

# La vulnérabilité économique

## Rapport de droit malgache

par

Ramarolanto-Ratiaray

Professeur de droit privé

à la Faculté de droit, d'économie, de gestion et de sociologie

Université d'Antananarivo (Madagascar)

Envisagée du point de vue contractuel, la question de vulnérabilité économique est une notion relativement connue de la pratique du droit à Madagascar, mais sans que ce dernier lui ait donné un support textuel ou jurisprudentiel avéré. En effet, le contrat d'assurance et le contrat de travail mis à part dont on sait, peu ou prou, qu'ils mettent en présence une partie économiquement faible et une partie forte, et qui font l'objet de dispositions législatives et réglementaires fort détaillées, le droit positif malgache ne connaît pas la notion de contrats spéciaux au sens du code civil français alors que la pratique en regorge. Celle-ci a pour principal recours la Loi sur la Théorie Générale des Obligations (L.66.003 du 2 juillet 1966 *relative à la théorie générale des obligations*)- ci-après LTGO- qui pose les règles fondamentales du droit des contrats et des obligations mais qui, par définition, ne peut entrer dans le détail de chaque contrat spécial.

Une loi sur la protection des consommateurs a été votée en 2015 (L. 2015-014 du 19 juin 2015 sur la protection du consommateur) qui enrichit considérablement le droit positif textuel mais sa relative jeunesse et l'absence de textes d'application et de décision jurisprudentielle empêche pour l'instant que l'on puisse l'apprécier à sa juste valeur.

Le droit contractuel de Madagascar sur la vulnérabilité économique est ainsi le fruit d'incessants va-et-vient entre une jurisprudence timide, un droit commun (la LTGO) visionnaire et une législation des contrats spéciaux trop jeune ou lacunaire mais comblée par le recours éventuel aux institutions du code civil français (*cf. infra chapitre 2*).

### Chapitre 1 – Droit commun des contrats

#### Section 1 – La formation du contrat

##### § 1<sup>er</sup> – Information

Le droit commun des contrats et des obligations en droit malgache est issue de la loi 66.003 du 2 juillet 1966 relative à la théorie générale des obligations (LTGO). Cette loi ne prévoit pas de manière formelle la période précontractuelle ni l'obligation d'information qui naîtrait à ce stade des négociations contractuelles à la charge de l'un des futurs contractants. Néanmoins, la jurisprudence malgache pallie cette lacune en faisant référence à une obligation de renseignements que l'un des contractants doit à l'autre (Trib. Com. Antananarivo, 16 octobre 2008 n°221-C, *in* jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Tome 1, SCAC et Juridika 2011. 333 obs. F. Esoavelomandroso ; Trib. Com. Antananarivo, 6 novembre 2008 n° 231, *in* jugement commentés *op.cit.* pp.365 et ss. obs. F. Esavelomandroso). Il est vrai que pareille obligation peut également être observée dans le cadre de l'exécution contractuelle, mais la règle est néanmoins que son domaine de prédilection et d'application se trouve être au stade des négociations précontractuelles. La sanction sera alors de nature délictuelle.

Sinon, le juge malgache appelle le *principe de bonne foi* à la rescousse quand il voit qu'une application trop mécanique des règles de droit pourrait conduire à une certaine injustice. Ce principe a son siège dans l'article 123 LTGO aux termes duquel : « *Le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi (al.1). Elles doivent l'exécuter de bonne foi, dans le sens qu'elles ont entendu lui donner (al.2). Elles ne peuvent le révoquer ou le modifier que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise (al.3)* ». Cet article vise normalement l'effet et l'exécution des contrats mais le juge malgache n'hésite pas à recourir à la notion de bonne foi de manière générale en l'étendant à tous les stades du rapport contractuel, de sa formation à son annulation. L'illustration ultime et singulière est issue de la décision de la Cour de Cassation de Madagascar du 9 août 2011 (décision n°134) où les juges suprêmes malgaches, en dépit des règles strictes en matière foncière lesquelles non seulement priorisent celui qui a inscrit le premier son droit sur les livres fonciers mais considèrent le titre foncier inattaquable en vertu du concept de *l'act torrens* dès lors qu'il est délivré à son titulaire, considèrent « *qu'en cas de vente successive d'un immeuble, le second acquéreur qui a inscrit son droit antérieurement au premier acquéreur sur les livres fonciers ne peut s'en prévaloir s'il n'a pas été de bonne foi* » (sur cette décision, cf. *arrêts commentés de la Cour de cassation de Madagascar* SCAC-Juridika 2015. 189 et ss. note Ramarolanto-Ratiaray ; Pour une autre application de la bonne foi par les juges suprêmes de Madagascar en matière de crédit, cf. C.sup. 18 janvier 2002, décision n°1 BNI Crédit Lyonnais c/ Rakoto Jean Paul, *in* base de données « Xo9 » des arrêts de la Cour Suprême de Madagascar- ci-après base de données Xo9- Vis bonne foi n°37).

Enfin, on signalera que le droit *spécial* (malgache) prévoit cette obligation d'information (cf. *infra*) : la loi 2015-014 du 19 juin 2015 sur la protection du consommateur porte en son article 5, en des termes dénués d'ambiguïtés, que « *tout*

*professionnel vendeur de biens ou prestataire de service doit, **avant la conclusion du contrat**, mettre les consommateurs en mesure de connaître explicitement les caractéristiques et conditions essentielles de biens, produits et services* ». Mais cette loi est d'application trop récente (est-elle-même déjà appliquée ?) pour que l'on puisse l'apprécier à sa juste mesure.

## § 2 – Vices de consentement

La LTGO reprend les vices du consentement tels qu'observés dans le code civil français, à savoir l'erreur (art. 70 à 72 LTGO), la violence (art. 73 à 76 LTGO), et le dol (art. 78 et 78 LTGO). De manière générale, la notion de « *partie économiquement faible* » est, pour l'heure, inconnue du droit positif *textuel* de Madagascar bien que la doctrine malgache-de manière explicite- et des textes spéciaux (loi sur la concurrence et loi sur la protection du consommateur) de manière implicite y fassent référence. Par ailleurs, le droit civil et le droit économique malgaches s'avèrent encore trop jeunes de leur histoire pour avoir pu secréter une ligne jurisprudentielle conséquente sur les vices du consentement. Néanmoins, malgré quelques défaillances dans la rédaction de la LTGO, une prescience admirable de ses rédacteurs et des décisions ponctuelles rendues par les juridictions de Madagascar ont permis des réflexions sur les contours et le possible devenir de l'un et l'autre concept (la partie économiquement faible et les vices du consentement) dans l'espace juridique malgache.

Ainsi, si la LTGO donne une définition édifiante de *l'erreur déterminante* dans son article 70 (*l'erreur vicie la volonté lorsqu'elle est déterminante et porte sur un élément essentiel du contrat ou considéré comme tel par les deux parties*), elle ne connaît pas la notion d'erreur obstacle ni l'erreur sur la personne, ses rédacteurs ayant estimé apparemment, à l'époque de sa confection, que cela allait de soi ; que l'erreur obstacle est tellement évident qu'il n'apparaissait pas nécessaire de l'évoquer dans la loi et l'erreur sur la personne tellement hypothétique qu'elle ne nécessitait aucune attention particulière.

