habituellement son travail ou devant le tribunal du pays où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur en cas où le travailleur accomplit son travail dans plusieurs pays (Section 5). Nous observons que c'est souvent après la cessation du travail que le litige soit né, donc il est présumé qu'il est convenable pour le salarié d'introduire l'instance devant ce tribunal.

504. La partie faible défenderesse. Le cas de consommateur défendeur, celui-ci ne peut être attrait que devant les tribunaux où il a son domicile. Ceci est pour assurer que la partie faible ne sera jamais obligée d'aller se défendre hors de l'État où elle est domiciliée. Pour le contrat d'assurance, c'est toujours les tribunaux de l'État du domicile de défendeur qui prend en charge. Le domicile reste toujours l'argument fort pour la protection de la partie faible. En ce qui concerne le salarié défendeur, l'employeur ne peut porter plainte contre lui que devant les tribunaux de l'État où il a son domicile.

505. La compétence juridictionnelle du juge thaïe en matière de partie faible. On est toujours en droit commun. En effet, le terme « partie faible » n'est pas employé par le texte de loi thaïe. Par conséquent on ne regroupe jamais les contrats conclus par les parties faibles comme en droit français, précisément en droit européen. Il faut rappeler qu'on applique à chaque contrat les règles de droit spécifiques, par exemple la loi de protection de consommateur, la loi sur le contrat d'assurance, la loi du travail et la loi sur les clauses abusives (*Unfair Contract Terms*). A savoir qu'il n'y a pas de dispositions relatives à la clause attributive de compétence dans la loi de protection de consommateur. Il en est de même pour

les droits du travail, la loi sur le contrat d'assurance et la loi sur les clauses abusives. Si ce problème se pose, on fait toujours recours aux principes généraux de droit commun.

B. Exceptions, le retour à l'admission d'une clause attribuant de compétence.

506. Rappelons que ces règles sont destinées à établir la meilleure protection pour la partie réputée « faible » dans le rapport contractuel en permettant celle-ci d'introduire une instance contre son cocontractant devant plusieurs tribunaux dont l'un d'eux est estimé plus favorable et convenable. C'est la raison pour laquelle une attribution de compétence à un ou plusieurs tribunaux autres que ceux compétents en vertu de ces règles européennes, sera considérée comme dangereuse pour la partie faible. Les rédacteurs du texte communautaire depuis 1968 avaient limité le jeu des clauses attributives de juridiction pour ne pas porter atteinte aux intérêts de cette partie. Le principe est d'interdire des prorogations de compétence. La question est de savoir dans quelles circonstances les parties pourront-elle conclure une clause de prorogation de compétence ?

On peut citer en premier lieu parmi les exceptions qui se fondent sur la modalité des clauses *postérieures à la naissance du différend* (arts. 13, 17, 21). Cette technique est prévue comme la première exception admise en commun dans toutes les catégories de protection de partie faible en raison de sa connaissance à quoi elle s'engage. Cette exception a été admise pour tous les trois contrats dans la matière de partie faible. Force est de constater que ceci englobe aussi la prorogation tacite des articles 18 de la Convention et 24 du Règlement. Car la comparution du défendeur implique que le différend soit déjà né et peut être accepté plus facilement que la clause attributive de juridiction[909]. En deuxième lieu, l'exception dite « commune » repose sur la clause permettant à une partie faible de saisir *d'autres tribunaux que ceux indiqués à chaque section concernée*. Puisque les rédacteurs croient que cette clause est favorable à la partie faible même si elle a été conclue avant la naissance du litige. Cependant l'article 17 de la Convention n'inclue pas la clause attribuant de compétence au tribunal d'un État tiers et ceci est réglé par l'article 21 du règlement Bruxelles I. En dernier lieu, enfin l'exception qui peut être considérée comme la règle commune s'agissant d'une clause portant sur *la prorogation de compétence lors de la conclusion du contrat aux tribunaux de l'État communautaire du domicile commun des parties*. Par exemple lorsque la

909 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…, op.cit.*, n° 163 et s.

partie faible et l'assureur dans le contrat d'assurance ont conclu une clause lors de la conclusion du contrat pour attribuer la compétence au tribunal de l'État communautaire où se trouve leur domicile commun lorsque le fait dommageable se produit à l'étranger. Il ne paraît pas dangereux pour la partie faible car elle ne concerne pas l'action directe intentée par la victime.

507. Hormis ces trois exceptions, pour répondre aux besoins économiques, les rédacteurs ont ajouté deux exceptions spécialement pour les contrats d'assurance s'agissant de la *grande assurance* et le cas où *le preneur d'assurance domicilié dans un État tiers*. La première est destinée à permettre aux contractants dans la grande assurance[910] le libre choix du tribunal compétent (art. 12-5° (C) et 13-5° (R)), car ils sont considérés aux pieds égaux. Pour le second cas, il faut observer que le preneur d'assurance est aussi une partie faible mais en raison du problème très particulier visé par le Royaume Uni, les rédacteurs ont dû admettre cette possibilité[911].

Il en va de même pour le cas du consommateur[912], autres que les exceptions communes précitées, les 15-3° (C) et 17-3° (R) autorisent par ailleurs une clause de prorogation de compétence entre le consommateur et son cocontractant aux tribunaux de l'État communautaire de leur domicile ou résidence habituelle commun lors de la conclusion du contrat. Hormis la protection de consommateur, le texte n'oublie pas de protéger le cocontractant du consommateur dans l'hypothèse où le consommateur changera son domicile à un État tiers[913].

Pour le travailleur, les articles 17 (C) dernier alinéa et l'article 21 (R) visent le cas du travailleur conclu une clause attributive de juridiction. Les cas d'exceptions admises par ces articles peuvent être rapprochés à d'autres dispositions de protection d'une partie faible précitées. Mais, on constate que les dispositions ne stipulent que deux cas d'exceptions, c'est-à-dire qu'elles ne précisent pas le cas de domicile commun des parties dans un État

---

910 La notion de grande assurance englobe l'assurance de grands risques industriels ou commerciaux dans laquelle l'entreprise assurée n'a pas le même besoin de protection que le preneur d'assurance simple particulier. *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…, op.cit.*, n° 267.

911 V. rapp. Schlosser, n° 137 : « *les contrats d'assurance conclus avec des preneurs ayant leur domicile en dehors de la Communauté sont d'une importance considérable pour le secteur des assurances britanniques* ».

912 Cependant il est différent pour le contrat de *time-share*, en droit français les règles de droit sur ces contrats sont plus strictes que le cas du contrat de consommateur en général, en raison de la nature particulière du contrat que le consommateur a besoin d'une protection spéciale. V. l'article L 121-73 du Code de la consommation.

913 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements.., op.cit.*, n° 292, p. 301.

communautaire qui permettrait de conclure une clause de prorogation de compétence. C'est le cas régi par l'article 19.

§ 3 : Les effets de clauses de prorogation de compétence.

508. Nous nous intéressons tout d'abord à la question de savoir si les tribunaux choisis par la clause seront admis et exclusivement compétents (A). Il est possible de trouver les positions diverses selon chaque système juridique. Par ailleurs dans le cadre de textes communautaires, nous envisageons aussi la diversité adoptée par ceux-ci, tels que la Convention de Bruxelles et le Règlement Bruxelles I. Certes, les clauses attributives de juridiction produisent les effets à l'égard des contractants, il reste de savoir si ces clauses seraient susceptibles d'avoir aussi des effets à l'égard des tiers, à savoir, si ceux-ci pouvaient être liés à ces clauses, c'est ce que nous étudierons par la suite (B).

A. L'exclusivité du tribunal édicté dans la clause attributive de compétence, les positions diverses.

509. Certes, la compétence exclusive du tribunal peut être établie aussi bien par la loi que par la convention. La question est de savoir si la juridiction attribuée par la clause sera une seule exclusive ou non. En Thaïlande, les juristes tentent d'admettre que la clause attributive de juridiction confère une compétence exclusive au tribunal choisi[914]. Cependant il dépend aussi de type d'une clause attribuant de compétence. Dans les pays de *common law*, la clause attributive de juridiction en choisissant, par exemple, un seul tribunal britannique dans cette clause rend ladite juridiction la compétence exclusive.

510. En droit français commun, parmi les cas rarissimes hors du cadre de la Convention Bruxelles, on trouve que la jurisprudence affirme la compétence exclusive du tribunal désigné par la clause attribuant de compétence lorsqu'elle est valide. La Cour de cassation dans son arrêt du 30 septembre 2009 a estimé comme telle. En l'espèce il s'agit d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat international, en désignant le tribunal des doléances, conclu entre la société de droit français *Thinet International* et la société de droit saoudien

914 K. Luchai et P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « La conception relative à la clause attributive de juridiction… », *op.cit.*, p. 181-182.

Saudi Basic Industries Corporation (ci-après *SBIC*). Suite au problème d'exécution du contrat, la société *Thinet* a assigné la société *SBIC* devant le tribunal saoudien conformément à la clause. Le problème est que la juridiction d'appel saoudienne a annulé la décision de première instance et par ailleurs s'est déclarée incompétente sur ce litige au motif que ce litige avait caractère civil et non commercial. Il faut remarquer ici que le motif est fondé sur la nature de litige, c'est-à-dire que la société *Thinet* peut traduire le litige une nouvelle fois devant un autre tribunal saoudien. Mais la société *Thinet* a saisi le tribunal de commerce de Paris qui s'est déclaré compétent en vertu de l'article 14 du Code civil. La société *SBIC* a formé le contredit en contestant la compétence des juridictions françaises.

La Cour de cassation a condamné la décision d'appel « *en refusant de rechercher, comme il lui était demandé, si selon le droit saoudien applicable, une erreur des parties sur l'identification du tribunal compétent ratione materiae était sans incidence sur la validité d'une clause attributive de compétence qui devait produire effet comme exprimant la volonté des parties de voir leurs différends réglés par des juridictions saoudiennes* ». La Cour a estimé que la saisine des tribunaux étrangers par une personne de nationalité française vaut renonciation des privilèges de l'article 14 du code civil et de surcroît cette renonciation est irrévocable. Cependant en l'espèce la Cour de cassation affirma sa compétence au motif que la société *Thinet* a le lien effectif avec le territoire français, car elle a son siège social (réel) et siège statutaire en France. Lorsque la juridiction saoudienne désignée par la clause attributive de compétence s'est déclarée incompétente et que « *la preuve n'était pas rapportée que les juridictions de droit commun étrangères avaient été saisies par la société Thinet, la Cour d'appel a considéré à bon droit que cette dernière pouvait saisir les tribunaux français sur le fondement de l'article 14 du code civil* »[915].

Ce constat nous montre qu'en effet la Cour de cassation reste toujours ferme à affirmer l'exclusivité du for désigné par la clause attribuant de compétence, mais c'était le manquement de preuve de la société *SBIC*, que la société *Thinet* avait déjà assigné une nouvelle fois devant le tribunal général de Ryad avant la saisine de juridiction française, qui amenait à cette conclusion. C'est une bonne occasion de démontrer aussi la solution de la Cour de cassation sur la compétence fondée par l'article 14 du Code civil. Comme l'on a déjà étudié, cet article n'est pas impératif. Même si la Cour a décidé que la renonciation de cet

---

915 Cass. 1er civ., 30 septembre 2009, *Saudi Basic Industries Corporation*, n° 08-17.587, *D.* 2009.2419, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2009. AJ 2432, obs. X. Delpech ; *D.* 2010. Jur. 58, note B. Audit ; *RCDIP*.2010.133, 1er esp., note H. Gaudemet –Tallon ; *RTD com*.2010.460, obs. Ph. Delebecque.

article est irrévocable, mais elle n'est « ni définitive, ni absolue »[916], puisque les tribunaux français conservent toujours une compétence subsidiaire. Elle subordonne le droit de se prévaloir de l'article 14 pour un Français mais à conditions strictes. La Cour de cassation a finalement condamné la société *SBIC* aux dépens. Certes, il semble contraire à la nature et l'économie du contrat qui a été rédigé en langue arabe, comportait la clause d'élection de for saoudien, pour la construction d'immeuble à Ryad, mais devait être jugé finalement devant une juridiction française.

511. En droit international commun, il existe aussi les cas où la clause attributive de juridiction ne déroge pas la compétence des tribunaux français, c'est-à-dire qu'elle ne donne pas l'exclusivité aux juridictions étrangères choisies. En premier cas, il s'agit de l'hypothèse où une telle clause a été conclue en faveur de l'une des contractants alors que l'autre l'a renoncée en saisissant le tribunal français. Mais il faut entendre que c'est la juridiction française qui sera compétente si ladite clause n'existe pas[917]. En second cas, c'est la comparution volontaire du défendeur devant le tribunal français saisi par le demandeur, il en résulte que la clause attribuant de compétence aux tribunaux étrangers ne déroge pas sa compétence.

512. Hormis ces hypothèses, certaine convention internationale elle-même permet à écarter l'exclusivité des tribunaux désignés par la clause attributive de juridiction, tel est le cas de Règles de Hambourg en matière de transport de marchandises. Nonobstant la présence d'une clause attributive de juridiction, le demandeur peut saisir les tribunaux énumérés par l'article 21 § 1, (a) à (c).

513. En droit européen, il semble que les règles sont bien différentes entre la Convention de Bruxelles et le Règlement Bruxelles I. En vertu de la première, il est entendu dans le sens que cette clause confère une compétence exclusive au tribunal choisi, alors que le second admet qu'il y a la possibilité d'une « convention contraire des parties » (art. 23-1°). C'est-à-dire que les parties pourraient manifester leur intention par un accord de ne pas donner à la clause un effet exclusif. Pourtant en l'absence d'un accord autrement, la clause attributive de juridiction

---

916 X. Delpech, « Privilège de nationalité et clause attributive de juridiction », obs. *op.cit.*

917 Cass. 2e civ., 15 juin 1966, *Gaz. Pal.*1966.II.184 ; *D.* 1967.84. V. aussi H. Gaudemet-Tallon, « Compétence civile et commerciale », *Rép. D. Dr. internat*., n° 66 et n° 88.

confère toujours la compétence exclusive au tribunal choisi[918]. En effet l'intérêt de la clause attributive de juridiction est de fixer à l'avance le tribunal qui sera compétent en cas de différend, mais cette possibilité renvoie les contractants à l'insécurité juridique. Sauf si le cas conforme aux dispositions de la comparution volontaire du défendeur, c'est une autre issue.

Une fois que la clause de prorogation de compétence se présente, elle attribue seulement un tribunal compétent comme l'affirme la CJCE dans l'arrêt du 17 janvier 1980[919]. Force est de constater que la compétence du juge premier saisi ne peut être établie si le second saisi a une compétence exclusive. Pourtant dans l'arrêt critiqué rendu par la Cour de Luxembourg, elle a décidé autrement en 2003, en l'espèce deux tribunaux des États communautaire ont été saisis pour le même litige. Malgré que l'existence de la clause attribuant de compétence désigne le second tribunal, la CJCE estima que le tribunal premier saisi est compétent au détriment du second[920]. Alors c'est ici le critère chronologique qu'est pris en considération par la Cour. Cette décision laisse la porte ouverte à la partie de mauvaise fois de saisir en premier la juridiction autre que celle désignée dans la clause pour rendre celle-ci inapplicable. Si l'on admet que la clause attribuant de compétence visée à préserver la sécurité juridique, cet arrêt entraîne à l'inverse. Certes, « les comportements déloyaux sont largement encouragés par la primauté du critère chronologique »[921] comme l'écrit Mme. H. Muir Watt.

514. L'arrêt de la Cour de cassation en matière de clause attributive de juridiction qui reprend l'idée du principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage en estimant que ce principe s'applique aussi à la clause attribuant de compétence[922] que nous allons voir ensuite. En effet si la Cour accepte de s'étendre un tel effet en cette matière, logiquement il est possible aussi de s'étendre l'application du principe de compétence-compétence à la clause attributive de

---

918 Cass. 1er civ., 6 mars 2007, n° 06-10946, *D.* 2007.951, obs. E. Chevrier.

919 CJCE, 17 janvier 1980, aff. C-56/79, *Zelger*, *RCDIP*.1980.387, note E. Mezger ; *JDI*.1980.435, note A. Huet.

920 CJCE, 9 décembre 2003, aff. C-116/02, *Gasser*, *D.* 2004.1046, note Ch. Bruneau ; *RCDIP*.2004.444, note H. Muir Watt ; *JDI*.2004.641, obs. A. Huet.

921 H. Muir Watt, note préc., *RCDIP*.2004, spéc. p. 461.

922 Cass. 1er civ., 8 juillet 2010, n° 07-17.788, *D.* 2010.*Panor*.2323 ; *D.* 2010.AJ 19 juillet 2010, obs. X. Delpech.

juridiction. Il en résulte des deux principes que seul le juge désigné par une telle clause qui sera compétent sur le litige et sera le premier qui a le pouvoir de statuer sur sa compétence.

515. Quant au tribunal compétent, lorsque la clause précise clairement l'ordre juridictionnel, le problème ne se posera pas. Par exemple ; le TGI Paris, ceci concerne la compétence territoriale interne. Lorsque la clause a indiqué les tribunaux d'un État, il suffit de déterminer la juridiction compétente en appliquant les règles de compétence territoriale du pays désigné. Il en va de même dans l'ordre juridique thaï.

516. Prorogation de compétence par une clause d'arbitrage. Il reste à savoir si la clause d'arbitrage peut produire un effet en tant que clause attribuant de compétence. La clause compromissoire est aussi considérée comme une sorte de clause de prorogation de compétence du juge étatique. La jurisprudence affirme cette idée de manière constante[923]. Qu'en est t-il devant la juridiction communautaire ? La réponse semble différente.

Dans l'affaire *West Tankers* en 2009, il s'agit de *l'anti-suit injunction* qui était motivée par l'existence de la clause compromissoire. Une partie avait demandé à la juridiction anglaise de prononcer cette injonction au tribunal italien pour qu'il se soit déclaré incompétent en renvoyant le litige au tribunal arbitral à Londres. La question préjudicielle posée par la *House of Lords* à savoir si « *le fait, pour une juridiction d'un* État *membre, d'adopter une décision interdisant à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure dans un autre État membre (l'anti-suit injunction) au motif qu'une telle procédure* viole *une convention d'arbitrage est-il compatible avec le règlement n° 44/2001 ?* ». La CJCE a estimé que la convention d'arbitrage est complètement exclue du champ d'application de la convention de Bruxelles et du Règlement ; pour cette raison la clause d'arbitrage ne devrait pas être prise en considération et donc une *anti-suit injunction* en matière d'arbitrage est incompatible avec le Règlement. C'est-à-dire que la Cour italienne était compétente au regard du Règlement Bruxelles I[924]. D'après ce constat, la CJCE ne qualifie pas la clause d'arbitrage

---

923 V. Cass. 1er civ., 8 juillet 2010, n° 07-17.788, *préc.* Cet arrêt admet qu'une clause de compétence insérée dans un contrat n'est pas affectée par l'inefficacité de la convention principale en raison de l'autonomie de la première. En l'espèce, il s'agit d'un contrat de compte entre une banque et une société. On trouve que ce raisonnement est influencé du droit de l'arbitrage, car la Cour reprend dans cette décision les mêmes termes que ceux utilisés en cas de la clause compromissoire, ce que nous envisagerons dans le chapitre suivant.

924 CJCE, 10 février 2009, aff. C-185/07, *West Tankers*, *D.* 2009. 981, note C. Kessedjian; *RCDIP*.2009.373, note H. Muir Watt; *JDI*.2009.1281, note B. Audit; *RTD civ.* 2009.357, obs. P. Théry; *Rev. arb.* 2009. 407, note S. Bollée.

de clause attributive de juridiction en appuyant sur le champ d'application matériel du Règlement.

517. Moyen de préserver l'exclusivité de compétence du tribunal désigné par la clause attributive de juridiction. A ce stade, nous proposons de prendre en considération *l'anti-suit injunction* et la litispendance au même titre. Si la juridiction seconde saisie d'un État membre constate la procédure parallèle dépendante devant le tribunal d'un autre État membre qui est premier saisi, pourquoi elle ne dessaisis pas ce litige en faveur du tribunal premier saisi ? A notre avis, à l'inverse que lorsque ce second tribunal ne fait pas ce qu'il devrait pour une raison quelconque, un seul moyen de rendre la justice au demandeur qui a introduit le litige le premier est d'obtenir l'*anti-suit injonction*. Car une fois que le tribunal second saisi ne respecte pas les stipulations de règlement, ceci représente aussi le manquement de la confiance mutuelle que les États membres accordent pour une bonne fonction du système judiciaire communautaire. C'est cette même confiance mutuelle que la CJCE a appuyé dans l'arrêt *Turner* pour motiver sa décision.

518. Réunion de la clause attributive de juridiction et la convention d'arbitrage. En effet, la Cour d'appel a décidé dans l'affaire *SCI* que « *la clause compromissoire et la clause attributive de compétence sont manifestement contradictoires et que la dernière ne présente aucun caractère subsidiaire par rapport à la clause compromissoire ; que les intimés qui reconnaissent l'existence de cette contradiction n'établissant pas que la commune intention des parties aurait été de se soumettre à l'arbitrage* »[925]. La Cour de cassation n'a pas suivi cette orientation, elle infirma la décision d'appel en estimant ainsi : « *la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les textes et principes susvisés (le principe de compétence de la compétence), en se déterminant ainsi, sans caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, seules de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la clause compromissoire* »[926]. On constate tout d'abord que l'existence dans un même contrat d'une clause attributive de juridiction contraire à la clause d'arbitrage ne rend pas cette dernière

925 CA Paris, 12 décembre 2001, *SCI La Chartreuse et autres, RTD com.*2002.659.

926 Cass. 2e civ., 18 décembre 2003, *SCI La Chartreuse et autres, D.* 2004.IR.321 ; *RTD Com.*2004.255, note E. Loquin. V. Cass. 1er civ., 16 décembre 2001 : autre que la nullité manifeste de la convention d'arbitrage prévue par l'art. 1458 du CPC la Cour a ajouté l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire comme cause autorisant le juge Étatique à connaître du fond du litige même s'il existe une convention d'arbitrage.

manifestement nulle ou inapplicable. Ensuite, le principe de compétence-compétence a été affirmé, c'est-à-dire que l'arbitre pourra statuer sur sa propre compétence et notamment il devra avoir « l'occasion de se prononcer le premier sur ces questions sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques »[927]. Et lorsque le juge étatique trouve qu'il y a une clause compromissoire entre les parties, il devrait déclarer incompétence et renverra le litige au tribunal arbitral. C'est le principe compétence-compétence qui explique la primauté de la clause compromissoire sur la clause attributive de juridiction.

519. L'arrêt récent de la Cour d'appel rendu en 2009[928] affirme aussi ce constat, en l'espèce la société *STRUCTIL* a assigné *Carbon Impact* devant le Tribunal de commerce d'Évry pour le paiement de créance. La société *Carbon Impact* a soulevé une exception d'incompétence en faveur du tribunal arbitral selon la clause d'arbitrage insérée dans leur contrat. Le Tribunal de commerce a rappelé que les parties étaient liées par un contrat de coopération daté le 6 septembre 1995 dont son article 15 constitue une clause attributive de juridiction au Tribunal de commerce d'Évry à défaut d'accord entre les parties. Le tribunal a relevé que « *les contractants avaient manifesté l'intention d'écarter la voie de recours à l'arbitrage en s'appuyant sur le fait que ceux-ci avaient signé un accord amiable en 2001 en vue de définir toutes les modalités relatives à l'exécution du contrat en organisant ainsi entre eux la résolution de leur litige par la signature d'un accord* », par conséquent le tribunal d'Évry est compétent à statuer sur le fond du litige.

La Cour d'appel a infirmé cette décision en décidant qu'« *une renonciation au droit de recourir à l'arbitrage ne saurait se déduire du silence des parties et du fait qu'elles n'en ont pas fait état en signant un accord en 2001* ». En effet la Cour a considéré que le second document ne modifie pas l'économie du contrat initial comportant cette clause d'arbitrage. Pour ces raisons elle a jugé que le tribunal a considéré à tort que les parties avaient renoncé à la clause d'arbitrage.

Si la même question s'est posée devant la Cour thaïe, elle répondrait comme la tendance dominante du droit sur l'arbitrage du commerce international ; c'est l'arbitre qui peut statuer sur sa compétence en vertu du principe « compétence de la compétence »[929].

---

927 Ph. Fouchard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 415.

928 CA Paris, ch. 25B, 23 janvier 2009, *Carbon Impact Inc*., n° 06.09031.

929 De même que la jurisprudence française actuelle. V. aussi Cass. 2e civ., 18 décembre 2003, *préc*.

520. La clause attributive de juridiction face à l'impérativité de lois de police. La Cour de cassation a eu l'occasion de trancher le litige lequel une loi de police française est en cause étant donné que la clause attributive de juridiction apparaît en même temps. A savoir si le juge saisi peut-il invoquer sa loi de police pour lui rendre compétent. En l'espèce, il s'agit d'une société américaine, *Monster Cable*, qui a conclu un contrat de distribution exclusive de ses produits en France avec une société française. *Monster Cable* a résilié ce contrat et son cocontractant l'a assigné devant le juge français. La société *Monster Cable* a contesté la compétence de ce dernier en invoquant une clause attributive de juridiction au tribunal américain insérée dans ce contrat. Alors que la société française a intenté ce litige sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce. La Cour d'appel a décidé qu'il s'agissait de l'application des dispositions impératives relevant d'ordre public économique constitutive de loi de police. Pourtant la Cour de cassation a cassé cet arrêt en estimant que « *la clause attributive de juridiction incluse dans ce contrat visait tout le litige né du contrat* »[930]. C'est-à-dire que ce litige relève de la compétence des juridictions américaines. Ainsi, d'après cet arrêt, on peut conclure qu'une loi de police française ne peut justifier la compétence juridictionnelle du juge français.

On peut observer que le même résultat a été adopté par la Cour de cassation en matière d'arbitrage selon lequel « ***le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives sont applicables au litige*** »[931]. Ce constat affirma qu'une loi de police ne peut priver l'arbitre de sa compétence résultant de la clause d'arbitrage. On peut se demander comment la loi de police pourra-t-elle priver le juge, même étranger, de sa compétence résultant de la clause attributive de juridiction ? Pour l'arrêt *Monster Cable*, il est possible pour le juge français de refuser *l'exequatur* au stade du contrôle du jugement étranger, lorsque le jugement rendu aux États-Unis sera soumis devant le juge français en vue d'obtenir l'exécution en France, au motif que ce jugement est contraire à l'ordre public international français car le juge américain n'a pas appliqué au litige la loi de police française.

521. Bien que le droit thaï reste timide face à la clause attributive de juridiction en droit international privé et ceci donne lieu à très peu de l'opinion juridique, pour certains auteurs

---

930 Cass. 1er civ., 22 octobre 2008, *Monster Cable*, *D.* 2008. AJ. 2790, obs. I. Gallmeister, *Pan*. 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *D*. 2009.2384, note L. d'Avout et S. Bollée ; *RCDIP*.2009.69, chron. D. Bureau et H. Muir Watt ; *RDC*.2009.691, note E. Treppoz.

931 Cass. 1er civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga c/ Sté HTC*, n° 09-67.013, D. 2010. 1797 ; *Gaz. Pal.*2010, n° 243, p. 16-18, obs. G. Bertrou et O. Attias

cette convention rend compétence exclusive au tribunal choisi dans la clause[932]. Cependant dans certains cas, une clause de prorogation de compétence peut être considérée comme l'admission de la compétence non-exclusive au tribunal précisé dans cette clause. Il faut bien prendre sérieusement en considération cette clause. Dans certaine hypothèse les parties contractantes peuvent insérer dans leur contrat la clause d'élection du tribunal d'un tel État en cas de litige, mais elle n'a pas privé l'une des parties de saisir un autre tribunal d'un État tiers. En pratique, on peut trouver dans un contrat la clause précisant ainsi :

« *The borrower hereby irrevocably submits to the non-exclusive jurisdiction of the English Courts in relation to any claim to dispute arising hereunder*…».

On peut la comparer avec l'exception proposée par l'article 23-1° du Règlement Bruxelles I. Force est de constater que cette clause est ouverte aux parties aux fins de traduire en litige devant la Cour autre que celle indiquée dans la convention, puisque ladite clause ne donne pas la compétence exclusive au tribunal anglais. On peut trouver ce genre de clause plus souvent dans le contrat de prêt ou crédit syndiqué (*syndicated loan*), c'est une opération qui se limite à l'apport de crédits par plusieurs établissements financiers de plusieurs pays. Alors que leurs clients domiciliés dans un autre pays, il est possible que les banques souhaiteraient conclure une clause attributive de juridiction non-exclusive. Puisqu'en cas de rupture du contrat, le créancier peut envisager de porter plainte devant le tribunal plus favorable à son intérêt.

En somme, pour répondre à la question si la clause attributive de juridiction donne lieu à la compétence exclusive du tribunal choisi ou non, il faut prendre en considération le caractère de cette clause et d'autres stipulations du contrat.

B. La force obligatoire de la clause attributive de juridiction à l'égard des tiers.

1) L'évolution jurisprudentielle divergente.

522. La question est de savoir si une clause attribuant de compétence peut lier un tiers, il s'agit en effet de l'opposabilité de la clause de compétence. On sait qu'en principe, la clause ne lie que les parties au contrat, non les tiers. Cependant il existe également des exceptions dans chaque matière. Nous nous intéressons au contrat de transport maritime puisque nous trouvons le même problème dans l'ordre juridique thaï, de surcroît le droit thaï reste

932 K. Luchai et P. Kanchanachittra-Saisoonthorn, « La conception relative à la clause attributive de juridiction… », *op.cit.*, p. 177-193.

silencieux sur ce point alors que la jurisprudence est ambigüe. Cette étude pourrait éclairer et apporter une meilleure solution.

Il faut rappeler d'abord qu'aucun texte de droit maritime interne, communautaire ou international en vigueur en France ne conteste explicitement l'opposabilité des clauses attributives de juridiction, en revanche cette contestation paraît en droit commun[933].

Donc la question peut se poser préalablement ainsi : quelles sont les parties considérées comme liées au contrat de transport maritime ? Dans ce contrat, il y a le transporteur et le chargeur alors que pour le contrat de charte-partie, il concerne le fréteur et l'affréteur. Où en est le destinataire dans ces rapports contractuels ? En effet, comme l'écrit M. O. Cachard, le terme « destinataire » employé dans cette question est déjà un pris de parti, en raison de sa qualité de partie au contrat de transport[934]. Cependant la doctrine maritimiste française admet que le destinataire recueille les droits et les obligations du chargeur dans la mesure où le contrat de transport est considéré de nos jours comme contrat tripartite[935]. Nous partageons cette approche ; rappelons que le destinataire n'associe pas en addition plus tard au contrat de transport, celui-ci est en revanche partie à cette transaction depuis le début. Voyons que le contrat de transport est exercé directement à son propre intérêt.

523. L'opposition de la clause sous certaines conditions. En droit français commun, les nombreux arrêts de la Première Chambre civile de la Cour de cassation ont affirmé dans la même direction que la clause attribuant de compétence ne peut être opposable au tiers porteur du connaissement et au destinataire que lorsqu'il l'a acceptée au plus tard au moment où la marchandise lui a été livrée. On peut comprendre, de ce point de vue, que la jurisprudence entend le contrat de transport comme une clause qui lie le chargeur, le transporteur et le destinataire. Selon la Cour, « *l'insertion d'une clause attributive de compétence dans un contrat international fait partie de l'économie de la convention* »[936]. Comme toutes autres clauses du contrat, la clause attributive de juridiction lie le destinataire à cet égard. Par ailleurs, la Chambre civile a aussi adopté la solution selon laquelle lorsqu'il y a une clause

933 O. Cachard, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à compétence internationale stipulées dans les connaissements : Plaidoyer pour un renouveau des considérations maritimes », *in Mél.* Hélène Gaudemet-Tallon, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 196.

934 *Id*., p. 192.

935 *Id*., p. 201.

936 Cass. 1er civ., 25 novembre 1986, *Siaci*, n° 84-17.745, *RCDIP*.1987.396, note H. Gaudemet-Tallon.

d'electio juris désignant la loi étrangère applicable au contrat, une fois que cette loi tient également le destinataire comme une partie au contrat de transport, la clause attribuant de compétence stipulée dans un connaissement lie le destinataire[937].

524. La position contraire de la Chambre commerciale. A savoir que la jurisprudence non favorable à l'opposabilité des clauses attributives de juridiction est connue aussi au nom du particularisme du droit maritime[938]. A notre avis, cette solution semblait discutable, car ces décisions rendues par la Chambre qui tranche habituellement les questions de droit commercial et de droit maritime.

Citons l'arrêt du 4 mars 2003[939] où la loi française est applicable ; la question est de savoir si cette loi permet de transmettre la clause attributive de juridiction dans le connaissement au tiers porteur. La Cour de cassation a suivi toujours la jurisprudence constante dans cette matière depuis 1992[940], en estimant qu'« *il ne résulte d'aucun texte de droit interne que le porteur du connaissement, en acceptant la livraison de la marchandise, succède aux droits et obligations du chargeur découlant de la clause attributive de juridiction acceptée par celui-ci (...)* »[941]. Dans ce même arrêt de 2003, la Chambre commerciale a même fait référence à l'arrêt *Coreck Maritime* de la CJCE[942] en affirmant la décision de la juridiction d'appel que « *la clause attributive de juridiction* ***n'était pas opposable aux***

---

937 Cass. 1er civ., 12 juillet 2001, *Bonastar II*, *D.* 2001.3246, obs. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2001, note M. L. Niboyet ; *RTD com*. 2001, 1063, obs. Jacquet et Delebecque. *DMF*.2001.994, note Ph. Delebecque.

938 O. Cachard, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire… », *op.cit.*, p. 196.

939 Cass., com., 4 mars 2003, n° 01-01.046, *RCDIP*.2003.285, note P. Lagarde ; *JDI*.2004.197, obs. A. Huet ; *JCP* (G) 2003.IV.1786. V. aussi l'affirmation en ce sens dans CA Rouen, 25 septembre 2008, *Mutuelles du Mans IARD*, n° 08-01001.

940 Cass. com., 26 mai 1992, *RCDIP*.1992.703, note H. Gaudemet-Tallon : il s'agit du transport fluvial, la Cour de cassation décida qu' « *une clause attributive de compétence n'est opposable qu'à la partie qui en a eu connaissance et qui l'a acceptée au moment de la formation du contrat ; que c'est donc à bon droit qu'ayant relevé qu'il n'était pas établi que le destinataire se serait soumis au contrat conclu entre l'expéditeur et le transporteur* ».

941 V. aussi Cass. com., 29 novembre 1994, *Nagasaki*, *DMF* 1995.197 et 209, note et chr. P. Bonassies ; Cass. com., 10 janvier 1995, *JDI*.1996.141, obs. A. Huet ; *RCDIP*.1995.610, note H. Gaudemet-Tallon ; Cass. com., 16 janvier 1996, *Chang Ping*, *DMF* 1996.393, note P. Bonassies ; Cass. com., 15 octobre 1996, *DMF* 1997.705, note P.-Y. Nicolas ; Cass. com., 27 mai 1997, *Bull. civ*. IV, n° 160 ; *D.*1997.143 ; *DMF*.1997.723, note P.-Y. Nicolas ; *JCP* (G) 1997.IV.1525 ; Cass. com., 25 novembre 1997, *RCDIP*.1998.98, rapp. J.-P. Rémery ; *DMF*.1999.83, obs. P. Bonassies ; Cass. com., 8 décembre 1998, *Silver Sky*, *RCDIP*.1999.536, note E. Pataut ; *DMF*.1999.1007, rapp. J.-P. Rémery, note P.-Y. Nicolas ; Cass. com., 25 juin 2002, *Bull. civ*. IV, n° 111 ; *DMF*.2003.41, note Ph. Delebecque.

942 CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-387/98, *Coreck Maritime*, *préc.*, *supra* note n° 883.

assureurs subrogés *dans les droits du destinataire, porteur du connaissement,* ***faute d'avoir été acceptée au plus tard lors de la livraison*** ». Autrement dit, pour que cette clause puisse être opposable au destinataire ou porteur du connaissement, après avoir subrogé par les assureurs, elle devra être acceptée par celui-ci au plus tard lors de la livraison. En effet, cette conclusion n'est pas nouvelle, car il a apparu déjà dans l'arrêt de la Chambre commerciale du 8 décembre 1998[943]. Seule l'acceptation présumée par la livraison de marchandise ne suffit pas à conclure que le destinataire a accepté d'être lié par la clause compromissoire.

525. Si l'on utilise « une acceptation » comme le critère, il est nécessaire tout d'abord de la déterminer. En l'absence de définir la notion d'une acceptation par la Cour, il faut toujours faire un recours au mécanisme de la présomption. La question est de savoir comment la Cour détermine-t-elle ladite acception ? A notre avis, cette présomption se présente en soi une approche hostile à l'opposabilité de la clause de compétence au destinataire. Car la condition posée par la jurisprudence n'est pas susceptible d'être manifestement prouvée. Il est possible que le destinataire n'ait même pas lu attentivement les clauses insérées dans le connaissement au moment de la livraison de marchandises. D'ailleurs il est douteux si cette présomption se conforme à la pratique du commerce maritime. Force est de constater que le connaissement se transfert de main en main au cours de l'acheminement maritime puisque les ayants droit à la marchandise peuvent être plusieurs pour le transport de ligne régulière ; alors il est ardue de trouver les porteurs successifs apposant leur signature en marge de la clause. De surcroît, conformément à la pratique, l'exigence de signature du connaissement par le chargeur a même été abrogée depuis longtemps par le décret du 12 novembre 1987, on imagine mal comment on peut prouver un acte de l'acceptation en question. En considérant toutes ces pratiques, nous partageons l'avis d'un auteur en disant qu'aussi bien la demande d'une acceptation spéciale du destinataire que la jurisprudence qui tient beaucoup d'attention à la signature du chargeur paraît clairement *contra legem*[944].

2) <u>La solution jurisprudentielle courante.</u>

---

943 Cass. com. 8 décembre 1998, *Silver Sky*, *préc.*, *supra* note n° 941.

944 O. Cachard, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire… », *op.cit*, p. 197.

526. Il paraît pendant une longue période la divergence de solutions retenues entre la Chambre commerciale et la Première Chambre civile[945]. Cependant les deux arrêts rendus à la même date en 2008 peuvent donner la solution sur ce point, car la Chambre commerciale et la Première chambre civile ont finalement obtenu la même solution en estimant dans leurs décisions que : « *Attendu qu'une clause attributive de juridiction convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement* ***pour autant que, en l'acquérant, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable*** *; que dans le cas contraire, il convient de vérifier son consentement à la clause, au regard des exigences de l'article 23 du règlement Bruxelles I* »[946].

Il semble que la tendance de jurisprudence de la CJCE est bien admissible. Les groupes d'arrêts *Tilly Russ*[947], *Trasporti Castelletti*[948] *et Coreck Maritime*[949] donnent la réponse à cette question dans la mesure où « *une clause attribuant de compétence, qui a été convenue entre un transporteur et un chargeur et qui a été insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement* ***pour autant que, en acquérant ce connaissement, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable****. Si tel n'est pas le cas, il convient de vérifier son consentement à ladite clause au regard des exigences de l'article 17, 1er al., de la Convention* ».

---

945 Cass. 1er civ., 25 novembre 1986, *Siaci*, préc., *supra* note n° 936 ; Cass. 1er civ., 24 novembre 1987, *Sté Garrett*, *RCDIP*.1988.634, note G. Droz ; Cass. 1er civ., 12 juillet 2001, *Bonastar II*, préc., *supra* note n° 937. Selon la Première chambre civile, « *la clause de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci, de sorte qu'elle s'impose à l'assureur subrogé* ». *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…*, *op.cit.*, n° 161.

946 Cass. 1er civ., 16 décembre 2008 et Cass. com., 16 décembre 2008, *D.* 2009.AJ.89, obs. X. Delpech ; *ibid*. Panor. 1565, obs. F. Jault-Seseke ; *RCDIP*.2009.524, note F. Jault-Seseke ; *RDC*.2009.1193, obs. J.-B. Racine; *JCP* 2009.II.10060, note H. Kenfack; *Gaz. Pal.* 20-21 février 2009, p. 46, note Ph. Guez.

947 CJCE, 19 juin 1984, aff. C-71/83, *Tilly Russ*, *préc.*, *supra* note n° 889.

948 CJCE, 16 mars 1999, aff. C-159/97, *Trasporti Castelletti*, *D.* 1999.IR.100 ; *RCDIP*.1999.559, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF*.2000.14, obs. Ph. Delebecque.

949 CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-387/98, *Coreck Maritime*, *préc*., *supra* note n° 883. En l'espèce, des marchandises avaient été chargées en Chine sur un navire appartenant à une société russe à destination de Rotterdam. La société *Coreck Maritime*, établie à Hambourg, avait délivré le connaissement qui comportait une clause attributive de juridiction attribuant de compétence aux juridictions du pays du lieu du principal établissement du transporteur. Un tiers porteur du connaissement a assigné le propriétaire du navire et l'affréteur devant le tribunal de Rotterdam, la société *Coreck*, affréteur, a opposé la clause de prorogation de compétence. Au cours du procès, le *Hoge Raad* a interrogé la CJCE sur les questions des résultats de la clause et sur l'incidence du domicile de certaines parties hors du territoire des États contractants. La CJCE a estimé que : « *pour droit qu'une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement convenue entre le transporteur et le chargeur, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant qu'il a donné son consentement à ladite clause au regard des exigences de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* ».

Ce que l'on peut tirer de ces arrêts, c'est que tous les tiers porteurs ne sont pas régis par les mêmes règles. Car c'est le droit national qui devrait être appliqué pour déterminer les droits et obligations des tiers. La solution n'était pas agréable, plus précisément c'est le droit international privé du juge saisi qui serait en jeu et celui-ci permettrait de contourner certaines dispositions protectrices de la partie faible prévues par la Convention de Bruxelles et le règlement Bruxelles I[950]. Il semble que cette jurisprudence ne peut pas régler tous les problèmes, car elle renvoie au droit national applicable qui introduit un mécanisme conflictuel dans la résolution d'une question de conflits de juridictions. Est-ce que l'on est toujours coincé dans la règle de conflit de lois[951] ? C'est-à-dire que la solution pour le problème de l'opposabilité de la clause dépend de la loi du pays auquel le contrat de transport est soumis. Il faut rappeler qu'il est très compliqué de déterminer si au sein de ladite loi le destinataire succède aux droits et obligations du chargeur. L'application de la loi du contrat de transport pour trancher cette question semble aussi critiquée[952].

527. Le litige porte sur le cas en dehors du régime de droit communautaire. La réponse ne semble pas très favorable car on peut toujours envisager la jurisprudence qui exige le

---

950 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…, op.cit.*, n° 161, p. 148 et s. V. aussi P. Lagarde, « Du rattachement d'un contrat de transport maritime et de la transmission d'une clause attributive de juridiction par l'effet du connaissement », *RCDIP*.2003.285. Selon cet auteur dans les décisions antérieures, la Chambre commerciale statuait sur l'opposabilité de la clause attributive de juridiction sans presque jamais passer par la règle de conflit de lois.

951 La CJCE n'a pas répondu à cette question dans l'affaire *Coreck Maritime*, elle a estimé que « *la question de savoir quel est le droit national applicable à la définition des droits et obligations du tiers d'un connaissement relève à la juridiction nationale à laquelle il incombe d'appliquer les règles de son droit international privé* ». Admettons qu'il est risqué de trouver les solutions différentes adoptées par les juridictions des États membres en utilisant les rattachements divergents. Certes, il n'y a pas de problème dans le cadre du droit européen.

952 La Cour de cassation a adopté la solution identique dans les arrêts du 16 décembre 2008, elle a exigé la Cour d'appel de faire la recherche, en recourant au droit national applicable, pour savoir si le destinataire avait succédé aux droits et obligations du chargeur. Elle a aussi précisé que la juridiction d'appel devait déterminer la loi applicable au contrat de transport par application de l'article 3 de la Convention de Rome. Elle a d'ailleurs indiqué qu'elle ne pouvait pas écarter la clause de choix de loi figurant au connaissement au motif que le destinataire des marchandises n'avait pas accepté cette clause. Et lorsque ledit droit national applicable ne peut pas opposer la clause attribuant de compétence au destinataire car celui-ci n'a pas succédé aux droits et obligations du chargeur, il faut rechercher si le destinataire a donné le consentement à la clause en appliquant les articles 17 de la Convention ou 23 du Règlement. Il est vrai que l'appréciation du consentement dans le cadre du système Bruxelles n'est pas facile. En particulier dans le domaine du droit maritime, l'usage des parties doit être pris en compte. *Cf.* F. Jault-Seseke, *RCDIP*.2009.524, *op.cit.* : pour cet auteur il ne suffit pas de faire le recours d'un usage dans un tel ou tel domaine, il faudrait encore clairement établir le sens de cet usage. Cet auteur a écrit : « ce n'est pas parce qu'il est usuel qu'un connaissement comporte une clause d'élection de for, qu'il existe un usage en matière de transport de véhicule opéré entre le Japon et la Libye permettant de retenir la compétence du tribunal de commerce de Marseille ». Alors l'auteur insiste que la reconnaissance d'un usage afin d'admettre la compétence des juridictions de l'établissement du transporteur lorsqu'elle a été prévue par une clause insérée dans le connaissement aboutit à un résultat *ubuesque* (nos italiques).

consentement exprès du destinataire[953]. En l'espèce il s'agit de deux transports des autocars l'un à destination de Guadeloupe et l'autre à destination de Guyane. La société française *Autotrans* est désignée comme destinataire au titre du connaissement pour le premier. Arrivés à destination, les autos radio contenus dans les autocars ont été volés, les assureurs ont indemnisé la société en charge de ces autocars et ont présenté leur réclamation au transporteur défendeur, *Hoegh Autoliner*-société norvégienne, qui a refusé de les indemniser et a été assignée devant le tribunal de commerce du Havre. Dans cette affaire la Cour a admis d'abord comme un principe qu'une clause attributive de juridiction désignant le tribunal norvégien peut être opposée bien que figurant au *verso* du connaissement et qu'il ne soit pas fait état de son acceptation expresse. Mais pour que la prorogation de compétence soit admise, il faut qu'elle intervienne « *sous une forme conforme à* ***un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans le type de commerce*** *par les parties au contrat de même type dans la branche de commerce considéré* »[954]. Alors, lorsque la Cour n'a pas entendu qu'il existait entre les parties un courant d'affaires tel que la société *Autotrans* ne pouvait refuser ladite clause, et il n'est pas soulevé que cette clause est conforme aux usages observés notamment en matière de commerce maritime et de transport maritime. Dès lors rien ne peut justifier que la société *Autotrans* connaissait la clause en question, par conséquent, la clause de prorogation de compétence ne peut être appliquée au litige.

De même que pour le second connaissement à destination de Guyane, la Cour a estimé que la société *Autotrans* qui intervient en qualité de tiers porteur du connaissement et qui justifie agir dans les droits du destinataire, « *ne pouvait pas accepter à sa place et pour son compte la clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement* ». Lorsqu'il paraît que le destinataire ne l'a pas acceptée, cette clause ne peut être opposée à la société *Autotrans*[955]. La Cour estima qu'« ***il n'est pas démontré qu'il y avait un courant d'affaires*** *entre la société Hoegh Autoliners et la société Autotrans tiers porteur du connaissement ; qu'il ne suffit pas d'établir qu'elle avait connaissance de la clause litigieuse et l'aurait acceptée tacitement selon un usage établi* ». Force est de constater que la conformité du

953 CA Rouen, 25 septembre 2008, *Mutuelles du Mans IARD*, n° 08/1001, *DMF*.2008.1011, note P. Bonassies.

954 L'arrêt précité.

955 En l'espèce, c'est la société de transports Palmier qui est acheteur et destinataire final de marchandises désignée au connaissement comme *consignee*.

comportement des parties à un usage du transport maritime international ne permettra que de présumer l'existence du consentement.

528. La non-assimilation le chargeur et le destinataire aux parties faibles. Un autre argument qui peut être envisagé à ce stade se place sur le souci de puissance négociation entre les parties contractantes ; le transporteur d'un coté, le chargeur et le destinataire de l'autre. Il semble que cet argument tente d'assimiler le chargeur et le destinataire au consommateur. Sur ce point, il faut rappeler que dans la pratique du commerce maritime, le chargeur et le destinataire sont les professionnels dans la plupart de rapports conventionnels. Par ailleurs, ceux-ci peuvent aussi s'exercer au nom d'un commissionnaire d'organiser le transport et de négocier le fret. Alors, de ce point de vue, on ne peut pas conclure que le chargeur et le destinataire sont les parties faibles au contrat de transport maritime.

529. La solution retenue par la jurisprudence thaïe. La Cour suprême *Dika* a décidé dans le cas relatif au contrat de transport maritime de marchandises dans le sens que l'assureur n'est pas lié par la clause attributive de juridiction insérée dans le connaissement parce qu'il est tiers du contrat[956]. En l'espèce, l'assureur demandeur avait assigné le transporteur défendeur devant le tribunal civil. Le transporteur avait invoqué que ce tribunal n'est pas compétent en raison d'avoir rédigé dans le connaissement la clause attribuant de compétence au tribunal de New York. La Cour a jugé que « *la clause attributive de juridiction est valide et opposable aux contractants du connaissement, c'est-à-dire la société expéditrice domiciliée aux États-Unis et le transporteur défendeur ; vu que ladite clause n'est pas opposée à l'assureur demandeur qui n'est pas partie au connaissement* ». La position retenue par la Cour est critiquée, car on sait que normalement l'assureur, après avoir subrogé dans les droits et obligations du chargeur, pourrait réclamer les dommages-intérêts au transporteur. Nous observons que dans cette décision, la Cour n'a pas appuyé sur le problème de subrogation légale ou conventionnelle comme celui de la décision *Signa Property* (n° 951/2539) précité. Par contre, elle admet que l'assureur n'est pas la partie du connaissement, et que seuls le transporteur et le chargeur sont les parties au connaissement, en conséquence les clauses insérées dans ce document ne peuvent produire les effets à l'égard du tiers. A la différence de la jurisprudence française dans cette matière, qui a posé, dans certains

956 Cour suprême *Dika*, n° 9083/2539 (1996).

temps, la condition de l'acceptation spéciale ; ou plus récemment elle a admis favorablement que la clause de compétence lie les tiers dans le cas où le tiers porteur en tant qu'acquérant a succédé aux droits et obligations du chargeur, la Cour thaïe n'a exigé aucune condition sur la subrogation. Alors nous attendons toujours une nouvelle décision pour connaître l'orientation de la Cour thaïe sur cette question.

530. Conclusion de la section et du chapitre. La prorogation de compétence, aussi bien par une convention que par une comparution volontaire est admise dans la plupart des systèmes juridiques, notamment en matière du contrat commercial international. Bien que la disposition de droit thaï sur cette clause ait été révisée et que la jurisprudence s'est orientée dans le sens négatif dans certains cas, les juristes confirment toujours la possibilité de conclure la clause attribuant de compétence.

Pourtant, nous ces principes sont toujours limités par le droit étatique dans le domaine destinés à protéger les parties faibles dans le contrat. En droit français positif, lorsque le contrat est international portant sur le domaine de partie faible et que la condition du domicile de défendeur soit remplie, c'est le règlement Bruxelles I qui est en jeu. On trouve que la méthode de regroupement les parties considérées 'faibles' dans le rapport contractuel est un moyen apte à leur donner la protection spéciale.

Pour la Thaïlande, à l'heure actuelle, on ne peut plus refuser la nécessité d'avoir le texte en matière de la protection de partie faible dans un contrat international, surtout dans le contrat de travail, on emprunte le terme 'libre circulation de travailleurs', car beaucoup de Thaïlandais ont conclu le contrat de travail avec les compagnies étrangères ou bien avec les étrangers qui travaillent en Thaïlande. Ceux-ci ne reçoivent toujours pas de protection suffisante, notamment sur les règles relatives à une clause attributive de juridiction qui doivent être clairement stipulées. Pour que l'on puisse réduire les risques de l'insécurité juridique qui peuvent survenir aux parties faibles domiciliés en Thaïlande, les parties contractantes devraient être prévisibles à tous les égards. De surcroît, nous insistons que, comme l'on a vu ci-dessus, la tendance du droit international privé français positif évolue dans le sens d'admission de la possibilité de conclure la clause attributive de juridiction en matière extrapatrimonial. D'ailleurs, même en cas du divorce, lorsque les époux ont la nationalité étrangère commune, il est admissible aussi d'attribuer la compétence aux

tribunaux dont ils ont la nationalité même s'ils sont domiciliés en France[957]. On ne voit aucune raison pour que la clause de prorogation de compétence simple en matière du commerce international ne soit pas admise devant la Cour thaïe.

531. Nous aurons l'opportunité d'intervenir par la suite sur une autre possibilité de dérogation conventionnelle aux règles de compétence ; la clause d'arbitrage. Même qu'elle est aussi l'une des formes de convention attribuant de compétence, mais en raison de son importance considérable en matière de contrats internationaux, nous proposons de l'étudier en tant que mode alternative de règlement des différends dans le chapitre suivant.

957 B. Audit, obs. de Cass. 1er civ, 1er avril 1981, *D.* 1982.IR.69, n° 396.

Chapitre Second

LE MODE CONSENSUEL DE REGLEMENT DES DIFFERENDS.

532. Il existe plusieurs modes alternatifs de règlements des conflits dans le commerce international tels que la négociation, la conciliation, la médiation ou l'arbitrage international. Chaque méthode conserve ses propres intérêts et techniques convenables à chaque différend avec les différents niveaux de contrainte. En effet il dépend de la nature de conflit, de la sévérité du problème et surtout de la volonté des parties contractantes de choisir l'une ou l'autre des solutions ci-dessus pour régler leurs conflits. Très souvent les parties commencent d'abord par les négociations, jugées moins sévères mais susceptibles de donner de meilleur résultat. Toutefois, lorsque les négociations échouent, les contractants peuvent recourir à d'autres choix afin de trouver une conclusion satisfaisante. Nous verrons dans ce chapitre l'arbitrage commercial international, comme l'on a déjà dit auparavant en raison de son rôle indispensable dans ce domaine, malgré son caractère non judiciaire, mais un mode juridictionnel. C'est ce dernier qui distingue l'arbitrage des autres modes alternatifs de règlement des différends.

L'arbitrage qui fait partie depuis longtemps des contrats internationaux est également une manifestation de l'autonomie de la volonté. La plupart des contrats commerciaux internationaux inclusent une clause d'arbitrage pour régler les futurs litiges et permettre aux parties d'éviter les tribunaux étatiques. Par l'état et la nécessité en matière du commerce international, les États adoptent les instruments d'arbitrage en tant que mode alternatif de règlement des différends aussi pour les affaires internes qu'internationales et encouragent les contractants de l'employer. On constate que la liberté de choix des contractants est plus large dans l'arbitrage commercial international que pour le choix du tribunal étatique. Car les parties pourraient choisir non seulement la loi applicable mais également les règles procédurales.

On a déjà étudié dans le chapitre précédent que la jurisprudence thaïe s'est orientée généralement vers l'acceptation de clause attributive de juridiction. La condition demandée par la Cour suprême dans sa décision avant la révision de l'article 7-4° du Code de procédure civile est que le tribunal choisi dans la clause attributive de juridiction doit être le tribunal du domicile de l'une des parties au litige d'une part, soit celui du lieu de la naissance du litige

d'autre part[958]. Puis après la révision, la Cour suprême a tranché le litige portant sur la clause attributive de juridiction mais elle reste silencieuse sur ce point et décida en revanche dans une autre issue[959]. Certes, la jurisprudence n'est pas contraire aux pratiques internationales car elle n'a refusé ni la validité ni l'applicabilité de cette clause devant la juridiction thaï, pourtant la mise en œuvre de ces conditions posent un certain nombre de questions en pratique commerciale internationale. C'est la raison pour laquelle les parties semblent hésiter de régler leurs différends par le mode traditionnel ; l'assignation devant le tribunal, notamment lorsque les transactions présentent un lien avec la Thaïlande. Par conséquent les modes alternatifs de règlement des différends sont de plus en plus indispensables et remplaceraient le mode traditionnel qui ne peut pas répondre aux besoins des parties dans le commerce international.

533. La notion de l'arbitrage international. La question préliminaire est de savoir quel est « l'arbitrage international » ? En effet chaque loi étatique distingue l'arbitrage interne de l'arbitrage international pour des raisons différentes. En France, la tradition de dissocier ces deux sortes d'arbitrage existait depuis longtemps c'est-à-dire chaque arbitrage devrait être soumis aux dispositions différentes propres à régler le problème donné selon la nature de différend. **Alors que dans le système juridique thaïlandais, on ne sépare jamais l'arbitrage interne de l'arbitrage international.** Force est de constater que les deux modes d'arbitrage sont régis par les mêmes dispositions. Mais cela ne veut pas à dire que la loi thaïe n'a jamais donné la définition à l'arbitrage international. En effet dans l'ancienne Loi de l'arbitrage B.E. 2530 (1987)[960], l'article 28 de cette loi a défini le terme de l'arbitrage international en raison de la distinction entre la reconnaissance de la sentence arbitrale interne et étrangère. Mais de nos jours, c'est la Loi de l'arbitrage B.E. 2545 (2002) qui s'applique et cette nouvelle loi a abrogé les dispositions de l'ancien article 28 et ne donne aucune définition à cette notion. C'est ce que l'on verra dans les détails par la suite. En somme, la distinction de

---

958 Cour suprême *Dika*, n° 951/2539 (1996).

959 Cour suprême *Dika*, n° 5809/2539 (1996).

960 En effet afin de rédiger les dispositions de la Loi B.E. 2530, le législateur a utilisé la loi anglaise de l'arbitrage comme modèle. Le problème paraît au cours de l'application car le législateur n'a repris qu'une partie de ladite loi qui, elle-même, est influencée par la ligne de jurisprudence anglaise bien constante. Notamment en ce qui concerne le contrôle de sentence par le juge étatique, car *l'Arbitration Act* 1979 limite ce contrôle dans trois cas qui sont considérés très importants et aptes à son pays. Alors que la Thaïlande n'envisage pas la même nécessité, enfin la nouvelle Loi B.E. 2545 a été élaborée par l'influence de la loi modèle de CNUDCI comme l'on a déjà cité auparavant.

l'arbitrage interne et international a pour l'objectif de connaître les dispositions applicables d'une part, et de faciliter la reconnaissance de la sentence d'autre part. Puisque la reconnaissance de la sentence étrangère sera soumise à la convention internationale que cet État est partie contractante.

534. La question est de savoir quels critères utilisés pour déterminer le caractère international de l'arbitrage ? En principe les États utilisent les critères principaux tels que les facteurs quantitatifs et qualitatifs[961]. Le premier se fondent sur les éléments physiques, très souvent l'État se rattache le caractère international de l'arbitrage à la nationalité des parties, le domicile, le siège de l'arbitrage ou même la religion. D'après ce critère, même si le différend porte sur le commerce international, si les parties sont domiciliées dans un même pays où se déroule l'arbitrage, cet arbitrage sera qualifié comme purement interne. La nationalité différente des parties peuvent aussi donner l'extranéité à l'arbitrage pour certain pays. En ce qui concerne le second facteur, qualitatif, il se base sur la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage et la nature économique du litige[962]. Quant à la loi applicable, celle-ci est utilisée normalement pour la reconnaissance de la sentence étrangère. Prenons un exemple d'un procès arbitral qui se déroule à Bangkok, procès régis par la loi française. Selon ce critère cette sentence est étrangère ; la reconnaissance en Thaïlande doit alors être soumise à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après la Convention de New York de 1958).

Ce critère peut répondre à la question de l'homologation de la sentence étrangère mais non pas à la question de savoir quel est le véritable arbitrage international. Pour répondre à cette question, on a besoin d'un critère pertinent qui tient compte de la nature réelle du différend. La richesse des motivations dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en 1997 mérite d'être mentionnée ici, selon la Cour « *le caractère interne ou international de l'arbitrage se déduit exclusivement de* ***la nature économique de l'opération ayant donné lieu à l'arbitrage****, indépendamment du lieu de celui-ci, de la loi applicable au fond ou de la nationalité des parties. En application de ce principe, est international l'arbitrage relatif à une opération économique impliquant un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les*

961 A. Chantara-opakorn, *Règlement de différends par l'arbitrage*, Bangkok : Nititham, 1994, p. 137 et s.
962 *Ibid*.

frontières et mettant en cause, de ce fait, les intérêts du commerce international »[963]. Par conséquent, la notion de l'arbitrage international dans l'article 1492 (art. 1504 du Décret du 13 janvier 2011) doit être entendue en ce sens[964]. La Cour française a retenu le critère qualitatif en recourant à la nature économique du différend.

535. A l'époque, l'internationalité de l'arbitrage selon la loi thaïe a conféré à la nationalité différente des contractants et la loi applicable à l'arbitrage. Dès lors, un tel ou tel arbitrage sera international à l'égard de la loi thaïe B.E. 2530 si le procès arbitral se déroule en totalité ou en grande partie du procès hors du territoire de Royaume thaïlandais et que l'une des parties ne soit pas Thaïe[965]. Certes, ce critère n'est pas apte aux contrats du commerce international, car ceux-ci sont internationaux par nature et il est risqué d'être qualifié comme litige interne.

Nous étudions tout d'abord l'appréciation de la clause d'arbitrage **(Section I)**. Ensuite, on interviendra sur l'appréciation de la compétence de l'arbitre **(Section II)**.

Section I

Appréciation de la clause d'arbitrage.

536. La convention d'arbitrage peut être rédigée dans un contrat distinct d'un contrat principal et peut être aussi la clause ou l'une des stipulations incluse dans ledit contrat. Force est de constater que la convention d'arbitrage est un fondement d'établir la compétence du tribunal arbitral. Faute de la validité de cette clause, l'arbitre n'a pas de compétence pour statuer sur le fond du litige. On verra tout d'abord la validité de la clause compromissoire **(§1)**, ensuite l'incidence de la convention d'arbitrage **(§2)**.

---

963 CA Paris, 1er juillet 1997, *Compagnie minière de l'Ogooué*, *Rev. arb.*1998.131, note D. Hascher.

964 CA Paris, 17 janvier 2002, *Hugon*, *Rev.arb.*2002.391, note J.-B. Racine ; *RTD com.*2003.63 ; CA Paris, 11 avril 2002, *SA Kiabi*, *Rev.arb.*2002.781.

965 L'article 28 de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2530. มาตรา ๒๘ แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ บัญญัติว่า "อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หมายถึง อนุญาโตตุลาการที่กระทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาททั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่นอกราชอาณาจักรไทย และคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย"

§ 1 : La validité de la clause compromissoire.

537. Afin de trancher la question de la validité de la convention d'arbitrage, il faut répondre d'abord à une question importante comme la qualité des parties contractantes de se compromettre (A). Car, si l'une d'elles n'a pas pu se compromettre, ce fait affectera sans doute la validité de ladite clause, il s'agit ici de l'arbitrabilité. L'ordre public international relève aussi du problème de la validité, pourtant nous faisons les réserves à ceci afin de le traiter dans la partie de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères. Il reste à savoir si le contrat principal n'est pas valable, ou même n'existe pas, la clause compromissoire peut-elle produire les effets ? Nous verrons ici la tendance d'admission fragmentaire de l'autonomie de la convention d'arbitrage entre la juridiction française et la juridiction thaïe (B).

A. La répercussion de la qualité des parties sur l'engagement compromissoire international.

538. Il s'agit ici de la question de l'arbitrabilité, certes, celle-ci peut poser de problème dans les diverses parties de l'arbitrage ; le sujet de l'arbitrage ou l'objet de l'arbitrage. C'est la limite donnée à la possibilité de substituer la juridiction arbitrale à la juridiction étatique. Mais nous nous intéressons ici l'arbitrabilité à l'égard de personnes morales de droit public puisque c'est une issue non seulement sensible mais elle fait l'objet du débat très intense en Thaïlande de nos jours. La question peut se poser si la validité de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international est indépendante de la nature privée ou administrative du contrat ? Cette question est compliquée en soi du point de vue juridique, et on ne peut pas éviter le problème de politique interne étatique qui augmente la sévérité du problème. En particulier lorsque l'intérêt public est en cause et les biens nationaux sont l'enjeu, l'argument va jusqu'à l'abrogation de la loi autorisant les personnes morales publiques de se compromettre dans tous les types de contrats. Ce qui semble contraire à la pratique internationale, pourtant l'idée que l'intérêt de l'État ne devrait pas pouvoir se compromettre est de plus en plus fort en Thaïlande.

1) <u>L'équilibre des souverainetés étatiques et des intérêts de commerce international.</u>

539. La question peut se poser ainsi : la compromission ou la non compromission des personnes publiques dans le règlement de litige par l'arbitrage relève de quelle loi ?

A l'époque, le droit français a qualifié l'aptitude de personne publique à régler les conflits par le mode arbitral comme le problème de capacité de personne[966]. Jusqu'au cours des années 60, la jurisprudence estime que « *l'interdiction faite à l'État et aux établissements publics de recourir à l'arbitrage ne soulève pas un problème de capacité (...) cette question relève de la loi du contrat et non de la loi personnelle des parties cocontractantes* »[967]. De surcroît, la jurisprudence judiciaire reste plus ouverte en décidant que « *il serait contraire aux intérêts de l'État d'interdire à ses représentants de s'accorder sur un mode de règlement des différends conforme aux usages du commerce international (...) pour les conventions ayant un caractère international* »[968]. Au point de vue du juge judiciaire, le refus de se compromettre dans cette hypothèse entraînerait très souvent la rupture de pourparlers. Elle estime donc que l'interdiction de ceci doit être limitée aux contrats d'ordre interne. Nous sommes d'accord sur ce point dès lors que le contrat est international portant sur le commerce et le représentant étatique joue un rôle d'un cocontractant sur le pied égal de la partie privée.

540. L'arrêt *Galakis* rendu en 1966[969], aboutit à la solution très frappante en matière de l'arbitrage international. **La Cour de cassation a admis un principe général de validité de l'engagement compromissoire de l'État en matière de commerce international**. La règle de droit international privé matérielle a été consacrée par la Cour. Il s'agit du fait que les dispositions des articles 1004 et 83 du Code de procédure civile française interdisent la clause compromissoire conclue par les établissements publics. Cette clause insérée dans un contrat peut être considérée comme nulle à l'égard de ces règles. La Haute juridiction estima que ces dispositions ne s'agissent que d'une règle matérielle interne, alors que dans la situation internationale comme en l'espèce, la nullité de la clause d'arbitrage n'est pas applicable lorsque celle-ci est contenue dans un contrat international. Force est de constater que le fondement de motiver cette décision met l'accent sur les deux points : la situation doit présenter le caractère d'extranéité d'une part et le résultat prescrit ne doit pas être identique à celui attribué par le droit interne d'autre part.

---

966 Trib. confl., 19 mai 1958, *Rev. arb.*1961.116.

967 Cass. 1er civ., 14 avril 1964, *San Carlo*, D. 1964.637, J. Robert ; *JDI.*1965.646, note B. Goldman ; *RCDIP.*1966.68, note H. Batiffol.

968 CA Paris, 10 avril 1957, *Myrtoon Steamship*, *JCP*.1957.II.10078, note H. Motulsky ; D. 1958.699, note J. Robert ; *RCDIP*.1958.120, note Y. Loussouarn ; *JDI.*1958.1002, note B. Goldman.

969 Cass. 1er civ., 2 mai 1966, *Galakis*, D. 1966.575, note J. Robert ; *JDI.*1966.648, note Level ; *JCP*.1966.14798, note Ph. Ligneau ; *RCDIP*.1967.553, note B. Goldman.

541. Cependant, la tendance de Conseil d'État était d'interdire la clause compromissoire. L'avis célèbre rendu par le Conseil d'État en 1986 affirme sa position hostile à l'arbitrage commercial international. Le tribunal a décidé que les personnes morales de droit public françaises ne peuvent recourir à l'arbitrage international qu'à la condition d'y être autorisées par une convention internationale ou par une loi. Comme l'a dit M. G. Teboul qu'il s'agit là de deux organes : un avis rendu par le Conseil d'État à titre de formation consultative, et la jurisprudence d'organe judiciaire[970]. De ce point de vue on peut se demander si la décision pour le litige de la même cause et du même fait dépend de la juridiction administrative ou judiciaire ? Pour répondre à cette question, il faut rechercher tout d'abord quelle juridiction est-elle compétente sur le litige de nature commercial international, litige dans lequel l'un des contractants est personne publique ? En principe, ce genre de litige ne relève pas des tribunaux administratifs. C'est toujours le juge judiciaire qui contrôle les sentences arbitrales internationales[971]. A notre avis il suffit de chercher à savoir si ce contrat est un contrat administratif ce qui permet au juge administratif d'avoir la compétence. Si la réponse est négative, ce litige relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

542. Prise en considération du critère d'extranéité et économique de l'arbitrage. En 2008, la juridiction judiciaire a eu l'occasion de saisir le recours en annulation de la sentence arbitrale internationale dans le litige entre un organisme public français et la fondation norvégienne, personne morale privée, d'où le conflit est né. En l'espèce, la fondation avait annulé le protocole d'accord conclu avec l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (ci-après *INSERM*)[972], qui avait pour objet le financement et la construction d'un bâtiment de l'institut de recherche dans le cadre d'un programme scientifique commun. En somme, *l'INSERM* a fait le recours à l'arbitrage selon la clause compromissoire insérée dans leur contrat en évoquant le non respect des engagements financiers de la fondation norvégienne. Malheureusement l'arbitre a rejeté la demande d'indemnisation de l'Institut et l'a condamné à rembourser le total de la somme versée plus les intérêts à la fondation.

---

970 G. Teboul, « Arbitrage international et personnes morales de droit public », Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratifs, *AJDA*.1997.26.

971 *Ibid*.

972 *L'INSERM* est autorisé en 2002 à conclure la clause compromissoire avec les organismes étrangers par le Décret n° 83-975, 10 novembre 1983 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'INSERM l'article 8, 9°, modifié par Décret n° 2009-278, 11 mars 2009, l'article 7, 9°.

La Cour d'appel de Paris a été saisie pour la question de la validité de la sentence, elle prend clairement position en faveur de l'arbitrabilité du contrat au sens du CPC lorsqu'il est international, quel que soit l'objet du contrat. Bien qu'il implique une personne morale publique, l'arbitrage est international avant d'être administratif et que le litige en cause portait sur les intérêts du commerce international[973]. Certes, cette solution ne peut toujours pas convaincre les partisans publicistes. Ils ont même proposé de consacrer le nouveau régime d'arbitrage destiné à régler les différends relatifs aux personnes publiques et personnes morales privées étrangères[974].

Finalement la Cour de cassation, dans l'arrêt du 26 janvier 2011[975], a affirmé la décision de la Cour d'appel en faveur de la notion de l'internationalité de l'arbitrage qui est employé comme critère pour prendre en considération si un tel litige de l'arbitrage relève de la compétence administrative ou judiciaire. La Cour de cassation a confirmé que « l'internationalité » de l'arbitrage fait appel à « une définition économique » et pour la déterminer il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État. La Cour a également appuyé sur les critères classiques tels que l'indépendance de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage ou le siège de l'arbitrage. Après avoir considéré le fait et l'objet du protocole d'accord entre les parties, la Cour de cassation a estimé que l'arbitrage en l'occurrence est international. Il semble que, à notre avis, la Cour a tenu compte du seul fait qu'il implique des mouvements transfrontaliers, c'est-à-dire il y avait un transfert de fonds entre la France et la Norvège.

En ce qui concerne le Décret du 13 janvier 2011, l'article 1504 ne donne toujours aucune solution comme dans le passé, car il a adopté la même définition de l'arbitrage international stipulée dans l'ancienne loi : « *Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* ».

---

973 CA Paris, 13 novembre 2008, *INSERM*, *D*.2009.Chron.2390, obs. S. Bollée et 2962, obs. T. Clay ; *Rev.arb*.2009.389, note M. Audit.

974 Conseil d'État, Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, « L'arbitrage et les personnes morales de droit public », Compte rendu, Colloque du le 30 sept. 2009, disponible sur le site : http://www.conseil-État .fr/cde/node.php?articleid=1812

975 Cass. 1er civ., 26 janvier 2011, *INSERM*, n° 09-10.198, *D*. 2011, AJ. 28 janv. 2011.

2) La solution évoluée de droit positif thaï.

a. L'admission de l'arbitrage dans un contrat international.

543. En Thaïlande, la possibilité de compromission des personnes morales publiques n'a pas apparu dans l'ancienne loi de l'arbitrage en 1987. La conférence de la Commission de travail pour rédiger la nouvelle loi sur l'arbitrage a eu lieu à la même époque où la Thaïlande a mis sur pied les tribunaux administratifs. Certains publicistes[976], certes, contestaient l'idée que l'État ou l'établissement public peut se compromettre en soulignant les deux raisonnements principaux ; d'une part, un État souverain ne doit pas laisser l'arbitre ou le juge privé trancher le litige dans lequel la personne morale publique est impliquée ; d'autre part, l'arbitre n'est pas responsable au public comme le juge administratif. Or, la majorité des juristes ont appuyé sur le fait que la Thaïlande est partie contractante de plusieurs accords internationaux tels que *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) ; *Free Trade Area* (FTA) lesquels obligent la Thaïlande à régler les différends nés du contrat par l'arbitrage international. C'est la raison pour laquelle la nouvelle loi de l'arbitrage de 2002 adopte la règle portant sur le règlement des différends entre la personne morale de droit public thaï et la personne de droit privé étranger (ou thaï), l'article 15 stipule expressément que :

« *Dans le contrat entre les établissements de l'État et l'individu, peu importe s'il s'agit de contrat administratif ou non, les contractants peuvent s'engager à régler leurs différends par l'arbitrage et se soumettre à cette convention arbitrale* »[977].

On peut observer que, à la différence de droit français, cette disposition n'est pas une exception, mais plutôt un principe général, malgré que la disposition utilise le verbe « pouvoir » c'est-à-dire qu'il n'est pas obligé mais elle laisse la porte ouverte pour l'arbitrage. Alors qu'en droit français, les personnes morales de droit public françaises ne consentiront à l'arbitrage international que si un texte de loi ou de convention internationale les confère un pouvoir[978]. Et en l'absence de ce texte, elles attendront qu'un autre texte de loi leur permette

976 N. Bormanan, « Du débat sur la chaine ITV : la différence entre le juge et l'arbitre », le 15 décembre 2004, disponible sur le site http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=93; S. Nitikraiphot, « Interview », Prachachat Business le 22 mai 2006.

977 มาตรา ๑๕ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า "ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา"

978 L'article 2060 al. 2 du Code civil français qui autorise un engagement compromissoire à certains établissements publics.

d'engager dans ce mode de règlement des litiges[979] par exemple dans l'affaire *Eurodisneyland*[980].

b. Les résultats critiqués pour le contrat international administratif.

544. C'est un problème qui résulte du texte de loi précité dont le champ d'application de l'article 15 comprend aussi les contrats d'État. C'est-à-dire même qu'une partie au contrat est personne morale de droit public, cela ne rend pas l'inarbitrabilité au litige. En ce qui concerne la définition du contrat administratif, la Loi sur l'arbitrage ne précise pas dans le texte mais que l'on puisse trouver sa définition dans l'article 3 de Loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999) qui définit ainsi : « *Contrat administratif comprend également un contrat dans lequel une administration publique ou un représentant de l'État est partie et qui revêt le caractère d'un contrat de concession, contrat de service public, contrat de travaux public ou contrat d'exploitation de ressources naturelles* »[981]. Mais lorsque l'établissement public a conclu un contrat pour son activité commerciale internationale avec un individu, la personne morale publique sera sur le même pied que son cocontractant et le rapport juridique en cause peut aussi soumettre au jeu du droit international privé.

545. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, il semble que les établissements publics concluent pratiquement la clause compromissoire pour régler leurs litiges dans les contrats internationaux. Le point de changement est intervenu lorsque l'État thaï a perdu dans plusieurs cas où l'arbitrage est en cause, notamment le cas du contrat de concession de la chaine de télévision *ITV* et celui de la construction d'autoroute. Bien que ces contrats soient administratifs lesquels ne nous concernent pas directement dans nos études, nous ne pouvons pas les écarter à ce stade car ils pourraient entraîner l'abrogation pure et simple de l'article 15 de la Loi sur l'arbitrage précité. Par ailleurs, le gouvernement a enfin délibéré la Résolution du 28 juillet 2007 qui prohibe toutes les clauses compromissoires pour les contrats, peut importe s'ils sont administratifs ou non, conclus entre l'établissement public thaï et l'individu en Thaïlande ou à l'étranger, sous réserve de l'admission au cas par cas l'avis favorable du

979 G. Teboul, « Arbitrage international et personnes morales… », *op.cit.*, p. 27.

980 CE avis, 6 mars 1986, *GACE*, *D.*, 2008, n° 12, obs. D. Labetoulle. ; V. aussi le Décret du 19 août 1986.

981 L'article 3 de la Loi, disponible en français sur le site http://www.admincourt.go.th/amc_fra/04-laws/f2act.pdf

gouvernement. Il en résulte que les établissements publics de nos jours suspendent, non seulement dans un contrat administratif mais également dans d'autres contrats commerciaux internationaux non administratif, la conclusion de toutes les conventions d'arbitrage pour régler leurs litiges avec les personnes morales privées. Puisqu'il est trop exposé pour eux, si leurs établissements, suite à l'arbitrage, ont perdu le procès, même s'il s'agit d'un contrat commercial international ordinaire, ils risquent toujours d'avoir affaire avec le gouvernement. D'ailleurs, l'arbitre ou les arbitres dans ce litige seraient convoqués par ce dernier pour lui donner une explication de rendre la sentence comme telle. Ceci est contraire aux pratiques de l'arbitrage selon lesquelles l'arbitre est indépendant et n'est pas obligé d'être un témoin devant la Cour ou d'exposer ses motivations sur la sentence auprès le gouvernement.

Il semble que l'interdiction aux personnes publiques de se compromettre dans un contrat du commerce international est considérée comme un obstacle au commerce et à l'investissement. On sait que l'intérêt public est le plus important et nécessite une protection spéciale. Au sens inverse on peut se demander si cette protection spéciale est nécessaire dans le champ du commerce international où les relations contractuelles d'intérêts privés occupent le terrain. On ne peut pas éviter de penser que la soumission de la validité d'une clause compromissoire dans un contrat commercial international à l'existence d'une convention internationale ou la loi spéciale laisse la porte ouverte aux personnes publiques de se déroger aux dispositions contractuelles auxquelles elles se sont engagés en l'absence du traité bilatéral ou de la loi spéciale. La question est de savoir s'il ne porte pas atteint aux entreprises privées étrangères qui exercent de bonne foi leurs activités commerciales en croyant à la validité de la clause compromissoire ? Certes, le mode alternatif de régler les litiges est l'un des facteurs importants que les investisseurs prennent en considération. Il ne s'agit pas à ce stade de la question de l'intérêt d'État, au contraire c'est celle de la bonne foi entre les contractants laquelle est une base de tous les types de contrats.

546. Nous proposons, pour le gouvernement thaï, de reconsidérer cette position et nous insistons sur la suppression du recours à l'arbitrage dans un contrat international laquelle n'est pas du tout la meilleure solution[982]. Il est possible de revenir sur le moyen selon lequel il faut

---

982 Au cours de la rédaction de cette thèse, l'Ordonnance est en cours de reconsidération par le gouvernement le 27 décembre 2010 suite aux problèmes de l'application. Dans cette nouvelle proposition soutenue par les juristes et la Commission du développement économique et social révise ainsi : « *Tout le contrat, peu importe s'il est administratif ou non, conclu entre l'établissement public thaï et l'individu en Thaïlande ou à l'étranger, le litige relatif à celui-ci pourrait être réglé par l'arbitrage ; sauf s'il y a des problèmes ou de nécessité, il faut demander l'avis du gouvernement au cas par cas* ».

avoir la loi spéciale permettant de se compromettre, ou même créer le nouveau régime de règlement des différends entre personne morale publique et personne morale de droit privé étranger par l'arbitrage commercial international.

B. L'autonomie de la convention d'arbitrage.

547. Lorsque les parties contractantes, conformément à la clause, ont saisi le tribunal arbitral afin de régler leur litige, la question peut se poser au stade de l'exécution de la convention d'arbitrage, à savoir si le contrat principal est nul ou n'a jamais existé, la clause compromissoire peut-elle produire les effets ? La réponse est positive dans la doctrine et on sait que ceci ne pose pas de problème pour la France, mais la jurisprudence thaïe semble variée. Cette question est considérablement importante puisque la réponse en faveur de l'autonomie de la clause compromissoire donnerait la vie à cette clause et par ailleurs, elle accorderait non seulement la compétence à l'arbitre de trancher un tel litige mais aussi de statuer sur la validité de ce contrat principal ; alors que la réponse négative permettrait en revanche à la juridiction étatique de régler ledit différend sans nécessité à se déclarer incompétent.

1) Prise en considération du principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage par le juge thaï.

548. La renonciation critiquée de l'autonomie de la convention arbitrale par rapport au contrat principal. Nous étudions rapidement la tendance de la jurisprudence de la Cour suprême *Dika* rendue avant l'année 1987, puis l'entrée en vigueur de la première Loi sur l'arbitrage en 1987 et enfin l'époque de la nouvelle Loi de 2002.

Avant l'entrée en vigueur de la Loi sur l'arbitrage de 1997, il semblait que l'avis des juristes était différent de celui de la Cour suprême *Dika*. Certes, la doctrine thaïe est favorable au principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage, alors que la jurisprudence en désignait autrement. Par exemple la décision rendue en 1977, en l'espèce il s'agit d'un contrat de vente internationale de marchandises, les contractants ont déjà conclu ce genre du contrat. Dans la pratique les contrats de vente entre les parties sont en principe conclus par écrit. Cependant pour le contrat en question, il paraît que la société vendeuse défenderesse n'avait pas signé ce contrat envoyé par la société demanderesse. La Cour a estimé que « *le contrat de vente n'existe jamais, par conséquent la convention d'arbitrage insérée dans ledit contrat destinée à régler les différends qui seraient nés du contrat ne peut produire aucun effet ; que la*

sentence arbitrale rendue à Londres ne peut pas être reconnue en Thaïlande, même si la Thaïlande et le Royaume Uni sont parties contractantes de la Convention de New York de 1958 »[983].

Il faut constater que la Cour thaïe a tenu cette position même après l'entrée en vigueur de la première Loi sur l'arbitrage B.E. 2530 en 1987, car cette ancienne loi n'avait pris aucune disposition sur ce sujet[984]. On trouve que la position de la Cour était ferme et non favorable à l'autonomie de la clause compromissoire. A notre avis, bien qu'il n'y ait eu aucune disposition de loi thaïe pour régler ce problème, l'article 173 du CCC peut être la bonne solution à ce stade. Cet article a pour but de trancher le problème d'acte juridique selon lequel lorsqu'une stipulation du contrat est nulle, mais qu'une autre se trouve valide, cette partie validée de ce contrat peut produire un effet. Pour cette raison nous ne sommes pas d'accord avec une telle décision de la Cour. Il semble que celle-ci soit contraire aussi bien à la pratique en matière de l'arbitrage internationale qu'à la tendance juridique d'autres pays[985] et même aux dispositions des conventions internationales.

Cependant parmi les décisions malheureuses, nous en trouvons aussi celle de la Cour suprême considérée comme moderne à l'époque, rendue en 1978 qui acceptait le jeu de la clause compromissoire. En l'espèce, il s'agissait du contrat de vente internationale de piments sec, la Cour a admis que « *vu que le contrat conclu entre les parties contractantes en stipulant que les différends nés de ce contrat doivent être tranchés par l'arbitrage à New York, est validé* »[986]. La Cour estima que cette clause résultait de la volonté des contractants était non contraire à l'ordre public international, alors il faut appliquer la clause compromissoire. Même si cette décision ne concerne pas directement l'autonomie de la clause d'arbitrage car il était au stade de la demande en reconnaissance de la sentence arbitrale, mais elle nous montre aussi la position du juge thaï d'admettre le règlement des différends nés du contrat international par l'arbitrage international.

---

983 Cour suprême *Dika*, n° 520/2520 (1977).

984 Cour suprême *Dika*, n° 611/2535 (1992).

985 En droit anglais de l'arbitrage 1996, la section 7 'Separability of arbitration agreement' stipule ainsi : « *Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement* ».

986 Cour suprême *Dika*, n° 698/2521 (1978).

549. L'admission par la loi le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage. Finalement, la nouvelle Loi sur l'arbitrage de 2002 met fins à ces résultats malheureux, car la dernière phrase de l'article 11[987] affirme ainsi : « *Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée* ». De même que la disposition de l'article 24 qui dispose que :

« *Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ; à la validité de la convention d'arbitrage ; ou à la validité de la constitution du tribunal arbitral. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité ou inopérant du contrat principal par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire* ».

Il est clair que le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage est consacré en droit thaï à l'arbitrage, aussi bien interne qu'international. Ceci est affirmé par le second alinéa du même article[988] qui exige la convention d'arbitrage en forme écrite ou au moins avoir une preuve écrite ; c'est-à-dire que lorsque cette convention est valide même si le contrat principal est nul, on ne peut contester que la première pourra toujours produire son effet pour régler le litige. La volonté du législateur est clair car il donne par ailleurs l'opportunité de prouver l'existence de la clause compromissoire même que les parties ne l'ont pas signée, si l'une d'elles peut prouver qu'il y a d'autres documents ou d'autres moyens de communications

---

987 L'article 11, 1er alinéa : « *Une convention d'arbitrage est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée* ». มาตรา ๑๑ วรรคแรก พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า "สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่ โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้"

988 L'article 11, alinéa 2 : « *La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications faxe, de télégrammes, de communications télex, ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre* ». มาตรา ๑๑ วรรค ๒ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาโต้ตอบทางจดหมาย โทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มิได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธ ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

L'article 11, alinéa 3 : « *La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat* ». มาตรา ๑๑ วรรค ๓ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่ามีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

confirmés la présence de cette convention d'arbitrage et que celle-ci fait partie au contrat principal ou précise qu'elle a pour but de régler le litige né de ce contrat, la loi présume l'existence de la clause d'arbitrage.

Tout cela affirme que la clause compromissoire est complète en soi, elle peut être séparément du contrat principal. Il ne faut pas laisser la partie de mauvaise fois conclure une convention d'arbitrage sans la volonté réelle de régler les différends par ce moyen en invoquant la nullité ou l'inexistence d'un contrat de fond pour rendre ladite convention inapplicable. D'ailleurs, si l'on prend en considération la disposition concernant le principe compétence-compétence, l'article 24 de la nouvelle loi[989] admet que pour l'objectif de statuer sur la propre compétence de l'arbitre, il est présumé que la convention d'arbitrage faisant partie d'un contrat principal est considérée comme une clause distincte des autres clauses du contrat. La décision de l'arbitre sur la nullité ou l'inapplicabilité de ce dernier n'affecte pas la validité de la clause compromissoire. On peut conclure que la loi thaïe actuelle, en vertu des articles 11 et 24, affirme l'indépendance de la clause d'arbitrage du contrat de fond.

2) <u>L'admission fermement du juge français l'autonomie de la clause d'arbitrage.</u>

550. En France, la situation était différente à l'époque, car la jurisprudence française admet depuis l'arrêt *Gosset* en 1963 qu'« *en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, qui ne sont pas alléguées en la cause, une complète autonome juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* »[990].

Cette orientation est affirmée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Hecht* en 1972, même qu'il s'agissait d'une clause insérée dans un contrat mixte et non commercial. La Cour décida ainsi : « *il se présente le caractère international du contrat qui liait les parties et ayant*

---

989 L'article 24, 1er al. : « *Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ; à la validité de la convention d'arbitrage ; ou à la validité de la constitution du tribunal arbitral. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité ou inopérant du contrat principal par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire* ». มาตรา ๒๔ วรรค ๑ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการได้ และเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้ถือว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลักเป็นข้อสัญญาแยกต่างหากจากสัญญาหลัก คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ว่าสัญญาหลักเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์จะไม่กระทบกระเทือนถึงข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ

990 Cass. 1er civ., 7 mai 1963, *Gosset*, D. 1963.545, note J. Robert ; *RCDIP*.1963.615, note H. Motulsky ; *Rev. arb.* 1963.60 ; *JCP*.1963.II.13405, note B. Goldman ; *JDI*.1964.82, 1er esp., note J.-D. Bredin.

rappelé qu'en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie, l'arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l'espèce recevoir application »[991]. C'est une décision qui affirme l'indépendance de la clause d'arbitrage du contrat principal y compris la loi applicable au fond de ceci et aussi de toute loi étatique, car normalement le contrat mixte relève à l'ancien article 631, al. 2, du Code de commerce.

Affirmant les fruits des deux arrêts dans la décision de la Cour de cassation en 1993, la Cour estima qu'« *en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* »[992]. La Cour affirme aussi dans le sens que seule la volonté commune des parties suffit à rendre l'efficacité et la validité de la convention et aussi à fonder l'autonomie de la clause d'arbitrage.

La question peut se poser ailleurs, à savoir si la nullité ou l'inexistence du contrat principal affectent-elles la clause compromissoire ? L'arrêt de la Cour de cassation rendu en 2005 donne la réponse négative en décidant que « *la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui contient la clause d'arbitrage ne l'affectent, en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale* »[993].

551. La ligne de la jurisprudence s'est orientée en faveur de l'indépendance de la référence de toute loi étatique de la convention d'arbitrage[994]. En somme, la question la plus

---

991 Cass. 1er civ., 4 juillet 1972, *Hecht*, *JDI*.1972.843, note B. Oppetit ; *RCDIP*.1974.82, note P. Level. V. aussi CA Paris, 13 décembre 1975, *RCDIP*.1976.506, note B. Oppetit ; *JDI*.1977.107, note E. Loquin ; *Rev.arb*.1977.147, note Ph. Fouchard.

992 Cass. 1er civ., 20 décembre 1993 ; *Dalico*, *JDI*.1994.432, note E. Gaillard ; *RCDIP*.1994.663, note P. Mayer ; *Rev. arb*.1994.116, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD com*.1994.254, obs. E. Loquin.

993 Cass. 1er civ., 25 octobre 2005, n° 02-13.252, *D.* 2005.3050 et 2006.199 ; *Rev.arb*.2006, note J.-B. Racine.

994 V. en ce sens, Cass. 1er civ., 21 mai 1997, *Jaguar*, *Rev.arb*.1997.537, note E. Gaillard ; *RCDIP*.1998.87, note V. Heuzé ; *JDI*.1998.969, 1er esp., note S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD com*.1998.330, obs. E. Loquin. Il s'agit d'un contrat international conclu par un consommateur pour l'achat d'un véhicule au Royaume-Uni. La Cour de cassation affirma que « *la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge d'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige* ».

importante à ce stade est de savoir si cette clause compromissoire est-elle valable ? Quelle est la loi applicable pour considérer sa validité ? Pour la seconde question on a déjà vu ci-dessus que la clause d'arbitrage n'a besoins d'aucune loi pour justifier son existence, affirmons que seule la volonté des contractants est suffisante.

552. En droit communautaire, il semble que le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage n'est pas reconnu dès lors qu'elle est en concurrence avec l'application du Règlement Bruxelles I.

Il convient d'appuyer sur la décision de la CJCE dans l'affaire *West Tankers* dont la Cour Luxembourg a refusé d'apprécier la prononciation d'une *anti-suit injunction* pour protéger la clause compromissoire conclue par les parties au contrat (v. *supra* n° 516). Car, au point du vue de la CJCE, lorsque le litige est reconnu par le tribunal étatique compétent sur le fond en vertu du règlement Bruxelles I, c'est-à-dire qu'il est entré dans le champ d'application de ce règlement, c'est pourquoi la mesure *anti-suit injunction* est impossible.

Certes, cette décision met non seulement une incertitude à la convention d'arbitrage mais également l'imprévisibilité du mode de règlement des différends. Puisqu'une fois que les parties engagent dans une convention d'arbitrage, surtout pour régler le litige qui sera né du contrat, on présume qu'elles ont l'intention de trancher leurs conflits par ce moyen et non la longue procédure des tribunaux étatiques. L'intérêt de fixer dans un contrat les modes de règlement des différends est que les contractants connaissent par avance à quelles obligations ils s'engagent. D'après l'arrêt *West Tankers*, on peut dire que l'autonomie de la clause d'arbitrage est rejetée par la CJCE. Bien que cette clause soit valide, c'est le juge italien qui est compétente de statuer le litige né du contrat. A notre avis, même si la mesure *d'anti-suit injunction* est impossible dans l'espace judiciaire européenne, on peut penser qu'il est possible aussi de prononcer que la clause compromissoire est valable et doit être renvoyée au tribunal arbitral donc ce dernier aurait pu statuer sur sa compétence.

3) <u>L'autonomie de la clause compromissoire par rapport à l'application de règles impératives.</u>

553. La Cour de cassation affirma dans l'arrêt rendu en 2010 que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives sont applicables au litige[995].

995 Cass. 1er civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga c/ Sté HTC*, n° 09-67.013, D. 2010. 1797 ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 243, p. 16-18, obs. G. Bertrou et O. Attias.

En l'espèce, la société française *Doga* a conclu, en 1999, un contrat de distribution exclusive en France avec la société suédoise *HTC*, cette dernière a résilié le contrat en 2007. La société *Doga* a saisi le tribunal de commerce pour le paiement de dommages-intérêts pour la rupture abusive du contrat en vertu de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce. La société *HTC* a invoqué l'existence de la clause d'arbitrage devant le tribunal étatique pour qu'il se déclare incompétent. La société *Doga* a appuyé sur la violation des dispositions à caractère d'ordre public de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce pour contester l'application de la clause compromissoire. Elle a fait valoir que la rupture brutale d'une relation commerciale établie constitue un délit civil qui engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que l'action en réparation intentée par la victime pour voir sanctionner la méconnaissance par d'autre partie d'une obligation légale ne constitue pas un lien avec le contrat[996], selon la société *Doga*, la clause compromissoire devait être considérée comme manifestement inapplicable au sens de l'article 1458 du CPC. La Cour de cassation a affirmé les décisions du tribunal de commerce de Versailles et la juridiction d'appel en estimant que « *le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables. La Cour d'appel en a exactement déduit qu'il appartenait à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence (…)* ».

Il faut constater cependant que la question ne se pose pas ici sur le caractère de loi de police de l'article L. 442-6-I-5° en cause, alors la Cour de cassation n'a pas statué sur ce point. D'après MM. G. Bertrou et O. Attias, les auteurs se demandent si ledit article du code de commerce s'applique indépendamment à la loi applicable au contrat, c'est-à-dire la loi de police ; ou bien uniquement si la loi française est désignée par la règle de conflit, c'est-à-dire l'ordre public international ?

