

## II Les sources

Le conflit doctrinal entre  
particularistes et universalistes

Le droit positif



# II LES SOURCES

- Section 1 Les sources internes
- Section 2 Les sources internationales
- Section 3 Les sources communautaires



# Section 1 Les sources internes

- 1.1 – Le rôle essentiel de la jurisprudence
- 1.2 – Le rôle complémentaire de la doctrine
- 1.3 – L'incidence grandissante de la loi
- 1.4 La questions de la codification



# 1.3 - L'INCIDENCE GRANDISSANTE DE LA LOI

- 1.3.1 - En matière de conflit de lois
- 1.3.2 - En matière de compétence internationale
- 1.3.3 - En matière de droit de la nationalité



## 1.3.1 - En matière de conflit de lois

- Quelques exemples :
- l'article 3 du Code civil

*Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.*

*Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.*

*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger*

Autres textes : art 311-14 à 311-18 civ, art 310 civ, art 47 civ, art 170 civ, art 370-3 à 370-5 civ



## 1.3.2 - En matière de compétence internationale

- Art 14 et 15 civ



## 1.3.3 - En matière de droit de la nationalité

- Art 17 à 33-2 civ



## 1.4 La question de la codification

Les exemples de codification en dip en matière de conflit de lois

Le cas devenu isolé de la France

Le dip comme un mode de codification spontané dans l'ordre communautaire



# 1.5 Le rôle des sources administratives



## Section 2 Les sources internationales

Effets de l'internalisation des sources :

- Multiplication des principes fondamentaux
- Espaces régionaux
- Concurrence entre instruments normatifs
- Compromis plutôt que ligne directrice



# Section 2 Les sources internationales

- 2.1 Les différents organes à l'origine des normes internationales de dip
- 2.2 Les différentes normes



## 2.1 Les différents organes à l'origine des normes de dip ou de DMU

- dans le cadre du **GATT** : la création de l'**OMC**
- la **CNUCED**
- la **CNUDCI**
- organismes du système des Nations Unies (voir Déclaration univ. DDH) ,
- la **Conférence de La Haye de droit international privé**
- la **CCI** ...



# ...suite

- **Unidroit**
- L'American Law Institute ,
- **l'Union européenne**
- **'ALENA-NAFTA** - Accord de Libre Echange Nord-Américain ,
- **l'APEC** - Coopération Economique Asie-Pacifique ,
- **l'ASEAN** - Association des Nations Sud-Est Asiatiques ,
- - **l'OEA** – Organisation des Etats Américains, ancienne Union panaméricaine
- **l'OHADA** – Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires ,
- le **MERCOSUR** - Marché Commun Sud Américain ...



## 2.2 Les différentes normes

- 2.2.1 Les traités
- 2.2.2 Les normes de la pratique
- 2.2.3 Les normes privées
- 2.2.4 La portée des normes de source internationale



## 2.2.1 Les traités

- 2.2.1.1 La variété des traités
- 2.2.1.2 La nature juridique des traités



## 2.2.1.1 La variété des traités

- 2.2.1.1.1 - Les conventions (essentiellement) relatives à l'unification des règles de conflit de lois
- 2.2.1.1.2 - Les conventions relatives à la compétence, à l'arbitrage et à la procédure
- 2.2.1.3 Les conventions de droit matériel
- 2.2.1.1.4 Les conventions mixtes



## 2.2.1.1.1 - Les conventions et l'unification des règles de conflit de lois

- Au titre des traités en vigueur en France, l'on mentionnera :
  - la **convention de Rome du 19 juin 1980** , sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur en France le 1er avril 1991,
  - parmi les conventions élaborées au sein de la Conférence de La Haye :
    - \* **la convention de La Haye du 15 juin 1955** sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, entrée en vigueur en France le 1er septembre 1964,
    - \* **la convention de La Haye du 5 octobre 1961** , sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, entrée en vigueur le 10 novembre 1972,
    - \* **la convention de La Haye du 5 octobre 1961** , sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, entrée en vigueur le 19 novembre 1967,



...