Par contre, elle donne du *dol* une définition qui aurait pu faire l'admiration des législateurs modernes. Partant de la définition classique de ce vice du consentement en son article 77 alinéa 1 (*le dol consiste en des manœuvres ou des allégations mensongères dont le but est d'induire l'autre partie en erreur pour obtenir son consentement*), elle conclut dans l'alinéa 3 : « *l'exploitation de l'inexpérience manifeste du cocontractant* » est constitutive de dol. Si ce n'est pas là une consécration avant l'heure de l'abus de faiblesse moderne, cela y ressemble étrangement...Malheureusement, pour l'heure, l'unique décision de la cour de cassation de Madagascar qui a eu à connaître de la question ne s'est pas prononcée de manière claire sur les contours de la notion (C.Cass. Madagascar 25 mars 2003 décision n°50, Razakandrana Caroline c/ époux Robinson Andrianadofa *in base de données Xo9 op.cit.* V° dol n°8). Mais en un sens,

peu importe. L'essentiel est que les plaideurs malgaches sachent quelles sont les armes juridiques que la loi (et le droit) leur donnent et que le choix de les exploiter leur incombe.

Sur la question de vice de *violence*, les tribunaux de Madagascar ont eu à statuer sur une figure de la violence économique qu'ils n'ont pas heureusement ou malheureusement, tout est affaire de ressenti- consacré. Les juges n'ont pas eu à connaître véritablement de la notion de violence économique mais de celle de *marasme économique* qui frappe le pays, excuse présentée par un contractant (préssumé faible) pour ne pas honorer ses obligations (Trib. Com. d'Antananarivo 26 septembre 2008 (n°210-C), *in* jugements commentés *op.cit.* Tome 1 pp. 237 et ss. obs. Ramarolanto-Ratiaray). Dans le cas d'espèce, on a pu considérer que si la violence économique peut se présenter comme un vice de consentement, le marasme économique, aux dires du cocontractant, se veut être un cas de force majeure justifiant l'annulation du contrat. Le tribunal de commerce d'Antananarivo, sans renier l'excuse, ne l'a néanmoins pas prise en compte dans le cas d'espèce.

L'*état de nécessité* en matière civile est un concept connu en droit malgache mais n'est pas envisagé par la LTGO. Il fait partie de ces notions intégrées par le droit positif mais guère illustrées par des cas de jurisprudence au niveau national. L'hypothèse- qui demeure de droit positif à Madagascar eu égard à la date de l'arrêt- est celle du navire « Lamoricière » de l'antépénultième siècle à l'issue de laquelle la cour de Cassation française a pu donner les contours civils de l'état de nécessité : « *lorsque le consentement n'est pas libre, qu'il n'est donné que sous l'empire de la crainte inspirée par un mal considérable et présent, le contrat est entaché d'un vice qui le rend annulable* » (req.27 avril 1887 DP 1888. 1. 263 ; S. 87. 1. 372).

L'*abus de faiblesse ou des circonstances* fait l'objet de dispositions législatives. Il est doté d'un premier pilier législatif par le biais de l'article 77 alinéa 3 LTGO (cf.*supra*) qui parle de « *l'exploitation de l'inexpérience manifeste du cocontractant* ». Il trouve surtout sa consécration dans la récente loi 2015-014 du 19 juin 2015 sur la protection du consommateur qui stipule dans son article 40 : « *constituent des infractions, le fait par tout commerçant, industriel, prestataire de service ou artisan... (g) d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit(...)* ». Mais, encore une fois, le droit malgache est trop jeune pour avoir pu secréter des décisions de justice qui auraient pu apporter des contours clairs et précis à ces notions.

Sur le plan conceptuel, on peut distinguer le « droit commun » du « droit spécial » de l'abus.

Le « droit commun » de l' « abus de droit » existe bel et bien en droit malgache. Il fait partie de ces notions centrales du droit au même titre que la théorie de l'apparence ou le concept de fraude. Il n'a pas de support textuel mais la jurisprudence de la

Cour d'appel d'Antananarivo en a dressé depuis longtemps les contours dans un arrêt du 3 décembre 1969 (Bull. Info. Min. Jus. n°18 décembre 1971 p.633) : en s'ingéniant malignement (*sic*) à troubler les occupants du rez- de- chaussée par des bruits incessants tant le jour que la nuit, « *c'est à juste titre que le premier juge a sanctionné l'abus du droit de jouissance caractérisé à l'encontre du sieur Casanova (occupant du premier étage) fondant la demande en dommages intérêts des époux Monceau* ». On signalera à ce niveau que si la jurisprudence malgache fait appel le plus souvent au critère subjectif de l'abus (recherche de l'intention malicieuse de l'agent), l'aspect objectif (atteinte aux fonctions sociales du droit) trouve son terrain de prédilection en droit des biens où l'abus de droit de propriété avait été expressément consacré par la législation ( cf. ord.74.021 du 20 juin 1974 portant refonte de l'ordonnance 62. 110 du 1<sup>er</sup> octobre 1962 sanctionnant l'abus de droit de propriété et prononçant à l'Etat le transfert des propriétés non exploitées, JORM du 22 juin 1974 éd.spéc. 1682 et ss.) et a fait l'objet de décisions foisonnantes. Sinon, dans le même esprit, le droit malgache fait appel à la notion de bonne foi (cf. *supra*) ou, dans une certaine mesure, à celle de l'enrichissement sans cause ( art. 255 et ss. LTGO) dont on sait toutefois qu'elle est inadaptée à vouloir assumer une protection du contractant faible (cf.*infra*).

Le « droit spécial » de l'abus de faiblesse est consacré par la récente loi du 19 juin 2015 sur la protection du consommateur qui évoque les trois facettes possibles de l'abus et de sa prévention : D'une part, l'obligation d'information de l'article 5 (cf. *supra*) : « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre les consommateurs en mesure de connaître explicitement les caractéristiques et conditions essentielles de biens, produits et services (al.1). Quelle que soit sa forme, l'information portée sur le bien ou le service objet du contrat, doit être rédigée et lisible au moins dans l'une des langues suivantes : malagasy, français, anglais (al. 2)* » ; D'autre part, l'abus de faiblesse de l'article 40 (g): « *constituent des infractions, le fait par tout commerçant, industriel, prestataire de services ou artisan (...) d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit (...)* » ; Enfin, la théorie des clauses abusives de l'article 43 : « *sont interdits les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs pouvant contenir des clauses abusives, qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties contractantes* ». On aura l'occasion de revenir sur ces articles mais on rappellera, pour l'heure, que ces récentes dispositions n'ont pas encore été éprouvées à l'aune de la jurisprudence malgache, du moins à notre connaissance.

Sur la question de savoir si une partie économiquement forte qui se contente d'accepter une proposition émise par la partie faible peut être coupable d'abus de faiblesse, l'absence de ligne ou de position jurisprudentielle en droit malgache empêche d'y apporter une réponse certaine. Néanmoins, la tendance des

professionnels malgaches à qui la question a été posée est de faire privilégier l'aspect utilitaire et économique du contrat. La partie peut être économiquement faible mais si c'est elle qui est l'initiatrice du rapport contractuel et qui émet l'offre désavantageuse pour elle-même, où est le tort de celui qui accepte ?

La sanction de l'abus de droit est la condamnation du responsable au paiement de dommages intérêts.

La sanction de l'abus de faiblesse (érigée en infraction pénale dans la loi 2015-014) est une « *amende (pénale) n'excédant pas 5 fois le montant incriminé sans être inférieur à 2.000.000 d'Ariary et un emprisonnement de 5 à 6 mois* » (art. 88).

La notion de clauses abusives est également érigée en délit pénal dans la loi 2015-014 (*cf. infra*).

