



**HAL**  
open science

# Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé

Yann Heyraud

## ► To cite this version:

Yann Heyraud. Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2017. Français. NNT : 2017PA01D009 . tel-01646107

**HAL Id: tel-01646107**

**<https://theses.hal.science/tel-01646107>**

Submitted on 23 Nov 2017

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

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

Thèse de doctorat en droit  
Soutenue le jeudi 9 mars 2017

**Le droit non-étatique dans les rapports  
internationaux privés**

**Contribution à l'étude des fonctions du droit international privé**

**Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne**

**Yann HEYRAUD**

Sous la direction de : **Monsieur Étienne PATAUT**  
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Membres du jury : **Monsieur Sylvain BOLLÉE**  
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Monsieur Dominique BUREAU**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

**Monsieur Bernard HAFTEL**  
Professeur à l'Université Paris 13

**Madame Valérie PIRONON**  
Professeur à l'Université de Nantes

## **Avertissement**

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.

## Remerciements

« Avant donc que d'écrire, apprenez à penser.  
Selon que notre idée est plus ou moins obscure,  
L'expression la suit, ou moins nette, ou plus pure.  
Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement,  
Et les mots pour le dire arrivent aisément.  
Hâtez-vous lentement, et, sans perdre courage,  
Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage :  
Polissez-le sans cesse et le repolissez ;  
Ajoutez quelquefois, et souvent effacez »  
(Nicolas BOILEAU, *L'Art poétique*, Chant I, 1674).

Ces quelques vers résument à mon sens le cheminement d'un travail de recherche. Souvent présenté ou perçu comme un exercice solitaire, celui-ci fut, au contraire, fait de rencontres, d'échanges et de dialogues, et le temps est venu des remerciements.

À Monsieur le professeur Étienne PATAUT, pour avoir accepté la direction de cette thèse, son accompagnement, sa disponibilité, les critiques et les encouragements prodigués durant ces quatre années.

À tous les professeurs, maîtres de conférences et doctorants, parisiens et Rennais, avec lesquels j'ai eu le plaisir d'échanger, que ce soit autour de mes recherches, ou des leurs. Trop nombreux pour être tous cités, je remercie en particulier Jean-Philippe et Yoann.

À mes parents pour leur soutien indéfectible et les nombreux conseils dispensés, à ma mère pour l'ensemble de ses relectures.

Les derniers remerciements, non des moindres, s'adressent à Julie qui partage mon quotidien, a relu certains passages de ce travail, et m'a soutenu durant toutes mes recherches.

## Résumé et mots-clés

La production de règles d'origine non étatique se développe dans les rapports internationaux privés. L'analyse de ces règles dans les activités commerciale et sportive construit progressivement une définition unifiée de la notion de droit non-étatique : ensemble des règles écrites et unilatéralement élaborées par des acteurs privés et/ou publics, ayant vocation à s'appliquer eu égard à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques. Cette proposition est mise à l'épreuve des diverses interactions entretenues par le droit non-étatique, visant à en expliquer le fonctionnement. L'arbitrage atteste sa réception, la fréquence de son application, voire sa promotion, jusqu'à l'exclusion de législations nationales impératives. L'ordre juridique français, par principe, refuse la réception de ce droit, hormis action exceptionnelle des juges, du législateur ou d'organes auxquels il est reconnu compétence. À un niveau supra-étatique, la Cour de justice contrôle directement les règles non-étatiques susceptibles d'entraver les libertés garanties par l'Union européenne, dont la libre circulation des travailleurs. La Cour européenne des droits de l'homme a la possibilité de contrôler indirectement les règles non-étatiques transposées par des États, en raison d'atteintes potentielles aux libertés individuelles, dans le cadre de la lutte contre le dopage par exemple. Le droit international privé, par ailleurs, contribue à rendre compte de l'application du droit non-étatique, en renforce l'efficacité, et participe, potentiellement et à titre prospectif, de la résolution de conflits de normes produits par des règles non-étatiques.