Cependant un autre arrêt rendu en faveur de l'applicabilité de la clause attributive de juridiction en présence des dispositions de l'ordre public applicable au litige, la Cour de cassation a décidé que « *l'existence de l'ordre public applicable au litige n'avait pas pour*

---

996 V. CA Aix-en-Provence, 29 mai 2008, *Gimoka SRL*, n°07/16801 : la Cour a décidé que dés lors que la convention d'arbitrage vise tous les litiges relatifs au contrat, une demande de nature délictuelle qui présente un lien direct avec le contrat ne rend pas manifestement inapplicable la clause compromissoire. En l'espèce il s'agit d'un contrat de distribution exclusive, la demanderesse a soulevé pour contester l'application de la clause d'arbitrage la nature délictuelle de l'action en cause, en soutenant que sa demande de dommage-intérêts issue de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Mais la juridiction d'appel, en affirmant la décision du juge du fond, a estimé que « *la généralité des termes retenus par la clause compromissoire implique que les parties au contrat ont entendu soumettre à l'arbitrage tout litige pouvant survenir entre elles* ».

effet de rendre la clause attributive de juridiction inapplicable »[997]. Force est de constater que l'ordre public international en cause ne peut priver les arbitres de leur compétence. Autrement dit, il ne faut pas laisser l'une des parties simplement utiliser l'article L. 442-6-I-5° afin de se soustraire à la clause compromissoire. On peut observer que cette décision confirme aussi bien l'autonomie de la convention d'arbitrage que le principe de compétence-compétence de l'arbitre.

Pourtant, à notre avis, si l'article L. 442-6-I-5° constitue de loi de police ou bien l'ordre public international, même si il n'affecte pas à la validité de la convention d'arbitrage, mais l'arbitre devrait aussi en tenir compte dans son procès.

§ 2 : L'incidence de la convention d'arbitrage.

554. La clause d'arbitrage peut produire des effets en plusieurs aspects ; il y a d'abord, pour les parties faibles, certaines différences posées par la jurisprudence entre les parties réputées faibles elles-mêmes, par exemple le travailleur et le consommateur (A). Alors que dans l'aspect des tiers, la question de l'opposabilité de la clause d'arbitrage ouvre le débat très vivant, en particulier dans la matière de contrat de transport maritime international (B).

A. L'arbitrage international à l'épreuve de la protection de parties faibles, les déséquilibres manifestes.

1) Solution plus favorable en matière du contrat de travail.

555. En matière de contrats internationaux, il arrive souvent que les contractants ont conclu dans leurs contrats la convention d'arbitrage, ce qui résulte du principe de l'autonomie de la volonté reconnu aux parties. Il en va de même pour les contrats conclus par les parties faibles. En effet, le souci n'est pas loin de celui constaté en matière de la clause attributive de juridiction. Il faut bien considérer si elles sont privées de leurs protections nécessaires accordées par la loi. L'arbitrage est considéré comme la justice privée, on peut se demander à quel niveau de protection la loi peut-elle couvrir les parties réputées faibles ?

---

997 Cass. 1er civ., 22 octobre 2008, n° 07-18744, *D.* 2009. 200. En effet, la responsabilité selon l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce n'est pas de nature contractuelle. Donc, on peut trouver les décisions qui ont décidé que la nature extracontractuelle de cette responsabilité rend inapplicable toute clause attributive de juridiction figurant dans le contrat en cause.

556. La Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé la protection du salarié dans son arrêt du 28 juin 2005. En l'espèce, il s'agit d'une rupture du contrat de travail par le travailleur ; le capitaine du navire immatriculé à l'étranger d'une part, et la société employeuse d'autre part. Le travailleur a saisi le Conseil de prud'hommes, alors que la société employeuse a saisi la Cour d'appel de Paris pour faire opposition à cette requête en invoquant l'existence de la clause d'arbitrage, la juridiction d'appel a rejeté cette affaire.

Le litige a été porté devant la Chambre sociale qui a constaté aussi la clause compromissoire insérée dans un contrat international, elle a confirmé la validité de celle-ci en décidant que la Cour d'appel a violé le principe de validité des clauses compromissoires lorsqu'elle l'a écartée. Car on présume que le salarié souhaite s'affranchir de la protection accordée par la loi au moment où le litige survient. Pourtant ce n'est pas pour tous les cas qu'il sera comme tel, il faut constater que la clause compromissoire est inopposable au travailleur dès lors que les juridictions françaises sont internationalement compétentes.

Comme l'affirme la Cour de cassation que la clause d'arbitrage « *n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* »[998]. C'est-à-dire que lorsque la partie saisie la juridiction étatique est un travailleur, on voit que la clause compromissoire ne lui était pas opposable.

En l'occurrence, la Chambre sociale se fonde la compétence juridictionnelle sur le domicile en France du capitaine du navire, le travailleur, car il paraît dans le fait que celui-ci exécute sa prestation en dehors de tout établissement. Alors on trouve dans les autres décisions la même position de la Cour de cassation d'écarter le principe de validité de la clause d'arbitrage et le principe de compétence-compétence[999]. Cependant on peut comprendre que, en l'espèce, la Cour a traité le contrat de travail qui inclut la clause compromissoire comme le cas du contrat de travail qui inclut la clause attributive de juridiction. Car au point de vue de la Cour, la clause d'arbitrage est un type de clause prorogation de compétence du juge étatique en matière de partie faible. Et que normalement

---

998 Cass. soc., 28 juin 2005, n° 03-45.042, *D.* 2005.2035, obs. T. Clay ; *JCP*.2005.I.179, obs. J. Béguin.

999 V. dans ce sens Cass. soc. 16 février 1999, *RCDIP*.1999.745, 1er esp., note F. Jault-Seseke ; *Rev.arb.*1999.290, 1er esp., note M.-A. Moreau ; *Gaz. Pal.* 2000.1.Somm.699, 1er esp., obs. M.-L. Niboyet ; Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-41.860, *D.* 1999.IR.140 ; *RCDIP*.1999.745, 2e esp., *op.cit.* ; *Rev.arb.*1999.290, 2e esp., note M.-A. Moreau ; *Gaz. Pal.* 2000.1.Somm.699, 2e esp., *op.cit.* : La Cour de cassation a décidé dans le même sens que la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables. V. aussi Cass. soc., 9 octobre 2001, *D.*2001.IR.3170, obs. C. Dechristé ; *Rev.arb.*2002.347, note T. Clay ; *Dr. soc.*2002.122, note M.-A. Moreau.

ladite clause ait été incluse dans un contrat type de travail international dont le salarié n'a pas le pouvoir de négocier. Dès lors que celui-ci a saisi le juge étatique, il faut le protéger en ignorant l'existence de la convention d'arbitrage. A notre avis, les décisions de la Cour de cassation en ce sens a pour l'objectif de protéger le salarié réputé faible.

2) Solution critiquée en matière du contrat de consommation.

557. Cette même règle de compétence internationale de la juridiction française semble inapplicable, d'après la Cour, en matière de contrat conclu par le consommateur. En cette matière, la jurisprudence est favorable au principe de compétence-compétence. Dans l'affaire très critiquable, la société *Salomon Smith Barney*, la Chambre civile estima qu'en l'absence de la nullité manifeste de la clause compromissoire, il appartiendra aux arbitres de la mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation !

Il s'agit en l'espèce du contrat sur les produits financiers signé par un particulier considéré certainement comme partie faible à l'égard de cette relation contractuelle avec un démarcheur à domicile. Si l'on examine sur le fond, on constate que le contrat avait pour l'objet de transférer de fonds entre la France et les États-Unis pour la somme d'environ 400 000 de dollars. En l'occurrence, Mme X, le demandeur, avait donné le mandat à la société en cause de gérer les fonds sur des marchés à risque. Ce contrat a été conclu en anglais, langue que la consommatrice ne maîtrise pas. Suite à la disparition de ses placements, Mme X avait saisi le TGI de Paris ; comme prévu, son cocontractant avait invoqué l'existence de la clause compromissoire. Le TGI de Paris a décidé que le principe de compétence-compétence doit être respecté, de même que la décision de la juridiction d'appel qui s'est orientée dans la même position. Enfin le pourvoi formé par la consommatrice a été rejeté par la Cour de cassation en affirmant que « *la Cour d'appel a retenu le caractère international de l'opération économique litigieuses, la convention d'ouverture de compte ayant pour effet un transfert de fonds entre la France et les États-Unis, peu important, dans ces conditions, que l'une des parties ne fût pas commerçant (...) ; qu'elle en a exactement déduit* ***qu'en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire devait recevoir application*** *en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles*

d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre et sous le contrôle du juge de l'annulation »[1000].

558. Les déséquilibres entre les contractants dans ce contrat de vente des instruments financiers d'une part ; et ceux de traitements de la Cour envers les affaires du consommateur et celles de salarié d'autre part, malgré qu'ils soient mêmes les parties réputées faibles dans lesdits contrats.

Bien que le contrôle du juge de l'annulation reste disponible, à savoir que la consommatrice dans cette affaire devait faire valoir ses droits dans le procès arbitral qui se déroule aux États-Unis et surtout en anglais comme précisé dans la clause compromissoire. En effet, on peut dire que lorsque le consommateur signe un contrat, il arrive très souvent que celui-ci ne fasse pas attention aux clauses ou à l'économie du contrat. Certainement, lorsque l'on conclut un contrat, les conflits avec le cocontractant sont les dernières choses dans le monde qu'on souhaite. Quand bien même nous partageons toujours à l'avis favorable pour le mode de règlement des différends par l'arbitrage, mais il faut que la protection des parties faibles soit assurée. Nous croyons en la bonne fonction de l'arbitrage, pourtant dans certaines hypothèses comme en l'occurrence, il est clair que le consommateur n'a pas reçu la protection suffisante.

559. Certes, la Cour a admis l'application de la clause d'arbitrage dans les contrats conclus par le consommateur en s'appuyant sur l'internationalité des contrats depuis l'affaire *Jaguar*[1001]. En effet la Cour, dans l'arrêt *Smith Barney*, a repris la même décision de l'affaire *Jaguar*. Cependant les détails et notamment la nature de consommateur dans les deux affaires sont totalement différents. L'affaire *Jaguar* constitue les spécificités car le consommateur a conclu le contrat d'achat d'une voiture de Jaguar, considérée sans doute comme un placement par son prix très élevé. En l'occurrence, l'acheteur avait fait valoir que la convention d'arbitrage était manifestement nulle et que les règles impératives du droit français et l'ordre public international s'opposeraient à la validité d'une clause compromissoire stipulée dans un

---

1000 Cass. 1er civ., 30 mars 2004, *Smith Barney*, *D.* 2004.2458, note I. Najjar ; 2005.3050, note T. Clay ; *RTD com.* 2004.447, obs. E. Loquin ; *Rev.arb.*2005.115, 1er esp., note X. Boucobza ; *JCP*.2005.I.134, obs. C. Seraglini.

1001 Cass. 1er civ., 21 mai 1997, *Jaguar*, 1er esp., *RCDIP*.1998.87, note V. Heuzé ; *RTD com.*1998.330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; 2e décision, *Rev.arb.*1997.537, note E. Gaillard ; *JDI.*1998.969, 1er esp., note S. Poillot-Peruzzetto.

contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. La Cour ayant appuyé sur les intérêts du commerce international apparus dans l'économie du contrat et ayant estimé que « *peu importe les circonstances, l'achat fût destiné à la consommation personnelle de l'acheteur, dès lors c'est à bon droit que les juges du fond déclarent que la clause compromissoire doit recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartient aux arbitres de mettre en œuvre sous le contrôle du juge de l'annulation (...)* ».

On peut observer qu'il s'agissait du transfert de bien et de fonds entre la France et la Grande Bretagne. Car l'acheteur, avait passé commande à Paris auprès de la société *Jaguar* France d'un véhicule. Après avoir réalisé qu'il a été trompé sur les caractéristiques de ce véhicule, il avait fait assigner les sociétés *Jaguar* France en annulation de la vente. Mais les défenderesses avaient opposé à cette demande en invoquant l'existence d'une clause d'arbitrage figurant dans le contrat qui prévoyait le déroulement de la procédure arbitrale à Londres. A ce stade, la question est de savoir quel est le critère employé pour considérer si un tel ou tel contrat fait l'objet d'un contrat économiquement international ? Avant de répondre à cette question il faut rappeler que la validité de convention d'arbitrage international écarte toute règle prohibitive du droit interne français. Alors la nullité de la clause compromissoire selon l'article 2061 du Code civil est inopposable dans l'arbitrage international. Car la notion de la commercialité internationale devrait être entendue de façon autonome, surtout en matière d'arbitrage international cette notion ne se confond pas avec celle d'acte de commerce au sens étroit du terme des droits internes. En revanche, il doit être considéré comme commercial tout arbitrage portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale et mettant en cause le commerce international.

Il ne semble toujours pas clair comment l'achat d'une voiture *Jaguar* de la Grande Bretagne par un particulier non professionnel a été considéré comme mettre en cause les intérêts du commerce international ? *A priori*, la réponse à cette question se trouve dans la motivation de la Cour dans l'arrêt du 13 juin 1996 selon lequel les intérêts du commerce international résultent du **seul constat** que « ***le contrat implique un mouvement de bien, de service, ou un paiement à travers les frontières*** » ; que « *le caractère commercial de la convention d'arbitrage ne dépend ni de la qualité des parties, ni de l'objet du contrat, ni du droit applicable* »[1002].

[1002] CA Paris, 13 juin 1996, *JDI*.1997.51, note E. Loquin

560. Revenons à l'arrêt *Smith Barney* et *Mme X*, cette décision est plus claire dans la mesure où la Cour a mis en avance la priorité de la clause compromissoire. On peut se demander si cela signifie la faillite du système de protection des consommateurs ? Car, on sait que, comme l'écrit M. C. Jarrosson, il est « nécessaire de protéger le consommateur contre le professionnel, de ne pas faire de l'arbitrage une nouvelle arme du fort contre le faible, du spécialiste contre le profane »[1003]. Dans l'arrêt *Smith Barney*, l'autorisation de la clause compromissoire dans les contrats internationaux de consommation permettrait aux professionnels, en utilisant la simple stipulation, de se mettre définitivement à l'abri de toute réclamation de leurs clients. Ceci laisse la porte ouverte pour accueillir un déni de justice[1004].

La raison de l'interdiction de la clause compromissoire dans les contrats internationaux peut expliquer par la nature des accords qui conduit à priver inexorablement les parties faibles de la possibilité de faire assurer le respect de leurs droits. A l'égard du juge, celui-ci devrait respecter le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage admis généralement dans la pratique du commerce international. Mais, ceci ne nous convainc pas, en raison de la spécificité de la matière de parties faibles, si l'on prend en considération les détails de l'affaire précitée, comment peut-on dire que le consommateur a reçu la justice ? Dans cet état de cause, on peut penser à l'impossibilité d'accéder au juge chargé de statuer sur la prétention de partie, ne serait-il pas contraire à l'ordre public international et l'article 6.1 de la Convention EDH ? (Certes, ce n'est pas pour tous les cas, mais l'affaire *Mme X c/ Sté Barney* nous a montré comme tel).

561. En Thaïlande, il semble que la jurisprudence ne tient pas compte de la protection des parties faibles, en effet la situation est semblable à celle de la clause attributive de juridiction que nous avons déjà étudiée. A titre d'exemple, la Cour suprême admet en faveur d'une convention d'arbitrage dans une décision concernant le contrat de travail international : « *Vu que les parties ont conclu la clause compromissoire dans leur contrat de travail, dans la mesure où les conflits ou les différends nés de ce contrat y compris les obligations résultantes du contrat devraient être réglées par l'arbitrage international à New Jersey, en appliquant les règles de l'AAA (The American Arbitration Association). Considérant que la clause compromissoire n'est contraire ni à la loi thaïe ni à la loi de l'État de New Jersey, elle est*

1003 C. Jarrosson, « La clause compromissoire », *Rev.arb.*1992.259.

1004 V. Heuzé, « Validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation », Note sous Cass. 1er civ., 21 mai 1997, *RCDIP*, *op.cit.*, p. 88.

donc valide et par conséquent les parties devraient d'abord régler leur litige par voie arbitrale »[1005]. De même que la décision rendue en 2007, dans le contrat de travail international dans lequel est incluse la clause compromissoire pour régler les différends, le salarié étranger domicilié en Thaïlande a assigné son employeur, une société thaïlandaise, devant le tribunal du travail, ce contrat est régi par la loi canadienne. La Cour suprême a admis qu'« *entend qu'il ne paraît pas la nullité ou l'inapplicabilité qui rendait inapplicable la convention d'arbitrage ; Vu que cette convention est opposable aux parties contractantes ; que l'une des parties au contrat ne pouvait pas assigner l'autre partie devant le tribunal de travail, il appartenait à l'arbitre de trancher ce litige* »[1006].

Certes, on peut le considérer comme bon signe l'admission de l'arbitrage, mais on peut se demander quel est l'objet censé être protégé par la loi, ne serait-il pas les parties réputées faibles dans le contrat international[1007] ? On peut dire qu'en première espèce, l'hypothèse est plus facile à admettre, car le salarié est Anglais et son employeur est une société de droit américain. Dès lors, la procédure d'arbitrage se déroule aux États-Unis, en langue anglaise, ceci ne semble pas poser beaucoup de problèmes. Mais, si le travailleur est un Thaïlandais qui ne maîtrise pas l'anglais, le cas deviendra plus compliqué à notre avis. Nous proposons de protéger le travailleur en tant que partie faible au contrat sans tenir compte de la nationalité, mais plutôt de son domicile.

B. L'opposabilité des clauses compromissoires.

562. On a déjà vu les effets de la clause attributive de juridiction insérée dans le connaissement à l'égard des tiers dans le chapitre précédent, la même question de l'opposabilité peut aussi se poser dans cette matière. On sait que le règlement des différends par l'arbitrage est couramment utilisé dans les contrats internationaux. Il est logique que la clause compromissoire lie les signataires, mais il reste à savoir si ladite clause insérée dans le connaissement pourrait-elle être opposable au tiers porteur ou bien au destinataire ou à

1005 Cour suprême *Dika*, n° 1958/2548 (2005).

1006 Cour suprême *Dika*, n° 8627/2550 (2007).

1007 V. cependant Cour suprême *Dika*, n° 4038/2545 (2002) : la Cour suprême *Dika* a décidé que le litige portant sur le licenciement abusif des travailleurs, donc le salarié demandeur exerce ses droits en vertu de la Loi portant sur la constitution de tribunal du travail et ses procédures B.E. 2522, l'article 49. D'après la Cour, ce litige ne concerne pas l'assignation relative au litige né du contrat de travail ce qui n'entre pas dans le champ de l'article 10 de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2530. Par conséquent, le demandeur avait le droit de porter plainte directement devant le tribunal de travail sans nécessité de régler le litige par l'arbitrage prévu dans le contrat.

l'assureur, notamment les tiers qui ne l'ont pas acceptée de façon expresse ? Cette question donne lieu à la jurisprudence divergente entre la Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de la clause attributive de juridiction comme l'on a déjà étudiée. Qu'en serait-il en matière de clause d'arbitrage ? C'est ce qu'on verra par la suite.

1) Solutions jurisprudentielles antérieures.

563. En premiers temps, la décision de la Cour de cassation rendue en 1994 déclare que « *s'agissant de la clause compromissoire prévue dans les connaissements, elle ne peut être opposée au destinataire si elle n'a pas été portée à sa connaissance et acceptée par celui-ci au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il a adhéré au contrat de transport* »[1008]. Cette décision a été reprise postérieurement en 1995, la Cour de cassation a affirmé que « *la Cour d'appel a énoncé à bon droit que l'acceptation par le chargeur de la clause compromissoire insérée au connaissement ne suffisait pas pour la rendre opposable au destinataire qui ne l'avait pas lui-même acceptée* »[1009]. La jurisprudence antérieure n'affirmait pas encore la compétence de l'arbitre d'apprécier l'application du destinataire de la clause d'arbitrage.

564. S'agissant de forme de l'acceptation, la ligne de jurisprudence constante à l'époque nous montre que la Cour de cassation a admis depuis longtemps que l'acceptation de la clause compromissoire par le destinataire n'a pas pu résulter d'une simple acceptation du connaissement. Le destinataire qui a accepté un connaissement, qui avait fait référence à une charte-partie qui comporte elle-même une clause d'arbitrage, ne peut être considéré que cette clause est acceptée[1010].

Alors qu'en matière de la clause attributive de juridiction, sur la question de savoir si la loi française applicable au contrat permet la transmission automatiquement au tiers porteur de la clause attribuant de compétence insérée dans le connaissement, la jurisprudence établie

---

1008 Cass. com., 29 novembre 1994, *Stolt Osprey*, *DMF*.1995.209, obs. P. Bonassies ; *DMF*.1995.218, obs. Y. Tassel. V. aussi CA Rouen, 8 octobre 2002, *Walka Mlodych*, *DMF*.2003.547, obs. Y. Tassel.

1009 Cass. com., 20 juin 1995, *Rev.arb.*1995.622.

1010 V. en ce sens CA Paris, 13 janvier 1988, *DMF*.1988.395 : la Cour a décidé que la référence du connaissement aux modalités, conditions, facultés, et réserves de la charte-partie, même s'il est précisé qu'elles sont incorporées au connaissement sans qu'elles y soient reproduites et qu'il soit établi que ce document y était annexé, ne suffit pas à rendre certaine l'acceptation, au moment de la réception de la marchandise, de la clause d'arbitrage par le porteur du titre. Par conséquent, la clause compromissoire de la charte-partie lui est inopposable ; CA Aix-en-Provence, 10 décembre 1992, *DMF*.1994.53 ; CA Rouen, 14 octobre 1993, *DMF*.1994.381 ;

dans cette matière joue son rôle ; la Chambre commerciale en 1998 décida que « *la clause de compétence figurant au connaissement doit faire l'objet d'une acceptation spéciale de la part du destinataire, laquelle ne résulte pas de l'accomplissement sans réserves du connaissement* »[1011]. Affirmant par une autre décision selon laquelle « *il ne résulte d'aucun texte de droit interne que le porteur du connaissement, en acceptant la livraison de la marchandise, succède aux droits et obligations du chargeur découlant de la clause attributive de juridiction acceptée par celui-ci (...)* ». La Cour de cassation confirma la décision de la juridiction d'appel que « *la clause attributive de juridiction n'était pas opposable aux assureurs subrogés dans les droits du destinataire, porteur du connaissement, faute d'avoir été acceptée au plus tard lors de la livraison* »[1012]. Autrement dit, pour que cette clause puisse être opposable au destinataire ou porteur du connaissement, après avoir subrogé les droits et les obligations par les assureurs, elle devra être acceptée par ceux-ci au plus tard lors de la livraison.

Ce constat affirme que, traditionnellement, le connaissement maritime utilisé pour la livraison de marchandises ne vaut pas une acceptation de la clause compromissoire. Même que certaines décisions ont été tranchées sur le fond de la clause attributive de juridiction, mais on peut aussi l'étudier à titre comparatif pour rechercher la solution adoptée ou devrait être adoptée en matière de la clause compromissoire. De même que pour les décisions de la CJCE, force est de reconnaître qu'aucune règle communautaire ne s'applique à la clause compromissoire, pour cette raison l'arrêt *Coreck Maritime* par exemple n'a aucun titre à influencer le régime de la clause compromissoire.

2) Solutions adoptées par la jurisprudence actuelle.

565. Force est de reconnaître que la jurisprudence française a admis en premier temps que la référence de la clause compromissoire dans la charte ne transmet pas automatiquement avec le connaissement. Il semble que la ligne de jurisprudence citée ci-dessus est interruptive, ceci peut expliquer par la tendance de la juridiction étatique qui décide fermement qu'il appartenait aux arbitres de se prononcer en priorité sur leur compétence et sur la clause

---

1011 Cass. com., 8 décembre 1998, *Silver Sky*, *préc. supra* note n° 941. V. aussi Cass. com., 16 janvier 1996, *Chang-Ping*, *DMF*.1996.393, obs. P. Bonassies ; Cass. com., 15 octobre 1996, *Köln Atlantic*, *DMF* 1997.705, note P.-Y. Nicolas.

1012 Cass., com., 4 mars 2003, n° 01-01.046, *RCDIP*.2003.285, note P. Lagarde ; *JDI*.2004.197, obs. A. Huet ; *JCP (G)* 2003.IV.1786. V. aussi l'affirmation en ce sens dans CA Rouen, 25 septembre 2008, *Mutuelles du Mans IARD*, n° 08-01001.

compromissoire. Citons la décision de la Cour de cassation largement connue en 2001, en l'espèce, la Cour de cassation a reproché la juridiction d'appel de ne pas prendre en considération le principe de compétence-compétence en décidant que « *seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage pourrait faire obstacle au principe de compétence-compétence ; que ce principe consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sa compétence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage* »[1013]. Alors, on peut dire que c'est la juridiction arbitrale qui est seule compétente pour apprécier si la société, destinataire au connaissement, a accepté la convention d'arbitrage.

566. L'opposabilité aux destinataires et assureur la clause d'arbitrage par référence. Pourtant on peut constater l'arrêt de 2005 qui s'est contenté d'affirmer que la clause d'arbitrage était opposable au destinataire même en l'absence de consentement exprès de celui-ci et que l'exception d'arbitrage était également opposable aux assureurs qui étaient subrogés dans ses droits. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de transport maritime charte-partie avec la clause compromissoire par référence. La Cour a considéré que « *la clause d'arbitrage stipulée dans le contrat de transport maritime peut être admise, même en l'absence de consentement exprès du destinataire* ***dès lors qu'il est habituel qu'une clause soit insérée dans un contrat international et que le destinataire avait pu avoir connaissance de ladite clause dès le déchargement et les expertises contradictoires*** »[1014]. Cette décision est très critiquée ; on est d'accord que cette solution est raisonnable pour le contrat de transport maritime sur lignes régulières (*liner term*) soumis normalement au régime des règles de La Haye, car le connaissement est un instrument négociable qui peut circuler tout le temps au cours du transport de marchandises. Alors l'opposabilité les clauses du connaissement au destinataire ou même aux tiers porteurs est normalement nécessaire et bien utile[1015].

1013 Cass. 1er civ., 26 juin 2001, *ABS*, n° 99-17.120, *RTD com.* 2002.49, note E. Loquin ; *DMF*.2002.115.

1014 Cass. 1er civ., 22 novembre 2005, *Lindos*, n° 03-10.087, *RCDIP*.2006.606, 1er esp., note F. Jault-Seseke ; *JDI*.2006.622, 1er esp., note C. Legros ; *JCP*.2006.II.10046, note C. Humann ; *DMF*.2006.16, obs. P. Bonassies.

1015 *Contra*. F. Jault-Seseke, « Opposabilité des clauses attributives de juridiction contenues dans des connaissements maritimes », *RCDIP*.2009.524. Cet auteur est douteux sur la légitimité de l'opposabilité au destinataire ou au tiers porteur, car ce n'est pas ce que ceux-ci s'attendaient. Alors il faut au moins donner au destinataire la possibilité de reconnaître et de refuser la clause de compétence dont il devrait connaître son existence. Il faut rappeler qu'à ce stade la clause s'applique *urbi et orbi* et qu'elle relève de la seule volonté du transporteur et le chargeur.

567. La particularité du contrat charte-partie. Or, il est possible que les opérateurs choisirent parfois la figure de l'affrètement au voyage donc c'est la charte-partie qui est un instrument dans ce contrat et non le connaissement. La pratique de ce type de transport nous montre que lorsque la marchandise a été embarquée à bord du navire affrété, un connaissement de charte-partie est émis, ce document valle à la preuve de l'embarquement de marchandise. Très souvent, ce connaissement fait référence à la charte-partie, cela explique pourquoi la clause compromissoire y est incorporée par référence. C'est pourquoi Mme F. Jault-Seseke a fait l'argument que « le connaissement (dans le contrat d'affrètement) n'est stipulé que par référence », donc il n'est pas juste de conclure que la convention d'arbitrage par référence lie le destinataire. Cependant, si on admet la particularité du contrat charte-partie, comme l'admet M. O. Cachard, pour le contrat de charte-partie « le destinataire d'une marchandise déplacée à bord d'un navire affrété au voyage peut agir contre le fréteur. Bien que le fréteur ne soit pas partie à un contrat de transport, il est admis qu'il est soumis au régime du contrat de transport lorsqu'il est assigné par le destinataire tiers porteur du connaissement de charte-partie »[1016]. Ce même auteur souligne qu'il est logique que le fréteur au voyage invoque l'incorporation par référence au connaissement de la clause compromissoire insérée dans la charte-partie. Afin d'affirmer cette logique, il faut prendre en considération la pratique de charte-partie. Il faut rappeler que le connaissement ait été émis en tant que preuve de l'embarquement de marchandises ; ce document renvoie souvent à la charte-partie qui contient la clause compromissoire ; et c'est ce connaissement qui donne le droit au destinataire le titre d'assigner. Pour cette raison la Première Chambre civile avait décidé comme tel. La condition posée par la Cour est la connaissance du destinataire de cette clause dès le déchargement (comparable dès la livraison de marchandises).

568. La solution adoptée par la Chambre commerciale n'est pas différente de celle de la Chambre civile dans le sens qu'il appartient à l'arbitre d'apprécier si le destinataire au connaissement a accepté ou non la clause compromissoire figurant par référence au *verso* du connaissement de charte-partie[1017]. Cependant la Cour présuppose que la clause

---

1016 O. Cachard, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à compétence internationale stipulées dans les connaissements : Plaidoyer pour un renouveau des considérations maritimes », *in Mél.* en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 194.

1017 Cass. com. 21 février 2006, *Navire Pella*, *RCDIP*.2006.606, 2e esp., note F. Jault-Seseke ; *JDI*.2006.622, 2e esp., note C. Legros ; *DMF*.2006.379.

compromissoire est opposable au destinataire. Dans ce cas là, suite à la nullité ou l'inapplicabilité de cette clause, c'est le juge étatique qui est prioritairement compétent pour trancher le litige. Force est de constater que la décision de la Cour de cassation est bien établie, il en va de même dans la série d'arrêts du 11 juillet 2006. Dans l'affaire *Turicia*, il s'agit du contrat de charte-partie, l'arrêt d'appel relève que « *le connaissement était soumis à la charte prévoyant un arbitrage à Londres, les clauses de la charte étaient opposables aux détenteurs successifs du connaissement comme en faisant partie intégrante et enfin que les assureurs n'apportaient pas la preuve de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage* ». Affirmant par l'arrêt de cassation que « *la Cour d'appel en a exactement déduit que le tribunal de commerce était incompétent pour connaître la demande (...)* », en finissant par la même formule déjà vue : « *qu'il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur l'existence, la validité et l'étendu de la convention d'arbitrage* »[1018].

569. Si l'on prend en compte les deux arrêts simultanés, rendus de la même date par la Chambre civile et la Chambre commerciale qui affirment les effets de la clause attributive de juridiction incluse dans un connaissement à l'égard du tiers porteurs, on peut dire finalement que la Cour de cassation a retenu cette position en matière de commerce maritime en estimant ainsi : « *Attendu qu'une clause attributive de juridiction convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant que, en l'acquérant, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable* »[1019].

A la comparaison avec le cas de la clause attributive de juridiction (v. *supra* n° 526), on peut dire que la jurisprudence française se révèle plus favorable à l'opposabilité aux tiers de la clause compromissoire que de la clause attributive de juridiction.

570. En ce qui concerne les lois spécifiques en Thaïlande, la Loi relative au transport de marchandises par la mer B.E. 2534 (1991) admet en général le règlement des différends par l'arbitrage dans l'article 46. Toutefois, la disposition est très timide et ne mentionne qu'un

---

1018 Cass. 1er civ., 11 juillet 2006, *Navire Turicia*, n° 05-18.681, *RTD com.* 2006.947, note Ph. Delebecque ; *RCDIP*.2007.128, note F. Jault-Seseke.

1019 Cass. com., 16 décembre 2008 et Cass. 1er civ., 16 décembre 2008, *D.*, 2009, AJ 89, obs. X. Delpech ; Panor. 1565, obs. F. Jault-Seseke ; *RCDIP*.2009.524, note F. Jault-Seseke ; *RDC*.2009.1193, obs. J.-B. Racine; *JCP* 2009.II.10060, note H. Kenfack; *Gaz. Pal.* 20-21 fév. 2009, p. 46, note Ph. Guez.

seul mot sur l'arbitrage ; aucune disposition ne stipule précisément sur la forme ou l'acceptation de la clause compromissoire[1020]. Il en va de même pour la Loi sur le transport combiné B.E. 2548 (2005) qui ne stipule que dans le sens général quant à la clause d'arbitrage, l'article 67, 1er al. : « *les parties au contrat de transport combiné peuvent accorder par écrit de régler leurs litiges nés du contrat ou du délit par l'arbitrage* »[1021]. La loi utilise le terme « les parties », et que les parties au contrat de transport maritime sont le chargeur et le transporteur. Rappelons que le connaissement est la preuve du contrat de transport car celui-ci n'a pas de forme en droit thaï. A savoir si le destinataire ou le tiers porteur du connaissement doit signer ou accepter de façon expresse pour que la convention d'arbitrage lui soit opposable ? La jurisprudence thaïe n'est pas claire sur ce point, de même qu'en matière de clause attribuant de compétence que l'on a déjà étudié.

Lorsque l'on prend en considération l'article 11 de la Loi sur l'arbitrage 2002 en tant que règle générale, la clause compromissoire peut être insérée ou même apparue dans un document de communication, c'est le moyen de preuve qui importe. Par ailleurs, la pratique du commerce maritime nous montre que dans la preuve de convention d'arbitrage, la signature des contractantes n'est pas obligatoire[1022]. Pour un auteur, la clause accordée au règlement des différends par l'arbitrage est suffisante pour opposer aux parties contractantes, mais pour les tiers porteurs, cet auteur n'a pas affirmé expressément, elle a appuyé sur la pratique d'autres pays qui est en faveur de l'opposabilité aux tiers porteurs[1023].

L'article 13 de la Loi sur l'arbitrage 2002 dispose ainsi : « *Lorsque les obligations ou les responsabilités sont transférées à une personne, la convention d'arbitrage portant sur une*

1020 มาตรา ๔๖ แห่ง พระราชบัญญัติรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับมาตรา ๔๗ และ ๔๘ สิทธิเรียกร้องเอาค่าเสียหายเพื่อการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชักช้าแห่งของที่รับขนตามสัญญารับขนของทางทะเล ถ้าไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาลหรือเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ขนส่งได้ส่งมอบของ หรือถ้าไม่มีการส่งมอบนับแต่วันที่ล่วงเลยกำหนดส่งมอบตามมาตรา ๔๑ (๑) หรือนับแต่วันที่ล่วงเลยกำหนดเวลาอันสมควรตามมาตรา ๔๑ (๒) ให้เป็นอันขาดอายุความ"

1021 มาตรา ๖๗ วรรคแรก แห่ง พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. ๒๕๔๘ บัญญัติว่า "คู่สัญญาขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบอาจตกลงกันเป็นหนังสือกำหนดให้เสนอข้อพิพาทใดๆที่มีมูลกรณีจากสัญญาขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบหรือละเมิด ให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดได้"

1022 Cour suprême *Dika*, n° 1646/2546 (2003) : Il s'agit d'un contrat de transport de marchandises laquelle le défendeur a délivré au demandeur le connaissement en précisant qu'il est représentant du transporteur. Lorsque le demandeur a réglé le fret qu'il lui doit, le défendeur a aussi délivré le reçu en mentionnant qu'il est représentant du transporteur. La Cour a estimé que « *même si le défendeur n'a mis ni de signature, ni de tampon de sa compagnie sur le connaissement ; entend que, dans cette hypothèse, le défendeur est représentant de la société transporteur et qu'il a conclu un contrat de transport avec le demandeur* ». Ceci peut affirmer que **l'on n'a pas besoin d'avoir la signature de tous les concernés pour que les clauses dans le connaissement produisent les effets.**

1023 S. Asawaroj, *Le règlement des différends commerciaux par l'arbitrage*, Bangkok : Université de Thammasat, p. 55-56 et 59.

telle ou telle obligation ou responsabilité seraient transmise à cette personne »[1024]. Compte tenu des dispositions des deux articles, on pourrait dire que la clause compromissoire insérée dans un connaissement peut aussi transférer au destinataire et au tiers porteurs.

571. En ce qui concerne le moyen d'acceptation, nous pouvons envisager un autre problème si nous adoptons en matière de l'arbitrage international la jurisprudence rendue en matière de la clause attributive de juridiction. A titre d'exemple, la décision de la Cour suprême *Dika* en 1996 était défavorable à l'opposabilité au tiers la clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement. En l'occurrence il s'agit de contrat de transport maritime de marchandises, que la clause d'élection de for soit incluse dans le connaissement. Après les subrogations dans les droits du destinataire, l'assureur a assigné le transporteur pour l'indemnisation des avaries causées. Le transporteur a invoqué l'incompétence des juridictions thaïes en raison de la clause attributive de juridiction au tribunal étranger. D'après la Cour : « *vu que le demandeur a qualité de l'assureur qui a assuré les marchandises au cours du transport par le transporteur défendeur ; que l'assureur demandeur soit considéré comme un tiers du contrat de transport ; entend que le connaissement est une preuve du contrat de transport, par conséquent la clause attributive de juridiction insérée dans le connaissement n'est pas opposable à l'assureur* »[1025].

Il en va de même pour la décision de 2006, malgré la circonstance plus spécifique. En l'espèce, le demandeur a assigné le transporteur étranger domicilié à l'étranger pour les avaries de la perte de marchandises au cours de transport maritime entre la Thaïlande et l'Espagne. La clause du connaissement maritime précise que « les litiges nés du contrat de transport de marchandises par la mer devraient être tranchés devant les tribunaux de Hong Kong ». La Cour a appuyé sur les faits que « *le litige est né du contrat de transport maritime conclu dans le Royaume Thaï ; que la loi applicable soit aussi la loi thaïe selon l'article 4 de la Loi sur le transport de marchandises par la mer B.E. 2534 (1991)*[1026] *; et que la majorité des preuves et des évidences soient trouvées en Thaïlande* ». Pour ces raisons, la Cour a

---

1024 มาตรา ๑๓ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า "เมื่อมีการโอนสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดใด สัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องหรือความรับผิดนั้นย่อมผูกพันผู้รับโอนด้วย"

1025 Cour suprême *Dika*, n° 9083/2539 (1996).

1026 En effet les parties ont conclu la clause de choix de la loi applicable, c'est la loi chinoise (Hong Kong). Mais que l'article 4 de cette Loi est lois de police, alors ladite clause ne peut produire un effet, il faut appliquer la Loi B.E.2534. Selon l'article 4, lorsque l'une des parties a nationalité thaïlandaise, c'est la Loi de transport de marchandises par la mer B.E. 2534 qui s'applique au contrat.

décidé que c'est le Tribunal central de la propriété intellectuelle et du commerce international qui est compétent pour saisir ce litige et la clause d'élection de for insérée dans le connaissement n'est pas opposable à l'autre partie contractante[1027]. Ceci est une hypothèse spécifique de la clause attributive de juridiction face aux lois de police ; s'il s'agit de la clause compromissoire, il est possible que la Cour suprême la traite de manière plus libérale. Là aussi, on observe la position différente entre la Cour de cassation et la Cour suprême thaïe dans la mesure où la première, *a priori*, a décidé que « *l'existence de l'ordre public applicable au litige n'avait pas pour effet de rendre la clause attributive de juridiction inapplicable* »[1028]. A notre avis, les règles impératives ne privent pas l'existence de la clause attributive de juridiction et la clause d'arbitrage, les juges doivent les respecter lorsqu'elles sont valides. Pour l'article 4 de la loi de transport maritime, bien qu'il soit loi de police, nous comprenons que cet article n'affecte pas la clause prorogative de compétence, mais le tribunal étranger désigné par cette clause devrait appliquer ou prendre en considération de cette loi en tant que lois de police étrangères[1029].

572. Après avoir vérifié superficiellement par le juge la validité et l'applicabilité de la clause compromissoire, il reste à savoir qui est compétent pour examiner la compétence arbitrale. On admet en général cette compétence à l'arbitre, cependant il y a aussi la jurisprudence au sens divers. C'est ce que nous allons voir par la suite.

Section II

Appréciation de la compétence de l'arbitre.

573. La compétence, l'investiture : les notions confondues en matière d'arbitrage. La notion de compétence peut être déterminée en plusieurs sens selon le domaine et le contexte. En ce qui concerne la juridiction, « la compétence » désigne « l'ensemble des affaires dont

---

1027 Cour suprême *Dika*, n° 3882/2549 (2006).

1028 Cass. 1er civ., 22 octobre 2008, n° 07-18744, *préc.*, *supra* note n° 997.

1029 Nous admettons que la Cour thaïe voulait protéger le demandeur thaï, c'est pourquoi elle a invoqué l'article 4. Il est possible que le juge étranger ignore la loi de police thaïlandaise car l'application de celle-ci est toujours facultative. Cependant nous avons une autre solution au stade de l'exécution du jugement étranger ; l'invocation de non respect des dispositions impératives thaïes.

celle-ci a vocation à connaître »[1030], il s'agit ici de la répartition d'un champ particulier de l'ensemble général du contentieux. Elle peut désigner aussi, plus spécifiquement, « l'aptitude à instruire et juger une affaire, à en connaître »[1031]. Le terme « compétence » est employé dans la plupart des cas pour référer à l'ordre auquel appartient la juridiction opérée par un État, alors pour cette raison on ne peut pas adapter cette notion de compétence à l'arbitrage. Car il n'y a pas de répartition du contentieux entre plusieurs juridictions permanentes exerçant le pouvoir étatique dans l'arbitrage. De surcroît, une constante s'est orientée dans le sens que la convention d'arbitrage est la source de compétence et d'investiture de l'arbitre. Alors c'est l'autonomie de la volonté des parties qui est la plus importante ici pour justifier le pouvoir de l'arbitre.

Une autre notion que l'on envisagera dans cette matière est « l'investiture » ; celle-ci désigne « l'action de conférer à quelqu'un une fonction ou un titre par élection ou nomination ; par extension, celle de conférer à quelqu'un une mission ou une charge par convention »[1032]. Cependant il ne faut pas confondre l'investiture du juge et de l'arbitre ; pour le juge, l'investiture est un pouvoir étatique de juger le litige. Afin de distinguer l'habilitation ponctuelle conférée à l'arbitre, en vertu de la clause compromissoire, pour trancher le litige, Motulsky a proposé de pencher sur « l'investiture subjective » et « l'investiture objective ». La première est employée pour décrire la bénéficie du juge étatique alors que l'arbitre mérite-il la seconde investiture parce qu'il se limite sur une mission déterminée[1033].

De surcroît, ce sont les deux termes qui confèrent la dissociation la clause compromissoire de la clause attributive de juridiction. Certes, on accepte que la première est considérée comme une sorte de la dernière, cependant on ne peut nier la différence qui réside dans la nature des deux clauses. En effet la clause attributive de juridiction ne fait que modifier la répartition de compétences entre juridictions étatique investies de manière permanente, tandis que la convention d'arbitrage confère la fonction juridictionnelle à une personne privée, de manière occasionnelle et limitée à une mission déterminée par la clause.

1030 Vocabulaire juridique Capitant, « Compétence », sens I, 2° a/.

1031 Vocabulaire juridique Capitant, « Compétence », sens I, 2° b/.

1032 Vocabulaire juridique Capitant, « Investiture », sens 1.

1033 H. Motulsky, *Écrits,* Études et notes sur l'arbitrage, Paris : Dalloz, 1974, n° 9, p.15.

574. Bien qu'il s'agisse d'un principe admis comme bien établi dans la jurisprudence de nos jours, il est indispensable de traiter tout d'abord la compétence de statuer et d'apprécier la convention d'arbitrage, en raison de la divergence de l'application selon chaque juridiction étatique saisie par la partie contractante **(§ 1)**. Ceci serait le fondement pour répondre à la question selon laquelle si la mesure procédurale telle que *l'anti-suit injunction* pourrait produire les effets en faveur de la clause compromissoire **(§ 2)**.

§ 1 : Le pouvoir de vérification de sa propre compétence.

575. En effet on peut également envisager cette issue au stade de l'exécution de convention d'arbitrage, car il est très souvent que l'une des parties assigne le litige devant la juridiction étatique au lieu du recours à l'arbitrage prévu dans leur contrat. Cependant nous trouvons qu'il est plus convenable d'étudier ce pouvoir de l'arbitre dans l'aspect de la compétence arbitrale qui semble directement concerné. Certes, ce problème n'est pas nouveau, mais il se pose actuellement dans l'arbitrage international même dans le système d'arbitrage très avancé comme celui de la France. De même qu'en droit thaïlandais, en premier temps il semblait que le juge étatique décida en faveur de sa compétence en faisant échec à la clause d'arbitrage. L'arbitre n'avait même pas l'occasion de trancher sur sa compétence ou la validité de ladite convention.

Nous nous intéressons tout d'abord à l'admission divergente du principe compétence de la compétence (A). En admettant que le principe de compétence-compétence de l'arbitre n'est pas absolu alors nous verrons les exceptions consacrées par la jurisprudence afin d'écarter ledit principe (B).

A. L'admission du principe jurisprudentiel « compétence-compétence ».

576. Pour certains, il est gênant d'admettre que l'arbitre est compétent de statuer sur la validité de la clause compromissoire, n'est-il pas préalablement nécessaire de voir une telle clause valable afin de pouvoir constituer le tribunal arbitral ? En effet, on peut penser que le juge aussi doit se prononcer sur sa compétence mais ceci est différent, puisque le juge possède le pouvoir étatique, quand bien même il n'est pas compétent, la délégation permanente de l'État réside toujours chez lui. Alors que l'arbitre n'est qu'un individuel dont sa compétence relève de la convention. Lorsque le différend des parties est introduit pour la première fois devant le tribunal étatique, et que celui-ci le renvoie à l'arbitre et enfin que ce dernier se

trouve lui-même incompétent, les parties devront alors réassigner l'instance devant le juge étatique. Cette question fait l'objet de vifs débats aussi bien en droit français qu'en droit thaï. C'est pourquoi nous envisageons les approches diverses à ce sujet.

1) Admission diverse du principe dans l'ordre juridique thaï.

577. La jurisprudence constante de la juridiction judiciaire française confirme ce principe. En revanche, ce n'était pas le cas en Thaïlande notamment avant l'année 1987, où sont apparues plusieurs interprétations tendant à critiquer la convention d'arbitrage à propos du terme « les différends ou les conflits nés du contrat ». En droit thaï, il n'y a pas de dispositions spécifiques pour l'interprétation de la convention d'arbitrage, alors il faut faire référence à celles du Code civil et commercial car il s'agit d'un contrat de droit civil. En ce qui concerne le principe d'interprétation, comme d'autres contrats, il est nécessaire de prendre en considération la volonté réelle des parties plutôt que le sens littéral de la stipulation (art. 171 du CCC). Cependant il est possible d'envisager l'hypothèse où il y a une pratique constante entre les contractants dont il faut également tenir compte. Par exemple la vente internationale des cotons entre les parties est normalement conclue par écrit et il ne paraît jamais d'autres comportements, la Cour a considéré que « *lorsque ce contrat de vente en cause n'a pas été passé par écrit, il faut présumer que ledit contrat n'existe jamais* »[1034].

578. Bien que le mode de règlement des différends par l'arbitrage ait été établi dans le système juridique thaï depuis le XVIe siècle (*Ayutthaya* époque)[1035], il s'agissait généralement de l'arbitrage par le juge judiciaire comme une bonne administration de la justice, dès lors la façon de la Cour de traiter le litige qui porte sur l'arbitrage par le tiers, en premier temps, était contraire à la pratique actuelle.

La Cour avait la tendance d'interpréter non favorable à la clause compromissoire tant dans le litige purement interne[1036] que le litige international, par exemple dans l'affaire de

---

1034 Cour suprême *Dika*, n° 520/2520 (1977).

1035 Cf. S. Asawaroj, « Le règlement des différends commerciaux par l'arbitrage », *op.cit.*, p. 23-25.

1036 V. Cour suprême *Dika*, n° 2490/2518 (1975) : les parties ont accordé de régler le litige né du contrat d'assurance par l'arbitrage en insérant cette clause compromissoire dans leur contrat. Ni le juge du fond, ni le juge d'appel ne tenaient compte de l'existence de la convention d'arbitrage, ils ont alors tranché ce litige sans prendre en considération la validité de ladite clause. La Cour suprême a décidé que « *vu que la constitution du tribunal arbitral serait possible si les parties ont accordé d'introduire le litige devant l'arbitre ; qu'un accident routier a été causé et l'assuré a demandé le remboursement à la compagnie assureur mais le défendeur assureur n'a pas invoqué la clause d'arbitrage et il n'a fait que nier sa responsabilité* ». La Cour a estimé que « *le*

faillite internationale que le contrat de vente internationale de marchandises était impliquée ; les parties ont conclu dans leur contrat que « *les différends quelconques qui seront nés du contrat, que les parties ne peuvent pas régler elles-mêmes par la conciliation, devraient être tranchés devant le tribunal arbitral de la Chambre de commerce de la Romanie* », l'une des parties était personne publique de droit roumain. D'après l'interprétation de la Cour suprême, elle considère que « *ladite clause signifie en effet le cas où il y a un obstacle qui prive les parties de délibérer les obligations qui lui incombent conformément au contrat, mais le cas en cause ne s'agissant que le non paiement du prix n'est donc pas considéré comme le conflit né du contrat qui relèvera de compétence de l'arbitre* »[1037]. Cette décision était scandaleuse à l'époque et produisait le résultat très maladroit, le juge semblait être confondu entre le terme « différend » et « obstacle » qui sont très différents. En effet le non paiement du prix de marchandises est certainement un différend né du contrat de vente.

Prenons un autre exemple du contrat de vente internationale d'adaptateur électrique que les contractants ont accordé de régler leur différend par l'arbitrage. La Cour a estimé que la clause qui dispose que « *lorsqu'il y a le litige concernant le contrat, les parties devront régler leurs différends devant le tribunal arbitral* », entendu que le défendeur a invoqué que « *les adaptateurs électriques ont été endommagés à cause des erreurs survenues par les personnels de demandeur ; vu que ceci n'est pas le litige concernant le contrat de vente, par conséquent le demandeur peut assigner ce litige devant la Cour* »[1038]. Là aussi, la Cour a interprété non favorable à la convention d'arbitrage.

---

défendeur ne voulait pas régler ce litige par le mode d'arbitrage, pour ce motif le demandeur pouvait assigner devant la juridiction judiciaire ». Force est de constater que la Cour n'appuyait pas sur l'arbitrabilité du litige ou que ce litige porte sur le contrat d'assurance interne, autrement dit le régime de la protection de parties faibles. C'était encore le résultat malheureux car la Cour a manqué de montrer son opinion sur la protection de parties faibles, cependant on peut constater que la pensée juridique de la protection de parties faibles n'était pas courante en Thaïlande à l'époque.

1037 Cour suprême *Dika*, n° 918/2521 (1978), *Thimmilort Roumanie c/ Thai Veerapol Co. Ltd.* V. en même sens n° 3843/2526, *Electricité de Thaïlande c/ Diau Hong Paisal* : la Cour a estimé que « *seul le fait que le défendeur n'a pas délivré les marchandises dans le temps précisé dans le contrat n'implique pas qu'il y a eu le conflit né du contrat de vente internationale lequel les parties devraient régler leurs différends par l'arbitrage. Alors le demandeur a pu assigner le défendeur devant la juridiction judiciaire* ». Là aussi, il paraît que les parties ont conclu une clause d'arbitrage pour régler tous les litiges nés du contrat de vente, mais la Cour a trouvé que ce n'était pas le cas prévu dans la clause compromissoire alors elle était compétente de saisir le litige.

1038 Cour suprême *Dika*, n° 2690/2522 (1979), *Électricité de Thaïlande c/ Connel Brothers Co.Ltd.* En l'espèce, il s'agit du contrat de vente internationale entre l'Électricité de Thaïlande, personne morale publique, et la société de droit étranger, mais malheureusement la Cour n'a pas pris l'occasion d'éclairer sur le problème de la clause compromissoire conclu par la personne morale de droit public et l'entreprise étrangère. Cependant on peut penser que la tendance de la Cour à l'époque semblait admettre la possibilité d'insérer la clause d'arbitrage dans un contrat international, elle n'a pas refusé la validité de la convention d'arbitrage en raison d'être en cause la personne morale de droit public.

Ces décisions de la Cour suprême nous démontrent que la convention d'arbitrage n'était presque jamais valide au point de vue de juge étatique à l'époque, il en résulte de sa méthode d'interprétation. Force est de reconnaître que même l'arbitrage interne est une convention conclue par la volonté des parties, la nature contractuelle est claire, peu importe de dire comment l'arbitrage commercial international doit être plus libéral par rapport à la première. Alors que la doctrine et la jurisprudence française en matière d'arbitrage international affirme depuis longtemps que « *lorsque les parties inclussent une clause d'arbitrage dans leur contrat, on doit présumer que leur intention a été d'établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause* »[1039].

579. En second temps, c'est après l'entrée en vigueur de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2530 les dispositions étaient plus modernes. La tendance des juges semblait de plus en plus admettre la validité de la clause compromissoire, en particulier son interprétation est en faveur de cette clause. Lorsque les parties ont conclu une convention d'arbitrage, et qu'elle soit valide, les parties sont obligées par cette convention de régler leurs différends par ce mode qu'elles ont choisi et non l'assignation devant la juridiction judiciaire[1040]. Il reste à savoir s'il est d'office du juge d'appuyer sur l'existence d'une clause d'arbitrage pour rejeter le litige, sur ce point lorsque l'on prend en considération l'article 10[1041] de Loi sur l'arbitrage B.E. 2530, on trouve que la loi pèse la charge de l'invocation à la partie qui voudrait que le mode alternatif de règlement des différends soit applicable. La Cour suprême a décidé dans sa décision que « *vu que le contrat de charte-partie d'un navire n'interdit pas aux parties, dans le cas de non recours à l'arbitrage, de saisir la Cour judiciaire si elles le souhaitent* ». En effet si la Cour s'arrête là, il n'y a pas de doute. Mais elle est allée plus loin jusqu'à conclure que la disposition de l'article 10 signifie que « *l'une des parties a le droit de porter plainte sans nécessité de faire le recours préalable à l'arbitrage* », ce qui, pour nous, laisse de doutes. La Cour a démêlé dans sa décision que « *la partie défenderesse n'a pas fait devant la Cour une demande d'examen conformément à la loi, dès lors le demandeur a le droit d'assignation* ». A

1039 CCI, *JDI*.1975.238.

1040 Cour suprême *Dika*, n° 5477/2542 (1999) ; n° 147/2543 (2000) ; n° 6933/2543 (2000) ; n° 3712/2545 (2002) ; n° 9086/2546 (2003) ; n° 7655/2548 (2005).

1041 มาตรา ๑๐ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ บัญญัติว่า "ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันสืบพยานหรือก่อนมีคำพิพากษา ในกรณีที่ไม่มีการสืบพยาน ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก่อน (...)"

notre avis, c'est un raisonnement erroné, il est possible que la Cour voulait dire que la clause compromissoire conclue par les contractants ne peut absolument pas priver ceux-ci de l'assignation judiciaire, mais il faut que l'une des parties fasse une demande devant la Cour afin d'examiner l'existence et la validité de cette clause.

Il paraît dans d'autres décisions selon lesquelles la Cour a admis clairement l'obligation de l'une des parties d'évoquer l'existence d'une clause compromissoire et de demander à la Cour de l'examiner[1042], lorsque ladite partie a délibéré la tâche qui lui incombe, le juge devra se déclarer incompétent en raison de l'existence de la clause d'arbitrage.

Dès lors, le fait que le défendeur a fait valoir qu'il y avait une clause d'arbitrage en l'absence de preuves de celle-ci devant la Cour, il n'a pas défendu devant le juge du fond pour le non examen de ce fait mais il se défend tous les autres points chargés par le demandeur. Ce comportement tout au long de la procédure sera présumé que le défendeur ne voulait pas régler ce litige par l'arbitrage[1043].

Nous observons que dans certaines décisions[1044], le juge a considéré comme un problème de droit la question à savoir si la partie demanderesse peut saisir le tribunal étatique même s'il existe la clause d'arbitrage, plus précisément, il s'agit de droit de l'assignation selon la Cour. Lors qu'il s'agit de problème de droit, le juge étatique serait le premier qui est compétent pour statuer sur ce problème. A notre avis, ladite solution est faite au mépris de la compétence de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence y compris la convention d'arbitrage.

580. De nos jours, c'est la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545 qui s'applique depuis l'année 2002, l'article 24, 1er al. de cette loi dispose clairement que : « *Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence y compris l'existence et la validité de la clause compromissoire (...)* »[1045]. La décision de la Cour s'est orientée de manière plus ferme et constante, notamment après l'entrée en vigueur de ladite Loi, vers l'application de ce mode alternatif de

---

1042 Cour suprême *Dika*, n° 3993/2545 (2002). V. en ce sens Cour suprême *Dika* n° 4752/2541 (1998) ; n° 3712/2545 (2002) ; n° 3425/2545 (2002).

1043 Cour suprême *Dika*, n° 2668/2544 (2001).

1044 Cour suprême *Dika*, n° 4752/2541 (1998) ; n° 147/2543 (2000).

1045 มาตรา ๒๔ วรรคแรก แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า "คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ (...)"

règlement des différends entre les contractants tant dans le litige interne que le litige international. La Cour admet en faveur d'une convention d'arbitrage dans une décision concernant le contrat de travail international ainsi : « *Vu que les parties ont conclu la clause compromissoire dans leur contrat de travail, dans la mesure où les conflits ou les différends nés de ce contrat y compris les obligations dérivées du contrat devraient être réglés par l'arbitrage international à New Jersey, en appliquant les règles de l'AAA (The American Arbitration Association). Considérant que la clause compromissoire n'est contraire ni à la loi thaïe ni à la loi de l'État New Jersey, elle est donc valide et par conséquent les parties devraient d'abord régler leur litige par voie arbitrale* »[1046]. Il semble que le principe de l'interprétation de la volonté commune réelle des contractants est bien établi dans le système d'arbitrage thaï.

2) Admission fermement du principe par les juridictions françaises.

581. En droit français, compétence de la compétence est un principe jurisprudentiel bien établi en matière de l'arbitrage international alors qu'il est inscrit dans l'article 1466 du CPC (art. 1465 du Décret du 13 janvier 2011) pour l'arbitrage interne. On sait que ce principe permet aux arbitres de statuer en premier sur leur compétence en interdisant au juge de se prononcer lorsqu'il est saisi par l'une des parties, cependant il faut rappeler que la validité de la sentence serait toujours sous le contrôle ultérieur du juge étatique[1047]. La Cour de cassation a confirmé dans l'arrêt *Zanzi* la validité de la convention d'arbitrage international en appuyant sur le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence[1048]. De même que la décision rendue en 2001, on trouve que la Cour, au visa de ce principe, a estimé que « *en se déterminant ainsi sans relever la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle au principe susvisé, qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue, de la convention d'arbitrage, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »[1049].

Il est de même pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui a estimé qu'« *en vertu du principe compétence-compétence, lorsque la nullité ou l'inapplicabilité de la*

1046 Cour suprême *Dika*, n° 1958/2548 (2005).

1047 Ph. Fouchard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, n° 659, p. 414 et s.

1048 Cass. 1er civ., 5 janvier 1999, *M. Zanzi*, *RCDIP*.1999.546, note D. Bureau ; *JDI*.1999.784, note S. Poillot-Perruzzeto ; *Rev.arb.*1999.260, note Ph. Fouchard ; *RTD com.*1999.380, obs. E. Loquin.

1049 Cass. 1er civ., 26 juin 2001, *ABS*, *préc.*, *supra* note n° 1013.

clause d'arbitrage n'était pas manifeste, les juridictions étatiques n'avaient pas à se prononcer sur ce point ; et qu'il appartenait à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence »[1050].

De même que dans le célèbre arrêt *INSERM* étudié auparavant. Suite aux conflits entre les parties contractantes au cours de l'année 2000, *l'INSERM* a saisi en premier temps la juridiction judiciaire (TGI Paris) pour trancher ce litige et par le jugement du 12 novembre 2003 la fondation norvégienne a été condamnée à payer le montant restant. Mais la Cour d'appel de Paris avait constaté l'existence de la clause compromissoire, dans son arrêt du 28 octobre 2005, elle a annulé le jugement du premier degré en décidant que le TGI Paris était incompétent pour connaître ce litige et que les différends devaient être tranchés par l'arbitrage sur le fondement de la convention arbitrale (v. *supra* note n° 973).

582. Le principe de compétence-compétence est fermement affirmé ici, alors que l'exception de ce principe ne paraît que dans l'hypothèse très spécifique comme celle de l'arrêt *Andhika Lines* rendu le 11 juillet 2006. En l'occurrence, les contractants ont conclu un contrat en figurant la clause compromissoire dans les *booking notes* mais ces derniers constituent également les clauses énoncées que leurs stipulations s'effaçaient devant celles des connaissements auxquels elles renvoyaient et figurant les clauses et les conditions à leur *verso*. Tandis que le connaissement comporte la clause attributive de juridiction, dans cette hypothèse, c'est la clause attributive de juridiction insérée dans ce connaissement, et non la clause compromissoire, qui produirait les effets, en vertu d'une nouvelle expression de la volonté des parties[1051]. C'est le juge qui est compétent.

583. En ce qui concerne la charge de l'invocation de la clause d'arbitrage, en droit français comme en droit thaï, le juge n'a pas d'office de relever l'existence de la clause compromissoire, c'est la tâche de la partie d'y opposer devant le juge. Affirmant par le dernier alinéa de l'article 1458 du CPC (art. 1448 du Décret du 13 janvier 2011) stipule ainsi : « *la juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence* ».

1050 Cass. com., 21 février 2006, *Navire Pella*, *préc.*, *supra* note n° 1017.

1051 Cass. 1er civ., 11 juillet 2006, *Andhika*, n° 03-19.838, *JDI*.2008.146, obs. S. Sana-Chaillé de Néré ; *RJDA*.2006.1109, note N. Bouche.

B. L'entrave au principe de compétence-compétence.

1) Contrôle superficiel de « nullité » ou « inapplicabilité » manifeste en droit français.

584. La jurisprudence française admet la nullité et l'inapplicabilité manifeste comme les seules motivations de rendre l'effet négatif à la compétence arbitrale. Il s'agit d'une notion jurisprudentielle qui vient compléter la règle sur la nullité de la clause d'arbitrage posée par l'article 1458, al. 2 du CPC (art. 1448, 1er al. du Décret du 13 janvier 2011). Rappelons que l'inapplicabilité manifeste a été ajoutée par l'arrêt *Quarto Children*[1052] de la Cour de cassation en 2001 et finalement cette notion a été adoptée et stipulée dans l'article 1448, 1er al. du nouveau Décret. Cependant il est toujours nécessaire de l'interpréter. La jurisprudence admet aussi que le contrôle fait par le juge saisi en premier lieu doit rester sommaire[1053]. Après avoir étudié le principe de compétence-compétence, son importance et son objectif poursuivi, force est de constater que l'effet négatif donné au principe tels que la nullité et l'inapplicabilité manifeste doivent être uniquement une exception. Alors, il est nécessaire de déterminer prudemment la notion de la nullité et de l'inapplicabilité manifeste, car la certitude est indispensable à ce stade. Comme l'écrit M. N. Bouche que « le juge étatique doit établir avec certitude le caractère incontestable, indiscutable de la nullité ou de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage »[1054]. La question est de savoir s'il existe le critère du caractère « manifeste » de la nullité ou de l'inapplicabilité d'une clause compromissoire. La réponse semble positive, c'est le critère jurisprudentiel qui doit être pris en compte. Bien que dans certains cas la Cour de cassation n'ait pas formulé explicitement le terme de nullité ou inapplicabilité manifeste, on peut constater aussi la motivation en arrière sa décision.

En effet le problème ne se pose pas dans le cas où la clause compromissoire est manifestement nulle sans nécessité de l'interpréter, par exemple le litige est manifestement non arbitrable au sens de l'article 2060 du Code civil[1055]. Mais pour d'autres cas, il semble que l'orientation jurisprudentielle est considérablement nécessaire.

1052 Cass. 1er civ., 16 octobre 2001, *Quarto Children*, *Rev.arb.*2002.919, note D. Cohen.

1053 Cass. 1er civ., 7 juin 2006, *Sté ABS*, *D.* 2006.IR.1701, obs. Avena-Robardet ; *D.* 2006.Panor.3028, obs. T. Clay ; *JDI.*2006.1384, note A. Mourre ; *Rev.arb.*2006.945, note E. Gaillard ; *JCP (G)* 2006.I.187, obs. C. Seraglini.

1054 N. Bouche, « L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RJDA.*2006.1109, spéc. p. 1110.

1055 Cass. 1er civ., 26 juin 2001, *préc.*, *supra* note n° 1013.

585. Concernant le cas de l'inexistence évidente des effets de la convention d'arbitrage à l'égard de la partie à laquelle la clause était opposée, il rend aussi l'effet négatif à la compétence arbitrale. La Cour de cassation a estimé que « *Bien qu'il existe la clause compromissoire insérée dans ces contrats, l'action en responsabilité pour soutien abusif intentée par le liquidateur d'une entreprise contre l'un des créanciers de cette dernière échappait à la compétence du tribunal arbitral, au motif que cette clause était étrangère au litige* »[1056]. La Cour n'a pas employé expressément le terme « inapplicabilité », mais on peut s'entendre comme tel en déduisant la motivation en arrière.

586. Lorsque la clause compromissoire ne figurait pas dans les conditions générales en vigueur au moment de la conclusion du contrat, cela peut être aussi une motivation de juger l'inapplicabilité manifeste par la Cour. Prenons un exemple de l'arrêt rendu en 2004, en l'espèce il s'agissait d'un contrat constitué les conditions générales en vigueur en 1980 dans lesquelles figurait la clause attributive de juridiction, et ces conditions auraient dû être appliquées. Mais la Cour a constaté que la clause compromissoire ne figurait pas dans lesdites conditions générales à l'époque (1980), elle l'a été insérée antérieurement dans l'année 1990. Pour cette raison la Cour de cassation a estimé que « *Attendu que ce sont les conditions générales en vigueur en 1980, date de la certification du navire par le Bureau Véritas, qui doivent s'appliquer et que celui-ci justifiait qu'à cette époque, seule une clause attributive de juridiction figurait dans les conditions générales de vente et non une clause compromissoire qui n'a été introduite qu'en 1990, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en caractérisant ainsi l'inapplicabilité* ***manifeste*** *au litige de la clause d'arbitrage en question* »[1057].

587. Un autre critère peut être trouvé dans l'arrêt *Andhika Lines*[1058]. En l'occurrence, la convention d'arbitrage stipulée dans les cinq *booking notes* a été considérée comme manifestement inapplicable en raison de l'existence de l'avant-contrat qui constitue des réservations de fret prévoit lui-même son remplacement par les dispositions des connaissements et que ces derniers comportent la clause attribuant de compétence au tribunal

---

1056 Cass. com, 14 janvier 2004, *Rev.arb.* 2004.591, note P. Ancel ; *RJDA.*2004.736.

1057 Cass. 1er civ., 27 avril 2004, *Navire Estonia*, *JDI.*2005.349, note O. Cachard ; *RTD civ.* 2004.770, obs. P. Thery ; *Rev.arb.*2006.851.

1058 Cass. 1er civ., 11 juillet 2006, *Andhika*, *préc.*, *supra* note n° 1051.

du domicile du transporteur. Dans ce cas, les juges étatiques ont pu déduire de ce comportement que les contractants souhaitaient de régler leur litige par le recours aux tribunaux étatiques et non le tribunal arbitral, au motif de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire.

588. Quant à l'adjectif « manifeste » qu'ajoute la Cour de cassation pour bien éclairer les termes nullité et inapplicabilité, en effet lorsque l'on prend en considération le terme « manifeste », on constate que le sens est clair en soi, qu'il est décelable à la seul lecture de la clause et qu'il ne soit pas nécessaire d'interpréter. Comment la nullité et l'inapplicabilité peuvent être considérées comme « manifeste » si elles font l'objet d'interprétation ? C'est la raison pour laquelle la solution plus logique est de faire disparaître de toute interprétation du juge étatique un critère de caractère manifeste de la nullité et l'inapplicabilité de la clause compromissoire. Comme l'affirme la Cour de cassation que dans le sens que la Cour d'appel de Paris avait donc pu constater, sans avoir eu à procéder à une quelconque interprétation, l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage[1059]. Par ailleurs la Cour de cassation a affirmé dans son arrêt de 2006 qu'il en résulte de « *la combinaison du principe de la validité de la clause compromissoire et du principe compétence-compétence interdit aux juges du fond de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage (...), la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la convention d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité, dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste* »[1060].

En somme, comme le souligne M. N. Bouche, les juges étatiques ne peuvent pas interpréter la clause compromissoire pour infirmer la compétence arbitrale, car cela signifie qu'il n'y a pas de nullité ou d'inapplicabilité « manifeste », si elle est manifeste le juge n'aurait pas eu besoin de l'interpréter[1061]. En revanche, le juge pourrait-il interpréter la

---

1059 Cass. 1er civ., 11 juillet 2006, *Andhika*, *op.cit.*

1060 Cass. 1er civ., 7 juin 2006, *Sté ABS*, *préc. supra* note n° 1053 : pour un premier examen de la convention d'arbitrage, la Cour n'autorise que celui dont le caractère superficiel ne porte pas à conséquence. Car le contrôle plus approfondi sera exercé par la Cour lors du recours en annulation contre la sentence introduite par une partie.

1061 N. Bouche, « L'inapplicabilité manifeste… », *op.cit.*, p. 1112. V. en ce sens E. Loquin, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.*2006.764, spéc. p. 766 et s.

convention d'arbitrage afin d'apprécier la compétence de l'arbitre puisqu'il s'agit de l'affirmation que la nullité ou l'inapplicabilité en cause n'est pas « manifeste »[1062].

2) Contrôle sommaire de la clause d'arbitrage en droit thaï.

589. En droit thaïlandais, plusieurs facteurs peuvent faire obstacle à l'application de la clause compromissoire. Ces obstacles peuvent aussi écarter l'arbitre de sa compétence. Il n'y a pas de grande différence par rapport au droit français, il s'agit de caractères de nullité et d'inapplicabilité de la clause d'arbitrage. C'est l'article 1458 al. 2 du CPC (art. 1448 du Décret du 13 janvier 2011) et le principe jurisprudentielle pour l'arbitrage français, alors que la Loi thaïe sur l'arbitrage B.E. 2545 l'article 14 incluse les trois causes qui affectent la validité de la clause compromissoire : à savoir, la nullité, l'inapplicabilité et le non susceptibilité d'être exécutée de la convention.

590. A titre d'exemple, la décision du TCPICI, la Cour a recouru à la notion de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage. En l'espèce, il s'agit d'un contrat de représentation, la société de droit américain demanderesse, à titre de la représentante conventionnelle, a saisi le tribunal étatique même que la convention d'arbitrage est inclue dans ledit contrat. Les défendeurs ont invoqué devant la Cour l'existence de la clause compromissoire, mais celle-ci a rejeté ces demandes. En effet la Cour avait accepté en principe que « *entendu que les parties ont conclu la clause compromissoire pour régler leur litige né du contrat ; que l'action du demandeur d'introduire le litige devant le juge étatique sans avoir constitué le tribunal arbitral comme prévu dans le contrat est considérée comme violation de la convention d'arbitrage et de la loi thaïe sur l'arbitrage* ». Cependant elle a appuyé sur le fait que le contrat principal a été conclu au moment où la partie défenderesse, cocontractante, n'était pas encore personne morale, car le procès d'enregistrement de la société s'est déroulé après que le contrat principal soit conclu. Pour cette raison « *le défendeur n'avait droit de conclure aucun acte juridique et en vertu des articles 65, 66, 67, 149, 1015 et 1111 du CCC, le défendeur*

1062 Cass. 1er civ., 30 mars 2004, n° 01-17.800, *D.* 2005.961, note J. Raynard, *RJDA.*2005.1171 : le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel a été rejeté par la Cour de cassation, l'arrêt d'appel a interprété les termes ambigus de la clause compromissoire en ayant constaté la volonté des parties de soumettre à leur différends à l'arbitrage et en ayant appuyé qu'en l'absence de la nullité ou l'inapplicabilité manifeste, la convention d'arbitrage devait recevoir application. V. aussi Cass. 1er civ., 6 juillet 2005, n° 04-10.456, *RJDA.*2005 : les arrêts de la Cour d'appel de Paris, ayant infirmé l'ordonnance du tribunal de commerce qui avait déclaré de manifestement nulle la convention d'arbitrage, ont été approuvés par la Cour de cassation au motif que cette ordonnance constitué une interprétation de certaines stipulations de la clause d'arbitrage laquelle avait violé le principe de compétence-compétence.

n'était pas cocontractant ». D'après la Cour, « *lorsqu'il n'existait pas de cocontractant dans le contrat en question, la clause compromissoire inclue dans ledit contrat est inapplicable ; il est légitime pour le demandeur d'assigner devant les tribunaux étatiques sans recourir à l'arbitrage* »[1063]. A notre avis, il faut observer que la Cour utilise le terme « n'avait pas droit » au lieu de « incapacité », il est clair que la défenderesse n'avait pas encore à ce moment là le statut juridique. Alors, elle n'avait pas pu être la partie d'une transaction. En effet si la Cour s'est arrêtée là, aucun problème ne se pose.

Suite au contrat de représentation, il y avait aussi le contrat de vente conclu entre la demanderesse et les tires, la Cour a essayé de trouver la sortie pour le contrat de vente. Certes, la Cour n'a eu l'intention de prononcer inapplicable le contrat de représentation qui affectait ensuite le contrat de vente, juste pour la raison du manquement de statut de personne morale de l'une des parties. Lorsque l'on penche sur les détails, la Cour a décidé valide le contrat de représentation et le contrat de vente internationale de marchandises. La Cour n'a pas jugé que le contrat de représentation fût « nul », mais « inapplicable » à la défenderesse. D'après la Cour, « *bien que la défenderesse ne fût pas une personne morale au moment où le contrat de représentation a été conclu, vu qu'elle a enfin donné une ratification à ses propres actions ; que la défenderesse a confirmé le rapport juridique en qualité de représentant avec la demanderesse (...), le contrat de représentation est valide* ». Il est douteux que le contrat principal conclu au moment où l'une des parties n'était pas personne morale lequel est inapplicable peut être ratifié postérieurement, alors que la convention d'arbitrage incluse dans ce contrat est inapplicable d'une façon permanente et écarte toute la compétence de l'arbitre. Ce constat nous laisse à penser que la Cour n'admet que la ratification aux actes de représentant mais non la clause compromissoire[1064]. La seule raison que l'on peut admettre comme telle est que la clause d'arbitrage était jugée inapplicable dès le premier vu du juge, sans qu'il ait besoin de se délibérer d'une interprétation quelconque. Par conséquent la Cour avait examiné approfondi le contenu du contrat et des données factuelles du litige, et qu'elle a trouvé que ceux-ci auraient pu être approuvés postérieurement. Par contre, il est inutile d'approuver la clause compromissoire car le juge a déjà analysé le fond du litige…

Là aussi, si la notion « manifeste » était adoptée par la jurisprudence thaïe, elle serait le critère de dissocier la compétence entre la juridiction étatique et le tribunal arbitral. Si ce

---

1063 TCPICI, com., n° 283/2543 (2000), *Craftsmen Pacific Co.Ltd. c/ Rukshansa Co.Ltd*.

1064 Normalement le droit thaï admet que le contrat qui a été conclu par le dol tel qu'un vice du consentement est entaché la nullité c'est-à-dire que la partie peut soit annuler ce contrat soit donner une ratification.

litige présente l'inapplicabilité manifeste, c'est la compétence du TCPICI, à l'inverse, s'il n'est pas manifestement inapplicable, la règle de compétence-compétence doit être respectée. Cependant le terme « manifeste » n'apparaît pas dans cette décision.

591. Hormis la nullité et l'inapplicabilité, l'article 14 de la Loi thaïe de l'arbitrage admet aussi un autre critère ayant rendu l'effet négatif à la clause d'arbitrage ; la non susceptibilité d'être exécutée de la clause compromissoire. Pour un auteur[1065], celui-ci comprend les cas par exemple, la clause d'arbitrage n'est pas claire ; la clause fait l'objet de l'interprétation. Cependant, nous ne partageons pas cette opinion, car, pour nous, il s'agit de clauses pathologiques qui entraîneront une interprétation. Rappelons que le non susceptibilité d'être exécutée de la convention d'arbitrage au sens de l'article 14, donnera la compétence au juge étatique de trancher sur le fond du litige, en raison de l'exception de son incompétence. Alors que le problème de la pathologie d'une clause d'arbitrage n'est pas forcément d'entraîner l'invalidité de cette clause qui rend le juge compétent. On accepte qu'il soit possible que certaines clauses soient tellement pathologiques et qu'elles ne peuvent pas être sauvées, comme l'affirme M. E. Loquin[1066]. Mais il y en a certain qui peut l'être.

Il est vrai que les clauses pathologiques donneront les difficultés à la mise en œuvre de la clause compromissoire et aussi font obstacle au déroulement de l'arbitrage. Mais on ne peut pas conclure que la clause pathologique fait obstacle au principe de compétence-compétence de l'arbitre. Une fois que la clause d'arbitrage n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, il appartient à l'arbitre de constituer et de trancher si la clause compromissoire permet de fonder sa compétence y compris l'interprétation de la clause compromissoire pathologiquement rédigée. Cette solution est adoptée dans les arrêts de la Cour d'appel français qui reconnaît la compétence de l'arbitre de juger de la validité de son investiture même que sa compétence est contestée[1067]. Parce que, dès lors que le tribunal arbitral est constitué, c'est à sa charge et exclusivement à lui seul de statuer sur son pouvoir et certes sur la clause d'arbitrage. Là aussi, le principe de compétence-compétence s'impose. A ce stade la

---

1065 S. Asawaroj, *Le règlement des différends commerciaux par l'arbitrage*, *op.cit.*, p. 79.

1066 E. Loquin, « Toutes les clauses d'arbitrage pathologiques ne peuvent être sauvées », *RTD com.* 2002.659.

1067 CA Paris, 24 mars 1994, *Rev.arb.*1994.515. V. aussi E. Loquin, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.* 2006.764.

Cour l'interpréterait en tenant compte de l'effet utile de la clause et en recherchant la volonté commune des parties plus qu'en déduisant le contenu[1068].

Nous proposons de bien clarifier sur ce point, en admettant que la nullité ou l'inapplicabilité de la clause compromissoire doit être « manifeste » pour rendre incompétence à l'arbitre, en raison de la sauvegarde de la pertinence du principe de compétence-compétence en matière de l'arbitrage international thaï.

Par ailleurs on peut observer qu'en vertu de l'article 14 de la Loi thaïe sur l'arbitrage[1069], le juge sera compétent pour le contrôle de la validité de la clause d'arbitrage uniquement lorsque l'une des parties à l'instance soulève devant le juge, dans le débat contradictoire, une exception d'incompétence tiré de la convention d'arbitrage, il s'agit ici du contrôle *prima facie* comme l'on a déjà étudié auparavant. Force est de constater que le juge n'a pas d'office de le faire et notamment ce contrôle n'est que le contrôle superficiel. On retient les mêmes principes qu'en droit français.

§ 2 : Compétence de la compétence à l'épreuve de *l'anti-suit injunction*.

592. *L'anti-suit injunction* est une mesure unilatérale, considérée comme une arme procédurale, octroyée par le juge premier saisi afin d'empêcher l'une des parties de ce litige de poursuivre ou d'introduire une nouvelle procédure parallèle dans un autre État (*supra* n° 412). En effet, on ne peut nier l'intérêt d'un usage de cette mesure notamment en matière de l'arbitrage lequel se présente comme un moyen efficace pour la mise en œuvre de l'instance arbitrale. Car il s'agit de contraindre un autre tribunal étatique, le destinataire de

---

1068 En ce sens CA Paris, 14 février 1985, *Rev.arb.*1987.325, note Level : la Cour a estimé que « *la clause compromissoire faisant référence à un organisme d'arbitrage dénommé 'tribunal de la chambre de commerce de Paris' attribuait compétence à la Chambre arbitrale de Paris, seul organisme habilité par la chambre de commerce de Paris* » ; CA Paris, 24 mars 1994, *préc.* : la Cour a décidé que « *le fait que la clause compromissoire vise la chambre de commerce de Paris au lieu de la CCI constitue une simple erreur matérielle* ».

1069 L'article 14, 1er alinéa dispose ainsi : « *Lorsque l'une des parties a assigné devant le tribunal un différend sur une question faisant l'objet d'une clause compromissoire, la partie assignée peut faire une demande au tribunal saisi de renvoyer les parties à l'arbitrage, au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, lorsque le juge ne constate pas la nullité, l'inopérante ou le non susceptibilité d'être exécutée de ladite convention, il devrait rejeter ce litige* ». มาตรา ๑๔ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมาย ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

l'injonction, à renoncer à une procédure engagée au détriment d'une clause compromissoire. De ce point de vue, on peut dire que *l'anti-suit injunction* est un mécanisme qui sert à l'application du principe de compétence-compétence.

Cependant la position des juridictions semble diverse sur ce point, nous étudions d'abord *l'anti-suit injunction* à l'égard du juge communautaire, la jurisprudence constante de la CJCE nous confirme la non admission d'une telle mesure dans l'espace judiciaire européen ce qui peut être discutée (A). Ensuite, nous verrons la possibilité d'octroyer une telle mesure au destinataire en dehors des États membres de l'Union européenne (B).

A. Dans l'espace judiciaire européenne.

593. Il s'agit d'un problème délicat touché aussi bien la sanction unilatérale par un juge d'un État membre que la confiance mutuelle que les juges d'un État membre doivent avoir envers leurs collègues européens[1070]. Il nous semble que l'affaire *West Tankers* mérite d'être analysée à ce stade.

Il s'agit en l'espèce de *l'anti-suit injunction* qui était motivée par l'existence de la clause compromissoire. Un contrat d'affrètement soumis au droit anglais et incluse la clause compromissoire prévoyante l'arbitrage à Londres. Un navire appartenant à *West Tankers* et affrété par *Erg SpA* est entré en collision avec un embarcadère appartenant à *Erg* en Italie. Après avoir dédommagé leur client, les assureurs ont assigné *West Tankers* devant le tribunal italien. *West Tankers* a contesté la compétence de la Cour italienne en invoquant l'existence de clause compromissoire et il a ensuite introduit l'instance devant le tribunal anglais pour demander qu'il soit jugé que ce litige devait être tranché par l'arbitrage.

Au cours du procès, *West Tankers* a demandé la *High Court of Justice* de prononcer une *anti-suit injunction* au tribunal italien pour qu'il se soit déclaré incompétent en renvoyant le litige au tribunal arbitral à Londres et c'est la raison pour laquelle la question de litispendance ne se pose pas à cet égard. Finalement, la *House of Lords* a posé la question préjudicielle devant la CJCE à savoir si le prononcé d'une telle injonction est contraire au règlement CE n° 44/2001. La CJCE a estimé que « *la convention d'arbitrage est complètement exclue du champ d'application de la convention de Bruxelles et du Règlement, pour cette raison la clause d'arbitrage ne devrait pas être prise en considération et donc une*

1070 A notre avis, ce n'est pas la question de confiance mutuelle qui doit être prise en compte.

anti-suit injunction en matière d'arbitrage est incompatible avec le règlement »[1071]. C'est-à-dire que la Cour italienne était compétente au regard du règlement Bruxelles I. Bien que le plaideur ait fait valoir qu'une telle injonction ne saurait être incompatible avec le règlement n° 44/2001 en raison d'exclure l'arbitrage du champ d'application de celui-ci, la Cour a estimé qu'il faut prendre en compte l'objet censé être protégé par la procédure en question (*l'anti-suit injunction*) afin de déterminer si un litige relève ou non du champ d'application du règlement.

Quand bien même la convention d'arbitrage n'entre pas dans le champ d'application du règlement mais qu'elle puisse avoir des conséquences qui portent atteinte à l'effet utile de ce règlement. La Cour a appuyé alors sur le fait qu'une arme procédurale de *common law* est destinée à *empêcher une juridiction normalement compétente de trancher le litige qui lui soumis et aussi à priver celle-ci de statuer sur sa propre compétence en vertu du règlement.*

On sait que le règlement n° 44/2001 n'autorise pas le contrôle de la compétence d'une juridiction d'un État membre par une juridiction d'un autre État membre. Il est clair que la litispendance ne peut pas être recourue à ce stade, à la différence de l'affaire *Gasser* ou l'affaire *Turner*, car il ne s'agit pas de problème à savoir quelle juridiction étatique sera compétente pour trancher le fond du litige. En revanche ce que nous semble plus important est que la clause compromissoire devrait être applicable dès lors qu'elle est valide…

594. Considérant comme les questions préalables la validité et l'applicabilité de la clause d'arbitrage. D'après la CJCE, si on laisse *l'anti-suit injunction* écarter le tribunal italien de vérifier la validité de la clause d'arbitrage, il risque d'envisager une partie, qui souhaite de se soustraire la procédure et de priver son adversaire de protection juridictionnelle à laquelle il a droit, en invoquant une exception d'une telle clause pour échapper à la juridiction étatique en question[1072]. En premier lieu que la Cour a appuyé sur le constat que se trouve très rare en pratique, à notre avis lorsque les parties ont choisi de régler leurs différends par l'arbitrage, on peut présumer en premier lieu qu'elles souhaiteraient ne pas recourir au tribunal étatique. Nous regrettons d'ailleurs que la CJCE ait méconnu la vraie nature de la convention d'arbitrage en jugeant la question de la validité ou de l'applicabilité de la clause compromissoire comme une simple question préalable pour le litige lequel le

1071 CJCE, 10 février 2009, aff. C-185/07, *West Tankers*, *D.* 2009. 981, note C. Kessedjian; *RCDIP*.2009.373, note H. Muir Watt; *JDI*.2009.1281, note B. Audit; *RTD civ.* 2009.357, obs. P. Théry; *Rev. arb.* 2009. 407, note S. Bollée.

1072 L'arrêt précité.

fond est entré dans le champ d'application du règlement. Car, à nos opinions, il faut traiter ces questions comme si elles étaient de questions indépendantes distinctes du fond de litige principal. Parce que l'on admet, *a priori*, que la clause compromissoire est une convention autonome du contrat principal et que l'existence de ce dernier n'affecte pas sa validité.

En second lieu, le fait que l'une des parties a saisi le juge d'un État membre pour l'objet de demander à ce dernier de prononcer l'injonction contre son cocontractant qui porte ou porterait plainte devant le tribunal étatique d'un autre État membre paraît en soi que le demandeur d'une telle injonction souhaite toujours régler le litige par l'arbitrage. En laissant les deux procédures parallèles se poursuivre, il risque d'avoir les résultats incompatibles. Par ailleurs on ne peut pas éviter de penser que l'une des parties pourrait facilement utiliser le recours au juge étatique comme une stratégie dilatoire de la procédure arbitrale, notamment un simple saisi du juge d'un État communautaire éventuellement compétent en vertu du règlement Bruxelles I. Cela signifie que la convention entre les contractants n'est pas sincèrement tenue ; la partie contractante a conclu, par une mauvaise foi, un contrat en sachant auparavant qu'une clause compromissoire ne produit jamais ses effets. Malgré que l'argument puisse être dans le sens que le moyen plus approprié pour les assureurs est d'assigner devant les tribunaux compétents en vertu de l'article 5-3° du règlement Bruxelles I le lieu où le fait dommageable s'est produit ; l'Italie en l'espèce[1073]. De ce point de vue, la situation pour l'arbitrage devient plus grave, car la quasi-intégralité de tous les litiges arbitrables tombe dans le champ d'application du Règlement. Dès lors, dans certains cas le refus de *l'anti-suit injunction* fait obstacle au jeu de droit national des contrats. Par ailleurs, ceci est contraire à l'objet important sur lequel le mode de règlement des litiges par l'arbitrage commercial international se concentre ; la rapidité et la préserve de bonnes relations commerciales. Empruntant le terme de Mme H. Muir Watt, nous ne voyons « aucun intérêt pour l'espace judiciaire européen de discréditer des clauses compromissoires »[1074]. Pour ces raisons nous partageons une proposition des auteurs en ce qui concerne la création de procédure de référé communautaire pour statuer sur les conflits de compétence entre plusieurs tribunaux d'États membres[1075]. Car ce procès permettrait de réduire les délais ce qui est un

---

1073 *Contra*. R. Carrier, « *Anti-suit injunction*s : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage », *D*. 2005.2712. D'après cet auteur, les décisions anglaises démontrent que les juges n'agissent pas réellement pour le but de l'administration d'une bonne justice, en revanche, ils ont été destinés pour protéger la compétence des tribunaux anglais et notamment le marché londonien de l'arbitrage.

1074 H. Muir Watt, « Droit judiciaire international », *Rev. gén. Procédures*, n° 4, oct.-déc. 1999, p. 781 et s.

1075 *Ibid.* ; Cf. R. Carrier, « *Anti-Suit Injunction*… », *op.cit.*, p. 2714.

premier souci des opérateurs du commerce international et également résoudre les litiges ayant trait à la validité de la convention d'arbitrage.

595. Alors, qu'en est-il pour la clause compromissoire, si cette injonction ne peut produire un tel effet ? Il faut espérer le contrôle sommaire par le tribunal italien d'une clause compromissoire en question et que celui-ci respecte strictement le principe de compétence-compétence en renvoyant les parties à la procédure d'arbitrage dès lors que cette convention est valide, à l'exception de la nullité ou l'inapplicabilité manifeste. Certes, on ne nie pas la pratique que certains contrats n'ont pas été négociés, comme l'on a déjà vu la clause compromissoire insérée dans le connaissement maritime ou incorporée dans la charte-partie, sur cet argument il est vrai que *l'anti-suit injunction* n'est qu'une simple sanction contractuelle et non l'administration d'une bonne justice. Cependant, nous affirmons que le contrat de transport maritime a caractère spécifique et ne peut assimiler au contrat conclu par la partie faible car, *a priori*, ce genre de contrat a été conclu, plus souvent, entre le commissionnaire et l'affréteur ou le transporteur.

Le texte de Convention de New York 1958 a été pris en compte par la CJCE : « *l'anti-suit injunction prononcée au moment que serait invoquée par le défendeur l'existence d'une clause d'arbitrage aurait pour effet de priver un tribunal d'exercer son pouvoir d'apprécier l'effet de la clause compromissoire sur sa compétence, que lui confère la Convention de New York, et par voie de conséquence de priver le demandeur de la protection juridictionnelle à laquelle il a droit* »[1076]. Quand bien même cette convention donne une direction pour le tribunal saisi, mais elle n'a pas pour but de régler les conflits de compétence des tribunaux étatiques qui saisissent le litige portant sur la question de la validité de la clause d'arbitrage. C'est la raison pour laquelle en pratique, toutes les juridictions peuvent être saisies pour une telle clause sans nécessité d'avoir la compétence sur le fond du litige.

D'après ce constat, nous pensons que même si la Convention de Bruxelles et le règlement n'appliquent pas à la clause compromissoire, ce n'est pas à dire que le tribunal destinataire de cette injonction décidera toujours non favorable à la clause d'arbitrage. Il faut rappeler que *l'anti-suit injunction* n'est qu'une mesure procédurale pour l'objet de contraindre le tribunal étatique de ne pas saisir le litige pendante devant un autre tribunal. Au contraire,

---

1076 CJCE, 10 février 2009, aff. C-185/07, *West Tankers*, préc. : il faut rappeler qu'aux termes du considérant n°25 du règlement Bruxelles I, le respect des engagements internationaux souscrits par les États membres justifie que le présent règlement n'affecte pas les conventions auxquelles les États membres sont parties et qui portent sur des matières spéciales.

rien n'empêchera les tribunaux anglais de prendre en compte la validité de la clause d'arbitrage et de s'opposer à la reconnaissance et l'exécution ce jugement italien qui avait condamné *West Tankers* sans constater préalablement la nullité de la clause d'arbitrage.

B. Dans l'espace judiciaire international commun.

596. Cette mesure a caractère *in personam*, alors elle dirige uniquement à l'encontre du plaideur. En effet si l'on prend en compte les mesures provisoires, celles-ci sont également *in personam* et surtout la nature juridique des deux types d'injonctions n'est pas différente, mais les mesures provisoires sont admises car elles sont dans l'autre étape du procès.

Pour les adversaires de *l'anti-suit injunction*, celle-ci est une mesure qui interdit aux parties de poursuivre la procédure judiciaire devant la juridiction étrangère, en ce sens elle est interférée indirectement à la souveraineté du juge étranger dans la mesure où l'injonction fait obstacle à la saisine du litige puisque le plaideur n'a pas pu assigner devant cette juridiction[1077]. Cependant, il est vrai que les juges *common law* peuvent continuer d'octroyer cette injonction à l'encontre les plaideurs pour le litige qui n'entre pas sous l'empire du règlement n° 44/2001. A titre d'exemple, il est possible de trouver une demande de *l'anti-suit injunction* auprès la Cour anglaise contre la partie thaïlandaise, mais jusqu'à maintenant nous n'avons vu aucune décision de la Cour thaïe sur ce sujet. A notre avis, il est ardu que la dernière admette *l'anti-suit injunction* quand bien même celle-ci est prononcée pour permettre le déroulement de la procédure arbitrale ; il s'agit de question de la souveraineté judiciaire. Pourtant on peut penser s'il existe un accord international entre États ou même pour raison de courtoisie judiciaire internationale, ceux-ci permettraient aux juges thaïs d'accepter la mesure procédurale étrangère en cause.

Rappelons que cette mesure procédurale est toujours prononcée avec la peine privée ou pénale. Comme l'affirme la CJCE dans l'arrêt *Turner*[1078], elle constitue une ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère.

1077 Pourtant, dans l'affaire *West Tankers* il s'agit de la contrainte destinée à interdire un juge italien de statuer au fond du litige.

1078 CJCE, 27 avril 2004, aff. C-159/02, *Turner*, *RTD civ*. 2004.549, obs. Ph. Thery ; *D.* 2005.Chr.2712, note R. Carrier.

597. Cependant on trouve que l'Institut de droit international admet aussi la possibilité d'octroyer cette injonction. La résolution (n° 5) adoptée au sein de l'Institut de droit international précise que

« *Les juridictions qui accordent des anti-suit injunctions devraient être sensibles aux exigences de la comity et, en particulier, ne devraient accorder de telles injonctions que lorsqu'il y a : a) violation d'un accord relatif au choix du tribunal ou d'un accord d'arbitrage ; b) comportement déraisonnable ou oppressif d'un demandeur devant une juridiction étrangère ; ou c) nécessité de protection de leur propre compétence dans des matières telles que l'administration de biens et les procédures d'insolvabilité* »[1079].