### § 3 – Contrat d'adhésion

On relève ici un autre aspect de la prescience des rédacteurs de la LTGO. Aux termes de l'article 127 de cette loi, « *lorsqu'une partie adhère à un contrat dont les clauses ont été établies d'une manière unilatérale par l'autre partie, elle n'est liée par les dispositions contenues dans ces clauses que si elle a pu en avoir une exacte connaissance* ». On retrouve dans ces termes (rédigés en 1966) les prémisses d'un droit de la consommation désormais consacré par la loi 2015-014 du 19 juin 2015 sur la protection du consommateur laquelle, curieusement, ne traite nulle part du contrat d'adhésion ni de ses possibles répercussions. On reprendra les réflexions émises alors : « jusqu'à cet article 127 LTGO, il n'y avait de dispositions de ce genre qu'en matière d'assurances (...). Désormais, il y a une disposition générale *pour tous les contrats*, et c'est à celui qui aura proposé le contrat d'adhésion qu'il appartiendra de prouver que le débiteur a eu une connaissance exacte de toutes les clauses » ( cf.J. Lacombe, *la théorie générale des obligations dans le nouveau droit malgache*, annales de l'Université de Madagascar, Cujas 1965 n°2. 105 et ss.). Le fait est donc en droit actuel que « les clauses n'obligeront le consommateur que s'il en a eu une « *exacte connaissance* », sans d'ailleurs que le législateur n'ait pris soin de préciser s'il s'agissait d'une connaissance matérielle -la clause lui a été communiquée- ou intellectuelle -il a compris le sens de la clause (...), cf. Ramarolanto-Ratiaray et J-B Seube, *la théorie générale des obligations en droit malgache*, Tome I, SCAC- Juridika 2013 n°86 et ss.) ».

Bien que la jurisprudence en matière d'assurance soit foisonnante en droit malgache (la base de données « Xo9 » des arrêts de la Cour Suprême de Madagascar en recense plusieurs centaines), il n'est, à notre connaissance, aucune décision qui se soit prononcée sur le fondement de l'article 127 LTGO par lequel une des parties aurait pu opposer à l'assureur l'absence de *connaissance exacte* des clauses du contrat. Le même constat peut être observé à l'égard des autres types de contrats, tels le contrat de vente, de dépôt ou de cautionnement.

La sanction de cet article 127 LTGO devrait être, si l'absence d'exacte connaissance du contenu des clauses contractuelles est prouvée, l'annulation du contrat. En effet, la situation est relativement proche des règles de l'incapacité, mais comme il n'existe pas pour l'instant en droit malgache de corpus jurisprudentiel clair et manifeste en la matière, l'on ne peut que suggérer des propositions de solutions.

La nouvelle loi 2015-014 du 19 juin 2015 sur la protection du consommateur n'est d'aucune aide, ne traitant pas du contrat d'adhésion.

#### § 4 – Lésion et clauses abusives

Le déséquilibre dans le contrat est prévu en droit malgache par les articles 79 et 80 LTGO qui traitent de la lésion mais qui n'envisagent celle –ci que de manière exceptionnelle.

Aux termes de l'article 79 LTGO, « *La lésion, causée par le défaut d'équivalence des prestations ne vicie le contrat que dans les cas prévus par la loi* ».

L'article 80 LTGO traite de la sanction de la lésion et l'évoque dans les termes suivants : « *Lorsque, dans les cas autorisés par la loi, l'annulation d'un contrat est demandée pour cause de lésion, le défendeur peut arrêter l'action en offrant une juste compensation, dont le caractère satisfaisant est soumis à l'appréciation du juge* ».

L'esprit de la LTGO est donc arrêté : la lésion n'est admise que de manière exceptionnelle en droit malgache et uniquement dans les cas autorisés par la loi et la sanction en serait la nullité de l'acte.

Il en est ainsi, par exemple, en matière de contrat conclu par un mineur. Selon l'art. 119 LTGO : « (...) lorsqu'un mineur, nonobstant son incapacité, conclut un contrat que son tuteur aurait pu passer seul, ni l'un ni l'autre ne pourront en poursuivre l'annulation, sauf à justifier d'une lésion. Même dans ce cas, l'action sera irrecevable si, pour conclure le contrat, le mineur s'est livré à des agissements dolosifs ». Où l'on voit dans la dernière phrase que cette hypothèse de lésion reste elle-même restrictive : l'action demeurera irrecevable si, pour conclure le contrat, le mineur s'est livré à des agissements dolosifs.

Il en est ainsi également en matière de contrat de vente immobilière où selon les termes de l'ancien article 1674 du code civil français alors applicable à Madagascar, « *si le vendeur a été lésé de plus de sept douzième dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente (...)* ». Ce que la cour de Cassation de Madagascar a depuis longtemps consacré dans des arrêts de principe ( C. sup. Madagascar 11 décembre 1990 décision n°200, dame Jenô c/Ali Ahmed Abdallah in base de

données Xo9 *op.cit.*V° Lésion n°2 ; 7 mai 2010 décision n°69, Andrianboavonjy Robena c/Razafimanotrana Martin *in* base de données Xo9 *op.cit.*V° Lésion n°10).

Par contre, contrairement au droit français issu du code civil (art. 887 ancien et ss.), la lésion est inconnue en droit malgache du partage successoral qui ne connaît pas de réserve héréditaire. Statuant sur la base de l'article 234 du code des 305 articles, la cour de cassation de Madagascar a pu décider depuis longtemps que « *si l'article 234 du code des 305 articles dispose que les héritiers ont des droits égaux dans la succession de leur auteur, le partage par eux opéré ne saurait être annulé pour lésion, même si les parts des héritiers ont été inégales* » (C.sup. Madagascar 22 février 1968 (n°31/67) bull. arr. C.sup. Imp. Nat. Tananarive 1969 p.34).

Il est deux types de clauses contractuelles que le droit commun du contrat à Madagascar encadre pour éviter ou prévenir leur caractère déséquilibré ou abusif. C'est d'une part la clause pénale, d'autre part la clause qui formule une condition potestative.

La **clause pénale** fait l'objet des articles 182 et ss. LTGO. Aux termes de l'article 182, « *On peut, par clause pénale écrite, s'engager au paiement d'une réparation forfaitaire en cas d'inexécution d'une obligation* ». On sait que l'un des rôles de la clause pénale, au-delà d'être une sanction de l'inexécution des obligations, est d'inciter le débiteur précisément à l'exécution de celles-ci. Le droit commun des contrats à Madagascar – la LTGO- dresse un tableau en demi-teinte du régime de cette clause pénale. Le principe est posé par l'article 183 alinéa 1 LTGO. La clause pénale « *s'impose au juge comme aux parties* ». Mais si l'inexécution est partielle, le juge, « *sauf convention contraire des parties, doit réduire proportionnellement le montant de la pénalité* » (art.183 al.2 LTGO). La question est de savoir, au vu de cette dernière disposition, comment une clause pénale pourrait s'articuler avec pareille stipulation sauf, à avoir une vue séquentielle à l'image des poupées gigognes du rapport contractuel. Il semble en effet surprenant que le créancier pourrait ainsi convenir au préalable avec le que ce dernier ne s'acquitterait que partiellement de son obligation contractuelle laquelle, ce faisant, se dédoublerait : elle peut être le contrat dans son entier (ce qui est normal)- et son inexécution justifie l'application de la clause pénale- comme elle peut également être la portion achevée du contrat...mais alors dans quelle proportion ? Cette rédaction de l'alinéa 2 laisse d'autant plus perplexe que le troisième alinéa du même article 183 stipule : « *Toutefois, lorsque la clause pénale a été spécialement stipulée en prévision d'une exécution tardive ou défectueuse, son paiement ne dispense pas le débiteur d'exécuter l'obligation principale* ». Ce qui frappe le débiteur d'une double peine contre laquelle il ne peut rien : il doit payer et exécuter nonobstant...A première lecture, la sévérité légale ne peut, dans le droit commun (on verra que ce n'est pas le cas en



droit spécial), être a priori amoindrie par l'intervention du juge (cf. toutefois les observations ultérieures, *infra*).