Mots-clés : droit non-étatique, régulation privée, transnational, droit international privé, conflit de normes, arbitrage international, *lex mercatoria*, *lex sportiva*.

## Title, summary and keywords

### **Non-state Norms in Private international relations. Contribution to the study of the functions of Private International Law.**

The production of non-state norms is growing in private international relations. The analysis of these norms in commercial and sporting activities is progressively building a unified definition of the notion of non-state norms: set of rules written and unilaterally drawn up by private and/or public actors, has intended to be applied with regard to the activity concerned, regardless of State borders. This proposal is put to the test of the various interactions maintained by non-state norms, in order to explain how these norms work. Arbitration attests to its receipt, the frequency of its application and even its promotion, up to the exclusion of imperative national rules. The French legal system, as a matter of principle, refuses to accept these non-state norms. Exceptionally, this principle is contradicted by the action of judges, legislators or bodies whose competence is recognized by the French legal system. At a supra-state level, the Court of Justice directly controls non-state norms which may hamper the freedoms guaranteed by the European Union, including the free movement of workers. The European Court of Human Rights has the possibility of indirectly controlling non-state norms transposed by States, due to potential breach of individual freedoms, for example in the fight against doping. Moreover, Private International Law helps to explain the application of non-state norms, enhances their efficiency, and potentially and prospectively participates in the resolution of conflicts of norms produced by non-state norms.

Keywords: Non-State Law, Private Regulation, Transnational, Private International Law, Conflicts of norms, Arbitration, New Law Merchant, *Lex sportiva*.

## Liste des principales abréviations

<i>Actu.</i>	Actualité	CAS	Court of arbitration for sport
<i>Adde</i>	Ajoutez		
<i>aff.</i>	Affaire	Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre(s)civile(s)
<i>AJ</i>	Actualité jurisprudentielle (Recueil Dalloz)	Cass. com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif	Cass. crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
<i>AJ. Fam.</i>	Actualité juridique droit de la famille	Cass. soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
<i>al.</i>	Alinéa	CC	Conseil constitutionnel
<i>Alii</i>	Autres	CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
<i>Am. J. Comp. Law</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>	CE	Conseil d'État
<i>Am. J. Int. Law</i>	<i>American Journal of International Law</i>	CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Am. Rev. Int. Arb.</i>	<i>American Review of International Arbitration</i>	CJCE	Cour de justice des communautés européennes
<i>Arch. phil. dr.</i>	Archivesde philosophie du droit	CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
<i>art.</i>	Article(s)	CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandise par route (Genève, 1956)
<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof		
<i>Bull. ASA</i>	Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage	coll.	Collection
<i>Bull. CCI</i>	Bulletin de la Chambre decommerce internationale	colloq.	Colloque
<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly</i>	Comp.	Comparez
<i>c.</i>	Contre	CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)
<i>C. civ.</i>	Code civil	<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>C. com.</i>	Code de commerce	<i>DMF</i>	Droit maritime français
<i>C. mon. fin.</i>	Code monétaire et financier	<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>C. pr. civ.</i>	Code de procédure civile	<i>Dr. soc.</i>	Revue de droit social
<i>C. sport</i>	Code du sport	<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>Cab. arb.</i>	Cahiers de l'arbitrage		
<i>Cab. dr. euro.</i>	Cahiers de droit européen		