Cette résolution semble être appliquée aussi bien au prononcé par le tribunal étatique que le tribunal arbitral de *l'anti-suit injunction*. Car l'arbitre dispose la compétence pour statuer sa propre compétence y compris la mesure prononcée pour protéger ladite compétence. Malgré que cette résolution a été adoptée, certes sans force obligatoire, mais il faut constater que l'Institut n'a pas encouragé ou suggéré aux autres systèmes juridiques qui n'ont pas connu l'emploi de cette injonction. Il en va de même pour la loi type de CNUDCI, l'article 17.2 b) ainsi libellé : le tribunal arbitral peut ordonner à une partie « *de prendre des mesures de natures à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiate ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même* ».

Section III

Renforcement procédural de l'efficacité de l'arbitrage international.

598. Bien que nous limitions notre étude sur les questions en dehors de la procédure arbitrale, il est indispensable d'étudier les mesures qui viennent renforcer une telle procédure. Comme on le sait, l'arbitrage est un mode contractuel de règlement des litiges. Étant *juge privé*, l'arbitre ne dispose de pouvoir coercitif. Ainsi dans certaines hypothèses, les règles sur la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale ne sont pas suffisantes pour protéger la partie conquérante. Car il est possible aussi d'envisager le cas où cette partie a besoin, avant l'ouverture de procédure arbitrale ou même pendant le procès, d'un remède pour le cas d'urgence. Le raisonnement est le même que celui de la procédure devant le juge étatique.

Quand bien même l'arbitrage est un mode de règlement des litiges plus rapide que le mode judiciaire traditionnel, mais qu'il prenne aussi un temps assez long, au moins six mois

1079 Institut de droit international, Session de Bruges, 2003, disponible sur le site http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2003_bru_01_fr.pdf

et parfois entre 18 et 24 mois selon la CCI. Pendant cette longue durée, l'une des parties peut exercer tel ou tel acte qui peut endommager une autre partie ou rendra impossible l'exécution de la sentence. De même qu'avant la constitution du tribunal arbitral, on peut envisager l'hypothèse de l'ignorance d'une partie de choisir son arbitre pour but dilatoire. On constate qu'il y a toujours possibilité pour le débiteur de déplacer ses actifs ou ses biens pour soustraire à l'exécution de la sentence ultérieure ou même pour endommager les preuves importantes. Dès lors, afin d'assurer l'exécution de la sentence arbitrale et de minimiser le dommage, les mesures provisoires ou conservatoires doivent être octroyées.

On peut constater que les notions « provisoire » et « conservatoire » se trouvent souvent ensemble, bien que ces expressions comportent des mesures différentes selon chaque système juridique ou selon les institutions d'arbitrage et dont le droit commercial international ne définit pas les termes. Pour les auteurs[1080], « les mesures provisoires » signifient le caractère de mesure ; c'est-à-dire « une décision provisionnelle qui ne lie pas l'arbitre ou le juge appelé à statuer le fond ». Alors que « les mesures conservatoires » désignent « une décision qui a pour objet de préserver une situation, des droits ou des preuves ».

Il faut observer que la saisine du juge des référés par une partie contractante dans ce cas ne vaut pas la dénonciation de la clause compromissoire, et surtout ne vaut pas non plus celle de la saisine du fond du litige. Il s'agit également de la coopération entre le juge étatique et le juge privé pour la bonne administration de la justice et le bon déroulement de l'instance arbitrale. En admettant que cette issue soit élargie, un contrat international peut faire l'objet des mesures propres à appliquer tel ou tel contrat, nous ne pouvons pas pencher sur les détails de tous les contrats. Alors nous limitons notre étude sur les mesures généralement applicables aux contrats internationaux. Donc les hypothèses citées peuvent être celles des contrats considérés aptes pour l'étude comparative. On interviendra tout d'abord les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage international en France **(§1)**. Nous étudierons par la suite les problèmes posées dans le cadre du droit thaïlandais **(§2)**.

§ 1 : Mesures provisoires et conservatoires en droit français de l'arbitrage international.

599. Différente des dispositions thaïes, la loi française de l'arbitrage international ne dispose pas spécialement des règles de mesures conservatoires et provisoires. Ainsi, ces mesures proprement parlées ont été admises dans l'ordre juridique français par la doctrine et

1080 Ph. Fouchard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris : Litec, 1996, n° 1303.

la jurisprudence. En ce qui concerne la compétence de prononcer ces mesures, la doctrine française a affirmé le principe de compétence concurrente qui accorde également ce pouvoir aux juges étatiques et aux arbitres.

A. Les mesures prononcées par le juge.

600. On peut constater que dans le système juridique français, il y a une différence pour déterminer la compétence de l'arbitre et le juge étatique de prononcer les mesures provisoires et conservatoires.

Les mesures provisoires sont ordonnées en cas d'urgence en vertu de l'article 808 du CPC sous conditions selon lesquelles il ne faut pas avoir une contestation sérieuse ou un différend. Ceci est différent par rapport à la loi thaïe où, pour prononcer les mesures provisoires, il n'est pas obligé d'avoir le cas d'urgence (art. 254 du CPC thaï). Car, il existe aussi les « mesures provisoires en cas d'urgence » (art. 266 du CPC thaï) qui sont distinctes des mesures provisoires en général. Dès lors, pour que le juge prononce les mesures provisoires en cas d'urgence, le demandeur doit formuler sa demande selon les articles 254 et 266.

Alors que les mesures conservatoires en droit français ont pour but de préserver les droits des parties ou d'éviter un préjudice imminent en vertu de l'article 809 du CPC. Ces mesures sont destinées à entraîner l'indisponibilité des biens ou des actifs saisis. Ceci rapproche au droit thaï mais il existe aussi les différences que l'on verra par la suite.

601. La compétence du juge d'octroyer les mesures provisoires ou conservatoires donnera certaines incidences : d'une part, le prononcé des mesures provisoires ou conservatoires par le juge ne porte pas atteinte à la compétence de l'arbitre de trancher le litige au fond. D'autre part, ni la clause compromissoire ni la saisine du tribunal arbitral ne font échec à la compétence du juge pour octroyer une telle mesure[1081]. La Cour de cassation a ainsi affirmé dans son arrêt : « ***L'existence d'une clause d'arbitrage n'interdit pas****, même après la saisine*

1081 Cf. G. Robin, « Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international : Le rôle du juge d'appui », *RDAI*.2008.319, spéc. p. 321 ; O. Cachard, « Les mesures conservatoires dans l'arbitrage maritime », *DMF*.2004.220.

de la juridiction arbitrale, la mise en œuvre d'une ***saisie conservatoire*** *dans les conditions requises pour que cette saisie soit autorisée par la loi applicable* »[1082].

602. La saisine du juge étatique pour prononcer les mesures. Cependant une fois que le tribunal arbitral est constitué, le saisi du juge étatique pour ordonner les mesures provisoires ou conservatoires doit être fait en tenant compte des faits que l'arbitre ne peut pas donner une réponse adéquate dans certaines hypothèses telles que la situation d'urgence, de péril ou de déni de justice[1083].

On peut envisager aussi le cas après la saisine du tribunal arbitral et que le demandeur a déjà obtenu une mesure provisoire qu'il a demandée au juge, et que le défendeur l'a contestée devant l'arbitre, dans cette hypothèse il reste à savoir si ce dernier peut-il suspendre une telle injonction ? Sur cette question, un auteur a soutenu que l'arbitre n'a pas compétence d'annuler, de modifier ou de suspendre les mesures conservatoires ou provisoires octroyées par le juge étatique[1084]. Mais nous partageons l'avis que l'arbitre puisse octroyer une autre mesure provisoire contraire s'il se trouve approprié. Car c'est l'arbitre qui connaît bien le dossier, les détails du différend et qui finalement devrait trancher le litige au fond. De surcroît, on peut se demander pourquoi la demanderesse qui avait déjà obtenu une telle mesure a demandé pour une nouvelle fois devant le tribunal arbitral les mesures provisoires ou conservatoires ? C'est parce qu'elle n'a pas obtenu la mesure souhaitée ou la circonstance a déjà changé.

603. La question peut se poser si l'octroi de mesures provisoire ou conservatoire par le juge des référés national en vertu de l'article 31 du règlement Bruxelles I est subordonné dans l'hypothèse où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause au fond de litige. Selon le rapport Schlosser, des mesures provisoires portant sur le fond de la procédure d'arbitrage peuvent être octroyées sur le fondement de l'article 31 à condition que l'objet du litige entre dans le champ d'application du Règlement. On sait que le règlement Bruxelles I est destiné à

1082 Cass. com., 8 juin 1995, n° 93-11446, Bull. IV, n° 170, p. 98.

1083 D. Hascher, « Arbitrage du commerce international », *Rép. D. Dr. internat.*, janv. 2005, n° 43.

1084 A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI », *JDI*.1998.853, spéc. p. 880-881 : il faut rappeler que l'auteur n'a penché que sur l'arbitrage de CCI. *Contra*. Ph. Fouchard, *Traité…, op.cit.*, n° 1330 : ces auteurs admettent que l'arbitre pourrait ordonner aux parties de désister d'une mesure conservatoire préalablement obtenue d'une juridiction étatique. Il pourrait aussi octroyer une autre mesure provisoire contraire aux mesures prises par le juge étatique. En cas de conflit entre les deux mesures, c'est celle de l'arbitre qui est compétent pour statuer sur le fond qui l'emporte.

déterminer la juridiction compétente, dès lors que le fond du litige ne relève pas de ce règlement, le juge ne peut pas traiter la demande relative à ceci. Ce principe a été affirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de 2010, elle a estimé que « *si l'arbitrage est exclu du champ d'application du règlement Bruxelles I, son article 31 sur les mesures provisoires peut fonder la compétence de la juridiction française dans la mesure où l'objet du litige relève du champ matériel d'application dudit règlement* »[1085].

B. Les mesures prononcées par l'arbitre.

604. De nos jours la distinction entre les deux mesures, provisoires et conservatoires, n'est pas toujours claire, par ailleurs il n'existe pas de classification universellement acceptée sur cette issue[1086]. La CJCE les a définies comme des mesures « *destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond* »[1087]. Certes, chaque État admet différemment les critères de détermination les mesures qui peuvent être prononcées même par le juge avant ou après la constitution du tribunal arbitral, alors il n'y a pas d'exceptions pour l'arbitre. Le dernier semble envisager l'hypothèse plus compliquée que le premier.

605. En ce qui concerne les mesures provisoires, on admet en général la compétence de l'arbitre d'ordonner de telles mesures. Afin d'octroyer ces mesures, celui-ci pourrait prononcer une sentence partielle ou intérimaire mais il faut rappeler que les parties ont pu faire valoir leur point de vue et que ces mesures ne portent pas atteinte aux droits des tiers. Cependant l'octroi ces mesures en forme de l'ordonnance diffère de forme de la sentence dans la mesure où la première peut être rapportée alors que la dernière ne peut l'être, c'est-à-dire que lorsque l'arbitre a prononcé une sentence, celle-ci ne peut pas être rejugée sur ce qui est déjà jugé par le même arbitre dans la même instance. Il s'agit là du problème de l'autorité de la chose arbitrée.

1085 CA Paris, Pôle 1, ch. 4, 18 juin 2010, n° 09-223.47, *SA Aegean Marine Petroleum*, *Gaz. Pal.* 7-9 nov. 2010, p. 13, note D. Bensaude.

1086 V. Règlement des litiges commerciaux- Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoire ou conservatoires, 36e session (4-8 mars 2002, New York), CNUDCI, n° 37.

1087 CJCE, 26 mars 1992, aff. C-261/90, *Mario Reichert*, *RCDIP*.1992.720, note B. Ancel ; *JDI*.1993.461, note A. Huet ; *RIDP*.1994.160, note P. Marchal.

Alors que, certaines mesures conservatoires relèvent exclusivement de la compétence du juge étatique de se prononcer, car il est nécessaire d'avoir l'intervention de puissance publique. En raison de manquement du pouvoir coercitif des arbitres, la mise en œuvre de *l'imperium* pourrait se faire uniquement par l'État[1088].

606. En France comme en Thaïlande, aucune disposition du CPC n'accepte de façon explicite la compétence de l'arbitre sur ce point. Mais en France, il est admis en général que l'arbitre dispose du pouvoir de prononcer les mesures provisoires et conservatoires[1089] (il est bien différent en droit thaï). Là aussi il convient de trancher la question des mesures conservatoires selon lesquelles il est ardu d'admettre que le juge privé pourrait ordonner de telles mesures qui relèvent exclusivement du pouvoir de juge étatique comme on le sait. En consultant les règlements de l'institution d'arbitrage, on trouve que dans certaine matière, ces règlements confèrent ce pouvoir à l'arbitre, même sous les conditions variées. Par exemple le règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale maritime de Paris[1090] ou de la CCI[1091]. *A priori*, dans la pratique, la partie destinataire de ces mesures s'est conformée en raison de la crainte que le refus à ces mesures affecterait le tranchement du litige au fond et la sentence arbitrale à la fin[1092]. Cependant, si cette partie ne se conforme pas aux mesures conservatoires prononcées par l'arbitre, le dernier ne pourrait pas procéder l'exécution forcée car il ne dispose pas de pouvoir de coercition. C'est la tâche du juge étatique dans cette hypothèse.

1088 Sur l'argument du pouvoir coercitif, *Cf.* A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI », *op.cit.*, p.860 et s.

1089 *Cf.* Ph. Fouchard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op.cit.*, n° 1315 ; *Cf.* O. Cachard, « Les mesures conservatoires…», op.cit., p. 227. *Contra*. J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, n° 606. Ces auteurs ne partagent pas l'avis favorable à la compétence de l'arbitre d'ordonner ces mesures. Quand bien même le droit comparé nous montre que les pays qui adoptent dans leur droit interne la Loi type de la CNUDCI ont fait le consensus en admettant que l'arbitre détienne ce pouvoir. Comme l'on a déjà étudié dans la partie de droit thaï.

1090 L'article XI : « *Les arbitres pourront rendre toute sentence d'avant dire droit, ordonner toutes mesures provisoires ou conservatoires et toutes mesures d'instruction (...) exécutoires au besoin par provision* ».

1091 Le règlement d'arbitrage de la CCI, l'article 23 : Mesures conservatoires et provisoires. Cet article permet au tribunal arbitral d'ordonner « toute mesure conservatoire ou provisoire » qu'il considère appropriée. La portée est les éventails sont très répandus.

1092 O. Cachard, « Les mesures conservatoires… », *op.cit.*, p. 226.

607. En Thaïlande, les mesures conservatoires en matière de droit maritime doivent être prononcées uniquement par le juge du TCPICI qui est compétent sur les différends du droit maritime et du saisi conservatoire d'un navire. Pour les mesures relatives à ce dernier cas, elles sont régies par la Loi sur le saisi conservatoire d'un navire B.E. 2534. Mais aucune disposition de cette loi ne permet à l'arbitre de prononcer les mesures provisoires ou conservatoires.

608. Pour le texte international tel que la Loi type de CNUDCI adoptée en 2006, celle-ci a restructuré les dispositions des articles 17 en les plaçant sous un nouveau chapitre dont il mentionne les mesures provisoires et les injonctions préliminaires, le libellé « conservatoire » employé depuis la version 1985 a été supprimé[1093]. Est-ce que cela signifie que l'arbitre n'a plus de pouvoir de prononcer les mesures conservatoires ? La réponse doit être toujours positive pour ces mesures compte tenu des critères employés par l'article 17 (2), d'ailleurs il ne faut pas oublier que les objectifs de la Loi type sont pour élargir l'admission de telles mesures dans les systèmes juridiques étatiques.

L'article 17 (2) a défini une mesure provisoire comme « *toute mesure temporaire de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer un préjudice immédiat ou imminent ; de fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure ou de sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend* ». L'interprétation au sens contraire selon lequel le prononcé des mesures conservatoires ne relève plus de compétence du tribunal arbitral semble incompatible avec l'évolution de pratique de l'arbitrage commercial international. Afin de justifier nos observations, il faut prendre en considération l'article 17 H. (1), cet article nous démontre qu'une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et qu'elle « est exécutée sur une demande adressée au tribunal compétent ». Ce libellé montre que la Loi type comprend toujours les mesures conservatoires et seul le juge peut contraindre une partie à se conformer à de telles mesures ordonnées par l'arbitre. De surcroît, ce changement au sein de la Loi type affirme que la distinction des deux mesures est inutile à cet égard[1094].

1093 Ce changement du terme a apparu dès le Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa 44e session (New York, 23-27 janvier 2006), CNUDCI.

1094 V. en ce sens C. Kessedjian, « Définitions et conditions de l'octroi de mesures provisoires », *in* Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : Évolutions et innovations, Colloques, J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.), Paris : Litec, 2007, p. 73. L'auteur affirme qu'en réalité la distinction entre les

609. Dès lors que l'arbitre est compétent d'octroyer ces mesures, les questions sur la loi applicable peuvent se poser à ce stade : d'une part, il s'agit de la loi qui sert de base à la compétence de l'arbitre ; d'autre part, il reste à savoir quelle est la loi applicable aux mesures prononcées ? Pour la première, l'opinion dominante désigne la loi d'arbitrage du siège. Alors que pour la seconde, il faut rappeler que l'arbitre n'a pas de for, par conséquent les mesures provisoires ne relèvent pas de la *lex fori*. A ce stade, la qualification de nature juridique de ces mesures peut affecter la liberté de l'arbitre dans la mesure où si on les classifie dans le régime procédural, on est d'accord que les parties sont libres de choisir la loi applicable à la procédure, et que l'arbitre est plus libéral de les prononcer selon la loi procédurale. Tandis que la qualification des mesures comme le fond du litige donnera un autre résultat : elles relèvent de la *lex causae*, c'est-à-dire la loi étatique affecterait le prononcé de l'arbitre de telles mesures[1095]. Bien que les nouvelles législations sur l'arbitrage adoptées dans plusieurs pays disposent dans le sens que les parties sont libres de choisir la loi applicable à la procédure et faute de telle convention l'arbitre peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, à notre avis la loi du siège de l'arbitrage semble être la solution plus logique dans ce cas. Car, dans de nombreux des cas, les mesures provisoires ou conservatoires prononcées sont destinées à contraindre des actifs ou des personnes qui se trouvent dans l'État du siège d'arbitrage.

§ 2 : Évolution des problèmes de prononcer les mesures provisoires et conservatoires en Thaïlande.

610. Tout d'abord, il faut constater que la terminologie juridique employée en droit thaï est différente de celle de droit français (par exemple l'art. 688 du CPC). Pour les notions de mesures « provisoires » ou « conservatoires », en droit procédural thaï les rédacteurs emploient le terme qui désigne « provisoires » en français sans préciser le libellé « conservatoire ». Le Code de procédure civil thaï utilise une seule notion « mesure provisoire » qui peut être la mesure provisoire au sens littéral et peut être aussi la mesure conservatoire. Pour savoir « quand » on emploie ce terme, il est nécessaire d'étudier les détails de la demande au cas par cas. Mais on utilise le terme « conservatoire » au stade du

---

mesures provisoires et conservatoires est inopérante, car chaque mesure se concentre sur un aspect des mesures visées, un critère formel pour les mesures provisoires d'une part et un critère fonctionnel pour les mesures conservatoires d'autre part.

1095 *Cf.* O. Cachard, « Les mesures conservatoires… », *op.cit.*, p. 227.

procès d'exécution. Il faut rappeler que ces mesures ont caractère provisionnel dont le prononcé ne doit ni mettre fin au litige ni permettre de préjuger le litige au fond ; c'est-à-dire si l'examen d'une demande a conquit la demanderesse, le juge ne doit pas ordonner les mesures[1096].

Pour la partie de droit thaï, nous traiterons par chronologie de Lois applicables à chaque époque, nous ne pouvons pas employer le même critère comme la partie de droit français, car dans le système thaï il est clair que l'arbitre ne peut pas prononcer ces mesures. Nous nous intéressons d'abord à la Loi sur l'arbitrage B.E. 2530 qui rapprochait du système de droit anglais (A). Suite aux problèmes de l'ancienne Loi, le rédacteur a élaboré une nouvelle loi pour régler et combler les lacunes apparues, c'est la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545 (B).

A. L'article 13 de l'ancienne Loi sur l'arbitrage B.E. 2530.

611. L'ancienne Loi B.E. 2530 (1987) présentait plusieurs problèmes concernant les mesures provisoires. L'article 18 dispose que

« *Lorsqu'il est nécessaire de demander au tribunal étatique de convoquer les témoins ou les preuves ; la présentation des témoignages oraux sous serment ; la demande de documents ou d'autres objets ; les mesures provisoires pour sauvegarder l'intérêt de partie pendant la procédure ; ou une demande de tranchement préliminaire un tel problème de droit,* ***l'arbitre pourrait faire la demande devant le tribunal compétent*** *pour obtenir une telle ou telle ordonnance. Lorsque le juge constate que cette procédure est possible, il devrait prononcer une telle mesure selon la demande. Dans ce cas, il faut appliquer à cette demande, par analogie, les dispositions du droit procédural du for »*[1097].

Les deux problèmes principaux peuvent être envisagés, <u>en premier lieu</u>, on observe que la loi n'a autorisé qu'à l'arbitre de formuler une demande devant la Cour pour obtenir les mesures provisoires. C'est-à-dire que les parties n'ont pas pu faire la demande elles-mêmes. Le problème était que comment les parties pouvaient obtenir une telle ordonnance avant que

---

1096 Il en va de même en droit français. Ce principe est tenu par l'arbitre également, celui-ci refuse de prendre des mesures provisoires qui préjugent le fond. *Cf.* A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international… », *op.cit.*, p. 885 et s.

1097 มาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ บัญญัติว่า "ในกรณีที่จำต้องอาศัยอำนาจในการออกหมายเรียกพยาน ให้พยานสาบานตน ให้ส่งเอกสาร หรือวัตถุใด ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา หรือให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายใด อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ศาลดำเนินกระบวนพิจารณาเช่นว่านั้น ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้น หากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้น ๆ มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

le tribunal arbitral soit constitué ? Il semblait que cette disposition ne gouverne que le cas où la demande a été faite postérieurement de nommer les arbitres. Alors, la solution proposée pour la partie qui est subie le préjudice était de nommer son arbitre le plus tôt possible pour que celui-ci puisse procéder à une telle demande devant le juge. Donc on n'avait pas besoin d'attendre la constitution du tribunal arbitral[1098]. Cependant une autre question peut se poser : qu'en est-il si la clause compromissoire exige l'arbitre unique ? Car les parties devraient le nommer ensemble. Si l'une d'elles a refusé ou même a essayé de faire un acte quelconque pour retarder la nomination de l'arbitre, l'autre partie ne pourrait alors obtenir les mesures provisoires.

En second lieu, on trouve que l'article 18 ne précisait pas sur le cas de procédure arbitrale déroulante hors du royaume Thaï. Ainsi la question était de savoir s'il y avait la différence dans la mesure où cet article ne s'appliquait qu'à la procédure d'arbitrage siégée en Thaïlande ? Qu'en est-il lorsque l'arbitrage se déroulait à l'étranger mais qu'il soit nécessaire d'obtenir les mesures provisoires en Thaïlande en raison de la situation des biens ou des actifs dans ce pays ? Pour ces questions, plusieurs justifications peuvent être envisagées ; d'abord, le droit comparé nous montre qu'en général les autres pays acceptent que le juge puisse octroyer ces mesures sans tenir compte du lieu de l'arbitrage[1099]. Ensuite, il faut rappeler d'ailleurs que la Loi sur l'arbitrage B.E. 2530 appliquait aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international, c'est-à-dire que l'on pouvait appliquer l'article 18 par l'extension à la procédure déroulante à l'étranger. Et enfin, le fait que le juge doit prendre en considération, autres que la nécessité et le raisonnement de la demanderesse, était que l'une des parties de l'arbitrage relevait de la compétence de juridiction étatique thaïe en vertu de l'article 55 du Code de procédure civile. L'article 55 stipule ainsi : « *Le litige relatif aux droits ou obligations selon le droit civil ; ou la requête, doit être introduit devant le tribunal qui est*

1098 Ministère de la justice (Thaïlande), « Rapport de conférence des commissionnaires du développement de l'arbitrage », 5e/2539, le lundi 5 août 1996, p. 8-9.

1099 V. par exemple en droit allemand, le tribunal allemand compétent peut ordonner les mesures provisoires quand bien même le siège de l'arbitrage n'est pas en Allemagne (l'article 1025 (2) *ZPO*) ; en droit anglais, il est de même qu'en droit allemand, car la section 2 (3) (b) *The Arbitration Act 1996* admet aussi au juge anglais d'octroyer les mesures provisoires pour l'arbitrage déroulant à l'étranger ou même si le siège de ceci n'est pas encore déterminé. *Cf.* Jan K. Schaefer, « *New solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration : English, German and Hong Kong Law Compared* », *EJCL*, vol. 2.2, August 1998. L'article 1 (2) et l'article 9 de la Loi Modèle de la CNUDCI vont aussi en ce sens.

compétent en vertu des dispositions de droit civil et du code de procédure civile »[1100]. C'est-à-dire que le litige doit être pendant à la procédure devant le tribunal considéré compétent pour ordonner les mesures provisoires. Ceci ne signifie pas que la procédure arbitrale devrait se dérouler en Thaïlande.

On verra ensuite si la nouvelle loi apporte une solution différente de ceci.

B. Les solutions adoptées en droit actuel.

1) La Loi sur l'arbitrage B.E. 2545.

612. L'étude de droit comparé nous montre qu'il existe toujours les systèmes juridiques qui n'admettent pas la compétence de l'arbitre de prononcer les mesures aussi bien provisoires que conservatoires[1101]. Car ils se concentrent uniquement sur le fait que l'arbitre ne dispose pas de pouvoirs coercitifs, sans tenir compte de la pratique ou de la nécessité dans certaines hypothèses. Certes, ces opinions ne conforment pas au caractère sommaire de la procédure et de l'examen des preuves qui sous-tendent l'adoption de mesures conservatoires. On peut observer que seul le juge étatique est compétent pour prononcer ces mesures.

613. En Thaïlande, la nouvelle Loi sur l'arbitrage B.E. 2545, comme on le sait, a été influencée par la Loi modèle de la CNUDCI. L'article 16, 1er al. de la Loi thaïe stipule ainsi :

« ***Les parties**, qui ont conclu la convention d'arbitrage, **peuvent formuler la demande**, avant ou au cours du déroulement de la procédure arbitrale, **devant le tribunal compétent** pour obtenir l'octroi des mesures provisoires ou conservatoires. Lorsque le juge constate que cette procédure est possible, il devrait prononcer une telle mesure selon la demande. Dans ce cas, il faut appliquer à cette demande les dispositions du droit procédural du for* »[1102].

1100 มาตรา ๕๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติว่า "เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้"

1101 Le Code de procédure civile italienne, l'article 818 dispose que « *les arbitres ne peuvent pas autoriser de saisies ni de mesures conservatoires* ». De même que la loi sur l'arbitrage de 1992 de la Finlande qui interdit au tribunal arbitral de prendre des mesures conservatoires ou provisoires qui sont de la compétence des juridictions étatiques finlandaises.

1102 มาตรา ๑๖ วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า "คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม"

Malgré la réforme de la loi sur l'arbitrage, force est de reconnaître que **le système juridique thaï n'autorise toujours pas à l'arbitre de prononcer les mesures provisoires**. Cependant, à la différence de la loi précédemment applicable, cette nouvelle loi permettrait aux parties de formuler la demande directement devant le juge compétent[1103]. Ainsi, il n'est plus nécessaire de nommer l'arbitre ou les arbitres pour que ceux-ci fassent la demande devant la Cour. Le problème sur la lenteur de la procédure a été réglé à ce stade[1104].

L'article 16 a admis implicitement le non incompatibilité avec la convention d'arbitrage la demande de partie des mesures provisoires. Pourtant il n'a pas précisé que le tribunal compétent d'octroyer ces mesures peut être le tribunal étranger, on peut retenir la même solution employée par l'ancienne Loi thaïe B.E. 2530 ci-dessus. En effet l'article 9 de Loi modèle ne dispose pas expressément cette possibilité, mais il est accepté en général que la partie peut demander une telle mesure au juge étranger sans tenir compte du siège d'arbitrage ou même du lieu du déroulement de procédure arbitrale n'est pas encore déterminé. La Loi type version adoptée en 2006 précise clairement sur ce point[1105]. Mais, à notre avis, afin de prononcer telles mesures il faut avoir un lien suffisant entre le for et la demande en cause, à

1103 C'est la solution plus apte pour l'arbitrage, car l'arbitre ne devrait pas exercer comme un représentant de l'une des parties même pas pour la partie qui l'a nommé. Lors de la procédure arbitrale, non seulement les différends entre parties seront réglés mais l'arbitre devrait rendre également la justice. Si l'arbitre doit rendre un service à une partie par exemple faire une demande des mesures provisoires contre une autre partie à la procédure arbitrale, comment on peut lui faire confiance qu'il tranche le litige par la justice ? Les auteurs thaïs qui ont souvent été nommés l'arbitre dans le litige interne et international ont suggéré que l'arbitre ne doit pas prendre partie. L'arbitre qui accepte la nomination d'une partie ne veut pas dire qu'il fait partie de son équipe. En effet l'arbitre n'est pas et ne joue pas le même rôle qu'un avocat, donc ce n'est pas sa tâche de défendre la partie qui l'a choisi. Alors il faut être clair pour toutes les parties que l'arbitre ou les arbitres est (sont) indépendant(s), garant(s) de leurs différends, lesquels seront tranchés en toute justice (Prof. Kanung Luchai, « Les solutions pour le déroulement de procédure arbitrale », *TAI Journal of Arbitration*, vol. 3, 2008, ADR Office, Office of the Judiciary, p. 216-218 ; Juge Jaran Pakdeetanakoon, « Rapport de la conférence : le développement et l'encouragement le système de l'arbitrage en Thaïlande », Office of the Judiciary, 1994, p. 50). D'ailleurs, le problème de neutralité de l'arbitrage permet à la contestation qui peut être un litige devant la Cour pour plusieurs années, certes, les principes de mode de règlement des litiges par l'arbitrage tels que la rapidité, l'économie de dépenses, seront détruits.

1104 En effet la Loi de l'arbitrage B.E. 2530 (1987) a été rédigée après l'application de la première version de Loi modèle de CNUDCI. Mais il semblait que le rédacteur hésitait de suivre l'orientation de Loi modèle, c'est la raison pour laquelle l'ancienne loi a été inspirée par la loi anglaise. Même au cours de rédaction la nouvelle loi, le législateur ne croyait pas encore au système établi par la Loi modèle. Donc on peut toujours constater l'ombre de l'ancienne loi vers certaines dispositions.

1105 La version adoptée par la Commission à la 39e session en 2006 de la Loi type, l'article 17 J, relatif aux mesures provisoires octroyées par les tribunaux étatique à l'appui de l'arbitrage, dispose ainsi : « *Un tribunal dispose, pour prononcer une mesure provisoire en relation avec une procédure d'arbitrage, qu'elle ait ou non son lieu sur le territoire du présent État, du même pouvoir que celui dont il dispose en relation avec une procédure judiciaire. Il exerce ce pouvoir conformément à ses propres procédures en tenant compte des particularités d'un arbitrage international* ». A ce stade, force est de constater que le tribunal d'un État pourrait ordonner ces mesures sans tenir compte si la procédure arbitrale se déroule sur son territoire ou non. V. en ce sens CNUDCI, « Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 telle qu'amendée en 2006 », n° 30.

titre d'exemple, les actifs destinataires de mesures se trouvent dans la juridiction dudit juge. En pratique, comment on peut être sûr que les mesures provisoires ordonnées par le juge étranger peuvent être exécutées sur les biens en Thaïlande ? (Sous réserve que celles-ci ont été prononcées sous forme de sentence au sens de la Convention de New York ; ou ont été qualifiée de sentence selon le droit thaïlandais de l'arbitrage).

614. Un autre débat qui nous intéresse est fondé sur la dernière phrase de l'article 16, 1er al. de la Loi sur l'arbitrage, ceci nous renvoie à l'application de dispositions du Code de procédure civile relatif aux mesures provisoires. Il paraît que les dispositions des deux lois ne sont pas conformes. On sait que le code ne dispose pas des stipulations qui s'appliquent aux mesures ordonnées avant l'assignation ; c'est-à-dire afin d'obtenir telles mesures il est obligé d'introduire le litige devant le tribunal étatique. Un auteur[1106] a suggéré de réviser le texte du Code de procédure civile pour qu'il puisse être appliqué à tous les cas, car il existe une disposition permettant de faire une telle demande devant le TCPICI mais elle se limite aux différends relatifs au commerce international et propriété intellectuel.

615. De nos jours, la loi thaïe n'admet toujours pas la compétence de l'arbitre de prononcer ces mesures. Comme l'on a déjà cité le raisonnement du législateur. Certes, l'arbitre ne dispose pas de *l'imperium*, mais à ce stade, voyons la différence entre la question de la compétence d'octroyer et celle de l'exécution des mesures en cause. S'agissant du souci de la force obligatoire de mesures provisoires ordonnées par l'arbitre, les chiffres de la pratique affirme que les parties les respectent jusqu'à 95 pourcent[1107]. C'est une raison psychologique, si cette partie refuse de se conformer, les arbitres lui donneront probablement tort à la finale ; c'est le résultat qui la fait craindre.

En effet, par rapport au juge, l'arbitre devrait connaître bien le fond des différends, les preuves et les témoins plutôt que le premier, si l'on admet à l'arbitre ce pouvoir, il serait plus convenable surtout pour le cas d'urgence. Ceci permet aussi à évoluer le système d'arbitrage pour devenir le mode de règlement autosuffisant. On peut penser par ailleurs que le prononcé par le juge de ces mesures semble contraire au principe de l'arbitrage relatif à la

---

1106 N. Kijsintopchai, *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, Bangkok : Université de Chulalongkorn, 2004, p. 181.

1107 L'avis de M. Gerold Hermann, Le secrétaire général de CNUDCI à l'occasion de discussion de table ronde sur le projet de loi sur l'arbitrage de Thaïlande B.E. …, Ministère de la justice, septembre 1996, p. 29-30. V. en ce sens A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires… », *op.cit.*, p. 861.

confidentialité des secrets commerciaux[1108], car la demande devant le tribunal étatique permet aux autres tels que les fonctionnaires du tribunal, d'être au courant de ces secrets.

Certes, on ne peut nier le fait que quand bien même l'arbitre peut ordonner ces mesures, mais il est nécessaire d'obtenir l'exécution par le juge dans certains cas : des mesures conservatoires. Alors les parties doivent décider prudemment quel tribunal, étatique ou arbitral, est le mieux placé pour que la procédure se déroule plus rapide avec le moindre coût afin que la protection soit plus efficace notamment en cas d'urgence.

616. En effet, la Loi type sur l'arbitrage commercial international a été restructurée dans la partie de mesures provisoires et a été adoptée en 2006 ; elle consacre les nouveaux textes pour la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires. Ces dispositions peuvent inspirer les lois d'autres pays. A notre avis, les amendements de texte de Loi sont moins ardus que celui du Code de procédure civile et en particulier s'agissant de compétence de l'arbitre, la phase spéciale qui ne touche pas les dispositions du Code de procédure civile ; alors nous proposons ici, compte tenu de la justice et de l'objectif poursuivi de l'arbitrage, il faut réviser la Loi sur l'arbitrage en élaborant le texte relatif au pouvoir de l'arbitre d'octroyer les mesures provisoires, y compris la reconnaissance et l'exécution. Comme le dit un auteur : « l'arbitre est lui-même le juge du fond, alors il possède une compétence-compétence pour statuer sur toute mesure liée au fond »[1109]. Cette proposition a pour but de rendre l'autosuffisant au système arbitral thaï. On sait que l'Institut de l'arbitrage, Ministère de justice, essaie de promouvoir la Thaïlande à devenir le centre de l'arbitrage international dans l'Asie du Sud-Est, mais force est de reconnaître que les conseillers juridiques s'adressent normalement aux parties de fixer le lieu de l'arbitrage dans un pays dont le droit reconnaît à l'arbitre les pouvoirs les plus larges en matière de mesures provisoires. N'est-il pas temps de reconsidérer et réviser la Loi sur l'arbitrage sur cette issue ?

2) Les règles procédurales du TCPICI.

617. Le Tribunal central de la propriété intellectuelle et du commerce international est compétent sur les différends relatifs à l'arbitrage commercial international et propriété intellectuelle. En vertu de l'article 30 de Loi portant création du TCPICI et ses règles

---

1108 Sauf le cas devant le TCPICI dont ses règlements contiennent la stipulation sur la confidentialité des secrets commerciaux entre les parties contractantes.

1109 C. Kessedjian, « Définitions et conditions de l'octroi… », *op.cit.*, p. 79.

procédurales B.E. 2539, le Président du TCPICI approuvé par le Président de la Cour suprême *Dika* pourrait ordonner les règles applicables aux procédures et aux écoutes des preuves devant le TCPICI. Donc ce sont ces règles qui concernent directement les contrats internationaux, et le terme « le droit procédural du for » au sens de l'article 16 1er al. de la loi sur l'arbitrage signifie les règles procédurales du TCPICI à ce stade, cependant il y a aussi des limites. A la différence du Code de procédure civile, les règlements du TCPICI permettent à ce tribunal d'octroyer les mesures provisoires et conservatoires avant l'assignation du litige. Il s'agit des mesures d'injonction de *Common Law*, mais que ces règles ne disposent pas des mesures prononcées pendant le procès ; c'est-à-dire que les dernières relèvent toujours des dispositions du Code de procédure civile.

618. Il faut cependant constater que les termes employés dans ces règles procédurales (l'art. 17, 1er al.) nous montrer qu'après avoir obtenu ce que la demanderesse souhaite, si elle n'assigne pas la défenderesse devant le tribunal dans les délais de 15 jours, les mesures provisoires ordonnées seront annulées[1110]. Par ailleurs, la défenderesse a le droit de faire une demande contre la demanderesse devant ce tribunal pour les compensations du préjudice causé par telles mesures. En revanche si le demandeur a assigné le défendeur, les délais de mesures en cause seront prolongés jusqu'à ce que la Cour ordonne autrement selon la demande du premier (l'art. 18)[1111]. Alors, même si aucune disposition de droit thaï n'admet pas expressément que la demande des mesures provisoires devant le juge étatique ne porte pas atteinte à la convention d'arbitrage, il faut dire que la pratique de l'arbitrage thaï n'est pas contraire à celle d'autres pays. Dès lors, on peut dire qu'il n'est pas nécessaire d'assigner une autre partie devant le TCPICI après cette demande en question, les parties peuvent poursuivre le procès d'arbitrage comme prévu[1112]. Mais il faudrait faire une

---

1110 ข้อ ๑๗ วรรคแรก แห่ง ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง พ.ศ. ๒๕๔๐ "ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามข้อ ๑๓ ถ้าผู้ขอมิได้ฟ้องคดีเกี่ยวกับคำขอที่มีคำสั่งอนุญาตนั้นภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว"

1111 ข้อ ๑๘ แห่ง ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง พ.ศ. ๒๕๔๐ "ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามข้อ ๑๓ ถ้าผู้ขอฟ้องคดีเกี่ยวกับคำขอที่มีคำสั่งอนุญาตนั้นภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ให้คำสั่งอนุญาตนั้น (...) มีผลใช้บังคับต่อไป เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งตามคำขอของจำเลยให้ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น (...)"

1112 Il faut noter qu'il n'y a pas de mesures provisoires « avant » l'assignation, alors pour la demande de ces mesures selon le Code de procédure civile, la partie demanderesse doit assigner devant la Cour civile, comme l'on a vu stipuler l'article 255 dans le sens que « *la prise en considération d'une demande selon l'article 254 (mesures provisoires) doit être entendu d'après le juge que la demande initiale est recevable avec les moyens et des prétentions suffisantes de demanderesse pour octroyer les mesures provisoires demandées* ».

composition du tribunal arbitral avant le délai de 15 jours. Par ailleurs, comme on le sait, l'article 16 de la Loi de l'arbitrage B.E. 2545 permet aux parties de demander au juge avant ou pendant le déroulement de la procédure arbitrale les mesures provisoires.

Compte tenu de la demande des mesures en cause, les règles procédurales du TCPICI disposent au juge d'appliquer à cette demande les dispositions relatives aux principes de confidentialité des secrets commerciaux telles que la procédure privée devant la Cour et l'interdiction de publicité ; le procès d'examiner les témoins par vidéoconférence[1113].

1113 ข้อ ๑๙ แห่ง ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง พ.ศ. ๒๕๔๐ "ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาลับและการห้ามโฆษณาตามข้อ ๒๔ และการสืบพยานบุคคลโดยระบบการประชุมทางจอภาพตามข้อ ๓๒ มาใช้แก่การพิจารณาตามข้อ ๑๓ และข้อ ๑๕ ถึงข้อ ๑๘ โดยอนุโลม" On peut constater que l'ordonnance du juge devra être prononcée publiquement devant la Cour.

619. Conclusion du chapitre. Force est de constater que l'appréciation de la compétence arbitrale par l'ordre chronologique a pour but de donner à la clause compromissoire la plus grande efficacité possible. Par ailleurs cette solution pourrait éviter l'ouverture du procès par l'une des parties, à des fins dilatoires, devant le tribunal étatique. Quoiqu'il en soit, une fois que les parties concluent la clause d'arbitrage, il faut tenir compte de la volonté réelle de se compromettre et si la clause est valide, le juge devra se déclarer incompétent en renvoyant les parties à la procédure arbitrale.

Après avoir étudié à titre comparé, on trouve que même si la Loi thaïe sur l'arbitrage a été inspirée de la Loi type de CNUDCI, dit plus moderne qu'à l'époque, mais il existe toujours certaines différences par rapport au droit français. On admet que la jurisprudence thaïe est favorable à l'arbitrage, les principes importants dans cette matière sont reconnus aussi dans l'ordre juridique thaï. Pour que le mode de règlement des litiges par l'arbitrage thaï soit plus efficace et reconnu par les investisseurs étrangers, certaines règles de droit devraient être révisées ; la règle gouvernementale relative à la personne morale de droit public et entreprises étrangères, l'admission du prononcé par l'arbitre des mesures provisoires. On accepte que le problème devienne plus délicat à tracer lorsque l'une des parties est la personne de droit public, de même qu'en France, le débat sur cette issue est très animé jusqu'à nos jours. Mais l'idée de laisser le gouvernement décider au cas par cas pourrait faire obstacle au développement de l'arbitrage commercial international thaï et aussi le souci d'exercer le pouvoir arbitraire.

En ce qui concerne les mesures provisoires, là aussi, on constate l'hésitation du rédacteur thaï notamment en ce qui concerne la compétence de l'arbitre d'ordonner ces mesures. Certainement, il n'est pas nécessaire de réviser toutes les lois thaïes pour qu'elles se rapprochent des lois occidentales, mais si l'ignorance du changement donnera au système de l'arbitrage thaï archaïque à l'égard des investisseurs, là encore, l'objectif de la Thaïlande de devenir le centre de l'arbitrage commercial international dans l'Asie du Sud-est est difficile à réaliser.

620. Conclusion du Titre. Les juridictions compétentes en matière contractuelles sont de deux ordres : soit étatiques soit arbitrales. Après avoir étudié la méthode de détermination de compétence de chaque mode, on constate que le mode consensuel de règlement des litiges semble plus aisé que le mode judiciaire, sous réserve de difficultés de déterminer la notion de l'inapplicabilité et de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage. Ces notions sont importantes pour que le juge étatique déclare incompétent lorsque l'arbitrage a été manifestement choisi, l'arbitre ayant la compétence de sa compétence. On sait aussi que certaines mesures procédurales ont été soulevées aussi bien devant le juge étatique que devant l'arbitre. En ce qui concerne la juridiction étatique, plusieurs lieux qui présentent un lien avec les parties ou la situation du litige ont été employés pour déterminer la compétence du juge. Parmi ceux-ci, le domicile du défendeur est toujours le lieu plus commun pour assigner, notamment le cas de parties faibles. En droit thaï, même si l'on ne consacre pas encore de règles pour les parties faibles en matière internationale, le domicile du défendeur est traditionnellement retenu. En espérant que le principe de protection des parties faibles dans les règles de compétence juridictionnelle sera adopté également au sein de l'Association des Nations du Sud-est Asiatique (ASEAN).

Après les règles de compétence directe, il convient d'étudier la question de la réception des décisions et *vice versa*. En présence d'une décision étatique hors Union européenne les règles françaises et de nature jurisprudentielle. En Thaïlande également. Cependant pour le cas de la sentence arbitrale internationale, on verra que la réception dans l'ordre juridique étatique est plus simple grâce à l'instrument international de simplification les règles dans ce domaine.

Titre Second

RECEPTIONS DES DECISIONS ETRANGERES.

621. La partie relative aux effets des décisions étrangères est considérée, à notre avis, comme la partie la plus importante. En effet, comment peut-on obtenir justice, si, finalement le jugement ou la sentence rendu(e) ne peut pas être reconnu(e) ou exécuté(e) dans le pays où se trouvent les biens de débiteur ? Ne serait-ce pas, au terme d'une procédure, une démarche coûteuse et inutile ? Ce sera donc l'une des premières questions qui sera posée par les investisseurs étrangers. Il appartient alors à des missions conseils de se pencher sérieusement sur ce problème avant d'exposer à son client la situation que va entraîner la possibilité de reconnaissance ou d'exécution des décisions dans un pays de son cocontractant. Il faut dire que ce sujet est bien compliqué en raison de la différence de droit selon chaque système juridique. Dans la plupart des pays, il n'y a pas de loi écrite pour régler ce problème, on fait appel alors à la jurisprudence. Mais il est possible que la pratique est incertaine, il s'agit là du problème de la sécurité juridique. On connait bien le problème de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères dans chaque pays, notamment dans des pays en développement, comme nous avons toujours affirmé, c'est la prévisibilité qui est indispensable en matière des contrats commerciaux internationaux. Nous admettons que ce sujet est délicat puisqu'il peut porter atteinte à la souveraineté étatique, force est de reconnaître que ces pays ne font pas confiance aux lois étrangères, pour ne pas dire qu'ils les ignorent complètement, en particulier la loi des pays occidentaux. A l'inverse, pour les États développés dont les systèmes juridiques sont plus avancés, comment leurs juges peuvent reconnaître ou exécuter la décision étrangère d'origine d'un pays où l'efficacité de la loi est douteuse ?

622. Il semble que les conventions internationales d'unification les droits en la matière est la meilleure solution, tel est le cas de la Convention de Bruxelles de 1968 ; la Convention de Lugano pour les jugements judiciaires ; la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale ; et la Convention de New York de 1958 en matière de l'arbitrage. On admet que ces instruments internationaux sont bien utiles, car ils permettent la libre circulation des décisions étrangères mais uniquement entre les États membres.

Il existe toujours les relations juridiques en dehors du cadre conventionnel ; par exemple la Thaïlande et la France qui n'ont aucun accord international sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Alors la reconnaissance ou l'exécution des jugements français en Thaïlande, ou *vice versa*, doit être soumise aux règles de droit commun qui sont assez compliquées à cause de la lenteur du procès.

623. En ce qui concerne le terme employé au titre de cette partie, afin d'englober un jugement et une sentence arbitrale, on emploie à ce stade une « décision » au sens large. Nous verrons que la notion de décision pourrait comprendre d'autres actes publics émanant d'une autorité étatique. Alors qu'une sentence arbitrale est considérée comme un acte privé, mais reconnue par l'État ; quand bien même l'arbitre est une personne privée n'ayant pas de pouvoir étatique propre de décision, c'est à une règle étatique qui reconnait à sa sentence de produire un effet juridique dans un État. Cependant on ne peut pas dire que la sentence arbitrale est de même nature du jugement car elle n'a pas doté de l'autorité qui fonde la vocation à la reconnaissance dans le conflit de juridictions. Pour cette raison, l'ordre juridique du for applique la méthode de reconnaissance propre à chaque type de décision. On verra que même si on classe une sentence arbitrale comme une décision, la méthode visée est celle de la reconnaissance des situations ; la méthode de règles de conflit de lois (droit commun) ou de règles matérielles (droit conventionnel).

Nous verrons tout d'abord la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers **(Chapitre I)**. On sait que dans le commerce international le mode alternatif de l'arbitrage joue un rôle considérablement important, on verra que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales seraient plus faciles que celles des jugements étatiques. Nous consacrerons dans le second chapitre une étude de la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale **(Chapitre II)**.

Chapitre Premier

RECEPTION DES JUGEMENTS ETRANGERS.

624. Admettons que chaque État devrait préserver de prime abord la souveraineté étatique sur son territoire, car la souveraineté est considérée comme l'un des éléments indispensables qui comporte un État souverain ; le territoire, le gouvernement, le peuple, et la souveraineté. Comme on le sait, hormis le pouvoir législatif et administratif, un autre pouvoir souverain « interne » a été exercé à travers le juge étatique, c'est un pouvoir judiciaire. Dès lors, il n'est pas étonnant d'envisager l'opinion selon laquelle un juge d'un tel État n'est pas obligé d'être lié par une décision d'un juge étranger. Ceci donne lieu aux difficultés de l'admission de la reconnaissance ou l'exécution des jugements étrangers notamment en matière civile et commerciale. Certes, l'État souverain devrait sauvegarder sa souveraineté, mais il est vrai que cette position peut être aussi un obstacle d'une coopération dans la communauté internationale.

Force est de constater qu'à l'heure actuelle, la nécessité d'avoir le texte sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers se manifeste de plus en plus dans tous les pays qui souhaitent commercialiser avec d'autres pays. Alors, pour le but du commerce, l'État est invité à limiter l'exercice de son pouvoir souverain dans certains cas en espérant la même réaction réciproque d'autres États. Nous verrons par la suite que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers ne sont pas simples comme celles des sentences arbitrales étrangères.

La pratique sur la reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers admise par la communauté internationale pourrait être classée en quatre types : le jugement étranger peut produire l'effet dans un autre État comme le jugement du for, donc le juge du for pourrait prononcer une décision *exequatur* sans assigner la nouvelle instance ; le jugement étranger produit l'effet en plein droit dans un autre État, mais que cet État préserve le droit de retrancher ce litige ; le jugement étranger obtiendra *l'exequatur* en raison de la courtoisie internationale ; et le jugement étranger ne produit l'effet dans un autre État qu'en tant que preuve *prima facie* d'une obligation, c'est-à-dire que le demandeur est obligé d'assigner un nouveau litige devant la Cour.

On verra que l'État a liberté de choisir un moyen de reconnaissance et d'exécution qui peut être diverse dans chaque système juridique. C'est pourquoi la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers ne sont pas faciles pour les investisseurs et c'est aussi la

raison pour laquelle on a besoin de règles uniformes au niveau international sur cette issue.

La France est un État contractant de plusieurs conventions internationales de ce genre, alors que la Thaïlande ne participe à aucun instrument international dans ce domaine[1114]. Nous étudierons par la suite quelles règles les juges thaïs doivent en tenir compte lorsqu'ils envisagent la reconnaissance ou l'exécution des jugements étrangers.

625. La notion de reconnaissance est initialement distinguée de celle d'exécution, comme on le sait, une décision étrangère peut obtenir la reconnaissance pure sans exécution dans l'État requis, alors que l'exécution d'un jugement étranger se réalise toujours avec cette reconnaissance. Il semble que la reconnaissance en droit commun est réservée aux jugements déclaratifs ou relatifs à l'état et à la capacité des personnes. L'intervention de l'autorité de l'État du for n'est pas nécessaire pour la reconnaissance. En revanche, il est indispensable d'avoir une telle intervention pour l'exécution d'un jugement ; par exemple en France il faut avoir *l'exequatur* prononcé par le juge compétent, ou en Thaïlande il faut avoir un jugement pour l'exécution.

626. Efficacité substantielle isolée de l'autorité de chose jugée. On verra que le jugement étranger peut produire des effets indépendamment de *l'exequatur*, il est nécessaire de comprendre la distinction, son efficacité substantielle de son autorité. Autrement dit, bien que le jugement possède lui-même l'autorité de chose jugée, son efficacité substantielle dans un pays tiers devrait être distinguée de la première. Cela permettrait à justifier la reconnaissance à certains jugements étrangers leurs effets *de plano*. D'après Mme D. Alexandre, les jugements étrangers rendus en matière d'état et de capacité sont simplement efficaces en France, et qu'ils n'ont pas d'autorité de chose jugée par eux-mêmes. Mais ces jugements « n'ont qu'une certaine efficacité qui peut être contestée tant que le juge français n'a pas reconnu leur autorité de chose jugée après un contrôle de régularité »[1115]. L'auteur a affirmé par ailleurs que cette solution pourrait également appliquer aux jugements prononcés en d'autres matières, quel que soit leur nature du jugement : constitutive, déclarative ou

---

1114 Pour la Thaïlande, il y a la possibilité que le gouvernement ratifierait les conventions internationales en matière de l'environnement maritime tel que la Convention internationale pour l'établissement d'un fond international pour le dédommagement de la pollution de l'huile (FUND 1971) et la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (CLC 1969). Ce serait la première fois que les relations privées internationales impliquées avec la Thaïlande seront soumises dans le cadre conventionnel, notamment la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

1115 D. Alexandre, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris : LGDJ, 1970, n° 165.

condamnation. L'efficacité *de plano* doit être reconnue aussi pour les jugements étrangers en matière patrimoniale, car il faut s'attacher uniquement à la nature des effets que l'on veut faire produire[1116]. Dans ce cas là, même s'il ne s'agit pas de *l'exequatur*, mais le contrôle de régularité s'impose toujours en raison du caractère immuable de l'affirmation du juge étranger. Selon l'auteur, seul un simple contrôle de régularité par le juge saisi pour la question principale est suffisant pour reconnaître l'autorité de chose jugée sans nécessité de recourir au procès de *l'exequatur*[1117].

Par ailleurs, on verra que les effets des jugements étrangers se distinguent aussi des attributs qui sont parfois appelés par les auteurs *effets processuels*.

Nous étudions tout d'abord la reconnaissance des attributs de jugements étrangers **(Section I)**, avant de pencher sur la reconnaissance des effets de jugements étrangers qui font l'objet des contrôles de régularité internationale **(Section II)**.

Section I

Reconnaissance des attributs de jugements étrangers.

627. Force est de constater qu'un jugement étranger n'a doté de valeur normative que dans son ordre juridique. Par conséquent afin qu'un tel jugement étranger puisse produire les conséquences juridiques dans un pays du juge du for, il est nécessaire d'avoir l'intervention des règles du for et certains contrôles des autorités étrangères. Il est vrai que tous les jugements étrangers n'ont pas tous besoin d'*exequatur* pour être reconnus, cependant il est nécessaire pour certains d'avoir la procédure *exequatur* afin de leur conférer la force exécutoire. Une fois que ce jugement étranger a été reconnu par le juge, son efficacité substantielle sera aussi devant ce dernier.

628. La question peut être posée si tous les jugements étrangers peuvent recevoir *exequatur* en France sous les mêmes conditions ? Il nous convient tout d'abord de déterminer la notion de jugement étranger. En effet les décisions concernées sont celles qui ont été prononcées par une souveraineté étrangère. Par ailleurs la Cour de cassation a fermement affirmé que « *constitue une décision pouvant recevoir exequatur toute intervention du juge qui produit*

1116 *Id.*, n° 159.

1117 *Id.*, n° 154 et s ; n° 166.

des effets à l'égard des personnes ou sur les biens, droits ou obligations »[1118] **(§1)**. On interviendra ensuite les attributs de jugements étrangers **(§2)**.

§ 1 : La détermination des décisions étrangères.

629. Après avoir étudié la notion du jugement étranger en droit français (A), nous étudierons ensuite la notion du jugement retenue par le droit thaï (B).

A. La notion du jugement étranger en droit français.

630. Il est indispensable de commencer par la détermination de la notion du jugement, certaines décisions ne sont pas considérées comme un jugement alors que d'autres peuvent l'être. L'importance de cette qualification réside dans le fait qu'il y a des méthodes diverses de reconnaissance de jugement et d'autres actes ou décisions, certes on parle ici du terme *reconnaissance* au sens large. Un jugement étranger serait subordonné à la méthode de reconnaissance de l'efficacité substantielle, tandis que d'autres actes tel qu'un acte privé serait soumis à l'une des méthodes de conflit de lois.

631. Un jugement est « *le résultat de cette action, la décision prise en tant qu'acte juridique, désigne, en ce sens générique, toute décision de justice ; englobe toutes les décisions de caractère juridictionnel (définitif ou avant dire droit, contentieux ou gracieux, etc.) émanant d'un juge (au sens générique), c'est-à-dire même les arrêts de la Cour de cassation ou des cours d'appel (...)* »[1119]. Dès lors, on peut dire qu'un jugement est un acte juridique qui investit les droits aux parties du litige, autrement dit, c'est un acte qui vient affirmer de façon concrète les droits stipulés dans la loi. Cependant la qualification de jugement étranger n'est pas une tâche facile, beaucoup de difficultés peuvent être envisagées car certains actes donnent lieu à plusieurs qualifications (1). Afin d'accomplir cette tâche, nous verrons les critères qui peuvent aider à déterminer le jugement et éliminer ce qui ne l'est pas ; ils sont fondés sur les effets produits par décisions en cause (2).

1118 Cass. 1er civ., 17 octobre 2000, *Sté Barney's Inc*, *JDI*.2001.859, note Cuniberti ; *RCDIP*.2001.121, note J.-P. Rémery et H. Muir Watt ; *D.* 2001.688, note J. Vallens.

1119 Vocabulaire juridique Capitant, « Jugement », sens II.

1) Les difficultés de qualification des jugements étrangers.

a. L'ambigüité de qualification des actes juridiques impliqués.

632. La qualification des actes est pour savoir si un tel ou tel acte est considéré comme un jugement, il est indispensable afin de reconnaître ou d'exécuter un acte étranger dans le for. Certes, tous les actes publics étrangers ne seraient qualifiés de jugement. Le terme employé dans la décision de la Cour elle-même peut confondre la notion de jugement avec d'autres notions. Certains actes sont appelés jugements, mais ils ne sont pas des jugements à proprement parler. Il est vrai que certains actes n'ouvrent pas le débat à qualifier tels qu'un jugement de condamnation à faire ou à donner quelque chose, un jugement d'annulation d'un acte, etc. Pourtant, la qualification de jugement étranger n'est pas aisée car il y a plusieurs actes qui sont difficiles à classer ; un acte public, un contrat privé, un acte quasi public ou quasi juridictionnel, un accord conclu par les parties et homologué par le juge. Par ailleurs certains actes donnent lieu à plusieurs qualifications. A titre d'exemple, le procès-verbal est considéré comme un contrat judiciaire, car il constate l'existence d'un accord et qui n'est qu'un acte non juridictionnel fait par le juge et non un jugement[1120]. Le jugement de donné-acte est aussi qualifié d'un acte public, d'après M. P. Mayer, « un juge fait par exemple un véritable acte public lorsqu'il se borne à recevoir un acte privé, auquel il confère la validité en la forme et une force probante particulière, voire la force exécutoire »[1121].

En ce qui concerne le contrat privé, pour certains, il est considéré comme une décision en raison de sa structure décisionnelle, car il concerne un ordre visant une situation spéciale et concrète[1122]. Cependant on admet qu'il est dépourvu de caractère normatif puisque le contrat pourrait produire ses effets juridiques dans un autre État à travers l'application des règles de conflit du for donc la reconnaissance n'est pas nécessaire pour celui-ci.

633. Ce qui nous intéresse est un arrêt portant sur l'homologation de la conciliation par le juge étranger. Cet acte est-il considéré comme un jugement étranger ou est-il simplement un acte public ? En l'espèce, les touristes japonais ont été blessés lors d'un voyage organisé par le Club Méditerranée (ci-après le Club Med) en Nouvelle-Calédonie. Le véhicule qui appartient à la société *Pacific Raid*, était conduit par l'un de son personnel. Le mode alternatif

---

1120 L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 4e éd., 2004, Litec, n° 119.

1121 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 473.

1122 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 636 ; P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. Batiffol, Paris, Dalloz, 1973, p. 48 et s.

de règlement des différends, la conciliation, a été organisée au Japon. A l'issue de ce procès, les victimes ont été indemnisées par la société *Axa Global Risks*, l'assureur du Club Med. Le résultat de ladite procédure a été homologué par le juge japonais. Puis, afin d'obtenir remboursement des sommes versées aux victimes, le Club Med et son assureur *Axa* ont invoqué une subrogation dans les droits des victimes envers la société *GAN*, assureur de la société *Pacific Raid*. La société *GAN* a fait valoir devant la Cour de cassation française que la conciliation au Japon a été procédée par défaut et que les juges français n'ont pas contrôlé que le jugement japonais d'homologation avait ou non rempli des conditions de *l'exequatur*. Dès lors, ce jugement homologué ayant condamné à paiement des indemnisés n'a donc aucun effet en France.

La Cour de cassation a décidé que « *l'assureur a refusé à participer aux procédures de conciliation au Japon auxquelles il avait été invité, alors celui-ci ne pouvait pas arguer de son défaut de comparution pour conclure à l'inopposabilité des procès-verbaux homologués par le juge japonais d'après la procédure japonaise* ». La Cour a aussi affirmé la motivation faite par la Cour d'appel en appuyant qu'« *en l'absence de toute critique exercée à l'encontre d'une telle décision autrement que sur le montant des indemnisations allouées et alors qu'elle n'était pas saisie de son exequatur* ».

De ce fait, il faut rechercher si la décision japonaise a été sollicitée en tant que jugement ou acte public afin de savoir à qui elle peut être opposée. Rappelons que le jugement pourrait opposer aux tiers en tant que fait. En l'espèce le respect de la contradiction dans la procédure déroulante au Japon fait l'objet d'un examen par la Cour de cassation. La prise en considération de cette décision japonaise par la Cour est intéressante ; elle a appuyé sur le fait que la société *GAN* a été invitée à la procédure de conciliation mais que la dernière l'avait refusée. Par conséquent, la société *GAN* n'a pas pu invoquer le défaut de comparution pour conclure que cette décision est inopposable à son égard. Il faut observer que ceci complique la détermination de l'homologation car normalement le terme de « défaut de comparution » est employé pour le procès judiciaire et non pour la conciliation qui est un acte privé[1123]. Nous trouvons ici le problème qui donne lieu à la qualification incertaine de cette décision étrangère. Il faut noter que la Cour de cassation a déjà soustrait un procès-verbal

[1123] Cass. 1er civ., 9 décembre 2003, *AXA Corporate Solutions Assurance* c./ *GAN*, *RCDIP*.2005.660, note E. Jeuland, spéc. p. 668.

judiciaire de conciliation algérien au droit commun appliqué aux effets des jugements étrangers[1124].

634. Hormis le principe du contradictoire, il y a une condition qui a été citée en premier lieu. C'est **le contrôle de la régularité de la procédure suivie devant la juridiction étrangère**. En effet ce contrôle n'est pas explicite mais on peut observer le terme selon lequel la Cour a estimé que la société *GAN* a été invitée à participer à une telle procédure mais que celle-ci a refusé. En effet ladite condition a été effacée depuis l'arrêt *Bachir* en 1967 mais seulement pour le jugement étranger, alors qu'elle est toujours en vigueur pour le cas des actes publics[1125]. D'après M. E. Jeuland, **la décision de la Cour peut être interprétée comme si elle est qualifiée d'acte public l'homologation japonaise** et non un jugement. Bien que la Cour ait contrôlé la conformité au principe de la contradiction, c'est pour vérifier si la conciliation homologuée peut ou non servir de référence à l'action récursoire pour fixer le montant dû par la société *GAN*, car celle-ci estime que cette homologation ne lui est pas opposable[1126]. Pourtant, la question est de savoir si l'on peut qualifier l'homologation japonaise d'acte réceptif puisqu'elle n'est pas de véritable décision. Car le juge japonais se borne à recevoir et donner forme un acte juridique (la conciliation) résultant de la volonté des parties, mais le juge n'a pas apprécié son contenu. De ce fait, son efficacité internationale relève des règles de conflit qui applique à l'efficacité substantielle des actes et non du droit commun régi des jugements étrangers. Cependant à la différence d'une sentence arbitrale homologuée par le juge étranger, celle-ci est soumise au droit commun français des effets des jugements étrangers[1127].

Si l'on écarte les termes procédurales qui nous conduit à croire que la Cour en l'espèce qualifie cette homologation de jugement étranger, un autre facteur qui amène à comprendre que l'homologation japonaise ne fait l'objet d'*exequatur* en France réside sur l'action récursoire demandée par la société *AXA*, cette action se fonde sur la décision japonaise en cause, la Cour d'appel fonde cette action sur le contrat d'assurance et le Code des assurances. C'est-à-dire que la décision japonaise ne sert que pour déterminer le montant

---

1124 Cass. 2e civ., 3 octobre 1968, *JCP* (G) 1968.II.15693, note J.A. ; *JDI*.1969.674, obs. Ph. K. ; Cass. 1er civ., 22 novembre 2005, *M. L. Looky*, *RCDIP*.2006.422, note P. Callé.

1125 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 471.

1126 E. Jeuland, Note sous Cass. 1er civ., 9 décembre 2003, *préc.*, *supra* note n° 1123.

1127 Cass. 1er civ., 29 novembre 1994, *RCDIP*.1995.362, note D. Cohen ; *Bull. civ*. 1994, I, n° 347.

payé aux victimes par la société *AXA*. Pour ces raisons, un acte d'homologation en cause n'est pas un jugement étranger à proprement parler.

635. La Cour de cassation a décidé dans son arrêt rendu dans la matière de faillite que « ***constitue une décision pouvant recevoir exequatur toute intervention du juge qui produit des effets à l'égard des personnes ou sur des biens, droits ou obligations*** »[1128]. Il s'agit d'une ordonnance prononcée par une juridiction américaine, l'intervention du juge sur la déclaration de cessation de paiements ayant pour but de suspendre toute poursuite des créanciers. La Cour de cassation reste attacher à l'intervention du juge étranger dans la procédure américaine en question. Les auteurs ont admis cette solution, car il est clair que la requête ne produit de conséquences que par sa présentation effective du juge. Il faut bien noter que cette intervention lui confère le caractère d'acte public[1129] au moins pour qualifier de décision. Par ailleurs il est apte pour la Cour de cassation à accorder *l'exequatur* à l'opération juridique laquelle le juge l'enregistre officiellement. Ces mêmes auteurs ont affirmé que, dans le contexte très particulier en l'espèce, on admet qu'il n'y a pas de place pour la simple reconnaissance des jugements étrangers de faillite, alors cette opération peut être analysée en la réception d'un acte public de nature à justifier *l'exequatur*[1130].

636. Une autre difficulté envisagée est à propos de la distinction entre les décisions rendues en application de règles, actes déclaratifs, et celles prononcées en application de règles ou même indépendamment d'elles, actes constitutifs.

b. Les éléments caractéristiques de jugements étrangers.

637. Les critères qualificatifs de jugement étranger comportant deux éléments caractéristiques : jugement d'origine étatique d'une part, et son caractère international d'autre part. Pour le premier, force est de constater que son origine étatique est un élément indispensable, comme l'on a vu, un acte non étatique ne fait l'objet d'une reconnaissance par le juge de l'État requis. Cet élément requiert le bien fondé du pouvoir juridictionnel de l'autorité de l'État qui l'a rendu. Normalement le pouvoir de prononcer un tel jugement est accordé aux autorités judiciaires du pays mais il est possible dans certains cas d'admettre ce

---

1128 Cass. 1er civ., 17 octobre 2000, *Sté Barney's Inc*, *préc. supra* note n° 1118.

1129 J.-P. Rémery et H. Muir Watt, Note sous Cass. 1er civ., 17 octobre 2000, *RCDIP*.2001.121, *op.cit.*

1130 *Ibid.*

pouvoir aux autorités administratives ou même religieuses[1131]. En ce qui concerne la seconde caractéristique, l'élément d'extranéité du jugement, il faut que le jugement soit rendu par l'autorité étatique étrangère. Peu importe que l'État étranger ait ou non été reconnu par la France, mais il est indispensable que ledit État exerce effectivement les prérogatives normales d'un État souverain. Il ne faut pas s'attacher à son assise territoriale mais à l'allégeance nationale de l'autorité qui s'est prononcée[1132].

638. La question est de savoir s'il est nécessaire que la juridiction qui a rendu un jugement étranger doit-elle être uniquement une juridiction civile ? Car, seul le jugement en matière civile et commerciale qui pourrait bénéficier du système de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers est intéressé par notre étude. **La réponse semble bien constante, même si les juridictions prononcées ne sont pas de juridiction civile, mais c'est la nature de la décision qu'il faut considérer, non la juridiction qui l'a rendue**. C'est-à-dire qu'une décision d'un tribunal administratif s'agissant de l'action civile peut aussi bénéficier du régime d'efficacité des jugements étrangers en droit commun[1133]. Ce principe a été également retenu par les juges anglais, en affirmant que le jugement de nature pénale ou à l'issue de droit administratif tel que le droit d'imposition, ne peut être reconnue en Angleterre[1134].

2) <u>Les critères fondés sur les effets produits par décisions en cause.</u>

639. D'après certains auteurs, si un jugement produit l'effet de titre, il est soumis aux règles de conflit de lois, en revanche, s'il s'agit d'effet décisionnel, c'est le droit commun de l'efficacité internationale des jugements étrangers qui s'applique. C'est pourquoi ces critères peuvent être utilisés pour qualifier le jugement au sens strict. Cependant ces critères visent également le point faible que l'on verra par la suite.

1131 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 638 ; P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, Paris : Economica, 2004, n° 442 ; A. Huet, « Effets en France des jugements étrangers », *J.-Cl. Dr. internat., Fasc.* 584-10, n°17. Il faut noter que le jugement prononcé par les autorités religieuses se trouve souvent en droit de la famille.

1132 A. Huet, « Effets en France des jugements étrangers », *op.cit.*, n°12.

1133 B. Audit, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 456 ; Y. Loussouarn, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 492-8.

1134 M. Wolff, *Private International Law*, Great Britain : Oxford University Press, 1945, n° 238, p. 261.

640. L'argument de l'effet de titre. « *Le jugement étranger peut servir à justifier d'un titre déclenchement les conséquences juridiques que lui attache une norme émanant d'un autre ordre juridique* »[1135]. Dans ce cas là, le jugement étranger n'est pas considéré comme un acte juridictionnel mais comme un *instrumentum* d'un titre privé… C'est-à-dire que ce type de jugement étranger dépourvu d'une force exécutoire (ce qui est normal à l'égard de l'État requis). Ce n'est pas effet normatif que l'on voulait accorder à celui-ci, mais on peut tirer de ce jugement, à titre d'exemple, la présomption de l'existence de la créance invoquée devant les juridictions de l'État requis. Il est en effet servi en tant que titre de créance.

L'avantage de cet effet se présente clairement dans le cas où les mesures conservatoires ou provisoires ont été prononcées, car le requérant pourrait invoquer un jugement étranger en tant qu'effet de titre de créance afin de contester ces mesures et de solliciter la mainlevée de celles-ci. Cependant, il est douteux s'il est nécessaire de tenir compte de la situation juridique créée par le jugement étranger afin que celui-ci puisse produire l'effet de titre, n'est-il pas de même que le cas de l'efficacité substantielle du jugement étranger ? Comme on l'a dit auparavant, la mise en cause de l'effet de titre est soumise à l'application de règles de conflit.

641. Critère fondé sur un effet décisionnel. L'effet décisionnel de l'acte public étranger peut être aussi un critère pour qualifier le jugement étranger. D'après M. P. Mayer, un acte public peut produire un effet décisionnel lorsqu'il a « ***pour effet d'imposer un certain état de droit indépendamment de ce qui résulterait de l'application de toute règle****, quel que soit son présupposé* »[1136]. Des actes décisionnels constituent de « valeur normative autonome ». On peut dire que le jugement transforme concrètement ce qu'est disposé par la règle de droit puisqu'une fois que le jugement a été prononcé, le droit des parties dérive directement de celui-ci et non plus de la règle de droit, c'est pourquoi on ajoute le terme « autonome » à la valeur normative. **Dés lors que le juge a rendu une décision, peu importe s'il s'agit d'une décision gracieuse ou contentieuse, ses jugements produisent un effet décisionnel**.

1135 M.-L. Niboyet, *Droit international privé, op.cit.*, n° 634.

1136 *Cf.* P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris : Dalloz, 1973, préf. de H. Batiffol, n° 76, p. 53.

Pour l'application de ce critère, rappelons que le principe de droit international public interdit un État de s'immiscer dans le fonctionnement des services d'autres États[1137]. Dès lors, afin de ne pas porter atteinte à la souveraineté d'autres pays, le juge du for ne peut annuler une norme étrangère. En revanche ce qu'il peut faire, c'est de critiquer la décision ou le travail de l'autorité publique ou judiciaire étrangère qui est l'auteur de ladite décision. A titre d'exemple, le juge de l'État requis pourra annuler le *negotium* privé, cette action du juge ne viole pas le principe de souveraineté étatique puisque ce *negotium* ne résulte pas directement du travail de l'autorité étrangère et qu'il n'a pas de valeur normative autonome[1138], par conséquent celui-ci n'est pas qualifié de jugement. La question peut être posée sur l'intervention de l'autorité publique, admettons que la validité de cet acte est conditionnée par cette intervention, mais on ne peut pas conclure que cette intervention transforme un acte public à un jugement, en revanche le *negotium* privé n'est que l'effet juridique de règle de droit de l'État étranger, plus précisément il ne produit qu'un simple effet de titre. Pour cette raison il faut bien considérer quelle est la sorte d'intervention de l'autorité publique, si celle-ci intervient comme une simple formalité dont sa portée est requise par la règle de droit qui régit un tel acte public, ceci n'est pas un jugement. A titre d'exemple, l'intervention de l'officier étatique pour l'inscription de la société ne suffit pas à créer une décision à proprement parler.

La modalité de contestation peut aussi servir comme critère de déterminer un effet décisionnel d'une telle décision. Pour un jugement, qui produit l'effet décisionnel, il est plus logique de contester l'appréciation qu'a eue l'autorité publique ou le juge de l'applicabilité de la règle de droit en l'espèce. Au contraire, pour un acte public qui n'est pas qualifié de jugement, c'est l'applicabilité de la règle de droit au cas d'espèce qui devrait être contestée. Par exemple, afin de contester la vente notariée, ce n'est pas l'appréciation qu'a eu le notaire de l'applicabilité de la règle de droit qui doit être critiquée. Mais il faut faire valoir que cette vente n'a pas respecté les conditions de validité du contrat selon l'article 1108 du Code civil.

642. L'inconvénient des critères retenus. Quand bien même les deux critères majeurs pourraient aider à qualifier de jugement étranger, mais on ne peut nier leurs points faibles qui persistent toujours dans le sein. Parlant de l'effet décisionnel, non seulement les autorités

---

1137 *Cf.* P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*.1979.349, spéc., p. 374 et s.

1138 P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, *op.cit.*, n° 452.

judiciaires peuvent prononcer un acte public produisant l'effet décisionnel, mais il est possible d'envisager d'autres actes produisant un tel effet lesquels délibérés par une autre autorité étatique. Alors, en recourant à ce critère, il faut soigneusement considérer la nature de chaque acte public et non pas l'autorité qui l'a rendu, car quand bien même cette autorité n'a qu'un faible pouvoir décisionnel, elle pourrait créer un acte public (jugement/décision) à proprement parler. L'effet décisionnel se présente de façon expressément dans la mesure où le requérant ayant accordé une autorisation devrait exercer la prérogative pour laquelle il a été autorisé[1139]. Citons l'hypothèse en matière de la propriété intellectuelle où le requérant a été autorisé par une autorité publique d'enregistrer son nouveau logo, celui-ci est obligé de le porter ; ou le cas de l'immatriculation d'une société auprès un fonctionnaire chargé de tenir le registre des sociétés.

643. Pourtant dans notre étude, on cherche à déterminer le jugement étranger afin de savoir quel acte public peut être exécuté dans l'État requis en tant que « jugement ».

Revenons à l'arrêt de la Cour de cassation précité qui estime que « *constitue une décision pouvant recevoir exequatur toute intervention du juge qui produit des effets à l'égard des personnes ou sur les biens, droits ou obligations* »[1140]. On peut admettre cette décision dans son contexte en l'espèce. Mais en dehors de ce cas, un acte qui n'a pas l'intervention du juge de l'État d'origine peut également être l'objet de reconnaissance dans le for, non par *l'exequatur* en tant que jugement, mais par la méthode de règle de conflit en tant que situation juridique[1141]. A notre avis, c'est l'effet décisionnel qui doit être pris en compte.

B. La notion du jugement étranger en droit thaï.

644. En Thaïlande, paraît pour la première fois en 1918 la question de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. Cependant la Cour suprême *Dika* n'a pas défini la notion du « jugement étranger », et la plupart des ouvrages juridiques, malheureusement, ne prennent pas en cause l'importance de cette notion.

1139 *Id*., n° 443.

1140 Cass. 1er civ., 17 octobre 2000, *Sté Barney's Inc., préc. supra* note n° 1118.

1141 Pour la méthode de la reconnaissance des situations *Cf.* P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *in Mél.* Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 547, spéc., p. 558 et s.

On ne peut trouver que la trace du regroupement des décisions qui sont exclues de la reconnaissance et l'exécution en Thaïlande : le jugement pénal ; le jugement en matière d'imposition ; le jugement relatif à la faillite ; le jugement non définitif ; le jugement qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du peuple. Il convient de commencer par la notion du jugement en droit interne, lorsque l'on voit le terme employé dans l'article 133 du CPC ainsi « *le juge doit rendre un jugement ou une ordonnance qui tranche le litige* », on sait que la Cour délibérera un jugement pour le litige contentieux et une ordonnance pour le litige gracieux, mais compte tenu du terme de cet article on peut dire que **le jugement est une décision qui tranche le litige** ; c'est-à-dire, qui tranche toutes les problèmes invoqués par le plaignant[1142]. Malheureusement le droit thaï laisse toujours aux juges la détermination de « jugement étranger ». Lorsque l'on prend en considération le premier jugement dans ce domaine de la Cour suprême *Dika* n° 585/2461, la Cour n'a pas précisé clairement la définition de jugement étranger, mais elle affirma que celui-ci « *doit être un jugement définitif qui a tranché le litige ou le différend entre les parties* ». Le mot clef employé par la Cour est le verbe « trancher », dès lors le jugement qui peut être exécuté en Thaïlande par la méthode de reconnaissance et d'exécution doit être le jugement qui « tranche » les différends.

645. La jurisprudence ne parle pas de caractère contentieux ou gracieux du litige, en droit thaï, la décision pour le contentieux doit être rendue sous forme d'« un jugement », alors que la décision gracieuse sera rendue sous forme d'« une ordonnance »[1143]. Mais rien n'interdit de conclure que le système thaïlandais de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers accueillent toutes ces deux sortes de décisions. Cependant nous observons que lorsque les auteurs ou même la jurisprudence de la Cour suprême ont mentionné de décisions étrangères, il semble que la notion de décision dans ce contexte signifie uniquement le « jugement » au sens strict ; la décision prononcée par le juge judiciaire. Il est possible que de nos jours, les juges thaïs n'ont pas beaucoup d'occasion de traiter la reconnaissance ou l'exécution d'autres actes publics étrangers. Pour cette raison, on peut dire que la doctrine thaïe n'est pas tellement avancée concernant la catégorie des décisions judiciaires ou des actes publics autres que le jugement.

1142 C. Leksakulchai, *Droit de procédure civile*, Bangkok : Thammasat, 2010, p. 213.

1143 P. Chakrangkoon, *Procédure civile*, Bangkok : Nitibanakarn, 2000, p. 499 et s.

§ 2 : Les attributs de jugements étrangers.

646. L'objectif de qualification de jugement d'un tel ou tel acte est pour savoir quelle méthode devrait être appliquée à celui-ci. Si l'on distingue les décisions judiciaires en deux sortes : les actes réceptifs et les véritables décisions, leur efficacité substantielle seront gouvernés par les deux règles différentes. C'est-à-dire que la prise en considération des actes réceptifs sera soumise à la méthode de conflit de lois, alors que les véritables décisions, quant à elles, seraient soumises à la méthode de conflit de juridictions. Pour prendre en considération leur efficacité substantielle, la distinction entre les actes publics qui produisent un effet de titre et les actes gracieux produisant un effet décisionnel est nécessaire. Force est de constater que les actes gracieux, produisant un effet décisionnel, sont considérés comme des véritables décisions qui, par conséquent, obéissent au droit commun applicable aux jugements étrangers. Ceci se conforme à la pratique française qui ne fait pas de distinction selon que le jugement étranger tranche ou non un litige, le droit commun français applicable à l'efficacité des jugements étrangers applique aussi bien aux décisions gracieuses qu'aux décisions contentieuses[1144]. Tandis que les actes publics qui produisent un effet de titre et qui sont qualifiés d'actes réceptifs, sont soumis aux règles de conflit de lois. Là encore, en raison de l'intérêt de la qualification de jugements étrangers, il faut rappeler que nous limitons notre étude uniquement sur les actes publics qui sont soumis au droit commun applicable aux jugements étrangers.

647. En ce qui concerne la distinction entre le cas de *l'exequatur* et le cas où il n'en est pas nécessaire, on peut constater que les articles 2123 du Code civil et 509 du CPC posent dans le sens que sans déclaration exécutoire par le juge français, le jugement étranger ne peut donner lieu à aucun acte d'exécution en France. Cependant pour l'instance hors d'*exequatur*, on n'a pas besoin d'avoir cette déclaration. On sait qu'il n'y a pas d'*exequatur* sans reconnaissance, donc il est nécessaire d'étudier ensemble dans certains cas la reconnaissance et l'exécution.

Avant de passer aux effets indépendants de *l'exequatur* des jugements étrangers (B), il nous convient tout d'abord de voir la réception que tous les jugements étrangers dotés de l'autorité de chose jugée dans l'ordre juridique de l'État requis sous réserve de régularité internationale (A).

1144 Cass. 1er civ., 24 octobre 1973, *RCDIP*.1974.365, note E. Mezger ; *JDI*.1974.592, note D. Holleaux.

A. Autorité de la chose jugée des jugements de droit privé.

648. La reconnaissance des jugements étrangers reflète la possibilité de se prévaloir de la situation juridique des parties découlant du jugement étranger. Autrement dit, l'efficacité substantielle d'un jugement étranger signifie en effet la modification des droits substantiels des parties qui résultent de ce jugement[1145]. Ce sont les conséquences juridiques du jugement étranger qui font l'objet de reconnaissance ou d'exécution dans l'État requis. Sans un tel jugement, l'état de droit des parties serait mis en cause par les dispositions de leur contrat qu'elles devraient respecter si la règle de droit leur impose. Une fois que le jugement étranger a été prononcé, c'est son efficacité substantielle qui sert de base à la partie bénéficiaire de ce jugement de solliciter devant le juge du pays où elle souhaite que l'effet de ce jugement soit produit des pouvoirs ou des droits affirmés par le juge étranger.

1) L'argument entraîné de l'autorité de la chose jugée.

a. L'aspect classique, la méconnaissance de droits des tiers.

649. La relativité de l'autorité de chose jugée. La notion de l'autorité de la chose jugée est définie comme « *ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, telle la force de vérité légale* »[1146]. C'est-à-dire qu'un jugement étranger constitue en soi tels effets ou telle force dès lors qu'il a été prononcé et que cette force pourrait s'opposer à l'égard de telle ou telle personne que l'on verra ensuite. En effet l'autorité de la chose jugée signifie en elle-même que c'est « la chose jugée » qui a une autorité. Alors, logiquement, le jugement possédant la chose jugée lie les parties au litige ainsi disposé dans l'article 1351 du Code civil : « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de celui qui a fait l'objet du jugement* ». Cependant on peut se demander si le jugement n'aura aucun effet à l'égard des tiers ? Il est possible qu'un jugement puisse causer un préjudice aux droits des tiers par exemple les jugements patrimoniaux.

D'après la conception de la relativité de l'autorité de chose jugée, les jugements ne seraient pas opposables aux tiers en raison d'impossibilité de prouver contre eux, plus précisément, le procès juridictionnel a été considéré comme le contrat judiciaire, par

---

1145 D. Alexandre, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris : LGDJ, 1970, n° 154.

1146 Vocabulaire juridique Capitant, « Autorité de chose jugée ».

conséquent la chose jugée ne pourrait être ni profitable ni opposable aux tiers[1147]. Le point faible de ce concept se présente expressément, comment explique-t-on le cas où les juges prononcent les jugements sur la faillite ou les statuts d'une société ?

650. La conception fondée sur le caractère absolu de chose jugée. Cette thèse s'est présentée et s'est développée au début du XIXe siècle sous ***la conception objective*** ; les droits et intérêts des tiers avaient été toujours renoncés d'après ce concept. Car le jugement serait opposable aux tiers mais que ceux-ci n'aient même pas l'opportunité de former une tierce opposition contre un jugement qui leur cause préjudice. D'après cette théorie, c'est la force de vérité objective qui donnait lieu à l'opposabilité absolue des jugements. Toutefois la conception objective présentait aussi quelques difficultés à appliquer puisqu'il y avait deux doctrines appréciées à l'époque.

La première doctrine avait été fondée sur la distinction entre le jugement constitutif et le jugement déclaratif. Selon elle, seuls les jugements constitutifs ont une autorité absolue, tandis que les jugements déclaratifs ne l'ont pas[1148].

La seconde doctrine a admis en second temps qu'il faut rechercher dans l'objet du litige la cause de l'autorité absolue et non pas dans la nature du jugement, c'est-à-dire que le contentieux deviendrait lui-même objectif ou subjectif et seul le contentieux objectif peut conférer au jugement l'autorité absolue, alors que le contentieux subjectif n'a d'effet qu'à l'égard des parties à l'instance[1149].

Les doctrines de deux pôles se trouvaient extrêmises et elles privaient les tiers de la protection de leurs intérêts. Chaque théorie présentait l'inconvénient à appliquer : il y avait des grandes difficultés pour la distinction entre les jugements déclaratifs et les jugements constitutifs, comme affirma M. Mazeaud que « tout jugement déclaratif est constitutif par certains de ses effets ». Nous admettons que lorsque le juge a décidé qu'il y a de dette entre A et B, ce jugement a affirmé en effet une dette qui existait déjà mais en même temps le juge a

---

1147 Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. XII, 5e éd., § 769, note 26.

1148 Cette doctrine fondée par Merlin a été reprise par plusieurs auteurs. *Cf.* L. Mazeaud, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929, p. 17.

1149 L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 3e éd., 1928, § 30 et § 31. Cet auteur a affirmé que c'est une erreur grave d'appliquer à tous les jugements la relativité de l'autorité de chose jugée. S'il s'agit de question de droit subjectif, certes, il est tout logique que la décision prise est elle-même un acte subjectif, par conséquent il produirait les effets uniquement à l'égard d'un certain nombre de personnes individuellement déterminées. L'auteur a constaté que c'est la volonté des civilistes de rendre l'article 1351 du Code civil un principe général et absolu et de l'appliquer à tous les jugements mêmes rendus au cas de juridiction objective. D'après cet auteur, cette disposition ne peut s'appliquer qu'aux jugements rendus en matière de juridiction subjective.

créé aussi une nouvelle obligation pour le débiteur à régler non seulement sa dette mais également les intérêts et les frais honoraires. Donc en droit positif, une doctrine récente plus adaptée a remplacé les anciennes.

b. L'état de droit positif : de l'échec de la théorie de la relativité à l'insuffisance de l'autorité absolue.

651. La conciliation de deux pôles de conceptions. Au milieu du XXe siècle, M. L. Boyer a proposé la théorie qui concilie les deux thèses antérieurement apparues, car la jurisprudence a abandonné peu à peu l'autorité relative et a également autorisé aux tiers à contester la valeur des jugements par la tierce opposition. L'auteur a soutenu que la chose jugée est dotée d'une autorité ou d'une force grâce à deux acceptions : d'une part, c'est une affirmation de vérité s'attachant à l'acte juridictionnel ; d'autre part, c'est une opposabilité à chacun des effets qui résultent du jugement, car celui-ci est un créateur d'une nouvelle situation. C'est la raison pour laquelle ladite nouvelle situation pourrait s'imposer à chacun et c'est aussi la double acception qui donne lieu à une opposabilité absolue au jugement.

Cet auteur a proposé **la distinction entre l'effet créateur du jugement et la valeur probatoire de chose jugée**. Il a estimé ensuite « *toute décision juridictionnelle possède une fonction probatoire et une fonction créatrice, mais loin d'être indissolublement liés, ces deux éléments doivent être soigneusement séparés (...) C'est une opposabilité absolue qui s'attache au jugement en tant qu'acte créateur ; en tant qu'acte probatoire, au contraire, il ne lie que les parties* »[1150]. Il n'y a pas que le jugement constitutif qui possède une opposabilité, d'après cet auteur, le jugement déclaratif est également opposable car ce jugement a modifié les droits antérieurs et a créé un titre nouveau[1151]. Admettant que sous la base de présomption légale de vérité, le jugement ne pourrait être invoqué qu'entre les parties, car il faut éviter la perpétuation des litiges. Mais on ne peut dire que tous les jugements ne seraient qu'une *feuille de papier blanc* (terme utilisé par L. Boyer) pour les tiers.

En effet cette thèse nous renvoie à reconsidérer la question du caractère du jugement, afin de motiver l'opposabilité aux tiers il faut trancher d'abord cette question. Un jugement est un acte fondateur d'une nouvelle situation ou modifier la situation juridique des parties au

---

1150 L. Boyer, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.*1951.163, spéc. n° 17.

1151 *Id.*, n° 19.

procès[1152], alors celles-ci doivent se conformer et obéir car il a fait application la règle de droit à des faits invoqués pour juger la prétention et pour réaliser le droit des parties en forme concrète. Avec le pouvoir *imperium* du juge, on ne peut nier le caractère administratif du jugement. Logiquement il lie les parties concernées au procès et il est opposable aux tiers, ce dernier caractère est certainement aussi logique, même si le jugement ne lie que les parties mais ses effets doivent être utilisés contre les tiers pour confirmer le droit des parties selon la décision du juge. Cependant, il est possible que cette nouvelle situation créée par ce jugement porte atteinte aux droits ou intérêts des tiers. Ceux-ci, en tant que victimes, aurait dû avoir droit de le contester et de se défendre.

2) La notion équivalente de l'autorité de la chose jugée en droit thaï.

652. L'absence de notion de l'autorité de la chose jugée en droit thaï. A vrai dire, les auteurs n'ont pas avancé sur ce que l'on appelle *la chose jugée* dans la langue française, mais il y a la notion considérée comme équivalente. En droit thaï, on fait recours à la maxime latine « *res judicata* » pour signifier un effet du jugement définitif. Afin de faciliter notre étude, nous employons aussi le même vocable qu'en droit français. Quand bien même le droit thaï n'utilise pas le terme qui signifie exactement « l'autorité de chose jugée », mais force est de constater que l'article 145 du CPC dispose du même sens que l'article 1351 du Code civil français ainsi libellé : le jugement ou l'ordonnance ne lie que les parties au procès et que le jugement ou l'ordonnance ne lie pas les tiers[1153]. Il en résulte du fait que les tiers n'ont pas eu l'occasion de faire valoir leurs prétentions au procès, dès lors c'est injuste d'admettre que le jugement en cause peut leur opposer. Alors il est clair que le jugement n'a aucune autorité à l'égard des tiers, mais l'article 145 al. 2 du CPC exclut expressément les cas de jugements en matière d'état et de capacité des personnes ; des jugements prononcés une faillite ou une abrogation de personne morale ; des jugements prononcés le droit de propriété ; des jugements sur l'immobilier ; des jugements sur l'obligation indissociable.

1152 Il s'agit de l'ordre catégorique, l'un des caractères du jugement ou de décision. Car le jugement se présente trois caractères importants : il est concret ; catégorique et non-permanent. V. en ce sens L. Duguit, *op.cit.*, p. 461 : il a affirmé que le jugement de condamnation est une situation juridique nouvelle qui vient substituer à l'ancienne.

1153 Sur ce point, il y a beaucoup de décisions de la Cour suprême. *Cf.* la décision n° 5444/2551 (2008) : le plaignant a porté plaint contre le défendeur afin d'obtenir un jugement d'annulation de transaction effectuée entre le débiteur défendeur et un tiers, le plaignant a fait valoir que cette transaction lui a causée un préjudice, considérée comme une fraude selon l'article 237 du Code civil. La Cour suprême a décidé que le créancier aurait dû assigner les deux parties au contrat pour que le jugement puisse être opposable au tiers qui est cocontractant avec le débiteur défendeur. Lorsque le plaignant n'a pas assigné le cocontractant de son débiteur, il en résulte que ce jugement ne peut produire les effets à l'égard de celui-ci.

Il faut observer qu'on ne parle pas directement de la distinction entre le jugement déclaratif ou constitutif. Mais on peut constater que les jugements rendus dans ces cas d'exceptions précitées sont dotés d'opposabilité absolue à l'égard des tiers et pour le reste, le jugement est doté d'opposabilité relative mais susceptible d'être contesté par une tierce opposition.

653. Les effets de l'autorité de chose jugée reconnus dans l'ordre juridique thaï. En ce qui concerne l'autorité de la chose jugée du jugement étranger devant le juge thaï, la Cour thaïe a affirmé depuis l'année 1912 l'autorité négative de la chose jugée (ou on peut comprendre en thaï que c'est l'effet négative du jugement) en estimant que le jugement étranger qui peut avoir *l'exequatur* en Thaïlande doit être définitif et ne pourrait réassigner ni rejuger sur la même cause, la même demande entre les mêmes parties devant les juridictions dans le pays d'origine.

En l'espèce, la Cour a constaté que le jugement vietnamien a été rendu à défaut de comparution de défendeur qui a enfin perdu dans ce litige. D'après la loi thaïe de la procédure civile, « *ce type de jugement n'est pas considéré comme définitif, car la partie perdante peut faire une requête devant la Cour dans 15 jours après la date du jugement rendu pour que la Cour reconsidère et retranche à nouveau (...)* »[1154]. La Cour a estimé par ailleurs que le plaignant n'a pas pu prouver que la loi de procédure civile vietnamienne relative au procès de déroulement en cas de non comparution de défendeur diffère ou non de la loi thaïe, alors la Cour a présumé que « *le jugement en cause n'était pas encore définitif et n'a pas doté l'autorité de la chose jugée* ». C'est-à-dire que si le plaignant aurait pu prouver que la loi procédurale vietnamienne admet que le jugement à défaut de comparution du défendeur est définitif et ne pourra pas être retranché sur cette même cause, même demande et mêmes parties, et que le défendeur avait été notifié du procès déroulement devant la Cour conformément à la loi mais qu'il s'agissait de défaut de comparution volontaire, tout cela aurait pu convaincre la Cour thaïe. En l'absence de ces preuves, la Cour suprême rendait le jugement comme tel.