La **clause formulant une condition potestative** est l'arlésienne du droit positif malgache : on en parle tout le temps, la LTGO la prévoit, mais on ne la voit jamais...en ce sens que si la perception des autres concepts ou institutions juridiques est relativement claire auprès des juristes et praticiens du droit qui peuvent ou non s'en prévaloir, la notion de condition potestative, parce que véritablement abstraite, échappe tout simplement aux visées du praticien du droit à Madagascar. La définition, inspirée fortement du code civil français, est reprise dans les articles 7 et 8 LTGO. Aux termes de l'article 7 « *La condition simplement potestative est celle qui est subordonnée à l'arrivée d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une des parties de faire arriver ou d'empêcher (al.1)* ». Selon l'article 8, « *La condition purement potestative est celle dont l'accomplissement est subordonné à la seule volonté de l'une des parties* ». On le sait, la différence entre les deux concepts réside dans la part certaine et manifeste de la volonté du débiteur. Simplement potestative, la condition « *n'empêche pas la formation de l'obligation* » (art.7 al.2 LTGO) ; purement potestative, « *elle ne rend l'obligation nulle que si sa réalisation dépend du débiteur seul* » (art. 8 in fine LTGO ). Aussi, seule la clause contractuelle qui formulerait une condition purement potestative entraînerait la nullité de l'obligation et le juge seul est l'autorité habilitée à prononcer cette nullité. On reprendra, après d'autres, les critiques formulées à l'encontre de ces définitions de la condition potestative. Leur caractère artificiel et byzantin a empêché que les plaideurs malgaches aient voulu s'en réclamer auprès des tribunaux.

*L'insécurité juridique* ne naît pas forcément, dans l'expérience de Madagascar, des questions d'interprétation des clauses contractuelles. De manière générale, elle est fonction de trois éléments, l'intelligibilité, la prévisibilité et l'applicabilité des stipulations contractuelles et du dispositif légal, à quoi s'ajoutent le pouvoir et la méthode d'interprétation du juge en charge d'appliquer la loi et le contrat. Or, ces critères ne peuvent être appréciés que si les décisions de justice sont à portée normale et ordinaire du simple justiciable. Ce qui n'a pas été toujours le cas dans un passé récent de l'histoire juridique de Madagascar et dont les séquelles perdurent. L'on sait que la publicité- et sa déclinaison, la publication -des décisions de justice étaient et demeurent la règle dans tout espace juridique et cela reste le principe dans le droit positif de Madagascar (art. 14 pacte international relatif aux droit civils et politiques ratifié par Madagascar ; art.102 constitution 2007 ou 106 Constitution 2010; art.022 et 160 NCPCiv). Toutefois, avec les tribulations et les vicissitudes révolutionnaires (depuis 1975), ces décisions ont été perçues par certains esprits comme relevant du seul apanage des juridictions qui les ont rendues, les assimilant presque à un bien privatif de ces dernières qui, par un effet pervers, ont limité voire interdit leur

publicité et leur publication...Actuellement, la situation est en train d'être redressée mais comme toute entreprise nécessitant un changement des mentalités, cela requiert du temps.

## Section 2 – L'exécution du contrat

### § 1<sup>er</sup> – Interprétation

La LTGO, dans les articles 124 à 127, donne au juge du contrat des directives d'interprétation en cas de nécessité. Ce dernier est appuyé dans son entreprise par une jurisprudence désormais établie.

Le principe est posé par l'article 125 LTGO : « *La commune intention des parties détermine leurs engagements réciproques. Toutefois, les termes du contrat sont présumés l'exprimer* ». On part du postulat que le contenu du contrat écrit est donc incomplet, ambigu ou obscur, car si les clauses sont claires et précises la cour de cassation de Madagascar a depuis longtemps tranché que « *les clauses claires et précises ne donnent pas lieu à interprétation* » (C. sup.Madagascar, 8 mars 1966 bull.arr.C.Sup. année 1966 imp.nat. 1967.38 ; 10 mai 1967, bull.arr.C.Sup.année 1967 imp.nat. 1968.51). Mais dans l'hypothèse où les termes de contrat appellent des éclaircissements, la LTGO propose trois directives d'interprétation.

La *première* est la règle de l'article 125 ci-dessus. Pour apprécier la portée de cet article, on dressera le parallèle avec la solution préconisée par l'article 1156 du code civil français aux termes duquel « *on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes* ». On perçoit la différence de portée entre les deux articles : L'article 125 LTGO « *présume* » que les termes du contrat expriment en soi la commune intention des parties ; l'article 1156 c.civ. estime que les mots employés par les parties, si on les appliquait tels quels entraîneraient des effets contraires à leur intention commune, d'où cette exigence de ne pas s'attacher au sens littéral des termes. Notre sentiment va plutôt en ce dernier sens et on se rassure en disant que la présomption de l'article 125 LTGO n'est qu'une présomption simple et que le juge peut parfaitement aller au-delà du sens littéral des mots...le juge malgache n'a pas eu, pour l'instant, l'occasion de préciser la portée de cet article.

La *deuxième directive* d'interprétation est fournie par l'article 126 LTGO : « *dans le doute, la convention s'interprète en faveur du débiteur* ». C'est là, semble-t-il, un reflet de la proposition selon laquelle le droit civil regarde plus le sort du débiteur si le droit commercial, lui, arme le créancier.

Il serait vain en droit malgache de vouloir chercher un quelconque *lien de subsidiarité* entre ces directives par rapport à la recherche de l'intention des parties. Aucune indication de cet ordre ne transparait pour l'instant à la lecture des décisions de justice.

La *troisième directive* d'interprétation vise le contrat d'adhésion et a déjà été relevée. Aux termes de l'article 127 LTGO, « *lorsqu'une partie adhère à un contrat dont les clauses ont été établies d'une manière unilatérale par l'autre partie, elle n'est liée par les dispositions contenues dans ces clauses que si elle a pu en avoir connaissance* ». On se permettra de renvoyer aux développements ci-dessus.

## § 2 – Modération de l'exercice des droits contractuels

L'intervention du juge pour modérer (ou augmenter) la pénalité prévue d'accord-parties est prévue non pas dans le cadre du droit commun contractuel (la LTGO) mais dans un domaine spécifique, le contrat de crédit -bail. Aux termes de l'article 39 de la loi 2004-052 du 28 janvier 2005 sur le crédit-bail, « *En cas de non-respect de ses obligations par l'une ou l'autre partie, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité prévues par les parties, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ». Ainsi libellé cet article trahit en fait les vicissitudes de l'adaptation ou de la transplantation d'une règle de droit. Effectivement, son homologue en droit français voulait réagir contre les excès d'une clause pénale prévue dans le cadre notamment du contrat de crédit bail, ce qui s'est traduit par le vote des lois du 9 juillet 1975 et 11 octobre 1985 (devenus alinéa 2 de l'article 1152). Mais précisément, la réforme ainsi opérée l'a été au niveau du droit commun des contrats. En droit malgache, elle est restée limitée au contrat de crédit-bail. D'où les questions qu'elle suscite à ce stade : s'agissant d'une clause pénale, le pouvoir de modération du juge n'est-il restreint qu'au contrat de crédit-bail ou peut-il être étendu aux autres contrats? Sur un autre plan, le pouvoir d'augmenter la peine ne risque-t-il pas de générer un effet pervers, l'emprise du juge sur le contrat voire sur l'un des contractants ? (sur le principe que le juge ne peut augmenter la peine convenue que si celle-ci est manifestement dérisoire, cf. en droit français Civ.1,10 juillet 2001, contrats, conc, consomm.2001.168 2<sup>e</sup> espèce note L.Leveneur ; JCP E 2002.459 n. L.Leveneur). Il n'y a, pour l'instant, pas de réponse en droit positif malgache, sauf à attendre une ligne jurisprudentielle de la part des tribunaux. La question de l'insécurité juridique trouve sa réponse dans la formulation même des questions ci-dessus.