FIFA	Fédération internationale de football association	RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais	RIDE	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>in</i>	Dans	RLDA	<i>Revue Lamy de droit des affaires</i>
<i>infra</i>	Ci-dessous	RLDC	<i>Revue Lamy de droit commercial</i>
<i>J.-Cl. Dr. inter.</i>	<i>Jurisclasseur Droit international</i>	RRJ	<i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i>
JCP E	<i>Jurisclasseur périodique (la semaine juridique), édition entreprise</i>	RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
JCP G	<i>Jurisclasseur périodique (la semaine juridique), édition générale</i>	RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
JCP N	<i>Jurisclasseur périodique (la semaine juridique), édition notariale</i>	RTD euro.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
JCP S	<i>Jurisclasseur périodique (la semaine juridique), édition sociale</i>	RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
JDE	<i>Journal du droit européen</i>	Rec. cours La Haye	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
JDI	<i>Journal du droit international</i>	Rep. dr. inter.	<i>Répertoire de droit international Dalloz</i>
JPIL	<i>Journal of Private International Law</i>	Rev. arb.	<i>Revue de l'arbitrage</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>	Rev. crit. DIP.	<i>Revue critique de droit international privé</i>
not.	Notamment	Rev. dr. int. légis. comp.	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i>
obs.	Observations	Rev. soc.	<i>Revue des sociétés</i>
OGH	Oberster Gerichtshof	Riv. dir. int. priv. e proc.	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>p. ; pp.</i>	<i>page, pages</i>	spéc.	Spécialement
PUF	Presses universitaires de France	sect.	Section
RabelsZ	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationale Privatrecht</i>	s.	Suivant
Rappr.	Rapprochez	<i>supra</i>	Ci-dessus
RDC	<i>Revue des contrats</i>	t.	Tome
RDP	<i>Revue de droit public</i>	TAS	Tribunal arbitral du sport
RDT	<i>Revue de droit du travail</i>	Trav. Com. fr. DIP	<i>Travaux du Comité Français de droit international privé</i>
RDUE	<i>Revue de droit de l'Union européenne</i>	vol.	Volume
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>		
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>		



# Sommaire

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>3</b>
<b>RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS</b> .....	<b>4</b>
<b>TITLE, SUMMARY AND KEYWORDS</b> .....	<b>5</b>
<b>LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b> .....	<b>6</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>8</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>9</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE – L’IDENTIFICATION DU DROIT NON-ÉTATIQUE</b> .....	<b>26</b>
TITRE 1 – LA GENÈSE DU DROIT NON-ÉTATIQUE.....	29
<i>Chapitre 1 – Étude et clarification des facteurs explicatifs de la genèse du droit non-étatique</i> .....	30
<i>Chapitre 2 – Processus de création du droit non-étatique</i> .....	56
TITRE 2 – LES CARACTÉRISTIQUES DU DROIT NON-ÉTATIQUE : ESSAI DE SYSTÉMATISATION .....	86
<i>Chapitre 1 – Les caractéristiques du droit non-étatique</i> .....	87
<i>Chapitre 2 – Mise à l’épreuve de la notion de droit non-étatique : l’impossibilité de retenir une autre qualification</i> .....	103
<b>DEUXIÈME PARTIE – L’APPLICATION DU DROIT NON-ÉTATIQUE</b> .....	<b>124</b>
TITRE 3 – LA RÉCEPTION DU DROIT NON-ÉTATIQUE.....	125
<i>Chapitre 1 – L’ouverture de l’arbitrage international au droit non-étatique</i> .....	127
<i>Chapitre 2 – Le rejet de principe du droit non-étatique par l’ordre juridique français</i> .....	177
TITRE 4 – L’APPLICATION DU DROIT NON-ÉTATIQUE : LA RECHERCHE D’UN FONDEMENT OPÉRATIONNEL .....	214
<i>Chapitre 1 – L’application du droit non-étatique : évaluation et exclusion de la théorie de l’institution</i> .....	216
<i>Chapitre 2 – L’application du droit non-étatique : le recours à la contractualisation</i> .....	240
<b>TROISIÈME PARTIE – ÉTUDE DES CONFLITS DE NORMES PRODUITS PAR LE DROIT NON-ÉTATIQUE</b> .....	<b>301</b>
TITRE 5 – LE CONFLIT DE NORMES DU POINT DE VUE DE L’ORDRE JURIDIQUE ÉTATIQUE .....	305
<i>Chapitre 1 – Résolution du conflit de normes par un ordre juridique étatique</i> .....	306
<i>Chapitre 2 – Gestion du conflit de normes par les parties</i> .....	345
TITRE 6 – LE CONFLIT DE NORMES DU POINT DE VUE DES ORDRES JURIDIQUES SUPRA-ÉTATIQUES .....	376
<i>Chapitre 1 – L’ordre juridique de l’Union européenne : un contrôle direct du droit non-étatique</i> .....	378
<i>Chapitre 2 – La Convention européenne des droits de l’Homme : un contrôle indirect du droit non-étatique</i> .....	399
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>422</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>431</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE</b> .....	<b>488</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	<b>492</b>