654. Quoi qu'il en soit, l'intérêt du recours à la notion de l'autorité de chose jugée peut être classé en deux sens ; d'une part, c'est l'intérêt à l'égard des parties au litige qui pourraient invoquer cette autorité devant les autres juridictions. D'autre part, à l'égard des juges

1154 Cour suprême *Dika*, n° 585/2461 (1918).

postérieurement saisis afin que ceux-ci puissent en déduire le droit et ne pas rejuger ce qui a été déjà jugé auparavant, c'est ce que l'on appelle l'autorité négative de chose jugée.

B. Effets indépendants de *l'exequatur* des jugements étrangers.

655. Un jugement étranger peut produire des effets différents selon que les parties souhaitent l'invoquer simplement en tant que fait juridique ou en tant que norme juridique. Nous nous intéressons à ce stade aux effets non juridictionnels.

656. Les effets dégagés de la régularité internationale. Il existe manifestement des termes divers employés en droit international privé pour décrire les effets des actes judiciaires étrangers. Nous nous intéressons ici à ***l'efficacité substantielle***[1155] et aux ***effets secondaires*** des jugements[1156] ; l'effet de fait et l'effet de titre. Ces deux termes pourraient être confondus lors de l'application, car, comme admet Mme H. Gaudemet-Tallon l'existence de *la grande incertitude terminologique*[1157]. Cependant on peut constater que ces notions ont été utilisées de façon distincte chez plusieurs auteurs[1158]. Certes, dans certains cas, il est possible d'envisager la notion de l'effet de fait a été englobée par l'effet de titre. Alors que la notion des effets secondaires a été définie, d'après Mme D. Alexandre, comme la simple manifestation de l'efficacité substantielle immédiate du jugement étranger. On entendra ici la force probante au sens large, car ces effets peuvent être considérés comme la preuve de dispositif du jugement étranger.

1155 Lorsque l'on parle de l'efficacité substantielle, il est nécessaire de savoir si on parle de celle des véritables décisions ou celle des actes réceptifs. Car, seule l'efficacité substantielle des véritables jugements sera régie par le droit commun applicable aux jugements étrangers.

1156 On peut entendre de plusieurs termes employés chez les auteurs pour appeler les effets secondaires tels que l'efficacité non normative (*Cf.* Y. Loussouarn, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 493-1), l'effet de fait au sens large (*Cf.* B. Audit, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 458).

1157 H. Gaudemet-Tallon, « Jugement étranger », *Rép. D. proc. civ*., n° 104.

1158 *Cf.* P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 452 et s. ; B. Audit, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 447 et s. ; P. de Vareilles-Sommières, « Jugement étranger (Matières civiles et commerciales) », *Rép. D. Dr. internat*., n° 50 et s. ; H. Batiffol, *Traité*…, t.II, n° 740 et s. ; D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Paris : Masson, 1987, n° 898 et s. ; M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *op.cit.*, n°631 et s.

1) L'exclusion du régime propre aux jugements étrangers de l'effet de fait.

657. L'effet de fait désigne « les effets attachés au fait brut d'une décision judiciaire ou à son exécution »[1159]. Lorsqu'un jugement étranger a été pris en considération en tant que fait juridique, *a priori*, son efficacité normative n'est pas en cause et qu'il n'a pas besoin de contrôle de régularité car celui-ci n'est pas à être *exequatur* dans l'État requis. Admettant par la décision de la Cour de cassation qu'« *un jugement étranger produit en France des effets, en tant que fait juridique, indépendamment d'une vérification de sa régularité internationale par une procédure de reconnaissance ou d'exequatur* »[1160]. Par exemple le cas où le jugement étranger constitue une contrainte que le défendeur est admis à invoquer au titre de fait du prince ou un acte interruptif de prescription. Le jugement en cause serait considéré comme un simple donné, c'est son existence qui est importante devant le juge de l'État requis.

658. Le recours inutile à l'effet de fait lors de la reconnaissance dans le cadre du droit conventionnel. Une fois qu'un jugement étranger a été invoqué devant le juge de l'État requis, c'est la question de déterminer le régime de reconnaissance applicable qui est prioritaire. Il faut bien distinguer s'il s'agit bien de la reconnaissance selon le droit conventionnel ou selon le droit commun. L'appel à l'effet de fait paraît bien constamment dans la jurisprudence, malgré que l'on trouve dans certains cas l'application inutile de ceci. Pour bien illustrer, nous citons un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2009, elle a repris la même formule employée dans les arrêts précédents qui estiment ainsi : « *un jugement étranger produit en France des effets, en tant que fait juridique, indépendamment d'une vérification de sa régularité internationale par une procédure de reconnaissance ou d'exequatur* »[1161]. En l'espèce, les sociétés françaises de fabrication et vente de jouets ont formé un pourvoi à l'encontre de la décision des juges du fond qui a décidé recevable la qualité de titulaire des droits d'auteur d'un modèle de jouet d'un ressortissant belge laquelle avait été confirmée par un arrêt définitif de la Cour d'appel de Bruxelles. Les sociétés françaises, demanderesse, ont fait valoir que le jugement belge n'a pas été déclaré exécutoire

---

1159 E. Bartin, « Le jugement étranger considéré comme un fait », *JDI*.1924.857.

1160 Cass. com., 4 octobre 2005, *RCDIP*.2006.405, note H. Muir Watt ; *JDI*.2006.601, note G. Cuniberti ; *D*. 2006.2449, note J. Sagot-Duvauroux ; *Gaz.Pal.* n° spécial, Contentieux judiciaire international et européen, 24-25 févr. 2006, p. 26, note M.-L. Niboyet ; Cass. 1er civ., 11 juillet 2006, *Winslow Bank and Trust Company*, *D*.2006.IR.2211 ; *RCDIP*.2007.414, note H. Muir Watt ; *JDI*.2007.554, note E. Fohrer-Dedeurwaerder ; *D*.2007.1757, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke.

1161 Cass. 1er civ., 22 janv. 2009, *Société Gueydon et autres c./ M. de Groot et autres*, *RCDIP*.2009.533, note H. Muir Watt ; *RDAI*.2009.613.

en France et que ceci est dépourvu d'autorité de la chose jugée. Car la Cour belge avait tranché le litige en opposant le défendeur à des sociétés tierces, litige relatif à des faits de contrefaçon différents imputés à ces dernières. Autrement dit, ni les parties ni l'objet du litige ne sont les mêmes que dans le litige qui a été tranché par la Cour d'appel de Bruxelles en 2001. Alors qu'afin d'invoquer l'effet négatif de l'autorité de chose jugée, une décision devrait porter sur les trois faits identiques : la cause, la demande et les parties. La Cour de cassation a rejeté ce pourvoi en appuyant sur ce que le titulaire des droit d'auteur sur le modèle de jouet confirmé par le jugement belge, était bien établie en vertu de l'effet de fait de la décision étrangère litigieuse, ce qui justifiait sa qualité à agir en contrefaçon. C'est-à-dire que pour trancher la question de la recevabilité d'une action en contrefaçon, l'effet de fait du jugement étranger est un seul facteur que la Cour devrait prendre en compte. Il semble que cette motivation ouvre le débat, d'après un auteur, les effets produits par un jugement étranger ne donnent pas lieu pour autant à une prise en considération de ses effets de fait, dans la mesure où le jugement n'en produit pas moins un effet normatif, même s'il doit être interrogé préalablement afin de trancher la question principale ; celle de la recevabilité d'une action en contrefaçon qui est le cas en l'espèce[1162]. Il est à noter que bien que la Cour ait utilisé le terme « prendre en compte » avant de se prononcer sur la recevabilité de l'action en cause, ceci doit être entendu que l'objet de la prise en compte à ce stade est l'effet normatif ou l'efficacité substantielle du jugement. Par ailleurs, ce même auteur affirma qu'un tel effet reconnu à ce jugement prononcé sur la cession de droits d'auteur est bien un effet de droit[1163].

659. En comparaison avec l'arrêt du 4 octobre 2005[1164], autre que l'affirmation que le jugement étranger en cause produit en France des effets en tant que faits juridiques, la Cour a ajouté que « *dès lors que n'était pas invoquée l'autorité de chose jugée du jugement de la juridiction de Gibraltar, et qu'aucune mesure de contrainte ou d'exécution n'était sollicitée en France, cette décision constituait un fait juridique que les juridictions françaises devaient prendre en considération* ». Là aussi, l'arrêt nous amène à penser que le juge français devrait prendre en considération le jugement étranger comme un fait juridique dès lors que ce

---

1162 H. Muir Watt, *RCDIP*.2009, *op.cit.* V. aussi Note sous Cass., 1er civ., 11 juillet 2006, précité.

1163 *Ibid.*

1164 Cass. com., 4 octobre 2005, *préc. supra* note n° 1160 : il faut noter que le second moyen qui est à titre préalable à trancher a été décidé conformément à l'avis donné par la Première Chambre civile.

jugement n'est pas invoqué en France pour y produire les effets normatifs. D'après la Cour de cassation, la vente par l'ordonnance à Gibraltar n'était que pour transférer et d'éteindre le privilège de créancier (une créance privilégiée permettrait au créancier la saisie conservatoire du navire qui n'appartient plus au débiteur). Le jugement étranger a été invoqué devant les juridictions françaises en vue de soutenir l'opposabilité du transfert de propriété ordonné par la juridiction étrangère. Alors, l'opposabilité de cette décision sur la vente judiciaire serait un simple fait juridique et que ceci permettait à la Cour de cassation de conclure que le transfert de la propriété du navire par l'effet de ladite vente était opposable au créancier saisissant.

Il faut demander qu'est-ce qu'on cherche ici ? Certes, on ne cherche pas à produire un effet normatif comme l'a dit la Cour, mais qu'avant de traiter la question de possibilité de saisir entre les mains d'un tiers acquéreur, il faut vérifier d'abord si le transfert du propriétaire du navire à l'étranger par le jugement gibraltais avait un effet en France. S'il est vraiment nécessaire de prendre en considération l'effet de fait de ce jugement étranger tandis que son caractère normatif est bien exprès.

660. On ne peut contester le fait qu'un jugement étranger doté d'une valeur normative et qu'il peut produire les effets de droit dans l'ordre juridique de l'État requis sous certaines conditions sauf dans le cas où il bénéficie du système conventionnel ce qui est le cas de l'arrêt du 22 janvier 2009. Il est douteux que la façon de motiver la décision de la Cour de cassation semble compliquer les choses, ne serait-il pas que le jugement belge en cause, pour la première espèce, a bénéficié la reconnaissance *de plano* en vertu du règlement Bruxelles I ? Si la réponse est positive, il suffit à justifier que ce jugement se prononce sur la cession de droits d'auteur sans autre procédure.

En ce qui concerne le formule « prendre en compte » employé par la Cour, la prise en compte du jugement étranger par le droit du for a pour but de lui « *faire produire des effets non juridictionnels et indépendamment de tout caractère obligatoire reconnu à ce jugement dans l'ordre juridique du for* »[1165], ce qui n'est pas nécessaire en l'occurrence. Plus précisément, le recours à la technique de la prise en considération du jugement étranger n'est utile que si le jugement en cause ne peut pas déployer d'effets normatifs dans l'ordre juridique du for, par exemple un jugement dépourvu d'efficacité substantielle : jugement déclaratif, ou pénal, ou patrimonial. *A priori,* si le juge du for peut s'en servir directement le

[1165] M.-L. Niboyet, *Droit international privé, op.cit.*, n° 631.

jugement étranger en cause pour motiver sa décision et son raisonnement juridique, on n'en a pas besoin de prise en considération.

Tandis que pour la seconde espèce (le jugement gibraltais), il semble que la vente en justice ordonnée par le juge gibraltais a été prise dans le cadre de la procédure d'insolvabilité qui est exclue du régime de la reconnaissance selon la Convention de Bruxelles de 1968. Pourtant le refus de caractère constitutif du jugement étranger ordonnant la vente judiciaire n'est pas facile en droit international privé commun. L'efficacité substantielle réside toujours dans un jugement prononcé par l'autorité judiciaire étrangère, là encore, force est de constater que celui-ci devrait déployer de plein droit une efficacité substantielle au regard de l'ordre juridique français[1166]. C'est pourquoi nous acceptons que le recours à la notion de prise en considération fût inutile.

661. Quant à la notion de « la prise en considération », ceci peut être définie en plusieurs sens. La première propose « *un principe simple devrait permettre de toujours distinguer les rôles impartis à la loi étrangère : appliquer une législation donnée, c'est résoudre une question de droit concrète au moyen de normes empruntées à cette législation. (...) Compte tenu de ce principe, il faut voir une application de la loi française dans la décision qui tient compte de certaines règles étrangères sans obéir à leur dispositif, mais qui au contraire met en œuvre le dispositif de règles françaises. Il s'agit alors de l'hypothèse simple de prise en considération de la loi étrangère* »[1167]. Quand bien même c'est la définition donnée en matière de loi étrangère mais on peut dire qu'il s'agit de méthode employée pour comprendre le problème juridique en question. Lorsqu'on l'applique aux décisions étrangères, il faut tout d'abord rappeler que lorsque celles-ci sont appréciées par un autre ordre juridique, elles n'ont plus du caractère obligatoire. C'est là la possibilité de prendre en considération des décisions étrangères. La prise en considération est aussi une technique de droit international privé qui sert à neutraliser la normativité de la loi ou de décision étrangère à laquelle il est fait incidemment appel. Dans ce cas là, le jugement étranger ne s'applique pas à proprement parler, sa régularité internationale n'est pas importante, car on ne le demande pas à produire des effets normatifs dans l'ordre juridique du for, alors c'est son existence qui est considérable. Force est de constater que la prise en considération d'un jugement étranger en tant que fait juridique ne signifie que « *la prise en considération de la situation de fait*

1166 Comp. H. Muir Watt, *RCDIP*.2006.410 et s.

1167 D. Holleaux, *Droit international privé*, Paris : Masson, 1987, n° 317.

découlant de l'exécution du jugement étranger déjà réalisée à l'étranger, et qui constitue une réalité matérielle dont les juges français devront nécessairement tenir compte »[1168]. Dès lors, cette méthode permettrait de tirer les conséquences d'un jugement étranger lorsque son effet proprement normatif est indifférent au résultat recherché[1169]. Ceci explique pourquoi la prise en considération est nécessaire dans le cas où un jugement étranger est irrégulier et n'est pas susceptible de déployer des effets normatifs dans le for.

662. Pourtant une autre question peut se demander à savoir s'il n'est pas nécessaire de prendre en considération un tel jugement étranger comme un fait juridique en raison de sa qualité normative comme nous l'avons vue, est-il nécessaire de remplir telles ou telles conditions pour que ceci puisse produire ses effets ?

2) Le recours à l'effet de titre du jugement étranger.

663. Il s'agit ici du concept créé par Bartin, son caractère mérite d'être analysé afin de distinguer des notions voisines, notamment l'effet de fait.

Lorsque l'on entend parler de l'effet de titre, on pense au cas des effets substantiels qu'une règle de droit attache à l'existence d'un titre public. Il s'agit des effets attachés à la qualité publique de l'acte ou du jugement étranger qui est indépendant de *l'exequatur*. Comme l'on a déjà étudié, pour la reconnaissance d'un jugement étranger, s'il s'agit de la modification des droits substantiels des parties qui résulte de ce jugement, on admet qu'un tel ou tel jugement peut produire un effet de titre dans le cas où la modification de la situation substantielle n'est pas l'effet direct dudit jugement. M. P. Callé a fait recours à la notion d'effet décisionnel afin d'identifier les actes publics qui ne produisent qu'un effet de titre[1170] que nous avons vu lors de la qualification de jugement étranger.

664. D'après la jurisprudence française, la Cour de cassation rattache cet effet à un tel ou tel jugement en vue de lui permettre, par exemple, de procéder à une mesure provisoire ou conservatoire en France sans qu'aucune autorisation judiciaire ne soit nécessaire. Plus précisément on peut invoquer un jugement étranger pour obtenir une mesure conservatoire.

1168 D. Alexandre, « Les effets des jugements étrangers indépendants de *l'exequatur* », *TCFDIP* 1975-1977, p. 51, spéc. p. 56.

1169 P. Kinsch, *Le fait du prince étranger*, Paris : LGDJ, 1994, n° 240 et s.

1170 P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, *op.cit.*, n° 450.

Alors, il s'agit du cas selon lequel un acte public n'a pas de valeur normative autonome et il n'est qu'un titre qui permet de modifier la situation substantielle des parties à travers les règles de droit[1171]. L'effet de titre sert par ailleurs comme preuve de l'existence de la créance invoquée ou attache la personnalité juridique à une personne morale. Dés lors, ce que l'on attend de ce type de jugement étranger n'est pas un titre exécutoire, par conséquent le juge du for n'a pas à examiner la régularité de ce jugement[1172]. Certes, le concept de l'effet de titre peut être confondu avec l'efficacité substantielle du jugement, il faut rappeler que la dernière est supposée être la régularité internationale du jugement alors que le premier n'implique pas la reconnaissance de la dimension juridictionnelle du jugement étranger. Mais l'effet de titre est invoqué pour la reconnaissance d'une qualité ou d'un état de droit créé par un jugement étranger[1173].

Cependant la question peut se poser si un tel jugement étranger constitue un effet normatif ? Si la réponse est positive, ne serait-ce pas que l'effet de titre est inutile à ce stade ? Pour l'indifférence de l'effet de fait précité, il semble que l'invocation d'un jugement étranger afin d'obtenir en France une mesure conservatoire indépendamment de toute autorisation judiciaire affirme la reconnaissance son effet normatif et non pas de sa qualité de preuve de l'existence de créance ou la qualité de créancier. Nous admettons l'opinion de Mme H. Muir Watt que cet effet de titre n'est qu'un caractère artificiel et dés lors que l'efficacité substantielle d'un jugement étranger était acquise de plein droit, le concept de l'effet de titre est inutile.

C. Élément de preuve *prima facie* des jugements étrangers selon la Cour thaïe.

665. La Cour suprême *Dika* n'a pas beaucoup d'opportunité d'envisager le cas de reconnaissance ou d'exécution des jugements étrangers sur lequel, depuis l'année 1918, seulement quelques décisions ont été rendues. Toutefois, on considère que la première décision de la Cour mérite amplement d'être suivie. Il s'agit de la fameuse décision *Dika* n° 585/2461 dont nous ne nous penchons pas sur le fond qui tranche la question du contrôle

---

1171 *Id*., n° 445.

1172 *Cf.* H. Muir Watt, « Le mythe de « l'effet de titre » : le statut des jugements étrangers dans le contentieux du provisoire » », *in La procédure en tous ses états, Mél. J. Buffet*, éd. P.A. 2004, p. 347.

1173 *Id*., p. 351.

de régularité internationale, mais à ce stade nous souhaitons simplement démontrer comment la Cour suprême thaïe a apprécié au jugement étranger.

666. L'absence de règles de droit applicables à cette matière. Avant d'entrer dans les détails, la première question peut déjà se poser : quelle est la disposition ou la règle de droit qui donne la compétence à la Cour d'exécuter des jugements étrangers ? Force est de constater que le droit thaï n'a aucune disposition écrite qui donne le pouvoir au juge sur ce cas ; c'est la question de la source de droit applicable. On peut dire que les juges à l'époque ont adopté la pensée et les modalités de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers du système britannique, ce que l'on verra lors du contrôle de régularité internationale. Pour certains, c'est l'article 3 de la Loi relative au conflit de lois B.E. 2481 qui applique à la reconnaissance ou l'exécution des jugements étrangers en Thaïlande[1174]. Car cet article stipule que « *lorsqu'il n'y a aucune disposition de cette Loi, d'autres règles de droit thaï ne peuvent appliquer au cas de conflit de lois en l'espèce ; le juge tranche le litige en appliquant les principes généraux de droit international privé* »[1175]. En effet ces auteurs pensent que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sont incluses dans les principes généraux de droit international privé, alors les juges thaïs sont compétents en vertu de l'article 3. Pourtant l'argument d'autres auteurs[1176] qui ne partagent pas cette opinion est très intéressant et paraît à notre avis plus logique ; en effet aucune disposition de la Loi relative au conflit de lois B.E. 2481 ne stipule sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Nous sommes d'accord avec cette approche car cette Loi concerne uniquement les questions de conflit de lois, par conséquent on ne peut étendre l'application de l'article 3 au conflit de juridictions et à l'exécution des jugements étrangers. Alors, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sont de source jurisprudentielle.

667. Avant de passer à la suite, il nous convient de dire quelques mots sur la nécessité du procès d'exécution. On sait que certains jugements étrangers sont dépourvus de la force

---

1174 S. Lengthaisong, « L'exécution des jugements étrangers en droit thaï », *Thammasat Law Journal*, vol. 4, n°1, 1972, p. 79-80 ; *Cf.* P. Boondej, « L'effet des jugements étrangers », *Thammasat Law Journal*, vol. 9, n°1, 1977, p. 66.

1175 มาตรา ๓ แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๔๘๑ บัญญัติว่า "เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับกับกรณีขัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล"

1176 K. Indrambarya, « L'opinion et observations sur la coopération judiciaire de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers », *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol. 31, n° 2, 1984, p. 63 et s. ; *Cf.* P. Pivavatnapanich, *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 2008, p. 316.

exécutoire et l'autorité de chose jugée. En France, l'objet de l'instance en *exequatur* est la décision dont *l'exequatur* est demandé et non le litige soumis au juge étranger. En effet, seul le juge requis possède le pouvoir de commander aux organes de contrainte sur son territoire à l'exécution du jugement étranger. Dans le système français, le jugement étranger *exequatur*é par le juge français est toujours un jugement « étranger »[1177]. Il en est de même pour la décision étrangère qui a obtenu un jugement d'exécution par la Cour thaïe, ce jugement ne naturalise pas la première. Cependant la méthode appliquée est différente.

668. Obligation provenant du jugement, méthode retenue par la jurisprudence. En l'espèce, il s'agit d'un contrat de vente des véhicules exécuté au Vietnam en 1912[1178], l'acheteur a assigné le vendeur devant la Cour vietnamienne en invoquant que ce dernier n'avait pas délivré l'objet de vente en cause après que le paiement du prix a été exécuté. Le jugement est en faveur du plaignant, mais il paraît que le défendeur a déménagé en Thaïlande. Le plaignant, par son représentant autorisé, a porté plainte devant la Cour thaïe contre le défendeur domicilié en Thaïlande. Il faut observer que le plaignant n'a pas fait une simple requête pour demander l'exécution du jugement vietnamien mais il a assigné une nouvelle action afin d'obtenir la créance selon le jugement vietnamien. Le défendeur a fait valoir que cette décision a été rendue à défaut de comparution de celui-ci, alors le principe de la contradiction n'a pas été respecté et qu'il avait déjà délivré les véhicules en cause au plaignant. Le juge du premier degré a décidé que le défendeur n'a pas encore délibéré ses obligations et que le défendeur doit payer la somme et les dommages-intérêts en question. La juridiction d'appel a affirmé ce jugement. Le défendeur a formé un pourvoi devant la Cour suprême *Dika* qui a jugé que « *le jugement vietnamien a été rendu par défaut de comparution du défendeur, dès lors, ce n'est pas le jugement définitif qui peut être exécuté en Thaïlande* ». Par ailleurs, la Cour a trouvé que le plaignant n'a pas pu prouver que le défendeur vendeur n'a pas encore exécuté la livraison de marchandises, par conséquent la Cour suprême a infirmé la décision de la Cour d'appel.

669. Les auteurs admettent que le jugement étranger puisse produire un effet en Thaïlande uniquement en tant que preuve de créance (on peut dire qu'il s'agit de l'effet de titre en droit français) ; il faut dans tous les cas l'assigner devant le juge de premier degré

1177 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 410.

1178 Cour suprême *Dika*, n° 585/2461 (1918).

comme un nouveau litige[1179]. Observons que les auteurs thaïs ont fait référence à la *doctrine of obligation* fondée sur l'idée que le jugement rendu par le juge étranger créé une nouvelle obligation contractuelle[1180].

La pratique affirma que les juges thaïs pouvaient exercer certains contrôles qui ont été admis en général dans d'autres pays. Force est de constater que le jugement étranger dans cette hypothèse n'a aucune valeur normative devant la Cour thaïe[1181]. Cependant, à notre avis, ladite méthode employée par la Cour ne puisse être considérée comme la reconnaissance ou l'exécution des jugements *stricto sensu*, malgré le vocable utilisé par la Cour suprême « reconnaissance et exécution »[1182]. Car, le procès qui se déroulera devant le juge du premier degré ne diffère pas de celui d'autres nouveaux litiges, et le plaignant peut invoquer le jugement étranger comme une preuve dans une nouvelle action. Par ailleurs, le contrôle exercé par les juges thaïs dans ce litige n'était pas simplement une « révision à fin du contrôle » comme en droit français[1183] en cas de vérifier la conformité à l'ordre public international. Mais le juge thaï devrait examiner le fait évoqué par le défendeur, comme en l'espèce, que celui-ci a ou non violé l'obligation contractuelle qui résulte du contrat de vente.

En l'occurrence, le juge du premier degré a décidé que le défendeur n'avait pas encore délivré les véhicules au plaignant. Par conséquent le défendeur doit régler au plaignant sa créance avec les dommage-intérêts et les honoraires d'avocat. Ce jugement a été affirmé par

---

1179 V. Montaporn, « Les aspects asiatiques de la coopération judiciaire et l'exécution des jugements étrangers », *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol. 31, n° 2, 1984, p. 97 ; K. Sandhikshetrin, *Droit international privé*, Bangkok : Nitibanakarn, 1996 ; S. Lengthaisong, « L'exécution des jugements étrangers… », *op.cit.*, p. 80 ; K. Indrambarya, « L'opinion et observations sur la coopération judiciaire… », *op.cit.*, p. 57.

1180 M. Wolff, *Private International Law*, Oxford University Press, 1945, n° 232, p. 254.

1181 La question peut se poser s'il s'agit de l'effet de titre au sens de doctrine française, on sait que **l'effet de titre a pour l'objet d'accorder à un jugement étranger un certain crédit en tant que titre de créance**, par ailleurs le juge de l'exécution pourrait également apprécier, en cas de contestation du débiteur, si les circonstances et les conditions sont réunies ou non pour la reconnaissance. Pourtant, on sait que l'effet de titre serait reconnu par application des règles de conflit alors qu'on a trouvé en l'occurrence que les juges thaïs avaient procédé aux contrôles de régularité internationale invoquée par le débiteur (concernant le jugement rendu par défaut).

1182 V. cependant K. Sandhikshetrin, « La coopération judiciaire de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers », *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol. 31, n° 2, 1984, p. 54. L'auteur a affirmé que ceci est la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers selon la méthode employée par les juges anglais à la première époque, c'est-à-dire il faut tenir compte du principe de réciprocité sous certaines conditions. Pour la raison d'historique, il faut observer notamment, d'après cet auteur, que le Président des juges de ce litige a fait des études de droit en Angleterre, du fait que ceci était le premier litige dans la matière alors il est possible que les juges ont été influencés par le système anglais de reconnaissance et d'exécution.

1183 D. Holleaux, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 982.

la Cour d'appel. La Cour suprême a estimé qu'afin d'examiner si le défendeur a ou non violé la disposition du contrat de vente, il faut prendre en considération les preuves soulevées par les parties devant la Cour vietnamienne.

Enfin, nous ne partageons pas l'idée de certains auteurs thaïs ayant soutenu que cette procédure thaïe se rapproche à l'*action on the judgment* du système anglais, car comme l'on a vu, ce procès n'est pas une simple invocation du jugement étranger devant la Cour thaïe.

670. L'invocation d'un jugement étranger en tant que preuve. Il convient de citer une décision de la Cour suprême rendue en 1933[1184], la Cour a traité un jugement étranger comme un simple fait. En l'espèce, les défendeurs en tant que représentants du transporteur (le transporteur n'est pas domicilié en Thaïlande), ont été assignés au remboursement de la somme sus-paiement pour le fret de transport de marchandises du Royaume de Siam (*ci-après* la Thaïlande) à Java (*ci-après* l'Indonésie). Mais les défendeurs ont fait valoir que la somme réclamée avait été saisie par le créditeur du plaignant en vertu du jugement de la Cour Surabaya (l'Indonésie). Le juge du fond a décidé que le premier défendeur, le manager de la seconde défenderesse qui est la société représentante du transporteur, et le second défendeur devaient rembourser la somme en question au plaignant.

Le pourvoi a été formé par les défendeurs, la Cour d'appel a infirmé ce jugement en estimant que seule la société défenderesse qui est représentante du transporteur en Thaïlande, devait rembourser la somme en cause, le premier défendeur (le manager) n'étant pas personnellement responsable de cette créance.

La Cour suprême a affirmé sur ce point, mais elle a enfin jugé que la société seconde défenderesse devait régler la somme en cause. Alors la décision de la Cour suprême était en faveur à la demande du plaignant. En effet, il paraît que le débat sur le jugement indonésien a été invoqué lors de la procédure d'appel, et que la Cour a infirmé le jugement du premier degré en raison d'élément factuel apparu dans ce jugement. Cependant la Cour suprême *Dika* a constaté que les modalités d'invocation du jugement étranger du défendeur n'étaient pas recevables, car celui-ci n'a pas pu prouver l'existence *officielle* du jugement indonésien. C'est la raison pour laquelle elle a infirmé la décision d'appel sur cette issue. C'était la première fois que la Cour suprême *Dika* a admis l'invocation du jugement étranger en tant qu'élément

1184 Cour suprême *Dika*, n° 934/2476 (1933).

de preuve du litige, quand bien même aucune disposition de loi thaïe ne le permettait expressément[1185].

Le jugement en cause n'était pas invoqué comme un jugement étranger. Les juges thaïs ont pris en considération la situation juridique fixée par le dispositif sans lui attribuer un caractère incontestable, il ne s'agit pas ici de l'autorité de chose jugée, c'est un simple fait invoqué par les parties en tant qu'élément de preuve dans le cadre de procès nouveau afin d'obtenir un jugement de l'exécution en Thaïlande.

Nous regrettons de ne pas avoir l'occasion de trouver la décision de la Cour suprême thaïe relative à la reconnaissance du jugement étranger de façon distincte de l'exécution. Mais les conditions contrôlées ne seraient pas différentes entre les deux. Quoi qu'il en soit, en attendant la jurisprudence, on peut dire que le jugement peut prouver le droit existant à l'étranger et que ceci est suffisant en soi, puisqu'il a créé une situation de fait opposable à toute éventualité, peu importe que sa nature soit déclarative ou constitutive. Et là, on aura l'opportunité d'intervenir sur l'efficacité de plein droit indépendamment du procès d'exécution du jugement étranger.

Section II

Reconnaissance des effets des jugements étrangers.

671. La notion d'efficacité substantielle en droit international privé. On entend très souvent le terme « efficacité » et ceci peut être confondu facilement avec « efficace ». Certes, ces deux vocables sont très proches, il faut bien observer, selon Mme C. Bléry, que ***l'efficacité*** **signifie « *qualité, action de ce qui est efficace* », alors qu'*efficace* signifie « *qui produit l'effet qu'on en attend* ».** L'adjectif « substantiel » est de préciser que cette efficacité du jugement touche le droit substantiel ou le droit du fond. Ceci est pour faire opposition au droit processuel ou au droit servant[1186]. C'est la façon de clarifier le terme couramment employé en droit international privé. D'après C. Bléry « l'efficacité substantielle permettrait de réduire la notion et de redonner la juste valeur à l'expression effets substantiels » et qu'elle

---

1185 Cette décision a été prononcée avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile en 1935, la question peut se poser si cette jurisprudence est toujours actuelle. Sachant que de nos jours le Code de procédure civile thaïe ne dispose jamais sur l'issue de jugement étranger. Alors, on peut dire qu'il y a de possibilité que les juges thaïs se basent encore sur la règle disposée par cette décision, en particulier les modalités d'invocation des jugements étrangers en tant que preuve devant les juridictions thaïes, il faut cependant attendre une autre décision pour le confirmer.

1186 C. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris : LGDJ, 2000, n° 125, p. 88.

est « employée pour définir rigoureusement « l'effet » », car le mot **effet** s'entend plus élargie[1187].

672. Contrôles de la régularité internationale des jugements étrangers. Dans le système français, comme on le sait, on distingue entre le jugement qui nécessite de prononcer *l'exequatur* et le jugement dont l'efficacité est reconnue en France par une simple invocation devant le juge de l'instance où l'état de droit consacré par ce jugement est mis en cause. Tandis que pour l'instance particulière, il est indispensable d'avoir prononcé *l'exequatur* par le juge français, ceci est pour établir l'efficacité du jugement étranger en France. Cependant l'efficacité des jugements étrangers est soumise dans tous les cas aux mêmes conditions du contrôle. Dans le système juridique thaï, comme on a déjà vu, pour l'exécution d'un jugement étranger en Thaïlande, il faut assigner comme une nouvelle action et le juge vérifiera si ce jugement remplie toutes conditions d'exécutoire.

Nous étudions tout d'abord l'efficacité substantielle des jugements dans le cadre de droit commun **(§ 1)**, nous verrons par la suite l'efficacité substantielle des jugements dans le cadre de mécanisme simplifié **(§ 2)**.

§ 1 : Efficacité substantielle des jugements dans le cadre de droit commun.

673. L'évolution de la conception de *l'exequatur*. On sait qu'il y a toujours de limites pour chaque État d'admettre la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers dans son for. En France, depuis l'année 1860 (l'arrêt *Bulkley*), la Haute juridiction a admis que seuls les jugements étrangers rendus en matière d'état et de capacité des personnes seraient reconnus *de plano* à condition d'être régulier et qu'ils pourraient être invoqués sans être revêtus de *l'exequatur*[1188]. Cependant dans d'autres matière qui nécessitent d'obtenir l'exécution matérielle sur les biens ou la coercition sur les personnes, il est toujours obligé d'avoir *l'exequatur*. Il résulte des articles 2123 du Code civil et 509 du CPC que le jugement étranger ne peut donner lieu à aucun acte d'exécution en France sans avoir été déclaré exécutoire par le juge français. Par ailleurs certains jugements nécessitent dans tous les cas

---

1187 *Ibid.*

1188 Il en va de même en matière de nullité du mariage, de divorce, de filiation et pour des jugements constitutifs par exemple le jugement prononcé une faillite.

l'exequatur pour affirmer leur efficacité, peu importe les effets recherchés (l'exécution ou l'autorité de chose jugée), c'est le cas des jugements patrimoniaux déclaratifs[1189].

On sait que tous les jugements étrangers doivent être procédés le contrôle de leur régularité : les jugements étrangers d'état et de capacité pour se voir reconnaître une autorité de la chose jugée *de plano*, et les autres jugements pour obtenir *l'exequatur*. Les conditions de contrôle peuvent être différentes dans chaque système juridique et dépendent aussi de sa politique législative. Cependant on peut classer les conditions de contrôle de la régularité internationale des jugements étrangers généralement adoptées par la plupart des pays en trois conditions : la compétence internationale du juge étranger ; la finalité ou la définitive du jugement ; et le caractère spécifique de l'obligation ou la créance dans ce jugement. Nous allons trouver que ces trois conditions ont été également admises aussi bien par la jurisprudence française que thaïlandaise. De surcroît, le système anglais qui mérite d'être étudié en tant qu'exemple de pays *common law* respecte aussi les mêmes conditions.

A. Contrôle de régularité internationale en droit français.

674. Évolution des conditions subordonnées. L'exécution des jugements étrangers dans l'ordre juridique français est établie en vertu de l'article 509 CPC qui stipule ainsi :

« *Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi* ».

Ce texte ne dispose que de façon non précise sur cette issue alors c'est la jurisprudence qui pourrait répondre à la question.

Depuis 1860, la Cour de cassation a commencé par un recours à la conformité à l'ordre public de jugement étranger censé *exequatur* en France[1190]. Puis, la compétence du juge étranger et la régularité de la procédure suivie ont été exigées par la Cour de cassation et enfin la condition de la compétence de la loi appliquée au fond[1191]. En 1964, la Cour de cassation a estimé dans sa célèbre décision *Munzer* les conditions indispensables que le jugement étranger devait remplir afin d'être exécuté en France : la compétence du tribunal

---

1189 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 399.

1190 Cass. 1er civ., 28 février 1860, *Bulkley*, *S*. 1860.1.210, concl. Dupin ; *GA* n° 4.

1191 Cass. 1er civ., 9 mai 1900, *De Wrède*, *JDI*.1900.613 ; *S*. 1901.1.185, note E. A. ; *D*. 1905.1.101, note L. S. ; *GA* n° 41.

étranger ; la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction ; l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit ; la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi[1192]. Selon la Cour ces conditions devaient être réunies en tant qu'une vérification suffisante à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français. Elle affirma par ailleurs la limite du pouvoir de contrôle du juge français que celui-ci ne devait pas procéder à une révision au fond de la décision. Cependant la Cour de cassation a minimisé les champs du contrôle dans l'arrêt de 1967 dont la régularité de compétence indirecte, l'application de la loi compétente d'après les règles conflictuelles françaises, la conformité à l'ordre public international français et l'absence de fraude à la loi[1193]. Cependant la vérification de la conformité aux règles conflictuelles françaises de la loi appliquée par le juge étranger a été abrogée par la jurisprudence dans le dernier temps.

1) Conditions d'ordre processuel.

a. La compétence internationale du tribunal étranger.

675. En France, à l'époque, afin de vérifier la compétence internationale du juge étranger, le juge français avait employé des critères fondés sur les règles étrangères de compétence internationale directe[1194] d'une part ; et le critère des règles françaises de compétence internationale directe bilatéralisées d'autre part. Selon le premier, pour qu'un jugement étranger puisse être exécuté, la Cour devait vérifier si le juge étranger a rendu ce jugement conformément à ses propres règles de droit. Autrement dit, cette condition exige le juge français de prétendre examiner l'application du juge étranger ses règles de droit. Bien que pour certains il ne soit pas logique d'exiger le juge étranger de connaître les règles de droit français sur la compétence internationale pour que sa décision soit exécutée en France. Cet argument n'est pas irraisonnable, mais il ne semble pas moins illogique si le juge d'*exequatur* devrait prétendre comme s'il était le juge étranger qui appliquait ses propres règles de conflit. Le second critère fondé sur le concept que la France doit poser les critères de compétence pour prendre en considération les jugements étrangers censés être exécutés sur son

1192 Cass. 1er civ., 7 janvier 1964, *Munzer*, *RCDIP*.1964.344, note Batiffol ; *JDI*.1964.302, note B. Goldman ; *JCP*.1964.II.13590, note Ancel ; *Rép. Comm*.1964.425, obs. G. Droz, *GA* n° 41.

1193 Cass. 1er civ., 4 octobre 1967, *Bachir*, *GA* n° 45.

1194 CA Paris, 4 février 1958, *RCDIP*.1958.389, note H. B. ; *JDI*.1958.1016, note Ponsard ; *JCP*.1958.II.10612, note Francescakis.

territoire[1195]. La méthode fonctionne par la bilatéralisation des règles de compétence directe laquelle donne lieu aux règles de compétence internationale indirecte : si le domicile en France du défendeur fonde la compétence des juridictions françaises, il est raisonnable et légitime que son domicile à l'étranger fonde aussi la compétence des tribunaux de ce pays. Citons l'arrêt *De Gunzbourg* (divorce et fraude au jugement), la Cour a affirmé qu'il faut rechercher s'il existe, suivant les principes admis par le droit international privé français, un facteur de rattachement de nature à justifier positivement la compétence internationale des tribunaux mexicains. En l'espèce, le domicile conjugal était à New York, par conséquent l'accord des époux sur la compétence de la Cour mexicaine n'était pas valable s'agissant de matière qui relevait de l'état des personnes. Comme le dit M. P. Mayer qu'il est normal de vérifier avant de donner effet en France des jugements étrangers que ceux-ci émanent d'un pays qui était bien placé pour le prononcer à l'égard de conceptions françaises[1196].

676. Lorsque le juge du for a pris en considération la question de reconnaissance ou d'exécution des jugements étrangers, il devrait envisager deux sorts de compétences judiciaires ; une compétence générale et une compétence spéciale. Ceci est une condition fondamentale admise généralement dans la plupart des États. Cependant lorsque l'on étudie la jurisprudence thaïe, on verra que la Cour suprême *Dika* n'a pas exigé que le juge étranger doit être compétent à l'égard de la règle de droit thaï sur la compétence internationale. En revanche la Cour n'a conditionné que la compétence spéciale ; la compétence du juge étranger conformément à sa loi procédurale.

Un autre problème peut se poser ainsi : quelles règles de droit apprécierait-elle la compétence internationale du juge étranger ? Les règles de compétence internationale du juge du for ou celles du juge étranger ont-elles rendu ce jugement ? En effet l'application des premières ne pose pas beaucoup de problème, alors que les secondes posent de difficultés particulières, c'est-à-dire qu'afin de recevoir la reconnaissance ou *l'exequatur*, le jugement étranger en cause doit être rendu par la juridiction judiciaire de cet État étranger dont le contenu des règles de compétence internationale doit être identique que celui de droit français[1197].

1195 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 370.

1196 *Ibid.*

1197 Y. Loussouarn, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 503.

677. La compétence exclusive des juges français. Cependant la Cour de cassation estima clairement dans l'arrêt *Simitch*[1198] qui a été réaffirmé par l'arrêt *Prieur*[1199] en 2006, les critères de vérifier la compétence internationale indirecte qui peut être classé en deux constats ; d'une part, le cas où il s'agit d'une compétence exclusive du juge français selon la règle française de compétence internationale directe. D'autre part, le cas où la règle française de compétence internationale directe ne donne pas la compétence exclusive aux juges français. Cet arrêt affirma l'existence de la conception unilatéraliste en matière de conflit de juridictions. Pour le premier (compétence exclusive), *l'exequatur* devrait être refusé par le juge français, ceci se présente comme conception unilatéraliste dite *la double unilatéralité*[1200]. En ce qui concerne les matières relevant de compétence exclusive du juge français, comme l'on a déjà étudié, il s'agit de matière des immeubles ; le cas d'une clause attributive de juridiction au juge français. Alors que pour le second (compétence facultative), *l'exequatur* peut être accordé si d'autres conditions sont réunies.

678. La difficulté se pose aussi à ce stade, car la Cour n'a pas déterminé la notion d'exclusivité dans sa décision, alors il faut la rechercher prudemment. Rappelons que l'exclusivité du litige pourrait être fondée sur les éléments divers : telles que la compétence exclusive de la nature du litige, la clause attributive de juridiction, la loi destinée à protéger un citoyen français (les articles 14 et 15 du Code civil)[1201].

La doctrine de Bartin peut être rappelée à ce stade, « l'exclusivité » a été perçue comme la manifestation de la bilatéralité des chefs de compétence directe français. C'est-à-dire que toute règle française de compétence directe pourrait être une compétence

---

1198 Cass. 1er civ., 6 février 1985, *Simitch*, *JDI*.1985.460, obs. A. Huet ; *RCDIP*.1985.369 ; *D.* 1985. IR.498, obs. Huet ; *GA* n° 70 : en effet la Cour de cassation a affirmé depuis l'arrêt de 5 mai 1962 le non *exequatur* de jugement rendu en violence la compétence exclusive des juridictions françaises. *Cf.* Ph. Francescakis, « Le contrôle ou la compétence du juge étranger après l'arrêt *Simitch* de la Cour de cassation », *RCDIP*.1985.243.

1199 Cass. 1er civ., 23 mai 2006, *Prieur*, *RCDIP*.2006.870, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.2006.1377, note Chalas ; *D.* 2006.1846, chron. B. Audit ; *D.* 2006.1880, obs. Gallmeister ; *JCP*.2006.II.10134, note Callé ; *GA* n° 87.

1200 Pour une étude détaillée *Cf.* D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Thèse, Paris, 1970.

1201 Dans ce cas, même si le texte stipule qu'un Français *pourra* être traduit devant un tribunal de France, c'est-à-dire il n'est pas obligé et qu'il puisse renoncer à ce privilège, mais que la tendance de jurisprudence nous montre que lorsqu'un Français est impliqué celui-ci peut opposer à l'effet en France de ce jugement étranger prononcé contre lui. V. Cass. 1er civ., 21 janvier 1992, *D.* 1993.351, obs. B. Audit.

exclusive, et pour que ce soit, il faudrait qu'elle désigne uniquement les tribunaux français[1202].

Une autre conception fondée sur la compétence concurrente s'explique que les compétences françaises sont normalement concurrentes avec celles des tribunaux étrangers selon les règles étrangères, pour cette raison si le jugement étranger doit être refusé en France, ce n'est que pour une seule raison que le litige aurait du être tranché par un tribunal français[1203].

679. L'absence de compétence exclusive des juges français. Cependant pour le dernier exclusivisme, l'article 15 du Code civil français qui permet à un Français défendeur de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution des jugements étrangers contre lui, amène beaucoup de critique des auteurs. Cette disposition pourrait protéger un Français des justices étrangères et en même temps des jugements prononcés à l'étranger. Cet avantage peut conduire à des mauvaises relations entre la France et d'autres pays. Il est possible que certains pays utilisent les mesures de rétorsion contre la France telles que les injonctions ou d'autres techniques procédurales. Pourtant, du point de vue de la France à l'époque, certains systèmes juridiques ont la conception de justice très différente de la sienne, alors la protection d'une partie française semble nécessaire à cet égard. Quoi qu'il en soit, ce débat a été finalement mis fin par la Cour de cassation qui avait écarté ce privilège en décidant dans l'arrêt *Prieur* en 2006 que « *l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger* »[1204]. Mais il faut rappeler toujours que la Cour a ajouté deux conditions ensuite « *dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux* ».

680. La condition de lien caractérisé entre le litige et le juge saisi. Alors les liens caractérisés entre le litige et le tribunal saisi est ici un critère indispensable, mais la Cour n'a pas défini la notion de lien caractérisé du litige, elle a en revanche appuyé sur la méthode du regroupement des points de contact pour justifier sa décision ; tel est le fait tiré de l'arrêt

---

1202 *GA* n° 70, p. 646.

1203 *Id*., p. 647.

1204 Cass. 1er civ., 23 mai 2006, *Prieur, préc., supra* note n° 1234.

Simitch[1205] que la demanderesse était de nationalité anglaise et avait le domicile en Angleterre qui est également son domicile conjugal, et où les époux s'étaient mariés. Force est de constater que ce litige présentait les liens plus étroits avec l'Angleterre. Ceci peut expliquer la compétence exclusive du tribunal anglais sur ce litige. Quand bien même cet arrêt a été rendu en matière de divorce, mais que l'on pourrait retenir cette méthode généralement posée par la Cour de cassation pour déterminer un rattachement caractérisé en d'autres matières aussi. A titre d'exemple, le cas d'une société thaïlandaise ayant siège sociale en Thaïlande souhaite de faire une requête en France afin d'obtenir *l'exequatur* d'un jugement de la Cour thaïe, car le défendeur possède en France des biens qui peuvent être exécutés.

681. L'absence de choix frauduleux des juridictions étrangères. En effet on peut constater que dès lors que la première condition, lien caractérisé, a été bien remplie, la saisine frauduleuse de la juridiction étrangère serait difficile à réaliser. Il reste à savoir si le juge d'*exequatur* doit-il vérifier la compétence interne ou compétence spéciale du juge étranger ? L'approche du contrôle de compétence interne de celui-ci semble être critiquée, car pour certains[1206] se demandent comment le juge français pourrait savoir que le juge étranger applique correctement ou non ses règles de compétence interne…

Nous sommes d'accord avec ces auteurs puisqu'il semble aussi éloigner de la connaissance du juge français. Il faut rappeler que cette exigence comprend également la vérification de la compétence territoriale et la compétence d'attribution des juges étrangers en question. Autrement dit, il faut examiner les règles de compétences du droit judiciaires compétentes qui sont le droit purement interne de cet État. Pourtant cette exigence a fait l'objet de la suppression depuis l'arrêt *Bachir*.

b. L'élimination du contrôle de compétence législative indirecte.

682. En ce qui concerne la vérification d'application de la loi compétente d'après les règles conflictuelles françaises qui était à l'époque de l'arrêt *Munzer* (1964) l'une des conditions, cette condition posait en fait beaucoup de critiques et de difficultés dans l'application. Car, afin de vérifier la compétence législative du juge étranger, il était requiert d'examiner en référence la règle de conflit française. Plus précisément, il est exigé au juge étranger d'appliquer les mêmes règles de conflit de lois que celles du for (pour déterminer la loi

---

1205 Cass. 1er civ., 6 février 1985, *Simitch*, préc. *supra* note n° 1233.

1206 Y. Loussouarn, *Droit international privé, op.cit.*, n° 504.

applicable au fond), et lorsque le juge français trouvait que la règle de conflits étrangère n'est pas analogue à celle de droit français, il pouvait refuser *l'exequatur* à ce jugement étranger en cause. Dans cet esprit, on trouve que le concept traditionnel français de *l'exequatur* semble incompatible avec le concept de reconnaissance du jugement étranger, car ce dernier peut envisager les solutions diverses qui sont différentes de celles rendues par le juge français. Pourtant, comme on le sait, après que la révision au fond de litige a été abandonnée, ceci signifie que l'ordre juridique français admet la différence possible du jugement rendu à l'étranger et celui rendu en France. Quand bien même le juge étranger a appliqué une mauvaise loi, ce fait n'est pas susceptible d'entraîner un refus de reconnaissance en France dudit jugement étranger[1207]. On se demande s'il est convenable de continuer le contrôle de loi appliquée[1208], car pour certains le contrôle est un dernier atout destiné à protéger l'ordre juridique et les intérêts du for.

La condition du contrôle de compétence législative étrangère a disparu dans l'arrêt *Simitch* (1985), mais que la jurisprudence postérieure continue à procéder au contrôle de la loi appliquée[1209]. Certes, ce contrôle est très critiqué, car il était rarissime que le contrôle de la compétence de la loi appliquée amène à un refus d'*exequatur*. Il s'agit de la politique judiciaire comme l'on a vu dans les motivations données par la Cour de cassation dans l'arrêt *Munzer* disposant clairement qu'il était nécessaire d'« *assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français* », si le juge pourrait, par d'autres contrôles, assurer ces protections, on trouve que ladite condition est apte à abandonner.

683. L'idée de tempérer la rigueur de ce contrôle se présente à travers la « théorie de l'équivalence ». Cette théorie admet *l'exequatur* dans le cadre de la divergence des règles de

---

1207 Cass. 1er civ., 24 novembre 1965, *RCDIP*.1966.289, note P. Lagarde.

1208 V. en ce sens S. Gressot-Leger, « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en *exequatur* ? », *JDI*.2003.765, spéc. p. 777. Cet auteur constate que ce genre de contrôle a été maintenu par la jurisprudence de manière purement artificielle après que le pouvoir de révision ait été abandonné.

1209 P. de Vareilles-Sommières, « Jugement étranger », *Rép. D. Dr. internat., op.cit.*, n° 149. V. CA Paris, 22 novembre 1990, *Banque Internationale de l'Afrique Occidentale*, *D.* 1992.169, obs. B. Audit ; Cass. 1er civ., 28 janvier 2003, *JDI*.2003.468, note J.-M. Jacquet ; *RCDIP*.2004.398, note H. Muir Watt ; Cass. 1er civ., 4 juillet 2006, *Enfant Viola*, *RCDIP*.2007.413 (la condition de conformité conflictuelle) ; Cass. 2e civ., 14 février 2007, *JDI*.2007.934, note B. Bourdelois. *Contra.* S. Gressot-Leger, « Faut-il supprimer le contrôle… », *op.cit.*, p. 782 : l'auteur affirma très fermement que l'interprétation selon laquelle l'admission de la théorie de l'équivalence représentant une atténuation considérable au principe du contrôle de la loi appliquée est erronée à son sens.

conflits de lois lorsqu'il paraît dans le contenu des droits internes une identité[1210]. C'est-à-dire qu'il faut avoir une équivalence entre la loi appliquée par le juge étranger et la loi désignée par la règle conflictuelle française. Cependant il paraît dans la jurisprudence que le jugement étranger peut être également reconnu en France lorsque les résultats d'application des deux lois en cause sont identiques, malgré les différences de dispositions desdites lois. C'est la même conséquence juridique qui serait prise en compte à ce stade. De surcroît, on ne peut pas nier que les règles de reconnaissance ou d'exécution des jugements étrangers sont des techniques de coordination entre les systèmes juridiques qui ont pour but d'assurer la relativité du traitement juridique des relations privées internationales malgré les différences persistantes de chaque système[1211].

684. La disparition du contrôle de compétence législative indirecte. En 2007, la Cour de cassation a abandonné expressément cette condition dans l'arrêt *Cornelissen*, la Cour décida que « *pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale (...) le juge de l'exequatur n'a donc pas à vérifier que la loi appliquée par le juge étranger est celle désignée par la règle de conflit de lois française* »[1212].

Dans l'arrêt récent rendu en 2010, en matière de statut personnel mais au sens général, la Cour de cassation a toujours fait un signe de la suppression du contrôle de la loi appliquée[1213].

En ce qui concerne l'argument qui est en faveur de ce libéralisme, certains auteurs ont proposé que « *chaque décision étrangère exprime, sur la teneur de la situation qu'elle tranche et quelle que soit la loi qu'elle met en œuvre, un point de vue autorisé d'un ordre juridique étranger auquel le litige se rattachait par un lien caractérisé* »[1214]. C'est en effet la confiance entre les parties sur la validité internationale qui doit être protégée, comme on a

---

1210 Y. Loussouarn, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 505.

1211 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 388. Pour une étude détaillée sur la théorie de l'équivalence *Cf.* Ph. Malaurie, « l'équivalence en droit international privé », *D.* 1962. 215. Cet auteur affirma que l'équivalence est caractérisée lorsque « le juge estime que, malgré les différences de forme entre la règle étrangère et la règle française, il y a une similitude de résultats ».

1212 Cass. 1er civ., 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082 ; *D.* 2007.1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *RCDIP*.2007.420, note B. Ancel et H. Muir Watt.

1213 Cass. 1er civ., 4 novembre 2010, n° 09-15.302, *RTD civ.* 2011, p. 115, note J. Hauser.

1214 *Cf.* B. Ancel et H. Muir Watt, note préc., p. 426. V. aussi P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 365 ; D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, *op.cit.*, n° 175.

déjà vu, les droits et les obligations de parties prévus par la règle de droit sont réalisés par un jugement.

D'après M. P. Mayer, en ce qui concerne le problème de résoudre l'efficacité du jugement étranger, « *on peut certes y greffer celui de la loi compétente, en faisant une condition de l'efficacité ; mais ce n'est pas logiquement obligatoire (...) Aucune raison théorique n'impose donc le contrôle en générale de l'application par le juge étranger de la loi, étrangère ou même française, compétente* »[1215]. C'est en effet le problème de prise en considération de l'effet normatif du jugement étranger qui tendait à expliquer la reconnaissance de celui-ci non comme une situation juridique née du jugement mais comme un fait de son prononcé et ce même défaut d'analyse conduisait à subordonner la compétence du juge étranger à la compétence législative attribuée par la règle de conflit du for comme si ce jugement n'était que l'application de la règle[1216]. Au fond, on constate qu'il n'est pas logique de reprocher le juge étranger de trancher le litige relevant de sa compétence en appliquant sa propre règle de conflit. Un auteur a même constaté que le contrôle de la loi appliquée n'a même pas d'utilité propre qui justifierait son maintien dans le droit international privé français[1217].

La tendance adoptée par les droits conventionnels en matière civil et commerciale témoigne aussi ce constat, tel est le cas de Règlement Bruxelles I et la Convention de Lugano. En effet la Convention de Bruxelles a conditionné le contrôle de loi appliquée lorsqu'il s'agissait de question préalable relative à la matière hors du champ d'application matériel de la convention. Alors la simple abrogation de cette condition n'est-elle pas pour réaliser la libre circulation des jugements ?

685. Tandis que l'argument non favorable à l'ouverture aux jugements étrangers portant sur le débat selon lequel même que l'arrêt *Simitch* a dégagé le contrôle de compétence législative indirecte, mais il faut observer que l'arrêt a requiert le rattachement d'une manière

---

1215 P. Mayer, *Droit international privé, loc.cit.* : « *Il est parfaitement possible, comme le confirme le droit international privé comparé, de donner ou dénier effet au jugement sans se préoccuper de savoir au terme de quel raisonnement et en application de quelle loi il a été rendu* ».

1216 P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *in Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547, spéc., p. 551. La condition de l'efficacité substantielle du jugement est différente de celle de l'acte public non émanant d'une autorité étatique : la condition de reconnaissance de cet acte devrait subordonner au respect de la loi applicable en vertu de la règle de conflit du for, car l'auteur dudit acte ne se prononce pas avec autorité sur la loi applicable.

1217 S. Gressot-Leger, « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée… », *op.cit.*, p. 787.

caractérisée entre le litige en cause et le pays dont le juge a été saisi[1218]. Ceci était une autre façon de maintenir le principe du contrôle de la loi appliquée, car suite à l'arrêt *Simitch* l'arrêt de la Cour d'appel de Paris a aussi demandé « *le contrôle du juge de l'exequatur quant au choix de la règle de droit applicable par la juridiction étrangère doit de limiter à la vérification de l'adéquation du droit choisi à la situation litigieuse* »[1219], ce qui est comparable à la formule employé dans l'arrêt *Simitch* et que selon les auteurs partisans de cette opinion, ces formules se présentent à la vérification, c'est-à-dire la justice conflictuelle rayonnait toujours sur le terrain de la reconnaissance du jugement étranger. Cet arrêt a démontré aussi la réconciliation, l'objectif d'harmonie internationale des solutions et les exigences de justice conflictuelle qui sont indispensables. Par ailleurs, bien que le contrôle de loi appliquée ait été supprimée par l'arrêt *Cornelissen*, le contrôle de la conformité conflictuelle peut être s'exprimé sous autres formes des conditions de régularité encore existantes[1220].

686. A notre avis, la politique judiciaire de protection des valeurs promues par le système français de conflit de lois pourrait conduire à la fin de non réception des jugements français dans d'autres pays, en particulier dans des États dont la source de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers se basent sur la courtoisie ou la réciprocité internationale et notamment lorsque cette même condition ne fonctionne pas dans le système de ces pays.

On comprend la préoccupation fondée sur la qualité du jugement rendu ce que les défenseurs de l'ouverture aux décisions étrangères ont développé dans leur débat. Il diffère certainement du cas de *l'exequatur* en droit conventionnel, car l'abandon dudit contrôle des conventions dites « européennes » se voit possible, en raison de leur confiance mutuelle entre les juges des États dans l'espace communautaire. Autrement dit la décision étrangère bénéficie d'une présomption de régularité, à l'exception d'avoir une preuve contraire. Ce principe est propre à l'Union européenne. Alors que dans le cadre de droit commun, comment le juge français par exemple peut faire confiance au juge étranger dans sa manière d'appliquer la loi ? Cependant si l'on admet le contrôle de la loi appliquée, on revient certainement à l'exigence de révision du fond antérieurement effacée, car il s'agit de rechercher la solution

---

1218 Dans l'arrêt *Cornelissen*, la Cour de cassation a admis que le tribunal américain était compétent lorsque le litige se présente un lien caractérisé avec les États-Unis, car plusieurs éléments y étaient localisés.

1219 CA Paris, 22 novembre 1990, *Banque Internationale de l'Afrique Occidentale*, *préc. supra* note n° 1209.

1220 B. Ancel et H. Muir Watt, note sous arrêt, *op.cit.*, p. 429.

découlant de celle-ci. Là aussi c'est une préoccupation sur la bonne ou la mauvaise application des règles de droit étrangères par le juge étranger. Comme on le sait, c'était la mise en œuvre du pouvoir de révision qui permettait au juge de *l'exequatur* « *d'examiner la valeur du dispositif sous le double rapport de l'appréciation des faits et de l'application des règles de droit* »[1221].

De même pour le recours à **la théorie de l'équivalence**, en réalité **il s'agit d'un mécanisme qui tempère la rigueur de la révision au fond**. Comme l'écrit Ph. Malaurie ainsi : « *on ne peut accorder au juge de l'exequatur le pouvoir d'apprécier l'équivalence qu'en lui accordant la révision au fond, on ne peut lui retirer le pouvoir de révision qu'en lui retirant le pouvoir de juger des équivalences* »[1222]. Lorsque la révision au fond avait été supprimée, la même disparition du contrôle de loi appliquée qui est attachée naturellement avec la première semble logique.

687. Certes, **dès l'arrêt *Cornelissen*, il n'y a plus de blocage à opposer à la reconnaissance *de plano* du jugement étranger, car la révision au fond et le contrôle de loi appliquée, ont été abandonnés**. Cependant, dès lors que le juge du for constate que le résultat du litige est vraiment intolérable, il suffit de faire le recours à l'exception d'ordre public international du for. Il en va de même pour le débat développé en matière de statut personnel que le contrôle de loi appliquée est à peine indispensable, pour que l'intérêt du for soit protégé, le juge pourrait refuser le jugement étranger en appuyant sur la contrariété à l'ordre public international français. Seules les trois conditions de contrôle sont suffisantes à assurer la protection de l'intérêt du for.

En Thaïlande comme en Grande Bretagne[1223], le contrôle de loi appliquée ne se pose pas comme une condition de *l'exequatur* un jugement étranger.

2) Conditions d'ordre substantiel.

a. L'absence de fraude.

688. C'est l'une des conditions du contrôle énoncée et réaffirmée plusieurs fois depuis l'ancien arrêt *Munzer*. En effet le terme exact employé par la Cour est « l'absence de fraude à la loi », même dans l'arrêt récent cette exigence y reste toujours. La question peut se poser s'il

1221 Aubry et Rau, t. XII, § 769 *ter*.

1222 Ph. Malaurie, « L'équivalence en droit international privé », *op.cit.*, p. 218.

1223 *Cf.* l'avis de M. Wolff, *Private International Law*, *op.cit.*, n° 233, p. 256.

y a l'articulation entre l'exigence de l'absence de la fraude à la loi et le contrôle de la loi appliquée. La réponse est bien sûr positive comme l'écrit M. B. Audit que : « *l'exigence qu'ait été appliquée la loi étrangère désignée par la règle de conflit française a pour utilité première de sanctionner le cas échéant une fraude à la loi, avant que de faire respecter un prétendu caractère impératif du règlement français de conflit* »[1224]. Certain auteur a proposé de recourir à la notion de fraude à la loi pour remplacer le contrôle de la loi appliquée[1225], mais si l'on prenait un moment de réflexion, on trouverait que ce propos semble ne pas répondre à certaines questions que nous allons étudier par la suite.

689. Les solutions contradictoires adoptées par la jurisprudence. La décision de la Cour de cassation dans son arrêt *Cornelissen* pourrait provoquer une question importante. Comme on a étudié dans la première partie : la fraude à la loi est une fraude à l'égard de la loi normalement applicable. Alors, il reste à savoir si l'on ne contrôle plus la loi appliquée par le juge étranger, comment on pourrait envisager la fraude à la loi ? Autrement dit, la fraude à la loi ne peut plus intervenir au stade des effets des jugements puisque le juge du for n'est plus à se préoccuper de la loi appliquée[1226]. Comme écrit M. P. Mayer : il s'agit là de la fraude au jugement et non de fraude à la loi[1227]. Plus précisément la fraude à la loi vise à éluder l'application d'une loi en détournant la règle de conflit de lois, tandis que la fraude au jugement vise à éluder le prononcé du jugement et elle se réalise à travers le libéralisme des règles concernant l'effet des jugements.

Rappelons que dans l'hypothèse de la fraude à la loi, si la règle française de conflit de lois aurait été respectée par le juge étranger, il faut constater que celle-ci n'a pas été détournée, mais c'est ici le problème de méconnaissance de celle-ci. C'est en effet l'incompétence de la loi appliquée qui devait être invoquée afin de refuser l'efficacité du jugement étranger et non l'exception de la fraude à la loi. Mais le contrôle de la compétence

---

1224 B. Audit, *La fraude à la loi*, Paris : Dalloz, 1974, p. 205.

1225 S. Gressot-Leger, « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée… », *op.cit.*, p. 788 et s.

1226 V. en ce sens H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…*, *op.cit.*, n° 406 : ce constat a été fait pour l'occasion du contrôle de régularité des jugements étrangers dans le cadre du système des conventions de Bruxelles mais on peut retenir en général que lorsque le contrôle par le juge requis de la loi appliquée a été supprimé, il n'est pas possible de refuser la reconnaissance ou l'exécution en invoquant une fraude à la loi *stricto sensu*. L'auteur a estimé qu'il n'y a que la fraude au sens large concernant la manœuvre destinée à tromper le juge qui peut être sanctionnée à ce stade.

1227 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 391 ; V. en même sens J.-M. Jacquet, *Droit du commerce international*, Paris : Dalloz, 2012, n° 1015.

législative a été déjà supprimée dès l'arrêt *Simitch* de 1985, on constate ici la contrariété qui résulte de la décision de la Cour. Cependant l'exception de fraude au jugement est la solution pour la fraude au jugement, celle-ci permet de refuser l'efficacité du jugement obtenue par la fraude[1228].

690. Le renforcement du recours à l'exception de fraude au jugement. Au premier égard, le terme fraude au jugement fait penser au *forum shopping*. Il faut bien rappeler que la fraude à la loi apparaît souvent avec la fraude à la juridiction tandis que le *forum shopping* pourrait apparaître seul sans fraude à la loi. Certes, on ne peut pas reprocher les parties pour frauduleux du simple fait qu'elles ont choisi un juge étranger afin de bénéficier de la loi appliquée alors que la compétence internationale est légitime en soi. Rappelons que la partie demanderesse a éludé la compétence des juridictions d'un État normalement compétentes afin d'obtenir du juge d'un autre pays un jugement qui est destiné à être invoqué dans le premier pays. Comme on l'a dit que la fraude au jugement se réalise en profitant du libéralisme des règles relatives à l'effet des jugements. La fraude au jugement peut être classée en deux sortes ; la fraude au jugement étranger et la fraude au jugement français. Il semble que le juge français devrait sanctionner toutes les deux sortes de fraude.

Lorsque le juge de l'État requis a constaté une telle fraude, il devrait la sanctionner par l'irrégularité internationale du jugement.

b. La conformité à l'ordre public international de l'État requis.

691. La condition de conformité à l'ordre public international du jugement étranger se présente comme le couvert de plusieurs contrôles antérieurement abandonnés, il est à noter par exemple la suppression par l'arrêt *Bachir* du contrôle de régularité de la procédure suivie devant les juridictions étrangères, que cette condition devrait s'apprécier uniquement au regard de l'ordre public international français et du respect des droits de la défense. Il est vrai que la présomption de l'équivalence de la loi de l'État requis et celle de l'État d'origine qu'avait fait l'ordre juridique du for aux juridictions étrangères de la façon d'appliquer la loi ou bien la procédure déroulant devant les dernières n'est pas toujours pertinente. Car, il y a en réalité certains pays où sa loi procédurale, tel que le droit au procès équitable, n'est pas encore assuré de manière constante. Dès lors, sous l'égide de l'exception d'ordre public international,

1228 P. Mayer, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 394.

l'ordre juridique du for pourrait assurer que les jugements étrangers accueillis ne sont pas moins légitimes que les jugements rendus en France.

L'intervention par cette exception permettrait de contrôler et de mesurer les limites dans lesquelles le for peut admettre ou tolérer les décisions étrangères, les injustices processuelles commises à l'étranger seraient prises en compte à ce stade afin de refuser un tel ou tel jugement étranger. Par ailleurs il faut noter que l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance des jugements doit être entendue dans l'aspect plus large qu'en matière de conflit de lois ; c'est dire elle comprend l'ordre public procédural et l'ordre public substantiel.

692. Lorsque l'on parle du droit au procès équitable qui est de l'origine de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il est à noter que, quand bien même nous sommes en dehors du régime conventionnel de reconnaissance, mais la Cour européenne des droits de l'Homme a exigé aux juges des États signataires la vérification de la compatibilité de la procédure suivie à l'étranger d'avoir le respect de droit au procès équitable[1229]. C'est-à-dire que le juge français devrait examiner dans tous les cas si un jugement étranger, faisant l'objet d'*exequatur* ayant d'origine de quel pays que ce soit, se conforme ou non à cette exigence.

La CEDH a précisé par ailleurs ceux qui sont inclus au droit au procès équitable, il s'agit du droit à une procédure contradictoire pour chaque partie de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation soumise au tribunal en vue d'influencer sa décision, y compris le droit d'être informée de la faculté de se prévaloir de l'assistance d'un avocat.

693. En principe, la rigueur de l'ordre public international mise en jeu au stade de la reconnaissance ou *l'exequatur* en France des jugements étrangers devrait buter dans le même niveau que celle appliquée au stade de l'application des lois étrangères[1230].

Suite au débat de la suppression du contrôle de la loi appliquée, il semble que, comme affirment les auteurs, les juges français font le recours à l'ordre public international afin de protéger les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme ayant

---

1229 CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini*, *RCDIP*.2004.106, note L.-L. Christians ; *RTD civ.* 2001, p.986, obs. J. Marguénaud : la Cour a affirmé que « *lorsque la décision dont l'exequatur est demandé dans un État contractant émane du tribunal d'un État qui n'applique pas la convention, il incombe au juge requis de procéder au contrôle de conformité à l'article 6 et d'examiner si la procédure relative à la décision qui lui est présentée remplissait les garanties du procès équitable* » (§40).

1230 M.-L. Niboyet, *Droit international privé, op.cit.*, n° 666.

une valeur internationale absolue. Citions l'arrêt de la Cour de cassation rendu en 2010[1231], la Cour a affirmé expressément qu'un jugement américain en cause a porté atteinte à des principes essentiels du droit français fondés sur l'égalité des parentes dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale. Cet arrêt de cassation témoigne la nécessité de l'intervention de l'ordre public international de l'État requis, même que le requérant a invoqué que la décision d'appel a violé le principe de non contrôle de la loi appliquée en mettant ledit contrôle sous l'abri de l'ordre public international. C'était bien dommage que la Cour n'a pas expressément refusé dans son arrêt que ce contrôle n'était pas celui de la loi appliquée sous le couvert de l'ordre public international.

694. Le renforcement du recours à l'absence d'inconciliabilité avec d'autres jugements préalablement rendus. On ne parle pas directement de cette condition car elle est normalement incluse dans la conformité à l'ordre public international du for. Cette exigence n'a pas été établie par l'arrêt *Munzer*, mais elle est affirmée par la jurisprudence postérieure. L'appréciation de cette exception se fonde sur les conséquences des décisions et non sur leurs causes[1232], lorsqu'il y a la différence entre l'objet et la cause des deux instances mais leurs résultats sont incompatibles. C'est là le terrain du jeu de l'inconciliabilité.

En effet une autre solution a été proposée, le recours au conflit de choses jugées[1233], mais il est à noter que les deux choses jugées ayant en conflit lorsqu'il y a d'objet identique et de cause identique, ce qui n'est pas facile à trouver, les deux jugements émanant de pays différents. Lorsque le jugement étranger rendu en premier est contraire au jugement français postérieurement rendu, le recours au conflit de choses jugées est favorisé au jugement français car l'autorité de chose jugée de celui-ci efface celle de toute décision précédemment prononcée. A l'inverse, si c'est le jugement étranger qui a été postérieurement rendu, il ne serait pas opportun de recourir à une telle présomption en faveur du jugement étranger en renonçant à l'exception de chose jugée en France. Dans l'hypothèse où il y a le conflit de

---

1231 Cass. 1er civ., 4 novembre 2010, n° 09-15.302, *préc. supra* note n° 1248.

1232 *Id*., n° 673.

1233 V. Cass. 1er civ., 15 mai 1963, *Patino*, 1er esp., *RCDIP*.1964.532, note P. Lagarde ; *JDI*.1963.1016, note Malaurie ; *JCP*.1963.II.13365, note Motulsky. D'après la Cour, « *l'existence d'un jugement français, portant sur le même objet entre les mêmes parties, fait obstacle à toute reconnaissance en France de l'autorité d'une décision étrangère incompatible avec lui* ».

jugements entre un jugement étranger et un jugement de for, on peut observer que les auteurs ont généralement admis la primauté du jugement du for[1234].

En cas de l'inconciliabilité entre deux jugements étrangers susceptible d'être reconnus en France, l'ordre chronologique est employé comme un critère de s'apprécier. C'est la date où le jugement initiale rendu qui sera prise en compte et non pas la date où la demande en *exequatur* ou reconnaissance introduite devant le juge saisi.

B. Contrôle de régularité internationale en droit thaï.

1) Conditions établies par la décision n°585/2461, l'exécution des jugements étrangers en Thaïlande.

695. Rappelons encore la décision guide de la Cour suprême *Dika* jugée depuis l'année 1918[1235]. En l'espèce, il s'agit d'un contrat de vente des véhicules exécuté au Vietnam en 1912. L'acheteur a assigné son vendeur devant la Cour vietnamienne en invoquant que celui-ci n'avait pas exécuté ses obligations en n'ayant pas livré les véhicules achetés, alors que le paiement de cet achat avait déjà été fait en bonne et due forme. La Cour vietnamienne a jugé l'affaire en faveur du plaignant. Avant que le procès d'exécution du jugement ait été exécuté au Vietnam, le défendeur avait changé son domicile pour venir s'installer en Thaïlande. Le plaignant, par son représentant autorisé, a saisie le tribunal à Bangkok afin d'obtenir un jugement d'exécution. Cependant il paraît en l'occurrence que le plaignant a également porté plainte contre le défendeur pour un nouveau litige devant la Cour thaïe. Le défendeur a fait valoir que cette décision a été rendue à défaut de comparution de celui-ci, alors le principe de la contradiction n'a pas été respecté et qu'il avait déjà délivré les marchandises en cause au plaignant.

Le juge du fond a jugé en faveur du plaignant, affirmé par la décision de la juridiction d'appel. Le pourvoi a été formé par le défendeur devant la Cour suprême, celle-ci a estimé que « *selon les principes généraux de droit international privé respectés par les pays dans la communauté internationale, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers comme si la créance résulte du jugement en cause est une obligation dans le for sont possible mais que les juridictions qui rendent ce jugement doivent être compétentes sur ce litige.*

1234 P. Mayer, *Droit international privé, op.cit.*, n° 450 ; Y. Loussouarn, *Droit international privé, op.cit.*, n° 499-4.

1235 Cour suprême *Dika*, n° 585/2461 (1918).

Par ailleurs, ledit jugement doit être définitif et a tranché les différends entre les parties ». Il y a deux grandes conditions posées par la Cour : la vérification de compétence internationale des juges étrangers et le caractère définitif du jugement étranger. Autres que ces conditions, le respect de l'ordre public est également indispensable, quand bien même la Cour suprême n'a pas décidé expressément ce principe dans sa décision, car c'est un principe général de droit international privé admis dans tous les pays.

696. Ces deux conditions ont été réaffirmées dans la décision de la Cour suprême en 2001[1236], cette fois-ci la Cour a ajouté une nouvelle condition s'agissant du respect de l'ordre public procédural tel que le principe de la contradiction. **La Cour a exprimé de façon expresse concernant la modalité de reconnaissance ou d'exécution des jugements étrangers qu'il faut assigner à nouveau et que le jugement étranger en cause n'est que la preuve *prima facie* de l'obligation.** Il ne faut pas confondre avec le cas où le jugement étranger est invoqué devant le juge du for en tant que fondement de la reconnaissance ou l'exécution. Il semble que le juge de *l'exequatur* pourrait examiner en fait et en droit ce même litige déjà jugé à l'étranger. Certains auteurs ont constaté que la jurisprudence thaïe ne dispose jamais de vérification d'application les règles de droit ni la conformité de la loi appliquée par les juges étrangers avec les règles thaïes de conflit pour que leurs jugements puissent être exécutés en Thaïlande. Pourtant suite à l'analyse de ces décisions, pour une plainte qualifiée comme un nouveau litige, comment on peut dire que le juge thaï ne rejuge pas sur le même fait déjà jugé à l'étranger, et que ce procès comprend en soi la vérification de l'application de règles de droit par le juge étranger. Bien que nous essayions de motiver que le juge de l'exécution a le pouvoir d'examiner les éléments de fait nécessaires afin d'exercer le contrôle de régularité, comme admettent les auteurs français « une révision à fin de contrôle » de la conformité du jugement à l'ordre public, la question se pose toujours si cette

---

1236 Cour suprême *Dika*, n° 6565/2544 (2001), *Hungin Shipping c/ Maritrade Co.Ltd*. En l'occurrence, les parties du contrat charte-partie ont saisi le tribunal arbitral à Londres pour régler leur litige. Lors du procès de nomination de l'arbitre, la défenderesse a saisi la *High Court, the Queen's Bench Division*, pour trancher la question de droit à titre préalable, à savoir si le plaignant lui a notifié le déroulement d'arbitrage conformément ou non à la règle de droit thaï. Car la défenderesse est domiciliée en Thaïlande. La *High Court* a décidé que cette notification est régulière et conformée à la loi thaïe, la demande de défenderesse a été rejetée. Alors la dernière devrait régler les honoraires et les frais au lieu du plaignant. Le plaignant a fait une demande de l'exécution de cette ordonnance anglaise en Thaïlande, la Cour suprême a décidé que « *même que la procédure arbitrale déroulant à Londres ne prononce pas encore la sentence, mais que cette question préalable n'est pas la même question portant devant la High Court. Vu que l'ordonnance de la Cour britannique sur cette issue est l'obligation qui sert une base à la demande du plaignant ; que le plaignant a prouvé que la Cour anglaise avait rejeté la demande du défendeur et que ce dernier n'a opposé ni la compétence internationale du juge anglais, ni le problème de non conformité à l'ordre public procédural, dès lors, les frais et les honoraires sont à la charge de la défenderesse comme jugée la High Court* ».

explication est convenable à l'hypothèse thaïlandaise. Alors, si on souhaite affirmer que le juge thaï ne vérifie jamais le fait déjà jugé et l'application de règles de droit par le juge étranger, il faut trouver la réponse pour une question de savoir pourquoi la jurisprudence repose-t-elle toujours sur la modalité de l'exécution des jugements étrangers à une nouvelle assignation devant la Cour ?

Il faut observer que cette décision vise l'exécution du jugement étranger en Thaïlande et non la reconnaissance, même si on sait qu'il n'y a pas d'exécution sans reconnaissance mais on préfère la décision qui traite directement cette issue.

697. En somme, on peut regrouper les modalités de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers admises par la doctrine thaïe en quatre modalités ; la reconnaissance et l'exécution en plein droit des jugements étrangers ; la reconnaissance et l'exécution un jugement étranger par l'assignation en vue d'obtenir l'homologation dans le for ; la reconnaissance et l'exécution par la requête devant le juge de *l'exequatur* sans nécessité d'assigner un nouveau litige ; et enfin l'assignation d'un litige devant le juge du for en employant un jugement étranger comme une preuve *prima facie* de l'obligation. Pour la dernière modalité, les parties devraient porter plainte et commencer toute la procédure comme une nouvelle action. Après avoir étudié toutes ces modalités, on peut dire que la Thaïlande adopte la dernière qui est la modalité de l'exécution des jugements étrangers.

2) Les modalités *à l'anglaise* retenues par la Cour thaïe.

698. D'après la plupart des auteurs thaïs, la Cour suprême retient la méthode de reconnaissance et d'exécution du système *anglo-saxon* qui mérite de soulever quelques points importants. Le système de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers en Grande Bretagne semble plus compliqué, car il faut distinguer deux systèmes : l'un est un système dit « *common law* » qui s'applique aux jugements en provenance de pays qui sont hors du régime de la Convention de Bruxelles et de Lugano tels que les pays asiatiques, les États-Unis, certains pays de l'Europe de l'Est, etc. Plus précisément il s'agit de droit commun disposé par la jurisprudence. Alors que, l'autre s'agissant de loi écrite telles que *The Administration of Justice Act 1920* ; *The Foreign Judgments Act 1933* ; *The Civil Jurisdiction and Judgment Act 1982* et enfin la série de Conventions de Bruxelles et de Lugano[1237]. Nous nous

[1237] P. Pivavatnapanich, « La reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers en Thaïlande », Rapport de recherche de Faculté des Sciences Juridiques, Université de Thammasat, 2005, p. 8-9.

intéressons à ce stade à l'hypothèse hors du régime conventionnel, dont la Thaïlande, qui est le cas de droit commun. Pour que le jugement rendu en Thaïlande soit reconnu ou exécuté en Grande Bretagne, il faut qu'il réunisse les critères suivants : la compétence internationale des juridictions étrangères rendues le jugement ; la définitive et la finalité de jugement ; et il faut que le jugement porte sur la créance certaine ou l'obligation spécifique.

699. La première condition portant sur la compétence internationale du juge étranger signifie que la juridiction qui a rendu ce jugement doit être compétente en vertu de la loi procédurale de pays d'origine et également compétente à l'égard de règles de conflit de lois britanniques[1238].

La condition selon laquelle le jugement étranger doit être définitif et consécutif pose un problème à ce stade, en particulier le critère de qualification si un tel ou tel jugement est définitif (*final and conclusive*), si un jugement du juge du premier degré peut être considéré comme définitif ? Dans le système *common law*, la jurisprudence est bien constante sur ce point en estimant que la décision de juge du premier degré est définitive pour la reconnaissance et l'exécution dans l'ordre juridique britannique, quand bien même les parties pourraient encore former un pourvoi devant la Haute juridiction. Le jugement définitif au sens de droit anglais ne signifie que le jugement rendu par la Cour qui a saisi ce litige. Dès lors, si un tel jugement ne peut être modifié ou abrogé par la même juridiction qui l'a rendu, celui-ci est définitif selon le principe de *finality of the judgment*[1239].

En effet, le jugement définitif en droit anglais présente un grand intérêt pour le créancier, notamment dans l'affaire portant sur le paiement international, qui souhaite que ce jugement puisse être exécuté le plus tôt possible. Cependant, s'il paraît que le pourvoi a été déjà formé et la procédure est en cours devant la Haute juridiction, le juge d'*exequatur* devrait surseoir à statuer la demande jusqu'à ce que celle-ci délibère son jugement.

1238 *Buchanan v/ Rucker* (1809), 9 East 192, cité par John O'Brien, *Conflict of Laws*, London: Cavendish Publishing Ltd (2nd ed.), 1999, p. 266. En l'espèce, le plaignant a fait une demande devant la Cour anglaise pour l'exécution un jugement rendu à Tobago. Selon la Cour, il ne paraît pas que le défendeur soit domicilié dans un tel pays, celui-ci n'est même pas entré dans la juridiction de la Cour de Tobago. Lord Ellenborough a refusé de reconnaître et d'exécuter ce jugement en donnant une motivation que selon la jurisprudence anglaise il est nécessaire que le défendeur est domicilié ou au moins sa présence ou il est entré dans un pays où le jugement a été rendu pour fonder la compétence internationale de ladite juridiction sur ce litige.

1239 *Cf.* M. Wolff, *Private International Law*, *op.cit.*, n° 242, p. 267. V. *Nouvion v. Freeman* (1889), 15 App. Cas. 1, 13, HL. Dicey & Morris, p. 477 : *The test of finality is the treatment of the judgment by the foreign tribunal as res judicata… A foreign judgment which is liable to be abrogated or varied by the court which pronounced it is not a final judgment. Cf.* Cheshire & North, *Private International Law*, London : Butterworths, 13th ed., 1999, p. 426 : *A foreign judgment does not create a valid cause of action in England unless it is res judicata by the law of the country where it was given*.

Enfin un jugement étranger qui serait reconnu ou exécuté par le juge anglais devrait fixer le montant exact de la somme d'argent (la créance certaine). C'est-à-dire que l'obligation autre que la somme d'argent y compris les injonctions ne peut pas être reconnues ou exécutées en Grande Bretagne[1240].

700. Concernant un jugement rendu par défaut de comparution du défendeur, le juge anglais refusa la reconnaissance ou l'exécution d'un tel jugement en raison de la contrariété au principe de la justice naturelle[1241]. En comparaison avec le droit thaï, comme on a déjà vu plus haut, la jurisprudence thaïe affirma que la décision rendue à défaut de comparution du défendeur devant la juridiction étrangère est contraire au principe général de droit (procédural) et qu'elle peut être révoquée ou infirmée par la même juridiction.

Ces constats nous amènent à conclure que la jurisprudence thaïe est influencée par le droit commun anglais à l'époque.

§ 2 : Efficacité substantielle des jugements dans le cadre du mécanisme simplifié.

701. Du côté de droit commun applicable aux jugements étrangers, il existe un autre régime autonome pour traiter ces décisions. Toutefois ce régime ne concerne pas la Thaïlande car celle-ci n'a signé aucun traité international dans cette matière[1242]. Notre étude ne sera pas complète sans avoir étudié l'efficacité des jugements étrangers dans le cadre de droit conventionnel. Plus le commerce international s'est développé, plus le développement de réseau de conventions internationales bilatérales ou multilatérales dans cette matière s'est étendu. Certes, la coopération entre États sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale est indispensable pour répondre aux besoins du commerce international. La libre circulation des jugements entre les États peut être réalisée dans le cadre de la

---

1240 *Id.*, n° 243, p. 268.

1241 *Ibid.*

1242 A savoir que la Thaïlande et la France ont commencé depuis l'année 1980 une négociation de coopération judiciaire internationale en matière civile et commerciale. Ce projet englobait non seulement la procédure de l'envoi des pièces et l'examen des preuves mais également la reconnaissance et l'exécution des jugements entre les deux États. Après avoir étudié le projet proposé par la France, le gouvernement thaïlandais a hésité sur ce denier point donc la Thaïlande a élaboré une autre proposition à l'exclusion de la reconnaissance et l'exécution des jugements. Finalement la négociation a été suspendue depuis. (*Cf.* K. Sandhikshetrin, « La coopération judiciaire de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers », *op.cit.*, p. 24).

coopération entre les États membres ou contractants d'une même espace économique à l'instar de l'Union européenne dont le succès se passe de tout commentaire.

Après avoir étudié les conditions de contrôle des jugements étrangers qui sont relativement strictes en droit commun, on verra que seuls les États membres pouvant bénéficier des règles conventionnels sont les plus libéraux. Nous nous intéressons à ce stade à la reconnaissance et l'exécution dans le cadre du Règlement Bruxelles I qui occupe de nos jours le terrain des jugements rendus en matière civil et commercial et remplace la Convention de Bruxelles de 1968[1243]. En ce qui concerne la nouvelle Convention de Lugano qui est un instrument analogue au système de Bruxelles, mais qui régit les relations entre l'Union européenne et d'autres États, cette nouvelle convention de 2007 ouvre la possibilité aux États hors de l'Europe de s'y adhérer.

Le règlement CE n° 44/2001 a distingué toujours la reconnaissance et l'exécution comme la Convention de Bruxelles, on admet que la reconnaissance puisse se produire de plein droit l'efficacité des jugements alors que le recours à une certaine procédure soit nécessaire pour l'exécution. Cependant le système de reconnaissance et d'exécution des jugements dans l'espace communautaire est fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle, alors le système est avancé jusqu'à la suppression du procès de *l'exequatur* dans l'État requis.

A. Conditions de régularité internationale simplifiées.

702. On sait que les jugements provenant d'un autre État peuvent bénéficier de la simplification de reconnaissance dans un État requis lorsqu'ils sont réguliers au regard du système posé par les conventions de Bruxelles.

1) Les conditions non contrôlées.

703. Les conditions de régularité des jugements étrangers sous l'empire de Convention de Bruxelles et de Règlement Bruxelles I sont plus allégées, pour répondre à l'objectif poursuivi de libre circulation des jugements en Europe. Pour cette raison, certaines conditions contrôlées sont différentes de celles du droit international commun.

1243 *Cf.* P. Mayer, *Droit international privé, op.cit.*, n° 458. Quand bien même le Danemark n'était pas initialement lié par ce règlement, mais depuis le 1er juillet 2007, le règlement s'applique à ce pays en vertu de l'accord relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclu entre la Communauté européenne et le Danemark.

a. Le non contrôle de la compétence indirecte.

704. Le principe retenu en droit communautaire diffère de celui imposé en droit commun français ; c'est la prohibition du contrôle de la compétence du juge d'origine. Ce principe résulte de l'article 35 § 3 du Règlement qui dispose dans le même sens de la Convention. Par ailleurs les règles de compétence ne concernent pas l'ordre public visé l'article 34 § 1 (R). Les motivations de l'interdiction de ce contrôle fondées sur l'idée que les conventions de Bruxelles ont caractère double, c'est-à-dire que leurs règles de compétence posées sont très strictes d'une part et qu'elles contiennent une disposition garantie le droit du défendeur défaillant d'autre part[1244]. C'est la raison pour laquelle ces conventions accordent la suppression du contrôle de la compétence au juge étranger. De surcroît, c'est la confiance entre les juges des États membres de l'Union européenne qui est prioritaire. Grâce à cette confiance, le principe de non contrôle de la révision au fond peut s'étendre à la compétence du juge[1245]. Il est douteux si le juge de l'État d'origine a statué le litige en fondant sa compétence sur une règle exorbitante comme le cas de l'article 3 du Règlement par exemple, on peut penser au juge français et l'article 14 du Code civil, là aussi, selon Mme H. Gaudemet-Tallon, ceci n'affecte pas l'application de l'article 35 (R)[1246]. C'est-à-dire que cet article permet de reconnaître ou d'exécuter un jugement français sur la compétence du juge fondé sur l'article 14 du Code civil français car le défendeur est domicilié hors de l'Union européenne. Mais il faut faire attention au cas où il y a un traité conclu entre l'État requis et l'État tiers. Car dans cette hypothèse le juge de l'État requis peut refuser la reconnaissance et l'exécution du jugement.

705. On peut aller plus loin en posant une question à savoir qu'en est-il lorsque la compétence du juge d'origine ne résulte ni du Règlement ni de la Convention de Bruxelles ? D'après Mme H. Gaudemet-Tallon, le juge de l'État requis n'est pas à contrôler la compétence de ce juge, le jugement en question peut toujours bénéficier de la

---

1244 *Cf.* Rapport Jenard, p. 46. Ce rapport a précisé que « les règles très strictes de compétence posées au titre II, les garanties qu'il accorde au défendeur défaillant en son article 20 ont permis de ne plus exiger, de la part du juge (requis), une vérification de la compétence du juge d'origine ».

1245 *Cf.* Rapport Jenard, *op.cit.*, p. 46. « L'absence de révision au fond implique une entière confiance dans la juridiction de l'État d'origine : cette confiance quant au bien-fondé de la décision doit normalement s'étendre à l'application que le juge a faite des règles de compétence de la Convention ».

1246 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements*…, *op.cit.* n° 382, p. 400.

reconnaissance ou l'exécution du système communautaire[1247]. Puisque c'est l'idée de confiance des juges communautaires qui explique cette solution. L'auteur a affirmé qu'il est possible que le juge de l'État d'origine a fondé sa compétence sur son droit interne ou une convention internationale, par exemple le cas de l'article 32 du Règlement, dans cette hypothèse ce jugement ne fait pas l'objet du contrôle de la compétence (art. 35 § 2 (R)).

706. Les exceptions du principe. En premier lieu, lorsqu'il s'agit de compétence exclusive posée par le Règlement, le litige portant en matière des contrats d'assurance ou de consommateur (à l'exception du cas de salariés[1248]), le juge requis a le pouvoir de vérifier la compétence du juge d'origine. Ceci est logique, la protection de partie faible doit toujours être assurée.

Il faut observer qu'il y a aussi d'exceptions sous lesdites exceptions, c'est-à-dire on revient au non contrôle par le juge de l'État requis. C'est le cas où la compétence directe du juge d'origine fondée sur le domicile du défendeur ou sur la volonté des parties, le juge requis fait confiance au juge étranger pour l'appréciation de sa compétence car le juge d'origine a appliqué les règles du droit communautaire. En second lieu, lorsqu'il y a un recours contre la « déclaration » de l'autorité du juge de l'État d'origine qui est le cas comme dans le cadre du règlement Bruxelles I, où le juge requis doit contrôler la compétence indirecte (art. 66 § 2b). En dernier lieu, selon l'article 35 § 1 (R), il s'agit du cas où l'État requis a conclu un traité international avec un État tiers, l'État requis a certainement le droit de refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement émanant d'un autre État contractant lorsque la compétence du juge de ce dernier était fondée sur une règle de compétence exorbitante dans l'article 3 du Règlement.

b. L'interdiction de la révision au fond.

707. Comme en droit commun, le juge requis ne devrait pas vérifier l'interprétation de la loi compétente exercée par le juge d'origine de jugement invoqué, il résulte des articles 36 (R) et 29 (C). La CJCE a expressément interdit le contrôle de la révision au fond en jugeant qu'une Cour d'appel « *ne peut prendre en considération, dans sa décision relative à une*

1247 *Id.*, n° 381, p. 400.

1248 En effet on ne voit pas pourquoi il existe la différence entre le salarié et le consommateur ou l'assuré, et lors de la révision de la Convention de *Lugano*, qui a repris les mêmes règles que le règlement Bruxelles I, le rapport Pocar mentionne cependant sur ce point que le demandeur est très souvent le salarié et ce serait lui causer un préjudice que de contrôler la compétence.

demande de sursis à statuer prise sur la base de l'article 38 de la Convention de Bruxelles, que des moyens que la partie ayant introduit le recours n'était pas en mesure de faire valoir devant le juge d'État d'origine »[1249]. La prohibition du contrôle a été aussi étendue à appliquer au contrôle de l'exactitude des appréciations de droit ou de fait[1250], elle a par ailleurs prohibé le refus de la reconnaissance ou l'exécution au seul motif qu'il existe une divergence entre la règle de droit appliquée par le juge de l'État d'origine et celle qu'aurait appliquée le juge de l'État requis s'il avait été saisi du litige[1251].

Quand bien même la révision du fond est interdite, force est de constater qu'il faut admettre le pouvoir de révision à fin de contrôle exercé par le juge requis comme en droit commun[1252]. Lorsqu'il y a une contestation de la reconnaissance, le juge ne peut éviter d'examiner les éléments de fait ou de droit afin de vérifier par exemple le respect de l'ordre public international. De surcroît, ce genre de pouvoir devrait s'étendre à la révision à fin de vérification de l'applicabilité du Règlement Bruxelles I ou de Convention. Car il est logique que le juge requis vérifie l'applicabilité ou non par le juge d'origine du règlement ou de la convention.

c. Le non contrôle de la compétence législative indirecte.

708. L'absence du contrôle de la loi appliquée est un principe maintenu généralement par la Convention de Bruxelles. On sait que ce genre de contrôle a été déjà abandonné depuis longtemps pour *l'exequatur* dans le cadre du droit conventionnel. Ceci signifie que « la différence de la justice rendue au fond n'est pas une cause suffisante de refus de reconnaissance »[1253]. Pourtant la Convention de Bruxelles elle-même a ouvert à la possibilité de contrôle de la loi appliquée et qu'elle ne paraît plus dans le texte du règlement Bruxelles I.