S'agissant du recours au concept de *force majeure* ou *d'imprévision* pour alléger le sort de la partie faible, sur le plan des principes, la LTGO prévoit les deux notions mais ni l'une ni l'autre n'est, en droit malgache, d'un grand secours pour la victime, la tendance dominante des décisions judiciaires allant dans le sens de leur rejet.

S'agissant de la *force majeure*, aux termes de l'article 178 LTGO, « *le débiteur est exonéré de toute responsabilité s'il prouve que l'inexécution provient du fait de son créancier. Il en est de même en cas de force majeure ou d'intervention d'un tiers présentant ce caractère, dès lors que ces événements ne sont pas imputables au débiteur et qu'ils sont antérieurs à toute mise*

*en demeure* ». Un examen de la jurisprudence de la Cour suprême de Madagascar témoigne qu'elle est assez réticente à recevoir la force majeure en tant que cause d'exonération de la victime. De manière générale, elle ne s'attarde pas tellement sur la vérification des trois conditions d'imprévisibilité, d'irrésistibilité, ou d'extériorité se contentant de proclamer que la force majeure est avérée (ou non) au vu des circonstances. Ainsi, des fois elle l'accueille (C. Sup. de Madagascar 14 mai 2013 décision n°39, Rapanoelina Rondro c/ Razaka Oliva *in base de données Xo9 op.cit.* Vis force majeure n°6 ), mais le plus souvent elle la rejette préférant s'adosser sur l'appréciation souveraine des juges du fond (C.Sup. de Madagascar 14 novembre 1967 décision n°44, Ringwald Armand c/Mace Gabriel *in base de données Xo9 op.cit.* Vis force majeure n°8 ; 14 aout 2001 décision n°131, SOMIA c/ FIFABE *in base de données Xo9 op.cit.* Vis force majeure n°9 ; 8 novembre 2011 décision n°197, Razafintsalama Njakarivelo c/ Bank Of Africa *in base de données Xo9 op.cit.* Vis force majeure n°11 ).

La *théorie de l'imprévision* est cantonnée dans une formule ramassée de l'article 128 LTGO : « *Le contrat conserve force obligatoire même si des circonstances exceptionnelles ont rompu l'équivalence des prestations* ». Bien qu'en droit français les esprits aient sérieusement évolué sur la question (ct. notamt. le rapport de E. Savaux, *introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision* rev. des contrats 2010. 1057) pour aboutir finalement à l'admission de la révision pour imprévision dans l'article 1195 (nouveau) du code civil, il faut retracer, pour une juste compréhension du droit malgache, la divergence célèbre entre la position de la Cour de Cassation (rejet de la révision pour imprévision au travers de l'arrêt « canal de craponne » cf. civ.6 mars 1876 *in les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd. n°163 p. 123) et celle du Conseil d'Etat (admission de la révision pour imprévision par l'arrêt « gaz de Bordeaux », cf. CE 30 mars 1916 *in les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12<sup>è</sup> éd. n°33).

En droit malgache, mise à part une décision sibylline de la cour de cassation où l'on peine à percevoir le sens de la décision et le sentiment des juges suprêmes sur la question (cf. C.sup. Madagascar, 18 mars 2011 décision n°36, Compagnie ny Havana c/Ets Mohamed *in annales droit [nouvelle série] n°5 SCAC-juridika 2016.231 obs. F. Esoavelomandroso*), le terrain judiciaire est encore vierge de tout conflit relatif à la théorie de l'imprévision. Si l'on s'en tenait au simple droit positif textuel, l'article 128 LTGO en rejette simplement l'idée et commande clairement la voie à suivre si d'aventure une révision pour imprévision était soumise clairement au juge malgache. Toutefois, la question n'est quand même pas aussi absolue et certaines nuances méritent d'être apportées. Le droit positif textuel malgache admet en effet des applications partielles-mais inspirées- de la théorie de l'imprévision. Ainsi, en matière de cession de droits d'auteur, le juge peut, avec la permission de la loi,

réviser le prix de cession (L.94.036 du 18 septembre 1995 *relative à la propriété littéraire et artistique*, JORM du 6 novembre 1995.3554, spéc. art. 64). Ou encore, en matière de baux commerciaux, le juge peut, toujours avec la permission de la loi, modifier ou même fixer le prix du loyer (ord. 60-050 du 22 juin 1960 *relative aux rapports entre bailleur et locataire en ce qui concerne le renouvellement et le prix des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel*, JORM 2 juillet 1960, spéc.art. 33). Au vu de ces éléments, en dépit des termes de l'article 128 LTGO et comme aucune décision n'est intervenue pour déterminer le caractère impératif ou supplétif de cet article, il serait opportun de décider que les termes de cet article doivent être supplétifs de la volonté des parties (en ce sens, F. Esoavelomandroso *note* précitée sous C.Sup. Madagascar 18 mars 2011). En effet, il est inconcevable que la loi refuserait aux parties de faire acte de (p)révision s'agissant de leurs affaires personnelles.

Les solutions du droit positif malgache en matière de *force majeure* sont dépourvues d'ambiguïtés : dès lors que la force majeure est reconnue, elle entraîne effacement de la dette. Dans une lecture rapide et en théorie pure, une application stricte de l'article 128 LTGO sur *l'imprévision* empêcherait toute reconsidération de l'obligation et ne peut donc entraîner son extinction. Mais dans une approche plus souple et moins rigide (cf. supra et la décision précitée de la Cour suprême du 18 mars 2011) l'extinction de la dette pour cause d'imprévision est parfaitement concevable. Il faudra néanmoins attendre une décision claire et nette de la Cour suprême de Madagascar en ce sens.

S'agissant de l'octroi d'un délai de grâce, aux termes de l'article 52 LTGO, « *Les juges peuvent accorder exceptionnellement au débiteur des délais qui ne pourront au total dépasser un an. En cas d'urgence, cette faculté appartient, en état de cause, au juge des référés* ». Le juge malgache a une (très) facile propension à accorder un délai de grâce au débiteur malheureux, mais en exigeant néanmoins que deux conditions soient réunies : d'une part, la bonne foi du débiteur (trib.com. d'Antananarivo, 27 juin 2008 n°158-C *in jugements commentés op.cit.* tome 1.105 note F.Esoavelomandroso ; ; C.Sup.Madagascar 21 juillet 2003 décision n°189, Razanajaona Andriamifidy c/Andrianavony Aristide *in* base de données Xo9 *op.cit.*Vis délai de grâce n°2), d'autre part que celui-ci ait proposé une « offre satisfaisante » au créancier (trib.com. Antananarivo, 28 septembre 2008 n°210-C, *in jugements commentés op.cit.* tome 1. 237 note Ramarolanto-Ratiaray ; 31 juillet 2008 n°173-C, *in jugements commentés op.cit.* tome 1. 489 ; C.sup.Madagascar 12 mars 2012 décision n°003, SAMICA SA c/Ets Raoul Amphoux *in* base de données Xo9 *op.cit.*Vis délai de grâce n°5 ).