## Introduction

« Je tiens impossible de connaître les parties sans connaître le tout, non plus que de connaître le tout sans connaître particulièrement les parties » (PASCAL, *Pensées*, LXXII, n° 72)

1. Dans un contexte de « fragmentation du droit applicable aux relations internationales »<sup>1</sup>, où « l'État n'apparaît plus que comme un producteur de droit parmi d'autres »<sup>2</sup>, les rapports internationaux privés, établis entre deux personnes privées par-delà les frontières d'un État, sont potentiellement régis par des règles matérielles, ou substantielles, de sources plurielles<sup>3</sup>.

2. Selon la nature de ces sources, et à fin de mise en contexte de l'objet de cette étude, distinguons trois types de règles, sans prétention à une exhaustivité non requise.

Le premier est relatif aux règles créées par des acteurs publics, au sein desquelles les conventions internationales, qu'elles portent « loi uniforme » ou soient dites « unifiantes »<sup>4</sup>, les règlements de l'Union européenne, et la loi, entendue *lato sensu* comme l'ensemble des règles édictées par un ordre juridique étatique : lois, règlements, jurisprudence, etc.

Le deuxième type de règles régissant les relations internationales privées vise les règles de sources informelles, dont les usages, les pratiques et les principes généraux sont

---

<sup>1</sup> J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET, J.-M. THOUVENIN (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Cahiers internationaux, 2011.

<sup>2</sup> J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et Société, 1998, p. 21 et s., spéc. p. 32.

<sup>3</sup> Rappr. T. AZZI, « Les mutations de la norme en droit international privé », in N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, Economica, Études juridiques, 2011, p. 141 et s.

<sup>4</sup> Les conventions internationales dites « unifiantes » visent uniquement l'unification des règles destinées aux relations internationales ayant un lien particulier avec les États-signataires, il s'agit, par exemple, de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (Ph. MALAURIE, « Loi uniforme et conflits de lois », *Trav. Com. fr. DIP (1964-1966)*, Dalloz, 1967, p. 83 et s., spéc. p. 84-85 ; V. ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2010, n° 8, p. 4). Les conventions portant « loi uniforme » unifient les règles applicables aux relations internes et internationales, les règles adoptées sont « destinées à être introduites dans le droit de chaque État contractant, pour se substituer aux dispositions nationales qui y étaient antérieurement en vigueur » (P. LAGARDE, « Le champ d'application dans l'espace des règles de droit privé matériel », *Études de droit contemporain (nouvelles séries). VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé. Contributions françaises*, Éditions de l'Épargne, 1970, p. 149 et s., spéc. p. 149), il s'agit, par exemple, de la Convention de Genève du 7 juin 1930 sur la lettre de change et le billet à ordre.

encore nommés, dans certains domaines d'activités, *lex mercatoria* ou *lex sportiva*<sup>5</sup>. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, les premières études ayant pour objet le droit créé hors de l'État<sup>6</sup>, plus généralement hors des acteurs publics, sont centrées sur ces « sources informelles »<sup>7</sup> et ce « droit spontané »<sup>8</sup>. L'investigation convoque ces notions mais s'en détache : les règles d'origines non-étatiques écrites coexistent avec ce droit spontané, les sources informelles n'ayant, *stricto sensu*, pas de forme.