1249 CJCE, aff. C-183/90, 4 octobre 1991, *Van Loon*, *RCDIP*.1992.130, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1992.499, note A. Huet.

1250 CJCE, aff. C-7/98, 28 mars 2000, *Krombach*, *RCDIP*.2000.481, note H. Muir Watt ; *JDI*.2001.690, note A. Huet et M.-L. Niboyet ; *Gaz. Pal*. 2000, n° 277, p. 21.

1251 CJCE, aff. C-38/98, 11 mai 2000, *Maxicar*, *RCDIP*.2000.504, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.2001.697, note A. Huet ; *JCP (G)*.2001.II.10607, obs. C. Nourissat.

1252 M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 686 ; *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements…, op. cit*., n° 378.

1253 B. Ancel et H. Muir Watt, « La désunion européenne : le règlement dit Bruxelles II », *RCDIP*.2001.403, spéc. p. 443.

Comme on l'a vu en droit commun que ce contrôle a été aussi effacé ; l'arrêt *Cornelissen* de 2007 (v. *supra* n° 684). En droit communautaire, force est de reconnaître que ce genre de contrôle ne doit pas s'introduire sous l'abri de l'ordre public, ce constat est affirmé par le rapport Jenard[1254], alors qu'en droit international commun ceci n'a jamais été admis expressément par la Cour de cassation. La prohibition de ce contrôle nous conduit à poser la même question qu'en droit commun ; comment peut-on sanctionner la fraude à la loi si on ne contrôle plus la loi appliquée ? Ceci peut être contré par l'argument que le texte communautaire n'impose jamais le contrôle de la fraude, comme écrit Mme M.-L. Niboyet que c'est une condition oubliée[1255]. D'après Mme H. Gaudemet-Tallon, l'auteur a fait rappeler à un constat selon lequel la loi appliquée aux obligations contractuelles dans les États européens est apparemment indifférente dans l'État d'origine et celle qui aurait été appliquée par le juge de l'État requis grâce au Règlement Rome I.

On ne peut pas dire que le texte communautaire écarte tout le contrôle de la loi appliquée. Mais nous n'allons pas jusqu'à l'exception maintenue par l'article 27-4° de la Convention de Bruxelles concernant l'état et la capacité des personnes, question qui est exclue de notre étude. Pourtant, cette disposition n'était plus maintenue par le règlement Bruxelles I.

709. Le recours à la notion d'ordre public international au lieu de la fraude à la loi. Il est admis par les auteurs que lorsque l'acte frauduleux a été commis à l'étranger avant que le jugement soit prononcé ou lors du procès déroulant devant le juge d'origine, le juge de l'État requis ne pourrait pas examiner sur l'appréciation faite par le juge d'origine. Car ceci est la révision au fond qui est prohibée par le droit communautaire[1256]. Pourtant, lorsque la fraude a été découverte après le prononcé du jugement par le juge d'origine, dans ce cas la fraude peut constituer une atteinte à l'ordre public de l'État requis selon le rapport Schlosser ; et que le juge requis doit toujours s'interroger sur la question de savoir s'il y a encore atteinte à son ordre public[1257]. On peut constater qu'il s'agit de question de l'ordre public qu'il faut vérifier

---

1254 *Cf.* Rapport Jenard , p. 44 ; *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence…, op.cit.*, n° 389.

1255 M.-L. Niboyet, *Droit international privé, op.cit.*, n° 689.

1256 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence…, op.cit.*, n° 406 ; G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Dalloz, 1972, n° 495.

1257 *Cf.* Rapport Schlosser, n° 192.

à ce stade, autrement dit, le juge requis pourrait sanctionner la fraude par le biais de l'exception d'ordre public international du for. Cependant le juge requis ne pourrait pas sanctionner en opposant l'exception d'ordre public au jugement étranger obtenu par la fraude s'il paraît sur le fait qu'il existe, dans l'État d'origine, les voies de recours possibles et que les parties ne l'ont pas encore exercées.

2) Les conditions contrôlées.

a. Le contrôle de conformité à l'ordre public.

710. Il en va de même qu'en droit international commun que la conformité à l'ordre public est une condition nécessairement remplie afin que le jugement étranger soit reconnu dans l'État requis. Afin d'avoir la reconnaissance ou l'exécution, il faut que les effets du jugement en cause ne soient pas contraires à l'ordre public international de l'État requis. Le respect de l'ordre public international a été garanti depuis la Convention de Bruxelles l'article 27-1°. Mais l'innovation paraît dans le règlement Bruxelles I en ajoutant le terme « manifeste » pour décrire la non-conformité à l'ordre public dans l'article 34 § 1, alors que le texte de la convention n'en a pas[1258]. On sait que la notion de l'ordre public international est en soi la notion déterminée par le droit interne de chaque État contractant. Mais ceci est un principe établi par la Cour de Luxembourg qu'il « *n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant* »[1259].

Cependant il semble que l'ordre public international doit être entendu au sens strict comme l'affirme dans l'arrêt *Maxicar* qu'une éventuelle erreur de droit commise par le juge d'origine ne pouvait en soi être considérée comme contraire à l'ordre public par le juge de l'État requis. Il n'est pas facile de s'entendre dans le même sens d'ordre public par chaque État et il est risqué d'envisager le problème d'interprétation diverse à ce stade. La Cour de Luxembourg a ainsi tenu d'occasion dans les deux arrêts précités pour encadrer la notion de

---

1258 En effet la CJCE a décidé en ce sens même au cours de l'application de la convention de Bruxelles, comme dans les arrêts *Krombach* et *Maxicar* : la Cour a estimé que « *afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteint devrait constituer une violation* ***manifeste*** *d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* ».

1259 CJCE, aff. C-7/98, 28 mars 2000, *Krombach*, préc. : la formule a été reprise par C-38/98, 11 mai 2000, *Maxicar*, préc.

l'ordre public international ; afin de refuser la reconnaissance ou l'exécution dans l'État requis un jugement provenant de l'autre État contractant, il faut que les effets du jugement en cause « *porte atteint à un principe fondamental de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis* ».

711. L'admission de l'exception d'ordre public procédural. La question est de savoir si l'ordre public au sens de la convention et du règlement englobent ou non l'ordre public procédural. Nous restons toujours sur l'arrêt *Krombach* qui pourrait donner la réponse car il s'agit d'un jugement par défaut de comparution du défendeur. La CJCE a répondu à la juridiction allemande dans une question préjudicielle en faveur du défendeur en estimant que le juge allemand peut refuser la reconnaissance du jugement français sur l'action civile en question en appuyant sur l'exception d'ordre public international. Selon la Cour, le droit de se défendre est un droit fondamental à l'égard des traditions constitutionnelles communes aux États membres[1260]. Ce sont les articles 27-1° (C) et 34 § 1 (R) qui sont en jeu. Force est de constater qu'il s'agit ici de droit au procès équitable au sens de l'article 6 de la CEDH, alors l'admission d'opposer l'exception d'ordre public pour refus de reconnaître le jugement n'ayant pas été respecté, ce principe fondamental est d'affirmer l'interprétation dans la même direction des Cour de Luxembourg et Cour de Strasbourg. A notre avis le respect de droit au procès équitable peut aussi être considéré comme l'ordre public communautaire, le principe fondamental, qui s'intègre dans la notion d'ordre public international français[1261].

1260 V. par exemple Cass. 1er civ., 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI*.1999.773, obs. A. Huet ; *RCDIP*.2000.181, note G. Droz. La Cour de cassation française a admis dans cet arrêt qu'il faut refuser la reconnaissance d'un jugement anglais rendu dans des conditions considérées équivalentes à une privation du droit d'accès à la justice au sens de la CEDH, selon l'article 27-1° (C).

1261 On sait que l'exception d'ordre public international a vocation pour écarter, à ce stade, tout effet du jugement étranger considéré comme heurter profondément les conceptions de l'État requis. Par ailleurs, la fonction naturelle de l'ordre public international étant de défendre les intérêts du for et les valeurs estimées supérieurs. Pour cette raison l'intervention des droits fondamentaux consacrés par la CEDH à l'encontre les effets des jugements en cause ne peut se faire que dans le cadre de cette exception. V. aussi P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *RCDIP*.1991.651 : l'auteur a affirmé que la Cour de cassation n'attache pas d'importance au jeu de l'exception d'ordre public, au fait que celle-ci ait une valeur constitutionnelle ou internationale dans la mesure où elle est issue d'une convention internationale ratifiée par la France. Cette thèse met l'accent sur la fonction de l'ordre public international plutôt que sur son contenu. *Cf.* D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit international privé français », *RCDIP*.1989.451 : l'auteur a soutenu que les dispositions de la CEDH devraient s'incorporer à l'ordre public international français et conduire au renforcement et à l'extension de celui-ci. Donc la convention pourrait constituer à rendre l'ordre public international plus exigent.

712. La protection les droits de défendeur défaillant. Il s'agit de condition procédurale spécifique lorsque le jugement de l'État d'origine a été rendu par défaut ; le défendeur a droit d'être notifié d'une manière qu'il puisse se défendre, et notamment en temps utile (art.34 § 2), ceci doit être examiné par le juge d'*exequatur*. En ce qui concerne la procédure par défaut, elle doit être entendue de notion autonome en droit communautaire[1262].

La notification en temps utile permettrait au défendeur de bien préparer sa défense. En droit commun, le mot clé « temps utile » n'est pas disposé, il est possible d'envisager le cas où la Cour retient le mode de publication par exemple dans un journal d'annonces légales ou à la Cour, ceci ne permet probablement pas au défendeur de connaître effectivement la procédure déroulant devant le tribunal. Cependant la violation de cette exigence n'est pas à sanctionner automatiquement par le refus de reconnaissance ou d'exécution, alors le défendeur défaillant doit l'invoquer devant le tribunal[1263]. Par ailleurs, il faut observer que, en l'absence de condition de domicile du dépendeur défaillant, alors l'article 34 § 2 englobe aussi le cas où le défendeur défaillant est domicilié hors de l'Union européenne en raison de sa formule générale.

A l'égard de la Thaïlande, ce contrôle est utile pour protéger et rendre la justice au défendeur défaillant. Nous trouvons qu'il est nécessaire de faire en sorte que les juges thaïs tiennent compte de cette condition, même à travers l'ordre public international. Cependant il ne faut pas que ce recours soit opéré aux fins dilatoires au détriment des demandeurs de bonne foi.

b. L'inconciliabilité des procédures ou des jugements.

713. Cette condition contrôlée ne diffère pas de celle de droit international commun. Force est de reconnaître que le contrôle de l'inconciliabilité des décisions est nécessaire afin d'éviter l'invocation dans un même pays contractant l'exécution de deux jugements contradictoires.

1262 Il y a plusieurs notions techniques employées dans chaque système juridique. *Cf.* H. Gaudemet-Tallon, *Compétence…*, *op.cit.*, n° 410.

1263 Selon le règlement Bruxelles I, le jugement sera reconnu si le défendeur défaillant a eu connaissance de ce jugement mais qu'il n'a pas exercé le recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire (art.34 § 2). Il en va de même, bien que l'acte introductif d'instance n'ait pas été régulièrement signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile, si celui-ci n'a pas soulevé son défaillant et a ignoré les voies de recours dans l'État d'origine du jugement. V. sur ce point H. Gaudemet-Tallon, n° 418. ; CJCE, aff. C-283/05, 14 décembre 2006, *ASML Netherlands BV*, *RCDIP*.2007.634, note E. Pataut : la Cour a affirmé que l'article 34 § 2 doit être compris dans le sens qu' « *il est nécessaire que le défendeur défaillant a eu connaissance du contenu de la décision, ce qui implique que la décision a dû lui être signifié ou notifié* ».

Cependant en droit communautaire, le motif tiré de l'inconciliabilité ne peut pas être invoqué dans le cas du jugement rendu dans l'État d'origine et ne peut que s'opposer à une procédure pendante et susceptible de rendre une décision inconciliable avec le jugement rendu dans l'État d'origine[1264].

En ce qui concerne la notion d'inconciliabilité, il faut entendre ici comme le cas où les effets de droit des deux jugements en cause sont contradictoires. C'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire que ces décisions portent ou non sur le même objet et la même cause[1265] ; c'est leur conséquence et non leur cause qui doit être s'appréciée.

On peut constater les deux cas possibles ; le premier consiste à un jugement susceptible d'être reconnu ou exécuté qui est inconciliable avec un jugement de l'État requis rendu entre les mêmes parties ; c'est le jugement de l'État requis qui l'emporterait le premier, sans tenir compte à la date du prononcé, il en résulte de l'arrêt *Hoffmann* précité. C'est le même principe retenu en droit international commun ; la primauté du jugement du for[1266]. Cet arrêt donne lieu à un résultat critiqué, car il ouvre la porte à la réception de la primauté du jugement de l'État requis peu importe s'ils relèvent de la même catégorie, par exemple le cas où la Cour de cassation a admis la primauté à une ordonnance française de référé sur un jugement étranger définitif[1267]. D'après Mme M.-L. Niboyet, cette solution a donné lieu à la saisine dilatoire du juge de référé pour l'objet de contrecarrer les effets d'un jugement étranger[1268].

Alors que le second cas consiste à un jugement rendu dans un État communautaire qui est inconciliable avec un jugement émanant d'un autre État membre ou d'un État tiers ; plus

---

1264 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence*…, *op.cit.*, n° 420.

1265 CJCE, aff. C-145/86, 4 février 1988, *Hoffmann* Rec.1988.645 ; *RCDIP*.1988.605, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1989.449, note A. Huet : selon la Cour, « *afin d'établir s'il y a inconciliabilité au sens de l'article 27-3°, il convient de rechercher si les décisions en cause entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement* ».

1266 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence*…, *op.cit.*, n° 424 (3) : si le jugement de l'État requis a été prononcé avant que celui émanant d'un autre État contractant ait été rendu, et que le résultat est inconciliable avec le premier, il n'est jamais douteux que le juge requis doit refuser de reconnaissance ou d'exécution. Il reste à savoir si la décision de l'État requis a été rendue après celle de l'autre État contractant ; il y a deux thèses sur cette issue, la première est de refuser la reconnaissance, l'ordre chronologique n'est pas à prendre en compte à ce stade, retenue par la CJCE dans l'arrêt *Hoffmann*. La seconde, au contraire, est en faveur de la reconnaissance ou l'exécution du jugement étranger qui est antérieurement rendu (MM. Gothot et Holleaux, n° 280 ; Mme H. Gaudemet-Tallon, n°424 (3) ; Mme M.-L. Niboyet, n° 692).

1267 Cass. 1er civ., 20 juin 2006, n° 03-14553. *RCDIP*.2007.164, note J.-P. Rémery ; *D.* 2006.1843 ; *RTD civ.* 2007.172, obs. P. Thery.

1268 *Cf.* M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, *op.cit.*, n° 692.

précisément le premier jugement est l'objet de reconnaissance dans l'État requis mais qu'il n'est pas conciliable avec un jugement antérieurement rendu de l'autre État contractant ou l'État tiers qui est susceptible d'être reconnue aussi dans l'État requis (il n'y a que le conflit entre deux décisions étrangères à l'égard de l'État requis). Dans cette hypothèse, c'est le premier jugement, efficace dans l'État requis, qui fait obstacle à la reconnaissance du second, l'ordre chronologique est respecté ; sous les conditions que ladite décision portant sur un même objet, une même cause entre les mêmes parties et qu'elle est susceptible d'être reconnue ou exécutée dans l'État requis (art.34 (4)). Il semble que l'on peut envisager aussi, dans le même État, les conflits entre jugements qui n'ont pas relevé de mêmes parties. Pour cette raison l'exigence de condition fondée sur l'identité des parties est critiquée. Puisque pour certains auteurs le droit national qui aurait vocation à s'appliquer pour régler ce problème ne sera pas la meilleure solution[1269].

714. La question intéressant est de savoir à quel moment faut-il apprécier le temps de l'entrée dans le territoire de l'État requis d'un jugement de l'État tiers qui n'a pas conclu un traité avec l'État requis ? C'est-à-dire que la reconnaissance ou l'exécution de ce jugement relève de droit international commun de l'État requis, pour l'exécution, il est nécessaire d'avoir procédé *l'exequatur*. Alors que, le jugement provenant d'un autre État communautaire bénéficierait la reconnaissance *de plano* dans l'État requis (art. 33 § 1). A notre avis, le moment utilisé pour apprécier la priorité dans le temps est très important, car, si l'on tient compte de la date où la décision a été rendue, il y a autant de possibilité que la décision de l'État tiers serait exécutée dans l'État requis. Mais, au contraire, si on tient compte de la date où elle est dotée d'efficacité dans l'État requis, *a priori* le jugement en provenance de l'État communautaire se voit mieux placé que le jugement de l'État tiers. Nous sommes d'accord avec la thèse favorisée au moment où la décision a été rendue dans l'État tiers[1270].

1269 P. Gothot et D. Holleaux, *op.cit.*, n° 285. Ce serait l'article 618 du CPC, dans ce cas la Cour de cassation ne pourrait pas annuler les décisions étrangères en cause, elle pourrait déclarer en revanche l'inopposabilité en France l'une d'elles ou même les deux. On peut aller plus loin en demandant qu'en est-il si l'efficacité de la décision en question résulte du traité conclu entre cet État tiers et la France (l'État requis) ? Si c'était ce jugement qui aurait fait l'objet de l'inopposabilité… Car le problème réside sur la compatibilité avec le traité d'une déclaration d'inopposabilité de ladite décision. D'après ces auteurs, au lieu de prévenir les difficultés diplomatiques avec des pays tiers, la convention d'adhésion les aurait plutôt favorisées.

1270 Beraudo, « Convention de Bruxelles, Convention de Lugano et Règlement (CE) n° 44/2001 », Reconnaissance des décisions juridictionnelles, *J.-Cl. Europe*, *Fasc.* 3040, n° 153 ; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence*…, *op.cit.*, n° 429 : cette thèse tire argument de la lettre des dispositions en cause y compris l'exemple donné dans le rapport Schlosser. *Contra*. G. Droz, *Compétence judiciaire*…, *op.cit.*, n° 524 ; P. Gothot et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles*…, *op.cit.*, n° 283 et 285. Les auteurs soutiennent une thèse

B. Renforcement de la suppression de *l'exequatur*, l'argument critiqué.

715. On sait que le système de reconnaissance et d'exécution des jugements par le règlement Bruxelles I a pour but de faciliter et simplifier le procès entre les États communautaires. Par rapport à la Convention de Bruxelles, le règlement n° 44/2001 constitue un changement remarquable ; le texte de ce dernier ne réserve que le contrôle purement formel. Le juge de l'État requis ne pourrait pas statuer s'il existe un motif de refus l'exécution du jugement, il ne peut se faire que dans le cas où il y a un recours à l'encontre le jugement, l'objet de la requête de reconnaissance ou d'exécution. Il s'agit de la procédure unilatérale, l'idée se fonde sur l'éviction la possibilité de soustraire aux mesures d'exécution par le défendeur, et qu'il est normal que la décision rendue dans un État communautaire s'impose dans un autre État contractant sans le débat contradictoire à ce stade.

716. En 2009, la Commission a adopté un rapport et un livre vert sur la révision du règlement Bruxelles I, que les questions principales portent sur l'élimination les derniers empêchements à la libre circulation des jugements et afin de protéger des citoyens et entreprises européennes qui sont en procès avec des parties domiciliées dans un État tiers. Cependant le point très important qui nous concerne à ce stade est l'objectif principal proposé par la Commission européenne sur la suppression de la procédure d'*exequatur* dans tous les domaines couverts par le Règlement[1271]. Selon la Commission, le motif de refuser la reconnaissance en vertu de l'article 34 sera toujours maintenu, mais il est nécessaire de supprimer *l'exequatur* en raison de l'application générale du principe de reconnaissance mutuelle car il semble incohérent de continuer faire la distinction entre reconnaissance et exécution. Cependant cette réforme se voit très critiquée pour les auteurs[1272]. Un auteur a

---

qui tient compte du moment où le jugement rendu à l'État tiers est doté d'efficacité sur le territoire de l'État requis. Force est de constater que cette thèse est favorisée à la libre circulation des jugements entre les États contractants dans l'Union européenne.

1271 *Cf.* Rapport au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles, 21 avril 2009, COM(2009) 174 final, pt. 3.1 ; *Cf.* Avis du Comité économique et social européen sur le « Livre vert sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », Bruxelles, 16 décembre 2009, COM(2009) 175 final, pt. 4.3.

1272 E. Guinchard et M. Douchy-Oudot, « Espace judiciaire civil européen », *RTD eur*. 2010.927. Les auteurs ont soutenu que c'est parce que *l'exequatur* étant le symbole d'un droit international privé classique fondé sur la conception de frontière qui n'a pas sa place dans le système communautaire et le Marché intérieur. Il semble qu'afin d'harmoniser les droits nationaux dans l'Union européen, le seul argument développé par la Commission est leur disparité. La question est de savoir s'il est la meilleure solution.

admis qu'il est possible de supprimer la formalité d'*exequatur*, mais il a affirmé que ceci devrait être le contrôle modéré au lieu de l'abrogation radicale des chefs du contrôle associé à *l'exequatur*. Autrement dit, on peut effacer la formalité d'*exequatur* mais sous condition qu'il faut maintenir la possibilité d'un contrôle dit « second regard » sur la décision étrangère[1273].

Si la suppression résulte d'une inquiétude sur le coût et la durée, force est de constater que cette proposition modérée pourrait sûrement résoudre ce problème. On sait qu'après que la jurisprudence française a abrogé la révision au fond, c'est le contrôle associé à *l'exequatur* qui filtre les jugements étrangers afin de protéger le for. Par ailleurs, nous savons que l'objectif principal de la Convention et du Règlement Bruxelles I est de protéger le défendeur domicilié dans l'Union européenne, mais si *un frein*[1274] permettant de repousser ce qui avait été manifestement mal jugé à l'étranger aurait été effacé, comment la protection du débiteur défendeur pourrait être assurée ?

1273 L. d'Avout, « Faut-il supprimer *l'exequatur* dans le contentieux transfrontalière en Europe ? », *Droit et Procédures*, novembre 2010, n° 10, p. 71.

1274 Le terme employé par L. d'Avout.

717. Conclusion du chapitre. On trouve que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers par l'État requis semblent simples dans le cadre de l'application de règles uniformes. Observons que ces règles se fondent sur la confiance mutuelle des juges des États membres de telle ou telle communauté économique. C'est-à-dire que la chose la plus importante dont le groupe de la coopération économique devrait tenir compte est que chaque membre devrait développer ses systèmes juridiques et judiciaires afin d'atteindre plus ou moins un niveau comparable avec ceux de ses partenaires et trouver un mécanisme simplifié acceptable par tous. Car la grande différence entre les systèmes de chaque État membre fait obstacle au principe de confiance mutuelle.

On voit que l'Union européenne est très avancée dans ce domaine. Un projet tendant à éliminer *l'exequatur* dans chaque pays est en cours en ne laissent place à l'avenir qu'au seul contrôle formel. On croit que l'ASEAN envisagera un jour ce problème. Il est vrai que la reconnaissance et l'exécution en droit international commun sont toujours compliquées. Notons comme exemple la Thaïlande où la jurisprudence en la matière reste encore très rarissime. Mais la pratique de la Haute juridiction nous affirme qu'elle n'est pas hostile à la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers. Actuellement, c'est l'arrêt phare de l'ordre juridique thaï qui prévaut.

Chapitre second

RECEPTION DES SENTENCES ARBITRALES INTERNATIONALES.

718. La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers dans l'autre ordre juridique sont indubitablement compliquées, en particulier entre les pays qui ne sont pas signataires des conventions internationales y relatives. Cependant il est bien différent dans la matière de l'arbitrage international puisque la plupart des États ont ratifié ou adopté des règles de conventions internationales sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Dès lors, une sentence arbitrale est plus facile à exécuter qu'un jugement ou une décision délibérée par la juridiction étatique étrangère. Pourtant ce n'est pas à dire que cette libre circulation de la sentence arbitrale ne connaisse aucune limite. Certaines conditions devraient se conformer afin de contrôler soit le contenu soit les moyens de rendre la sentence. Certes, le juge étatique n'intervient pas pour statuer sur la compétence des arbitres, comme on le sait, c'est le principe de compétence-compétence qui prévaut ; le juge n'a pas le pouvoir avant que l'arbitre ne statue lui-même sur sa compétence. On peut constater que le contrôle par l'État ne reste pas uniquement dans l'étape du déroulement de la procédure arbitrale mais le juge étatique exerce son pouvoir de vérifier la compétence de l'arbitre après que la sentence soit rendue. Force est de reconnaître que l'État ne laisse jamais la justice privée d'exercer sans aucun examen. Normalement, une sentence ferait l'objet de double contrôles ; l'un par le droit de l'État du siège de l'arbitrage ; et l'autre par le droit de l'État où la sentence devrait être exécutée.

719. La notion de la sentence arbitrale étrangère. La plupart des lois de l'arbitrage international ne définit pas la notion de la sentence. Le droit thaï et le droit français prennent également la même position sur cet égard. Il en va de même pour les conventions internationales sur l'arbitrage qui restent toujours silencieuses. Il faut observer qu'au lieu de définir la notion de la sentence, les lois ou les règlements d'arbitrage ne précisent normalement que les conditions de forme et le contenu de celle-ci. Force est de reconnaître que la recherche de définition définitive de la sentence arbitrale est une tâche très délicate, malgré l'effort de la définir, il existe toujours de nombreuses controverses. Par exemple, les décisions du tribunal arbitral relatives aux mesures provisoires ou conservatoires ; ou les décisions statuées sur la compétence de l'arbitre, peuvent-elles être considérées comme une sentence ? Car, comme l'on a déjà étudié, le prononcé de telles ou telles mesures est susceptible d'être aussi qualifié de sentence. Il semble qu'il n'y a pas de consensus même au

sein des rédacteurs de la Loi type sur ce point. Par ailleurs, la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après la Convention de New York de 1958) dispose que « *on entend par sentences arbitrales non seulement les sentences rendues par les arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises* ». On trouve que ceci ne répond pas à la question posée.

720. La jurisprudence française a défini la notion de sentence comme ceci : « *peut être définie, comme sentence arbitrale,* ***les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie****, le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les* ***conduit à mettre fin à l'instance*** »[1275]. Et que cette définition semble être acceptée généralement chez les auteurs.

D'après cette définition, on peut tout d'abord considérer même que la sentence est un acte de l'arbitre, mais ce n'est pas à dire que tous les actes peuvent être qualifiés de sentence ; ledit acte doit « trancher » le différend. Dès lors, la simple mesure d'instruction n'est pas une sentence car elle ne constitue que des mesures d'administration judiciaire.

Ensuite, la sentence doit être « définitive » ; on entend la définitive sur le différend qu'elle tranche et on peut constater que le fait que les décisions soient limitées dans le temps ne fait pas obstacle à la qualifier de sentence. Car, on trouve par exemple la sentence qui oblige la partie de souscrire à la clause de non-concurrence pour une durée limitée[1276]. C'est la raison pour laquelle on peut classer une décision provisoire telle que les mesures provisoires comme une sentence au sens de la Convention de New York de 1958, ce qui donne beaucoup d'intérêt sur la reconnaissance et l'exécution dans les États membres. Mais nous allons voir qu'il y a aussi des sentences qui n'entrent pas dans le sens de « sentence » selon la Convention de New York de 1958.

Puis, la sentence arbitrale doit mettre fin au litige, donc la décision ou l'ordonnance de mesures provisoires et conservatoires, même si elles ont été sous forme de la sentence, n'entrent pas dans le sens véritable de la sentence arbitrale définie par la jurisprudence. Il faut rappeler que seule la nature de l'acte de l'arbitre qui doit être prise en considération pour la qualifier, sans tenir compte de terme utilisé par les arbitres.

1275 CA Paris, 25 mars 1994, *Sardisud*, *Rev.arb.*1994.391, note Ch. Jarrosson.

1276 A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI », *JDI*.1998.853, spéc., p. 899-900.

Enfin, la force obligatoire de sentence est aussi un élément indispensable, car la sentence doit être une décision contraignante et liée les parties ; ceci peut expliquer par le caractère juridictionnel de l'arbitrage qui diffère d'autres modes alternatifs de règlement des litiges.

Un autre élément important pour qualifier de sentence arbitrale, affirmé par la Cour, est qu'il faut avoir la possibilité de formuler un recours à l'encontre d'une telle décision[1277]. Autrement dit, si la décision a été prise en autre forme telle que l'ordonnance de procédure, la porte n'est pas ouverte pour faire le recours. La Cour a estimé dans cette même décision qu' « *une décision du tribunal arbitral qui s'est définitivement prononcée sur la demande de mesure conservatoire a pu exprimer sous forme de sentence sa décision* ».

721. Il reste à savoir comment la décision partielle du litige peut être considérée comme une sentence ? Pour répondre à cette question, il faut bien distinguer la sentence au sens de chaque droit national de la sentence au sens de la Convention de New York de 1958. Certes, on peut dire qu'une décision qui tranche, selon la jurisprudence française précitée, « *en tout ou en partie* » le litige en cause, sera qualifiée aussi comme sentence arbitrale. Puisqu'une décision rendue sur la compétence, la validité du contrat principal ou la responsabilité des dommages-intérêts, tranche le litige de façon définitive et finalement met fin à celui-ci. Il n'est pas obligé que la sentence arbitrale doit trancher intégralement le litige[1278].

Pourtant si l'arbitre a prononcé une décision procédurale, il reste à savoir si celle-ci pourrait être qualifiée de sentence selon la Convention de New York de 1958 ? D'après A. Reiner, l'auteur a refusé de qualifier une telle décision de sentence arbitrale au sens de la Convention de New York, pour lui, « *l'admission automatiquement un fondement contractuel aux mesures provisoires en y accordant la qualité de sentence démontre la confusion entre la compétence et le fond. Car, admettant à l'arbitre la compétence pour prononcer une telle*

1277 CA Paris, 7 octobre 2004, *Otor*, *JDI*.2005.341, note A. Mourre ; *Rev. arb.*2005.737, note E. Jeuland ; *JCP* 2005.II.10071, note J.-M. Jacquet.

1278 Cependant il faut signaler que les auteurs suisses soutiennent la position inverse en refusant la notion de sentence partielle dans la mesure où les décisions qui tranchent des questions de fond, comme la validité du contrat principal, le principe de la responsabilité par opposition au quantum des dommages-intérêts, ne constituent pas des sentences. Mais il ne s'agit que de décisions préparatoires ou préjudicielles. Par conséquent, celles-ci ne pourraient pas faire l'objet d'une demande en annulation indépendamment de la sentence à intervenir sur les demandes formulées par les parties. *Cf.* P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne : Payot, 1989, p. 406-407.

mesure n'est pas à dire que les parties ont accepté dans quelle situation l'arbitre devrait utiliser ces pouvoirs »[1279].

722. En Thaïlande, la loi reste silencieuse sur ce point mais un auteur a défini une sentence arbitrale comme : « ***une décision définitive de l'arbitre rendue après avoir tranché le litige, décision qui s'impose aux parties du litige. La sentence peut être provisionnelle mais limitée dans certain temps*** »[1280]. Cette définition ne mentionne pas de sentence partielle ou intégrale. Cependant qu'en France, il est admis en matière d'arbitrage international de la sentence partielle comme l'on a déjà cité plus haut. A notre avis, la pratique thaïe ressemble à la doctrine française, c'est-à-dire que l'on admet aussi la décision qui tranche en manière définitive une partie du litige en tant que sentence partielle.

723. La juridicité de sentence arbitrale internationale. Lorsque l'on parle de la juridicité de la sentence, c'est dans le but de reconnaître et justifier l'efficacité de celle-ci. Partant de la conception constante que l'arbitre n'a pas de for, on entend dans le sens que le siège d'arbitrage situé dans un État n'est pas le for de l'arbitre. Alors la sentence arbitrale est étrangère par rapport à tous ordres juridiques étatiques. Quelle est la loi applicable pour apprécier la validité de la sentence arbitrale ? D'après M. E. Gaillard, « *tous les droits susceptibles d'entrer en contact avec l'arbitrage en question ont une vocation égale à se prononcer sur la validité de la sentence* ». C'est-à-dire que les lois du lieu d'exécution de sentence semble être au premier rang comme ce même auteur qui a dit qu'elles sont « *aussi fortes à le faire que celles du lieu du déroulement des opérations d'arbitrage* »[1281]. En effet, à notre avis, le caractère international de la sentence dépend du point de vue du juge homologué, plus précisément, on n'a pas l'intention d'attribuer la nationalité à la sentence. Mais on qualifie le caractère extranéité pour se dissocier de la sentence purement interne qui

---

1279 A. Reiner, « Les mesures provisoires et conservatoires… », *op.cit.*, p. 901.

1280 P. Horayangkura, *La pensée juridique sur le règlement des différends du commerce*, Bangkok : Samyanwitayapatana, 1997, p. 102. Après la lecture, nous observons qu'il est rare de trouver la définition de la sentence arbitrale chez les auteurs thaïs, parfois ils commencent par élimination des décisions qui ne sont pas qualifiées de sentence mais ils ne définissent pas exactement cette notion. V. sur ce point J. Bunnag, « Le contrôle de droit par le juge de la sentence arbitrale », *Cases and Materials on Arbitration*, Bureau de la magistrature, Ministère de la Justice, 1992, p. 84-87.

1281 E. Gaillard, « L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage », *in Liber amicorum* Claude Reymond, *Autour de l'arbitrage*, Paris : Litec, 2004, p. 83.

envisage des conditions différentes stipulées par d'autres dispositions distinctes. Pourtant on ne peut pas refuser que la sentence conserve un lien avec le siège arbitral.

La question peut se poser si les arbitres n'ont pas de for comme le juge étatique, alors quel droit ou quelle autorité lui rend la juridicité ? La réponse que l'on peut donner est ainsi : d'une part, partant du fait que la procédure arbitrale peut se dérouler dans son siège car la loi d'un État déterminé le lui permet ; d'autre part, la sentence arbitrale doit être homologuée dans un autre État et que ceci est possible grâce à sa loi, on peut dire que la loi de cet État valide rétrospectivement le processus[1282]. Plus précisément, la sentence arbitrale diffère de jugement ou une autre décision émanant d'un État, elle n'est qu'un simple acte privé[1283]. Dans cet esprit, c'est la règle étatique qui devrait lui faire produire un effet juridique.

La sentence arbitrale n'est pas de norme et en tant qu'un acte privé elle relève de la méthode du conflit de lois ; alors en dehors du cadre de droit conventionnel il appartiendrait à la loi désignée par la règle de conflit de lois de déterminer les conditions de validité et les effets de la sentence.

724. Une fois que la sentence a été rendue, il est possible qu'une partie fasse une demande en annulation cependant que l'autre fasse une demande d'*exequatur* à l'étranger presque dans la même période. Normalement les voies de recours ouvertes pour les parties ont un délai plus court que celui de l'exécution de la sentence qui demande une durée relativement longue, environ trois ans en droit thaï. Alors il nous convient d'étudier tout d'abord le recours à l'encontre de la sentence arbitrale internationale **(Section I)**. Comme on le sait, l'arbitre est juge privé alors la sentence rendue par celui-ci ne dispose pas de force exécutoire en soi. C'est l'ordre étatique qui lui confère l'efficacité international, cependant ceci ne pourrait pas exercer sans contrôle. L'objet du contrôle est certainement le contenu de la sentence et les conditions dans lesquelles elle a été rendue. Nous étudierons par la suite la réception dans l'ordre juridique étatique de sentence arbitrale **(Section II)**.

1282 E. Gaillard, « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *JDI*.2007.1163. spéc. p. 1173.

1283 S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004, n° 230.

Section I
Recours à l'encontre la sentence arbitrale internationale.

725. Avant que l'on prenne en considération les conditions du recours à l'encontre de la sentence arbitrale, la question majeure à ce stade est de savoir quel est la juridiction internationalement compétente en matière d'annulation ? On peut penser à la loi applicable à la procédure mais il semble que ce critère présente une faiblesse, car normalement les parties n'ont pas procédé leur choix. Alors que la loi du siège de l'arbitrage peut donner la réponse à cette question, en particulier ceci est l'une des raisons qui persuade les parties de choisir le siège de l'arbitrage en tenant compte de ses règles de droit sur l'arbitrage international. Lorsque l'on a déjà déterminé la juridiction internationalement compétente, une autre question plus précise peut se poser pour savoir quelle juridiction la demande en annulation devrait-elle en relever **(§1)**. Ensuite on verra les méthodes de recours à l'encontre de la sentence arbitrale **(§2)**.

§1 : La compétence juridictionnelle impliquée pour connaître la sentence.

726. Comme l'on a déjà étudié dans le chapitre précédent, il est possible d'envisager les litiges à caractère international qui impliquent le jeu de personnes morales de droit public et ceci peut amener à la question de juridiction compétente pour connaître le recours à l'encontre de la sentence arbitrale internationale ou même la question de la reconnaissance ou l'exécution de celle-ci. Comme on le sait, pour répondre à cette question il faut tout d'abord qualifier si le contrat entre dans le cadre d'un contrat administratif ou il reste dans celui de contrat de droit privé. Rappelons que quand bien même la personne de droit public est en cause, ce n'est pas à dire que le contrat conclu par celle-ci doit être un contrat administratif. Malgré son caractère administratif, il est possible aussi qu'un tel contrat relève de la compétence de juridiction judiciaire comme décidé la Cour d'appel de Paris. La série de décisions sur l'affaire de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (ci-après *INSERM*) déjà cité auparavant peut clarifier sur ce point, car *l'INSERM*, personne morale publique, a saisi toutes les voies possibles pour lui rendre la justice ; aussi bien les juridictions judiciaires que les juridictions administratives. Cette question est très importante parce que la réponse en faveur de telle ou telle juridiction produirait le résultat différent non seulement au niveau de la voie de recours contre la sentence arbitrale y compris la rigueur du contrôle, mais également de l'aspect psychologique. On trouve que lorsque l'une des parties du contrat est

une personne morale publique et son cocontractant est une personne morale de droit privé étranger, on ne peut pas éviter un souci concernant l'intérêt public pour certains et l'intérêt du commerce international pour d'autres.

Nous étudions tout d'abord la vocation de juridiction judiciaire qui, par la jurisprudence constante, met l'accent sur le centre d'intérêt du commerce international en s'appuyant sur le critère de l'internationalité de l'arbitrage afin de déterminer la compétence juridictionnelle. Alors que les juridictions administratives tiennent également sa position sur certains contrats qui devraient relever exclusivement de leur compétence (A). Ensuite, nous étudierons le degré différent sur le contrôle effectué par chaque juridiction (B).

A. Les juridictions concurrentes pour le recours en annulation.

1) La vocation de juridiction judiciaire.

727. La compétence du juge judiciaire sur le contrat « hybride » à caractère international. La question a porté sur le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France pour le litige mettant en jeu les intérêts du commerce international entre les contractants de nature juridique différente ; l'un est personne morale publique *INSERM*, l'autre est la fondation norvégienne *Letten F. Saugstad*, personne morale de droit norvégien.

La validité de la sentence arbitrale a été contestée tout d'abord devant la juridiction judiciaire en faisant valoir que le protocole d'accord était un contrat administratif conclu par une personne morale de droit public et que ce contrat avait pour l'objectif de construction d'un bâtiment destiné à la recherche scientifique qui consiste à une mission de service public. Par conséquent, ce contrat relève de la compétence de la juridiction administrative et non judiciaire. La Cour d'appel de Paris a affirmé sa compétence en décidant en 2008 que « *le recours en annulation de la sentence arbitrale international formé par un établissement public français (INSERM), relevait de la compétence de la juridiction judiciaire, même s'il portait sur un contrat de nature administrative* »[1284].

En l'espèce, *l'INSERM* a fait valoir que la convention d'arbitrage est nulle selon l'article 2060 du Code civil qui interdit le règlement des différends de personne morale publique en concluant la clause compromissoire. D'ailleurs il ne paraît aucune loi ou convention internationale qui autorise *l'INSERM* de se compromettre. La Cour a considéré, en

---

1284 CA Paris, 13 novembre 2008, *INSERM*, *D*. 2009.Chron.2390, obs. S. Bollée et 2962, obs. T. Clay ; *Rev.arb.*2009.389, note M. Audit.

s'appuyant sur l'article 1505 du CPC, que le recours en annulation de la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international doit être porté à juste titre devant la Cour d'appel de Paris dans le ressort auquel la sentence a été rendue (l'article 1519 du Décret du 13 janvier 2011 retenu toujours ce principe). C'est la raison pour laquelle la procédure engagée devant les juridictions administratives ou le Conseil d'État est sans incidence sur ce recours devant la juridiction judiciaire. Elle a affirmé par ailleurs que l'interdiction pour l'établissement public de se compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne et que cette règle n'est pas d'ordre public international que la Cour d'appel devrait en tenir compte. Cependant il paraît dans le fait que *l'INSERM* a saisi la Cour administrative d'appel de Marseille d'un appel pour savoir si l'action introduite par cet Institut relevait ou non de la compétence de la juridiction administrative et que le Conseil d'État a renvoyé cette question au Tribunal des conflits.

Dans la décision du 17 mai 2010[1285] le Tribunal des conflits a jugé que la juridiction judiciaire était compétente pour connaître le recours en annulation.

Enfin la Cour de cassation a décidé en 2011, affirmant la décision de la Cour d'appel de Paris et celle du Tribunal des conflits selon lesquelles « *la juridiction judiciaire était compétente pour connaître le recours en annulation* »[1286]. La Haute juridiction a appuyé sur la **définition économique** du litige afin de confirmer le caractère international de l'arbitrage qui rend compétence à la juridiction judiciaire. En effet que le rapport Labetoulle[1287] lui-même a quasiment cédé, car le Conseiller Labetoulle a finalement admis lors du Colloque[1288] que le projet ne pourrait pas aller à l'encontre des engagements internationaux de la France et que le juge judiciaire serait finalement plus approprié qu'un juge d'appui administratif.

728. En ce qui concerne la question sur le comportement de *l'INSERM* qui a invoqué sa qualité de personne morale publique pour refuser l'efficacité de la clause compromissoire, il

---

1285 Trib. confl., 17 mai 2010, req. n° 3754, *INSERM*, *AJDA*.2010.1047 ; *D.* 2010. Actu.1359, obs. X. Delpech ; *D.* 2010. Jur.2633, note Lemaire ; *JCP* 24 mai 2010, n° 552, obs. T. Clay et n°585, obs. E. Gaillard ; *Rev.arb.*2010.275, note M. Audit ; P. Cassia, « Les sentences arbitrales internationales : une compétence de contrôle partagée entre les juridictions françaises : A propos de la décision *INSERM* », *AJDA*.2010.1564.

1286 Cass. 1er civ., 26 janvier 2011, n° 09-10.198, *INSERM*, *D.*2011.AJ. 28 janv. 2011, comm. X. Delpech.

1287 Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative du 13 mars 2007, *Rev.arb.*2007.651.

1288 Conseil d'État, Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, « L'arbitrage et les personnes morales de droit public », Colloque du 30 septembre 2009. Disponible sur le site : http://www.conseil-État .fr/cde/node.php?articleid=1812

peut se voir comme s'il n'a pas de bonne foi lors de la conclusion du contrat, mais sur cette issue le droit français ne tient pas compte de la contestation d'une compétence arbitrale pour suspect car il ne résulte pas forcément de mauvaise foi[1289]. Là aussi, à notre avis il faut recourir au principe de l'interprétation de la volonté commune réelle des contractants afin de régler le problème de compétence de l'arbitre.

729. En Thaïlande, le problème de concurrence entre les juridictions judiciaire et juridiction administrative se pose aussi dans la pratique. Le recours contre la sentence arbitrale peut se faire en vertu de l'article 40, cet article ne précise pas quel tribunal est compétent pour saisir la demande mais le texte n'utilise que le terme « la juridiction étatique compétente ». C'est-à-dire que les parties devraient déterminer elles-mêmes quelle est la juridiction compétente pour faire le recours en annulation. Cependant, compte tenu de l'article 45, dernier alinéa, de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545 qui stipule expressément que : « *L'appel à l'encontre l'ordonnance ou le jugement du tribunal étatique selon cette Loi pourra s'exercer devant la Cour suprême Dika ou la Cour administrative suprême selon le cas* »[1290], on peut en déduire que la juridiction compétente de saisir le recours à l'encontre la sentence arbitrale internationale peut être la Cour judiciaire ou la Cour administrative dont dépend de la nature du litige.

2) <u>La compétence concurrente de juridiction administrative.</u>

a. Solution critiquée.

730. Nous restons toujours dans l'affaire *INSERM*, mais il n'est plus la décision de la cour judiciaire, on voit ici celle du Tribunal des conflits. Suite au jugement rendu par la Cour d'appel en 2008, comme on l'a mentionnée plus haut, le même requérant a saisi le Conseil d'État pour se prononcer sur la même question. Le Palais Royal avait demandé au Tribunal des conflits qui a finalement estimé que « *c'est la juridiction administrative qui est compétente pour contrôler la régularité de la sentence arbitrale internationale lorsque le contrat à l'origine du litige porte sur l'occupation du domaine public ou est un marché public, une délégation de service public ou un contrat de partenariat et que la juridiction est saisie pour juger sur la régularité de la sentence arbitrale au regard des règles impératives*

1289 D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Paris : Gualino, 2004, n° 253.

1290 มาตรา ๔๕ วรรคท้าย แห่ง พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า "การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อุทธรณ์ต่อ ศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี"

du droit public français applicables à chacun de ces contrats »[1291]. Deux conditions peuvent être extraites l'une consiste à la nature de litige et l'autre consiste à l'objectif de saisie. Par ailleurs, cette décision a tempéré la compétence de la juridiction judiciaire sur le contrat de droit public à caractère international.

731. En effet si l'on considère la jurisprudence constante ou la doctrine publiciste, on trouve qu'elles se sont orientées en faveur du critère classique de la nature du contrat qui est normalement applicable à l'arbitrage purement interne. Prenons un exemple de la décision du Tribunal des conflits qui a estimé que « *la compétence juridictionnelle tient non à la sentence arbitral, mais à la nature du litige* »[1292]. L'avis suivi par un commissaire du gouvernement près le Tribunal ayant conclu que « *la nature administrative du contrat entraînait la compétence de la juridiction administrative, sans qu'il soit utile de prendre en compte la dimension internationale du litige* »[1293].

Pourtant il semble que dans l'affaire *INSERM*, le critère de la nature administrative ou privée du contrat n'occupe pas le terrain ; le contrat ne comportait aucun des deux critères matériels exigés pour les contrats administratifs (v. *supra* n°727), par conséquent seule la juridiction judiciaire est normalement compétente pour contrôler une sentence internationale relative à ce contrat.

On peut dire que si le Tribunal des conflits a admis la compétence des juridictions judiciaires dans l'affaire *INSERM*, ce n'est que l'hypothèse très exceptionnelle comme un contrat à la fois international et administratif.

b. L'argument du recours au critère de l'internationalité du litige.

732. L'argument qui doit être pris en considération à ce stade est celui de M. P. Cassia selon lequel l'internationalité du litige ne suffit pas à justifier l'exclusion de la compétence de la juridiction administrative du recours à l'encontre des sentences arbitrales à l'origine des contrats internationaux. Force est de reconnaître que les dispositions de l'article 1492 du

---

1291 Trib. confl., 17 mai 2010, *INSERM, préc., supra* note n° 1285.

1292 Trib. confl., 16 octobre 2006, *Caisse Centrale de réassurance*, *AJDA*.2006.2382, note C. Landais et F. Lenica ; *RFDA*.2007.284, concl. J.-H. Stahl, note B. Delaunay.

1293 Trib. confl., 24 avril 2006, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*, req. n° 3480, *AJDA*.2006.2456, concl. D. Chauvaux.

CPC[1294] n'attribuent pas la compétence exclusive aux juridictions judiciaires afin de connaître la sentence arbitrale internationale. Ce même auteur soutient que « l'internationalité de l'arbitrage » n'est pas le critère *neutre* (nos italiques) pour la détermination de compétence juridictionnelle ayant pouvoir de contrôle de sentence arbitrale. A notre avis, quand bien même ce critère n'est pas neutre, mais ce n'est pas à dire qu'il est arbitraire, car le caractère d'extranéité du contrat est un critère employé généralement en droit international privé. Il est raisonnable de dire que ce critère n'est probablement pas apte à recourir pour toutes les hypothèses. Rappelons que dans l'affaire *INSERM*, la Cour d'appel et la Cour de cassation estiment que l'internationalité de l'arbitrage fait exclusivement appel à une définition entièrement « économique », les juridictions judiciaires s'appuient, à ce stade, sur l'article 1492 du CPC pour affirmer que le litige soumis à l'arbitrage est indépendant de la qualité des parties, de la loi applicable au fond ou à la procédure y compris celle du siège de l'arbitrage. Par ailleurs, les parties ont fait valoir elles-mêmes devant le président du TGI qu'il s'agissait d'un arbitrage international, de même que dans l'acte de mission. Bien que nous ne contestions pas l'application du critère de l'internationalité ou bien la notion économique pour compléter la première, on ne peut pas nier que la Cour a trop sérieusement concentré sur le transfert des fonds entre les deux États en estimant que « ***l'arbitrage est commercial car il implique des mouvements de fonds au-delà des frontières*** ». Ceci rend une faiblesse à leurs motivations parce que le fait nous démontre que le projet de travail en l'espèce n'a même pas été effectué puisque le financement n'a pas intervenu. Comme le dit M. X. Delpech qu'il faut que l'opération économique entraîne potentiellement de tels mouvements de fonds[1295] plutôt que des seuls mouvements de ceux-ci au-delà des frontières.

733. La question peut se poser ici pourquoi la Cour administrative n'est pas compétente pour connaître la sentence arbitrale publique internationale ? Même si la Cour d'appel admet que la juridiction judiciaire est normalement compétente pour contrôler une sentence internationale relative à un contrat « administratif selon les critères du droit interne français », nous restons fidèles au critère classique de nature du contrat origine de la sentence ; la sentence internationale du contrat administratif relève de la compétence de juridiction administrative, en revanche c'est la juridiction judiciaire qui serait compétente pour connaître

---

1294 L'article 1492 stipule ainsi : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

1295 X. Delpech, *D.* 2011. AJ., 28 janvier 2011, *op.cit, supra* note n° 1286.

la sentence internationale du contrat privé. Car il n'est pas convenable pour la Cour judiciaire de contrôler la sentence d'origine de contrat administratif, malgré son caractère international, notamment dans un pays ayant employé le système judiciaire séparant les juridictions administratives des juridictions judiciaires. Dès lors, dans cette hypothèse, on peut envisager que la juridiction judiciaire contrôle la sentence arbitrale internationale née du contrat de droit privé conclu entre la personne morale publique et l'opérateur privé étranger.

En Thaïlande le litige né du contrat administratif est arbitrable, alors les juridictions administratives ont doté aussi le pouvoir de connaître une demande à l'encontre la sentence internationale d'origine du contrat administratif. Cependant il reste à savoir si les parties peuvent connaître lors de la rédaction de la convention d'arbitrage quelle juridiction est compétente pour saisir le recours à l'encontre la sentence arbitrale ? La réponse n'est pas loin de celle émise par la France, c'est-à-dire que les parties ne pourraient pas savoir à l'avance. En France, on pourrait envisager l'hypothèse où le juge fait le recours à la notion de la facilité pour juger le litige, à titre d'exemple, le Tribunal des conflits a estimé qu'un tel ou tel litige relève de la compétence de la juridiction administrative sans tenir compte de la nature du litige[1296].

Le contrôle de la légalité est indispensable dans ce cas, car il est convenable de vérifier si les personnes publiques respectent les règles de droit et pour assurer que celles-ci n'échappent pas à la juridiction étatique sous abri du mode alternatif de règlement de différends.

B. L'intensité différente du contrôle effectué par chaque compétence juridictionnelle.

734. Il semble que les grandes différences entre le recours à l'encontre de la sentence arbitrale internationale devant le juge judiciaire et le juge administratif persistent toujours notamment à l'égard de l'intensité du contrôle. Les partisans publicistes la soutiennent afin de justifier l'intérêt d'admission la compétence des juridictions administratives sur les juridictions judiciaires.

1296 Cf. Trib. confl., 8 juillet 1963 : il s'agissait de la construction des autoroutes que le tribunal a décidé relevé de sa compétence peu importe la qualité des parties au contrat.

1) Sous l'empire des juridictions judiciaires.

735. Dans ce cas, selon l'ancien droit les articles 1504 et 1505 du CPC, le recours à l'encontre de la sentence arbitrale n'est possible que pour une demande en annulation et qu'il porterait devant la Cour d'appel dans le ressort auquel la sentence a été rendue. Qu'en est-il pour les dispositions du Décret du 13 janvier 2011 ? Comme on le sait, ce nouveau texte sépare entre la sentence arbitrale internationale rendue en France et celle rendue à l'étranger. Cependant les idées sont bien les mêmes qu'en droit antérieur en ce qui concerne les sentences internationales rendues en France. Alors pour l'hypothèse de *l'INSERM* que la sentence a été rendue en France, donc la loi donne toujours le même résultat.

Le contrôle en vertu de l'ancien article 1502 du CPC (l'art. 1520 de la nouvelle loi) attribue sur les cinq cas stipulés, le motif qui semble possible pour un recours à l'encontre de la sentence pour l'affaire *INSERM* est le respect de l'ordre public international de la sentence, c'était le même moyen invoqué par celui-ci mais il précisait le terme de « règles impératives du droit public français ». Il faut déterminer si ces règles sont considérées comme l'ordre public international au sens de l'article 1502 du CPC. D'après un auteur, quand bien même l'ordre public international englobe l'arbitrabilité des questions relatives à l'état de personnes pour se compromettre et l'annulation d'un acte administratif unilatéral par l'arbitre, mais il est encore douteux que les règles impératives du droit public français pourraient être considérées comme une sorte de l'ordre public international[1297].

736. Lorsque la Cour d'appel judiciaire saisit le recours en annulation, elle ne juge que la sentence et non le procès, c'est-à-dire elle ne contrôle ni le fond du litige, ni la procédure arbitrale. Certes, pour garantir l'efficacité de la sentence internationale, on admet dans cette matière le principe du contrôle minimal. Pour les partisans publicistes, le contrôle par la juridiction judiciaire est très superficiel, à titre d'exemple dans l'arrêt *SNF* ; la Cour de cassation a exigé que « *la violation par l'arbitre de l'ordre public international doit être manifeste* »[1298]. Alors que dans un autre arrêt, la Cour a estimé que « *l'application de la règle de droit par l'arbitre pour trancher le fond du litige échappe au contrôle du juge de l'annulation* »[1299]. C'est la raison pour laquelle les publicistes démontrent leur souci.

1297 P. Cassia, « Les sentences arbitrales internationales… », *op.cit.* p. 1568.

1298 Cass. 1er civ., 4 juin 2008, *Sté SNF SAS*, *JDI*.2008.1107, note A. Mourre ; *Rev.arb.*2008.473, note I. Fadlallah ; *Gaz.Pal.* 20-21 févr. 2009, p. 32, note F.-X. Train.

1299 Cass. 1er civ., 11 mars 2009, *Sté Suédoise Trioplast*, n° 08-12.149, *D.*2009. 880, obs. T. Clay.

Pourtant ces principes jurisprudentiels sont absolument admis dans l'arbitrage commercial international qui n'implique pas la personne morale de droit public. Il faut rappeler que pour se conformer à la volonté des parties qui ont décidé de ne pas régler leur litige par le juge étatique ; il est tout à fait logique pour le juge en annulation pour le non contrôle au fond de la sentence arbitrale.

737. En ce qui concerne l'appel-réformation, comme le droit antérieur, les articles 1518 et 1519 de la nouvelle loi 2011 qui s'appliquent aux sentences rendues en France ne permettent que le recours en annulation devant la Cour d'appel et non l'appel-réformation.

Il en est de même pour la Loi thaïe sur l'arbitrage qui n'ouvre pas la porte audit appel, cependant, au cours de recours en annulation il est possible de formuler une demande devant cette même juridiction afin que la Cour reporte la prise en considération du recours et que le tribunal arbitral puisse retrancher le litige. Ceci a pour but d'éliminer les causes du recours en annulation. Il faut constater que cette mesure ne permet pas au juge étatique de reconsidérer le fond de la sentence qui, au contraire, est la tâche de l'arbitre.

738. Il reste à savoir s'il y aura du changement au sein de l'arbitrage international et l'État dans le Décret du 13 janvier 2011, il convient de répéter que le rapport au Premier ministre relatif à ce décret[1300] affirme que même s'il ne prévoie pas expressément dans le nouveau texte, mais les principes acquis dans la jurisprudence devraient être respectés. Il s'agit de principe retenu dans l'arrêt *Galakis*[1301] selon lequel l'État ou ses établissements publics ne peuvent pas invoquer son propre droit afin de s'opposer à l'application d'une convention à laquelle il a consenti.

2) <u>Sous l'empire des juridictions administratives.</u>

739. Il semble que le recours à l'encontre de la sentence arbitrale internationale devant les juges administratifs donne lieu à un contrôle plus intense. Car la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en appel devant le Conseil d'État et que les parties ne puissent pas renoncer au profit du recours en cassation selon les dispositions de l'article L. 321-2 du Code

---

1300 Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF du 14 janvier 2011.

1301 Cass. 1er civ., 2 mai 1966, *Galakis*, n° 61-12.255. *D.* 1966.575, note J. Robert ; *JDI*.1966.648, note Level ; *JCP*.1966.14798, note Ph. Ligneau ; *RCDIP*.1967.553, note B. Goldman.

de justice administrative[1302]. Lorsque le recours en annulation a été introduit devant le Conseil d'État, les juges administratifs sont saisis non seulement pour la sentence arbitrale, mais également pour l'ensemble de litige. C'est-à-dire qu'ils pourraient juger le fond de la sentence, car ils sont juges du procès. Le contrôle exercé par le Conseil d'État sur le bien-fondé de la sentence internationale n'est pas superficiel, il doit tenir compte des pouvoirs publics qui impliquent dans le litige. D'après M. P. Cassia, il est possible que le juge administratif exige à l'arbitre d'application des lois de police françaises pour trancher le litige[1303]. Sur cet argument, l'arbitre devrait tenir compte de lois de police du siège de l'arbitrage et du pays dans lequel la sentence devra être exécutée. Par ailleurs si les juridictions administratives annulent une telle sentence, il faut entendre comme ils prononcent au titre de l'évocation sur l'ensemble de litige[1304]. Ce principe classique est retenu aussi par la Cour administrative thaïe.

On trouve chez les auteurs qui soutiennent la compétence du juge administratif que la motivation évoquée est toujours la spécificité de la partie « publique » dans le contrat international. Certes, on ne peut nier ce fait, mais il n'est pas aisé de concilier entre les contractants l'intérêt étatique et l'intérêt commercial international. Il existe aussi une solution dite un partage des tâches, c'est-à-dire que la Cour d'appel est compétente pour le contrôle de la conformité à l'ordre public international de la sentence arbitrale rendue en matière du contrat international que l'une des parties est personne morale de droit public ; et que le Conseil d'État serait compétent pour exercer ce contrôle au regard de règles impératives du droit public français qui appliquent aux quatre catégories du contrat public comme avait affirmé le Tribunal des conflits[1305].

Le critère pour déterminer la compétence juridictionnelle à ce stade relève des règles applicables au contrat litigieux et non pas de la nature juridique du contrat. En effet, cette idée peut donner lieu à un autre problème ; les deux juridictions peuvent contrôler une même sentence arbitrale. En l'espèce, le problème est que le contrat conclu entre la fondation

---

1302 « Dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions ».

1303 P. Cassia, « Les sentences arbitrales internationales… », *op.cit.*, p. 1569

1304 CE, 3 mars 1989, *Sté AREA*, *Lebon 69*, concl. E. Guillaume.

1305 A savoir, les contrats relatifs à l'occupation du domaine public ; ou à la commande publique (par exemple l'interdiction aux personnes publiques de vendre des biens immobiliers appartenant au domaine public) et aux marchés publics ; ou de délégation de service public ; ou un contrat de partenariat. V. Trib. confl., 17 mai 2010, *INSERM*, préc., *supra* note n° 1285.

norvégienne et *l'INSERM* ne relève d'aucune catégorie des contrats disposée par le Tribunal des conflits, c'est pourquoi le recours contre la sentence arbitrale doit être soumis à la compétence judiciaire. Au contraire, si la juridiction administrative pouvait saisir un tel recours, le résultat aurait été différent car le recours devant le Conseil d'État ne donne pas l'application des dispositions du titre V (Livre IV du CPC) lesquelles obligent la Cour d'appel à tenir compte de l'ordre public international pour considérer le bien-fondé de la sentence. Certes, les règles impératives de droit public français sont entendues comme l'ordre public purement interne, d'après M. P. Cassia, elles désignent aussi les lois de police françaises relatives aux contrats mentionnés par le Tribunal des conflits, même si elles ne peuvent pas faire l'objet d'une définition précise. Alors, le contrôle par les juridictions administratives, *a priori*, serait très intense voir un plein contrôle sur le fond du litige. Plus précisément, elles peuvent contrôler non seulement les mesures prises par le tribunal arbitral pour trancher le différend mais également les motivations de cette sentence. Ce contrôle pourrait porter aussi sur la validité du contrat principal conclu entre les parties[1306].

740. En droit thaï, bien que la juridiction administrative soit compétente pour connaître le recours en annulation de la sentence arbitrale internationale, on constate que c'est toujours la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545 qui doit être applicable au recours à l'encontre des sentences internationales. C'est-à-dire que les causes et les conditions d'annulation de la sentence sont toujours les mêmes en vertu de l'article 40 de cette Loi. Ceci a été affirmé par la jurisprudence administrative, la Cour administrative décida dans l'affaire relative au contrat administratif que « *Vu que le requérant a demandé en annulation de la sentence arbitrale et il a aussi demandé la Cour de juger que son cocontractant devait lui effectuer le paiement du travail avec les dommages-intérêts ; vu qu'il s'agissait de la demande pour retrancher le fond de la sentence arbitrale qui était la tâche de l'arbitre conformément à la convention d'arbitrage ; que le moyen du requérant n'était pas recevable* »[1307]. La Cour a rejeté une telle demande en appuyant sur l'article 40 de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545 et l'article 72 de la Loi de procédure administrative B.E. 2542. Cette décision a été affirmée par la Cour administrative suprême que « *cette demande n'était pas l'une des causes de l'annulation de la sentence stipulées dans l'article 40 de ladite loi* ».

1306 P. Cassia, « Les sentences arbitrales internationales… », *op.cit.*, p. 1571.

1307 Cour administrative suprême, Ordonnance n° 487/2548 (2005), 24 août 2005.

On peut se demander si la Cour administrative thaïe tient compte ou non de la spécificité de la partie « publique », la réponse est normalement positive.

741. Pourtant on trouve que le contrôle du juge judiciaire est aussi superficiel. Citons la décision de la Cour civile dans l'affaire entre l'établissement de droit public thaï et une société de droit civil allemande portant sur le contrat administratif international ; l'établissement public thaï, défenderesse, a fait un recours en annulation de la sentence arbitrale prononcée en faveur de son cocontractant. A l'époque où la Cour administrative n'a pas encore été établie, le recours à l'encontre de la sentence arbitrale devrait se faire devant la Cour civile. Celle-ci a décidé que le recours est irrecevable ; « *la prétention invoquée par la défenderesse, le contrat entre elle et le requérant ayant été conclu par le dol, ne peut donc être lié aux contractants ; vu que ce contrat par le dol est entaché de nullité, et ne donne que la possibilité d'annuler le contrat ; vu que la défenderesse n'a pas exprimé sa volonté d'annuler ledit contrat, dès lors, le contrat est valide et légal* »[1308]. Tout d'abord, l'appel de la défenderesse est un appel de fait qui est normalement interdit par la loi procédurale, mais qu'il s'agissait de problème de l'ordre public et des bonnes mœurs du peuple. De ce fait l'appel est recevable en vertu de l'article 45 de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545. L'établissement public thaï a fait un recours en appel devant la Chambre administrative de la Cour suprême *Dika*, celle-ci a estimé au contraire que « *la défenderesse est une personne morale de droit public dont le président de l'établissement en tant que représentant devrait exercer son pouvoir uniquement dans le cadre de la loi qui lui donne le pouvoir. Lorsque celui-ci dépasse la limite, un tel ou tel acte juridique administratif ne lie pas l'établissement public* »[1309]. La décision de la Chambre administrative nous montre que la Cour a pris en considération le principe de droit administratif en jugeant le litige, tandis que la Cour civile n'en a pas tenu compte, appuyant en revanche sur le principe de droit civil. La Cour suprême *Dika* a finalement jugé que la décision de la Cour civile, qui a accordé *l'exequatur* de la sentence arbitrale en cause, est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du peuple.

Cependant lorsque l'on étudie les décisions, on trouve que la Cour ne décide pas toujours en faveur de la partie publique. Comme l'on a vu dans la décision précitée, en l'espèce la partie publique a évoqué que le différend né du contrat d'État, mais la Cour

---

1308 Cour suprême *Dika*, n° 7277/2549 (2006), *BBCD c/ Expressway Authority of Thailand*.

1309 Cour suprême *Dika*, n° 7277/2549 (2006), En effet, il paraît expressément dans ce litige les corruptions des fonctionnaires publics, surtout le Directeur général *d'Expressway Authority of Thailand* à l'époque (1995) y compris le problème d'un conflit d'intérêts.

administrative suprême décida que le tribunal arbitral avait déjà tranché et rendu la sentence sur cette question et ce n'était pas l'un des cas d'annulation disposés par l'article 40, alors ce moyen n'était pas recevable. Cette affaire nous a appris que, d'une part, le requérant dans cette affaire n'avait pas fait valoir que le litige était inarbitrable, par conséquent il était contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du peuple qui est l'une des conditions d'annulation de la sentence arbitrale. D'autre part, même si aucune partie ne s'appuie sur l'ordre public ou l'inarbitrabilité, mais la loi permet au juge d'invoquer lui-même ces causes dès lors qu'il les a constatées pour annuler la sentence (l'art. 40 (2)).

742. Pour le recours en appel qui devrait se faire normalement devant la Cour d'appel selon le droit de l'arbitrage français, en Thaïlande, au contraire, l'article 45 admet un « recours en cassation » contre la sentence arbitrale devant la Cour administrative suprême. (Selon l'article 11 (3) de Loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 : « *la Cour administrative suprême est compétente pour connaître des litiges qui lui sont attribués par la loi* »). La question est de savoir quelle juridiction serait compétente pour saisir un tel ou tel recours ; la Cour administrative suprême a donné la réponse dans sa décision en vertu des dispositions des articles 9 et 45 alinéa 2 de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545. Bien que cette décision concerne l'arbitrage interne, l'interprétation de méthode d'application de la loi en question par la Cour permettrait aussi d'élargir à l'arbitrage international. Alors, d'après la Cour, pour connaître la répartition de compétence entre les juridictions judiciaires et administratives, il faut prendre en considération le fond ou la nature du litige afin de qualifier le caractère dudit différend. En effet la Cour utilise le critère classique de rapport entre le fond et la compétence : « *si celui-ci est un litige de droit privé, ce sont les juridictions judiciaires qui sont compétentes ; au contraire si le litige comporte de caractère administratif, il relève des juridictions administratives* »[1310]. Par ailleurs dans sa décision, la Cour administrative suprême n'a pas manqué de donner un principe selon lequel « *l'esprit de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545 démontre la nécessité d'avoir plusieurs juridictions compétentes dès le commencement du procès d'arbitrage afin de soutenir le droit d'accès à la justice des parties et de supporter le déroulement arbitral* »[1311].

1310 Cour administrative suprême, Ordonnance n° 920/2548 (2005), 29 décembre 2005.

1311 Cour administrative suprême, Ordonnance n° 510/2549 (2006), 25 août 2006.

§2 : Les méthodes de recours à l'encontre la sentence internationale.

A. Aspect de droit thaï.

1) L'application de l'article 40 de Loi sur l'arbitrage B. E. 2545.

743. Le recours en annulation de la sentence arbitrale étrangère peut se faire par la demande devant la juridiction qui est compétente pour saisir cette demande en vertu des dispositions de l'article 40[1312] de la Loi sur l'arbitrage B. E. 2545. La Loi n'a pas précisé quelle juridiction sera-t-elle compétente dans ce cas, alors il faut s'entendre comme celle qui sera compétente s'il n'y a pas le recours à l'arbitrage. Cet article a en effet repris la plupart des dispositions de l'article 43 de la même Loi qui régit les cas où la Cour refuse la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale ; et qu'il en résulte de l'article V de la Convention de New York de 1958.

1312 L'article 40 : « Le recours à l'encontre la sentence arbitrale est possible par une demande en annulation devant la juridiction compétente conformément aux dispositions de cet article.

L'une des parties pourrait demander l'annulation de la sentence par la requête devant le tribunal compétent dans un délai de 90 jours à partir de la date de réception de ladite sentence ; ou dès le jour de la révision ou l'interprétation ou le rajoutant de la sentence selon chaque cas,

La Cour pourrait annuler la sentence dans les cas suivant :

(1) La demanderesse prouve que
   (a) L'une des parties de la convention d'arbitrage est frappée d'une incapacité en vertu de la loi qui lui applique ; ou
   (b) La convention d'arbitrage n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties ont subordonnée ou, en vertu de la loi thaïe en l'absence d'un tel choix ; ou
   (c) La partie qui demande l'annulation n'a pas été légitimement informée de la désignation du tribunal arbitral ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible de faire valoir ses moyens pour une autre raison ; ou
   (d) La sentence porte sur un non visé dans la convention d'arbitrage ou elle dépasse les termes de la clause d'arbitrage ; cependant, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, la Cour pourrait annuler uniquement les non soumises à l'arbitrage ; ou
   (e) La constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de cette convention, elle n'a pas été conforme à cette Loi sur l'arbitrage B.E. 2545.
(2) Si la Cour constate que
   (a) La sentence porte sur les différends qui n'ont pas été arbitrables d'après la loi ; ou
   (b) La reconnaissance ou l'exécution de cette sentence serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs du peuple.

Lors de la prise en considération de la demande en annulation, si les parties invoquent et que la Cour estime approprier, elle peut aussi surseoir à statuer ladite demande afin que le tribunal arbitral puisse retrancher soit agir autrement pour éliminer la cause d'une demande en annulation ».

744. En ce qui concerne les causes qui rendent recevable la demande d'annulation de la sentence, on peut distinguer deux grandes catégories ; d'une part, les causes demandées par les parties, et d'autre part, les causes constatées par le juge lui-même.

Pour les premières, la loi oblige au requérant la charge de preuve pour soutenir l'une des causes stipulées dans l'article 40 afin que sa demande soit recevable. On peut observer que le recours en annulation selon la Loi thaïe est ouvert aussi bien pour la sentence rendue en Thaïlande que celle rendue à l'étranger. Il en résulte de l'indissociation entre l'arbitrage interne et international. Alors que le moyen de recours permis par le droit français dispose de façon différente, le recours en annulation n'est ouvert que pour la sentence internationale rendue en France (art. 1518 CPC), tandis que la sentence internationale rendue à l'étranger peut faire l'objet d'un appel (art. 1525 CPC). Pourtant, cette différence ne s'agit que du procès, car les causes sur lesquelles la Cour d'appel française peut appuyer pour refuser la reconnaissance ou *l'exequatur* de la sentence arbitrale étrangère sont celles prévues par l'article 1520, les mêmes causes que le recours en annulation.

Revenons à la loi thaïe, l'appel à l'encontre de l'ordonnance ou de la décision de la Cour en vertu de la Loi sur l'arbitrage n'est ouvert que pour les cas prévus par l'article 45 de la même Loi. Force est de constater que la sentence rendue à l'étranger n'est pas susceptible d'appel directement en vertu de l'article 45, il faut que ladite sentence soit reconnue ou refusée de *l'exequatur* par la Cour thaïe et ensuite la partie qui n'a pas obtenu gain de cause pourrait faire appel à l'encontre de cette ordonnance ou décision. D'ailleurs il faut observer aussi que les cas prévus par l'article 45[1313] sont différents de ceux stipulés dans l'article 40 et 43.

Pour les secondes, il s'agit des causes d'annulation constatées par le juge, l'article 40 (2) stipule que le juge compétent pourrait lui-même annuler la sentence arbitrale, sans aucune demande de la partie, dès lors qu'il constate que la sentence relative au litige est légalement inarbitrable ; ou que la reconnaissance ou l'exécution de cette sentence est contraire à l'ordre

---

1313 L'article 45 dispose ainsi : « Il est interdit d'introduire un appel à l'encontre l'ordonnance ou la décision de la Cour en vertu de cette Loi, sauf dans les cas ainsi :

(1) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du peuple ; ou
(2) L'ordonnance ou la décision est contraire à la loi portée sur l'ordre public ; ou
(3) L'ordonnance ou la décision n'est pas conformée à la sentence arbitrale ; ou
(4) Le juge qui a pris en considération de la demande avait fait une opinion dissidente dans son jugement ; ou
(5) L'ordonnance s'agissant des mesures provisoires selon l'article 16

L'appel à l'encontre l'ordonnance ou la décision de la Cour selon cette Loi devrait introduire devant la Cour suprême *Dika* ou la Cour administrative suprême selon le cas.

public ou aux bonnes mœurs du peuple. Il faut constater par ailleurs que le dernier paragraphe de ce même article ouvre la porte à la reconsidération par le tribunal arbitral lorsque les parties au litige font une demande et le juge est motivé qu'il est raisonnable, il peut surseoir à statuer afin que les arbitres puissent retrancher le litige.

2) La notion d'ordre public et de bonnes mœurs du peuple au stade de la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.

745. Nous nous intéressons en particulier à cette cause car on peut constater que la loi dispose de façon bien précise ou assez claire sur les autres causes de l'annulation de la sentence, alors qu'il y en a une parmi elles que la loi ne peut pas stipuler plus claire qu'il en soit. C'est le problème de la notion de l'ordre public en droit thaï. En l'absence de définition, la nuance entre la détermination de la notion et la circonstance applicable pourrait donner lieu aux problèmes d'application par le juge. Sur ce point, la question peut se poser s'il faut distinguer entre l'ordre public en droit général et l'ordre public en matière d'arbitrage, comme l'ordre public international au sens de droit international privé et l'ordre public purement interne ? La détermination de notion d'ordre public applicable au stade de l'annulation de la sentence arbitrale est indispensable. Rappelons que l'objectif des parties contractantes de choisir l'arbitrage est parce qu'elles ne souhaitent pas régler leur litige devant les juridictions judiciaires. Alors, l'interprétation par le juge de manière très large de la notion d'ordre public peut porter atteinte au but des parties. Toutefois, avant de reconnaître ou d'exécuter la sentence, le juge en tant qu'organe étatique qui exerce la compétence judiciaire pour rendre la justice à la communauté, devrait exercer certains contrôles afin d'assurer que la sentence en question n'est pas contraire à la loi ou à certaines valeurs du for censées être protégées.

Force est de constater que l'ordre public est dynamique. Il est variable dans le temps et dans l'espace ; son contenu peut changer à chaque époque. Pour cette raison il est difficile de déterminer la notion exacte de l'ordre public. On ne peut le donner qu'une définition en général, c'est-à-dire qu'il relève toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de considérer quel acte est contraire à l'ordre public. De surcroît, l'article 40 de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545, comme en d'autres lois en général, emploie le terme « l'ordre public et les bonnes mœurs du peuple » qui peut assimiler au terme « l'ordre public international » utilisé en droit français de l'arbitrage. Comme l'on a déjà mentionné dans notre étude de la Première partie, le terme « l'ordre public et les bonnes mœurs » est employé aussi bien en droit international privé qu'en droit général (v. *supra* n° 332), alors il n'exclue pas le droit de l'arbitrage international. Bien que la loi et la jurisprudence utilisent toujours les deux termes ensemble,

la notion d'ordre public peut aussi être employée séparément de la notion de « bonnes mœurs du peuple ». Car les deux notions ne sont pas identiques.

746. La notion d'ordre public est officiellement définie comme « *l'état de la vie du peuple dans une communauté de bon ordre, de sécurité vitale et propriétaire* »[1314]. On peut distinguer plus précisément en trois matières telles que l'ordre public politique, l'ordre public économique et l'ordre public social. Alors que les bonnes mœurs du peuple signifient la moralité, la tradition, la pensée du peuple qui vive ensemble dans une communauté ou dans un pays. Les auteurs ont ainsi défini l'ordre public et les bonnes mœurs du peuple : pour les uns, c'est « *l'intérêt général de l'État et de la communauté, ayant pour but de fonder un bon ordre de cet État* »[1315]. L'ordre public en droit international privé thaï est ainsi défini comme « *un ensemble de principes aux fins de maintenir la coutume, la politique législative de la Thaïlande à un moment donné et le mécanisme du for d'éviter d'appliquer la loi étrangère normalement compétente* »[1316].

Il n'est pas simple de qualifier quel acte est contraire aux bonnes mœurs du peuple, la jurisprudence a cependant estimé que « *lorsqu'un acte porte atteinte au sentiment public, c'est-à-dire le sentiment des gens en général, un tel acte est considéré comme contraire aux bonnes mœurs du peuple* ». Pourtant, le juge ne doit utiliser comme critère son propre sentiment, ni le sentiment fondé spécifiquement sur une telle ou telle religion. Afin de faciliter notre étude, nous utilisons ici le terme « l'ordre public et les bonnes mœurs » comme stipulé dans la loi en générale et nous mentionnons le terme spécifique lorsque nous souhaitons signifier en tel sens.

747. Certains actes qui sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ont été disposés expressément dans la loi. Mais tel n'est pas le cas de l'arbitrage, car ni l'ancienne Loi de l'arbitrage, ni la Loi B.E. 2545 ne stipulent la définition de ce terme, donc il est toujours le pouvoir du juge d'apprécier la notion d'ordre public et de bonnes mœurs au cas par cas. Il ne faut pas oublier que la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545 applique aussi à l'arbitrage

---

1314 Dictionnaire de l'Institut Royal de Thaïlande, 2e éd., Bangkok : Arun Printing, 2000, p. 106.

1315 U. Monkolnavin, « L'ordre public et les bonnes mœurs du peuple », *Thai Bar Association Journal*, vol. 32, n°1, 1975, p. 13-14.

1316 Phrayasriwisarnwaja (Tianliang Hountrakoon), *Droit international privé*, Bangkok : Sophonphipatanakorn Press, 1931, p. 84-85 ; Y. Saeng-Uthai, *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 1984, p. ; Ch. Pachusanond, « Lois d'application immédiate… », *op.cit.*, p. 31-33.

du contrat administratif, donc le juge administratif applique l'article 40 de cette loi pour considérer la demande en annulation de la sentence arbitrale. C'est-à-dire, en appliquant la même Loi, il y a de possibilité que la notion d'ordre public et des bonnes mœurs appréciée par le juge administratif est différente de celle du juge judiciaire. Il est possible que la pensée ou l'opinion sur l'intérêt public de juge administratif diffère du juge judiciaire. La notion diverse de l'ordre public et des bonnes mœurs peut causer l'ambiguïté aux investisseurs. Affirmé par la tendance des juridictions étatiques, lorsque les juges devaient mentionner l'ordre public et les bonnes mœurs, ils ont souvent répété ces deux notions sans préciser leurs motivations de qualifier une telle cause comme l'ordre public. Un auteur estime dans le sens qu'il faut retrouver la définition commune ou neutre ou qui peut être généralement acceptée et largement applicable dans le commerce international, ceci est indispensable afin que le système de l'arbitrage thaï soit internationalement admissible. Dès lors, afin de définir ce terme, plusieurs aspects devraient être pris en considération tels que : l'aspect économique, l'intérêt public, l'aspect du commerce international[1317].

Cette tendance est différente à celle en matière de reconnaissance ou d'exécution des jugements étrangers. Pour les derniers, les auteurs admettent généralement qu'il n'est pas nécessaire de définir la notion exacte d'ordre public et des bonnes mœurs, la détermination de cette notion de façon générale est plus apte à protéger l'intérêt de l'État. Il semble que les auteurs se contentent de laisser le pouvoir discrétionnaire au juge de définir la flexibilité de l'ordre public et les bonnes mœurs au cas par cas.

Pour un autre auteur, il estime que l'on ne peut déterminer au sens général l'ordre public et les bonnes mœurs, en revanche il est plus convenable et plutôt raisonnable de prendre en considération au cas par cas. Cependant le critère plus apte est l'intérêt public ; lorsqu'il s'agit d'un sujet qui peut porter atteinte à l'intérêt public, on considère en premier lieu qu'il s'agit de l'ordre public et des bonnes mœurs du peuple[1318]. Admettons qu'il n'est pas possible de trouver une définition complète de cette notion, donc la meilleure solution est d'essayer de déterminer ce terme au sens strict et propre à appliquer à l'arbitrage commercial international. Il ne faut pas oublier que chaque pays peut définir différemment la notion d'ordre public, alors une sentence rendue dans un État contractant de la Convention de New York de 1958 pourrait être refusée dans un autre État contractant en raison de la contrariété à

1317 S. Limparangsri, « Où en est la frontière de l'ordre public et des bonnes mœurs du peuple dans l'exécution de la sentence arbitrale ? », *TAI Journal of Arbitration*, vol. 2, 2007, ADR Office, Bureau de la magistrature, p. 14.

1318 *Cf.* H. Vititviriyakul, « Où en est la frontière de l'ordre public… », *op.cit.*, p. 17.

l'ordre public de ce dernier. A titre d'exemple, les auteurs estiment que **l'absence de motivation de la sentence est contraire à l'ordre public thaï**, la loi thaïe oblige l'arbitre de motiver la sentence sauf dans le cas où les parties en sont décidées autrement. Alors il faut rappeler qu'il est possible d'envisager les sentences étrangères qui n'ont pas été motivées en raison de non obligatoire par la loi qui régit la sentence[1319].

Par ailleurs, le problème de l'ordre public et des bonnes mœurs est aussi difficile à dissocier du problème de légitimité de la sentence. La sentence qui est légitime à l'égard du juge n'est pas nécessairement dans tous les cas se conforme à l'ordre public. Pour mieux illustrer nous citons à titre d'exemple le système juridique thaï actuel qui ne reconnaît pas encore les dommages-intérêts punitifs[1320], c'est-à-dire que le juge ne pourrait apprécier que pour les dommages-intérêts conformément au dommage réel. Alors, si l'arbitre accorde à une partie les dommages-intérêts punitifs, ceci est considéré contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du peuple, car le principe de base du droit thaï admet que la partie endommagée ne mérite d'être remédiée que sur ce qu'est subi le vrai dommage. Par conséquent la sentence qui accorde les dommages-intérêts punitifs sera annulée par la Cour. La question peut se demander si ce genre de dommages-intérêts se voit illégitime ? La réponse est positive, un acte qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs peut être considéré comme non-légitime.

748. En effet les causes de l'annulation de la sentence stipulées dans l'article 40 de la Loi sur l'arbitrage sont aussi considérées comme relevant de l'ordre public, par exemple, le principe de la contradiction selon l'article 40 (1) (c), on ne peut refuser que le non respect de ce principe ne soit pas contraire à l'ordre public mais que la loi stipule expressément. Alors que la loi laisse la porte ouverte pour la question de l'ordre public et des bonnes mœurs dans l'article 40 (2) (b) comme une autre cause constatée par le juge lui-même. C'est-à-dire que si le requérant n'a pas pu prouver ou a omis de donner la preuve que le procès arbitral s'est

---

1319 *Cf.* S. Asawaroj, *Le règlement des différends commerciaux par l'arbitrage*, Bangkok : Université de Thammasat, 2000, p. 177 ; *Cf.* J. Bunnag, « Le contrôle de droit par le juge de la sentence arbitrale », *op.cit.*, p. 93. Si la sentence en cause est rendue sous la loi sur l'arbitrage qui n'exige pas les motivations, et qu'elle a été demandée d'*exequatur* en Thaïlande, la Cour thaïe ne refuse pas d'*exequatur*. Comme au sens de la décision n° 7128/2540 (1997) : une sentence rendue à Londres régit par *l'Arbitration Act 1979* qui n'a pas obligé l'arbitre de motiver sa sentence. Le plaideur l'a demandé d'*exequatur* en Thaïlande, la défenderesse a fait valoir que la demande n'était pas recevable en l'absence de motivation de cette sentence. La Cour a constaté que la sentence a été rendue conformément à la loi applicable à l'époque et que la cause invoquée par la défenderesse n'est pas l'une des causes prévues par la Loi, dès lors, la Cour n'a pas pu refuser l'*exequatur* de cette sentence.

1320 A. Chantara-Opakorn, « Où en est la frontière de l'ordre public… », *op.cit.*, p. 26.

déroulé sans respecter du principe de la contradiction, dans cette hypothèse, le juge peut lui-même invoqué cette cause selon l'article 40 (2) (b) pour annuler ladite sentence en raison de contrariété à l'ordre public.

749. Le contrôle du fond à travers l'ordre public et les bonnes mœurs. Ce n'est pas irraisonnable de dire que la demande en annulation de la sentence permettrait aux juges d'examiner le dispositif de la sentence. D'après le principe admis généralement en droit de l'arbitrage, le juge ne pourrait pas contrôler le fond de sentence arbitrée. Certes, les juges ne peuvent examiner que dans le cadre stipulé par l'article 40, mais en l'absence de définition de l'ordre public et des bonnes mœurs, pour savoir si une telle sentence est ou non contraire à ceci, le juge n'a pas pu éviter d'examiner le fond de la sentence. La décision de Cour suprême *Dika*[1321] peut affirmer ce constat, le plaideur avait demandé d'*exequatur* de la sentence internationale rendue à Liverpool, le juge d'*exequatur* a refusé cette demande, le plaideur a introduit l'appel devant la Cour d'appel[1322] qui affirmait la décision du juge d'*exequatur*. Le plaideur a fait l'appel devant la Cour suprême *Dika*, afin de rendre une décision la Cour a pris en considération le fond du contrat que le tribunal arbitral a déjà tranché, ceci est pour savoir si l'arbitre a ou n'a pas tranché le litige conformément aux règlements de l'Institute, ainsi que la méthode de calculer le prix du coton. Normalement le juge ne devrait pas examiner le fond de sentence rendue à l'étranger, mais ce principe n'applique pas à la sentence rendue en Thaïlande y compris la sentence internationale. Finalement la Cour a décidé que la sentence en cause n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs du peuple. Lorsque la défenderesse ne pouvait pas prouver qu'il y avait l'une des causes disposées par la Loi sur l'arbitrage selon laquelle la Cour aurait pu refuser d'*exequatur*, dès lors, la Cour accorde la demande d'*exequatur* au plaideur.

B. Aspect de droit français.

1) Le recours en annulation en droit français.

1321 Cour suprême *Dika* n° 5513/2540 (1997), *Coat Import SA c/ Theparuksingtor Co. LtD.*

1322 Cette décision a été régit par l'ancienne Loi sur l'arbitrage B.E. 2530 dont l'appel contre la décision qui refuse d'*exequatur* pouvait faire devant la Cour d'appel et on peut remarquer que le demandeur pouvait aussi continuer son appel devant la Cour suprême *Dika*. C'est-à-dire que l'ancien système d'arbitrage permettait aux parties d'introduire sa demande devant les trois juridictions comme le cas du litige normal, ceci était contraire au principe de l'arbitrage. Mais selon la Loi de 2002, le recours à l'encontre une décision doit être introduit devant la Cour *Dika*.

750. On commence par la disposition de **l'ancien article** 1504, 1er al. du CPC qui donnait lieu aux problèmes, elle dispose ainsi : « *La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502* ». Il faut constater tout d'abord que la sentence qui pourrait être connue d'un recours en annulation devant la juridiction française selon ce texte devrait être rendue sur le territoire français, quand bien même il paraît que cette sentence résulte d'un litige international qui ne présente aucun rapport avec l'ordre juridique français. Théoriquement, cette solution soutient une conception selon laquelle il faut détacher la compétence des États impliqués d'une sentence arbitrale, car on ne peut nier le fait qu'une sentence puisse avoir des liens avec plusieurs pays. Par ailleurs, c'est pour affirmer que l'arbitre n'a pas de for.

A l'inverse, on peut constater que les parties qui ont choisi la loi française applicable à la procédure arbitrale déroulant hors de la France ne pourraient pas bénéficier de cet article. Certes, cette disposition donne le résultat conformément à la thèse selon laquelle en l'absence de choix des parties la procédure arbitrale est régie par la loi du siège de l'État dans lequel elle se déroule. En effet la jurisprudence française a admis depuis longtemps la validité des sentences rendues à l'étranger qui a soumis le procès d'arbitrage à la loi française, et que la Cour ait souvent refusé le recours contre la sentence rendue en France mais que la procédure a été régie par la loi étrangère. Mais il semble que l'article 1504 du CPC ne retient plus cette jurisprudence.

La question est de savoir qu'en est-il pour la sentence rendue à l'étranger ? Peut-elle faire l'objet d'une demande en annulation devant la juridiction française ? La réponse selon l'ancienne loi était que les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour saisir le recours à l'encontre de la sentence arbitrale rendue à l'étranger[1323].

751. On peut observer que dans la plupart des conventions internationales et de même en droit comparé, le critère de la loi du siège est admis plus fréquemment que celui de la loi applicable à la procédure. *A priori*, c'est l'État du siège de l'arbitrage qui est seul compétent pour connaître des recours en annulation de la sentence alors que les États destinataires de l'homologation ou de l'exécution de la sentence ne peuvent faire qu'une acceptation ou un refus de lui donner effet dans leur ordre juridique.

Force est de constater qu'en admettant la loi applicable à la procédure comme critère, il est possible d'envisager le cas où la sentence déjà validée dans l'ordre juridique du siège de

---

1323 CA Paris, 18 février 1986, *Rev.arb.*1986.583, note G. Flécheux.

l'arbitrage ferait l'objet d'annulation dans l'ordre juridique français. C'est la raison pour laquelle, comme l'admettent les auteurs, « *l'acceptation d'un critère de compétence plus universellement reconnue tel que celui du siège était à éviter de telles difficultés* »[1324].

752. Désormais, le Décret du 13 janvier 2011 a mis la réforme dans la partie réservée aux voies de recours dont les nouvelles dispositions permettraient de clarifier le régime du recours en distinguant entre la voie de recours à l'encontre d'une sentence internationale rendue en France de celle à l'encontre d'une sentence rendue à l'étranger.

La voie de recours à l'encontre de la sentence internationale rendue en France reste toujours la même ; le recours en annulation en vertu de l'article 1518. Les parties peuvent, par un accord exprès, renoncer au recours en annulation, mais la loi (art. 1522) préserve toujours une possibilité d'interjeter l'appel de l'ordonnance d'*exequatur* pour les motifs prévus par l'article 1520. Le principe qui interdit le recours à l'encontre d'une ordonnance qui accorde l'*exequatur* reste comme dans l'ancien texte.

Alors que la sentence rendue à l'étranger peut faire l'objet d'appel (art. 1525), plus précisément c'est une décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'*exequatur* de ladite sentence. La Cour peut refuser la reconnaissance et l'*exequatur* d'une telle sentence uniquement pour les causes prévues à l'article 1520.

2) Les incidences de recours.

a. L'incidence d'un recours en annulation devant les juridictions françaises.

753. L'incidence suspensive de l'exécution. Ce qui est intéressant porte sur le souci de la rapidité d'exécution des sentences arbitrales internationales, réglé par la nouvelle disposition de l'article 1526 qui dispose dans le sens que les recours formés en matière de l'arbitrage international ne sont pas suspensifs d'exécution (c'est-à-dire que l'on adopte le même principe utilisé pour les juridictions administratives).

Sur cette issue, la loi thaïe sur l'arbitrage ne dispose pas expressément comme la loi française en cas du recours en annulation de la sentence arbitrale. Il faut distinguer donc le cas du refus d'*exequatur* de la sentence et le cas d'appel contre la décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'*exequatur*. Pour le premier cas, l'article 43 (6), la Cour peut refuser une demande d'*exequatur* de la sentence internationale si la partie qui devrait être exécutée par cette sentence pourrait prouver que ladite sentence n'est pas encore définitive en

[1324] Ph. Fouchard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris : Litec, 1996, n° 1590.

raison d'un recours en annulation qui est en cours, soit en Thaïlande, soit à l'étranger ; la Cour peut surseoir à statuer la demande d'*exequatur* selon le cas. Pour le second cas, l'appel à l'encontre du jugement ayant accordé ou refusé la reconnaissance ou l'exécution de la sentence selon l'article 45. Dans ce cas, aucune disposition ne donne la solution. Si la question de suspension de l'exécution de la sentence doit être réglée par la loi procédurale du juge compétent, on envisagera ici deux cas distincts, selon si l'appel relève de la compétence de la Cour administrative ou de la Cour judiciaire. Lorsque l'appel est porté devant la Cour suprême *Dika*, on prend en considération des dispositions du CPC thaï (art. 231) ; l'appel à l'encontre d'une décision du juge judiciaire n'est pas suspensif d'exécution, mais le demandeur pourrait faire une demande (sous réserve de caution) pour que cette décision soit suspendue pendant la procédure d'appel. Cependant il en est différent en cas de l'appel devant la Cour administrative suprême ; pour le recours à l'encontre une décision d'*exequatur* des tribunaux administratifs de première instance, l'exécution de la décision est suspendue jusqu'à la décision définitive[1325].

754. L'incidence de la nullité de sentence. Lorsque la Cour d'appel a rejeté la demande en annulation, sans doute, la sentence en cause doit être exécutée immédiatement. Alors que la conséquence de l'admission la demande en annulation sera autrement. Même si cette question se pose de moins en moins de nos jours en raison de l'interprétation de façon restrictive par la Cour d'appel les causes d'annulation, mais on peut trouver aussi certaines décisions intéressantes qui annulent la sentence. Ce qui nous intéresse est l'effet de la nullité de la sentence, car ceci peut entraîner les résultats différents selon le cas. Lorsque la Cour d'appel a décidé d'annuler une sentence, cette décision met à néant la dernière, mais la Cour ne peut toujours pas statuer sur le fond du litige. Il faut bien rappeler que ceci est différent de l'arbitrage interne. D'après M. B. Moreau, l'on peut distinguer les incidences de la nullité de la sentence en quatre catégories selon ; la nature de la sentence ; la nature de la clause d'arbitrage ; le motif de nullité et le caractère d'extranéité de la sentence[1326]. Il en résulte que chaque cause de nullité peut entraîner des effets divers. On peut observer que pour savoir quels sont les effets de nullité de l'arbitrage à caractère international il faut prendre en

---

1325 L'article 70 de Loi portant création des juridictions administratives et de la procédure administrative contentieuse B.E. 2542 (1999), disponible en version française sur http://www.admincourt.go.th/amc_fra/04-laws/f2act.pdf

1326 B. Moreau, « Les effets de la nullité de la sentence arbitrale », *in Études Pierre Bellet*, Paris : Litec, 1991, p. 403 et s.

considération le type de clause d'arbitrage, c'est-à-dire s'il s'agit d'une clause compromissoire, la nullité de la sentence renverrait les parties à une nouvelle mise en œuvre de la clause d'arbitrage[1327]. Force est de constater que la nullité de la sentence n'affecte pas la clause compromissoire, les parties sont toujours liées par cette convention. Ceci vient affirmer le principe de l'autonomie de la clause compromissoire à l'égard de la nullité de la sentence arbitrale. Tandis que la nullité de la sentence d'un compromis d'arbitrage ne laisse pas subsister ce compromis, autrement dit, le compromis est expiré et ne peut produire aucun effet.