## Chapitre 2 – Contrats de consommation

### Section 1 – Les instruments de protection

#### § 1<sup>er</sup> - Nature

A l'heure actuelle, les instruments juridiques pouvant servir de protection aux consommateurs sont d'ordre principalement législatifs, telles la LTGO, la loi 2015-014 du 19 juin 2015 sur la protection des consommateurs et, dans une certaine mesure la loi 2005-020 du 27 juillet 2005 sur la concurrence. De grandes entreprises sont en voie d'établir des codes de conduite en la matière mais ce n'est qu'au stade embryonnaire.

#### § 2 – Instruments de protection à vocation générale

Les dispositifs légaux de protection à vocation générale (clauses abusives, pratiques commerciales déloyales...) susceptibles de s'appliquer à tous les contrats de consommation sont principalement logés dans la LTGO et dans la récente loi 2015-014 du 19 juin 2015 sur la protection des consommateurs. Néanmoins, des contrats spécifiques portant notamment sur le crédit (cf. Loi 95.020 du 22 février 1996 *relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, JORM du 4 mars 1996 éd.spéc.292), sur le crédit bail (qualifié d'activité d'investissement financier par la loi 2004-052 du 28 janvier 2005 sur le *crédit bail*), sur les investissements financiers (L.96.020 du 4 septembre 1996 *portant règlementation des activités et organisation des institutions financières mutualistes*, JORM du 2 décembre 1996.3048 ; L.2005-016 du 28 septembre 2005 *relative à l'activité et au contrôle des instituts de microfinance* JORM 17 août 2006.3680) ou de constitution de suretés (L.2003.041 du 3 septembre 2004 sur les suretés) sont depuis longtemps effectifs dans l'espace juridique malgache.

#### § 3 - Instruments de protection

propres à certains contrats de consommation  
ou à certains modes de conclusion de ceux-ci

Dans la récente expérience malgache, cinq catégories de contrats sont principalement concernées par une protection particulière du contractant à l'égard duquel on doit s'assurer de l'effectivité du consentement ou qui est l'objet d'une mesure quelconque : Le *contrat bancaire* (le droit au compte institué par l'art.77 de la loi bancaire ; l'exigence d'une notification écrite en cas de rupture du crédit prévue par l'article 78 de la même loi), le *contrat de crédit bail* (exigence d'un écrit dûment enregistré comme condition de sa conclusion, art.66 loi bancaire et art. 10 L.2004-052 du 28 janvier 2005 sur le crédit bail), le *contrat de bail* (au sein duquel le concept de propriété commerciale est institué en faveur du preneur cf.art.3 de l'ordonnance

60.050 du 22 juin 1960 *relative aux rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement et le prix de baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel, artisanal ou professionnel*, JORM du 3 septembre 1960. 1109, les **contrats sur les suretés** pour lesquels l'écrit est exigé à peine de nullité (art. 10 L. sur les suretés s'agissant du cautionnement) ou d'inopposabilité de l'acte (en matière de sureté réelle) et le **contrat d'assurance**, contrat à bien des égards rompu au droit d'information en faveur du consommateur d'assurance (cf. les articles 6 à 9 du Code des assurances qui détaillent les conditions de forme et d'information en faveur du consommateur d'assurance).

#### § 4 – Le consommateur protégé

Le consommateur répond à une définition fonctionnelle dans l'art. 3 de la loi 2015-014 sur la protection du consommateur : « *au sens de la présente loi, on entend par « consommateur », toute personne physique ou morale qui utilise à des fins personnelles ou collectives des biens, produits et services* »

L'*inexpérience* de la personne est un élément central de la notion. Aux termes de 40 (g) de la loi 2015-014 : « *constituent des infractions, le fait par tout commerçant, industriel, prestataire de service ou artisan : (...) d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit* ».

Sur la question de savoir si *la personne qui agit dans un but professionnel est protégée en tant que consommateur*, ainsi que précédemment relevé, le droit malgache de la consommation est véritablement trop jeune pour pouvoir livrer des réponses « carrées » à ce genre de questions. L'absence totale de décisions judiciaires et une loi non éprouvée ni devant les prétoires ni au plan pratique permettent juste des spéculations éminemment personnelles et toutes subjectives pour Madagascar sur la base des solutions issues du droit français, système juridique de référence -et cela avec toutes les réserves d'usage.

Aussi, il nous semble que la personne qui agit dans un but professionnel ne mériterait pas la protection due au consommateur qui répond, en droit malgache, à la définition énoncée plus haut:« *toute personne physique ou morale qui utilise à des fins personnelles ou collectives des biens, produits et services* » (cf.art.3 L.2015-014 sur la protection du consommateur). Ce qui est mis en exergue dans cette définition n'est pas le statut de l'auteur de l'acte (professionnel ou pas) ni l'objectif de cet acte (dans un but professionnel ou non), mais sa finalité pratique et utilitaire (*l'utilisation à des fins personnelles ou collectives des biens, produits ou services*), étant entendu bien évidemment qu'elle n'agit pas dans le cadre d'une activité professionnelle propre .

Si la personne agit *à la fois dans un but professionnel et dans un but privé*, La protection serait dès lors distributive : Utilisés à des fins personnelles, les produits biens ou

services appellent la protection de la loi ; utilisés à des fins professionnelles, cette protection sera refusée.

Maintenant, si c'est *un tiers qui agit et qui consent une sûreté* (caution, hypothèque, gage) en garantie des engagements pris par un professionnel, peut-il prétendre à la qualité de consommateur ? Le service offert étant utilisé à des fins professionnelles, la protection sera refusée (l'on conçoit mal une personne « normale », « non professionnelle », se porter garant des engagements d'un tiers professionnel, sauf à se situer dans l'hypothèse suivante).

Dans un autre cas de figure, *un père* qui, sur sollicitation de la banque, s'engage comme codébiteur solidaire aux côtés de son fils pour le remboursement d'un crédit octroyé pour le financement des activités professionnelles de ce dernier, *peut-il avoir la qualité de consommateur* ? Dans la définition que donne la loi malgache, le père est un consommateur qui mérite la protection légale : Non seulement il est sollicité par un professionnel dont on connaît la force de persuasion (contre laquelle déjà le père est protégé), mais la caution qu'il confère l'est pour des fins personnelles (aider son fils) et non professionnelles (ce n'est pas dans le cadre ni pour les besoins de sa profession).

Sur un autre plan, peut-on qualifier de consommateur le mari qui consent une hypothèque sur son immeuble d'habitation en garantie d'un crédit contracté par la société dont son épouse est la fondatrice et dirigeante ? Faut-il distinguer selon le régime matrimonial des époux ?

Le simple recours au droit malgache des suretés, des régimes matrimoniaux et de la protection du consommateur, dans leur état actuel, ne permet pas de répondre de manière adéquate à cette question. Par contre, la conjugaison en droit français de ces trois disciplines permettrait, à titre comparatif, des réflexions et pourrait contribuer à apporter un embryon de réponse. D'une part, on part du postulat que le mari n'est pas associé ni dirigeant dans la société de son épouse. D'autre part, on ne sait pas quel est le statut véritable de l'immeuble (appartient-il en propre au mari- ce que le pronom possessif « son » semble indiquer ? ou est-il « dépendant » de la communauté selon les termes de l'article 1424 ancien ?). Quoiqu'il en soit, le mari qui consent une hypothèque sur « son » immeuble d'habitation en garantie d'un crédit contracté par la société de son épouse peut être qualifié de consommateur, l'acte n'étant pas fait dans le cadre professionnel.

Si le père ou le mari détenait des actions ou parts dans la société du fils ou de l'épouse, le mari ou le père est donc un associé de la société. Il ne peut pas, *a priori*, être qualifié de consommateur.