Le troisième et dernier type regroupe alors des règles formelles, créées par les acteurs de la société civile internationale, qu'il s'agisse d'organisations non-gouvernementales, d'associations de professionnels, de fédérations sportives, ou encore de sociétés multi- ou transnationales. Potentiellement considérées comme issues d'une évolution des règles de sources informelles, lesquelles continuent par ailleurs d'exister<sup>9</sup>, ces règles formelles sont écrites, accessibles, ponctuellement codifiées. Objet de la recherche, elles sont nommées, dans le cadre de cette étude, *règles non-étatiques*.

3. Dans les années 1995 à 2000, les règles non-étatiques font l'objet d'une attention doctrinale soutenue. Articles, thèses, monographies et ouvrages collectifs étudient diverses manifestations de ce droit non-étatique, dont, au titre d'un bref état des lieux, les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international<sup>10</sup>, les Principes

---

<sup>5</sup> Sur la *lex mercatoria*, la *lex sportiva* et les rapports entretenus avec le droit non-étatique : *infra* n<sup>os</sup> 175 et s.

<sup>6</sup> M. ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies : les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places*, M. Giard, 1928 ; G. SCHWOB, *Le contrat de la London Corn Trade Association : étude de droit comparé et de droit français*, Rousseau, 1928.

<sup>7</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, n<sup>os</sup> 14 et s., p. 15 et s., spéc. n<sup>o</sup> 15, p. 18 : les sources informelles désignent « les sources du droit n'émanant pas des organes de l'État, et visant des règles spontanément suivies par les praticiens d'une part, les principes généraux d'autre part ».

<sup>8</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *Economica*, Recherches juridiques, 2002, n<sup>o</sup> 430, p. 441 : le droit spontané désigne « le droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe, le plus souvent particulier, pour répondre à leurs besoins ». Rapp., *ibid.*, n<sup>o</sup> 8, p. 19-20 : « le “droit spontané” est l'alliance de ces deux aspects, l'apparition “spontanée”, certes, mais d'un véritable “droit” et non de simples modèles dépourvus de force obligatoire ou, pire, de manifestations tacites de volontés individuelles ».

<sup>9</sup> Pour traduire cette évolution, M. Ralf MICHAELS évoque l'avènement d'une « nouvelle, nouvelle *lex mercatoria* », notamment caractérisée par les Principes Unidroit (« The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, n<sup>o</sup> 14/2, p. 447 et s., spéc. p. 456 et s., traduction libre), c'est-à-dire une *lex mercatoria* de « troisième génération », succédant à la « *lex mercatoria* médiévale » et la « nouvelle *lex mercatoria* » (*ibid.*, spéc. p. 453 et s., traduction libre). Rapp. P. DEUMIER, « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques FOYER. Le monde du droit*, *Economica*, 2007, p. 305 et s. ; D. DE RUYSSCHER, « La *lex mercatoria* contextualisée : tracer son parcours intellectuel », *Rev. hist. droit*, 2012/4, p. 499 et s.

<sup>10</sup> Parmi de nombreuses références : C. KESSEDIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'UNIDROIT », *Rev. crit. DIP* 1995. 641 ; J.-P. BERAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP G* 1995. I. 3842 ; M. J. BONELL, « Les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international : vers une nouvelle *lex mercatoria* ? », *RD aff. int.*, 1997/2, p. 145 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du

Unidroit de procédure civile transnationale<sup>11</sup>, les Incoterms<sup>12</sup>, les codes de conduite<sup>13</sup>, les règles des fédérations sportives<sup>14</sup>, ou encore les règles de normalisation<sup>15</sup>. Des études adoptant un regard plus global sont par ailleurs réalisées, certaines transversales, et d'autres sectorisées : commerce international et autres domaines d'activités<sup>16</sup>.

4. Il semble que la doctrine ait « adapté son agenda »<sup>17</sup> au développement du droit non-étatique, pourquoi, alors, en proposer encore une étude ? L'approche privilégiée,

---

commerce international », *RIDC*, 1998/1, p. 63 et s. ; P. DEUMIER, « Les Principes Unidroit ont 10 ans : bilan en demi-teinte », *RDC*, 2004/3, p. 774 et s.