755. En ce qui concerne la partie qui devrait être liée par la nullité de la sentence arbitrale, la Cour de cassation a donné la réponse dans sa décision s'agissant d'un arbitrage multipartite. En l'espèce, la Cour d'appel a décidé nulle la sentence rendue par le tribunal arbitral et que les parties ont formé les moyens contre cette décision. La Cour de cassation a estimé que la nullité produirait un effet à l'encontre de toutes les personnes liées par la clause d'arbitrage : « *la sentence annulée doit l'être dans sa totalité et que l'annulation de la sentence produit ses effets à l'égard de tous ceux qui s'en prévalent, signataire ou personne qui ne conteste pas être liée par la clause compromissoire* ». Alors on peut dire que **la nullité est indivisible**. La Cour de cassation a aussi fait une distinction entre la nullité et l'inapplicabilité de la sentence en jugeant que « *bien que les condamnations ne soient pas indivisibles et que la société Kocak admette être liée par la convention d'arbitrage, la Cour d'appel peut annuler la sentence dans sa totalité (...)* »[1328]. En effet M. Kocak, un mandataire de la société, n'était pas lié par la clause compromissoire, mais le prononcé « nul » de la sentence ne peut être dissocié ; plus précisément la Cour ne peut pas annuler uniquement la partie de sentence qui concerne M. Kocak.

b. L'incidence d'un recours en annulation devant les juridictions étrangères.

756. Comme l'on a dit qu'un État pourrait reconnaître normalement le recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsque celle-ci a été rendue sur son territoire. Le droit comparé nous démontre aussi la tendance selon laquelle le droit moderne admet le pouvoir du juge étatique du siège de l'arbitrage comme le critère pour déterminer si cette sentence peut faire l'objet de ce recours devant les tribunaux de cet État. Force est de reconnaître que les

1327 *Id*., p. 405.

1328 Cass. 1er civ., 30 octobre 2006, n° 04-10.201, *Bull*. 2006.I, n° 440, p. 376.

termes utilisés par la loi affirment aussi ce constat, les dispositions de la loi dissocient le recours en annulation (art. 1518 du Décret de 2011) de l'appel à l'encontre la décision (art. 1525 du Décret de 2011) pour le cas de droit français.

En droit thaï, le recours en annulation est employé pour le cas de la sentence internationale rendue en Thaïlande (art. 40), tandis que le recours pour le refus d'*exequatur* de la sentence est employé pour l'hypothèse de la sentence rendue « à n'importe quel pays » selon le terme de la loi (art. 43). Certes, ces dispositions sont conformées à la logique, car le juge n'a pas de pouvoir d'annuler la sentence rendue dans un autre État. Il ne peut faire que d'accorder ou non *l'exequatur* de la sentence étrangère.

Lorsqu'une sentence arbitrale a été annulée par le juge étranger, il reste à savoir si elle peut toujours produire un effet dans l'ordre juridique français. A ce stade, il est clair que la sentence annulée par la juridiction étrangère ne pourrait bénéficier des dispositions de la Convention de New York de 1958. En ce qui concerne la question de savoir si la sentence annulée au lieu du siège de l'arbitrage peut être reconnue ou exécutée en France, on verra par la suite.

757. Conclusion de la section. D'après nos études, on peut dire que la différence de l'intensité du contrôle envers les sentences arbitrales internationales rendues en matière des contrats hybrides est celle qui cause un vrai souci aux juristes. Il semble que dans l'ordre juridique français, il n'est pas facile d'éviter le problème de la concurrence des juridictions qui seraient compétentes d'apprécier le recours à l'encontre de la sentence arbitrale. Alors que sur ce problème, la Loi thaïe sur l'arbitrage a déjà trouvé la solution et laisse aux juges le pouvoir de détermination du litige administratif international du litige civil et commercial international. A notre avis, il faut bien préciser dans la loi la règle de répartition de compétence en matière internationale du juge d'*exequatur*, par exemple la sentence porte sur le contrat administratif international relève de compétence des juridictions administratives, car on peut limiter le débat sur cette issue et aussi faciliter le travail du juge et économiser le temps des parties au litige. Tandis que les conditions de recours contre la sentence arbitrale en droit français n'éloigne pas de celles utilisées en droit thaï, quoique, en droit thaï, la difficulté particulière paraît dans la notion de l'ordre public et des bonnes mœurs, car on applique ce même terme aussi bien en matière de droit interne qu'en matière de l'arbitrage international dont la détermination devrait être appréciée par le juge au cas par cas.

Section II

Réception dans l'ordre juridique étatique des sentences arbitrales internationales.

758. Il semble que la reconnaissance et l'exécution en Thaïlande et en France de la sentence internationale rendue à l'étranger ne posent pas de difficultés spécifiques grâce à la Convention de New York de 1958. La France est un État contractant de cette Convention et que le système juridique français est moniste, par conséquent l'application de la convention international est automatique conformément à l'article 55 de Constitution de la République française[1329]. Cependant, les dispositions du CPC français ont aussi adopté le texte de la Convention de New York de 1958 concernant les conditions de reconnaissance et d'exécution. Tandis que la Thaïlande, État signataire de ladite convention et que son système juridique est dualiste, pour qu'une convention internationale puisse être appliquée dans ce pays, il est nécessaire de la ratifier et élaborer la Loi transposition une telle convention en droit interne. La Thaïlande a adhéré la Convention de New York de 1958 depuis 1959 sans réserves. La Loi sur l'arbitrage B.E. 2530 (1987) et B.E. 2545 (2002), dans la partie portant sur la reconnaissance et l'exécution de la sentence, a été rédigée conformément aux dispositions de ladite convention et on peut dire que la Thaïlande a ratifié cet instrument international à travers les articles 29 et 41 desdites lois[1330]. De surcroît, les juges thaïs

---

1329 L'article 55 stipule ainsi : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

1330 Les conventions internationales multilatérale sur le droit de l'arbitrage adhérées par la Thaïlande sont : le Protocol de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage ; la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; et la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères 1958 (Convention de New York de 1958).

Il reste à savoir si ces instruments internationaux peuvent produire les effets sur le système juridique thaïlandais immédiatement. Force est de constater que le système juridique thaï est dualisme ; l'ordre juridique interne se distingue de l'ordre juridique international par conséquent les droits qui sont d'origine de ces sources ne sont pas classés dans un même rang, pour ces raisons le droit interne prime sur le droit international. Pour qu'une convention internationale signée par l'État thaï puisse produire les effets, il faut qu'elle ait adoptée par la procédure parlementaire et publiée sur le Journal officiel de Royaume Thaïlandais. Il y avait plusieurs opinions sur l'application de la Convention de New York de 1958, la Thaïlande est un pays adhéré, pour certains, le Parlement de Thaïlande a déjà ratifié cette convention à travers l'article 29 de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2530 (1987). Par ailleurs, la jurisprudence a admis depuis longtemps la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères avant l'élaboration de la Loi de 1987 (v. Cour suprême *Dika* n° 465/2478 (1935) ; n° 1083/2522 (1979)). En effet, il est à noter que le site de CNUDCI a précisé que cette convention est entrée en vigueur en Thaïlande en 1960. *Cf.* J. Pukditanakul et V. Ariyanuntaka, "Aspects of Enforcement of Foreign Judgements and Arbitral Awards in Thailand", *Cases and Materials on Arbitration*, Office of the Judiciary, Ministry of Justice, 1992, p. 220.

mentionnent constamment la Convention de New York de 1958 dans leurs décisions[1331], alors on peut dire que la jurisprudence thaïe reconnait l'application de la convention internationale qu'elle a adhérée depuis longtemps.

Avant que l'on étudie les problèmes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales internationales **(§2)**, il reste à savoir si la sentence en question a doté d'autorité quelconque afin de produire un effet dans un État **(§1)**.

§1 : Autorité attachée aux sentences arbitrales internationales.

759. Rappelons que le droit de l'arbitrage thaï ne distingue pas l'arbitrage interne et l'arbitrage international ; toutes dispositions appliquent à toutes sentences arbitrales destinées à reconnaitre ou exécuter en Thaïlande. Alors qu'en droit français s'agissant de voies de recours, comme l'on a déjà vu, le Décret du 13 janvier 2011 dissocie la sentence arbitrale internationale rendue en France de celle rendue à l'étranger. Toutefois, la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales sont dirigées sous le Chapitre III « rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international » qui englobe aussi la sentence internationale rendue en France. Comme on le sait, la sentence arbitrale n'est pas titre exécutoire, dès lors afin d'être exécutée dans un autre État, il est indispensable d'obtenir une ordonnance d'*exequatur*, cependant la sentence est reconnue en soi, ceci est affirmé de nos jours dans la plupart des règles de droit étatique sur l'arbitrage, aussi bien le droit français que le droit thaï, que la sentence arbitrale est dotée de l'autorité de chose jugée.

On peut envisager notamment dans l'ordre juridique français que la jurisprudence admet l'extension de la notion de l'autorité de la chose arbitrée pour que la Cour puisse exiger l'obligation de concentrer les moyens et les demandes aux parties du litige. Certes, les opinions sont diverses sur la question d'appréciation cette obligation requiert par la Cour de cassation.

Il nous convient d'étudier tout d'abord la reconnaissance de la chose jugée des sentences arbitrales internationales qui manifeste les effets *de plano* de la sentence (A). Nous verrons par la suite l'élargissement de la mise en œuvre de l'autorité de chose arbitrée (B).

1331 Cour suprême *Dika*, n° 5513/2540 (1997) : il faut observer la formule employée par la Cour ainsi : « *Vu que la sentence en cause s'agissant de sentence internationale rendue à l'étranger donc elle relève de la Convention de New York de 1958 dont la Thaïlande est un pays signataire ; que cette sentence peut avoir la reconnaissance et l'exécution en Thaïlande en vertu de l'article 29 de Loi sur l'arbitrage B.E. 2530* ». La jurisprudence constante continue utiliser cette formule jusqu'à l'heure actuelle.

A. Autorité de la chose jugée des sentences arbitrales.

760. Il existe aussi des différences entre l'autorité de la chose jugée en matière d'arbitrage par rapport à l'autorité de la chose jugée des jugements étatique. On verra par la suite que toutes les sentences arbitrales ne sont pas dotées de cette autorité.

1) La caractéristique de la chose arbitrée[1332].

761. « L'autorité de la chose jugée » signifie en soi que c'est la chose jugée qui a autorité, on peut expliquer qu'il s'agit du prononcé de l'arbitre une sentence qui tranche le litige au fond, par conséquent la décision portée sur ces questions de fond est dotée d'autorité de chose arbitrée.

Avant la réforme de droit sur l'arbitrage en 1980, il semblait que les opinions étaient diverses en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée de sentence arbitrale[1333]. La loi actuelle est plus claire sur ce point, nous rapprochons d'abord de l'ancienne disposition de l'article 1476 du CPC qui stipule que « *la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche* » (applique à la sentence internationale en vertu de l'article 1500). Cette disposition a été exactement reprise par le Décret du 13 janvier 2011, l'article 1484, 1er al. qui applique aussi à la sentence arbitrale internationale.

A la différence de la partie historique, c'est affirmée dans la doctrine que dès lors que l'arbitre tranche le litige, sa sentence est un acte juridictionnel et ne peut qu'avoir autorité de la chose jugée[1334]. La question peut se poser comment on pourrait admettre cette autorité à une chose arbitrée, si la compétence arbitrale est d'origine « conventionnelle » ? Certes, on ne peut nier le fait que l'arbitrage a la nature conventionnelle, alors certains auteurs défendent que son origine conventionnelle ne puisse permettre à l'arbitrage de déboucher sur une sentence d'une nature différente. Sur cet argument, l'opinion de M. H. Vizioz[1335] nous

---

1332 Il semble que le législateur emprunte le terme « chose jugée » de matière des jugements étatiques, si l'on emploie le mot « chose arbitrée » ce n'est pour rien d'autre que la distinction entre la chose jugée utilisé pour le jugement et la chose arbitrée pour la sentence arbitrale.

1333 Les juridictions étatiques admettaient depuis longtemps l'autorité de la chose jugée de sentence arbitrale, V. par exemple le plus ancien daté depuis 1810 : Cass. civ., 17 avril 1810 ; CA Paris, 6 juillet 1971, *Rev.arb.*1971.119.

1334 Ch. Jarrosson, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, n° 8, Août 2007, p. 2.

1335 H. Vizioz, *Études de procédure*, Bière éd., 1956, p. 94-96.

convainc ; il affirme que « *l'arbitre exerce une fonction publique* », c'est-à-dire celle de juger le litige, il ne faut pas ignorer le fait que « *celui-ci a reçu l'assentiment du législateur avant même que les parties puissent exprimer leur propre volonté de recourir à l'arbitrage* ».

762. Ce principe a été admis dans la plupart des droits étatiques de nos jours, soit par la formule directe comme en droit français déjà cité, soit la notion considérée équivalente comme en droit thaï. Pour le droit thaï, bien qu'on n'utilise pas dans la loi le terme qui signifie exactement « l'autorité de chose jugée »[1336], lorsque l'on prend en considération l'article 41[1337] de la Loi sur l'arbitrage en version anglaise, on trouve qu'il utilise le terme « *binding* » : « *an arbitral award (...) shall be recognized as binding (...)* », c'est pour exprimer le mot « autorité ». Le texte utilise aussi le mot « lie les parties » afin d'affirmer que la sentence est obligatoire pour les parties.

En effet, le droit thaï a été influencé par le texte de la Convention de New York (art. III), donc le terme employé en thaï dans ladite Loi ne manifeste pas de grande différence par rapport à cette Convention. De même que la loi anglaise qui rappelle le terme « définitive »[1338]. Il en résulte de la décision de la CPJI dans l'affaire *Société commerciale de Belgique*, la Cour estima que « *la reconnaissance d'une sentence comme ayant* ***l'autorité de la chose jugée n'est que la reconnaissance du fait que le contenu des sentences arbitrales a un caractère définitif et obligatoire*** »[1339].

763. Force est de constater que toute sentence arbitrale a l'autorité de chose jugée. Il faut rappeler que la chose arbitrée est dotée de l'autorité dès lors que la sentence est définitive, alors les hypothèses où l'autorité de chose arbitrée ne se présente pas : le cas où le délai des

---

1336 L'autorité négative de la chose jugée au sens du Code de procédure civile donne lieu à une action appelée « ฟ้องซ้ำ » en thaï (l'article 148). Par ailleurs, comme l'on a vu dans le chapitre précédent, l'autorité de chose jugée se présente aussi dans l'article 145 du CPC pour affirmer que le jugement ou l'ordonnance ne lie que les parties du procès et qu'il n'a aucune autorité à l'égard des tiers.

1337 Version anglaise, Recognition and Enforcement of Award, Section 41 paragraph 1: *"Subject to Section 42, Section 43 and Section 44, an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application to the competent Court, shall be enforced."* Version thaïe dispose que "ภายใต้บังคับมาตรา ๔๒ มาตรา ๔๓ และมาตรา ๔๔ คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น"

1338 Effect of award, Section 58 (1): "*Unless otherwise agreed by the parties, an award made by the tribunal pursuant to an arbitration agreement is final and binding both on the parties and on any persons claiming through or under them.*"

1339 CPJI., 15 juin 1939, *Sté commerciale de Belgique*, Série A/B n° 78, p. 174-175 et 178.

recours n'est pas encore expiré ; ou la décision qui rejette le recours n'est pas encore définitive. C'est-à-dire que l'on peut trouver aussi la sentence qui n'a pas intégralement l'autorité de chose jugée, tel est le cas du recours en annulation partiel.

La question peut se poser si les autres décisions prononcées par l'arbitre peuvent être dotées de cette force ? Là aussi il ne faut pas confondre entre la sentence et l'autre décision qui peut être appelée une ordonnance car seule la première a l'autorité de chose jugée et met fin au litige.

Le problème persiste toujours sur le libre choix accordé aux arbitres d'octroyer certaines mesures provisoires ou conservatoires en forme de la sentence arbitrale, si celle-ci est dotée aussi de l'autorité de la chose arbitrée ? La réponse est négative, la jurisprudence affirme que la sentence accordée aux mesures provisoires n'est activée qu'au cours de l'instance et qu'elle ait pour but de rendre le bon déroulement de procédure arbitrale[1340].

2) La mise en œuvre de l'autorité de chose arbitrée.

764. La reconnaissance de l'autorité de chose arbitrée signifie qu'après avoir prononcé la sentence arbitrale, **le différend sur la même cause entre les mêmes parties ne pourra être introduit devant les juridictions françaises**. Autrement dit, lorsqu'il y a des demandes s'introduisent devant les juges d'appui concernant la chose qui a été tranchée par l'arbitrage, ils doivent déclarer irrecevables ces demandes. Le problème peut se poser lorsque les parties ont invoqué la deuxième fois un autre litige devant le tribunal arbitral. Afin de savoir si la demande est recevable, il faut répondre tout d'abord la question selon laquelle si la première sentence est dotée de l'autorité de la chose jugée ou non ? Certes, cette question doit être tranchée par l'arbitre et non le juge d'appui. Car, il appartient aux arbitres de trancher la question relative à sa compétence, conformément à la règle compétence-compétence[1341]. Dès lors, le juge n'a pas de rôle à ce stade mais seulement le contrôle que nous étudierons par la suite.

1340 CA Paris, 7 octobre 2004, *Otor*, *JDI*.2005.341, note A. Mourre ; *Rev.arb.*2005.737, note E. Jeuland ; *JCP* 2005.II.10071, note J.-M. Jacquet.

1341 V. CA Paris, 26 septembre 2002, *Melnik*, *Rev.arb.*2002.1049 : la Cour a estimé que « *en application de l'article 1466 du CPC et en vertu du principe de compétence-compétence, il appartient à un tribunal arbitral nouvellement saisi de statuer, le cas échéant, sur une fin de non-recevoir tirée de l'exception de chose jugée ou du défaut d'intérêt d'une des parties à former une demande* ».

765. Comme l'on a dit ci-dessus, la même question entre les mêmes parties portant sur la même cause et le même objet ne peut être retranchée à nouveau par le deuxième tribunal arbitral, il s'agit ici de l'effet négatif de l'autorité de chose jugée. Autrement dit, l'arbitre devrait tenir compte de la première sentence en raison de l'autorité de chose arbitrée, à l'exception que si les parties sont d'accord pour ne pas prendre en compte l'autorité de la chose jugée de ladite sentence, et pour ne pas revenir à la question déjà tranchée. Rappelons que l'on tient ici le principe selon lequel ce qui a été jugé bénéficie d'une présomption de vérité[1342].

Toutefois, il existe aussi certaines exceptions et celles-ci permettent à l'arbitre d'entendre et de trancher le fond de litige dans la deuxième procédure arbitrale, c'est le cas où les parties ne sont pas identiques que dans la première instance et dans l'hypothèse où le différend a été jugé par un autre arbitre. Qu'en est-il si les mêmes parties ont introduit une nouvelle fois devant le nouveau tribunal arbitral les différends portant sur la même cause, le même objet ? A notre avis, les parties sont libres de renoncer au résultat de la sentence, tout dépend de leur volonté commune. Si toutes parties contractantes n'acceptent pas de se conformer, rien ne peut les forcer, la sentence ne lie que les parties au litige (là aussi il faut prudemment considérer qui sont parties au litige). Alors on peut dire que dans cette hypothèse les parties sont libres à la renonciation de l'autorité de chose jugée de la première sentence.

766. Par ailleurs dans d'autres affaires, certes, pour les objets différents, si l'une des parties fait prévaloir des faits, des éléments ou des questions qui ont été tranchés dans la première sentence, l'arbitre devrait les prendre en considération en raison de la force de chose jugée. Car l'autorité de chose jugée peut aussi manifester son effet positif affirmé par la jurisprudence, bien qu'il y ait un souci que cet effet pourrait être confondu avec d'autres notions voisines. Il faut faire attention sur les motivations employées par le juge pour admettre l'effet positif de l'autorité de chose jugée.

Prenons un exemple du tribunal de commerce qui a reconnu la sentence arbitrale internationale rendue à l'étranger, en effet le créancier a demandé de reconnaissance incidente de la sentence pour confirmer l'existence de dette. Le tribunal de commerce admet tout d'abord que « *il n'est pas nécessaire, pour que la dette dont la société française demande le paiement soit établie, que les sentences définitives, rendues dans les litiges opposant la société française à la société algérienne, soient rendues exécutoires en France, mais qu'il*

1342 Ch. Jarrosson, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *op.cit.*, n° 34, p. 12.

suffit que leur existence y soit reconnue »[1343]. En effet ceci affirme que la sentence arbitrale même rendue à l'étranger a en soi l'autorité de chose jugée. Pourtant, le tribunal a par ailleurs précisé que « *ladite reconnaissance confère à cette sentence l'autorité de la chose jugée conformément à l'article 1476 du CPC et l'article 1500 du même code qui lui rend applicable* ». Il semble que cette motivation ne nous convainc pas, car l'autorité de la chose jugée existe déjà dès que la sentence soit définitive comme l'on a déjà mentionné[1344].

Il est douteux sur la nécessité de conférer à la sentence l'autorité positive de chose jugée, pour répondre à cette question il faut rappeler que la sentence sera prête à être soulevée devant l'autre tribunal arbitral et les juridictions étatiques, c'est pour l'intérêt des parties et que la sentence mérite d'être reconnue qu'elle tient la vérité dont elle ne pose plus sur le nouveau débat entre les mêmes parties. Conformément à l'effet négatif, ce qui a été jugé doit être entendu comme tel et ne peut être rejugé sur la même issue, alors la chose jugée devrait être également invoquée comme une base pour trancher une autre question.

Cependant la décision du tribunal de commerce précitée donne lieu à un autre problème comme souligne M. Ch. Jarrosson, si le cas en l'espèce s'agissant de l'élargissement de l'effet substantiel de la sentence et non l'autorité positive de chose jugée ? Il n'est pas impossible d'y croire car ce litige concerne une opposabilité de la sentence à un tiers. Pour certains, le principe de la relativité est apte à appliquer à la sentence arbitrale, car ils ont cru que l'arbitre n'est qu'un particulier ayant pour mission de trancher les différends plutôt que de dire le droit véritable[1345].

767. En ce qui concerne le droit thaï sur l'arbitrage, le principe de l'autorité de la chose jugée est également bien établi dans la jurisprudence. Citons la décision de l'Assemblée plénière de la Cour suprême *Dika* en 2007, bien que ceci ait été jugé en matière de l'arbitrage administratif, le principe ne doit pas être différent en matière international.

En l'espèce, la première sentence rendue en 1999 a décidé que *l'Expressway Autority of Thailand* ne peut pas réclamer la somme en cause et l'a condamné à payer les dommages-intérêts à la société demanderesse, la dernière a demandé l'*exequatur* et qu'elle a obtenu ce qu'elle avait demandé. La défenderesse a saisi le second tribunal arbitral en vue d'obtenir le remboursement de la somme qu'elle estime que le plaideur a illégitimement reçu. La

---

1343 T. com. Nanterre, 5e ch., 5 septembre 2001, *Sté Technip France*, *Rev.arb.*2002.455, note D. Bureau.

1344 *Cf.* Ch. Jarrosson, « L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *op.cit.*, n° 46, p. 14.

1345 *Cf.* L. Boyer, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.*1951.163, spéc. n° 15.

deuxième sentence avait été rendue et a été demandée *l'exequatur* devant la Cour. Le litige avait porté devant la Cour civile[1346] qui a décidé que la sentence ultérieurement rendue est légitime. La défenderesse avait fait un recours contre cette décision devant la Cour suprême *Dika* et l'Assemblée plénière a infirmé la décision de la Cour civile en jugeant que « *Vu que les deux parties ont été informées, conformément à la loi de l'arbitrage, de la sentence arbitrale rendue le 1er décembre 1999, dès lors ladite sentence est définitive et lie les deux parties selon l'article 22 alinéa 1er et l'article 21 alinéa 4 de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2530 qui était applicable au moment où la sentence a été rendue ; que les parties soient obligées de se conformer à cette sentence définitive, par conséquent elles ne pouvaient soumettre à un nouveau tribunal arbitral les mêmes causes qui ont été tranchées dans la première sentence* »[1347]. La Cour a estimé d'ailleurs que « *le fait que le plaideur a introduit devant le tribunal arbitral postérieurement constitué afin d'obtenir la sentence sur les questions qui ont été déjà tranchées dès la première instance est considéré illégitime car la première sentence est toujours censée lier les parties et que ceci ne respectait pas l'article 23,1er al.* ». Force est de constater que la Cour suprême ne parle pas directement de l'autorité de la chose jugée, elle se conforme à la disposition de l'article 23 qui stipule que « *la sentence arbitrale définitive lie les parties au litige* », et si les parties n'acceptent pas le résultat de la sentence définitive du premier tribunal arbitral et si on les laisse introduire les mêmes questions aux nouveaux arbitres, le système de l'arbitrage ne pourrait pas atteindre son objectif, car les parties vont continuer de saisir d'autre tribunal arbitral si elles n'ont pas obtenu le résultat qui leur est favorable.

La Cour a finalement décidé que « *la recevabilité par le second tribunal arbitral de retrancher le litige portant sur les mêmes questions déjà tranchées est considéré comme contraire à l'ordre public et les bonnes mœurs du peuple, par conséquent la demande d'exequatur de la seconde sentence est irrecevable* »[1348].

1346 A savoir que la Loi portant sur la création de la Cour administrative a été publié dans le JO le 10 décembre 1999. Alors avant sa création ou même après pour certains litiges, la demande d'*exequatur* ou le recours à l'encontre de la sentence arbitrale administrative relèvent de compétence de la Chambre administrative de la Cour suprême *Dika*.

1347 Cour suprême *Dika*, A.P., 11102/2551 (2007), *Bangkok Expressway PLC. c/ Expressway Authority of Thailand.*

1348 A.P., 6/2551 (2007), préc. Il faut noter qu'en l'espèce le plaideur a fait une demande d'*exequatur* de la deuxième sentence le 5 juin 2002 après l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur l'arbitrage B.E. 2545, dès lors, la Cour a pris en considération de cette demande selon l'article 44 de la nouvelle loi. L'article 44 autorise la Cour de refuser la demande d'*exequatur* en raison de contrariété avec l'ordre public et les bonnes mœurs du peuple de la sentence. มาตรา ๔๔ แห่ง พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า "ศาลมีอำนาจทำคำสั่งปฏิเสธการขอบังคับตามคำชี้

B. L'élargissement de la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée.

768. La concentration des moyens et des demandes en matière d'arbitrage internationale. Tout d'abord, la concentration des moyens et des demandes n'est pas un effet de l'autorité de chose jugée, on verra en revanche que cette obligation résulte de l'extension de notion de l'autorité de la chose jugée normalement entendue pour qu'elle puisse produire un effet sur les moyens et les demandes dans la procédure arbitrale.

1) Le développement des arguments divers.

769. L'admission de l'obligation de concentrer les moyens et les demandes dans l'arbitrage donne lieu à un vif débat et des opinions très diverses. Ce qui nous intéresse tout d'abord, c'est l'argument critiqué à l'élargissement de cette obligation à l'arbitrage. La question est de savoir si l'arbitre, dans l'hypothèse de la prise en considération des demandes introduites postérieurement, statue sur une prétention qui ne lui aurait pas été soumise. Le débat fondé sur l'autorité de la chose jugée qui se rattache à la sentence définitive et qui s'étend à toutes demandes formées sur la même cause bien qu'elles n'aient pas été formées aux yeux de la Cour de cassation. C'est-à-dire que si l'arbitre tranche ces demandes, *l'ultra petita*[1349] entraîne l'annulation de la sentence[1350]. Selon M. Loquin, « *(...) dés lors que la sentence, en elle-même, n'est pas rendue ultra petita. La sentence ne contient aucun motif indiquant que les arbitres ont statué ultra petita, dès lors que, par hypothèse, ceux-ci n'ont pas jugé sur ce qui n'était pas demandé* ». Ceci serait vrai si l'on n'étend pas l'application de l'autorité de chose jugée aux demandes et aux moyens, autrement dit si l'on n'étend pas l'effet négatif de l'autorité de chose jugée à toutes demandes fondées sur la même cause quand bien même elles n'ont pas été formées, il n'y a aucune place pour *l'ultra petita.*

ขาดตามมาตรา ๔๓ ได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมายหรือถ้าการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"

1349 Afin de ne pas dépasser la limite qui est à peine de juger *ultra petita*, l'arbitre devrait statuer conformément à la convention d'arbitrage et l'acte de mission dont l'un des objectifs est de définir l'étendue du litige. Force est de constater que l'arbitre est lié par l'acte de mission, mais les parties pourraient toujours étendre cette mission sous les limites de la clause compromissoire. Comme l'a estimé la Cour de cassation « *que la mission de l'arbitre, définie par la convention des parties, est délimitée principalement par l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties et qu'une cour d'appel a exactement retenu que les arbitres, investis par une clause compromissoire, qui leur soumettait tous les litiges relatifs au présent contrat, pouvaient statuer sur toutes les demandes qui leur étaient soumises à cet égard, sans s'attacher uniquement à l'énoncé des questions litigieuses dans l'acte de mission* ». Cass. 1er civ., 6 mars 1996, *RTD com.*1997.438, obs. E. Loquin ; *Rev.arb.*1997.69, note J.-J. Arnaldez.

1350 G. Bolard, « Le demandeur doit présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause », note sous Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *Sté Prodim*, *JCP*.2008.II.10170.

770. Un autre argument développé dans le sens que cette obligation viole des principes fondamentaux du droit de l'arbitrage ; le libre accès à l'arbitrage. Comme on l'a vu dans la jurisprudence que le résultat du non-respect de l'obligation de concentrer les demandes et les moyens est l'interdiction de l'accès à une seconde procédure arbitrale, cette sanction est considérée comme un déni de justice selon M. E. Loquin. Cet auteur a soutenu le fait que l'interdiction d'avoir la seconde chance de « *faire juger des questions qui n'ont jamais jusqu'à présent été demandées ni jamais débattues devant une première juridiction* » est déni de justice[1351]. Certes, cet argument n'est pas irraisonnable. Il est possible qu'une demande résulte de cause différente et pour un objet différent et que cette cause a déjà existé depuis la première instance arbitrale, et que cette partie aurait pu faire la demande devant le tribunal mais elle ne l'avait pas fait. D'après ce même auteur, la pratique arbitrale affirme qu'il est difficile que les parties puissent concentrer toutes les demandes et les moyens dans les premières semaines de l'arbitrage[1352]. De ce point de vue, l'absence de demandes dès la première instance du plaideur n'est pas forcément considérée comme l'intention dilatoire. Par ailleurs, l'obligation de concentrer les moyens et les demandes fait obstacle à l'évolution du litige en limitant uniquement une telle évolution au stade de l'instance arbitrale. Il en résulte de l'absence de double degré de juridiction en matière d'arbitrage qui permet à évoluer des moyens devant la juridiction d'appel[1353].

Les partisans de cette application soutiennent que ceci pourrait renforcer le respect du principe de bonne foi. L'écrit de M. D. Hascher nous démontre que l'obligation de concentrer les moyens et les demandes est nécessaire et indispensable pour l'arbitrage en estimant qu' « *il est dans la logique de l'arbitrage international d'obliger les parties à faire connaître toutes leurs demandes le plus tôt possible (...), la bonne foi suppose de régler le litige et tout le litige par une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée, sous réserve des éventuelles*

1351 E. Loquin, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev.arb.*2010.201, spéc. p. 220. V. aussi R. Perrot, « Autorité de la chose jugée : sa relativité et le principe de concentration », note sous Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *RTD civ.*2008.551. D'après cet auteur la décision de la Cour de cassation surprend sur le point que quand bien même la cause de nouvelle demande est la même que la première instance, mais l'objet était différent, notamment l'une des trois conditions de la relativité de la chose jugée faisait défaut.

1352 E. Loquin, « De l'obligation de concentrer les moyens… », *op.cit.*, p. 222.

1353 A titre d'exemple, dans l'hypothèse où il y a des moyens nouveaux ou des demandes nouvelles pendant le procès judiciaire, ceux-ci peuvent être présentés en appel sous certaines conditions. C'est pourquoi lorsqu'il y a deux instances successives devant les juridictions étatiques, on peut dire qu'il est possible que le litige soit évolué. *Cf.* E. Loquin, « De l'obligation de concentrer les moyens… », *op.cit.*, p. 216.

causes de révision »[1354]. Affirmé par un autre auteur qui considère ainsi « *en matière de l'arbitrage, l'application du principe de concentration a même vocation à s'y appliquer a fortiori, le fondement conventionnel de la saisine de l'arbitre dotant d'une légitimité textuelle l'application du nouveau mode d'emploi de l'autorité de la chose jugée et cela en raison du principe de bonne foi contractuelle* »[1355].

Certes, on ne peut reprocher, dans tous les cas, au plaideur qui a oublié, même sous l'égide de ses avocats, de concentrer toutes les demandes et tous les moyens dès la première instance, qu'il a tenté de dilater la procédure. Toutefois, il y a aussi la possibilité de l'envisager et dans certains cas il n'est pas aisé de le prouver, tel est le cas que nous allons étudier par la suite ; par exemple le plaideur avait simplement oublié de demander dans la même instance des dommages-intérêts et qu'il l'a rattrapé dans sa deuxième instance arbitrale. Rappelons que la bonne administration de la justice est également l'un des avantages que l'on peut tirer de cette obligation. Car, l'une des raisons ou des intérêts du choix de ce mode de règlement de différends est que l'arbitrage pourrait accélérer de temps du procès et d'économiser de coût, en laissant les parties introduire leurs demandes sans limite de temps il est risqué de détruire ces bonnes considérations de l'arbitrage. Force est de reconnaître que la lenteur de la justice est l'injustice.

L'arrêt de 2008 oblige les parties de concentrer leurs demandes dans la même instance, ce n'est pas à dire qu'il impose à l'arbitre de trancher sur les dommages-intérêts en l'absence de la demande. Alors on ne peut conclure que la demande était fictivement jugée par une décision silencieuse[1356].

771. Cependant ce qui nous rend hésitant d'admettre dans tous les cas l'extension de l'autorité de chose jugé à la concentration des demandes est fondé sur la question de savoir si cette chose jugée a obtenu déjà l'autorité ; d'après H. Motulsky pour avoir doté de l'autorité

1354 D. Hascher, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *TCFDIP* 2000-2002, Pedone 2004, p. 17 et s ; V. en ce sens P. Mayer, « Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage commercial international », *in Liber amicorum Claude Reymond*, Litec 2004, p. 196 : l'auteur estime que « *par une interprétation de la volonté raisonnable des parties à la convention d'arbitrage, que la partie qui saisit un tribunal arbitral d'une certaine demande perd son droit à présenter à un autre tribunal non seulement cette demande, telle que précisément formulée, mais aussi toute autre demande qu'elle aurait pu, et donc dû, de bonne foi, rattacher à celle-ci au cours de la même instance* ».

1355 L. Weiller, note sous Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *Sté Prodim*, *Rev. arb.* 2008.461.

1356 *Contra*. G. Bolard, note sous Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *op.cit.*

de la chose jugée, il faut que la question litigieuse demandée soit véritablement tranchée[1357]. Comment peut-on accorder que « la chose » qui n'a jamais été demandée ni tranchée aurait doté de ladite autorité en elle-même ? A notre avis, il faut soigneusement distinguer le cas où le plaideur est considéré avoir un but dilatoire ou une mauvaise foi de l'hypothèse où celui-ci serait autorisé d'introduire les nouvelles demandes devant le tribunal arbitral postérieurement constitué (c'est un exemple sous l'empire de l'ancienne loi). Pour le premier cas, le juge pourrait décider qu'il fait l'objet de sanction pour le fait du manquement de loyauté procédurale car il ne s'agit pas à ce stade de l'autorité de chose jugée. Alors que pour le second cas, il y a eu une proposition d'un auteur selon laquelle « *rien n'empêche le juge d'appliquer les articles 564 et suivants du CPC pour apprécier certaines demandes nouvelles, dès lors, tous les moyens nouveaux étant eux-mêmes recevables s'ils sont admis par l'article 1502 du CPC* »[1358].

Pourtant, dès lors que la nouvelle loi de l'arbitrage 2011 est entrée en vigueur, l'article 1527 du CPC précise une limitation selon laquelle « *le recours en annulation de la sentence est formé, instruit et jugé selon les règles relatives à la procédure contentieuse prévues aux articles 900 à 930-1* » ; c'est-à-dire que les articles 564, 566 et 567 du CPC ne peuvent être appréciés dans ce cas. *A priori*, il semble que l'admission de la nouvelle demande doit être motivée par le fait qu'aucune loi sur l'arbitrage ne l'interdit.

2) <u>La solution jurisprudentielle.</u>

772. En effet, un arrêt de la Cour d'appel de Paris en 2004 pourrait justifier l'élargissement en matière d'arbitrage l'obligation de concentrer les demandes et les moyens. La Cour a estimé que « *la loyauté et la bonne foi procédurale dans l'arbitrage international imposent bien aux parties de faire connaître leurs demandes le plus tôt possible, et notamment au stade de l'acte de mission où sont récapitulées les prétentions sur lesquelles portera l'instruction de manière à éviter qu'une demande qui aurait pu et dû être soulevée ne le soit par la suite dans un but purement dilatoire ou par simple négligence* »[1359].

1357 H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D.1968.chron.1. Il nous convient de reprendre ici l'opinion de Motulsky au terme exacte, cet auteur a admis que « *la faculté pour le tribunal de décider que, si effectivement le facteur invoqué dans la seconde instance n'avait pas été discuté ni tranché dans la première, alors qu'il aurait pu être soulevé et qu'il ne l'avait pas été dans un but dilatoire, il faisait alors partie de la matière litigieuse de la première procédure* ».

1358 G. Bolard, note sous Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *op.cit.*, p. 4.

1359 CA Paris, 18 novembre 2004, *GIE Euromissile*, *Rev.arb.*2005.751.

L'arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 2008 vient affirmer la jurisprudence précédente. Il s'agit en l'occurrence d'un contrat de franchise entre la société *G&A Distribution*, le franchisé, et la société *Prodim*, le franchiseur. Cette dernière avait saisi le tribunal arbitral conformément à la clause d'arbitrage, celui-ci a rendu dans la sentence du 28 juin 1999 que la société *G&A* est responsable de cette rupture du contrat. Pourtant la demande de la société *Prodim* tendant à la dépose de l'enseigne concurrente a été rejetée. La société *Prodim* a saisi une nouvelle fois le tribunal arbitral en invoquant la violation du contrat de franchise, cette fois-ci, uniquement pour les dommages-intérêts.

La seconde sentence a été annulée par la Cour d'appel de Caen, ses motivations sont intéressantes, elle estima ainsi : « *il résultait du dispositif de la première sentence que le tribunal arbitral n'avait pas statué sur une demande de dommages et intérêt fondée sur un article du contrat de franchise qui prévoyait une clause de non réaffiliation* ». La décision de la Cour d'appel de Caen a été cassée et annulée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 8 juillet 2004. Le litige avait été renvoyé à la Cour d'appel de Versailles qui a délibéré l'arrêt du 30 janvier 2007, un pourvoi formé devant la Première Chambre Civile par la société *G&A*.

La Cour de cassation a décidé ainsi : « *il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur une même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile* »[1360]. Force est de constater que l'arrêt affirme que l'obligation de concentrer les demandes doit être retenue aussi dans l'arbitrage ; la jurisprudence nous a démontré que la Cour n'admet pas que la demande de dommages-intérêts, même si ceci n'a pas encore été statuée pendant la première instance arbitrale, puisse faire l'objet d'une nouvelle demande devant le tribunal arbitral postérieurement constitué. Par conséquent la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée devrait être appliquée dans cette hypothèse. Il semble que ce motif n'est pas tout à fait logique, en particulier l'objet de la nouvelle demande devant le second tribunal était différent de celle qui a été jugée dans la première sentence ; par conséquent on ne constate pas l'autorité de chose jugée sur une demande de dommages-intérêts.

Afin que l'on applique cette obligation à l'arbitrage, il faut que, *a priori*, la notion de l'autorité de chose jugée soit étendue. Cependant la justification de la Cour de cassation n'est pas assez logique, la meilleure raison que nous pouvons admettre est celle de bonne

---

1360 Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *Sté Prodim*, n° 07-13.266, *D.*2008. AJ 1629, obs. X. Delpech ; *Rev. arb.* 2008.461, note L. Weiller ; *RTD civ.*2008.551, obs. R. Perrot; *JCP*.2008.II.10170, note G. Bolard ; *RTD com.*2010.535, note E. Loquin.

administration de la justice. Mais comment ceci est justifié si le plaideur n'est pas de mauvaise foi pour la demande postérieure ? Certes, en tenant compte de la rapidité de procédure arbitrale qui est l'un des buts de ce mode de règlement des différends, disons que la lenteur de la justice est l'injustice. Pourtant si on concentre uniquement sur la rapidité sans tenir compte du fait, ceci peut aussi entraîner l'injustice.

773. En effet, l'obligation de concentrer les demandes doit être prise en considération séparément de l'obligation de concentrer les moyens. Tout d'abord le Code de procédure civile n'impose pas ces charges processuelles. C'est l'obligation jurisprudentielle qui est en jeu, partant de la concentration des moyens selon l'Assemblée plénière[1361] et puis la concentration des demandes, que nous venons d'étudier. En ce qui concerne les moyens, d'après l'arrêt de l'Assemblée plénière, « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* », c'est-à-dire tous les fondements juridiques relevant de cette demande.

Alors que l'obligation de concentrer les demandes impose qu'il faut formuler toutes les prétentions soutenues par les mêmes fondements juridiques dans la même instance. C'est-à-dire que pour le cas en l'occurrence, dès la première instance il faut que le demandeur introduise toutes les demandes qu'il a souhaitées car, selon la Cour, la demande des dommages-intérêts est aussi fondée sur la même cause présentée dans la première instance.

Cependant la juridiction d'appel confirme fermement sa position sur l'inexistence en matière d'arbitrage international l'obligation de concentrer les demandes. Afin de rejeter le recours en annulation à l'encontre de la sentence arbitrale, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en 2010 affirme qu'« *aucune théorie juridique n'imposait à Jnah de brûler toutes ses munitions dans un même arbitrage* »[1362].

1361 Cass. A.P., 7 juillet 2006, *D.*2006.2135, note L. Weiller ; *JCP*.2007.II.10070, note G. Wiederkehr.

1362 CA Paris, pôle 1, ch. 1, 9 septembre 2010, *Marriott International Hotels Inc. c/ Jnah Development SA*, *Gaz. Pal.*, 8 février 2011, n° 39, p. 11. Le cas d'espèce s'agissant d'un recours en annulation formulé par Marriott à l'encontre d'une sentence internationale rendue à Paris en 2009. La société *Jnah* a confié à Marriott l'exploitation d'un hôtel à construire par cinq contrats qui contiennent une clause d'arbitrage de CCI. Marriott a été condamné pour violation du contrat par une première sentence rendue en 2003 à payer la société *Jnah* des dommages et intérêts, des facturations indues et à lui communiquer des pièces comptables. En 2005, la société *Jnah* a saisi à nouveau le tribunal arbitral sur le fondement des mêmes contrats. Cette fois-ci elle a demandé les diverses sommes pour la perte de bénéfice résultant du déclassement de l'hôtel, d'une fraude à la carte de crédit et de charges indûment facturées. La deuxième sentence a été rendue et Marriott a fait un recours en annulation en faisant valoir que la société *Jnah* a violé le principe de bonne foi et de loyauté car celle-ci était abstenue d'invoquer dès la première instance toutes les demandes qu'elle aurait pu soumettre aux arbitres. C'était l'autorité de la chose jugée qui s'attacherait aux questions tranchées depuis le premier arbitrage qui oblige. La Cour d'appel, pour répondre à ces moyens, a jugé que « *les questions qui lui étaient soumises ne procédaient pas*

774. En Thaïlande, à notre connaissance, la jurisprudence en matière de l'arbitrage n'exige pas les parties de concentrer les moyens et les demandes dès la première instance. Alors que les décisions de la Cour suprême *Dika* en dehors de matière d'arbitrage dirigent dans le sens qu'il est possible de faire la demande de dommages-intérêts dans la seconde instance, même si le demandeur aurait pu faire au cours de l'instance ultérieure mais il ne l'avait pas fait.

A titre d'exemple, dans le deuxième litige, les parties sont identiques au premier et que le demandeur dans la première instance a saisi la Cour dans cette instance uniquement pour le dommages-intérêts tandis que le jugement du premier litige a été délibéré. La Cour suprême a estimé que « *la demande pour le second litige est différente de celle du premier litige ; qu'il ne s'agit pas de même question fondée sur la même cause déjà tranchée par la Cour dans la première instance, dès lors, il n'est pas interdit d'assigner une nouvelle fois pour obtenir les dommages-intérêts* »[1363]. La Cour thaïe n'oblige pas les parties à concentrer toutes les demandes relatives à la même cause dans la première instance, ceci est différent de la jurisprudence française déjà citée. Bien que les décisions aient été rendues dans d'autres matières différentes, celles-ci nous permettent de comprendre la position de la Haute juridiction dans chaque système juridique.

§ 2 : Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales internationales.

775. Un autre développement jurisprudentiel qui nous intéresse aussi s'agissant de la reconnaissance en France des sentences annulées dans leur pays d'origine, la réponse à cette question donne lieu au changement radical de conséquence, plus précisément la partie conquérante dans une sentence annulée aurait l'opportunité d'obtenir le résultat qui lui est favorable en faisant reconnaitre de ladite sentence dans un État qui admet la sentence annulée.

Il est vrai que la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ne puissent exercer sans limite, l'État souverain sauvegarde nécessairement certaines valeurs du for, c'est pourquoi afin d'être reconnue ou d'obtenir l'*exequatur*, il faut que certaines conditions soient remplies.

---

de mêmes causes factuelles que les demandes précédemment tranchées et qu'aucune théorie juridique n'imposait à Jnah de brûler toutes ses munitions dans un même arbitrage ».

1363 Cour suprême *Dika*, n° 456/2545 (2002) ; n° 457/2545 (2002) ; n° 1584/2545 (2002).

A. Modalités de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales internationales.

776. Efficacité des sentences arbitrales internationales. Après avoir étudié précédemment la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, on sait qu'il nécessite de dissocier la sentence arbitrale du jugement émanant de l'État. En raison de son détachement de la sentence arbitrale par rapport aux ordres juridiques étatiques et au siège d'arbitrage. La sentence arbitrale n'est qu'un simple acte privé[1364], afin que son efficacité puisse se produire dans l'État requis, il faut recourir à la méthode du conflit de lois. Plus précisément lorsqu'on est en dehors du cadre de droit conventionnel, il appartiendra à la loi désignée par la règle de conflit de lois de déterminer les conditions de validité et les effets de la sentence.

La question est de savoir, de même qu'en matière des jugements étrangers, comment une sentence arbitrale étrangère pourrait-il produire des effets dans l'ordre juridique du for ? Il faut rappeler tout d'abord que la sentence est dépourvue la force exécutoire en soi lors de son présence dans l'État requis ou à vrai dire, elle n'a pas de force exécutoire à l'égard de tous les ordres étatiques y compris l'État du siège de l'arbitrage, *a priori* la sentence arbitrale étrangère est extranéité à tous les ordres juridiques ; une telle sentence n'est pas susceptible de donner lieu à des mesures d'exécution forcée. Il est nécessaire que l'ordre juridique de l'État requis lui confère ladite force, c'est pourquoi le jugement d'*exequatur* est indispensable. Sur ce point, on est d'accord que ce n'est pas effet de la sentence étrangère qui est efficace dans un État mais c'est le jugement d'*exequatur*. Nous avons déjà étudié dans l'étude précédente que, comme l'admet M. P. Mayer, « le jugement étranger ne peut se voir conférer la force exécutoire et l'autorité de chose jugée (…) Cela reviendrait à dire qu'il confère au juge étranger un pouvoir de commandement sur le territoire français, spécialement le pouvoir de commander aux organes de contrainte français de prêter main-forte à l'exécution forcée »[1365]. Cette analyse pourrait être étendue aux sentences arbitrales.

777. L'avantage que l'on peut tirer de l'exigence de l'*exequatur* réside dans l'éviction de doute sur la conformité de la sentence arbitrale aux conditions posées par l'État requis. Car, la force exécutoire serait accordée uniquement à la sentence pouvant passer l'épreuve du

---

1364 V. en ce sens P. Mayer, préface de S. Bollée *Les méthodes du droit international privé…, op.cit.*

1365 P. Mayer, *Droit international privé, op.cit.*, n° 410.

contrôle. C'est pourquoi, M. S. Bollée, citant Mme M.-L. Niboyet, admet que « le jugement d'*exequatur* n'a pas pour l'objet de « recopier » l'acte juridictionnel invoqué afin d'introduire dans l'ordonnancement juridique une norme de contenu équivalent », en revanche il a pour but de « concrétiser l'effet juridique de diverses règles conférant des attributs aux sentences étrangères qui pourraient remplir les conditions de l'efficacité »[1366].

De même qu'en matière du jugement étranger, la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères se distingue de l'*exequatur*. La partie conquérante pourrait demander en France la reconnaissance de sentence arbitrale pour débouter une autre partie sans nécessité de l'exécution. Cependant il ne faut pas confondre la reconnaissance avec l'autorité de chose jugée, l'invocation de cette dernière a pour but de contester le procès déroulant contre un plaideur.

778. La demande d'*exequatur* de la sentence. L'article 1516 du Décret de 2011 précise que dans le cas des sentences rendues à l'étranger, une ordonnance d'*exequatur* peut être sollicitée devant le TGI de Paris. Cette idée n'est pas nouvelle, lorsque l'ancienne loi était applicable, celle-ci n'a pas déterminé la compétence territoriale spéciale pour ce cas, il semblait avoir un souci sur le manquement d'expérience de certains tribunaux[1367]. L'argument était que ne serait-il pas plus convenable de conférer au juge qui a suffisamment pratiqué la compétence de traiter une demande d'*exequatur* des sentences rendues à l'étranger ?

Il n'est pas nécessaire d'assigner pour la nouvelle fois afin de demander l'*exequatur*, en revanche, il suffit de le faire par la voie de requête pour éviter le débat sur le fond des griefs qui peuvent être introduits devant le juge d'*exequatur*, car celui-ci devrait normalement contrôler de manière superficielle.

779. Les conditions contrôlées. Observons que la reconnaissance et l'exécution des sentences se fondent toujours sur le principe de simplification et rapidité. Alors il n'y a que deux points principaux de contrôle : le contrôle formel de documentation et le contrôle de l'ordre public international. Le premier est de prouver et affirmer l'existence de la sentence en cause. Pour le second, afin de simplifier la reconnaissance et l'exécution, l'article 1514 du Décret 2011 retient toujours le terme « manifeste » de l'ancien article 1498 1er al. C'est-à-dire

---

1366 S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *op.cit.*, n° 273.

1367 V. Ph. Fouchard, *Traité…*, *op.cit.*, n° 1571.

il faut que **la contrariété soit manifeste uniquement pour le refus de reconnaissance ou exécution**. Cette condition englobe aussi le respect de la contradiction.

Quant aux lois de police du for, on a déjà étudié lors de la procédure arbitrale que l'arbitre devrait respecter et trancher le différend en tenant compte des lois de police du pays où cette sentence aurait été reconnue ou exécutée. En toute logique, seules les sentences internationales qui ne sont pas contraires aux lois de police de l'État requis pouvant être reconnues ou exécutée dans cet État.

780. En droit thaï, la demande d'*exequatur* des sentences arbitrales, quel que soit dans l'État où celles-ci ont été rendues, devrait exercer devant la juridiction qui est compétente. Cependant pour les sentences rendues à l'étranger, elles sont soumises à deux conditions : il faut que ladite sentence soit rendue sous le régime de droit conventionnel dont la Thaïlande est signataire, mais que ceux-ci ne peuvent produire les effets que si la Thaïlande accepte d'y être liée[1368]. Pour la seconde condition, nous pensons qu'elle signifie des réserves dans le cas où la Thaïlande en a conclu. Mais, il paraît que la Thaïlande n'a fait aucune réserve sur la Convention de New York de 1958. La demande d'*exequatur* devrait être introduite par voie de requête. Qu'en est-il si le requérant avait obtenu tout d'abord devant le juge étranger la reconnaissance de la sentence arbitrale étrangère et ensuite il a saisi la Cour thaïe en demandant d'*exequatur* d'une telle sentence ? Dans cette hypothèse, la Cour thaïe a aussi prononcé *l'exequatur* en tant que sentence arbitrale et non pas un jugement étranger[1369].

B. La sentence arbitrale étrangère inconciliable avec le jugement étranger.

781. La question est de savoir qu'en est-il si le jugement étranger a été tranché sur le même prétendu que rend la sentence arbitrale ? Certes, la sentence arbitrale doit être reconnue automatiquement mais dans la plupart des cas celle-ci a besoin d'être exécutée. La sentence arbitrale n'a pas en soi une force exécutoire, donc elle a besoin d'ordonnance ou de jugement d'*exequatur* pour qu'elle puisse être exécutée. L'on peut envisager les deux cas différents, d'une part, l'hypothèse où la sentence et le jugement sont contradictoires ; d'autre part, le cas où les décisions étrangères sont non compatibles.

1368 L'article 41, préc.

1369 Cour suprême *Dika*, n° 698/2521 (1978).

782. Dans l'hypothèse où la sentence arbitrale a été rendue en France en premier et le jugement étranger est en cours de demande d'*exequatur* en France, les arrêts de la Cour de cassation de 2007[1370] sont les bons exemples. Il s'agit en l'espèce d'un contrat de prospection pétrolière entre la société *Total E&P Congo (TEP)*, la République du Congo, et la société libanaise *GAT*, les deux questions posées devant la Cour de cassation portant sur le caractère exécutoire d'une sentence arbitrale d'une part, et pour savoir si la sentence étrangère rendue en France peut faire obstacle à la reconnaissance en France des jugements étrangers d'autre part. La société *TEP* a été condamnée par la Cour suisse à payer une somme d'argent à la société *GAT* pour des échéances de prêt consenti par la dernière. L'État Congo a estimé que la société *TEP* avait trop payé dès lors il a engagé une procédure arbitrale devant la CCI pour le remboursement des sommes déjà versées à la société *GAT*.

A ce stade, le tribunal arbitral a rendu deux sentences partielles : l'une a condamné la République du Congo à régler une certaine somme de 16 millions d'euros à la société *GAT* ; l'autre a ordonné à la société *GAT* de donner instruction à la société *TEP* de verser sur un compte séquestre le montant que la dernière doit à la société *GAT*. Certes, la société *GAT* refusa d'exécuter cette seconde sentence et demanda un recours en annulation, alors que le juge d'exécution rejeta la demande d'astreinte pour forcer cette instruction.

La Cour d'appel a affirmé cette décision, la société *GAT* a formé un pourvoi qui a été rejeté par la Cour de cassation au motif que la sentence arbitrale n'est pas exécutoire de plein droit. Bien que le juge d'exécution puisse octroyer une astreinte en vertu de l'article 33, al. 2, de la loi du 9 juillet 1991, il faut qu'une telle décision soit assortie de la force exécutoire en soi. Il est douteux que la Cour de cassation a affirmé elle-même dans une autre décision que la sentence arbitrale a été qualifiée comme une décision de justice[1371]. Là aussi il ne faut pas confondre entre les deux problèmes, quand bien même la sentence arbitrale est dotée de l'autorité de la chose jugée comme un jugement, mais ce n'est pas à dire que celle-ci peut être assimilée au jugement rendu par une juridiction étatique qui est reconnu de plein doit lorsqu'il est définitif. La Cour de cassation a estimé par ailleurs que même si le règlement de l'arbitrage en l'occurrence, la CCI, contient une disposition par laquelle les parties s'engagent

---

1370 Cass. 1er civ., 4 juillet 2007, n° 05-16.586 et n° 05-16.605, *D.*2007.AJ.2025, obs. X. Delpech ; *Rev.arb.*2007.805, note S. Bollée ; *JCP*.2007.I.216, obs. J. Ortscheidt ; *D.*2008. 451, obs. T. Clay.

1371 Cass. 2e civ., 12 octobre 2006, *Sté Motokov France*, *D.*2006.IR.2627, Pan. 3026, obs. T. Clay ; *RTD civ.* 2007.183, obs. R. Perrot ; *JCP*.2007.I.139 : la Cour a affirmé que la sentence arbitrale en cause est indépendamment de tout *exequatur* et qu'elle constitue un titre suffisant en soi afin de donner une autorisation à un huissier français à exercer une mesure conservatoire. C'est en effet ce fait qui est motivation, car pour octroyer une telle mesure, il n'est pas nécessaire que la sentence soit exécutoire. (l'article 68 de la Loi de 1991)

à exécuter la sentence, mais elle ne signifie que celles-ci s'engagent à exécuter la sentence, il s'agit ici de la responsabilité, et non pas que la sentence soit exécutoire elle-même.

Pour répondre à la première question, c'est toujours l'ordonnance d'*exequatur* qui joue un rôle indispensable pour rendre la sentence une force exécutoire. De surcroît la Cour a appuyé sur le point très important que ladite ordonnance doit être « définitive » ; une telle sentence a force exécutoire dès lors que le délai de recours est expiré. Ce principe a aussi été retenu par le droit thaï, l'article 41, 1er al. de la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545 affirma expressément que « *(...) la sentence arbitrale, rendue dans n'importe quel État, lie les parties ; et elle est exécutoire dès lors que la juridiction compétente prononce l'exequatur d'après la demande d'une partie* »[1372].

783. La seconde question s'agissant de concurrence de la sentence arbitrale et le jugement étranger. En l'espèce le *GAT* a obtenu, de la Cour d'appel de Versailles, l'*exequatur* en France des jugements suisses qui condamnent la société *TEP*, alors que la République du Congo et la société *TEP* ont formé un pourvoi contre ledit arrêt. Comme on le sait, ce pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation, les demandeurs ont fait valoir qu'il y avait une inconciliabilité selon la Convention de Lugano entre les jugements suisses et la sentence arbitrale rendue en France qui exige un séquestre en faveur de la société *TEP* (si cette convention s'applique, la reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée dès lors qu'elle est inconciliable avec une autre rendue entre les mêmes parties dans l'État requis).

La Cour décida qu'il n'y avait pas de place pour la Convention de Lugano car en l'occurrence il s'agit de matière d'arbitrage, par conséquent les juges du fond avaient raison d'estimer que ces jugements et les sentences n'étaient pas inconciliables[1373]. Alors, d'après la Cour de cassation, la réponse à cette question est que « *les sentence arbitrales ne sont pas susceptibles de faire obstacle à la reconnaissance de décisions rendues dans un autre État membre* ».

784. Dans l'hypothèse où il existe déjà un jugement étranger définitif étant accueilli en France et que la sentence arbitrale est postérieurement rendue sur le même prétendu, il faut

---

1372 มาตรา ๔๑ วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ บัญญัติว่า "... คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะได้ทำขึ้นในประเทศใดให้ผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้มีการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น"

1373 Le terme employé par la Convention est large, car la « décision » pourrait être déterminée en plusieurs sens. Cependant d'après la jurisprudence communautaire et la jurisprudence française, il faut entendre la notion de « décision » comme celle uniquement rendue par une juridiction étatique.

distinguer les deux situations suivantes : le cas où l'incompatibilité se présente entre les deux décisions, c'est la décision antérieure qui l'emporte et la sentence postérieure sera annulée. Ce qu'il faut retenir est que la première décision devrait être accueillie dans l'ordre juridique français pour qu'elle puisse emporter sur la seconde décision dans cette hypothèse. Toutefois, lorsque les deux décisions sont compatibles, la sentence postérieure ne pourra pas faire l'objet d'une annulation.

785. En Thaïlande, il n'y a pas de convention internationale applicable à la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères comme l'on a déjà étudié, dès lors, tous les cas envisagés seraient traités dans le cadre du régime de droit commun. Comme d'autres pays, à notre avis, la Cour suprême *Dika* reconnaîtrait la sentence arbitrale internationale. Alors que le statut des jugements judiciaires étrangers peut être assimilé à la sentence arbitrale dans la mesure où ils sont dotés de l'autorité de la chose jugée, mais afin d'être exécuté en Thaïlande, il faut avoir au préalable un jugement d'*exequatur* de la Cour thaïe. A ce point de vue, on peut dire que le statut de la sentence arbitrale étrangère ne diffère pas de celui du jugement étranger. Quoi qu'il en soit, il semble que la reconnaissance et l'exécution des sentences en Thaïlande ne rencontrent guère de difficultés particulières, sans doute grâce à la Convention de New York de 1958.

786. Le non contrôle de l'application par l'arbitre de la règle de droit dans l'arbitrage français. La question est de savoir si le juge étatique pourrait examiner l'application de la règle de droit par l'arbitre ? Qu'en est-il si l'arbitre applique à tort la loi au litige ? Ce problème est délicat car, si l'on admet au juge le pouvoir d'examiner ou de réviser la sentence arbitrale, l'objet de l'arbitrage sera ruiné. Il est admis de façon constante parmi les praticiens de l'arbitrage international la décision de la Cour de cassation française qui estima que la manière dont l'arbitre a appliqué la règle de droit pour régler le litige au fond échappe au contrôle du juge de l'annulation. Il en résulte du choix des contractants de régler leur différend par ce mode alternatif de règlement de différends et non pas le mode judiciaire du juge étatique en appliquant rigoureuse des règles de droit.

787. L'étendue sur le contrôle de la sentence arbitrale étrangère entre la juridiction administrative et judiciaire semble manifestement différente. D'un côté, pour le cas où le litige relève de la compétence de la Cour judiciaire, en ce qui concerne du recours contre la sentence arbitrale, on peut constater que les articles 1504 et 1505 du CPC permettraient

uniquement pour un recours en annulation devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. D'autre côté, si ce même litige est introduit devant la juridiction administrative, selon l'article L.321-2 du Code de justice administrative la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en appel devant le Conseil d'État. Il s'agit d'un appel relevant de l'ordre public de direction auquel les parties au contrat ne devraient pas pouvoir renoncer au profit du recours en cassation.

En ce qui concerne du cadre d'un recours en appel, un appel devant le Conseil d'État est considéré comme le juge du procès car celui-ci alla dans l'ensemble du litige soumis à l'arbitrage alors que le juge judiciaire ne tient compte que la sentence arbitrale. Il semble que cette voie de recours est bien accueillie parmi les publicistes, puisqu'ils croient en la protection de l'intérêt général de l'État, personne morale publique, dans ce procès le Conseil d'État devrait certainement prend en considération la spécificité de l'un des contractants. Citons l'avis de M. P. Cassia selon lequel le contrôle par le juge administratif sur le bien-fondé de la sentence ne peut pas être superficiel, car les pouvoirs publics ne sauraient abandonner à de simples individuels de juger et de rendre une décision qui n'est surtout pas fait au nom du peuple français[1374]. Donc il est possible que l'on prenne le risque d'une violation de dispositions légales.

En effet cette opinion n'est pas loin de celle de partisans thaïs et notamment les praticiens, ceux-ci mettent l'accent sur l'idée qu'il ne faut pas laisser le destin de l'établissement public dans les mains de particuliers[1375].

Comme l'écrit M. P. Mayer qu'en tenant compte de la spécificité de la partie « publique » cocontractante dans le contrat international, il n'est pas justifié d'envisager que l'arbitrage reste confiné à « la justice en soi loin des regards du public et surtout de ceux de l'appareil d'État »[1376]. Il semble que les auteurs mettent plutôt l'accent sur l'examen du fond du litige lorsque celui-ci porte sur l'intérêt public, en particulier dans le cas où l'une des parties est personne morale de droit public.

1374 P. Cassia, « Les sentences arbitrales internationales … », *op.cit.*, p. 1568-1569.

1375 En Thaïlande, la pratique nous démontre qu'en général le tribunal arbitral se compose de trois arbitres même pour le différend entre la personne publique et l'entreprise de droit privé. La loi n'exige que deux sur trois membres pour chaque audience et il paraît que, souvent, certains arbitres ne sont venus que pour la première séance et puis la dernière pour rendre la sentence. Ce comportement se voit péjoratif aux yeux du public et ceci explique le sentiment des personnes qui ne voulaient pas faire confiance au procès d'arbitrage en particulier pour ce genre de litige. Ce sujet devient de plus en plus sensible, surtout après la sentence arbitrale de la chaine de télévision ITV en 2007.

1376 P. Mayer, préface C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris : Dalloz, 2001.

788. En Thaïlande, les auteurs admettent aussi le principe de non contrôle de l'application de droit par l'arbitre, sauf si les erreurs d'application paraissent clairement devant le juge[1377]. Bien que l'arbitre, par accord des parties, puisse trancher le litige sans recourir à la loi étatique, la loi concernant l'ordre public et les bonnes mœurs devraient être respecté en tout état de cause.

C. Reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine.

789. Certes, cette question ne se pose pas si la partie conquérante souhaite la reconnaissance d'une sentence dans le pays du siège de l'arbitrage, car la sentence a été annulée par le juge de cet État. Mais on envisagera ce problème dès lors que la partie contractante fait une demande d'*exequatur* une sentence annulée devant la juridiction étrangère. Force est de constater que la sentence annulée dans son pays d'origine ne peut bénéficier des dispositions de la Convention de New York de 1958. Toutefois, il est possible que ladite sentence soit reconnue et exécutée dans un autre État à travers le système de droit commun.

790. En France, la Cour de cassation a jugé en ce sens dans son arrêt rendu en 1993 : « *la décision de suspendre le caractère exécutoire de la sentence prononcée par les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage* ***ne pouvait faire obstacle*** *à l'exécution de la sentence en France en droit commun* »[1378]. Cette décision a été affirmée par l'arrêt *Hilmarton* en 1994, il s'agissait de la sentence annulée en Suisse.

En effet il faut commencer par les dispositions de la Convention de New York de 1958 qui avaient adopté une réponse multilatérale sur la question de la valeur juridique de sentence arbitrale annulée. L'article V (1) (e) de cette convention admet que la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne pourraient être refusées que si, entre autres, la sentence n'est pas devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée par une autorité compétente du pays dans lequel ou selon la loi duquel la sentence a été rendue.

Cependant l'article VII (1) de la même convention dispose ainsi « *les dispositions de la présente Convention ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de*

1377 S. Asawaroj, *Le règlement des différends commerciaux par l'arbitrage*, *op.cit.*, p. 175.

1378 Cass. 1er civ., 10 mars 1993, *Polish Ocean Line*, *Rev.arb.*1993.255, note D.Hascher ; *JDI*.1993.360, 1re esp., note Ph. Kahn.

se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée », ce texte ouvre la porte pour les États membres qui souhaitent de préserver leurs dispositions du droit interne prévoyant sur la reconnaissance ou l'exécution de la sentence annulée. Plus précisément, cet article laisse appliquer le droit interne stipulé sur l'efficacité de la sentence, même annulée dans son pays d'origine. Il faut observer que cet article ne peut jouer en l'absence de droit interne ou d'une convention internationale ratifiée par l'État dans lequel sont visés la reconnaissance ou l'exécution de la sentence. Le cas stipulé dans l'article V (1) (e) est bien celui de droit français, car en 1981 la France a adopté un décret qui donnait lieu à l'article 1502 du CPC ; c'est-à-dire que dès ce moment là la décision d'annulation d'une sentence rendue à l'étranger n'est à l'égard du juge français qu'une information sur la loi étrangère, il n'est pas obligé de tenir compte de la valeur de cette sentence.

791. Citons un exemple de l'arrêt *Hilmarton*, en l'espèce, la société anglaise *Hilmarton* a engagé envers la société française *O.T.V.* pour une mission de donner un conseil et de coordination pour l'obtention et l'exécution d'un marché de travaux en Algérie. Suite aux problèmes du paiement du solde de ses honoraires, la société *Hilmarton* avait saisi le tribunal arbitral de CCI selon la clause compromissoire incluse dans le contrat. La sentence a été rendue à Genève en refusant la demande de la société *Hilmarton*, malgré la décision d'annulation par la Cour de justice du canton de Genève de cette sentence, celle-ci a finalement reçu *l'exequatur* en France.

La Cour de cassation a affirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (19 décembre 1991) en estimant dans sa réponse ainsi : « *était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurait établir malgré son annulation et que sa reconnaissance n'était pas contraire à l'ordre public international* »[1379].

792. L'arrêt de cassation rendu en 2007[1380] a fermement affirmé les décisions précédentes. Il s'agit en l'occurrence d'une sentence arbitrale rendue à Londres dans l'affaire entre une

---

1379 Cass. 1er civ., 23 mars 1994, *Hilmarton*, *Rev.arb.*1994.327, note Ch. Jarrosson ; *JDI*.1994.701, note E. Gaillard ; *RCDIP*.1995.359, note B. Oppetit ; *RTD com.* 1994.702, obs. Dubarry et Loquin ; *Petites Affiches*, 9 août 1996, n°96, p. 15-25, note J. Ribs.

1380 Cass. 1er civ., 29 juin 2007, *Rena Holding*, *RTD com.* 2007.682, note E. Loquin ; *Cf.* X. Delpech, « Admission de l'*exequatur* en France d'une sentence arbitrale étrangère annulée », *D.*2007. AJ.

société française *Rena Holding* et une société indonésienne. Cette sentence avait été rendue le 10 avril 2001 en faveur de la partie française, mais que celle-ci a été annulée partiellement par la Cour anglaise. Il paraît dans le fait qu'une nouvelle sentence a été rendue et qu'elle a par conséquent substitué la première sentence annulée, il est à noter que cette seconde sentence était au sens défavorable à la société française *Rena Holding*. Après que la dernière sentence a été rendue le 21 août 2003, la partie française a sollicité l'*exequatur* de la première sentence (annulée) devant le TGI de Paris le 30 septembre 2003, certes, elle a obtenu gain de cause selon sa demande.

Nous nous demandons s'il s'agit là du problème de la loyauté procédurale, puisque l'appel à l'encontre de cette décision par la société indonésienne a été rejeté par l'arrêt du 31 mars 2005. La société indonésienne a ensuite saisi le TGI de Paris pour une demande *d'exequatur* de la seconde sentence, le TGI a prononcé *l'exequatur* de celle-ci, pourtant cette ordonnance a été annulée par l'arrêt de la Cour d'appel car l'*exequatur* a été prononcé après que l'arrêt du 31 mars 2005 a été rendu. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel et a utilisé la même formule en jugeant que « *la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (...)* ». Avant d'affirmer qu'en appliquant l'article VII de la Convention de New York de 1958, « ***(le) droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger*** ».

Alors que dans le second arrêt, la Cour de cassation décida que l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la Cour d'appel (CA Paris, 31 mars 2005), qui avait déclaré recevable la demande de la société *Rena Holding* et bien fondée pour obtenir l'exécution en France de la première sentence, faisait obstacle à l'*exequatur* de la seconde sentence rendue après que la première a été annulée, et inconciliable avec celle-ci.

En effet il paraît en l'espèce que le problème de la loyauté procédurale d'une partie contractante envers d'autre avait été soulevée, mais la Cour de cassation a manqué l'occasion d'expliquer sur se point. Certes, il ne s'agit pas directement de l'arbitrage, or, à notre avis cette obligation de loyauté procédurale peut être qualifiée comme l'ordre public international qui est l'une de causes de non reconnaissance de la sentence arbitrale selon l'article 1498 du CPC. C'est-à-dire que si le juge d'appui avait pris en compte sérieusement ce problème, elle aurait refusé de reconnaissance en France de la sentence arbitrale annulée à l'étranger qui est le cas en l'espèce. Il sera de même pour la Cour de cassation, car le contraire à l'ordre public

international constitue aussi une cause d'annulation de la sentence internationale en vertu de l'article 1502 (5) du CPC (art. 1520 du Décret 2011).

On peut penser d'ailleurs que la partie qui voudrait profiter de la position des juridictions françaises devra faire plus rapidement possible une demande d'*exequatur* de la sentence, parmi deux ou plusieurs même annulées, celle qui lui est la plus favorable à ses intérêts.

793. La jurisprudence constante vient affirmer la conception française de la sentence arbitrale internationale dans la mesure où celle-ci est considérée comme un être juridique isolé des ordres juridiques étatiques en estimant qu'elle « n'est rattachée à aucun ordre étatique », alors elle se voir détacher même de l'ordre juridique dans lequel elle a été rendue. Par conséquent, elle se confère la libre circulation « absolue » dans le sens qu'elle peut obtenir *l'exequatur* dans n'importe quel ordre juridique national qu'elle souhaite, si ledit ordre juridique admet cette même théorie. Pourtant, de l'autre point de vue, la sentence arbitrale n'est pas totalement détachée d'un ordre juridique étatique dans la mesure où elle a besoin de loi étatique applicable dans un État afin d'effectuer sa reconnaissance ou son exécution. Force est de reconnaître que ceci nous rapproche à la *lex mercatoria*, en estimant que la sentence internationale appartient à un tiers ordre juridique dont les sujets sont les opérateurs du commerce international. De surcroît, la formule utilisée par la Cour de cassation française nous fait croire qu'elle place la sentence internationale à un niveau supérieur à celui d'un jugement étranger…

Certains auteurs ne partagent pas l'opinion de la Cour de cassation[1381], car la conclusion faite par la Haute juridiction française donne lieu aux problèmes par exemple ; l'annulation de la sentence par le juge du lieu où la sentence a été rendue semble normale à l'égard des parties contractantes puisque, comme l'on a dit, celles-ci ont choisi normalement le siège de l'arbitrage dans l'État où ses lois sont mieux placées pour le déroulement. Certes, les parties font confiance au système juridique dudit État y compris la justice post-arbitrale. Par ailleurs, comme a fait remarquer M. P. Mayer[1382], l'article 1502 du CPC (art. 1520 du Décret 2011) fait l'impasse sur l'existence d'un jugement étranger prononcé dans le pays

---

1381 V. par exemple S. Bollée, « Admission de l'*exequatur* en France d'une sentence arbitrale étrangère annulée », *RCDIP*.2008.109, n° 14, cet auteur a trouvé qu'il est malvenu d'imposer le libéralisme du droit français pour « sauver » la sentence annulée à l'étranger.

1382 P. Mayer, « L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français », *in Le droit et la pratique de l'arbitrage international en France*, 1984, p. 81 et s.

d'origine où la sentence a été rendue et annulée par la suite. Cette disposition donne un visa aux juges français d'ignorer les décisions d'annulation prononcées par les juges étrangers les sentences rendues sur son propre territoire. Dans le cadre de la réciprocité et de la collaboration entre les États dans le domaine de l'arbitrage, ceci pouvait apparaître assez singulier. D'après M. B. Goldman, « *compte tenu de l'effet dans l'État où la sentence est invoquée de son annulation dans l'État selon la loi procédurale duquel elle a été rendue,* ***lorsque les parties avaient choisi de soumettre la procédure arbitrale à la loi du pays où la sentence devait être rendue, il faut admettre que la sentence annulée dans ces conditions ne pouvait plus avoir aucune existence juridique*** »[1383].

794. Après avoir étudié la tendance de la jurisprudence française, disons que la thèse qui soutient le statut libre de la sentence internationale établie par la jurisprudence française ne peut nous convaincre en raison de l'absence de la logicité ; on est toujours douteux qu'une décision de reconnaissance ou d'exécution de la sentence qui a été annulée par l'autorité judiciaire compétente dans l'État où elle avait été rendue pourrait toujours préserver sa valeur juridique.

Cependant, au cours de la rédaction de ce chapitre, le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage a été délibéré, le rapport au Premier ministre relatif à ce décret a clairement affirmé l'importance du principe jurisprudentielle selon lequel une sentence internationale n'étant rattachée à aucun ordre juridique étatique et sa régularité doit être examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées[1384].

795. En droit thaï, la Loi sur l'arbitrage B.E. 2545, le Chapitre portant sur la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale est influencé par la Convention de New York de 1958. Alors on peut constater que l'article 43 (6) de cette loi a adopté le texte de l'article V. 1 e) de

---

1383 B. Goldman, *Rev.arb.*1983.379. Il soutient qu'il serait contraire à l'ordre public international d'accorder la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence qui n'existerait plus juridiquement comme anéantie dans le pays où elle a été rendue. Et cette inexistence ne pourrait être admise si l'annulation frappait dans le pays où elle a été rendue car une sentence internationale n'est pas intégrée dans l'ordre juridique du pays de sa localisation géographique. V. aussi MM. Bellet et Metzger.

1384 Rapport au Premier ministre relative au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF du 14 janvier 2011 : « *Bien que le nouveau texte ne le prévoie pas expressément, il n'est pas question de revenir sur deux principes acquis en jurisprudence, dont la consolidation en droit positif nécessiterait l'intervention du législateur. (…) Le second est qu'une sentence internationale n'étant rattachée à aucun ordre juridique étatique, sa régularité doit être examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (Civ. 1er , 29 juin 2007)* ».

la dernière en prévoyant le cas de refus de la reconnaissance et aussi de l'exécution de la sentence arbitrale ainsi :

« *La Cour est compétente de refuser la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale rendue dans un pays quelconque,* ***si la partie qui aurait du être exécutée par la sentence peut prouver que***

(6) ***La sentence*** *n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou* ***a été annulée*** *ou suspendue* ***par la juridiction compétente ou d'après la loi du pays lequel la sentence a été rendu*** ».

En ce qui concerne les cas d'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution lesquels les requérants peuvent solliciter devant la Cour, cependant la Loi thaïe dispose de manière différente de celle de la loi française. Car en droit thaï, le législateur distingue les causes du refus, par le juge d'appui, de reconnaissance de la sentence arbitrale étrangère des causes ouvertes pour une demande d'appel de la décision de reconnaissance de la sentence. Comme l'on a vu, le refus de reconnaissance et d'exécution relevé de l'article 43, et en particulier **le point (6)** précité **stipule expressément que la sentence annulée peut faire l'objet de refus sous conditions** que le requérant devrait le prouver. Alors que les dispositions de l'article 45 de la loi thaïe (l'appel à l'encontre du jugement ou d'ordonnance du juge d'appui) ne rassemblent pas à celles de l'article 1502 (art. 1520 du Décret) du droit français.

En effet le problème de reconnaissance de la sentence annulée à l'étranger ne se pose pas encore devant les juridictions thaïes. On peut se demander si c'était le cas, à titre d'exemple, le juge a prononcé l'*exequatur*, il est probablement qu'une autre partie ne peut prouver que la sentence est déjà annulée (ce qui est très rare et peu de possibilité). L'article 45 interdit, en principe, de former une demande d'appel contre une décision ou un jugement de la Cour, à l'exception des cas précisés par cet article. Cependant il n'y a aucune cause prévue par la loi permettant de former un appel sur la décision de reconnaissance de la sentence annulée, il est possible de se glisser vers une autre cause telles que la non conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs du peuple. Il faut attendre la jurisprudence sur ce sujet pour répondre à cette question…

796. Conclusion du chapitre. Jusque là, nous avons trouvé que la réception de sentence arbitrale internationale dans l'ordre juridique est plus aisée que celle du jugement grâce au mécanisme du droit conventionnel uniforme sur la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales. Même si chaque ordre étatique définit la sentence arbitrale de façon différente, mais on peut conclure qu'en principe celle-ci doit être définitive et tranche le différend dans chaque cas, sans aucune nécessité que le litige soit réglé au préalable. A la différence d'un jugement, afin de produire un effet dans l'État requis, une sentence arbitrale en tant qu'acte privé est soumise normalement au régime de ses règles conflictuelles. Toutefois, la coopération internationale entre les États en la matière facilite la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales, c'est, comme on le sait, le cas de la Convention de New York de 1958.

Certes, on ne peut pas conclure qu'il n'y a plus de difficultés en matière d'exécution de la sentence, car, *l'exequatur* est toujours indispensable pour exécuter la sentence dans un tel ou tel pays. Par ailleurs, dans certains cas les juges étatiques ont motivé leurs jugements en profitant des lacunes de dispositions de loi afin de rendre efficace la sentence déjà annulée dans son pays d'origine. Certes, on ne peut pas faire des reproches aux juges, car cette possibilité est prévue par les dispositions de la Convention de New York de 1958 elles-mêmes. Mais cette situation risque d'être retenue par d'autres États membres de cette convention, et dans ce cas, le jugement du juge du pays d'origine de la sentence n'aurait probablement aucune valeur…

797. Conclusion du Titre. Lorsque l'on parle de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères émanant du juge étatique, on pense à premier égard de la souveraineté des États. C'est la raison pour laquelle il est ardu de recevoir l'*exequatur* d'un jugement plutôt que celui de la sentence arbitrale. Par ailleurs, la difficulté réside dans les conditions fixées par la jurisprudence de chaque pays. Sans instrument international unifié telles conditions, en Thaïlande, c'est toujours le principe jurisprudentiel qui joue le rôle dans ce domaine. Il faut vérifier les arrêts de la Cour suprême à chaque fois que l'on voudrait demander l'*exequatur*. Pour cette raison, la saisine du juge étatique pour trancher le litige en matière commerciale internationale n'est pas pratique pour les opérateurs internationaux. Cependant dans le cadre du droit conventionnel, le mécanisme simplifié en matière d'exécution des jugements étrangers fonctionne bien dans l'Union européenne. Il sera possible dans l'avenir de voir seulement le simple contrôle formel selon la nouvelle politique législative européenne.

En ce qui concerne l'arbitrage, la sentence arbitrale constitue également la force obligatoire liée les parties en raison de son origine conventionnelle. Le caractère indispensable de la sentence arbitrale est qu'elle tranche le litige, c'est un point commun que l'on trouve aussi chez la notion du jugement étranger. Le caractère définitif de sentence arbitrale doit être aussi pris en compte. Une autre condition importante est que la sentence arbitrale doit mettre fin au litige, dés lors, la décision ou l'ordonnance de mesures provisoires et conservatoires, délibérées sous forme de la sentence, ne sont pas la sentence arbitrale admise par la jurisprudence. C'est-à-dire que seule la nature de l'acte de l'arbitre doit être prise en considération pour la qualification et non pas le terme utilisé par l'arbitre.

Conclusion de la Deuxième Partie

798. Jusque là, on sait que le règlement des différends par l'arbitrage présente plus d'avantages que l'assignation devant le juge étatique, notamment pour maintenir de bonnes relations entre commerçants. Cependant certains litiges sont exclus du procès arbitral ; la procédure judiciaire est donc nécessaire dans cette hypothèse. La détermination du juge compétent en droit français est notamment régie par le Règlement Bruxelles I. A défaut, il faut recourir à la transposition des règles de procédure civile. En Thaïlande, seule cette transposition du droit commun est possible. Force est de constater que le législateur thaï devra bientôt réfléchir sur ce point, il ne faut pas oublier que le marché de l'Association des Nations du Sud-est Asiatique (l'ASEAN) sera actualisé en 2015. Ceci signifie la libre circulation de biens, de services, de capitaux et de travailleurs dans tous les États membres. Certes, le volume du commerce et du contentieux sera de plus en plus augmenté. En l'absence de coopération législative à l'heure actuelle, le législateur thaï devra sérieusement prendre en compte la réforme du droit procédural thaïlandais en matière civile et commerciale afin d'éliminer des ambiguïtés dans certains cas par exemple la clause attributive de juridiction, la matière de protection de parties réputées faibles. En espérant que les citoyens de l'ASEAN seront protégés aussi bien par le droit national que par le droit ASEAN.

En matière de réception des décisions étrangères, la coopération régionale en Europe est un succès, mais au niveau international et en droit commun c'est à chaque État de déterminer ses propres règles. On admet que la reconnaissance de jugements étrangers et celle de leurs effets doivent être distinguées. De surcroît, lorsque l'on dit « un jugement », il est nécessaire de le définir car il existe des actes qui ne sont pas qualifié de jugement puisque les deux types d'actes ne sont pas soumis aux mêmes conditions selon le droit international privé. Si le jugement étranger est subordonné à la méthode de reconnaissance de l'efficacité substantielle, les autres actes tel qu'un acte privé seront soumis à l'une des méthodes de conflit de lois. Dans notre étude, la détermination de notion du jugement étranger a pour but de savoir quel acte public peut être exécuté dans le for en tant que « jugement ». Dans ce contexte, on admet que le critère fondé sur un effet décisionnel est apte à qualifier le jugement étranger. En Thaïlande on peut dire que le jugement est une décision qui « tranche » toutes les questions invoquées par le plaignant. Par ailleurs il faut une décision définitive du juge étranger pour que la reconnaissance ou l'exécution soit possible. Cependant que la

reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale est plus libérale grâce à la Convention de New York de 1958 largement admise par les États.

CONCLUSION GENERALE

799. En arrivant au terme de notre analyse, nous espérons avoir pu convaincre que l'étude comparative du droit international privé des contrats est nécessaire. Nous avons essayé dès le début de démontrer le côté indispensable du principe qui est bien établi en matière de contrat international : l'autonomie de la volonté, qui est abordée aussi bien dans le conflit de lois que dans le conflit de juridictions, alors que le rôle véritable de la règle conflictuelle se présente dans l'hypothèse de l'absence de choix de la loi applicable au contrat.

800. Nous insistons que l'étude des mécanismes pertubateurs de la volonté des parties tels que les lois de police et l'ordre public international est indispensable notamment pour faire comprendre aux juges thaïs que ses fonctions sont bien importantes, mais il faut les appliquer prudemment afin d'éviter le recours artificiellement à la loi du for. Car, pour nous, la loi choisie par les parties ou même désignée par la règle de conflit de lois est la loi plus convenable à régir le contrat. C'est la raison pour laquelle la détermination de ces termes est importante et il faudrait le faire de manière restrictive. Certes, tous les États disposent de ces mécanismes, mais leur application devrait être uniquement faite à titre d'exception. Le rôle des lois d'application immédiate ou de dispositions impératives intervient très souvent en matière de contrat. Étant donné que ces règles font exception au mécanisme de la règle conflictuelle, alors les juges doivent tout d'abord vérifier s'il existe telles ou telles dispositions avant d'appliquer la règle de conflit. Cependant le caractère variable dans le temps et dans l'espace de l'ordre public international donne lieu à l'incertitude quant à son contenu dont l'interprétation semble indispensable dans certains cas. Parmi nos propositions, l'introduction dans l'ordre juridique thaï de la conception de lois de police est primordiale. Bien que les juges s'appliquent toujours ses droits publics ou les dispositions impératives relèvent d'ordre public économique, on manque encore les motivations de décision. L'admission de ce concept aidera l'évolution de doctrine thaïe ainsi que l'établissement d'une règle d'application plus ferme des règles du droit international privé, car on peut distinguer une loi de police des lois en générale. Ceci est à la peine indispensable en raison de la justification de la compétence juridictionnelle des juges thaïs d'une loi de police affirmé par la jurisprudence. Par ailleurs, nous proposons de redéfinir la notion d'ordre public international en droit international privé de façon distincte d'ordre public et des bonnes

mœurs du peuple qui sont plus vaste. Car, en recourant toujours aux derniers il semble que les juges thaïs disposent beaucoup de possibilité de s'appliquer le droit thaï.

801. La liberté de choix de la loi ou la norme applicable aux contrats résulte de ce que les parties contractantes sont libres de procéder au choix de la règle de droit sans attacher à sa juridicité. Hormis le droit étatique et l'instrument international, elles peuvent soumettre leur contrat à la *lex mercatoria* ou aux usages du commerce international. Tandis que l'obligation d'invocation et de preuve semblent différente entre les normes non étatiques et le droit étranger, parfois, on peut dire qu'elle est incertaine… Ainsi, c'est la tâche des avocats ou des conseillers juridiques qui doivent prévoir les parties de la différence de choix de chaque règlementation pour régir leur contrat. En cas d'application de la loi étrangère devant le juge français, les parties ont la charge d'invocation qui commence dès l'application de la règle de conflit jusqu'à la reconnaissance du droit étranger. Une fois cette reconnaissance établie, le juge assume la responsabilité d'en rechercher sa teneur. Les parties ont aussi l'obligation de lui apporter leur concours dans cette recherche selon la jurisprudence récente. Tandis qu'en droit thaï, l'article 8 de la Loi de 1938 relative au conflit de lois dispose expressément que c'est à la charge de la partie qui a invoqué l'application de la loi étrangère de prouver son contenu. Là aussi, il paraît les difficultés pour la partie lorsque la règle de conflit de lois thaïe est en jeu. Certes, la charge d'invocation et la charge de preuve dans le litige portant au contrat commercial international ne semblent pas trop alourdies pour les parties contractantes, en basant sur la présomption que les contractants disposent des moyens pour avoir obtenir les conseils juridiques. Pourtant, en dehors du litige portant au commerce international, certes, en matière personnelle où se trouve généralement les parties qui ont le problème d'un manquement du conseil, il semble trop chargé pour celles-ci d'être obligées de savoir la technique d'invocation du caractère d'extranéité du litige y compris la preuve de la teneur de la loi étrangère. D'après cette recherche, on constate aussi bien l'avantage des critères du droit disponible et indisponible que les difficultés présentes dans son application dans la mesure où la distinction entre les deux critères eux-mêmes pose toujours le problème. Admettons que les résolutions adoptées par la Première Chambre civile et le Chambre commercial de la Cour de cassation française en 2005 sont également admissibles ; il incombe au juge de rechercher, avec le concours des parties au litige, la teneur de la loi étrangère. Force est de constater que le renforcement au juge thaï d'application de la règle de conflit de lois est nécessaire afin de ne pas perdre la crédibilité des investisseurs étrangers.

En ce qui concerne l'application au litige des normes non étatiques qui sont considérées comme un fait, la charge d'invocation et la charge de preuve pèsent en général sur la partie contractante. Nous constatons cependant dans certains cas, en France comme en Thaïlande, le juge connaît lui-même la teneur de la *lex mercatoria* compilée par exemple les Incoterms ou les RUU de la CCI.

Alors, il n'est probablement pas facile de répondre à la question de savoir quelle réglementation est-elle la meilleure. Mais il faudrait que les parties fassent un choix de la règle la plus appropriée à leur contrat au cas par cas. L'avantage du choix du droit étatique se trouve dans son contenu précis, mais comme l'on a vu, il est toujours nécessaire pour le juge saisi de l'interpréter et de l'appliquer comme le juge étranger s'applique sa loi. Il est possible aussi de choisir le droit étatique du coté de règle de droit non étatique en vue de combler les imparfaits l'un pour l'autre. Hormis ces problèmes, on sait que le choix de la loi « neutre » semble nécessaire pour les contrats internationaux, mais il faut le procéder soigneusement. En choisissant une loi que les contractants connaissent bien plutôt que celle qui est neutre dans la mesure où aucune des parties ne le connaissent. A ce stade, le droit non étatique peut être une meilleure solution grâce à son caractère neutre.

802. En l'absence de choix des parties de la loi régissant leur contrat, ce sera alors le jeu de la règle de conflit dont les rattachements peuvent être différents selon chaque système juridique. Ceci peut apporter les difficultés dans la détermination de la loi en cause et peut conduire à l'insécurité juridique. On sait que le principe de la prévisibilité de la loi applicable est primordial dans la matière des contrats internationaux ainsi l'intérêt de l'uniformisation des règles de conflit de lois est indiscutable. Au sein de l'Union européenne, le problème de rattachements divers a été réglé par le Règlement Rome I. Par ailleurs, au fond, les rattachements employés en matière contractuelle ont été changés radicalement dès l'adoption de Convention de Rome de 1980. Il n'y a plus de place pour la nationalité des parties dans les contrats internationaux. Ce qui nous laisse à penser qu'il est temps de reconsidérer des rattachements employés par la règle thaïe de conflit de lois et de l'inscrire dans le sillage des autres systèmes du droit international privé afin de marcher au même pas que d'autres États. Hormis la rédaction des lois spécifiques applicables au cas par cas, il serait préférable de modifier l'article 13 de la loi de 1938 relative au conflit de lois. Nous suggérons de la réformer en même temps que la rédaction de la nouvelle loi thaïe sur le contrat de vente internationale. Admettant que nombreux sont les litiges lesquels les parties restent silencieuses quant à la loi applicable, c'est pourquoi nous avons toujours besoin de texte

relatif à la règle de conflit afin de régler ce problème. A ce stade, les dispositions destinées à protéger des parties faibles devraient être prises en compte. Il serait alors opportun pour le législateur thaï de prendre en considération l'importance du critère socio-économique pour la révision ou l'élaboration de nouvelle loi. Dans certaines hypothèses, il semble que la discrimination positive est nécessaire afin de protéger les parties faibles.

803. Suite aux problèmes de règles de droit applicables aux contrats, du point de vue des parties contractantes, le problème qui découle de ceux-ci est celui de règlement des différends. En effet la question relative au mode de règlement des différends peut apparaître lors de la conclusion d'un contrat ou bien après que les conflits sont nés. On sait que le mode alternatif tel que l'arbitrage international est bien établi dans le commerce international de nos jours. Force est de constater que l'arbitrage international se présente comme la source contractuelle de règlement des conflits, alors que le mode judiciaire est de la source étatique. Les deux modes sont à la fois concurrents et complémentaires. Certes, on peut probablement dire que l'arbitrage international joue le rôle dominant en la matière, toutefois dans certains cas, afin que sa mission soit accomplie, l'arbitre exerce sa compétence avec l'appui du juge, tel est le cas des mesures provisoires et conservatoires. Il est possible que les efforts de diminuer le rôle du juge et de renforcer celui de l'arbitre en accordant à celui-ci le pouvoir dans cette matière soient réalisés. C'est le cas de la mesure provisoire. Cependant pour la mesure conservatoire, ceci relève toujours du pouvoir du juge étatique, c'est le débat sur l'absence de pouvoir étatique de l'arbitre. Admettons finalement que ces mesures ont pour but de rendre efficace l'arbitrage international.

804. En ce qui concerne la détermination de la juridiction compétente, qui n'est pas moins importante surtout en cas d'absence de la clause d'arbitrage, le droit thaï attache de l'importance aussi bien au domicile du défendeur qu'au lieu de naissance du litige (art. 4-1° du CPC), on constate que ce droit procédural a la même conception de protection des défendeurs. Cependant, les dispositions thaïes de droit procédural ne constituent pas concrètement des règles de compétence juridictionnelle destinées à protéger des parties réputées faibles. Le traitement du juge thaï des litiges internationaux concernant les parties faibles comme un litige en général a pour effet de priver celles-ci de la juridiction qui offre la loi protectrice. Par ailleurs, en laissant le choix aux juges thaïs entre le lieu de la naissance du litige et le domicile du défendeur, l'actualité juridique montre que dans la plupart des cas les juges ont tendance de recourir au critère du lieu de la naissance du litige lequel conduira à nier

l'application de la règle de conflit de loi au litige. Pour l'ASEAN, il faut adopter un instrument juridique en matière civile et commerciale permettant de régler le conflit de juridictions susceptibles de se produire entre les États membres. Certes, la libre circulation des personnes et des échanges entraîneront l'augmentation de nombre de litiges à caractère international.