- \* **la convention de La Haye du 4 mai 1971** sur la loi applicable en matière d'accident de la circulation routière, entrée en vigueur le 3 juin 1975,  
\* **la convention de La Haye du 2 octobre 1973** , sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, entrée en vigueur le 1er octobre 1977,  
\* **la convention de La Haye du 2 octobre 1973** , sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, entrée en vigueur le 1er octobre 1977,  
et **la convention de La Haye du même jour** sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligation alimentaire, également en vigueur depuis le 1er octobre 1977,



• • •

- \* **la convention de La Haye du 14 mars 1978** , sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, entrée en vigueur en France le 1er septembre 1992,
- \* **la convention de La Haye du 14 mars 1978** , sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et de représentation, entrée en vigueur 1er mai 1992,
- \* **la convention de La Haye du 25 octobre 1980** sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur le 1er décembre 1983.



## 2.2.1.1.2 Les conventions relatives à la compétence, l'arbitrage, la procédure



## 2.2.1.1.2.1 Les conventions relatives à la compétence

- - la **convention de Bruxelles du 27 septembre 1968** , relative à la compétence en matière judiciaire et à l'effet des décisions civiles et commerciales
- la convention dite de "*Bruxelles II*" du 28 mars 1998 sur la compétence, et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale



## 2.2.1.1.2.2 Les conventions relatives à l'arbitrage

- - la **convention de New York du 10 juin 1958**, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, est la principale ; adoptée par la Conférence de Nations Unies
- - la **convention européenne sur l'arbitrage commercial international** du 21 avril 1961 est entrée en vigueur en France le 16 décembre 1966, mais n'a été ratifiée que par une vingtaine d'Etats,



## 2.2.1.1.2.3 Les conventions relatives à la procédure

- - la **convention de La Haye du 1er mars 1954** , relative à la procédure civile, entrée en vigueur en France le 22 juin 1959,
- la **convention de La Haye du 5 octobre 1961** , supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, entrée en vigueur en France le 24 janvier 1965,
- la **convention de La Haye du 15 novembre 1965** sur la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile et commerciale, entrée en vigueur le 1er septembre 1972,
- la **convention de La Haye du 18 mars 1970** , sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, entrée en vigueur le 6 octobre 1974,
- la **convention de La Haye du 25 octobre 1980** , tendant à faciliter l'accès international à la justice, entrée en vigueur le 1er mai 1988.



## 2.2.1.1.3 Les conventions de droit matériel

- - en matière de transport :
  - \* *transport ferroviaire* : citons les conventions de Berne du 14 octobre 1890 et du 9 mai 1980,
  - \* *transport aérien* : citons l'Union de Varsovie du 12 octobre 1929, la convention de Chicago du 12 juillet 1944, et la convention de Montréal du 28 mai 1999,
  - \* *transport maritime* : diverses convention existent, relatives à l'abordage, à l'assistance et au sauvetage, au connaissement, et à la responsabilité du transporteur,
  - \* *transport par route* : à titre principal, mentionnons la Convention de Genève du 19 mai 1956 ;



...

- - en matière de propriété industrielle : on citera l'Union de Paris du 2 mars 1883 révisée puis modifiée le 2 octobre 1979, l'Union de Berne (sur la protection des œuvres littéraires et artistiques) du 9 septembre 1886 révisée puis modifiée le 28 septembre 1979, et la convention de Genève (sur le droit d'auteur) du 6 septembre 1952 révisée par la convention de Paris du 24 juillet 1971,



...

- - en matière de crédit : les conventions de Genève du 7 juin 1930 et du 19 mars 1931, respectivement sur la lettre de change et le chèque,



...