## § 5 – Contre qui le consommateur est-il protégé ?

A priori, le statut du cocontractant du consommateur n'entre en ligne de compte que pour asseoir, d'une certaine manière, par élimination et comparaison, la définition du consommateur. Cela étant, peu importe avec qui ce dernier contracte, dès lors que son cocontractant obéit à la définition de « professionnel ». A partir du moment où il utilise les produits, biens ou services acquis à des fins personnelles c'est à dire *sans l'esprit de spéculation et de lucre du droit commercial*, la protection légale lui sera appliquée. Dans notre entendement, un contrat entre non-professionnels (entre « consommateurs ») ne sera pas régi par le droit de la protection du consommateur mais par les notions de base du droit commun (la bonne foi, la fraude ou les diverses clauses contractuelles). En effet, l'esprit d'une loi sur la protection du consommateur est de protéger celui qui est économiquement faible face à la puissance économique de l'autre contractant, censé être par définition un professionnel. Aussi, deux personnes physiques ou morales (des associations ou des congrégations religieuses), de « puissance et de statut égaux » en conflit entre elles, seraient normalement happées par le droit commun des contrats et ne pourraient prétendre, à notre sens, réclamer à leur profit l'application d'une loi sur la protection des consommateurs.

Ainsi, par définition, la notion d'entreprise revêt elle-même une connotation professionnelle. Une profession libérale, une entreprise ou une entité qui poursuit des missions de service public auront toujours face à elles des consommateurs à qui elles prodiguent des conseils ou à qui elles livrent des produits ou services. Le commerçant (professionnel) qui revend un bien professionnel qui ne relève pas de son activité à un consommateur déclenchera en faveur de ce dernier la protection de la loi spéciale pour cette raison que le bien (professionnel), même s'il n'entraîne pas dans l'activité du commerçant, n'enlève rien au statut de ce dernier : c'est un commerçant qui veut se débarrasser d'un bien, peu importe le statut de ce bien. Enfin, le *consommateur qui contracte avec un autre consommateur* représenté par un professionnel peut toujours requérir la protection de la loi spéciale, la présence du professionnel étant, à son endroit, un gage de la qualité du produit et, partant, de la puissance économique de l'autre « consommateur » d'autant, à notre connaissance, que ce professionnel est assujéti normalement à une réglementation particulière dans le cadre de laquelle ses droits et obligations sont censés être encadrés.

## Section 2 – Les techniques de protection

### § 1er - La prohibition des clauses abusives et l'exigence de transparence

## A - La notion de clause abusive

La loi 2015-014 sur la protection des consommateurs donne une définition synthétique de la clause abusive, mais c'est tout ce qu'elle donne. Le « repère -clef », inspiré de l'expérience des droits avancés, est la notion de « *déséquilibre significatif* » au détriment du non -professionnel entre les droits et obligations des parties contractantes. Cela étant, sans texte d'application de la loi et sans aucune décision de justice qui viendrait donner les contours de cette clause, il n'est pas utile, pour l'heure, en droit malgache, d'aller plus loin.

Article 43 de la loi 2015-14 : « *Sont interdits les contrats, conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs pouvant contenir des clauses abusives, qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties contractantes* ».

## B - L'exigence de transparence des clauses contractuelles

Le droit positif malgache connaît la notion de transparence des entreprises (cf. L. 99 - 025 du 19 Aout 1999 *relative à la transparence des entreprises* J.O.R.M du 30/08/99, p. 2006 - 2010, éd.spéc. ;Déc 99-717 du 8 septembre 1999 *sur la publicité du crédit mobilier*, JORM du 29 novembre 1999.3346 mod. par décret n° 2001-346 du 25 avril 2001, JORM du 16 juillet 2001.1914), mais est peu disert en matière contractuelle spécialement en matière de contrats de consommation dont le caractère trop récent a été démontré. Sauf à faire référence à tous les contrats solennels pour lesquels l'écrit est exigé à peine de nullité de l'acte, c'est le droit des assurances qui, de longue date, peut servir à donner l'exemple en exigeant notamment des clauses de caractères différents pour attirer l'attention du consommateur (art.9 et ss. C.ass.). Ou encore le droit du cautionnement ou du crédit bail qui exigent la rédaction d'un écrit également à peine de nullité du contrat (cf.*supra*). Sinon, la récente loi 2015-014 sur la protection des consommateurs institue des mécanismes idéaux de transparence ou de clarté des clauses contractuelles, mais l'absence d'illustrations pratiques ou jurisprudentielles empêche d'en dresser des contours achevés (l'étiquetage art.6 à 11 ; la dénomination art.12 ; la publicité art.28 ; la conformité aux normes art.26 etc...).

## C - La sanction des clauses abusives

La loi 2015-014 sur la protection du consommateur, dans son article 90, ne prévoit pas de sanction civile du délit de clause abusive, mais exclusivement une sanction pénale. On peut néanmoins se référer au droit commun de la procédure pénale et civile (malgache) pour affirmer que la victime de la clause abusive pourrait demander devant le juge pénal une indemnisation du préjudice subi. Par contre, il

n'est pas du pouvoir du juge pénal de se prononcer sur l'annulation du contrat, si la victime le demande. Ce qui l'obligerait à porter l'affaire devant le juge civil. Le cas ne s'étant pas présenté pour l'instant devant le juge malgache, on réservera nos réflexions.

Art.90 L.2015-014- « *Le délit de clause abusive prévu par l'article 43 est puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende sans être inférieur à 5.000.000 d'ariary ou de l'une de ces deux peines seulement. Le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre* ».

## § 2 - La prohibition des pratiques commerciales déloyales

Si l'appréhension intellectuelle des pratiques commerciales déloyales paraît accessible, son approche concrète et matérielle s'avère, au regard du droit malgache, moins aisée. On intégrera dans la définition toutes les techniques commerciales utilisées par un commerçant véreux pour surprendre de manière sournoise et dissimulée, par le biais de stratagèmes commerciaux douteux, le consentement du consommateur.

Avant la loi 2015-014 du 19 juin 2015 sur la protection du consommateur, l'unique texte qui pouvait servir à appréhender ce genre de pratiques était la loi française du 01 août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de service. Sous l'empire de ce texte, rares étaient les cas portés devant les juridictions de Madagascar. On peut citer néanmoins une décision de la cour suprême du 22 mai 2000 (décision n°322, Ratsimbazafy Velonirina c/Razafindramamba Emma, *in base de données Xo9 op.cit. V°tromperies n°2*) ayant statué sur des « *tromperies sur la nature ou les qualités substantielles des marchandises* ». La loi 2015-014 sur la protection du consommateur pallie aux lacunes du droit positif actuel et, après la présentation des droits fondamentaux du consommateur dans l'article 4 ( droit à la sécurité, à l'information, au choix, à un environnement sain, d'être entendu...), égrène des pratiques commerciales qui, parce que pernicieuses, doivent être *règlementées* (art.cf. 28 à 38 : publicité, démarchage, vente à distance, vente à crédit, loteries publicitaires...) ou simplement déclarées *illicites et donc interdites* (cf.art.39 et 40 : (a) les ventes ou offres de vente et les achats comportant sous quelque forme que ce soit une prestation occulte ; (b) les prestations de services, les offres de prestations de services, les demandes de prestations de services, comportant sous quelque forme que ce soit, une rémunération occulte ; (c) les ventes ou offres de vente et les offres d'achat comportant la livraison de produits inférieurs en quantité ou en qualité à ceux facturés ou à facturer, retenus ou proposés, ainsi que les achats sciemment contractés dans ces conditions...).