805. Enfin, lorsque le tribunal arbitral ou le tribunal étatique a prononcé sa décision, on sait que seuls les résultats finaux qui sont importants pour les parties. Il est nécessaire que ces décisions soient reconnues et exécutées dans d'autres États. La procédure de reconnaissance ou *d'exequatur* la moins compliquée est certainement celle de la sentence arbitrale internationale par rapport à celle de jugement étatique. En raison d'avoir les instruments internationaux facilités ces procédures qui ont été acceptés dans la plupart des États. Alors que la circulation des jugements étrangers est moins aisée que la sentence arbitrale, notamment le cas en dehors du cadre de l'Union européenne. Le procès de *l'exequatur* des jugements étrangers reste toujours difficile avec les règles plus strictes, en l'absence de la jurisprudence et du texte applicables dans ce domaine. Ceci peut poser des problèmes aux investisseurs étrangers, car il faudrait savoir en priorité comment pourra-on obtenir *l'exequatur* du jugement étranger dans un État requis ? Les conditions de reconnaissance et d'exécution sont différentes selon la jurisprudence de l'État concerné. En France, la reconnaissance et l'exécution des décisions émanant des États non membres de l'Union européenne se fonde aussi sur la jurisprudence. Par ailleurs, il est important de savoir si une décision peut avoir un effet *de plano* ou si son exécution et plus généralement ses effets à l'étranger supposent un *exequatur*. Certes, il est moins facile qu'en cas d'application du règlement Bruxelles I. On trouve que la coopération en Europe présente un grand succès. Alors que pour l'ASEAN, des règles de droit uniforme sont certainement nécessaires pour atteindre l'objectif de cette coopération : la libre circulation des personnes et des travailleurs. En espérant que la libre circulation des jugements en matière civile et commerciale au sein de la Communauté économique de l'ASEAN sera finalement réalisable.

BIBLIOGRAPHIE

Français

I. OUVRAGES GENERAUX- TRAITES - MANUELS

A/ MANUELS ET TRAITES GENERAUX

ANCEL (B) et LEQUETTE (Y), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Paris : Dalloz, 2006, 832 p.

AUBRY (Ch) et RAU (Ch), Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, t. XII, 5e éd., Paris : Godde, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1922.

AUDIT (B), *Droit international privé*, 6e éd., Corpus, Paris : Economica, 2010, 1014 p.

BARTIN (E), *Études de droit international privé*, Paris : Chevalier-Marescq, 1899, 285 p.

BARTIN (E), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat – Montchrestien, t. I, 1930.

BATIFFOL (H) et LAGARDE (P), *Traité de Droit international privé*, 8é éd., Paris : LGDJ, t. I, 1993, 656 p., t. II, 7e éd., 1983, 692 p.

BROCHERR (Ch.), *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Paris et Genève, 1883.

BUREAU (D) et MUIR WATT (H), *Droit international privé*, 2e éd., Thémis, Paris : PUF, t. I, 2010, 694 p., t. II, 2e éd., 556 p.

CADIET (L) et JEULAND (E), *Droit judiciaire privé*, 4e éd., Paris : Litec, 2004.

CHATILLON (S), *Droit des affaires internationales*, 4e éd., Paris : Vuibert, 2005, 385 p.

CHATILLON (S), *Le contrat international*, 4e éd., Paris : Vuibert, 2011, 400 p.

CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, La science des droits comparés, t. III, Paris : Economica, 1983, 511 p.

CLAVEL (S), *Droit international privé*, Cours et Travaux dirigés, sous dir. de D. Chagnollaud et S. Guinchard, Paris : Dalloz, 2e éd., 2010, 628 p.

DAVID (R), *Les grands systèmes de droit contemporain*, 7e éd., Paris, 1978.

DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y), *Droit international public*, 10e éd., Paris : Dalloz, 2010, 919 p.

DERRUPPE (J) et LABORDE (J.-P.), *Droit international privé*, 16e éd., Mémentos, Paris : Dalloz, 2008, 188 p.

DUGUIT (L), *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. II, 1928.

ESMEIN (P), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6e éd., t. XII, Paris : Marchal et Billard, 1958.

FOUCHARD (Ph), GAILLARD (E) et GOLDMAN (B), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris : Litec, 1996, 1225 p.

FULCHIRON (H) et NOURISSAT (C), *Travaux dirigés de droit international privé*, 2e éd., Paris : Litec, 2003.

GHESTIN (J), GOUBEAUX (G) et FABRE-MAGNAN (M), *Droit civil : introduction générale*, 4e éd., Paris : LGDJ, 1994,

GUTMANN (D), *Droit international privé*, 6e éd., Cours, Paris : Dalloz, 2009, 366 p.

HOLLEAUX (D), FOYER (J) et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G), *Droit international privé*, Paris : Masson, 1987.

ISAAC (G) et BLANQUET (M), *Droit communautaire général*, 9e éd., A. Colin, 2006.

JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (Ph), CORNELOUP (S), *Droit du commerce international*, 2e éd., Précis, Paris : Dalloz, 2010, 928 p.

JESTAZ (P) et JAMIN (C), *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004, 314 p.

LALIVE (P), POUDRET (J.-F.) et REYMOND (Cl.), *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne : Payot, 1989, 508 p.

LEREBOURS-PIGEONNIERE (P), *Droit international privé*, Paris : Dalloz, 8ème éd., 1962.

LOUSSOUARN (Y), BOUREL (P), *Droit international privé*, 8e éd., Paris : Dalloz, 2004, 979 p.

LOUSSOUARN (Y), BOUREL (P), DE VAREILLES-SOMMIERES (P), *Droit international privé*, 9e éd., Paris : Dalloz, 2007, 1040 p.

MAYER (P), HEUZE (V), *Droit international privé*, 10e éd., Paris : Montchrestien, 2010, 820 p.

MEDJAD (K), *Droit international des affaires : le contrat international*, Armand Colin, Paris : Dalloz, 2005, 126 p.

NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, 1944.

NIBOYET (M.-L.), DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G), *Droit international privé*, 2e éd., Manuels, Paris : LGDJ, 2009, 800 p.

PILLET (A), *Principes de droit international privé*, Paris : Pédone/Grenoble : Allier Frères, 1903.

PILLET (A), *Traité pratique de Droit international privé*, t. 1, Sirey, 1923.

POUDRET (J.-F.) et BESSON (S), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles : Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002.

REINHARD (Y) et THOMASSET-PIERRE (S), *Droit commercial*, 7e éd., Manuels, Paris : Litec, 2008, 433 p.

ROLIN (A), *Principes de droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil*, t. I, Paris, 1897.

SAVIGNY (F.C.), *Traité de droit romain*, traduit de l'allemande par Ch. Guenoux, Paris : Firmin Didot, 1851, t. VIII.

SURVILLE (F) et ARTHUYS (F), *Cours élémentaire de droit international privé*, 1er éd., Paris, 1890.

VERHOEVEN (J), *Droit international public*, Bruxelles : Larcier, 2000,

VIDAL (D), *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Paris : Gualino, 2004, 344 p.

VIGNAL (T), *Droit international privé*, Armand Colin, Paris : Dalloz, 2005, 465 p.

VIZIOZ (H), *Études de procédure*, Bordeaux : Bière éd., 1956, 441 p.

WEISS (A), *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, Paris : Sirey, 1892-1905.

B/ FASCICULES D'ENCYCLOPEDIES, DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

ALEXANDRE (D), « La loi étrangère devant les tribunaux français », Établissement du contenu de la loi étrangère, *J.-Cl. Dr. internat.*, 1997, *Fasc.* 539-20.

AUDIT (B), « Fraude à la loi », *J-Cl. Dr. internat*., 2007, *Fasc.*535.

BATIFFOL (H), « Problèmes des contrats privés internationaux », Cours I.H.E.I., 1961-1962, *Fasc.* 2, p. 68-69.

BERAUDO (M-J) et (J-P), « Convention de Bruxelles, Convention de Lugano et Règlement (CE) n° 44/2001 », Reconnaissance des décisions juridictionnelles, *J-Cl. Europe*, 2010, *Fasc.* 3040.

CORNU (G) (sous la direction de), « Vocabulaire juridique », 7e éd., Association H. Capitant, Paris : PUF, 2005, 970 p.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P), « Jugement étranger » (Matière civile et commerciale), *Rép. D. Dr. internat.*

FRANCESCAKIS (Ph), « Conflit de lois », *Rép. D. Dr. int.*,

GAUDEMET-TALLON (H),

« Convention de Rome du 19 juin 1980 », *J-Cl. Europe*, 1996, *Fasc.*3201.

« Jugement étranger », *Rép. D. proc. civ.*

« Compétence internationale », *Rép. D. proc.civ.*

« Compétence civile et commerciale », *Rép. D. Dr. internat*.

HASCHER (D), « Arbitrage du commerce international », *Rép. D. Dr. internat.*, janv. 2005.

HUET (A),

« Effets en France des jugements étrangers », *J-Cl. Dr. internat*., *Fasc.* 584-10.

« Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », *J.-Cl. Dr. internat*., *Fasc.* 581-41.

LAGARDE (P), « Convention de Rome », *Rép. D. Dr. communautaire.*

LEBEN (C), « L'ordre juridique », Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003

LEGROS (C), « Commerce maritime », *J-Cl. Transport*, 2009, *Fasc.*1269.

LEWALD (H), « Les obligation en droit international privé allemand », *Rép. Lapradelle-Niboyet*, t.10, 1931, p.74.

MAYER (P), « Lois de police », *Rép. D. Dr. internat.*, 1998.

MOREAU (B), « Arbitrage commercial », *Rép. D. Dr. Comm*., oct. 2010.

MUIR WATT (H),

« Loi étrangère », *Rep. D. Dr. internat*., 1998.

« Le domicile dans les rapports internationaux », *J.-Cl. int., Fasc.* 581-20**.**

ROLAND (H), « Lexique juridique : Expressions latines », 3e éd., Paris : Litec, 2004, 336 p.

II. OUVRAGES SPECIAUX- THESES – COURS- TRAVAUX COLLECTIFS

ALEXANDRE (D), *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris : LGDJ, 1970.

ANCEL (M), *Utilité et méthodes du droit comparé*, Élément d'introduction générale à l'étude comparative des droits, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971, p. 23.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Paris : Economica, 2002, préf. L. Aynès**.**

AUDIT (B), *La fraude à la loi*, Bibliothèque de droit international privé, Paris : Dalloz, vol. XVIII, 1974, préf. Y. Loussouarn.

AUDIT (B),

« Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI*.1984.219, t.186.

« Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*.2003.23, t.305.

BATIFFOL (H), *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Thèse, Paris, 1929.

BATIFFOL (H), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris : Dalloz, 1956 (réédité par Y. Lequette, Dalloz, 2002).

BATIFFOL (H), « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*.1973.75, t.139.

BATIFFOL (H), *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979.

BESSONNET (A), LAMY (Ph.-E.), *Contrats d'affaires internationaux*, Paris : Village Mondial, 2005.

BLERY (C), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris : LGDJ, 2000, préf. P. Mayer.

BOLLEE (S), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris : Economica, 2004, préf. P. Mayer.

BOSTANJI (E), *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel*, Thèse, Dijon, 2000.

BUCHER (A), « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*.1993.9, t.239.

BUREAU (D), *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Paris II, 1992.

CALLE (P), *L'acte public en droit international privé*, Paris : Economica, 2004, préf. P. Mayer.

CLAVEL (S), *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse, Paris I, 1999.

CLAY (T), *L'arbitre*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Paris : Dalloz, 2001, p. 930.

DAVID (C), *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris : Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1965**,** préf. H. Batiffol.

DIJON (P), VILLELA (E), *Cas pratique en droit international privé*, contrats internationaux, Paris : Ellipses 2006.

DROZ (G), *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Dalloz, 1972.

FAUVARQUE-COSSON (B), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris : LGDJ, 1996, préf. Yves Lequette.

FOHRER-DEDEURWAERDER (E), *La prise en considération des normes étrangères*, Paris : LGDJ, 2008, préf. B. Audit.

FOUCHARD (Ph), *L'arbitrage commercial international*, Paris : Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1965.

GAILLARD (E), *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Liden/Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

GAUDEMET-TALLON (Hélène), « Le pluralisme en droit international privé : Richesses et Faiblesses », *RCADI*.2005.376.

GAUDEMET-TALLON (Hélène), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Règlement n° 44/2001 Conventions de Bruxelles et de Lugano, 4e éd., Paris : LGDJ, 2010.

GENY (F), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, Paris : L.G.D.J, 1919, préf. Raymond Saleilles.

GOTHOT (P) et HOLLEAUX (D), *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris : Jupiter, 1985.

GOUNOT (E.)

« Le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique », Thèse Dijon, Rousseau, 1912.

HEUZE (Vincent), *La réglementation française des contrats internationaux*, Étude critique des méthodes, GLN, 1990, préf. Paul Lagarde.

HOLLEAUX (D), *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Thèse, Paris, 1970.

IZORCHE (M.-L.)

« La liberté contractuelle », *in*, Libertés et droits fondamentaux, 14e éd., Paris : Dalloz, 2008, 860 p.

JACQUET (J.-M.), *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Droit des affaires et de l'entreprise, Y. Guyon (dir.), Paris : Economica, 1983, préf. J.-M. Bischoff.

JODLOWSKI (J), « Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile », *RCADI*.1974.483.

JOLIVET (E.), *Les Incoterms*, Étude d'une norme du commerce international, avant propos de Ph. Fouchard, préf. D. Ferrier, Paris : Litec, 2004.

KASSIS (A), *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris : LGDJ Montchrestien, 1993, 598 p.

KINSCH (P), *Le fait du Prince étranger*, Paris : LGDJ, Bibl. de droit privé, 1994, préf. J.- M. Bischoff.

LAGARDE (P), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », RCADI.1986.747.

LAGARDE (P), « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI*.1986.9, t. 196.

LOQUIN (E), « La mondialisation du droit », Paris : Litec, 2000, E. Loquin et C. Kessedjian (dir.).

LOUSSOUARN (Y), « Cours général de droit international privé », *RCADI*.1973.353., t.139.

LU (Shenghui), *Contrats internationaux en droit international privé chinois : comparaison avec le droit international privé français*, Thèse, Paris II, 2001.

MAYER (P), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris : Dalloz, 1973, préf. H. Batiffol.

MAYER (P), « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI*.1989.317, t. 217.

MELIN (F), *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond*, Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil, PUAM, 2002, préf. Pascal de Vareilles-Sommières.

MOTULSKY (H), *Écrits*, Études et notes sur l'arbitrage, Paris : Dalloz, 1974, t. II, préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, 535 p.

NADAUD (S), *Codifier le droit civil européen*, Bruxelles : Larcier, 2008, préf. Eric Garaud.

NORD (N), *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Thèse, Strasbourg III, 2003.

NUYTS (A), *L'exception de forum non conveniens*, Étude de droit international privé comparé, Paris : LGDJ. ; Bruxelles : Bruylant, 2003, préf. Arthur T. von Mehren.

OSMAN (F), *Les principes généraux de la Lex mercatoria*, Paris : LGDJ, 1992, préf. Eric Loquin.

RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999, préf. Ph. Fouchard.

RANOUIL (V), *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept*, Paris : PUF, 1980, préf. J.-Ph. Lévy.

REMY (B), *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris : Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, préf. Pierre Mayer.

SERAGLINI (C), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris : Dalloz, 2001, préf. P. Mayer.

TOUBIANA (A), *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé : contrats internationaux et dirigisme étatique*, Bibliothèque de droit international privé, vol. XIV, Dalloz, 1972, H. Batiffol et Ph. Francescakis (dir.).

ZAJTAY (I), *Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère*, Paris : Pédone, 1958.

III. ARTICLES – COMMUNICATIONS – CHRONIQUES – RAPPORTS - CONTRIBUTIONS AUX MÉLANGES

ALEXANDRE (D),

« Les effets des jugements étrangers indépendants de l'exequatur », *TCFDIP* 1975-1977, p. 51- 80.

« Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé français », *in Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères*, Travaux de l'Institut de Droit comparé de Strasbourg, Paris : LGDJ, 1988, p. 11-33.

AMOUSSOU-GUENOU (R), « Perspectives des principes ASEAN (ou Asiatiques) du droit des contrats », *RDAI*, n°5, 2005, p.573-592.

ANCEL (B),

« *Auctoritate rationis*, le droit savant du contrat international », *in Clés pour le 20e siècle, Mél. de l'Université Paris II Panthéon-Assas*, 2000, p. 583-609.

« La loi applicable à défaut de choix », *in Le nouveau règlement européen 'Rome I' relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Institut suisse de droit comparé, éds. Eleanor Cashin Ritaine/Andrea Bonomi, Genève. Zurich. Bâle, 2008, p. 77-93.

ANCEL (B) et MUIR WATT (H), « La désunion européenne : le règlement dit Bruxelles II », *RCDIP*.2001.403.

ANCEL (J.-P.), « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », *in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mél. en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 3-10.

ANCEL (M.-E.),

« Un an de droit international privé du commerce électronique », Communication commerce électronique, janvier 2007, n°1, p.19-25.

« Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *RCDIP*.2008.561.

« Septembre 2007-juillet 2008 : une jurisprudence en semi-liberté », Droit international privé patrimonial, *Droit et patrimoine*, n°176, 2008, p.88-100.

AUBRY (C), « Le domaine de l'autonomie en droit international privé », *JDI*.1896.465.

AUDIT (B),

« Le droit international privé à la fin du XXème siècle », *in Clés pour le siècle, Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, 2000, p.583.

« L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI*.2004.789.

AZZI (T),

« La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.*, 2008, n°31, p. 2169.

« L'office du juge dans la mise en œuvre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mél. en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 647-670.

BARTIN (E), « Le jugement étranger considéré comme un fait », *JDI*.1924.857.

BATIFFOL (H),

« L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *in Festschrift H. Lewald*, Basel : Helbing und Lichtenhahn, 1953.

« 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.

« Sur la signification de la loi désignée par les parties », *in* Choix d'articles, Paris : LGDJ, 1976, p. 271.

« La loi appropriée au contrat », *in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1987, p.1-13.

BAUCH-LABESSE (N), « La clause de droit applicable sous le règlement 593/2008 », *Revue Hammonds*, le 3 décembre 2008, disponible sur le site http://larevue.hammonds.fr/La-clause-de-droit-applicable-sous-le-reglement-593-2008_a770.html

BERAUDO (J.-P.),

« La modernisation et l'harmonisation du droit des contrats : une perspective européenne », *in Actes du Congrés, Harmonisation mondiale du droit privé et intégration économique régionale*, Rome 27-28 septembre 2002, *Rev. dr. unif.* 2003.135.

« Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *in Le droit international privé : esprit et méthodes, Mél. en l'honneur de Paul Lagarde,* Dalloz, 2005, p.635.

BERNARDINI (P), « Arbitrage international et règles de droit a-nationales », *Bull. CCI*, vol.15, n°2, 2e semestre, 2004, p. 62-74.

BLAGOJEVIC (B. T.), « Le droit comparé : méthode ou science », *RIDC*.1953.649.

BLANC-JOUVAN (X), « Prologue », *in L'avenir du droit comparé*, Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Paris : Société de législation comparée, 2000, p. 7-15.

BOLLEE (S), « Admission de l'exequatur en France d'une sentence arbitrale étrangère annulée », *RCDIP*.2008.109, n° 14.

BOLLEE (S) et LEMAIRE (S), « Le règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », *D.*, 2008, n° 31, p. 2155-2174.

BORE (J), « Un centenaire : La contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD.civ.*1972.249.

BORTOLOTTI (F), « Référence aux Principes UNIDROIT dans la pratique contractuelle et les contrats modèles », *in Principes UNIDROIT : nouvelles évolutions et applications, Bull. CCI*, Supplément spécial 2005, p. 61-69.

BOUCHE (N)

« Preuve de la loi étrangère et loi applicable à la preuve », D., 2005, p. 2853.

« L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RJDA*.2006.1109.

BOYER (L), « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.*1951.163.

BUREAU (D),

« L'accord procédural à l'épreuve », *RCDIP*.1996.588.

« La mise en chantier des travaux de rénovation de la Convention de Rome », *RDC*.2003.197.

BUREAU (D) et D'AVOUT (L), « Les lois de police étrangères devant le juge français du contrat international », *JCP* (G) 2010, n° 19-20, le 10 mai 2010, p. 996-999.

BUSSEUIL (G), « L'avenir des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et des Principes Européens du droit du contrat : du droit mou au droit dur ? », disponible sur le site http://www.glose.org/CEDCACE4.pdf

CACHARD (O),

« Les mesures conservatoires dans l'arbitrage maritime », *DMF*.2004.220.

« Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev.arb.*2006.893.

« La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à compétence internationale stipulées dans les connaissements : Plaidoyer pour un renouveau des considérations maritimes », *in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mél. en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 189-208.

CARRIER (R), « *Anti-suit injunction*s : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage », *D.* 2005.2712.

CASSIA (P), « Les sentences arbitrales internationales : une compétence de contrôle partagée entre les juridictions françaises : A propos de la décision *INSERM* », *AJDA*.2010.1564.

CASTETS-RENARD (C), « Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome I) : Conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle, *D.* 2006. 1522.

CHAMBRE DE COMMERCE D'INDUSTRIE DE LYON, « Présentation du règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », Conférence du Professeur Cyril Nourissat, Faculté de Droit de l'Université Jean Moulin Lyon 3, disponible sur le site www.lyon.cci.fr, mise à jour le 24 mars 2009.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE,

« Rapport statistique 2003 », *Bull. CCI*, vol.15, n°1, 1er semestre, 2004, p.7.

« Rapport statistique 2004 », *Bull. CCI*, vol.16, n°1, 1er semestre, 2005, p.5.

« Rapport statistique 2005 », *Bull. CCI*, vol.17, n°1, 1er semestre, 2006, p.5.

« Rapport statistique 2006 », *Bull. CCI*, vol.18, n°1, 1er semestre, 2007, p.5.

« Rapport statistique 2007 », *Bull. CCI*, vol.19, n°1, 1er semestre, 2008, p.5.

« Rapport statistique 2008 », *Bull. CCI*, vol. 20, n° 1er, semestre, 2009, p. 6.

« Rapport statistique 2009 », *Bull. CCI*, vol. 21, n° 1er, semestre, 2010, p. 5

« Rapport statistique 2010 », *Bull. CCI*, vol. 22, n° 1er, semestre, 2011, p. 6.

CLAY (Thomas), « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 », D., 2005, p. 3050.

COHEN (D),

« La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit international privé français », *RCDIP*.1989.451.

« Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », *D.* 2010. 975.

COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN (l'Avis sur), « Livre vert sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », Bruxelles, 16 décembre 2009, COM(2009) 175 final.

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL,

« Règlement des litiges commerciaux- Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoire ou conservatoires », 36e session (4-8 mars 2002, New York).

« Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-quatrième session », (New York, 23-27 janvier 2006).

« Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 telle qu'amendée en 2006 », in *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006*, Nations Unies : Vienne, 2008.

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, Bureau Permanent,

« Étude de faisabilité sur l'administration du droit étranger », Tableaux et graphiques résumant certaines réponses au questionnaire, Version finale. Doc. prél. n° 9 B, mars 2008.

« Réponses françaises au questionnaire du Bureau Permanent relatif à l'administration sur le droit étranger », la réponse à la question 8, La Conférence de La Haye de droit international privé. Disponible sur le site http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd09fr.pdf

« Réponses anglaises au questionnaire du Bureau Permanent relatif à l'administration sur le droit étranger », la réponse à la question 8, La Conférence de La Haye de droit international privé. Disponible sur le site http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd09uk.pdf

CONSEIL D'ÉTAT, Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, « L'arbitrage et les personnes morales de droit public », Compte rendu, Colloque du le 30 sept. 2009, disponible sur le site : http://www.conseil-État .fr/cde/node.php?articleid=1812

CORNELOUP (S), « La loi applicable aux obligations contractuelles », *JCP*. (G), n°44, 29 oct. 2008, p. 21.

CORNUT (E), « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *JDI*.2007.27.

COURBE (P), « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *in Études offertes à Barthélemy Mercadal*, Francis Lefebvre 2002, p. 99-115.

COURBE (P) et JAULT-SESEKE (F),

« Droit international privé : panorama 2005 », D. 2006. Panor.1497.

« Droit international privé : panorama 2008 », D. 2009. Panor.1557.

CREMADES (B M.), « Les dommages-intérêts conventionnels prévus en cas de rupture de contrat, les clauses pénales et les dommages-intérêts à caractère répressif dans les contrats internationaux », *RDAI*.2002.329, n°3.

D'AVOUT (L), « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », Le règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », présentation générale par S. Bollée et S. Lemaire, *D*. 2008.2165.

DE LA PRADELLE (G), « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, Paris : Pedone, p. 117-145.

DELMAS-MARTY (M),

« Réinventer le droit commun », *D*.1995.Chr.1.

« Les processus de mondialisation du droit », *in Le droit saisi par la mondialisation*, Ch.-A. Morand (dir.), Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 72.

DELPECH (X), « Admission de l'exequatur en France d'une sentence arbitrale étrangère annulée », *D*. 2007. AJ, 4 juillet 2007.

DE LY (F), « Des juridictions économiques efficientes en concurrence, La mise en compétition des ordres juridictionnels nationaux », Handicap ou avantage pour les opérateurs économiques ?, *Gaz. Pal.*, n°235-239, p. 39-45.

DE NOVA (R), « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *in Mél. Maury*, t. I, 1960, p. 377-401.

DERAINS (Y),

« Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.*1973.122.

« Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *TCFDIP* 1984-1985, Paris : Pedone, p. 81.

« L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*1986.375.

DEUMIER (P), « Exclusion tacite de la Convention de Vienne », *RDC*.2006.515.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P), « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998-2000, Paris : Pedone, 2001, p. 49-82.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P), « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », Nature de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, D., 2006, p.2464.

DOISE (D), « La révision 2007 des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600) », Paiements et financements internationaux, *RDAI*. 2007.106.

DU PONTAVICE (H.), « Loi du 18 juin 1966 et décret du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime », *JCP*.1967.I.2063.

FAUVARQUE-COSSON (B),

« Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*.2000.797.

« Le juge français et le droit étranger », *D*. 2000, Chron., p. 126-131.

« L'enseignement du droit comparé », *RIDC*.2002.293.

« Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D*. 2007.96.

FERRAND (F), « Les principes ALI/UNIDROIT de procédure civile pour les litiges transnationaux en matière commerciale », *RDAI*.2006.21.

FERRARI (F),

« *Forum Shopping* et Droit matériel uniforme », *JDI*.2002.383.

« La Convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé », *JDI*.2006.27.

« Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I) », *RCDIP*.2009.459.

FLECHEUX (G) et HAUTOT (I), « Le *forum shopping* », *DPCI*.1988, t. 14, n° 3, p. 389-402.

FONTAINE (M), « Du droit « mou »…..impératif ? », *in Mél. Barthélémy MERCADAL*, Lefebvre, 2002, p.159 et s.

FOYER (J),

« Requiem pour le renvoi ? », *TCFDIP* 1980-1981, p. 105-122.

« Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *in L'internationalisation du droit*, *Mél. en l'honneur de Yvon Loussouarn,* Dalloz, 1994, p. 169-179

« Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflit de lois », *in Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas Paris II, Paris : Dalloz, 2000, p. 147-175.

FRANCESCAKIS (Ph.),

« Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP*.1966.1.

« Lois d'application immédiate et règles de conflit », *RDIPP*.1967.691.

-Session de Wiesbaden, 1975, *Annuaire de l'IDI*, vol. 56, p. 192 et s.

« Le contrôle ou la compétence du juge étranger après l'arrêt *Simitch* de la Cour de cassation », *RCDIP*.1985.243.

FRANCQ (S), « Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI*.2009.41.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le versant juridique de la mondialisation », *Revue des deux mondes*, Déc. 1997, p.45-53.

GAILLARD (E),

« L'interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage », *in Liber amicorum Claude Reymond*, *Autour de l'arbitrage*, Paris : Litec, 2004, p. 83.

« Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *JDI*.2007.1163. spéc. p. 1173.

GANNAGE (L),

« Le contrat sans loi en droit international privé et droit non étatique », *in Rapport général 17ème congrés de la Académie internationale de droit comparé*, p.1-31, http://tldb:uni-koeln:de/static/GeneralReport.pdf

« Le contrat sans loi en droit international privé », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol.11.3, décembre 2007. Disponible sur http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf

GAUDEMET-TALLON (H),

« Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *Forum non conveniens, Lis pendens* », *RIDC*.1994.423.

« L'introuvable « juge naturel » », *in Mél. J. Gaudemet*, Paris : PUF, 1998, p. 591.

GHESTIN (J), « Les données positives du droit », *RTD civ*.2002.11.

GOLDMAN (B),

JDI.1960.144

« Frontière du droit et *lex mercatoria* », *Arch. Phil. Dr*., 1964, p. 177-192.

« La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI*.1979.475.

« Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : l'affaire *Norsolor* », *Rev. arb*. 1983. 379**.**

« Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », *in Festschrift Pierre Lalive*, Basel : Helbing Lichtenhahn, 1993, p. 241-255. Disponible également sur le site www.trans-lex.org/112300

GOLDSCHMIDT (W), « Système et philosophie du droit international privé », *RCDIP*.1955.639 ; *RCDIP*.1956.223.

GRAULICH (P), « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *in Mél. Dabin*, 1963, t. II, p. 629-641.

GRESSOT-LEGER (S), « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en exequatur ? », *JDI*.2003.765.

GROUPE d'étude sur la justice sociale en droit privé européen, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », *RTD civ.* 2005, p.713-734.

GUINCHARD (E) et DOUCHY-OUDOT, « Espace judiciaire civil européen », *RTD eur.* 2010.927.

HASCHER (D), « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *TCFDIP* 2000-2002, Pedone, 2004, p. 17.

HORSMAN (G), « L'interprétation des contrats internationaux », *in L'arbitrage commercial international*, L'apport de la jurisprudence arbitrale, Publication de la C.C.I., 1986, p.123-155.

HUET (A),

« Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », *in Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg : Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 501-516.

« Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté (étude du droit commun) », *D.* 2009.684

HUET (J), « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Petites Affiches*, 10 novembre 1995, n°135, p. 8.

HUTTER (S), « L'arbitrage international en Thaïlande », L'arbitrage commercial international en Asie, *Bull. CCI*, 1998, n°2

IDOT (L),

« Domaine spatial du droit communautaire des affaires », *TCFDIP*.1992.145.

« Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI*.1995.321.

INSTITUT DE DROIT COMPARE DE STRASBOURG (Travaux de l'), « Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères, Ann. Fac. Dr. Strasbourg, tome XXXIV, Paris : LGDJ, 1988.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (Annuaire de l'),

« L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère », Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989, vol. 63-I, 1989, p.203 à 207 ; vol 63-II, 1990, p.305 à 323

Disponible sur le site http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_02_fr.PDF

« Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux « *anti-suit injunctions* » : principes directeurs », Session de Bruges, 2003, vol. 70, t. I, 2002-2003. Disponible sur le site http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2003_bru_01_fr.pdf

JACQUET (J.-M.),

« L'incorporation de la loi dans le contrat », *TCFDIP* 1993-1995, p. 23-39.

« Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT », *Rev. dr. unif.* 2008, p.179-195.

JARROSSON (Ch),

« La clause compromissoire », *Rev.arb.*1992.259.

« L'autorité de chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, n° 8, Août 2007, p. 2.

JAULT-SESEKE (F),

« Inopposabilité au salarié de la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international », *RCDIP*.2006.159.

« Opposabilité des clauses attributives de juridiction contenues dans des connaissements maritimes », *RCDIP*.2009.524.

JEAMMAUD (A), « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », *in Vers un code européen de la concurrence : codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'UE*, F. Osman (dir.), Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 43.

KAHN (Ph),

« L'interprétation des contrats internationaux », *JDI*.1981.5.

« La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », *Mc Gill Law Journal.* 1992, vol. 37, p. 413

« Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria* : A propos des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *in Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, 40ème Anniversaire (1957-1997), Bruxelles : Bruylant, 1998, p.125-136.

« La *lex mercatoria* et son destin », *in L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, Droit commercial international et européen, LGDJ, 2004, p.25-29.

KAUFMANN-KOHLER (G) et BUCHER (A), « Droit international privé », *Fasc.*2 Contrat international : Droit applicale, disponible sur le site http://www.unige.ch/droit/e-cours/documents/4864efd7ee79d.pdf, consulter le 17 févr. 2009.

KENFACK (H), « 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*.2009.3.

KESSEDJIAN (C),

« La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en France hors les Conventions de Bruxelles et de Lugano », *in Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, Gerhard Walter et Samuel P. Baumgartner (éd.), *Civil Procedure in Europe*, vol. 3, The Hague : Kluwer Law International, 2000, p. 185-217.

« Le principe de proximité vingt ans après », *in Mél. en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Paris : Dalloz, 2005, p.507.

« Définitions et conditions de l'octroi de mesures provisoires », *in Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international : Évolutions et innovations*, Actes du colloque, J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.), Paris : Litec, 2007, p. 73.

KOHL (B), « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat », *RDAI*.2002.443.

LABORDE (J.-P.), « L'interprétation de la loi étrangère par le juge français », *in Interpréter et traduire*, Actes du colloque international des 25 et 26 novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, J.-J. Sueur (dir.), Centre d'études et de recherches sur les contentieux, Université du sud Toulon, Bruxelles : Bruylant, 2007, p. 273.

LACOSTE-MARY (V), « Le nouveau règlement communautaire 'Rome I' et les règles de conflit de lois relatives au contrat de travail international », *Droit Ouvrier*, fév. 2009, n° 727, p. 70-73.

LAGARDE (P),

« Examen de l'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelle », *TCFDIP* 1971-1973, p. 147 et s.

« Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *RCDIP*.1991.287.

« La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *in Mél. F. Rigaux*, Bruxelles : Bruylant, 1993, p. 263-282.

« Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *RDIPP*.1993.33.

« Du rattachement d'un contrat de transport maritime et de la transmission d'une clause attributive de juridiction par l'effet du connaissement », *RCDIP*.2003.285.

« Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? », *in Aspects actuels du droit des affaires, Mél. en l'honneur de Yves Guyon,* Dalloz, 2003, p. 571-586.

« Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *RCDIP*.2006.331.

LAHLOU (Y), MATOUSEKOVA (M), « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », « Emergence d'un Droit international/Régional des affaires », *RDAI*.2007.255.

LALIVE (P),

« Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international », *Rev. arb.*1986.329.

« L'apport de Berthold Goldman à l'arbitrage commercial international », *in L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, Droit commercial international et européen, LGDJ, 2004, p.37-46.

« L'ordre public transnational et l'arbitre international », *in Nouveaux instruments du droit international privé, Liber Fausto Pocar*, Milan : Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 2009, vol. II, p. 599-611.

LANGROD (G), « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *RIDC*.1957.353.

LARDEUX (G), « La reconnaissance du statut de règle de droit à la règle de conflit de lois », *D.*, 2003, p. 1513.

LARREBOURS-PIGEONNIERE (P), « A propos du contrat international », *JDI*.1951.4.

LEBOULANGER (Ph), « La notion d' 'intérêts' du commerce international », *Rev. arb.*2005.487.

LEGROS (C), « Le conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises », *JDI*.2007.799 et *ibid.*, p. 1081.

LEMAIRE (S), « Interrogation sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.*, 2008, n°31, p. 2160.

LEMONTEY (J) et ANCEL (J.-P.), « André Ponsard, un internationaliste à la Cour de cassation », *in Mél. Ponsard*, Paris : Litec, 2003 p.212.

LEMONTEY (J) et REMERY (J.-P.), « La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de cassation*, 1993, Paris : La Documentation française, 1994, p. 90.

LEQUETTE (Y), « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* », (à propos des arrêts de la 1ère Chambre civile des 11 et 18 Octobre 1988), *RCDIP*.1989.277.

LE TOURNEAU (Ph), « L'évolution des rapports contractuels dans les transferts de technologie », *in Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise, Mél. Pierre Azard*, Paris : Cujas, 1980, p.153-166.

LEVEL (P), « Le contrat dit sans loi », Séance du 27 mai 1966, *TCFDIP* 1964-1966, Paris : Pédone, 1967, p. 209.

LEW (J. D. M.), « Les principes d'UNIDROIT en tant que lex contractus choisie par les parties et sans choix exprès de droit applicable : point de vue du conseil », *in Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, *Bull. CCI*, Supplément spécial 2002, p. 89-99.

LIBCHABER (R), « L'exception d'ordre public en droit international privé », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris : Dalloz, 1996, p. 65-81.

LOQUIN (E),

« L'application des règles a-nationales dans l'arbitrage commercial international », *in L'arbitrage commercial international* : l'apport de la jurisprudence arbitrale, Institut de droit et de pratique des affaires internationales de la CCI, Paris, Publ. CCI, 1986, p. 106.

« Où en est la *lex mercatoria* ? », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle*, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. *Mél. en l'honneur de Ph. KAHN*, Paris : Litec, 2000, p. 23-51.

« Toutes les clauses d'arbitrage pathologiques ne peuvent être sauvées », *RTD com.* 2002.659.

« Les rapports avec la *lex mercatoria* », *Petites Affiches*, 18 décembre 2003, n°252, p.63.

« Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.*2006.764.

« De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev.arb.*2010.201.

LOUIS-LUCAS (P), « La fraude à la loi étrangère », *RCDIP*.1962.1.

MALAURIE (Ph), « L'équivalence en droit international privé », *D.* 1962.215.

MARRELLA (F), « Les nouveautés du Règlement européen (Rome I) relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles », *Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 19, n° 1, 2008, p. 91-111.

MARTY (G), « Travaux : Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *in Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Paris : Dalloz, 1950**.**

MAURY (V), « Espagne – La prise en compte des règles non étatiques à l'échelle nationale et communautaire, le 1er août 2008, disponible sur le site http://m2bde.u-paris10.fr/blogs/dcici/index.php/post/2008/08/01/ESPAGNE-La-prise-en-compte-des-regles-non-etatiques-a-lechelle-nationale-et-communautaire-par-Virginie-MAURY

MAYER (P),

« L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *TCFDIP*, 1975-1977, p. 123.

« Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*.1979.349.

« Les lois de police étrangères », *JDI*.1981.277.
« L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français », *in Droit et la pratique de l'arbitrage international en France*, Y. Derains (dir.), Paris : Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international, 1984, p. 81.
« Les lois de police », *TCFDIP*, Journée du cinquantenaire, 1988, p.105.
« La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *RCDIP*.1991.651.
« La règle morale dans l'arbitrage international », *in Études Pierre Bellet*, Paris : Litec, 1991, p.379.
« Le juge et la loi étrangère, Points de similitude du droit français avec le droit suisse », *Revue suisse de droit international et européen, Zürich Schulthess*, 1991, n° 4, p. 488.
« Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », *in* Études de droit international privé en l'honneur de P. Lalive, Ed. Helbing Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, p.543.
« L'application par l'arbitre des Conventions internationales de droit privé », *in L'internationalisation du droit, Mél. en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p.275-291.
« La protection de la partie faible en droit international privé », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, Paris : LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 261, 1996, p. 513.
« L'arbitre et la loi », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p.225.
« Présentation des recommandations de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales, *Rev. arb.* 2002.1061.
« Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage commercial international », *in Liber amicorum Claude Reymond*, Litec 2004, p. 196.
« Principes UNIDROIT et *lex mercatoria* », *in L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen*, LGDJ, 2004, p. 31-36.
« Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *in Le droit international privé ; esprit et méthodes, Mél. en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547-573.
MAZEAUD (D),
« La bonne foi : en arrière toute ? », *D*. 2006.761.

« Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *D.*, Chro., 29 novembre 2007, n°42, p. 2959-2965.

MAZEAUD (L), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929.17.

MECARELLI (G), « A propos du caractère inévitable du *Forum Shopping* dans la vente internationale de marchandises », *RDAI*.2003.935.

MELIN (F), « La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat d'un échec », *Petites affiches*, 27 septembre 1999, n°192.

MIGUET (J), « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », *in Mél. P. Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 578.

MOREAU (B), « Les effets de la nullité de la sentence arbitrale », *in Études Pierre Bellet*, Paris : Litec, 1991, p. 403.

MORERA (R), « L'arbitrage dans le prochain futur : problèmes et réflexions », *Gaz.Pal.*, 3 mai 2001, n° 123, p. 7.

MORETEAU (O), « Le devenir du droit comparé en France », Conclusions générales, Journée d'études organisée par Groupement de Droit Comparé, Institut de France, 2004.

MOTULSKY (H),

« L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *in Mél. R. Savatier*, Paris : Dalloz, 1965, p. 670.

« Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D*.1968.chron.1.

MUIR WATT (H),

« Droit judiciaire international », *Rev. gén. Procédures*, n° 4, oct.-déc. 1999, p. 747.

« Le mythe de « l'effet de titre » : le statut des jugements étrangers dans le contentieux du provisoire » », *in La procédure en tous ses états*, *Mél. en l'honneur de J. Buffet*, éd. P.A. 2004, p. 347.

Compte rendu, *RCDIP*.2006.410.

NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *RCDIP*.1957.579 et *RCDIP*.1958.53.

NIBOYET

« La fraude à la loi en droit international privé », *RDILC*.1926.503.

« La loi étrangère : Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé ? », *RDILC*.1928.753.

NIBOYET (M.-L.), « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI*.2006.937.

NUYTS (A), « *Forum Shopping* et Abus du *Forum Shopping* dans l'Espace Judiciaire Européen », *in Étude en l'honneur du Professeur John Kirkpatrick,* Bruxelles : Bruylant, 2003.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M), « Interprétation », *in* Vocabulaire fondamental du droit, *Arch. Phil. Dr*., t.35, Paris : Sirey, 1990, p.165-190.

PAMBOUKIS (Ch), « La *lex mercatoria* reconsidérée », *in Le droit international privé : esprit et méthodes, Mél. en l'honneur de Paul Lagarde,* Dalloz, 2005, p. 635.

PAPANDREOU-DETERVILLE (M.-F.), « Une sentence arbitrale n'est pas contraire à l'ordre public et ne viole pas de façon manifeste le droit de la vente internationale dès lors qu'elle prend en compte le caractère international de la Convention de Vienne et cherche à promouvoir l'uniformité dans son application », *D.* 1999.369.

PATAUT (E), « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », *in Mél. J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 807.

PAULSSON (I), « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », *Rev. arb.* 1990, p.79.

PERDRIAU (A), « La loi étrangère au regard du juge de cassation », *Petites affiches*, 6 juin 2002, n° 113, p. 7.

PILLET, « De l'ordre public en droit international privé », *in Mél.* Pillet, Paris, 1929, t. I, p. 407

PONSARD (A), « La pratique judiciaire en France », La pratique judiciaire de la Cour de cassation, *in Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères*, Travaux de l'Institut de Droit comparé de Strasbourg, Paris : LGDJ, 1988, p. 36.

RANOUIL (V), « Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement », *in* « Contrats internationaux et pays en développement », Hervé CASSAN (dir.), Paris : Economica, 1989, p.37-63.

REINER (A), « Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI », *JDI*.1998.853.

REMY-CORLAY (P), « L'existence de consentement », *in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 28.

ROBIN (G), « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI*, n°6, 2005, p.695-727.

ROBIN (G), « Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international : Le rôle du juge d'appui », *RDAI*.2008.319.

ROUILLER (N), « Devoirs précontractuels (*Culpa in contrahendo*) : L'identification exacte de leur violation et ses conséquences », Droit suisse et travaux d'harmonisation internationaux et européens, *Bull. CEDIDAC* n°45, Octobre 2006, p. 1-8.

SACCO (R), « Épilogue », *in L'avenir du droit comparé*, Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Paris : Société de législation comparée, 2000, p. 346.

SAGOT-DUVAUROUX (J), « La mise en œuvre des lois de police étrangères par le juge français », Lexbase Hebdo, le 27 mai 2010, n° 396, éd. Privée Générale. Disponible sur le site : http://www4.lexbase.fr/lexbase/SilverStream/Pages/homepage.html

SAUVEPLANNE (J.-G.), « L'interprétation du droit étranger par le juge national et les conséquences de l'ignorance du contenu de ce droit », *Revue hellénique de droit international*, 1960, p. 7.

SCHMIDT (J), « Les lettres d'intention », *RDAI*.2002.259.

SIMON-DEPITRE (M) et Legendre (Cl), « La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transport maritime et le droit international privé », *JDI*.1967.598.

SENAT, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », 3 déc. 2007. Disponible sur le site http://www.senat.fr/ue/pac/E3039.html

SERRE (Jessica), « Le droit européen des contrats », disponible sur le site http://www.masterdroit.fr/3_Ressources_Fiches_fichiers/FICHES_PDF/FICHES_OBLIG_PDF/2_Le_droit_europeen_des_contrats.pdf

TEBOUL (G), « *Arbitrage international et personnes morales de droit public* », Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratifs, *AJDA*.1997.26.

UGHETTO (B), « Droit international et communautaire des contrats d'affaires : l'article 3-Liberté de choix », *RLDA*, n°29, juillet/août 2008, p. 63-65.

VAN DE KERCHOVE (M), « Le sens clair d'un texte : Argument de raison ou d'autorité ? », *in Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Études publiées par P. Vassart, Guy Haarscher et al. (dir.), Bruxelles : Némésis, 1988, p. 291-315.

VAN OMMESLAGHE (P), « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *RCJB*.1976.302.

VERDOT (A), « L'applicabilité de la règle de conflit de lois d'origine conventionnelle en question », *D*., 2006, p.260.

VIANGALLI (F), « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *RRJ*.2000.1141**.**

VIEIRA DA C. CERQUEIRA (G), NORD (N) et PORCHERON (D), « Les nouvelles règles de conflit de lois chinoises en matière contractuelle », *RLDA*, n° 61, 2011, p. 52-56.

VOGENAUER (S) et WEATHERILL (S), « La compétence de la Communauté européenne pour harmoniser le droit des contrats- une analyse empirique » *RDC*.2005.1215.

WATTE (N), BARBE (C), « Le nouveau droit international privé belge : Étude critique des fondements des règles de conflit de lois », *JDI*.2006.851.

WENGLER (W), « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*.1990.657.

WITZ (Cl),

« Une clause de droit applicable figurant dans un contrat de vente internationale de marchandises n'exclue pas l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *D.* 1998.308.

« Vente internationale : l'office du juge face au pouvoir des plaideurs d'écarter le droit uniforme et jeu combiné de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Vienne », *D.* 2001.3607.

WOLFGANG (R), « La bonne foi est un principe général du commerce international que les parties ne peuvent ni exclure ni modifier », *D.* 2000.449.

ZARATE-PEREZ (A) et GUERRIERI (S), « Le nouveau règlement « Rome I », la loi applicable aux obligations contractuelles », *La Revue Hammonds*, le 24 septembre 2008, disponible sur le site http://larevue.hammonds.fr/Le-nouveau-reglement-Rome-I-,-la-loi-applicable-aux-obligations-contractuelles_a721.html?PHPSESSID=0c699c6151b5187c9a84a28a5cd270f7

RAPPORTS

(Liste chronologique)

-Rapport sur la Convention du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (**Rapport Jenard**), *JOCE*, n° C 59/43, du 5 mars 1979.

-Rapport sur la Convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni (**Rapport Schlosser**), *JOCE*, n° C 59, du 5 mars 1979.

-Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (**Rapport Giuliano-Lagarde**), *JOCE*, n° C 282 du 31 octobre 1980.

-Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative du 13 mars 2007, *Rev.arb*.2007.651.

-Rapport au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles, 21 avril 2009, COM(2009) 174 final.

-Rapport au Premier ministre relative au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF* du 14 janvier 2011.

IV. NOTES DE JURISPRUDENCE ET OBSERVATIONS SOUS LES ARRETS.

ANCEL (B)

note sous Cass.1er civ., 17 mai 1983, *Sté Lafarge*, *RCDIP*.1985.346.

note sous Cass.1er civ., 13 janvier 1993, *Coucke*, *RCDIP*.1994.78.

ANCEL (B) et MUIR WATT (H)

note sous Cass. 1er civ. et Cass. com., 28 juin 2005, *RCDIP*.2005.645.

ASTAIX (A)

« « Class action » des actionnaires étrangers aux États-Unis : la Cour suprême s'est prononcée », obs. sur une décision du 24 juin 2010 de la Cour Suprême des États-Unis, D. AJ., 1er juillet 2010.

ATTAL (M)

« Acculturation d'institutions procédurales étrangères : une occasion manquée », note sous Cass. 2e civ., 30 avril 2009, *JCP* (G) 2009, n° 31, p. 21.

AUDIT (B)

obs. de Cass. 1er civ, 1er avril 1981, *D.* 1982.IR.69.

BATIFFOL (H)

note sous Cass.com., 21 juin 1982, *RCDIP*.1983.77

BERTROU (G) et ATTIAS (O)

« La Cour de cassation réaffirme l'autonomie de la clause compromissoire », note sous Cass. 1er civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga*, *Gaz. Pal.* 2010 n° 243, p. 16.

BOLARD (G), « Le demandeur doit présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause », note sous Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *Sté Prodim*, *JCP*.2008.II.10170.

BOLLEE (S)

« La reconnaissance d'une injonction anti-suit prononcée par un juge étranger désigné par une clause attributive de juridiction », note sous Cass. civ. 1er, 14 octobre 2009, *In Zone Brands Inc*, *D*. 2010.177.

BOUCHE (N)

« L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », note sous Cass. 1er civ., 11 juillet 2006, *Andhika*, *RJDA*.2006.1109.

CACHARD (O)

« Nouvelle application du principe « compétence-compétence » en présence d'une exception d'incompétence soulevée face à une clause compromissoire, note sous Cass. 1er civ., 23 janv. 2007, *DMF*.2007.415.

DELEBECQUE (Ph)

« Connaissement de charte-partie Clause compromissoire », note sous Cass. 1er civ., 11 juill. 2006, *RTD. com*. 2006.947.

DELPECH (X)

-« Contrat de droit public international : recours contre la sentence arbitrale », obs. sur Cass. D. 2010.1359.

-« Efficacité de la class action des actionnaires minoritaires français contre Vivendi », obs. sur CA Paris, Pôle 2, ch. 2, 28 avril 2010, D. AJ, 11 mai 2010.

-« Les suites du procès Vivendi sur le sol français », obs. sur TGI Paris, 13 janvier 2010, n° RG 09/15408, *D*. AJ, 3 février 2010.

-« Privilège de nationalité et clause attributive de juridiction », obs. sur Cass. 1er civ., 30 septembre 2009, n° 08-17.587, *D*. AJ, 9 octobre 2009 ; *ibid*. 2010.58.

-commentaire sur Cass. 1er civ., 26 janvier 2011, n° 09-10.198, *D*. AJ, 28 janv. 2011.

DEPREZ (J)

note sous CA Paris, 18 juin 1964, *Gunzburg*, *RCDIP*.1967.340.

GAILLARD (E)

obs. sur Sentence n°233, *JDI*.1994.229. p. 233.

GALLMEISTER (I)

« Statut de la loi étrangère et renvoi en matière immobilière », note sous Cass. 1er civ., 20 juin 2006, n° 1025 FSP+B (Décision en ligne), disponible sur le site Dalloz actualité : http://www2.dalloz.fr/

GOLDMAN (B)

note sous CA Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, *JDI*.1966.137.

note sous Civ., 22 oct. 1991, *JDI*.1992.177. p.184.

HEUZE (V)

« Validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation », note sous Cass. 1er civ., 21 mai 1997, *RCDIP*.1998.87.

JAULT-SESEKE (F)

« Loi applicable au contrat : première interprétation de la Convention de Rome par la CJCE », note sous CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-133/08, *D*. 2010.236.

KAHN (Ph)

note sous Cass. 1er civ., 29 juin 1971, *Banque commerciale africaine*, JDI.1972.51.

LAGARDE (P)

note sous Paris, 16 février 1966, *RCDIP*.1966.462.

note sous Cass. 1er civ., 24 janvier 1984, *RCDIP*.1985.89.

« Du rattachement d'un contrat de transport maritime et de la transmission d'une clause attributive de juridiction par l'effet du connaissement », note sous Cass. com., 4 mars 2003, *RCDIP*.2003.285.

note sous Cass. com. 19 décembre 2006 et Cass. 1ère civ., 22 mai 2007, *RCDIP*.2007.592.

LAMBERTI-ZANARDI (P), « *In tema di conoscenza del diritto straniero designato dalle norme di diritto internazionale privato* », note sous Cass. it., 29 janvier 1964, *RDIPP*.1964.644 citée par F. Mélin, « La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger… », *Petites Affiches*, 27 septembre 1999, n°192, p. 231-232.

LOQUIN (E)

« De la contradiction non manifeste résultant de la présence dans un même contrat d'une clause compromissoire et d'une clause attributive de compétence à une juridiction étatique », note sous Cass. 2e civ., 18 déc. 2003, RTD. com. 2004.255.

MAHINGA (J.-G.), « L'office du juge français en présence du droit étranger », note sous Cass. 1er civ., 28 juin 2005 et Cass.com., 28 juin 2005, *Petites affiches*, 28 décembre 2005, n° 258, p. 16-23.

MENJUCQ (Ph)
note sous Cass.1er civ., 24 novembre 1998, *Lavazza*, D. 1999.337.

MOTTE-SURANITI (D)

« La motivation de la décision de justice étrangère dans la procédure d'exequatur », D., 2009, n°1, p.59.

MUIR WATT (H)

note sous Cass.1er civ., 16 mars 1999, *RCDIP*.1999.713 et s., spéc. p.718.

« Litispendance européenne et clause attributive de juridiction », note sous CJCE, 9 décembre 2003, aff. C-116/02, *Gasser*, *RCDIP*.2004.444.

note sous Cass. 1er civ., 11 juillet 2006, *Winslow Bank and Trust Company*, *RCDIP*.2007.414.

note sous Cass. 1er civ., 22 janv. 2009, *Société Gueydon et autres c./ M. de Groot et autres*, *RCDIP*.2009.533.

PERROT (R)

« Autorité de la chose jugée : sa relativité et le principe de concentration », note sous Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *RTD civ*.2008.551.

PILLET (A)

note sous Conseil privé, 17 février 1892, *JDI*.1894.155.

REMERY (J.-P.) et MUIR WATT (H)

Note sous Cass. 1er civ., 17 octobre 2000, *RCDIP*.2001.121.

STAES (O)

« Transport aérien de personnes », note sous Cass. 2e civ., 30 avril. 2009, *Rev. dr. trans*., 2009, n° 11, p. 28.

TRAIN (F.-X.)

« L'unité de la notion de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », note sous Cass. 1er civ., 14 nov. 2007, *Rev.arb*.2008.453.

VANDER ELST (R)

note sous Cass., 28 juin 1979, *Audi-N.S.U*., *RCJB*.1981.332.

WEILLER (L)

note sous Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *Sté Prodim*, *Rev. arb.* 2008.461.

V. SITE INTERNET

Conseil de l'Europe

http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=FRE

Conférence de La Haye de Droit international privé

http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.listing

Cour suprême *Dika* (Thaïe)

http://www.supremecourt.or.th/file/dika_eng.pdf

UNILEX on CISG&UNIDROIT Principles, International Case Law & Bibliography

http://www.unilex.info/

The Central People's Government of the People's Republic of China

http://www.gov.cn/flfg/2010-10/28/content_1732970.htm

VI. TEXTES INTERNATIONAUX.

-Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobilier.

-Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales étrangère.

-Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 21 avril 1961.

-Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels.

-Convention de Rome du 9 octobre 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

-Convention de Vienne sur les contrats de ventes internationales de marchandises du 11 avril 1980.

-Loi-type sur l'arbitrage commercial international adoptée par la CNUDCI le 21 juin 1985.

-Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

-Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for.

Thaïlandais

I. OUVRAGES GENERAUX- TRAITES - MANUELS

ARD-RAKSA (Phairoj), *Le droit de protection des consommateurs*, Bangkok : Winyuchon, 2000.

ASAWAROJ (Sawanee), *Le règlement des différends commerciaux par l'arbitrage*, Bangkok : Université de Thammasat, 2000, 313 pages.

ATTAKORN (Suthep) et PATYANGKUL (Atta), *Droit international privé*, 2e éd., Bangkok : Akesil Printing, 1963, 54 pages.

BOONCHALERMWIPAS (Sawaeng), *Histoire du droit thaï*, Bangkok : Winyuchon, 2009, 308 pages.

CHAKRANGKOON (Phipat), *Procédure civile*, Bangkok : Nitibanakarn, 2000, 719 pages.

CHANTARA-OPAKORN (Anan), *Règlement de différends par l'arbitrage*, Bangkok : Nititham, 1994, 213 pages.

CHANTIKUL (Kosol), *Le commerce international : droit et pratique*, 3e éd., Bangkok : Winyuchon, 2006, 216 pages.

CHUNHA-URAI (Phasakorn), *Droit international privé*, Bangkok : Nitibanakarn, 1977, 283 pages.

EAGJARIYAKORN (Pathaichit), *Achat-Vente, échange et don*, 4e éd., Bangkok : Winyuchon, 2006, 388 pages.

EAGJARIYAKORN (Pathaichit), *Loi de 2005 relative au transport multimodal international*, Bangkok : Université de Thammasat, 2007, 280 pages.

EAGJARIYAKORN (Pathaichit) et FUKANJANANON (Nirat), *Le droit de transport combiné international et le droit de transport international de marchandises*, Bangkok : Winyuchon, 2000, 324 pages.

HORAYANGKURA (Phijaisukdi), *Le règlement des différends commerciaux*, Bangkok : Chulalongkorn University, 2006, 59 pages.

INSTITUT ROYAL DE THAILANDE, *Dictionnaire*, 2e éd., Bangkok : Arun Printing, 2000.

JONGJAKAPUN (Kumchai), *Droit du commerce international*, Bangkok : Winyuchon, 2000, 224 pages.

KANCHANACHITTRA-SAISOONTHORN (Phunthip), *Droit international privé : Conception générale de relation juridique*, 5ème éd., Bangkok : Winyuchon, 2003, 352 pages.

KASEMSUP (Preedee), *Philosophie du droit*, 6e éd. Bangkok : Université de Thammasat, 2003, 396 pages.

KOUMANACHAI (Supot), *Droit international privé : Loi relative au conflit de lois B.E.2481 (1938)*, Bangkok : Nititham, 2002, 105 pages.

LEKSAKULCHAI (Chakrapong), *Droit de procédure civile*, Bangkok : Thammasat, 11e éd., 2010, 419 pages.

LUANG PRADIT MANOO THAM (Pridi Phanomyong), *Droit international privé*, Bangkok : Aksornniti, 1931, 232 pages.

LUCHAI (Kanung), *Conflit de lois*, Bangkok : Winyuchon, 2006, 220 pages.

NINNAD (Sonjai), *Droit international privé*, Bangkok : Winyuchon, 2007, 161 pages.

PACHUSANOND (Chumphorn), *Droit international privé : la nationalité*, 2e éd., Bangkok : Winyuchon, 2006, 457 pages.

PHRAYASRIWISARNWAJA (Tianliang Hountrakoon), *Droit international privé*, Bangkok : Sophonphipatanakorn Press, 1931, 128 pages.

PINAINITISART (Pinyo), *Droit international privé*, Bangkok : Faculté de Droit, Université de Thammasat, 1990, 197 pages.

PIVAVATNAPANICH (Prasit), *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 2008, 346 pages.

RATANAKORN (Sophon), *Droit des preuves et des évidences*, 4e éd., Bangkok : Nitibanakarn, 1999, 471 pages.

SAENG-UTHAI (Youd), *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 1984, 262 pages.

SAENG-UTHAI (Youd), *L'introduction générale au droit*, Bangkok : Prakaipruk, 1995, 281 pages.

SANDHIKSHETRIN (Kamol), *Droit international privé*, Bangkok : Nitibanakarn, 1996, 405 pages.

SANONGCHART (Sak), *Le Code civil et commercial : Actes juridiques et contrats, Cours du droit*, Bangkok : Nitibannakarn, 7e éd., 764 pages.

SOTTIPHUN (Sanankorn), *Actes juridiques et contrats*, 11e éd., Bangkok : Winyuchon, 2006, 532 pages.

SOTTIPHUN (Sanankorn), *Vocabulaire juridique : actes juridiques et contrats*, Bangkok : Winyuchon, 2006, 100 pages.

THIRAWAT (Daraporn), *Droit de contrats : l'actualité du nouveau statut de contrat et le problème de la Unfair Contract Terms*, 2e éd., Bangkok : Université de Thammasat, 1999, 177 pages.

WATTANAKHUN (Vichian), *Droit international privé*, Bangkok : Université de Thammasat, 1965, 263 pages.

II. OUVRAGES SPECIAUX- THESES – COURS- TRAVAUX COLLECTIFS

HORAYANGKURA (Phijaisukdi), *La pensée juridique sur le règlement des différends du commerce*, Bangkok : Samyanwitayapatana, 1997, 115 pages.

HORAYANGKURA (Phijaisukdi), *L'extrait des œuvres sur le règlement des différends du commerce international*, Bangkok : Chulalongkorn University, 2006, 96 pages.

JONGJAKAPUN (Kumchai), *Le paiement dans le commerce international*, Cours du droit 'Les transactions dans le commerce international', Université de Thammasat, 2000.

KANCHANACHITTRA-SAISOONTHORN (Phunthip), « Le conflit de lois sur la compétence étatique en matière du commerce international », Cours de droit du commerce international, le 19 avril 2002.

KIJSINTOPCHAI (Narumol), *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*, Bangkok : Université de Chulalongkorn, 2004.

KLAIKLERN (Phataravee), *L'application de la lex mercatoria devant la Cour thaïlandaise : le cas d'Incoterms 2000*, Mémoire de Master (LL.M.), Faculté des Sciences juridiques, Université de Chulalongkorn, Bangkok, 2001.

PROKATI (Kittisak), *L'évolution du système juridique thaïlandais sous l'influence européenne*, 2e éd., Bangkok : Winyuchon, 2006.

SAENG-UTHAI (Youd), *Droit international privé*, Cours de droit, Université de Thammasat, 1940.

SAWAENGSAK (Chanchai), *L'influence française à la réforme du droit thaï*, Bangkok : Nititham, 1996.

SINAMNUAY (Supin), *Le problème d'exécution des jugements étrangers par la Cour thaïe pour le cas d'adhérer de Thaïlande à la Convention internationale de droit maritime*, Mémoire de Master (LL.M.), Bangkok, Faculté des Sciences juridiques, Université de Thammasat, Bangkok, 2005.

SOTTIPHUN (Jumpee), *Culpa in contrahendo*, 3e éd., Bangkok : Winyuchon, 2005.

TRAIWAIT (Surapol), *Les rédactions des Codes de droit au Siam*, Bangkok : Winyuchon, 2007, traduit de l'anglais *The Work of Codification in Siam* de M. René Guyon, Paris : Imprimerie Nationale, 1919.

WONGSWANGPANICH (Benya), *La procédure judiciaire sur le contrat de vente internationale de marchandises en Thaïlande*, Mémoire de Master (LL.M.), Faculté des Sciences juridiques, Université de Thammasat, Bangkok, 2003.

WONGWATANASAN (Chaiwat), *Le droit de protection des consommateurs*, Bangkok : Winyuchon, 2000.

III. ARTICLES – COMMUNICATION – CHRONIQUES – RAPPORTS - CONTRIBUTIONS AUX MÉLANGES

ARIYANANDAKA (Wichai), « Le règlement des différends du commerce international », *Dulapaha* Journal du Ministère de la Justice, vol. 44, n°3, 1997, p.105-128.

BOONDEJ (Prasopsook), « Les effets des jugements étrangers », *Thammasat Law Journal*, vol. 9, n°1, 1977, p. 64-67.

BOONPEUM (Kiang), « La Cour et le règlement de différends par l'arbitrage », *in* Rapport de conférence « Encouragement et développement le système d'arbitrage en Thaïlande », Conseil national de la recherche, le 9 mars 1994, Regent Bangkok, p.17-22.

BORMANAN (Nanthawat), « Du débat sur la chaine ITV : la différence entre le juge et l'arbitre », le 15 décembre 2004, disponible sur le site http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=93;

BUNNAG (Jayavadh), « Le contrôle de droit par le juge de la sentence arbitrale », *Cases and Materials on Arbitration*, Bureau de la magistrature, Ministère de la Justice, 1992, p. 84-87.

BUREAU DE LA MAGISTRATURE (Ministère de la justice),

« Rapport de la conférence : le développement et l'encouragement le système de l'arbitrage en Thaïlande, 1994, p. 17-69.

« Où en est la frontière de l'ordre public et des bonnes mœurs du people dans l'exécution de la sentence arbitrale ? », *TAI Journal of Arbitration*, vol. 2, 2007, ADR Office, p. 10-27.

« Les solutions pour le déroulement de procédure arbitrale », *TAI Journal of Arbitration*, vol. 3, 2008, ADR Office, p. 215-231.

CHANTARA-OPAKORN (Anan),

« L'arbitrage commercial international », *Sukhothai Thammathirat Law Journal*, vol.4, n°1, 1992, p. 73-88.

« Où en est la frontière de l'ordre public et des bonnes mœurs du peuple dans l'exécution de la sentence arbitrale ? », *TAI Journal of Arbitration*, vol. 2, 2007, ADR Office, Bureau de la magistrature, p. 26.

« Les problèmes du privilège de droit dans l'arbitrage du commerce international : Étude de loi étrangère et pratique », *TAI Journal of Arbitration*, vol.3, 2008, Bureau de la magistrature, p. 1-49.

COMITE DU TRAVAIL DE L'ELABORATION DE PROPOSITION DE LA REPARTITION LES LITIGES COMMERCIAUX AUX LITIGES CIVILS, « Rapporteur de la Commission », disponible sur le site : http://www.legalreform.go.th/m_produce/anu8/anu8-49_01/anu8_project_2549.pdf

« Le plan d'élaboration la Loi sur le contrat de vente commerciale de marchandises », disponible sur le site : http://www.legalreform.go.th/m_produce/anu8/anu8-49_01/tendency_yograng.pdf

« Le mémorandum du projet de Loi sur le contrat de vente commerciale de marchandises », disponible sur le site : http://www.legalreform.go.th/m_produce/anu8/anu8-49_01/rang_ecommerce.pdf

« Résumé du meeting du 11 janvier 2006 », disponible sur le site : http://www.legalreform.go.th/m_produce/anu8/anu8-49_01/summeeting01.pdf

« Résumé du meeting du 23 janvier 2006 », disponible sur le site : http://www.legalreform.go.th/m_produce/anu8/anu8-49_01/summeeting02.doc

« Résumé du meeting du 30 janvier 2006 », disponible sur le site : http://www.legalreform.go.th/m_produce/anu8/anu8-49_01/summeeting03.pdf

« Résumé du meeting du 8 février 2006 », disponible sur le site : http://www.legalreform.go.th/m_produce/anu8/anu8-49_01/summeeting04.doc

« Résumé du meeting du 2 mars 2006 », disponible sur le site : http://www.legalreform.go.th/m_produce/anu8/anu8-49_01/summeeting05.pdf

« Résumé du meeting du 2 mars 2006 », disponible sur le site : http://www.legalreform.go.th/m_produce/anu8/anu8-49_01/summeeting06.pdf

EAGJARIYAKORN (Pathaichit),

« Le *framework* d'ASEAN sur le transport multimodal », *Thammasat Law Journal*, vol. 28, n°2, Juin 1998, p.282 – 316.

« Les problèmes de l'appropriation d'avoir une loi spécifique sur le transport aérien international de Thaïlande », *Thammasat Law Journal*, vol. 30, n°2, Juin 2000, p.223 – 260.

FONDATION du Professeur Kanung LUCHAI, « Les problèmes du choix de la loi applicable aux contrats internationaux », Colloque, Faculté des Sciences juridiques, Université de Thammasat, le 21 août 2002.

INDRAMBARYA (Kanok), « L'opinion et observations sur la coopération judiciaire de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers », *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol.31, n°2, 1984, p.56-69.

JAREUNWIMOLKUL (Korbchai), « Effet lié du traité dans chaque étape de l'élaboration », *Thammasat Law Journal*, vol. 20, n°3, Sept. 1990, p. 133-146.

JONGJAKAPUN (Kumchai),

« Observations sous la décision de la Cour suprême *Dika* n°3046/2537 et n°3651/2537 », *Dulapaha* Journal du Ministère de la Justice, vol.47, n°2, 2000, p.55-66.

« Le projet de Loi sur le contrat de vente commerciale de marchandises : le débat sur le principe et les dispositions de loi», *The Thai Bar Association Law Journal*, vol. 63, n°1, 2007, p. 31-69.

KANCHANACHITTRA-SAISOONTHORN (Phunthip),

« Les modalités d'appeler des jugements étrangers devant la Cour thaïe », *Thammasat Law Journal*, vol. 20, n°3, Sept. 1990, p. 147-153.

« Les conditions de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers selon la Cour thaïe », *Thammasat Law Journal*, vol. 20, n°4, Déc. 1990, p. 141-154.

« Pourquoi est-il nécessaire d'uniformiser le droit de commerce international ? », *The Thai Bar Association Law Journal*, vol. 46, n°1, 1990, p. 97-109.

« Problème de conditions de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers », *Thammasat Law Journal*, vol. 22, n°2, 1992, p. 203 – 219.

« La souveraineté de l'État et les relations juridiques selon le droit privé international », *Thammasat Law Journal*, vol. 23, n°4, 1993, p. 731-760. (Réédité en 2003 disponible sur le site http://www.archanwell.org/office/download.php?id=293&file=271.pdf&fol=1)

« Le contrat de vente internationale de marchandises : la sécurité juridique et la Thaïlande », *Raphee Law Journal*, vol. 3, n° 8, 1994, p. 25-35.

« Le rôle des Incoterms aux contrats de vente international », *Thammasat Law Journal*, vol. 24, n°4, 1994, p. 761-782.

« Les conceptions fondamentales sur les contrats de droit privé à caractère extranéité », *Thammasat Law Journal*, vol. 25, n°3, 1995, p. 524-563.

KHONGCHAN (Banlue),
« La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers : Conférence de droit asiatique », *Thammasat Law Journal*, vol. 12, n°3, 1982, p. 101-115.
« La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers : Conférence de droit asiatique », *Thammasat Law Journal*, vol. 12, n°4, 1982, p. 91-105.
LENGTHAISONG (Sathit),
« L'exécution des jugements étrangers en droit thaï », *Thammasat Law Journal*, vol. 4, n°1, 1972, p. 76-91.
« La compétence du tribunal selon un accord : pour la compréhension », *Sukhothai Thammatirat Law Journal*, vol. 5, n° 2, 1993, p. 40-41.
LIMPARANGSRI (Sorawit), « Où en est la frontière de l'ordre public et des bonnes mœurs du peuple dans l'exécution de la sentence arbitrale ? », *TAI Journal of Arbitration*, vol. 2, 2007, ADR Office, Bureau de la magistrature, p. 14.
LUCHAI (Kanung), HORAYANGKURA (Phijaisukdi), CHANTARA-OPAKORN (Anan) ***et al.***, « Les solutions pour le déroulement de procédure arbitrale », *TAI Journal of Arbitration*, vol. 3, ADR Office, Office of the Judiciary, 2008, p. 215-231.
LUCHAI (KANUNG), KAEWCHAROEN (Kumphee) et ARIYANUNTAKA (Vichai), « Problèmes, obstacles et règlements pour le développement d'arbitrage », Rapport de conférence « Renforcement et développement le système d'arbitrage en Thaïlande », Conseil national de la recherche, le 9 mars 1994, Regent Bangkok, p. 23-46.
LUCHAI (KANUNG) et KANCHANACHITTRA-SAISOONTHORN (Phunthip), « La conception relative à la clause attributive de juridiction aux tribunaux étrangers à la fin de déroger la compétence du juge thaï », Commentaire de décision de la Cour suprême *Dika* n° 951/2539 et n° 5809/2539, « Conflit de lois », Bangkok : Winyuchon, 2006, p. 177-193.
LUSUMPHAN (Chotikorn), « Le devoir de banque en vue d'examiner les documents et le paiement de lettre de crédit », Journal du droit des affaires, vol. 14, n° 3, 1983, p. 26.
MINISTERE DE LA JUSTICE,
« Rapport de conférence des commissionnaires du développement de l'arbitrage », 5e/2539, le 5 août 1996, p. 8-9.
« L'avis de M. Gerold Hermann, Le secrétaire général de CNUDCI à l'occasion de discussion de table ronde sur le projet de loi de l'arbitrage de Thaïlande B.E. … », Ministère de la justice, septembre 1996, p. 29-30.
MINISTRE DU COMMERCE, « Le commerce international de Thaïlande en 2006 », disponible sur le site http://www.ops.moc.go.th/MocCMS/fileupload/ETC/14381.doc

MONKOLNAVIN (Ukrit), « L'ordre public et les bonnes mœurs du peuple », The Thai Bar Association Law Journal, vol. 32, n° 1, 1975, p. 13.

MONTAPORN (VITID), « Les aspects asiatiques de la coopération judiciaire et l'exécution des jugements étrangers », *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol. 31, n° 2, 1984, p.88-104.

NANDASIRIPOL (Chumpol), « L'autonomie de la clause d'arbitrage », *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol. 50, n° 2, 2003, p. 92-106.

NITIKRAIPHOT (Suraphol), « Interview », Prachachat Business le 22 mai 2006.

PACHUSANOND (Chumphorn),

« Lois d'application immédiate, la règle de conflit de lois : les effets sur la convention internationale du droit international privé », *Thammasat Law Journal*, vol. 16, n°4, 1986, p. 20-41.

« Certains aspects sur le conflit de juridictions en Thaïlande à l'égard du droit international privé », *Chulalongkorn Law Journal*, vol. 17, n° 1, 1997, p. 39-61.

PINITPUWADOL (Kamalin), NARKWACHARA (Suwicha), « L'application de la loi étrangère : dans le cadre de la Loi sur le conflit de lois B.E.2481 devant le Tribunal central de propriété intellectuelle et commerce international », Journal du droit de propriété intellectuelle et commerce international, 2004, p. 358-373.
http://www.judiciary.go.th/~library/Article/data/28-0001-01.pdf

PIVAVATNAPANICH (Prasit), « La reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers en Thaïlande », Rapport de recherche de Faculté des Sciences Juridiques, Université de Thammasat, 2005, pp.42.

POBROMYEN (Lukana), « Les effets de coutume internationale à l'égard de la Thaïlande », Association de droit international de Thaïlande, Actualité juridique, le 17 janvier 2004. Disponible sur le site
http://www.archanwell.org/autopage/show_page.php?t=1&s_id=5&d_id=7

PROKATI (Kittisak), « La Convention des Nations Unies de 1980 sur la vente internationale de marchandises », *Thammasat Law Journal*, vol.17, n°4, Déc. 1987, p.109.

PUKDITANAKUL (Jaran), « Rapport de la conférence : le développement et l'encouragement le système de l'arbitrage en Thaïlande », Bureau de la magistrature, 1994, p. 50.

RATANAPAKORN (Orawan), « La structure monétaire thaïe en macro », *in*, La conférence académique annuelle 2005, p.3-22**.**

SANDHIKSHETRIN (Kamol), « La coopération judiciaire de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers », *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol. 31, n°2, 1984, p. 19-55.

SATTABOOT (Suthabadee), « La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civil et commerciale », *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol. 31, n°2, 1984, p.70-87.

THAWEECHAIKARN (Suthipol), « Commentaire de décision de la Cour suprême *Dika* n° 951/2539 », *Dulapaha* Journal du Ministère de Justice, vol. 44, n° 2, 1997, p. 211-218.

VITITVIRIYAKUL (Hassavut), « Où en est la frontière de l'ordre public et des bonnes mœurs du peuple dans l'exécution de la sentence arbitrale ? », *TAI Journal of Arbitration*, vol. 2, 2007, ADR Office, Bureau de la magistrature, p. 17.

WATPATARAKUL (Pornchai), « Le paiement dans le contrat de vente internationale », *Thammasat Law Journal*, vol. 20, n°2, 1990, p.108.

IV. TEXTE INTERNE

Loi relative aux règles de conflit de lois B.E. 2481 (1938)

Loi relative à l'arbitrage B.E. 2545 (2002)

Loi relative au transport de marchandises par voie maritime B.E. 2534 (1991)

Code civil et commercial

Code de procédure civile

Anglais

I. OUVRAGES GENERAUX- TRAITES - MANUELS

BERGER (Klaus-Peter), *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law Intl., 1999**.**

CHESHIRE & NORTH, *Private International Law*, London : Butterworths, 13th ed., 1999, 1069 pages.

D'ARCY (Leo), MURRAY (Carole) and CLEAVE (Barbara), *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, 10th ed., London, Sweet & Maxwell, 2000, 718 p.

DICEY & ALBERT VENN, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 7th ed., London, Butterworths, 1965, p. 735.

KAHN-FREUND (O), *General Problems of Private International Law*, 2nd ed., The Netherlands, Sijthoff & Noordhoff, 1980.

LEW (J), *Applicable Law in International Commercial Arbitration*: A study in Commercial Arbitration Awards, D. Ferry, N.-Y., Oceana Publications Inc./Sitjthoff & Noordhoff International Publishers BV, 1978.

MORRIS (J.H.C,) and McCLEAN (D), *The Conflict of Laws*, 5th Ed., Sweet & Maxwell, 2000.

O'BRIEN (John), *Conflict of Laws*, 2nd ed., London, Cavendish Publishing Ltd., 1999, p. 266.

WOLFF (Martin), *Private International Law*, Great Britain, Oxford University Press, 1945, 637 p.

ZIMMERMANN (Reinhard), *The Law of Obligation: Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 1207 p.

II. ARTICLES – COMMUNICATIONS – CHRONIQUES – RAPPORTS - CONTRIBUTIONS AUX MÉLANGES

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement on Contracts*.

BERMAN (H), « The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria) », *2 J. Int'l Disp Resol*.235.1988.

BOELE-WOELKI (K), « The Unidroit Principles of International Commercial and the Principles of European Contract Law: how to apply them to international contracts? », *Rev. dr. unif.* 1996.652.

BONELL (M. J.),

« The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG: Alternatives or Complementary Instruments? », *Rev. dr. unif.* 1996.26.

« The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes ? », *Rev. dr. unif.* 1996.229.

CHANTARA-OPAKORN (Anan), « Arbitration in Thailand », International Commercial Arbitration in Asia, 2nd Ed., USA: JurisNet, Edited by McConnaughay and Ginsburg, 2006, p. 403-444.

COHN (E. J.), « The Objective Practice on the Proper Law of Contracts », *ICLQ*, vol. 6 1957, p. 373-391.

DE LY (Filip),

« Choice of Law Clauses », Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Article 3 Rome Convention : the Lex Mercatoria before Domestic Courts or Arbitration Privilege ?, *in Études offertes à B. Mercadal*, éd. F. Lefebvre, Paris, 2002, p. 133-145.

« Law and Practice of Drafting International Contracts », *IBLJ*, No. 3/4, 2002, p.461-473.

DIEDRICH (Frank), « Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG », Pace International Law Review, 1996, p. 303. Available on the website http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=intlaw

DORE (Isaak), « Choice of Law under the International Sales Convention: A U.S. Perspective », *American Journal of International Law*, vol.77, July 1983, p. 521-540.

FARNSWORTH E. (Allan),

« Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair dealing and Failed Negotiations », *Colombia Law Review*, vol.87, March 1987, no.2, p. 217-294.

« The Interpretation of International Contracts and The Use of Preambles », *RDAI*, no.3, 2002, p. 271-279.

HONNOLD (John), « The Sales Convention in action- Uniform International Words: Uniform Application? », *Journal of Law and Commerce*, vol.8, 1988, p.207-212.

JESSURUN D'OLIVEIRQ (H. U.), « Characteristic Obligation », *in* the Draft EEC Obligation Convention, 25 *American Journal of Comparative Law*, 303, 1977, spéc. p. 330.

JUENGER (Friedrich K.), « What's Wrong with Forum Shopping? », *Sydney Law Review*, vol. 16:5, 1994, p. 5-13.

KESSELER (Friedrich) & FINE (Edith), « *Culpa in Contrahendo*, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study », *Harvard Law Review*, vol. 77, 1964, p.401-449.

KLEIN (John) & BACHECHI (Carla), « Precontractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions », *Houston Journal of International Law*, vol.17, 1994, p. 1-23.

LIMPARANGSRI (Sorawit), « The Should-Be Roles of Lex Mercatoria as a Source of Substantive Law in International Commercial Arbitration », *Raphee Law Journal*, The Thai Barrister Association, vol.58, 2002, p.69-97.

MANN (F), « The Proper Law of Contract: A rejoinder », *ILQ*, vol. 3, 1950, p. 60.

PIVAVATNAPANICH (Prasit),

« Choice of Law in Contract and Thai Private International Law: A Comparative Study », 2002.

« Some Theoretical Remarks on Thai Private International Law Compared to the Continental and the Common Law Traditions », 1 mars 2004.

PUKDITANAKUL (Jaran) et **ARIYANUNTAKA (Vichai)**, « Aspects of Enforcement of Foreign Judgements and Arbitral Awards in Thailand », *Cases and Materials on Arbitration*, Bureau de la magistrature, Ministère de la Justice, 1992, p. 220.

SCHAEFER (Jan K.), « *New solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared* », *EJCL*, vol. 2.2, August 1998.

SCHMITTHOFF (Clive),

« The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation », *in The Sources of the Law of International Trade*, ed. by C. Schmitthoff, London : Stevens & Sons Ltd., 1964, p. 3-38.

« The Unification of the Law of International Trade », *J. Bus. L.* 105, 1968, p. 112.

SCHQEFER (Jan K.), « New solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration : English, German and Hong Kong Law Compared », *EJCL*, vol. 2.2, August 1998.

THIRAWAT (Daraporn), « Consumer Protection Law in Thailand with regard to Contracts », *The Thai Bar Association Law Journal*, vol. 56, 2000, p.169-190.

YNTEMA (Hessel E.), « "Autonomy" in Choice-of-Law », *AJCL*, vol. 1, 1952, p. 353.

LISTE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS CITEES

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe,
les italiques renvoient aux notes de numéro.)

I. Juridictions communautaires et internationales.
II. Juridictions nationales et organes administratifs nationaux.
III. Sentence arbitrale international.

I.
Juridictions communautaires et internationales.

Cour de justice des Communautés européennes/ Cour de justice de l'Union européenne.

-CJCE, 6 octobre 1976, aff. C-12/76, *Tessili*, *RCDIP*.1977.751, note Gothot et Holleaux ; *JDI*.1977.714, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet ; *D*. 1977.616, 1er esp., note G. Droz : **452, 454**

-CJCE, 14 décembre 1976, aff. C-24/76, *Estasis*, *JDI*.1977.734, obs. Bischoff ; *RCDIP*.1977.576, note Mezger ; *D*. 1977.349, obs. Audit : ***490***

-CJCE, 14 décembre 1976, aff. C-25/76, *Segoura*, *JDI*.1977.734, obs. Bischoff ; *RCDIP*.1977.576, note Mezger ; *D*. 1977.349, obs. Audit : ***490***

-CJCE, 17 janvier 1980, aff. C-56/79, *Zelger*, *RCDIP*.1980.387, note E. Mezger ; *JDI*.1980.435, note A. Huet : **450, 513**

-CJCE, 4 mars 1982, aff. C-38/81, *Effer*, *RCDIP*.1982.570, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1982.473, obs. A. Huet : **447**

-CJCE, 22 mars 1983, aff. C-34/82, *Martin Peters*, *RCDIP*.1983.667, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1983.834, note A. Huet : **447**

-CJCE, 19 juin 1984, aff. C-71/83, *Tilly Russ*, *JDI*.1985.159, note Bischoff; *RCDIP*.1985.385, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF*.1985.83, note Bonassies : **490, 526**

-CJCE, 24 juin 1986, aff. C-22/85, *Anterist*, Rec.1986.1951, concl. Darmon : ***489***

-CJCE, 15 janvier 1987, aff. C-266/85, *Shenavaï*, *RCDIP*.1987.793, note G. Droz ; *JDI*.1987.465, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet : **450, 455**

-CJCE, 4 février 1988, aff. C-145/86, *Hoffmann*, Rec.1988.645 ; *RCDIP*.1988.605, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1989.449, note A. Huet : **713**

-CJCE, 8 mars 1988, aff. C-9/87, *Arcado*, *RCDIP*.1988.610, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1989.453, obs. A. Huet : ***447***

-CJCE, 27 septembre 1988, aff. C-189/87, *Kalfelis*, Rec. p. 5565 ; *JDI*.1989.457, note A. Huet ; *RCDIP*.1989.117, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1989.254, note B. Audit : **406**

-CJCE, 4 octobre 1991, aff. C-183/90, *Van Loon*, Rec.1991.4743 ; *RCDIP*.1992.128, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1992.499, note A. Huet : **707**

-CJCE, 26 mars 1992, aff. C-261/90, *Mario Reichert*, *RCDIP*.1992.720, note B. Ancel ; *JDI*.1993.461, note A. Huet ; RIDP.1994.160, note P. Marchal : **604**

-CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jakob Handte*, *RCDIP*.1992.730, H. Gaudemet-Tallon : **447**

-CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec.1993.1663 ; *Petites Affiches*, 1993, n° 108, p. 19-20 ; *Gaz. Pal.* 1995.III., p. 668-672 : **406**

-CJCE, 29 juin 1994, aff. C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd*., Rec.1994.2913 ; *RCDIP*.1994.698, note H. Gaudemet-Tallon; *JDI*.1995.461, note A. Huet; *RTD. eur.* 1995.87, note H. Tichadou : ***452***

-CJCE, 7 mars 1995, aff. C-68/93, *Fiona Shevill*, *RCDIP*.1996.487, note P. Lagarde ; *JDI*.1996.543, obs. A. Huet : **409**

-CJCE, 12 mai 1998, aff. C-367/96, *Kefalas*, Rec.1998.2843, concl. G. Tesauro ; *RTD com.* 1998, p. 1000, obs. Luby ; *Europe* 1998, n° 225 et 247, obs. Lagondet, pt. 28 : **406**

-CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros Ltd*., *Bull. Jol. Sté*, 1 juin 1999, n° 6, p. 705 ; *JDI*.2000.482, note M. Luby : **366**

-CJCE, 16 mars 1999, aff. C-159/97, *Trasporti Castelletti*, *D.* 1999.IR.100 ; *RCDIP*.1999.559, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF*.2000.14, obs. Ph. Delebecque : **526**

-CJCE, 28 septembre 1999, aff. C-440/97, *Groupe Concorde*, Rec.1998.6342 ; *JDI*.2000.547, obs. J.-M. Bischoff ; *RCDIP*.2000.260, note B. Ancel ; *DMF*.2000.66, note P. Bonassies ; *DMF*.2000.296, note M. Morin ; *JCP (G)* 2000.II.10354, note C. Bruneau : **420, *454***

-CJCE, 5 octobre 1999, aff. C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici SpA*, *RCDIP*.2000.76, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.2000.540, note F. Leclerc ; *JCP (G)*.2000.II.10354, obs. C. Bruneau : **455**

-CJCE, 23 novembre 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Arblade*, *JDI*.2000.493, note M. Luby ; *RCDIP*.2000.728, note M. Fallon : **298, 300**

-CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Krombach*, *RCDIP*.2000.481, note H. Muir Watt ; *JDI*.2001.690, note A. Huet et M.-L. Niboyet ; *RTD. civ*.2000.944, note J. Raynard ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 277, p. 21 : **709, 711**

-CJCE, 11 mai 2000, aff. C-38/98, *Maxicar*, *RCDIP*.2000.504, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.2001.697, note A. Huet ; *JCP (G)*.2001.II.10607, obs. C. Nourissat : **707, 710**

-CJCE, 13 juillet 2000, aff. C-412/98, *Group Josi Reinsurance Company SA*, *D.* 2000.IR.236 ; *JDI*.2002.623, obs. F. Leclerc : **444, 477**

-CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-381/98, *Ingmar*, *RCDIP*.2001.112, note L. Idot; *JCP (E)* 2001.12, obs. J. Raynard : **299**

-CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-387/98, *Coreck Maritime*, *D.* 2000.298 ; *RCDIP*.2001.359, note F. Bernard Fertier ; *JDI*.2001.701, note J.-M. Bischoff ; *DMF*.2001.187, note Ph. Delebecque : **489, 524, 526**

- CJCE, 19 février 2002, aff. C-256/00, *Besix*, Rec.2002.1699 ; *RCDIP*.2002.588, note H. Gaudemet-Tallon : **420**

- CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-334/00, *Fonderie Officine Mecaniche Tacconi SpA*, *RCDIP*.2003.668, note P. Rémy-Corlay ; *JDI*.2003.668, obs. A. Huet ; *D.* 2002.2774 ; *JCP (G)* 2003.I.166, n° 5 : **447**

-CJCE, 9 décembre 2003, aff. C-116/02, *Gasser*, *D.* 2004.1046, note C. Bruneau ; *RCDIP*.2004.444, note H. Muir Watt ; *JDI*.2004.641, obs. A. Huet : **513**

-CJCE, 27 avril 2004, aff. C-159/02, *Turner*, *RTD civ.* 2004.549, obs. Ph. Thery ; *D.* 2005.Chr.2712, note R. Carrier : **596**

-CJCE, 14 décembre 2006, aff. C-283/05, *ASML Netherlands BV*, *RCDIP*.2007.634, note E. Pataut : ***712***

-CJCE, 3 mai 2007, aff. C-386/05, *Color Drack GmbH*, *Europe*, juillet 2007, n°196, p. 24, note L. Idot : **450**

-CJCE, 10 février 2009, aff. C-185/07, *West Tankers*, *D.* 2009. 981, note C. Kessedjian; *RCDIP*.2009.373, note H. Muir Watt; *JDI*.2009.1281, note B. Audit; *RTD civ.* 2009.357, obs. P. Théry; *Rev. arb.* 2009. 407, note S. Bollée : **516, 552, 593**

-CJCE, 23 avril 2009, aff. C-533/07, *Falco Privatstiftung*, D. 2009. AJ 1489 ; panor. 2390, obs. S. Bollée ; *RDC*.2009.1558, note E. Treppoz ; *Europe* 2009, com. 263, obs. L. Idot : **449**

-CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-133/08, *Balkenende*, *D.*, 2010, n° 4, p. 236, note F. Jault-Seseke ; *JDI*.2010.183, note C. Legros ; *RLDC*.2010.7, note M.-E. Ancel ; *Gaz. Pal.* 07/07/2010, n° 188-189, p. 24-26, note M. Nicolella ; *Europe*, 01/12/2009, n° 12, p. 36, note L. Idot ; *Rev. dr. transp*. 2009, comm. 210, note L. Grard : **31, 266**

-CJUE, 9 juin 2011, aff. C-87/10, *Electrosteel Europe SA*, D. actu. 2011, obs. X. Delpech, disponible sur http://www.dalloz-actualite.fr : **155, 173, 438**

Cour internationale de justice.

CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Co.Ltd*., Belgique c/ Espagne. Disponible sur le site http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf : **470**

Cour permanente de la justice internationale.

-CPJI, 22 juillet 1929, *Emprunts serbes et brésiliens*, CPJI Série A, n° 20-21, et arrêt n° 15 du 12 juillet 1929, *RDIP*.1929.427, note J.-P. Niboyet : **109, *137***

-CPJI, 15 juin 1939, *Sté commerciale de Belgique*, Série A/B n° 78, p. 174-175 et 178 : **762**

Cour et commission européenne des Droits de l'Homme

-CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini*, *RCDIP*.2004.106, note L.-L. Christians ; *RTD. civ.* 2001, p.986, obs. J. Marguénaud : **692**

II.

Juridictions nationales et organes administratifs nationaux.

I. Allemagne

- Bundesgerichtshof, le 22 septembre 1971, *RCDIP*.1972.621, note Mezger : ***217***

II. Angleterre

- *Vita Food Products v/ Unus Shipping Co. (1939)*, A.C. 277, 290 (P.C.) ; *RCDI*.1942.420, note Mezger : **374**

- Nouvion v. Freeman (1889), 15 App. Cas. 1, 13, HL. Dicey & Morris, p. 477 : ***699***

III. Belgique

- Audit NSU c/ SA Adelain Petit, JT (1979), p. 625, *RCJB*.1981.332, note Vander Elst : **375**

IV. Espagne

- Cour provinciale de Barcelone, 7 juin 1999, *D.* 2000. Som. com. 440, obs. W. Rosch **:** ***252***

V. États-Unis d'Amérique

-Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2010, *D.* 2010.2323, 2e esp., obs. L. d'Avout et S. Bollée : **405**

VI. France

Juridictions judiciaires.

Cour de cassation.