- - en matière de vente internationale : la **convention de Vienne du 11 avril 1980** , entrée en vigueur en France le 1er janvier 1988, et qui devait remplacer les conventions La Haye 1er juillet 1964,
- - en matière de reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères , conv La Haye 1er juin 1956 entrée en vigueur en France le 30 juillet 1963



## 2.2.1.1.4 Les conventions mixtes



## 2.2.1.2 La nature juridique des traités

- **2.2.1.2.1 - La force du traité au regard de la loi**
- **2.2.1.2.2 - Le statut du traité au regard de la Constitution**
- **2.2.1.2.3 L'application des traités par le juge**
- **2.2.1.2.4 - L'interprétation des traités**



## 2.2.1.2.1 - La force du traité au regard de la loi

- 2.2.1.2.1.1. le principe
- 2.2.1.2.1.2. La compétence de contrôle
- 2.2.1.2.1.3 La compétence de contrôle sur la condition de réciprocité



## 2.2.1.2.1.1. le principe

- Selon l'article 55 de la Constitution de 1958 : "*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*".



## 2.2.1.2.1.2. La compétence de contrôle

La position du Conseil Constitutionnel

*Décision IVG 15 janvier 1975*

La position du juge judiciaire

l'arrêt *Cafés Jacques Vabre* rendu le 24 mai 1975  
(*arrêt de Chambre mixte, JDI 1975, p.801*)

La position du juge administratif

arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989 (*arrêt d'assemblée, Rev. Crit. DIP 1990, p.125 ; RTDE 1989, p.771*)



## 2.2.1.2.1.3 La compétence de contrôle sur la condition de réciprocité selon les organes

- La question du contrôle
- La question de l'initiative
  - Chambre criminelle de la Cour de cassation (*Crim. 29 juin 1972, JCP 1973.II.17457*) et le Conseil d'Etat (*C.E. 29 mai 1981, Rev. Crit. DIP 1982, p.65*)
  - 1<sup>ère</sup> civile de la Cour de Cassation (*Civ. 1re, 6 mars 1984, Rev. Crit. DIP 1985, p.108*)
  - . l'arrêt CEDH 13 fev 2003 sur le recours de l'exécutif par renvoi préjudiciel et CE Chevrol 11 fevrier 2004



## 2.2.1.2.2 - Le statut du traité au regard de la Constitution

- La position du Conseil constitutionnel :  
supériorité de la Constitution, la décision n°2004-505 du C. Constitutionnel du 19 novembre 2004 sur le traité portant constitution
- La position du CE  
arrêt *Koné* du 3 juillet 1996 (RGDIP 1997, p.237),  
arrêt *Sarran* 30 oct 1998 (JDI 1999, 675)
- . La position de la cour de cassation (AP  
Fraise 2 juin 2000 RTDciv 2000, 672)



## 2.2.1.2.3 L'application des traités par le juge

- Le principe de l'obligation (art 26 con vienne du 23 mai 1969) et contrôle de la cour de cass
- Les tempéraments
  - la convention prévoit que les destinataires peuvent exclure la convention
  - Les conventions sur les RCL relatives aux droits disponibles



## 2.2.1.2.4 - L'interprétation des traités

- Le problème en l'absence d'autorité supranationale
- La position du CE

arrêt GISTI du 29 juin 1990 (arrêt d'assemblée, Rev. Crit. DIP 1991, p.61)

- La querelle au sein de la Cour de cassation

Ch civile arrêt *Banque Africaine du développement c. BCCI* du 19 décembre 1995, (Rev. Crit. DIP 1996, p.468, RGDIP 1996, p.599).

Ch crim (*crim 22 janvier 1963 JDI 1963, 10044 ; 29 juin 1972 Bull n° 226*)



## 2.2.2 Les normes de la pratique

2.2.2.1 Les usages

2.2.2.2 Les principes transnationaux

2.2.2.3 La lex mercatoria



## 2.2.2.1 Les usages

- *" les comportements 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 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 ". Goldman*
- Usages particuliers/usages conventionnels
- Usages codifiés/non codifiés



## 2.2.2.2 Les principes transnationaux

- Droit commun des nations et droit commun partiel
- Jus gentium du droit romain appliqué aux pérégrins comme un droit universel
- Exemples

Pacta sunt servanda

Principe de bonne foi

Principe de compensation entre dettes connexes...