L'initiative doit être louée. Dans un espace juridique ouvert à tous vents notamment grâce à l'internet, mais démunie d'arsenal textuel ou jurisprudentiel sur lequel le consommateur pourrait s'appuyer et trouver refuge, il est sain que des jalons soient fournis afin que chacun, entreprises comme consommateurs, avance d'une même foulée et ait les mêmes repères.

La difficulté en droit malgache réside dans ce que la loi ne prévoit pas de sanctions civiles pures. La question est donc de savoir si de strictes sanctions pénales (selon l'article 89, amende n'excédant pas cinq fois le montant incriminé et emprisonnement de un à six mois pour toute personne qui aura enfreint les dispositions des articles 39 et 40 de la loi sur la protection du consommateur) pourraient aider à un environnement consumériste et concurrentiel sain. Tout est affaire de perception de valeurs et de culture sociétale et il semble bien que, pour l'heure, la principale motivation du législateur est, eu égard à la perte des repères dans la société, d'inculquer la peur du gendarme à tous les stades, sans vouloir faire la part de choses entre les aspects purement civils d'une question, relativement souples et ductiles, et ceux strictement pénaux, parfois rigoureux et intraitables.

### § 3 - Les informations (préalables) et le formalisme (pré)contractuel

#### A - Informations (préalables) et devoir de conseil

Le droit commun des obligations à Madagascar (LTGO) ne prévoit pas une phase précontractuelle d'information à l'encontre du professionnel (*cf. supra chapitre 1 section 1 §1*). Par contre, une fois en phase d'exécution du contrat, les parties doivent se conduire de bonne foi ce qui inclut une obligation de renseignement et de conseil à la charge du professionnel (*cf. supra Chapitre 1*).

#### B - Le formalisme contractuel

On a vu plus haut que le droit malgache prévoit dans un certain nombre de contrats de consommation (assurance, crédit, bail, cautionnement) l'exigence de la forme écrite pour la protection de la partie faible.

Face à l'explosion du *numérique, du digital et d'internet*, on ne peut effectivement s'en tenir strictement à des conditions de forme et de preuve du contrat issues du XIX<sup>ème</sup> siècle pour régir celui du XXI<sup>ème</sup>. Le droit positif malgache s'est adapté à cette évolution et a procédé, en s'inspirant des législations internationales, aux amendements et corrections nécessaires dans une batterie de lois sur les transactions électroniques et la protection des données personnelles. C'est ainsi notamment que l'article 6 de la loi 2014-024 du 10 décembre 2014 sur *les transactions électroniques* (JORM du 11 mai 2015.2274), après avoir exposé les conditions pour qu'un message de données puisse être considéré comme étant sous rédigé la forme écrite, conclut

que ce message « *a la même force probante que l'écrit sur support papier* ». Dans le même esprit, la loi 2014-025 du 10 décembre 2014 sur la signature électronique (JORM du 11 mai 2015.2284) après avoir égrené les conditions dans lesquelles une signature électronique est jugée fiable (art.6.1) dispose, comme pour rassurer les esprits pusillanimes, qu'il est toujours possible «*a) d'établir de toute autre manière, aux fins de satisfaire l'exigence visée au paragraphe 1, la fiabilité de la signature électronique ; b) d'apporter des preuves de la non-fiabilité de la signature électronique; c) de décider de ne plus considérer une signature électronique, sous réserve d'en avertir au préalable son cocontractant, et ce, nonobstant que ladite signature ait été certifiée ou non*». Sur tout ceci, la loi 2014-038 du 9 janvier 2015 sur la protection de données personnelles, face à la précarité de la circulation des données personnelles sur internet, pose les règles pour s'en prémunir. Enfin, dans la foulée, il a été ajouté à la grande loi sur la théorie générale des obligations (LTGO) trois articles pour tenir compte de l'évolution de la forme du contrat et de l'écrit qui peut désormais être sous forme manuscrite comme sous forme électronique (art. 270.1), que les deux ont la même force probante (art.276.1) et que la signature des parties peut également être sous forme électronique (art.272.1).

### C- Sanctions

Le droit positif édicte de manière générale *la nullité* de l'acte qui aurait méconnu les formes légales prescrites.

Néanmoins, le juge a un pouvoir d'appréciation. On a vu plus haut que, précisément, le juge malgache fait de la bonne foi l'instrument privilégié de l'équilibre et de contrôle du lien contractuel.

### D - Appréciation critique de cette technique de protection

La question n'est pas, s'agissant de la pratique judiciaire malgache, dans le pouvoir d'appréciation des juges du fond dont c'est la fonction. Elle est au niveau de la position des juges du droit qui se réfugient trop souvent de manière trop complaisante derrière le « *pouvoir souverain des juges du fond* » pour refuser de se prononcer sur la qualification technique d'une question de droit et, partant, de statuer sur un chef de demande (cf. C.Sup. de Madagascar, 11 mai 2010 décision n°75 *in* arrêts commentés de la Cour de Cassation Tome 2 SCAC-Juridika 2015.49 note Ramarolanto-Ratiaray ; 1 mars 2011 décision n°23 *in* arrêts commentés *op.cit.* Tome 1 SCAC-Juridika 2014.99 note F.Esoavelomandroso) .

#### § 4 – Le droit de rétractation

Le délai de rétractation entendu comme un délai de réflexion accordé au consommateur pour lui permettre de renoncer au contrat est consacré dans la loi 2015-014 sur la protection du consommateur. Il est octroyé en faveur du consommateur victime des méthodes d'approche ou d'une force de vente trop agressives du professionnel. L'article 30 vise les *contrats de vente à distance ou de ventes directes* dans lesquelles le produit n'est pas conforme à ce qu'attendait le consommateur. Il est accordé à ce dernier un délai de rétractation de 15 jours à compter de la conclusion du contrat. La sanction du refus du vendeur de changer ou de rembourser un produit retourné dans le délai est une peine d'amende n'excédant pas cinq fois le montant incriminé (art.86). Les articles 34 à 36 encadrent strictement *le démarchage* à domicile ou sur les lieux de travail.

Les dispositions précédentes n'ayant pas encore généré de contentieux au niveau des tribunaux, il s'avère difficile de vouloir apporter une réponse à la question de savoir si ce bénéfice de rétractation pourrait être refusé au consommateur de mauvaise foi ou qui en abuserait.

Sinon, pour tout ce qui est des contrats spéciaux à l'image de ceux du code civil français (vente, dépôt, prêt...) dont le droit malgache ne s'est pas encore doté et dont le mécanisme comprend un délai de réflexion, il est une règle dégagée par la cour de cassation de Madagascar et qui énonce, pour pallier la trop grande vacuité juridique sur certains points, que «*les cours et tribunaux malagasy peuvent recourir aux dispositions du code civil français lorsque la loi malgache ne prévoit pas le cas soumis à leur examen ou que les textes du code civil soient plus explicites*» (C.Sup. de Madagascar 4 mai 2007 décision n° 37/03-CO in bull.arr.c.sup.2007.44). On précisera que ce n'est qu'une règle d'interprétation conférée au juge malgache- ce n'est pas le code civil lui-même qui s'applique- face au recours normal de la pratique malgache aux contrats spéciaux du code civil et que les règles générales de la LTGO ne peuvent par définition enserrer.

#### § 5 – Vente des biens de consommation

Sur la question de savoir si le droit positif malgache consacre des règles spécifiques en cas de vente à un consommateur, La réponse à cette question se trouve dans le §4 ci-dessus, dernier paragraphe.

En guise de *conclusion*, Le droit malgache ne recèle pas, du moins à notre connaissance, de catégories de personnes économiquement vulnérables, dans la définition qu'en donne le questionnaire, autres que ceux qui y sont énoncées.