-Cass. civ., 17 avril 1810 : ***761***

-Cass.civ., 1er février 1813, *S.* 1830.1.113 : **122**

-Cass. 1er civ., 28 février 1860, *Bulkley*, S. 1860.1.210, concl. Dupin ; *GA* n° 4 : **674**

-Cass.1er civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, *GA*, 4e éd. 2001, n°6 : **387**

-Req. 30 janvier 1882, *DP*. 1883.1.223 : **473**

1900-1950

-Cass. 1er civ., 9 mai 1900, *De Wrède*, *JDI*.1900.613 ; S. 1901.1.185, note E. A. ; D. 1905.1.101, note L. S. ; *GA* n° 41 : **674**

-Cass. 1ère civ., 5 décembre 1910, *American Trading*, *S.*, 1911, 1, 129, note Lyon-Cean ; *JDI*.1912.1156 ; *RCDIP*.1911.395 : **216, 219, *249***

-Cass.1er civ., 17 mai 1927, *Pélissier Du Besset* , D.1928.25, concl. Matter, note H. Capitant : **12**

-Cass. civ., 5 février 1929, *Mancini*, *S.* 1930.1.181, note Audinet : **378**

-Cass. 1er civ., 17 juillet 1930, *Sté Graf*, S. 1931.1.4 ; *RCDIP*.1931.128, note Caleb ; *JDI*.1931.654 ; *DP*. 1930.1.163, note Camerlynck : **473**

-Cass. 1ère civ., 31 mai 1932, *S.* 1933, 1, 17, note Niboyet ; *RCDIP*.1934.909 ; *JDI*.1933.347 : **249**

-Cass.1er civ., 29 mai 1937, *S.* 1937.1.365 ; *DP*. 1937.1.64 : **473**

-Cass. 1er civ., 7 juillet 1947, *D.* 1948.Somm.9 ; *JCP*.1947.II.3871, note J. L : **473**

- Cass.1er civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *RCDIP*.1949.89, note H. Batiffol ; *D.* 1948.357, note P.L.-P. ; *JCP*.1948.II.4532, note Vasseur ; *GA* 4e éd., 2001, n°19 : **333**

-Cass. 1er civ., 21 juin 1948, *Patino*, *RCDIP*.1949.557, note Francescakis ; *S.*, 1949.1.121, note Niboyet : **440**

-Cass. 1er civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *RCDIP*.1950.609, note H. Batiffol ; D. 1951.749, note Ancel ; *JCP*.1950.II.5812, note Lévy ; *GA*, n° 22 : **137**

1951-1960

-Cass. 1er civ., 24 avril 1952, *Franc C.F.A.*, *RCDIP*.1952.502, note H. Motulsky ; *S.* 1952.1.185, note H. Batiffol : **221**

-Cass.1er civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, *RCDIP*.1960.62 note H. Batiffol ; *JDI*.1960.810, note J.-B. Sialelli ; *D*.1960.610, note Malaurie ; *J.C.P*.1960.II.11733,note H. Motulsky ; *GA*, n° 32 : **56, 61**

-Cass.1ère civ., 6 juillet 1959, *Sté des Fourures Renel*, *RCDIP*.1959.708., note H. Batiffol ; B. Ancel, *Sté des Fourrures Renel*, *JDI*.1960.814., doss. Sialelli. ; *RCDIP*.1960.354., note Loussouarn ; *RTDC*.1960.516., obs. Hébraud, *GA*, n°35 : **239, 249**

1961-1970

-Cass. 1er civ. 21 novembre 1961, *Montefiore*, *GA*, 4e éd., 2001, n°36 : **122, 122, *126***

-Cass. 1er civ., 30 octobre 1962, *Scheffel*, *RCDIP*.1963.387, note Francescakis ; *D.* 1963.109, note D. Holleaux ; *GA* n° 37 : ***440***

-Cass. 1er civ., 7 mai 1963, *Gosset*, *D.* 1963.545, note J. Robert ; *RCDIP*.1963.615, note H. Motulsky ; *Rev. arb.* 1963.60 ; *JCP*.1963.II.13405, note B. Goldman ; *JDI*.1964.82, 1er esp., note J.-D. Bredin : **550**

-Cass. 1er civ., 15 mai 1963, *Patino*, 1er esp., *JDI*.1963.1016, note Malaurie ; *RCDIP*.1964.532, note P. Lagarde ; *JCP*.1963.II.13365, note Motulsky : **694**

-Cass. 1er civ., 14 avril 1964, *San Carlo*, *D.* 1964.637, J. Robert ; *JDI*.1965.646, note B. Goldman ; *RCDIP*.1966.68, note H. Batiffol : **539**

-Cass. 1er civ., 7 janvier 1964, *Munzer*, *RCDIP*.1964.344, note Batiffol ; *JDI*.1964.302, note B. Goldman ; *JCP*.1964.II.13590, note Ancel ; *Rép. Comm*.1964.425, obs. G. Droz, *GA* n° 41 : **674, 682, 694**

-Cass. 1er civ., 24 novembre 1965, *RCDIP*.1966.289, note P. Lagarde : **682**

-Cass. 1er civ., 2 mai 1966, *Galakis, D.* 1966.575, note J. Robert ; *JDI*.1966.648, note Level ; *JCP*.1966.14798, note Ph. Ligneau ; *RCDIP*.1967.553, note B. Goldman : **540, 738**

-Cass. 2e civ., 15 juin 1966, *Gaz. Pal*.1966.II.184 ; *D.* 1967.84 : **511**

-Cass. Civ. 28 juin 1966, *RCDIP*.1967.334, note H. Batiffol : **150**

-Cass. 1er civ., 4 octobre 1967, *Bachir*, *GA* n° 45 : **674, 691**

-Cass. 1er civ., 9 janvier 1968, *RCDIP*.1969.490, 3e esp., note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1968.717, note M. Simon-Depitre ; *JCP*.1968.II.15451, note G. Lyon-Caen : **483**

-Cass. 2e civ., 3 octobre 1968, *JCP* G 1968.II.15693, note J.A. ; *JDI*.1969.674, obs. Ph. Kahn : ***633***

-Cass. 1er civ., 27 mai 1970, *Weiss*, *RCDIP*.1971.113, note Batiffol, *GA* n° 49 : **440**

1971-1980

-Cass.1er civ., 8 juin 1971, *Bull.civ*.I.184 ; *D.* 1971, som.177 : **58**

-Cass. soc. 10 mai 1972, *Consorts Bastia*, *RCDIP*.1974.321, note Marraud : ***126***

-Cass. 1er civ., 4 juillet 1972, *Hecht*, *JDI*.1972.843, note B. Oppetit ; *RCDIP*.1974.82, note P. Level : **550**

-Cass. 1er civ., 24 octobre 1973, *RCDIP*.1974.365, note E. Mezger ; *JDI*.1974.592, note D. Holleaux : **646**

-Cass. 1er civ., 26 novembre 1974, *RCDIP*.1975.491, note D. Holleaux ; *JDI*.1975.108, note Ponsard ; note *GA*, 4e éd., n° 54 : **418**

-Cass.1er civ., 22 avril 1975, *Bull.civ*.I.138, *RCDIP*.1976.744 : ***58***

-Cass. 1er civ., 11 juillet 1977, *Giroud*, *RCDIP*.1978.151, note B. Audit : ***378***

-Cass. ass. plén. 14 octobre 1977, *D*.1978.417, note P. Lagarde : **645**

-Cass. com., 19 décembre 1978, *Europa-Carton*, *JDI*.1979.366, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP*.1979.617, note A. Huet : **501**

-Cass. 1ère civ., 25 mai 1980, *Mercator Press*, *JDI*.1980.650., note Kahn., *RCDIP*.1980.576., note H. Batiffol. ; *D.* 1981. IR. 162 : **240**

-Cass.1er civ., 7 octobre 1980, *Tardieu*, *RCDIP*.1981.313, note Mestre : ***14***

-Cass.1er civ., 22 octobre 1980, *RCDIP*.1981.94 2ème esp., note P. Lagarde ; *D*.1982.I.73, obs. B. Audit : ***94***

1981-1985

-Cass.com., 14 octobre 1981, *Sté Discount Bank*, D. 1982.301, note M. Vasseur : **140**

-Cass. 1er civ., 1er avril 1981, D. 1982.IR.69, obs. B. Audit : ***530***

-Cass. 2e civ., 9 décembre 1981, *Fougerolles, Rev. arb.* 1982.183, 2e esp., note Couchez ; *JDI*.1983.931, 2e esp., note B. Oppetit ; *JCP*.1983.II.19771, 2e esp., note Level : **182**

-Cass. 1er civ. 2 février 1982, *Olivier, JDI*.1982.690, note H. Muir Watt ; *RCDIP*.1982.706, note P. Mayer ; *JCP*.1982, II, 19749, concl. Gulphe : ***126***

-Cass.1er civ., 17 février 1982 , *RCDIP*.1983.249, note H. Batiffol : **115**

-Cass.1er civ., 15 juin 1982, *Zagha, RCDIP*.1983.300, note Bischoff ; *JDI*.1983.595, note Lehmann : ***94***

-Cass.1er civ., 16 juin 1982, *JCP*.1982.IV.307 : ***84***

-Cass. 1er civ., 9 mars 1983, *JCP*.1984.II.20295, note P. Courbe : **78**

-Cass. 1er civ. 17 mai 1983, *Lafarge, RCDIP*.1985.346, note Ancel : **363, 396, 397**

-Cass.1er civ., 14 juin 1983, *RCDIP*.1984.119, 2ème esp., note Batiffol : ***94***

-Cass.1er civ., 24 janvier 1984, *Sté Thinet, RCDIP*.1985.89, note P. Lagarde ; *JDI*.1984.874, note J-M Bischoff : **94**

-Cass.3ème civ., 20 novembre 1985, *Gaz.pal*. 1986.2, Somm.421, obs. Croze et Morel : ***84***

-Cass. 1er civ., 17 décembre 1985, *Cie des signaux et d'entreprises électriques (C.S.E.E.), RCDIP*.1986.537, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.*, 1986, p. 265, obs. B. Audit ; *GA*, n° 72 : **489, 490**

-Cass. 1er civ., 6 février 1985, *Simitch, JDI*.1985.460, obs. A. Huet ; *RCDIP*.1985.369 ; D. 1985. IR.498, obs. Huet ; *GA* n° 70 : **677, 680, 685**

1986-1990

-Cass. 1er civ., 25 novembre 1986, *Siaci, RCDIP*.1987.396, note H. Gaudemet-Tallon : **523, 526**

-Cass. 1er civ., 16 juin 1987, *Cie Air Afrique, D.* 1988. Somm.341, obs. B. Audit ; *RCDIP*.1988.78, 2e esp., note H. Gaudemet-Tallon : **483**

-Cass. com., 7 octobre 1987, *Sté Marseillaise de crédit, JCP (E)* 1988, 15102, obs. J. Stoufflet : ***188***

-Cass. 1er civ., 24 novembre 1987, *Sté Garrett, RCDIP*.1988.634, note G. Droz ; *JDI*.1988.793, note E. Loquin ; *JCP (G)* 1989. II. 21201, note P. Blondel et L. Cadiet : **409, 420, *526***

-Cass 1er civ. 8 mars 1988, *Cie Air Zaïre, JDI*.1988.1041, note A. Lyon-Caen ; Cass. soc., 1er mars 1989, *Dr. soc.* 1989.729, note A. Jeammaud : ***483***

-Cass.1er civ., 2 février et 21 juin 1988, *RCDIP*.1989.55, note B. Ancel ; *JDI*.1988.741, note D. Alexandre : ***94***

-Cass.1er civ., 11 octobre 1988, *Rebouh*, *RCDIP*.1989.368 ; chronique de Y. Lequette, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal*, p.277 ; *JDI*.1989.349, note D. Alexandre ; *Gaz. Pal*. 1989.I.388, note E.S. de la Marnière ; *JCP*.1989.II.21327, obs. P. Courbe : **61, *78***

-Cass.1er civ., 18 octobre 1988, *Schule*, *RCDIP*.1989.368 ; *JDI*.1989.349, note D. Alexandre ; *J.C.P*.1989.II.21259, obs. J. Prévault. ; *GA*, n° 74-78 : **61, *78***

-Cass. 1er civ., 6 juin 1990, *Akla*, *RCDIP*.1991.553, 1er esp., note P. Courbe ; *D*. 1990.Som.com.263, obs. B. Audit : **403**

-Cass. com., 2 octobre 1990, *DMF*.1991.504 : **141**

-Cass.1er civ., 4 décembre 1990, *Sté Coveco*, *RCDIP*.1991.558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *JDI*.1991.371, note D. Bureau : **54, 61, 66, 78**

1991

-Cass. com., 5 mars 1991, *Bull. civ*., IV, n° 96 : **481**

-Cass. 1er civ., 19 mars 1991, *Buzyn*, *RCDIP*.1992.88, note H. Muir Watt : ***126***

-Cass. 1er civ., 22 octobre 1991, *RCDIP*.1992.113, note B. Oppetit ; *JDI*.1992.177, note B. Goldman ; *RTD com.* 1992.171, obs. Dubarry et Loquin : **163**

1992

-Cass. com., 26 mai 1992, *RCDIP*.1992.703, note H. Gaudemet-Tallon : **524**

-Cass. 1er civ., 30 juin 1992, *D*. 1994.169, note Ph. Guez ; *JCP (G)* 1992, IV, n° 2510 : **481, 491**

-Cass. 1er civ., 21 janvier 1992, *D*. 1993.351, obs. B. Audit : ***678***

1993

-Cass. 1er civ., 13 janvier 1993, *Coucke*, *RCDIP*.1994.78, note B. Ancel : **45**

-Cass. 1er civ., 10 mars 1993, *Polish Ocean Line*, *Rev. arb.*1993.255, note D. Hascher ; *JDI*.1993.360, 1re esp., note Ph. Kahn : **790**

-Cass. com., 22 juin 1993, *Bull. Transport*, 1994, p. 23 : **481**

-Cass. com., 16 novembre 1993, *Amerford*, *RCDIP*.1994.322, note P. Lagarde ; *JDI*.1994.98, note J.-B. Donnier ; *GA*, n° 82 : **64, 67, 70**

-Cass. 1er civ., 20 décembre 1993 ; *Dalico*, *JDI*.1994.432, note E. Gaillard ; *RCDIP*.1994.663, note P. Mayer ; *Rev. arb.*1994.116, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD com.*1994.254, obs. E. Loquin : **550**

1994

-Cass. 1er civ., 23 mars 1994, *Hilmarton*, *Rev. arb.*1994.327, note Ch. Jarrosson ; *JDI*.1994.701, note E. Gaillard ; *RCDIP*.1995.359, note B. Oppetit ; *RTD com.* 1994.702, obs. Dubarry et Loquin ; *Petites Affiches*, 9 août 1996, n°96, p. 15-25, note J. Ribs : **790, 791**

-Cass.1er civ., 5 octobre 1994, *Demart*, *RCDIP*.1995.60, note D. Bureau : **67**

-Cass. 1er civ., 29 novembre 1994, *RCDIP*.1995.362, note D. Cohen ; Bull. civ. 1994, I, n° 347 : **634**

-Cass. com., 29 novembre 1994, *Stolt Osprey*, *DMF*.1995.209, obs. P. Bonassies : **563**

-Cass. com., 29 novembre 1994, *Nagasaki*, *DMF* 1995.197 et 209, note et chr. P. Bonassies : ***524***

1995

-Cass. com., 10 janvier 1995, *JDI*.1996.141, obs. A. Huet ; *RCDIP*.1995.610, note H. Gaudemet-Tallon : ***524***

-Cass. com., 8 juin 1995, n° 93-11446, Bull. IV, n° 170, p. 98 : **601**

-Cass. com., 20 juin 1995, *Rev. arb.*1995.622 ; *DMF*.1994.53 : **563**

1996

-Cass. 1er civ., 9 janvier 1996, *RCDIP*.1996.731, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1997.173, note A. Huet : **491**

-Cass. com., 16 janvier 1996, *Chang-Ping*, *DMF*.1996.393, obs. P. Bonassies : ***564***

-Cass. 1er civ., 6 mars 1996, *RTD com.*1997.438, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.*1997.69, note J.-J. Arnaldez : **769**

-Cass.1er civ., 11 juin 1996, *Agora*, *RCDIP*.1997.65, note Lagarde ; *JDI.*1996.941, note Bureau : ***64***

-Cass. com., 15 octobre 1996, *Köln Atlantic*, *DMF* 1997.705, note P.-Y. Nicolas : ***564***

1997

-Cass.1er civ., 6 mai 1997, *Sté Hannover International*, *RCDIP*.1997.514, note B. Fauvarque-

Cosson ; *JDI*.1997.804, note D. Bureau ; *JCP. (G)* 1997, IV, 1326 ; *GA*, n° 84 : **68**

-Cass. 1er civ., 21 mai 1997, *Jaguar*, 1er esp., *RCDIP*.1998.87, note V. Heuzé ; *JDI*.1998.969, note S. Poillot-Peruzzetto *; RTD com.*1998.330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; 2e esp., *Rev. arb.*1997.537, note E. Gaillard : ***551,* 559**

-Cass.1er civ., 1er juillet 1997, *Africatours, D.* 1998.104, note Menjucq ; *RCDIP*.1998.292, note H. Muir-Watt ; *JDI*.1998.98, note Barrière-Brousse ; *J.C.P*.1998.II.10170, note Fillion-Dufouleur : ***121,* 124, 126**

-Cass. com., 25 novembre 1997, *RCDIP*.1998.98, rapp. J.-P. Rémery ; *DMF*.1999.83, obs. P. Bonassies : ***524***

1998

-Cass.1er civ., 27 janvier 1998, *Ababou*, *JCP*.1998.II.10098, note H. Muir Watt et Calberson : ***67***

-Cass. crim., 12 mai 1998, *Comex*, n° H9686, 479-2936, *Bull. crim.* n° 160 : **372**

-Cass.1er civ., 24 novembre 1998, *Lavazza*, *RCDIP*.1999.88, 1er esp., note B. Ancel ; D. 1999.337, note Ph. Menjucq : **117**

-Cass. com., 8 décembre 1998, *Silver Sky*, *RCDIP*.1999.536, note E. Pataut ; *DMF*.1999.1007, rapp. J.-P. Rémery, note P.-Y. Nicolas : ***524,* 564**

1999

-Cass. 1er civ., 5 janvier 1999, *M. Zanzi*, *RCDIP*.1999.546, note D. Bureau ; *JDI*.1999.784, note S. Poillot-Perruzzeto ; *Rev. arb.*1999.260, note Ph. Fouchard ; *RTD com.*1999.380, obs. E. Loquin : **581**

-Cass. 1er civ., 16 février 1999, *JCP (G)* 1999, II, 10162, note B. Fillion-Dufouleur : ***491***

-Cass. soc. 16 février 1999, *RCDIP*.1999.745, 1er esp., note F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.*1999.290, 1er esp., note M.-A. Moreau ; *Gaz. Pal.* 2000.1.Somm.699, 1er esp., obs. M.-L. Niboyet : **556**

-Cass.com., 2 mars 1999, *Sea Land*, *RCDIP*.1999.305, rapport Rémery : ***64,* 67**

-Cass. 1er civ., 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI*.1999.773, obs. A. Huet ; *RCDIP*.2000.181, note G. Droz : ***711***

-Cass.1er civ., 16 mars 1999, *Sté M. Moureau*, *RCDIP*.1999.713, note H. Muir-Watt : **120**

-Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-41.860, D. 1999.IR.140 ; *RCDIP*.1999.745, 2e esp. ; *Rev. arb.*1999.290, 2e esp., note M.-A. Moreau ; *Gaz. Pal.* 2000.1.Somm.699, 2e esp : ***556***

-Cass. 1er civ., 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, 1er esp., *RCDIP*.1999.707, note H. Muir-Watt ; Gaz. Pal. 2000, n° 61, p. 39, obs. M.-L. Niboyet ; *GA* n° 77 : **79, 80**

-Cass.1er civ., 26 mai 1999, *Mme Elkhbizi*, 2ème esp., *RCDIP*.1999.707, note H. Muir-Watt ; *JCP*.1999.II.10192, note F. Mélin ; *GA*, n°78 : **65, 66, *79***

-Cass.1er civ., 26 mai 1999, *Sté Delta Draht GmbH, J.C.P*.1999.IV.2324 ; *Droit et patrimoine* 1999, n°77, p.92, obs. F. Monéger : **68**

-Cass. 1er civ., 22 juin 1999, *RCDIP*.2000.43, note Cuniberti : **418**

-Cass. 1er civ., 19 octobre 1999, *JDI*.2000.328, note J-B. Racine ; *RCDIP*.2000.29, note P. Lagarde : ***320***

2000

-Cass. 1er civ., 8 février 2000, *Hoff*, *RCDIP*.2001.148, 2e esp. note M.-E. Ancel ; *JDI*.2001.133, 5e esp. obs. A. Huet ; *D*. 2002. som.com.1401, obs. B. Audit : **455**

-Cass. 1er civ., 8 février 2000, *Sté W. Grant*, *D*. 2000.741, note G. Blanc ; *Gaz. Pal.* 1-3 oct. 2000, 2e esp., p. 25, note M.-L. Niboyet : ***455***

-Cass. 1er civ., 17 octobre 2000, *Sté Barney's Inc*, *JDI*.2001.859, note Cuniberti ; *RCDIP*.2001.121, note J.-P. Rémery et H. Muir Watt ; *D.* 2001.688, note J. Vallens : **629, 635**

-Cass. 1er com., 28 novembre 2000, *JDI*.2001.511, note J.-M. Jacquet : **299**

2001

-Cass.1er civ., 6 mars 2001, *The Arab Investment*, *RCDIP*.2001.335, note H. Muir-Watt ; *JDI*.2002.171, note Raimon : **122**

-Cass.1ère civ., 15 mai 2001, *JDI*.2001.1121, note A. Huet ; *RCDIP*.2002.86, note Lagarde ; *Gaz. Pal.*, 12-13 déc. 2001, p.33, note M.-L. Niboyet ; *Revue Lamy Droit des affaires*, févr.2002, n°46, p. 5, note Kenfack : **248**

-Cass. 1ère civ. 22 juin 2001, *D*. 2001.3607 (2e esp.), note Cl. Witz : ***252***

-Cass. 1er civ., 26 juin 2001, *ABS*, n° 99-17.120, *Rev. arb*.2001.529, note E. Gaillard ; *RTD com*.2002.49, obs. E. Loquin ; *DMF*.2002.115 : **565, 581**

-Cass. 1er civ., 12 juillet 2001, *Bonastar II*, *D.* 2001.3246, obs. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2001, note M. L. Niboyet ; *RTD com.* 2001, 1063, obs. Jacquet et Delebecque : **523, *526***

-Cass. soc., 9 octobre 2001, *D*. 2001.IR.3170, obs. C. Dechristé ; *Rev. arb*.2002.347, note T. Clay ; *Dr. soc*.2002.122, note M.-A. Moreau : ***556***

-Cass. 1er civ., 16 octobre 2001, *Quarto Children*, *Rev. arb.* 2002.919, note D. Cohen : **584**

2002

-Cass.com., 5 février 2002, *B. Jacob*, pourvoi n° 97-20193, inédit : **69**

-Cass. soc., 26 février 2002, pourvoi n° 99-42.573, arrêt n° 789 FS/D, inédit : **116**

-Cass. soc., 28 février 2002, pourvoi n° 99-18389, *Bull. soc*.2002 : **116**

-Cass.1er civ., 15 mai 2002, pourvoi n°00-17982, inédit : **116**

-Cass.1er civ., 18 juin 2002, *RCDIP*.2003.86, note H. Muir-Watt ; *JDI*.2003.107, note H. Peroz : ***70***

-Cass. com., 25 juin 2002, *Bull. civ*. IV, n° 111; *DMF*.2003.41, note Ph. Delebecque : ***524***

-Cass.1er civ., 18 septembre 2002, *Sporting*, *RCDIP*.2003.88, note H. Muir-Watt ; *JDI*.2003.107, note Péroz : **58, *70***

-Cass.1er civ., 18 septembre 2002, pourvoi n°98-14111, inédit : **116**

-Cass. 1er civ., 22 octobre 2002, *RCDIP*.2003.86, note H. Muir-Watt ; *JDI*.2003.107, note H. Peroz : ***70***

2003

-Cass.1er civ., 28 janvier 2003, *Jaloc Associates*, *RCDIP*.2003.462, note B. Ancel ; *Droit et patrimoine*, 2003, p. 95, obs. F. Monéger : **69, 77**

-Cass. 1er civ., 28 janvier 2003, *JDI*.2003.468, note J.-M. Jacquet ; *RCDIP*.2004.398, note H. Muir Watt : ***682***

-Cass., com., 4 mars 2003, n° 01-01.046, *RCDIP*.2003.285, note P. Lagarde ; *JDI*.2004.197, obs. A. Huet ; *JCP (G)* 2003.IV.1786 : ***277*, 523, 564**

-Cass.com, 11 mars 2003, *Banque Worms*, pourvoi n° 00-15982, *Gaz. Pal*., 25 juin 2003, n° 176/177, p. 33 et la chron. M.-N. Jobard-Bachelier : **64, 93**

-Cass. 1er civ., 3 juin 2003, *Droit et patrimoine* 10/2003 p. 95, obs. F. Monéger ; *JDI*.2004.520, note F. Mélin ; *Gaz.Pal*. 16-18 nov. 2003 p.19, obs. M.-L. Niboyet : ***116***

-Cass.1er civ., 13 novembre 2003, *RCDIP*.2004.95, 1ère esp., note B. Ancel ; *JDI*.2004.520, 2ème esp., note F. Mélin : **97**

-Cass. 1ère civ. 25 novembre 2003, *D*. 2004.494, note H. Kenfack ; *JDI*.2004.1179, note M.-E. Ancel ; *RCDIP*.2004.102, note P. Lagarde : ***248***

-Cass. 1er civ., 9 décembre 2003, *AXA Corporate Solutions Assurance* c./ *GAN*, *RCDIP*.2005.660, note E. Jeuland : **633**

-Cass. 1er civ., 9 décembre 2003, *Marmara*, *Bull.civ*. I, n° 251 ; *RDC*.2004.769, obs. D. Bureau : **79, *80***

-Cass. 2e civ., 18 décembre 2003, *SCI La Chartreuse et autres*, *D.* 2004.IR.321 ; *RTD com.*2004.255, note E. Loquin : **518**

2004

-Cass. com, 14 janvier 2004, *Rev. arb.* 2004.591, note P. Ancel ; *RJDA*.2004.736 : **585**

-Cass. soc., 21 janvier 2004, *D.* 2004.somm.2187, obs. M.-C. Escande-Varniol ; *RCDIP*.2004.644, note F. Jault-Seseke : **483**

-Cass. 1er civ., 30 mars 2004, *Smith Barney*, *D.* 2004.2458, note I. Najjar ; 2005.3050, note T. Clay ; *RTD com.* 2004.447, obs. E. Loquin ; *Rev. arb*.2005.115, 1er esp., note X. Boucobza ; *JCP*.2005.I.134, obs. C. Seraglini : **557, 560**

-Cass. 1er civ., 30 mars 2004, n° 01-17.800, *D.* 2005.961, note J. Raynard, *RJDA*.2005.1171 : **588**

-Cass. 1er civ., 27 avril 2004, *Navire Estonia*, *JDI*.2005.349, note O. Cachard ; *RTD civ.* 2004.770, obs. P. Thery ; *Rev. arb.*2006.851. V. aussi Cass. 1er civ., 4 juillet 2006, Sté Recape : **586**

2005

-Cass.1er civ., 11 janvier 2005, *RLDC*.2005.588 ; *D.* 2005.2924, note J.-G. Mahinga : ***70***

-Cass. soc., 23 mars 2005, *RDC*.2005.1181, note D. Bureau : ***277***

-Cass. 1er civ. 31 mai 2005, *Pourcet*, *Bull.civ.* I, n° 231 ; *RCDIP*.2005.465, obs. P. Lagarde ; *D.* 2006, p. 1496, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *RDC*.2005.1185, obs. D. Bureau : ***80***

-Cass.1er civ., 14 juin 2005, *Bull. civ.* I, n° 244 : **336**

-Cass. soc., 28 juin 2005, n° 03-45.042, *D.* 2005.2035, obs. T. Clay ; *JCP*.2005.I.179, obs. J. Béguin : **556**

-Cass.1er civ., 28 juin 2005, *Aubin*, *RCDIP*.2005.645, note B. Ancel et H. Muir-Watt ; *Petites affiches*, 28 décembre 2005, n° 258, p. 16-23, note J.-G. Mahinga : **70, 98**

-Cass.com., 28 juin 2005, *Itraco*, *RCDIP*.2005.645, note B. Ancel et H. Muir-Watt ; *Petites affiches*, 28 décembre 2005, n° 258, p. 16-23, note J.-G. Mahinga : **70, 98**

-Cass. 1er civ., 6 juillet 2005, n° 04-10.456, *RJDA*.2005 : ***588***

-Cass. 1er civ., 4 octobre 2005, *Keller*, *D.*, 2006, p. 1501, note F. Jault-Seseke ; *RCDIP*.2006.413, note B. Audit ; *JDI*.2006.169, note J-M Jacquet ; *Gaz. Pal.* 24-25 mai 2006, p. 24, note M.-L. Niboyet : **489**

-Cass. com., 4 octobre 2005, *RCDIP*.2006.405, note H. Muir Watt ; *JDI*.2006.601, note G. Cuniberti ; *D.* 2006.2449, note J. Sagot-Duvauroux ; *RTD com.*2006.247, obs. Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal*. n° spécial, *Contentieux judiciaire international et européen*, 24-25 févr. 2006, p. 26, note M.-L. Niboyet : **667, 659**

-Cass. 1er civ., 25 octobre 2005, n° 02-13.252, *D.* 2005.3050, obs. Th. Clay et 2006.199, avis J. Sainte-Rose ; *JDI*.2006.937, note F.-X. Train ; *Rev. arb.*2006.103, note J.-B. Racine : **550**

-Cass. 1er civ., 22 novembre 2005, *Lindos*, n° 03-10.087, *RCDIP*.2006.606, 1er esp., note F. Jault-Seseke ; *JDI*.2006.622, 1er esp., note C. Legros ; *JCP*.2006.II.10046, note C. Humann ; *DMF*.2006.16, obs. P. Bonassies : **566**

-Cass. 1er civ., 22 novembre 2005, *M. L. Looky*, *RCDIP*.2006.422, note P. Callé : ***633***

-Cass.1er civ., 6 décembre 2005, *Bull.civ.* 2005 I, n° 468 p. 395 ; *D.* 2006.98 : **337**

2006

-Cass. com. 21 février 2006, *Navire Pella*, *RCDIP*.2006.606, 2e esp., note F. Jault-Seseke ; *JDI*.2006.622, 2e esp., note C. Legros ; *DMF*.2006.379 : **568, 581**

-Cass. soc., 10 mai 2006, n° 03-46.593, *D.* 2006.IR.1400 ; *RCDIP*.2006.856, note E. Pataut et P. Hammje ; *JCP*.2006.II.10121, note S. Bollée ; *RDC*.2006.1260, note Deumier : **335**

-Cass. 1er civ., 23 mai 2006, *Prieur*, *RCDIP*.2006.870, note H. Gaudemet-Tallon ; D. 2006.1846, chron. B. Audit ; *D.* 2006.1880, obs. Gallmeister ; *JDI*.2006.1377, obs. Chalas ; *Petites Affiches*, 22 septembre 2006, p. 10, note P. Courbe ; *Gaz. Pal.* 28 avril 2007, p. 21, obs. M.-L. Niboyet ; *JCP*.2006.II.10134, note Callé ; *GA* n° 87 : **441, 677, 679, 689**

-Cass. 1er civ., 7 juin 2006, n° 04-14.960, *Samse*, *RTD com.*2007.264, Ph. Delebecque ; *JCP* (G) 2006.IV.2453 ; *Procédures* 2007, comm. 136, note C. Nourissat : ***491***

-Cass. 1er civ., 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Sté ABS*, *D.* 2006.IR.1701, obs. Avena-Robardet ; D. 2006.Panor.3028, obs. T. Clay ; *JDI*.2006.1384, note A. Mourre ; *Rev. arb.*2006.945, note E. Gaillard ; *ibid*. 2006.893, obs. O. Cachard, *JCP (G)* 2006.I.187, obs. C. Seraglini : **584, 588**

-Cass. 2e civ., 7 juin 2006, n° 04.20316, *D*.2006.1841 ; *RTD.civ*.2007.174, obs. Ph. Théry : **438**

-Cass. 1er civ., 20 juin 2006, n° 03-14.553, *RCDIP*.2007.164, note J.-P. Rémery ; D. 2006.1843 ; *RTD civ.* 2007.172, obs. P. Thery : **713**

-Cass. 1er civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-14.281, D. 2007.1710, note P. Courbe ; *RCDIP*.2007.383, note B. Ancel ; *AJ fam*. 2006. 376, obs. Boiché : **79, 85**

-Cass. 1er civ., 4 juillet 2006, *Enfant Viola*, *RCDIP*.2007.413 (la condition de conformité conflictuelle) : ***682***

-Cass. A.P., 7 juillet 2006, *D.* 2006.2135, note L. Weiller ; *JCP*.2007.II.10070, note G. Wiederkehr : **773**

-Cass. 1er civ., 11 juillet 2006, *Winslow Bank and Trust Company*, *D.* 2006.IR.2211 ; *RCDIP*.2007.414, note H. Muir Watt ; *JDI*.2007.554, note E. Fohrer-Dedeurwaerder ; D.2007.1757, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke : **657**

-Cass. 1er civ. 11 juillet 2006, *Andhika*, n° 03-19.838, *JDI*.2008.146, obs. S. Sana-Chaillé de Néré ; *RJDA*.2006.1109, note N. Bouche : **582, 587, 588**

-Cass. 1er civ., 11 juillet 2006, *Navire Turicia*, n° 05-18.681, *RTD com.* 2006.947, note Ph. Delebecque ; *RCDIP*.2007.128, note F. Jault-Seseke : **568**

-Cass. 1er civ., 3 octobre 2006, *D.* 2006.IR.2548 ; *RDC*.2007.474, obs. P. Deumier ; *JCP (G).*2007.II.132, note V. Egéa et D. Martel ; *RTD com.* 2007.267, note Ph. Delebecque : **448**

-Cass. 2e civ., 12 octobre 2006, *Sté Motokov France*, *D.* 2006.IR.2627, Pan. 3026, obs. T. Clay ; *RTD civ.* 2007.183, obs. R. Perrot ; *JCP*.2007.I.139 : **782**

-Cass. 1er civ., 30 octobre 2006. n° 04-10.201, *Bull*. 2006.I, n° 440, p. 376 : **755**

-Cass. 1er civ., 12 décembre 2006, n° 05-21.388 : ***490***

-Cass. com., 19 décembre 2006, *D.*, 2007, Pan. 1751, obs. P. Courbe, *Pan*. 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.*, 2008, Pan. 1240, obs. H. Kenfack ; *RCDIP*.2007.592, note P. Lagarde ; *RDC*.2007.467, obs. P. Deumier ; *RTD com.* 2007.628, obs. P. Delebecque : **276**

2007

-Cass. 1ère civ. 23 janvier 2007, *D.*, 2007, p.1575, note H. Kenfack ; *ibid*. 2007.AJ 511, obs. E. Chevrier ; *RDC*.2007.887, obs. P. Deumier ; *RCDIP*.2008.661, 1er esp. ; *JDI*.2008.521, 1er esp., note J.-M. Jacquet ; *Gaz. Pal.* 29 avril-3 mai, n°119-123, p. 23, note M.-L. Niboyet : ***248*, 449**

-Cass. 2e civ., 14 février 2007, *JDI*.2007.934, note B. Bourdelois. *Contra.* S. Gressot-Leger, op.cit., p. 782 : ***682***

-Cass. 1er civ., 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082 ; D. 2007.1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *RCDIP*.2007.420, note B. Ancel et H. Muir Watt : **684, 687, 689**

-Cass. 1er civ., 6 mars 2007, n° 06-10946, *D*. 2007.951, obs. E. Chevrier : **513**

-Cass. 1er civ., 29 juin 2007, *Rena Holding*, *RTD com.* 2007.682, note E. Loquin : **792**

-Cass. 1er civ., 4 juillet 2007, n° 05-16.586 et n° 05-16.605, *D.* 2007.AJ.2025, obs. X. Delpech ; *Rev. arb.*2007.805, note S. Bollée ; *JCP*.2007.I.216, obs. J. Ortscheidt ; *D.* 2008. 451, obs. T. Clay : **782**

2008

-Cass. com., 22 janvier 2008, n° 06-18.822 (non publiée au Bulletin) : **80**

-Cass. 1er civ., 5 mars 2008, *RCDIP*.2008.661, 3e esp. ; *JDI*.2008.521, 4e esp., note J.-M. Jacquet ; D. 2008. AJ 858, obs. X. Delpech ; jp. 1729, 2e esp., note H. Kenfack : **449**

-Cass. 1er civ., 28 mai 2008, *Sté Prodim*, n° 07-13.266, D. 2008. AJ 1629, obs. X. Delpech ; *Rev. arb.* 2008.461, note L. Weiller ; *RTD civ*.2008.551, obs. R. Perrot; *JCP*.2008.II.10170, note G. Bolard ; *RTD com.*2010.535, note E. Loquin : **772**

-Cass. 1er civ., 4 juin 2008, *Société SNF SAS*, *JDI*.2008.1107, note A. Mourre ; *Rev. arb.*2008.473, note I. Fadlallah ; *Gaz. Pal*. 20-21 févr. 2009, p. 32, note F.-X. Train : **736**

-Cass. 1er civ., 22 octobre 2008, n° 07-18744, D. 2009. 200 : **553**

-Cass. 1er civ., 22 octobre 2008, *Monster Cable*, n° 07-15823, *D.* 2008. AJ. 2790, obs. I. Gallmeister, Pan. 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *D.* 2009.2384, note L. d'Avout et S. Bollée ; *RCDIP*.2009.69, chron. D. Bureau et H. Muir Watt ; *RDC*.2009.691, note E. Treppoz : **553**

-Cass. com., 16 décembre 2008 et Cass. 1er civ., 16 décembre 2008, *D.* 2009.AJ.89, obs. X. Delpech ; Panor.1565, obs. F. Jault-Seseke ; *RCDIP*.2009.524, note F. Jault-Seseke ; *RDC*.2009.1193, obs. J.-B. Racine; *JCP* 2009.II.10060, note H. Kenfack; *Gaz. Pal.* 20-21 fév. 2009, p. 46, note Ph. Guez : **526, 569**

2009

-Cass. 1er civ., 22 janv. 2009, *Société Gueydon et autres c./ M. de Groot et autres*, *RCDIP*.2009.533, note H. Muir Watt ; *RDAI*.2009.613 : **658**

-Cass. 1er civ., 11 février 2009, *La lettre Omnidroit*, le 20 février 2009 : **79**

-Cass. com., 10 mars 2009, *D.*, AJ, 23 mars 2009, obs. X. Delpech : **482**

-Cass. 1er civ., 11 mars 2009, *Société Suédoise Trioplast*, n° 08-12.149, *D.* 2009. 880, obs. T. Clay : **736**

-Cass. 2e civ., 30 avril 2009, *Sté The Boeing Company*, *JCP (G)* 2009, n° 31, p. 19-22, note M. Attal : **413**

-Cass. 1er civ., 30 septembre 2009, *Saudi Basic Industries Corporation*, n° 08-17.587, *D.* 2009.2419, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2009. AJ 2432, obs. X. Delpech ; *D.* 2010. Jur. 58, note B. Audit ; *RCDIP*.2010.133, 1er esp., note H. Gaudemet –Tallon ; *RTD com.*2010.460, obs. Ph. Delebecque : **510**

-Cass. civ. 1er, 14 octobre 2009, *In Zone Brands Inc, RCDIP*.2010.158, note H. Muir Watt ; *D.*, 2010, n° 3, note S. Bollée ; *JCP (G)* 2009, n° 46, p. 416, obs. E. Cornut ; *JCP (G)* 2009, n° 49, p. 505, note C. Legros ; *Gaz. Pal.* 28 nov. 2009, p. 332, note M.-L. Niboyet : **415**

2010-2011

-Cass. 1er civ., 17 février 2010, *D.*, 2010, Actualité 23 février 2010, obs. X. Delpech ; *JCP (G)* 2010, n° 16, p. 440, note Ch. Bruneau : **491**

-Cass. 1er civ., 3 mars 2010, n° 09-13.723, *D*.2010.709, obs. I. Gallmeister : **66, *70***

-Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S*, n° 08-21.511, *D.* 2010.824, *ibid*. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD. com.* 2010.457, obs. P. Delebecque ; *JCP*.2010.530, note D. Bureau et L. d'Avout ; *RDC*.2010.1385, note P. Deumier : **303, 306**

-Cass. 1er civ., 8 juillet 2010, n° 07-17.788, *D.* 2010.*Panor*.2323 ; *D.* 2010.AJ 19 juillet 2010, obs. X. Delpech : **514, 516**

-Cass. 1er civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga c/ Sté HTC*, n° 09-67.013, D. 2010. 1797 ; *Gaz. Pal.*2010, n° 243, p. 16-18, obs. G. Bertrou et O. Attias : **553**

-Cass. com., 13 juillet 2010, *Transbidasoa, D.* 2010. 2339, obs. X. Delpech, note V. Da Silva ; ibid. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD. com.* 2010.779, note B. Bouloc ; *JCP (G)* 2010, n° 40, p. 972, note D. Bureau et L. d'Avout ; *JDI*.2011.91, note F. Jault-Seseke : ***329***

-Cass. 1er civ., 4 novembre 2010, n° 09-15.302, *RTD civ.* 2011, p. 115, note J. Hauser : **684**

-Cass. 1er civ., 26 janvier 2011, n° 09-10.198, *D.* 2011.AJ. 28 janv. 2011, comm X. Delpech : **542, 727**

Cour d'appel

1900-1970

-Rennes, 26 juillet 1926, *Société Muller, DH* 1926, p. 53 ; *Gaz. Pal.* 1927, 1, p. 59 ; *RDIP*.1927.523, note J.-P. Niboyet : **374**

-Paris, 24 avril 1940, *Messageries Maritimes*, S. 1942, p. 29, note Niboyet : **137**

-Aix, 13 juillet 1948, *Franc C.F.A.*, *RCDIP*.1949.332, note Batiffol et Dehove : **221**

-Paris, 10 avril 1957, *Myrtoon Steamship*, *JCP*.1957.II.10078, note H. Motulsky ; D. 1958.699, note J. Robert ; *RCDIP*.1958.120, note Y. Loussouarn ; *JDI*.1958.1002, note B. Goldman : **539**

-Paris, 4 février 1958, *RCDIP*.1958.389, note H. B. ; *JDI*.1958.1016, note Ponsard ; *JCP*.1958.II.10612, note Francescakis : **675**

-Paris, 18 juin 1964, *Gunzburg*, *RCDIP*.1967.340, note J. Deprez ; *JDI*.1964.810, note J.-D. Bredin : **378, 397**

1971-1990

-Paris, 6 juillet 1971, *Rev. arb.*1971.119 : **761**

-Paris, 13 décembre 1975, *RCDIP*.1976.506, note B. Oppetit ; *JDI*.1977.107, note E. Loquin ; *Rev. arb.*1977.147, note Ph. Fouchard : **550**

-Paris, 12 juin 1980, *Fougerolles*, *Rev. arb.* 1981, p.292, 2e esp., note Couchez ; *JDI*.1982.931, 2e esp., note B. Oppetit : **182**

-Paris, 14 février 1985, *Rev. arb.*1987.325, note Level : ***591***

-Paris 19 décembre 1985, *RCDIP*.1986.680, note M. Simon-Depitre : ***95***

-Paris, 18 février 1986, *Rev. arb.*1986.583, note G. Flécheux : **750**

-Paris, 13 janvier 1988, *DMF*.1988.395 : ***564***

-Versailles, 2 juin 1988, deux arrêts, *JDI*.1990.147, obs. A. Huet : ***455***

-Paris, 13 juillet 1989, *Valenciana*, *RCDIP*.1990.305, note B. Oppetit ; *JDI*.1990.430, note B. Goldman : **182**

-Paris, 22 novembre 1990, *Banque Internationale de l'Afrique Occidentale*, D. 1992.169, obs. B. Audit : ***682,*** **685**

1991-2000

-Versailles, 6 février 1991, *D.* 1992.174, note J.-D. Mondoloni ; *RCDIP*.1991.745, note P. Lagarde ; *RTD civ.* 1992. 387, obs. J. Mestre ; *RTD eur.* 1992. 529, ons. H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*.1992.125, note J. Foyer : **277**

-Paris, 22 mai 1991, *D.* 1992.164, obs. B. Audit : ***455***

-Aix-en-Provence, 10 décembre 1992, *DMF*.1994.53 : ***564***

-Rouen, 14 octobre 1993, *DMF*.1994.381 : ***564***

-Paris, 24 mars 1994, *Rev. arb.*1994.515 : **591**

-Paris, 25 mars 1994, *Sardisud*, *Rev. arb.*1994.391, note Ch. Jarrosson : **720**

-Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996.somm.170, obs. B. Audit : ***486***

-Paris, 13 septembre 1995, *JDI*.1997.170, obs. A. Huet : ***455***

-Paris, 13 décembre 1995, *JCP*.1997.II.22772, note P. de Vareilles-Sommières : ***252***

-Grenoble, 24 janvier 1996, *JDI*.1997.115, note Ph. Kahn ; *Rev. arb*. 1997.87 : **197**

-Paris, 13 juin 1996, *JDI*.1997.51, note E. Loquin : **559**

-Grenoble, 23 octobre 1996, *Sté Teso Ten Elsen GmbH COKG*, *JDI*.1998.125, obs. Huet : **197*, 252***

-Paris, 21 mai 1997, *JDI*.1998.133, obs. A. Huet : ***455***

-Paris, 1er juillet 1997, *Compagnie minière de l'Ogooué*, *Rev. arb.*1998.131, note D. Hascher : **534**

-Paris, 5 mars 1998, *Sté Mixte Franco-Kazakh CISTM*, *Rev. arb.*1999.86 : **197**

-Paris, 12 octobre 2000, *D*. 2002.som.1394, obs. B. Audit : ***277***

2001-2011

-Paris, 12 décembre 2001, *SCI La Chartreuse et autres*, *RTD com.*2002.659 : **518**

-Paris, 17 janvier 2002, *Hugon*, *Rev. arb.*2002.391, note J.-B. Racine ; *RTD com.*2003.63 : ***534***

-Paris, 11 avril 2002, *SA Kiabi*, *Rev. arb.*2002.781 : ***534***

-Paris, 26 septembre 2002, *Melnik*, *Rev. arb.*2002.1049 : ***764***

-Rouen, 8 octobre 2002, *Walka Mlodych*, *DMF*.2003.547, obs. Y. Tassel : ***563***

-Paris, 16 janvier 2003, *Société Keen Loyd Resources Limited c/ Société national d'opérations pétrolières de la Côte d'Ivoire*, *RTD com.* n°3-2003, p. 487 : **173**

-Paris, 29 avril 2003, *SA Impregilo c/ Secrétariat aux communications et transports maritimes de la Jamahiriya Lybienne populaire et socialiste*, *RTD com.* n°3-2003, p. 487 : ***173***

-Paris, 12 juin 2003, *D.* 2003, note S.D ; *AJ Famille* 2004, p. 24 : ***418***

-Paris, 7 octobre 2004, *Otor*, *JDI*.2005.341, note A. Mourre ; *Rev. arb.*2005.737, note E. Jeuland ; *JCP* 2005.II.10071, note J.-M. Jacquet : **620, 763**

-Paris, 18 novembre 2004, *GIE Euromissile*, *Rev. arb.*2005.751: **772**

-Paris, 6 mars 2008, *Sté The Boeing Company*, *D.* 2008.AJ.852, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, p. 1452, note P. Courbe ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 51-52, p. 48-50, note M.-L. Niboyet : **413**

-Aix-en-Provence, 29 mai 2008, *Gimoka SRL*, n° 07-16.801 : **553**

-Rouen, 25 septembre 2008, *Mutuelles du Mans IARD*, n° 08-01001, *DMF*.2008.1011, note P. Bonassies : ***491, 524,* 527**

-Paris, 13 novembre 2008, *INSERM*, *D* .2009.Chron.2390, obs. S. Bollée et 2962, obs. T. Clay ; *Rev. arb.*2009.389, note M. Audit : **542, 727**

-Paris, ch. 25B, 23 janvier 2009, *Carbon Impact Inc*., n° 06.09031 : **519**

-Paris, 28 avril 2010, *Vivendi*, D. 2010.1224, obs. X. Delpech ; *ibid*., p. 2323, note L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2011.265, obs. N. Fricero ; *RTD com.*2010.753, note N. Rontchevsky : **405**

-Paris, Pôle 1, ch. 4, 18 juin 2010, n° 09-223.47, *SA Aegean Marine Petroleum*, *Gaz. Pal.* 7-9 nov. 2010, p. 13, note D. Bensaude : **603**

-Paris, Pôle 1, ch. 1, 9 septembre 2010, *Marriott International Hotels Inc. c/ Jnah Development SA*, *Gaz. Pal.*, 8 février 2011, n° 39, p. 11 : **773**

Premier degré

-Trib. Seine, 2e Ch., 6 juillet 1935, *des Phosphates de Constantine*, *RCDIP*.1936.771, note H. Solus : **373**

-Trib. Seine, 14 mai 1962, *de Gunzburg*, *D.* 1962.653, note Ph. Malaurie : **395**

-TGI Paris, 4 mars 1981, *Norsolor*, JDI. *JDI*.1981.836, note Ph. Kahn ; *JDI*.1981.922, obs. Y. Derains ; *Rev. arb.*1983.465 : **182, 183**

-Trib. com. Nanterre, 5e ch., 5 septembre 2001, *Sté Technip France*, *Rev. arb.*2002.455, note D. Bureau : **766**

-TGI Strasbourg, 13 septembre 2001, *Hypotheken Bank Hamburg*, *D.* 2002.2933, obs. J. Franck : **329**

-TGI Paris, 13 janvier 2010, *Vivendi*, n° RG 09/15408, *D.* AJ, 3 février 2010, obs. X. Delpech : **405**

<u>Juridictions administratives</u>

Conseil d'État

-CE, 6 mars 1986, *GACE*, *D*., 2008, n° 12, obs. D. Labetoulle : **543**

-CE, 3 mars 1989, *Sté AREA*, *Lebon* 69, concl. E. Guillaume : **739**

Tribunal des conflits

-Trib. confl., 19 mai 1958, *Rev. arb.*1961.116 ; *AJDA*.1958.449 : **539**

-Trib. confl., 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, *Rec. Lebon*, p. 787 : **733**

-Trib. confl., 24 avril 2006, *SCP de médecins Reichheld et Sturtzer*, req. n° 3480, *AJDA*.2006.2456, concl. D. Chauvaux : **731**

-Trib. confl., 16 octobre 2006, *Caisse Centrale de réassurance*, *AJDA*.2006.2382, note C. Landais et F. Lenica ; *RFDA*.2007.284, concl. J.-H. Stahl, note B. Delaunay : **731**

-Trib. confl., 17 mai 2010, req. n° 3754, *AJDA*.2010.1047 ; *D.* 2010. AJ.1359, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2010. Jur.2633, note Lemaire ; *JCP*, 24 mai 2010, n°552, obs. T. Clay et n°585, obs. E. Gaillard ; *Rev. arb.*2010.275, note M. Audit : **727**

VII. Pays Bas

Hoge Raad, 13 mai 1966, *Alnati*, *RCDIP*.1967.522, note Struycken : **302**

VIII. Suisse

Trib. Féd. Suisse 18 janvier 1996, *D.* 1997, som. com. 224, obs. Cl. Witz : ***252***

IX. Thaïlande

En Thaïlande, on cite les décisions des tribunaux uniquement par le nom de la juridiction, l'année et le numéro de l'affaire, mais ne nomment pas le nom des parties en litige. Les auteurs ne font pas référence aux bibliographies pour la bonne raison que seule la Cour *Dika* publie ces décisions dans son Journal officiel. Par ailleurs le *RCDIP* ou *JDI* ne sont guère très évolués, pour ne pas dire ignorés dans ce pays. Toutefois, on peut quand même trouver dans les périodiques les commentaires des auteurs sur certaines décisions importantes, notamment dans deux revues qui publient certaines décisions *Dika*. Mais ces revues méritent-elles d'être appelées « Revue critique » ? Leur publication étant uniquement destinée aux étudiants qui préparent leurs concours pour devenir juges. Il est à noter également que l'on ne publie pas les décisions des juridictions d'appel. Quant au TCPICI, tribunal de première instance, qui publie lui-même son périodique, là on peut trouver la référence détaillée mais uniquement pour certaines décisions sélectionnées.

Juridictions judiciaires.

Cour suprême *Dika*

1930-1950

Dika, n° 585/2461 (1918) *; Dika*, n° 530/2468 (1925) ; *Dika*, n° 934/2476 (1933) ; *Dika*, n° 804/2490 (1947).

1951-1970

Dika, n° 2122/2499 (1956) ; *Dika*, n° 1957/2500 (1957) ; *Dika*, n° 1318/2513 (1970).

1971-1990

Dika, n° 2490/2518 (1975) ; *Dika*, n° 2930/2519 (1976) ; *Dika*, n° 520/2520 (1977) ; *Dika*, n° 2061/2520 (1977) ; *Dika*, n° 2357/2520 (1977) ; *Dika*, n° 698/2521 (1978) ; *Dika*, n° 918/2521 (1978) ; *Dika*, n° 2690/2522 (1979) ; *Dika*, n° 1282/2524 (1981) ; *Dika*, n° 775/2525 (1982) ; *Dika*, n° 3223/2525 (1982) ; *Dika*, n° 3843/2526 (1983) ; *Dika*, n° 284/2526 (1983) ; *Dika*, n° 1284/2526 (1983) ; *Dika*, n° 1950/2529 (1986) ; *Dika*, n° 3401/2529 (1986) ; Dika, n° 3848/2531 (1988) ; *Dika* n° 563/2532 (1989) ; *Dika*, n° 2465/2532 (1989) ; *Dika*, n° 2466/2532 (1989) ; *Dika*, n° 2768/2532 (1989) ; *Dika*, n° 2602/2533 (1990).

1991-2000

Dika, n° 611/2535 (1992) ; *Dika*, n° 7350/2537 (1994) ; *Dika*, n° 1645/2538 (1995) *; Dika*, n° 951/2539 (1996) ; *Dika*, n° 5809/2539 (1996) ; *Dika*, n° 9083/2539 (1996) ; *Dika*, n° 447/2540 (1997) ; *Dika*, n° 5513/2540 (1997) ; *Dika*, n° 6437/2541 (1998) ; *Dika*, n° 4752/2541 (1998) ; *Dika*, n° 4580/2542 (1999) ; *Dika*, n° 5477/2542 (1999) ; *Dika*, n° 147/2543 (2000) ; *Dika* n° 3794/2543 (2000) ; Dika n° 3812/2543 (2000) ; *Dika* n° 5133/2543 (2000) *; Dika*, n° 6933/2543 (2000).

2001-2011

Dika, n° 2668/2544 (2001) ; *Dika*, n° 9524/2544 (2001) ; *Dika*, n° 6565/2544 (2001) ; *Dika*, n° 456/2545 (2002) ; *Dika*, n° 457/2545 (2002) ; *Dika*, n° 1584/2545 (2002) ; *Dika*, n° 3425/2545 (2002) ; *Dika*, n° 3712/2545 (2002) ; *Dika*, n° 3993/2545 (2002) ; *Dika*, n°

4027/2545 (2002) ; *Dika*, n° 1646/2546 (2003) ; *Dika*, n° 3537/2546 (2003) ; *Dika*, n° 9086/2546 (2003) ; *Dika*, n° 1958/2548 (2005) ; *Dika*, n° 7655/2548 (2005) ; *Dika*, n° 3882/2549 (2006) ; *Dika*, n° 772/2550 (2007) ; *Dika*, n° 8627/2550 (2007) ; *Dika*, A.P., 11102/2551 (2007) ; *Dika* n° 5444/2551 (2008).

Tribunal du travail.

Tribunal du travail, n° 3223/2525 (1982), *Fred Lee Kenner c/ Parker Drealing Co. Ltd.*

Tribunal central de propriété intellectuelle et de commerce international.

-TCPICI, com. n° 107/2542 (1999)
-TCPICI, com. n° 163/2542 (1999)
-TCPICI, com. n° 190, 191/2543 (2000)
-TCPICI, com. n° 271/2543 (2000)
-TCPICI, com. n° 283/2543 (2000), *Craftsmen Pacific Co.Ltd. c/ Rukshansa Co.Ltd*.
-TCPICI, com. n° 284/2543 (2000), Bangkok Bank c/ Viboolthani Tower.
-TCPICI, com. n° 323/2543 (2000)
-TCPICI, com. n° 219/2546 (2003)
-TCPICI, com. n° 87/2551 (2008)
-TCPICI, com. n° 91/2551 (2008), *Acanay Insurance c/ Federal Express*.

Juridictions administratives.

Cour administrative suprême.

-Cour administrative suprême, Ordonnance n° 487/2548 (2005), 24 août 2005.
-Cour administrative suprême, Ordonnance n° 920/2548 (2005), 29 décembre 2005.
-Cour administrative suprême, Ordonnance n° 510/2549 (2006), 25 août 2006.

III.

Sentence arbitrale internationale

Chambre de commerce internationale

Sentences rendues dans les affaires :

-CCI n°1434 (1975), *JDI*.1976.978, obs. Y. Derains : **351**

-CCI n°3344 (1981), *JDI*.1982.978, obs. Y. Derains : **351**

-CCI n°3913 (1981), extrait cité par Y. Derains, *JDI*.1984.920 : **350**

-CCI n°2730 (1982), *JDI*.1984.914., obs. Y. Derains : **350**

-CCI n°3916 (1982), *JDI*.1984.930, obs. S. Jarvin : ***350***

-CCI n°4761 (1984), *JDI*.1986.1137, obs. S. Jarvin : **357**

-CCI n°5953 (1988), *Rev. arb.* 1990, p.702 ; *JDI*.1990.1056, obs. Y. Derains : ***182***

-CCI n°8891 (1998), *JDI*.2000.1076, obs. D. Hascher : **350**

-CCI n°9029 (1998), *Bull. CCI.* 1999, vol. 10/2, p.91: ***196***

-CCI n° 7110 (1999), *Bull. CCI*. 1999, vol. 10/2, p. 51 : **193**

Autres sentences arbitrales

-CIRDI, n° 233 (1993), *JDI*.1994.229. obs. E. Gaillard : **156**

-CIRDI, 25 September 2006, *World Duty Free v. Kenya*, case ARB/00/7, § 157 : **347**

-*Aramco c/ Arabie Saoudite*, 23 août 1958, *RCDIP*.1963.272 ; *AFDI*.1961.300, note S. Bastid : **145**

-*Aminoil c/ Koweït*, 24 mars 1982, *JDI*.1982.869, note Ph. Kahn ; *AFDI*.1982.454, note G. Burdeau : **146**

TABLE DES FIGURES

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

Figure 1 : Domaines du droit étranger les plus couramment appliqués par ou invoqués devant les autorités judiciaires : **102**

Figure 2 : La référence aux Principes UNIDROIT, 1994-2010 : **198**

Figure 3 : Statistique de la loi choisie par des parties devant la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2003 – 2009 : **189**

INDEX ALPHABETIQUE

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe,
les chiffres en caractère gras et italique indiquent que le mot indexé se trouve en note en bas de page)

A

Abus de droit : 364, 406 s.

Accord procédural : 61, 63

Actor sequitur forum rei : 437, 459

American Trading : 216, 219, ***249***

Aminoil : 146

Andhika Lines : 582, 587 s.

Anti-suit injunction

- et forum shopping : 415 s.
- et l'arbitrage : 516 s.
- et compétence-compétence : 592 s.
- notion : 415

Aramco : 145

Arbitrabilité : 539 s., 544 s.

Arbitrage international

- concentration des moyens et des demandes : 768 s.
- mesures provisoires et conservatoires
    - en droit thaï : 610 s.
    - en droit français : 599 s.
    - et arbitre : 598
    - et juge étatique : 600 s.
    - et Loi type de CNUDCI : 608

Arblade : 298

Attributs de jugement étranger : 627, 646 s.

Autonomie de la clause d'arbitrage : 547 s.

Autonomie de la volonté : 16 s.

Autorité de chose arbitrée

- concentration des moyens et des demandes : 768 s., 774
- effet négatif : 764 s.
- effet positif : 766
- notion : 761 s.
    - en droit thaï : 767

Autorité de chose jugée : 626, 648 s.

- en droit thaï : 652 s.
- et effet de fait : 658 s.

B

Banque Worms : 93

Bauffremont : 369, 387

Bisbal : 56, 61, 78

C

Chinoise (loi 2011) : 254

Class action

- et la CEDH : 405
- notion : ***402***
- ordre public international : 405

Clause attributive de juridiction

- acceptation tacite : 481 s., 490
- admission en droit thaï
    - contrat de transports combinés : 499
- conditions de la mise en œuvre : 480
- effets de : 508 s., 520
- et *anti-suit injunction* : 415
- et clause d'arbitrage : 518
- et contrat de transport maritime : 490

- et les tiers : 522 s.
- et lois de police : 520
- et parties faibles (droit commun) : 483 s.
- et parties faibles (droit communautaire) : 487 s., 501 s., 506 s.
Clause d'arbitrage
- autonomie de : 547 s.
- et consommateur : 557 s.
- et contrat administratif international thaï : 543 s.
- et les tiers : 566 s.
- et lois de police : 553
- et protection de parties faibles en Thaïlande : 561
- et travailleur : 555 s.
- opposabilité : 562 s.
    - contrat charte-partie : 567
- validité de : 537 s.
Compétence de la compétence
- admission de
    - en droit français : 581 s.
    - en droit thaï : 576 s.
- contrôle par le juge : 589
- effet négatif : 584 s.
- et *anti-suit injunction* : 592 s.
- principe de : 576 s.
Compétence juridictionnelle
- compétence exclusive : 480 s., 493 s., 501 s., 509 s., 513, 521, 677 s.
- compétence exorbitante : 429 s.
- en droit thaï
    - domicile de partie : 459
    - lieu de naissance du litige : 462
    - existence de bien du défendeur : 465
- prorogation volontaire
    - clause de : 479 s., 516
    - comparution volontaire : 506, 511, 513, 633
- Règlement Rome I
    - compétence générale : 451 s.
    - compétence spéciale : 448 s.
Compétence législative indirecte (non contrôle de) : 682 s., 704 s., 708 s.
Consommateur
- art. 5 du Règlement Rome I : 253
- et clause attributive de juridiction : 484, 487 s., 501 s., 506.
- et clause d'arbitrage : 557 s.
- lois de police thaïes : 319 s.
Contrat international
- caractère d'extranéité : 12 s.
- notion : 11
Contrat sans loi
- et arbitrage international : 142 s.
- et contrat d'État : 145 s.
- et *lex mercatoria* : 138 s.
- et ordre juridique transnational : 137 s.
- notion : 136
Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968/Règlement Bruxelles I : 418, 443 s., 487 s., 702 s., 707 s., 710 s.
Convention de La Haye
- du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels : 25

- du 22 décembre 1986 relative à la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises : 30
- du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for : 476
Convention de Londres dans le domaine de l'information sur le droit étranger : 101 s.
Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : 443, 662
Convention de Rome/Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelle : 20, 30, 154 s., 203 s., 225, 232, 238, 242 s., 254 s., 261 s., 272 s., 278
Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales : 692, 711
Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : 38, 176, 252, 453
Cornelissen : 684 s., 689

D

Dénaturation (de la loi étrangère) : 122 s., 127 s.
Déni de justice : 57, 419, 440, 560, 602, 770
Dépeçage du contrat
- admission du principe de : 27 s.
- Convention de Rome de 1980 et Règlement Rome I : 30
- en droit thaï : 32
- et la convention internationale : 30
- et la Cour de justice de l'Union européenne : 31
Dika n° 585/2461 : 644 s., 695 s.
Droit international
- application : 37 s.

E

Élément d'extranéité v. Contrat international
Effet atténué de l'exception d'ordre public international v. Ordre public
Efficacité substantielle v. Jugement étranger
Exception d'ordre public v. Ordre public
Exequatur
- jugement étranger
  - conditions de : 674 s., 688 s., 695 s., 703 s., 710 s.
  - effets : 656 s.
  - notion : 625 s.
  - révision au fond (interdiction de) : 707
- suppression (droit communautaire) : 715 s.
- sentence arbitrale internationale : 778 s.
Extranéité (du litige)
- modalités : 82 s., 84 s.
- obligation de soulever : 74 s., 84 s.

F

Forum non conveniens
- déni de justice : 419

- en droit thaï : 414
- théorie de : 411 s.
Forum shopping
- irrégulier
- sanction : 409 s.
- *anti-suit injunction* 415 s.
- exception de litispendance internationale : 418
- *forum non conveniens* : 411 s.
- notion : 361, 398 s.
- régulier v. Clause attributive de juridiction
Franc C.F.A. : 221

Fraude
- à la compétence législative
- du for : 366 s., 377
- étrangère : 377, 392 s.
- à la compétence juridictionnelle v. *Forum shopping*
- au jugement (notion) : 421, 689, 690
- et non contrôle de compétence législative : 682 s., 704 s., 708 s.
- notion : 360 s.
- sanction
- loi du for : 383 s.
- loi étrangère : 392 s.

G

Galakis : 540, 738
Goldschmidt : 108

H

Hannover International : 68
Hilmarton : 790 s.

I

Inconciliabilité
- entre jugements : 694, 713
- entre procédure et jugement : 713 s.
- entre sentence arbitrale et jugement : 781 s.
Ingmar : 299
Inlandsbeziehung v. Ordre public international de proximité
INSERM : 542, 726 s., 732, 734, 739
In Zone Brands : 415

J

Jaguar : 559
Jugement étranger
- attributs : 627, 646 s.
- autorité de chose jugée : 626
- notion d'équivalence en droit thaï : 652
- compétence législative indirecte (non contrôle de) : 682 s., 704 s., 708 s.
- en droit thaï : 687, 696 s.
- condition de régularité internationale : 703 s.
- effets
- de fait : 657 s.
- de titre : 640 s.
- preuve *prima facie* en droit thaï : 665 s., 697

- efficacité substantielle
- en droit commun : 673 s.
- en droit conventionnel : 701 s.
- notion : 626, 656, 671
- prise en considération (notion de) : 661 s.
- éléments caractéristiques : 637
- et ordre public international : 691 s.
- et ordre public procédural : 711
- *exequatur* v. *Exequatur*
- notion
- en droit français : 631 s.
- en droit thaï : 644 s.
- qualification de : 632
- révision au fond (Interdiction de) : 674, 682, 686, 704, 707

K

Krombach : 1250, 1258, 1259

L

Lautour : 333
Lex fori
- vocation subsidiaire : 97, 98
- vocation universelle : 97
Lex mercatoria
- définition : 162 s., 169
- et instruments internationaux : 162
- et ordre juridique étatique : 172 s., 182 s.
- en droit thaï : 174 s., 185 s.
- et ordre juridique transnational : 137 ; 139 s.
- statistiques jurisprudentielles (application) : 189
- statut (juridicité) : 161, 163 s., 165
Lex rei sitae : 264 s.
Liberté contractuelle : 16 s.
Libre disponibilité des droits : 60 s., 65 s.
Localisation : 219
Localisation objective : 220 s.
Loi d'application immédiate v. Loi de police
Loi de police
- en ordre juridique thaï : 308 s.
- et droit communautaire : 297 s.
- et protection de partie faible : 314 s.
- et règle de conflit : 282
- mode d'intervention : 288 s.
- notion : 282, 300, 310
Loi de police étrangère
- applicabilité : 303 s.
- notion : 301 s.
- prise en considération : ***302***
Loi étrangère
- caractère : 44 s.
- dans l'ordre juridique thaï : 48 s.
- charge de la preuve : 56, 65
- en droit thaï : 48, 55, 57
- répartition de : 65
- critères de recherche : 59 s.
- en droit thaï : 72 s.
- défaillance d'établir : 91 s.
- notion : 93
- effet de : 97 s.
- en droit thaï : 95
- et loi du for (non assimilation de) : 50 s.

- interprétation souveraine : 113 s.
    - en droit thaï : 119
- invocation
    - en droit français : 60 s.
    - en droit thaï : 48, 55, 57
- mécanisme de renseignement v. Convention de Londres de 1968
- recherche du contenu : 86 s.
- statistiques jurisprudentielles (application) : 102
Loi du 18 juin 1966 relatif aux contrats d'affrètement et de transports maritimes : 314
Loi thaïe de 1938 relative au conflit de lois
- art. 3: 493, 544, 666
- art. 5 : 332
- art. 7 : 473
- art. 8 : 55, 86, 87, 119
- art. 9 : 265
- art. 13 : 21, 28, 72, 227 s., 231, 234 s., 245, 257, 271, 275, 318
- art. 16 : 267
Loi thaïe de 1991 sur le transport international de marchandises par voie maritime : 312, 553 s.
Loi thaïe sur l'arbitrage B. E. 2545
- art. 9 : 742
- art. 11 : 549
- art. 14 : 589
- art. 15 : 544, 545
- art. 16 : 613
- art. 24 : 549
- art. 34 : 143
- art. 40 : 740, 743, 744, 745, 747
- art. 41 : 762, 780
- art. 43 : 795
- art. 44 : ***1348***
- art. 45 : 741, 742, 744

M

Messageries Maritimes : 137
Mesure conservatoire v. Arbitrage international
Mesure provisoire v. Arbitrage international
Monster Cable : 520
Munzer : 674, 682

N

Nationalité
- critère de rattachement : 227 s.
- de personne morale : 229, 469 s.
- règle de compétence juridictionnelle (fondée sur) : 439 s., 468 s., 474
Norme non étatique
- et ordre juridique thaï : 150
- et Règlement CE n° 593/2008 : 154 s.
- incorporation : 149 s.
- statistiques jurisprudentielles (application) : 189
Norsolor : 189

O

Ordre juridique transnational
- définition : 165
- et *lex mercatoria* : 165, 170
- et ordre public transnational : 345

Ordre public et bonnes mœurs : 745 s., 749
Ordre public international
- application par le juge thaï : 332, 338
- de proximité : 334
- atténué : 334
- et jugement étranger (contrôle de conformité) : 691 s., 711 s.
- et ordre public réellement international : 343
- et sentence arbitrale (contrôle de conformité) : 745 s., 749
- notion : 332, 330
Ordre public international étranger
- prise en considération : 339 s.
Ordre public transnational (véritablement international)
- contenu : 345, 349 s.
- définition : 343
- existence : 345 s.
- mode d'intervention : 355 s.

P

Prestation caractéristique : 217, 232, 241 s., 247 s., 249 s.
Présomption (méthode de) : 249 s., 261 s.
Prieur : 677, 679
Principe de contradiction : 101, 119, 405, 633 s., 695 s.
Principe de proximité (liens plus étroits)
- admission du : 239, 241, 244, 249 s., 254
- et convention internationale : 246 s., 250 s., 252, 253
- et *Proper Law of Contract* : 255 s.
- détermination : 246 s.
Principes de droit européen des contrats : 200 s.
Principes d'Unidroit v. UNIDROIT
Prorogation volontaire v. Compétence juridictionnelle
Protection des parties faibles
- compétence juridictionnelle :
- compétence législative : 315 s., 319 s., 321 s., 323 s.

R

Rattachement (critère de)
- *lex loci contractus* : 230
- *lex loci solutionis* : 232
- nationalité commune : 226 s.
Règle de conflit de lois
- application : 77 s.
- invocation
- en droit français : 74 s.
- en droit thaï : 81 s.
Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I) v. Convention de Bruxelles
Règlement (CE) n° 593/2008 du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) v. Convention de Rome
Rena Holding : 792 s.
Restatement : 11, 196

RUU (Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires) : 172, 187 s., 271

S

Sécurité juridique : 224, 246, 251, 260, 489, 513, 621
Sentence arbitrale internationale
- annulée (reconnaissance de) : 789 s.
- conditions de régularité internationale : 779 s., 786 s., 778
- contrôle (intensité de)
    - juridiction administrative : 739 s.
    - juridiction judiciaire : 735 s.
- efficacité de : 776 s.
- exequatur de : 778 s.
- juridicité : 723
- notion : 719 s., 722
- nullité de (incidence) : 754 s.
- recours en annulation
    - en droit français : 750 s., 727 s.
    - en droit thaï : 743, 740
    - incidence de : 753 s.
    - jurisdiction compétence
        - étatique : 727 s., 735 s.
        - administrative : 730 s., 739 s.
Shenavaï : 450, 455
Signa Property and Casualty Insurance Co. Ltd : 495, 529
Simitch : 677, 680, 685
Smith Barney : 557, 560
Subjectiviste (théorie de) : 216 s.

T

Tilly Russ : 490, 526
Travailleur
- clause attributive de juridiction : 483, 501 s.
- clause d'arbitrage : 555 s.
- lois de police : 309
- protection de
    - Règlement Rome I : 274
    - en droit thaï : 275

U

UNIDROIT
- caractéristique : 192 s.
- et *lex mercatoria* : 195
- statistiques jurisprudentielles (application) : 198

V

Vivendi : 405
Volonté hypothétique : 217, 219, 247

W

West Tankers : 516, 552, 593

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres indiquent les numéros de page)

REMERCIEMENTS……VII
ABREVIATIONS PRINCIPALES……IX
SOMMAIRE……XIX
INTRODUCTION……15

PREMIERE PARTIE : LOI APPLICABLE AUX CONTRATS A CARACTERE INTERNATIONAL……45

TITRE PREMIER : CONSECRATION DE LA LOI CHOISIE PAR LES PARTIES...47

CHAPITRE PREMIER : LE CHOIX DE LA LOI ETRANGERE……51

Section I : Affermissement de la position de la loi étrangère au stade de l'appréciation par le juge……..52

§1 : Nature intrinsèque de fait de la loi étrangère……52

A. L'alternative exclusive du droit étranger……52
B. L'interprétation de formule « caractère de fait » de la loi étrangère……54

§2 : Rejet du principe d'assimilation de la loi étrangère à la loi du for……58
A. L'admission de la loi étrangère au statut de règle de droit : l'argument critiqué……59
B. La conséquence du déni l'élément de droit de la loi étrangère……61

Section II : Obligation d'établir le contenu de la loi étrangère……63

§1 : L'évolution des critères employés……63

A. La disponibilité ou l'indisponibilité de droit selon le droit français……63
1) L'origine du caractère disponible ou indisponible……..64
a. La détermination de la libre disposition des droits……64
b. La solution critiquable……65
2) La répartition des tâches entre le juge et les parties envers le critère des droits disponibles et droits indisponibles……....67
a. Les obligations du juge en cas d'indisponibilité des droits……67
b. Les devoirs des parties en cas de disponibilité des droits……..68
B. L'absence des critères *in concreto* retenus dans le système juridique thaï...72
1) L'obligation de soulever l'extranéité du litige……..…74
a. Solutions proposées……..…76
b. Modalités d'invocation un élément d'extranéité……80
2) L'obligation d'établir la teneur de la loi étrangère……83

§2 : Le défaut d'établissement du contenu de la loi étrangère……87

A. La défaillance d'établissement du contenu de la loi étrangère……87
1) La notion de l'absence d'établissement de la loi étrangère……87
2) Le retour de la loi du for……90
B. Le mécanisme palliatif en droit positif……..92

Section III : La mise en œuvre de la loi étrangère……96

§1 : Interprétation de la loi étrangère par les juges du fond……97

A. Le pouvoir du juge d'interprétation de la loi étrangère……97
1) Présentation de l'argument……..97
2) Affirmation de l'argument..……99
B. L'interprétation souveraine des lois étrangères……101
1) Affirmation du principe……102
2) Le renforcement de l'office du juge de respecter le sens de la loi étrangère désignée……104

§2 : Le contrôle disciplinaire : à titre exception……...……107

A. La censure de la Cour de cassation de dénaturation……...……108
B. Les répercussions négatives du contrôle de la dénaturation……..…111

CHAPITRE SECOND : CHOIX DES NORMES NON ETATIQUES……117

Section I : Admission aux contrats internationaux des règles non légiférées : l'affirmation du principe…….…117

§ 1 : L'admission fragmentaire du contrat sans loi……..118

A. La notion de contrat sans loi selon les juridictions étatiques…… .119
B. La notion de contrat sans loi selon les juridictions arbitrales……123

§ 2 : La faveur au contrat sans loi fondé sur la volonté des parties…….126

A. L'incorporation de règle non étatique : le mode d'admissibilité de contrat « dit » sans loi……..127
B. La place de règle non étatique en droit commun……129
1) La prise en considération du préambule du Règlement n°593/2008 le choix de la règle non étatique……129
2) L'admission de règle non étatique dans l'ordre juridique thaï……..…132

Section II : Applicabilité de la *lex mercatoria*….……..…134

§ 1 : Statut ambigu de la *lex mercatoria*..……..…134

A. Détermination de la *lex mercatoria* : deux approches…….135
1) Argument de caractère normatif de la *lex mercatoria*……..……135
2) Argument de l'absence de caractère coercitif de la *lex mercatoria* ….140
B. Application de la *lex mercatoria*……143

1) L'admission de la lex mercatoria en droit domestique…….143
a. *L'appréciation de « règles de droit » dans l'article 1511 du Décret du 13 janvier 2011*……..…143
b. *L'appréciation de la lex mercatoria en droit thaïlandais*……..……144
2) La reconnaissance indirecte de la *lex mercatoria*……..……149
a. *A l'égard du juge français*……..……149
b. *A l'égard du juge thaï*……151

§2 : Principes généraux du commerce international……..……158

A. Principes UNIDROIT, principes uniformes pour les contrats internationaux.....159
B. Principes de droit européen des contrats…….……163

TITRE DEUXIEME : LOI APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX…..……**173**

Chapitre unique…….……..……....175

Section I : Recours aux rattachements traditionnels…….……..175

§1 : Insuffisance relative des rattachements traditionnels…….……175

A. L'absence de choix des parties à l'épreuve de la thèse subjectiviste……..175
B. L'absence de choix des parties à l'épreuve de la thèse objectiviste……....179

§2 : La recherche nécessaire de nouveaux aspects de rattachements……..….183

A. L'abandon de certains rattachements traditionnels……184
1) La nationalité commune (*lex patriae*)…….……..184
2) La *lex loci contractus*……..186
3) La *lex loci solutionis*……187
B. Le bien-fondé de rattachement de l'autonomie de la volonté en droit thaï...187

Section II : Vocation concurrentielle des liens les plus étroits……..……..191

§1 : L'admission du principe des liens les plus étroits…….……..191

A. Le principe de proximité dans les nouveaux rattachements……..……191
1) Présentation de l'argument……191
2) Affirmation de la formule volontairement répandue du principe….193

§2 : La détermination des liens les plus étroits…….……..195
A. Le concept déclencheur d'identifier les liens les plus étroits….……196
1) La prestation caractéristique : élément de localisation…….……197
2) La convergence de points de contact……..……200
B. Le recours aux diverses présomptions……..……..203
1) Les présomptions principales……204
a. *en matière d'immeubles*……..……..205
b. *en matière du contrat de transport de marchandises*……206

c. en matière d'instruments de paiement et de crédit……..…..208
2) Les présomptions en matière de règle protectrice…….……210
a. en matière de consommateur……..……210
b. en matière de travail……..211
C. L'absence de pertinence du rattachement rigide, le recours à la clause d'exception……212

TITRE TROISIEME : LIMITES AU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE……...217

CHAPITRE PREMIER : LOIS DE POLICE ET L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC : DEUX MECANISMES DISTINCTS……...219

Section I : Lois de police et lois d'application immédiate……...220

§ 1 : L'incidence des lois de police……220

A. La notion des lois de police et lois d'application immédiate……..221
B. L'intervention de lois de police du for et lois de police étrangères…….225
1) L'argument sur les lois de police du for……..225
a. Lois de police au sens de la Convention de Rome du 19 juin 1980....225
b. Lois de police au sens du Règlement (CE) n° 593/2008……227
2) L'argument sur les lois de police étrangères……227

§ 2 : L'incidence de lois de police et lois d'application immédiate en droit international privé thaï…….……233

A. La difficulté de dissociation lois de police et lois d'application immédiate thaïe……..…..233
1) La notion assimilée des deux mécanismes……..233
2) La qualification de lois de police thaïlandaises…….……235
B. Les lois de police de protection des parties faibles en Thaïlande…….……238
1) La Loi de 1979 relative à la protection des consommateurs……..241
2) La Loi de 1997 relative au contrat injuste……242
3) La loi de protection des travailleurs……..…..243

Section II : L'exception d'ordre public en droit international privé des contrats……...245

§ 1 : Affermissement du rôle indispensable d'ordre public international……246

A. La prise en considération d'ordre public international……..246
1) Les difficultés de détermination.....247
2) L'office du juge face à l'exception d'ordre public……..……252
3) L'application d'ordre public international par le juge thaïlandais……...254
B. L'exclusion de principe de l'ordre public international étranger……254

§ 2 : Affermissement du rôle indispensable d'ordre public transnational en matière du contrat……..…256

A. Caractère polémique de l'ordre public réellement international……..257
1) La notion nuancée de l'ordre public transnational et véritablement international……257
2) L'existence de l'ordre public transnational……258
3) La teneur de l'ordre public transnational……261
B. L'intervention de l'ordre public transnational……265

CHAPITRE SECOND : EXCEPTION DE FRAUDE…….……269

Section I : Prise en considération de la fraude à la loi……..271

§ 1 : Au moyen de fraude à la loi……..……271

A. Admission de la fraude à la loi du for……..…274
1) Le montage artificieux constituant la fraude à la loi…..……274
a. La règle de conflit, l'intermédiaire de fraude…….……274
b. *L'élément psychologique indispensable*……..... 275
2) La fraude des éléments d'extranéité dans le contrat interne……..276
3) La fraude des éléments d'extranéité dans le contrat international…….279
B. Affirmation du traitement égal, fraude à la loi du for et fraude à la loi étrangère……..……280

§ 2 : Degrés de répression de la fraude à la loi…….……..283
A. Sanction de la fraude à la loi du for……285
1) L'exception de la fraude à la loi…….……..285
a. La sanction absolue……...287
b. La sanction relative……288
2) L'application unilatérale de la règle de conflit…….……....289
3) Le recours à la notion de *bonne foi*……..……..290
B. Sanction de la fraude à la loi étrangère…….……290
1) Le refus d'exercer la compétence internationale : retour à la loi du for...291
2) Le refus de reconnaissance de l'acte et d'exécution du jugement étranger……292

Section II : Prise en considération la fraude à la loi *lato sensu*……..……....294

§1 : Les limites concevables au choix du for…….…296

A. Interdiction de *forum shopping* irrégulier……..…297
1) Le *forum shopping*, la notion controversée…….…297
2) Les juridictions françaises face au *forum shopping* en contentieux d'affaires……..299
B. Réserve de l'abus de droit, la qualification de licéité du *forum shopping*…..300

§ 2 : Le palliatif de droit positif……..302

A. Sanction générale du *forum shopping* irrégulier……302
1) L'exception d'incompétence……302
2) Le mécanisme de *forum non conveniens*……303
B. Sanction particulière du *forum shopping* irrégulier……..305

1) La méthode d'*anti-suit injunction*……305
2) L'exception de litispendance internationale……..309
C. Sanction par le règlement préventif au *forum shopping* abusif……310

DEUXIEME PARTIE : REGLEMENT DES DIFFERENDS……319

TITRE PREMIER : JURIDICTIONS COMPETENTES……321

CHAPITRE PREMIER : LE MODE ETATIQUE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS……323

Section I : Les mécanismes coercitifs de détermination de la juridiction compétente……323

§1 : La compétence internationale du juge français en matière du contrat…….324

A. Solution en droit international privé commun…….324
1) La transposition des règles de compétence territoriale interne……...324
2) Règles applicables à titre subsidiaire……..327
B. Recours aux règles conventionnelles : le Règlement CE n° 44/2001……..330
1) La solution du droit positif : le fondement de compétence juridictionnelle sur le domicile……..331
2) Les difficultés d'application de la règle de compétence juridictionnelle visées par l'article 5-1°…….332
a. *Les règles spécifiques fondées sur l'article 5-1° b)*……...333
b. Les difficultés posées par l'article 5-1° a)……..336

§2 : La compétence internationale du juge thaï en matière contractuelle……340

A. La mise en œuvre de critères de rattachement fondés sur l'article 4 du Code de procédure civile……..…340
1) Les règles de compétence générale fondées sur le principe de souveraineté territoriale…….341
2) Les règles de compétence générale fondées sur le principe de souveraineté personnelle……..345
B. Compétence spéciale à travers le tribunal de la propriété intellectuelle et du commerce international……350

Section II : Les mécanismes conventionnels de détermination de la juridiction compétente……351

§ 1 : La clause d'élection du for……353

A. L'admission de la clause attributive de juridiction dans le système juridique français……353
1) La prorogation de compétence à l'égard du droit international commun……353
a. Appréciation du choix tacite du tribunal compétent……...355

b. Admission de clause attributive de juridiction en matière de parties faibles……356
2) Les prorogations de compétence à l'égard du droit conventionnel…..358
B. L'ambigüité de la Cour suprême *Dika* à l'admission des clauses attributives de juridiction……..363
1) La tendance critiquée de droit commun : hésitation de l'appréciation de la clause attributive de juridiction……..363
2) Palliatif de droit positif en matière spécifique : le contrat de transports combinés……..368

§ 2 : Limites de la prorogation de compétence à l'épreuve de la protection de partie faible…….……369

A. Principes, les limites draconiennes retenues en matière de la protection de partie faible……370
B. Exceptions, le retour à l'admission d'une clause attribuant de compétence..373

§ 3 : Les effets de clauses de prorogation de compétence……375

A. L'exclusivité du tribunal édicté dans la clause attributive de compétence, les positions diverses……..375
B. La force obligatoire de la clause attributive de juridiction à l'égard des tiers……383
1) L'évolution jurisprudentielle divergente…….....383
2) La solution jurisprudentielle courante……..386

CHAPITRE SECOND : LE MODE CONSENSUEL DE REGLEMENT DES DIFFERENDS……393

Section I : Appréciation de la clause d'arbitrage……396

§ 1 : La validité de la clause compromissoire……397
A. La répercussion de la qualité des parties sur l'engagement compromissoire international……397
1) L'équilibre des souverainetés étatiques et des intérêts de commerce international. ……..397
2) La solution évoluée de droit positif thaï……..401
a. L'admission de l'arbitrage dans un contrat international……401
b. Les résultats critiqués pour le contrat international administratif….402
B. L'autonomie de la convention d'arbitrage……404
1) Prise en considération du principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage par le juge thaï……..404
2) L'admission fermement du juge français l'autonomie de la clause d'arbitrage……407
3) L'autonomie de la clause compromissoire par rapport à l'application de règles impératives……409

§ 2 : L'incidence de la convention d'arbitrage……..411
A. L'arbitrage international à l'épreuve de la protection de parties faibles, les déséquilibres manifestes……411

1) Solution plus favorable en matière du contrat de travail……411
2) Solution critiquée en matière du contrat de consommation……413
B. L'opposabilité des clauses compromissoires……417
1) Solutions jurisprudentielles antérieures……418
2) Les solutions adoptées par la jurisprudence actuelle……...419

Section II : Appréciation de la compétence de l'arbitre……425

§ 1 : Le pouvoir de vérification de sa propre compétence……....427

A. L'admission du principe jurisprudentiel « compétence-compétence »……427
1) Admission diverse du principe dans l'ordre juridique thaï……428
2) Admission fermement du principe par les juridictions françaises……432
B. L'entrave au principe de compétence-compétence……434
1) Contrôle superficiel de « nullité » ou « inapplicabilité » manifeste en droit français……434
2) Contrôle sommaire de la clause d'arbitrage en droit thaï……437

§ 2 : Compétence de la compétence à l'épreuve de *l'anti-suit injunction*……..440

A. Dans l'espace judiciaire européenne……441
B. Dans l'espace judiciaire international commun……445

Section III : Renforcement procédural de l'efficacité de l'arbitrage international……446

§ 1 : Mesures provisoires et conservatoires en droit français de l'arbitrage international……447

A. Les mesures prononcées par le juge……448
B. Les mesures prononcées par l'arbitre……450

§ 2 : Évolution des problèmes de prononcer les mesures provisoires et conservatoires en Thaïlande……..453

A. L'article 13 de l'ancienne Loi sur l'arbitrage B.E. 2530……454
B. Les solutions prises en droit actuel……456
1) La Loi sur l'arbitrage B.E. 2545……456
2) Les règles procédurales du TCPICI……459

TITRE SECOND : RECEPTIONS DES DECISIONS ETRANGERES……465

CHAPITRE PREMIER : RECEPTION DES JUGEMENTS ETRANGERS……467

Section I : Reconnaissance des attributs de jugements étrangers……469

§ 1 : La détermination des décisions étrangères……470

A. La notion du jugement étranger en droit français……470
1) Les difficultés de qualification des jugements étrangers……471

a. L'ambigüité de qualification des actes juridiques impliqués……..471
b. Les éléments caractéristiques de jugements étrangers……...…474
2) Les critères fondés sur les effets produits par décisions en cause…...…475
B. La notion du jugement étranger en droit thaï……..478

§ 2 : Les attributs de jugements étrangers……480

A. Autorité de la chose jugée des jugements de droit privé……..481
1) L'argument entraîné de l'autorité de la chose jugée……..481
a. *L'aspect classique, la méconnaissance de droits des tiers*……481
b. L'état de droit positif, de l'échec de la théorie de la relativité à l'insuffisance de l'autorité absolue……483
2) La notion équivalente de l'autorité de la chose jugée en droit thaï……484
B. Effets indépendamment de *l'exequatur* des jugements étrangers……....486
1) L'exclusion du régime propre aux jugements étrangers de l'effet de fait……487
2) Le recours à l'effet de titre du jugement étranger……..…491
C. Élément de preuve *prima facie* des jugements étrangers selon la Cour thaïe……492

Section II : Reconnaissance des effets des jugements étrangers……497

§ 1 : Efficacité substantielle des jugements dans le cadre de droit commun……..498
A. Contrôle de régularité internationale en droit français……499
1) Conditions d'ordre processuel……..…500
a. La compétence internationale du tribunal étranger……...500
b. L'élimination du contrôle de compétence législative indirecte……..504
2) Conditions d'ordre substantiel……..…..509
a. L'absence de fraude……..…509
b. La conformité à l'ordre public international du for……...511
B. Contrôle de régularité internationale en droit thaï……..…514
1) Conditions établies par la décision n°585/2461, l'exécution des jugements étrangers en Thaïlande……....514
2) Les modalités *à l'anglaise* retenues par la Cour thaïe……516

§ 2 : Efficacité substantielle des jugements dans le cadre du mécanisme simplifié...518

A. Conditions de régularité internationale simplifiées……519
1) Les conditions non contrôlées……....519
a. Le non contrôle de la compétence indirecte……...520
b. *L'interdiction de la révision au fond*..……..521
c. *Le non contrôle de la compétence législative indirecte*……..522
2) Les conditions contrôlées……...524
a. Le contrôle de conformité à l'ordre public……524
b. *L'inconciliabilité des procédures ou des jugements*……..…526
B. Renforcement de la suppression de *l'exequatur*, l'argument critiqué……529

CHAPITRE SECOND : RECEPTION DES SENTENCES ARBITRALES INTERNATIONALES.....533

Section I : Recours à l'encontre la sentence arbitrale internationale……..……..538

§1 : La compétence juridictionnelle impliquée pour connaître la sentence…….538

A. Les juridictions concurrentes pour le recours en annulation…….....539
1) La vocation de juridiction judiciaire…….…..539
2) La compétence concurrente de juridiction administrative……..…..541
a. Solution critiquée……..….541
b. L'argument du recours au critère de l'internationalité du litige.....542
B. L'intensité différente du contrôle effectué par chaque compétence juridictionnelle…….……544
1) Sous l'empire des juridictions judiciaires……545
2) Sous l'empire des juridictions administratives……..…….546

§2 : Les voies de recours à l'encontre la sentence internationale……..…..551

A. Aspect de droit thaï……..……551
1) L'application de l'article 40 de Loi sur l'arbitrage B. E. 2545……..551
2) La notion de l'ordre public et les bonnes mœurs du peuple au stade de la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale……553
B. Aspect de droit français……557
1) Le recours en annulation en droit français…….….557
2) Les incidences de recours……....559
a. L'incidence d'un recours en annulation devant les juridictions françaises……559
b. L'incidence d'un recours en annulation devant les juridictions étrangères……...…...…561

Section II : Réception dans l'ordre juridique étatique des sentences arbitrales internationales…….…..563

§1 : Autorité attachée aux sentences arbitrales internationales……564

A. Autorité de la chose jugée des sentences arbitrales……....565
1) La caractéristique de la chose arbitrée……...565
2) La mise en œuvre de l'autorité de chose arbitrée…….……567
B. L'élargissement de la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée…...571
1) Le développement des arguments divers……..571
2) La solution jurisprudentielle……..574

§ 2 : Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales internationales…….577

A. Modalités de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales internationales……578
B. La sentence arbitrale étrangère inconciliable avec le jugement étranger…580
C. Reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine……..585

CONCLUSION GENERALE……..595
BIBLIOGRAPHIE…….……..601

TABLE DE LA JURISPRUDENCE……..……..……645
TABLE DES FIGURES……671
INDEX ALPHABETIQUE…….…….….673
TABLE DES MATIERES…….……...679

Contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise

Résumé
Le droit international privé français des contrats est très avancé, la richesse de la jurisprudence et la doctrine font une bonne preuve de l'évolution du droit français en la matière. Ses conceptions sont répandues et admises par d'autres États, européens en premier lieu, puis dans le monde entier. Le système de droit français et celui de droit communautaire sont complémentaires l'un et l'autre. Pour cette raison l'étude de droit international privé français ne peut plus être restreinte uniquement dans le cadre de droit international commun. Dés lors le droit international privé communautaire devrait aussi faire l'objet de cette étude. Quant au droit international privé des contrats thaïlandais, il est en cours de développement et a besoin de grande réformation urgent pour la coopération juridique dans l'ASEAN. L'étude comparative en cette matière permettrait donc de trouver la bonne solution et d'apprendre l'application de règles conflictuelles ainsi que d'autres mécanismes du droit international privé pour régler les problèmes dans l'ordre juridique thaï. Donc les questions de la loi applicable et le règlement des différends font l'objet principal de cette étude.

Mots clefs français : Droit international privé thaï, Droit international privé français, Droit international privé des contrats, Conflit de lois, Conflit de juridictions, Recherche de la volonté, Choix de la loi applicable au contrat, Choix de la loi étrangère, Choix de la norme non étatique, Ordre public international, Lois de police, Lois de police thaïlandaises, Fraude à la loi, *Forum shopping*, Clause attributive de juridictions, *Forum non conveniens*, Arbitrage international, Règlement des différends, Exequatur, Reconnaissance des décisions étrangères.

International Contracts: A Comparative Study between French and Thai Systems

Abstract
The French system of Private International Law of Contract is highly developed, evidenced by a rich jurisprudence and doctrinal system. One of the leaders in the field, many of their legal concepts were widely accepted and adopted by other legal systems, first by European countries and then worldwide. However, because of their complementary and intertwined nature for each other, the French legal system cannot be studied apart from the European system. For this reason, this study covers not only an in depth examination of French Private International Law but also a general look at European Private International Law. The Thai system of Private International Law of Contracts, in comparison, is developing and needs significant legal reform, as soon as possible, in order to cooperate with other contracting States in ASEAN. Thus, this comparative study responds to the needs, and shows how to correctly apply the conflict of laws' rules, including their exceptions, which could solve many problems occurring in the Thai legal system. Therefore questions on the applicable laws of contract and the settlement of disputes which derive from international contract law are objects of this study.

Keywords : Thai Private International Law, French Private International Law, Conflict of Laws, Laws Applicable to Contracts, Choice of Law, Choice of Foreign Law, Choice of Transnational Law, Conflict of Jurisdictions, Choice of Forum, Public Order, Overriding Mandatory Rules, Thai Overriding Mandatory Rules, Forum shopping, Forum non conveniens, International Arbitration, Dispute Resolution for International Contract, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards.

Unité de recherche/Research unit : *Centre de Recherche Droits et Perspectives du Droit, 1 place Déliot, 59000 Lille, http://crdp.univ-lille2.fr/*
Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr,* http://edoctorale74.univ-lille2.fr
Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille,* http://www.univ-lille2.fr