## 2.2.2.3 La lex mercatoria

- Le fondement du concept : la constatation de ce que les lois étatiques ne sont pas seules applicables et qu'il existe des usages internationaux et des principes transnationaux
- B. Goldman en a tiré l'existence d'une lex mercatoria
- La question du contenu : usages du CI ou usages et principes généraux du CI ou usages contrats-types et droit coutumier...



# Lex mercatoria (suite)

- La question de la juridicité car établi par un organe non habilité, car anationale, car sans sanction

La solution de la cour de cass : « en se référant aux principes généraux des obligations généralement applicables dans le CI, les arbitres n'ont fait que se conformer à leur obligation de définir le droit applicable au contrat (2ème civ 2 déc 1981 Fougerolle) ; l'arbitre statue en droit lorsqu'il se réfère à l'ensemble des règles du CI dégagées apr la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales (1ère civ 22 oct 1991 Valenciana)



# Lex mercatoria (suite)

La question de l'existence d'un ordre juridique transnational

- Arguments à l'encontre d'un ordre juridique : règles parcellaires, sanction,
- Arguments en faveur d'un ordre juridique : un ordre juridique peut être incomplet, l'ordre international n'a pas de sanction



## 2.2.3 Les normes privées

- Exemples : les règles CCI, les règles de l'American Law Institute
- Questions posées par les normes privées : le capitalisme juridique



## 2.2.4 La portée des normes de source internationale

- 2.2.4.1 Norme applicable ou norme de référence
- 2.2.4.2 Les conventions  
Champ d'application  
Rôle de la volonté des parties pour certaines conventions
- 2.2.4.3 Les lois modèles
- 2.2.4.4 La JP des arbitres
- 2.2.4.5 les codes CCI
- 2.2.4.6 Les principes Unidroit



# 3 Les sources communautaires

- 3.1 L'émergence d'un droit international privé communautaire
- 3.2 l'incidence des règles communautaires sur le dip



# 3.1 L'émergence d'un droit international privé communautaire

Spécificité : absence de droit matériel de base

3.1.1 Les textes de droit dérivé

3.1.2 Les conventions parallèles

3.1.3 L'essor du dip par l'espace judiciaire européen

3.1.4 l'essor parallèle des principes



## 3.1.1 Les textes de droit dérivé

- 3.1.1.1 Les RCL
- 3.1.1.2 Les dispositions impératives à valeur de loi de police
- 3.1.1.3 Les règles communautaires ayant indirectement fonction de RCL



## 3.1.1.1 Les RCL

- la **2ème directive 88/357/CEE** du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives concernant l'**assurance directe autre que l'assurance sur la vie**, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice de la libre prestation de service et modifiant la directive 73/239/CEE ;
  - la **2ème directive 90/619/CEE** du 8 novembre 1990 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'**assurance directe sur la vie**, fixant les dispositions visant à faciliter la libre prestation de services et modifiant la directive 79/287/CEE.
- la **directive 93/83/CE** du 3 octobre 2001, relative à la coordination de certaines règles du **droit d'auteur et des droits voisins applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble**
- **règlement 1346** en matière de faillite



## 3.1.1.2 Les dispositions impératives à valeur de LP

- - la **directive 94/47/CE** du 26 octobre 1994, sur la protection des acquéreurs pour certains aspects des **contrats portant acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier**, en son article 9 ;
- la **directive 93/13/CEE** du 5 avril 1993, concernant les **clauses abusives** dans les contrats conclus avec les consommateurs, en son article 6-2 ;
- la **directive 2002/65/CE** du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation des **services financiers auprès des consommateurs**, en son article 12 al.2 ;
- la **directive 97/7/CE** du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de **contrats à distance**, en son article 12 al.2 ;
- la **directive 99/44/CE** du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des **garanties des biens de consommation**, en son article 7 al.2
- la **directive 96/71/CE** du 16 décembre 1996, concernant le **détachement des travailleurs** effectué dans le cadre d'une prestation de services, en son article 3 al.1.



### 3.1.1.3 Les règles communautaires ayant fonction indirecte de RCL

L'effet indirect d'applicabilité résultant de  
l'application du principe de libre  
circulation



## 3.1.2 Les conventions parallèles

- Méthode inter-gouvernementale
- Exemples : conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Rome du 19 juin 1980



## 3.1.3 L'essor du dip par l'espace judiciaire européen

- La communautarisation du 3<sup>ème</sup> pilier et le nouveau titre IV
- Le principe de libre circulation des jugements et de coordination
- L'art 65 CE : **Les mesures qui doivent ainsi être prises visent** à améliorer le système de notification, d'obtention de preuve, et de reconnaissance et d'exécution des décisions, à favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de compétence et de conflit de lois, à éliminer les obstacles au bon fonctionnement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les Etats membres.



...

Les textes pris :

- le **règlement 44/2001** du 22 décembre 2000, sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui conduit en particulier à une procédure simplifiée exequatur ;
- le **règlement 1346/2000** du 26 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité ;
- le **règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003 remplaçant le règlement 1347/2000** du 29 mai 2000, relatif à la compétence, à la reconnaissance, à l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (JOUE L 338 du 23 décembre 2003)
- le **règlement 1348/2000** du 29 mai 2000, relatif à la signification et la notification des actes judiciaires et extra-judiciaire en matière civile et commerciale ;

...



...

- - le **règlement 1206/2001** du 28 mai 2001, sur l'**obtention des preuves en matière civile et commerciale** (JOUE L 174 27.6.2001) ; les textes relatifs à l'obtention de preuve et à la signification et à la notification suppriment les intermédiaires en créant des liens directs de juridiction à juridiction ;
  - la création d'un **réseau judiciaire européen** en matière civile et commerciale, par une **décision du Conseil du 28 mai 2001** ;

...



- Le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 créant le **titre exécutoire européen pour les créances incontestées en matière civile et commerciale** sans nécessité d'exequatur , applicable à compter du 21 octobre 2005.
- Le règlement 1896/2006 du 12 décembre 2006 qui entrera en vigueur le 12 décembre 2008 et instituant une procédure européenne d'injonction de payer pour les litiges transfrontières en matière civile et commerciale et pour les créances pécuniaires et incontestées (JOUE L 399 du 30 décembre 2006) avec impossibilité de contester l'exécution devant le juge du pays d'exécution



## 3.1.4 L'essor parallèle des principes

Les différents principes :

la Convention européenne des droits de l'homme

la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** ,

la **directive 2000/43/CE** du Conseil du 29 juin 2000 sur la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

Leur intégration dans l'exception d'OP du dip ou dans le contrôle de la solution finale



## 3.2 L'incidence des règles communautaires sur le dip

- 3.2.1 L'incidence du principe de non discrimination
- 3.2.2 L'incidence des méthodes relatives au principe de libre circulation sur les RCL indistinctement applicables
- 3.2.3 L'incidence du contrôle sur le résultat selon les principes communautaires
- 3.2.4 L'incidence du principe de LC des personnes et de la citoyenneté sur le droit de la nationalité
- 3.2.5 L'incidence d'un espace judiciaire européen sur le dip classique



## 3.2.1 L'incidence du principe de non discrimination

La question du rattachement par la nationalité



## 3.2.2 L'incidence des méthodes relatives au principe de LC sur les RCL

Application de la loi d'origine par l'utilisation du principe de reconnaissance ou utilisation de la RCL ?

Opposition ou complémentarité des méthodes



## 3.2.3 Le contrôle du résultat par les principes communautaires

Contrôle final de la solution conflictuelle sur la loi applicable ou le juge compétent

Contrôle de l'utilisation de l'exception d'OP, de LP et de FL

Intégration à l'exception d'OP national



### 3.2.4 L'incidence du principe de LC des personnes sur le droit de la nationalité

- CJE 25 octobre 2003 aff C-148/02 Carlos Garcia Avello.



## 3.2.5 L'incidence d'un EJE

- Les RCL et RCJ visent à créer un espace judiciaire unifié
- La compétence devient une compétence interne à l'Union
- Distinction entre dip intracommunautaire et dip extracommunautaire ?