<sup>11</sup> Fr. FERRAND, « Les principes ALI-unidroit de procédure civile transnationale : vers une harmonisation mondiale de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n° 148, p. 9 et s. ; Ph. FOUCHARD (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2001.

<sup>12</sup> E. JOLIVET, *Les Incoterms : étude d'une norme du commerce international*, Lexisnexis, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2003 ; « Les Incoterms dans les sentences arbitrales de la Chambre de commerce internationale », *Bulletin CCI*, vol. 21, n° 1, 2010, p. 55 et s.

<sup>13</sup> Sans rechercher une stricte séparation, il est permis de distinguer les références inscrites dans un contexte international (J. DILLER, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ? », *Revue internationale du Travail*, 1999, vol. 138, n° 2, p. 107 et s. ; A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et Codes de conduites : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2002 ; B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source de droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/02) des autres références, inscrites dans un contexte national (P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.* 2009. 77 ; Ch. JUBAULT, « Les codes de conduite privés », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant (t. XIII), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 27 et s. ; G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 47 et s. ; « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et Société, 1998, p. 151 et s. ; G. KOUBI, « La notion de "charte" : fragilisation de la règle de droit », *ibid.*, p. 165 et s. ; F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995. 509.

<sup>14</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007 ; J.-P. KARAQUILLO, « Droit international du sport », *Rec. cours La Haye*, vol. 309, 2004, pp. 9-124 ; Ch. DUDOGNON, *Les sources du droit du sport*, Thèse, Université de Limoges, 2007 ; G. SIMON, « Les sources du droit du sport », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2007, n° 312, p. 13 et s.

<sup>15</sup> D. BOURCIER et V. TAUZIAC, *Du standard technique à la norme juridique*, Mission de recherche Droit et justice, 1995 ; A. PENNEAU, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1989 ; « Règles de l'art et normes techniques », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1329 et s. ; B. FRYDMAN, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2013/04.

<sup>16</sup> Parmi de nombreuses références : É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242 ; *RRJ (cahiers de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2191 et s. ; G. TEUBNER (dir.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1996 ; R. HALL and Th. BIERSTEKER (dir.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, 2002 ; A. CUTLER, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003 ; G.-P. CALLIESS and P. ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, 2010 ; T. BÜTHE and W. MATTLI, *The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton University Press, 2011.

<sup>17</sup> J.-Y. CHÉROT, « Avant-propos », *RRJ (cahiers de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2191 et s., spéc. p. 2191, *in fine*.

nouvelle, complémentaire, suppose qu'en soient précisés les buts. Le premier vise à démontrer l'unicité de la notion de droit non-étatique, et celle de son régime juridique, au-delà de la pluralité apparente des règles non-étatiques et de la diversité des domaines dans lesquels elles évoluent : le droit non-étatique, objet de la recherche, est appréhendé dans sa globalité (Section 1). Le second but assigné est une contribution à l'étude des fonctions du droit international privé, lequel éclaire nombre des difficultés rencontrées, dont la réception et l'application du droit non-étatique, et participe potentiellement de la résolution des conflits de normes produits par ce droit non-étatique (Section 2). L'atteinte de ces deux buts explique la structure ternaire retenue dans cette investigation : identification du droit non-étatique, application des règles non-étatiques, production de conflits de normes (Section 3).

## Section 1 – Proposer une approche globale du droit non-étatique

---

5. Cette approche distingue et conjugue deux dimensions : l'examen de *manifestations* du droit non-étatique (§1), l'analyse d'*interactions* développées par le droit non-étatique (§2).

### §1 – Examen de manifestations du droit non-étatique

6. Établir un rapprochement entre des manifestations telles les Principes Unidroit, les Incoterms, les codes de conduite des sociétés, ou encore les règlements des fédérations sportives internationales, est susceptible, en première lecture, de surprendre. La doctrine exprime en effet des « ontologies »<sup>18</sup> très différentes, affirme que : « les normes privées » constituent « une grande diversité de phénomènes [...] à tel point que l'on peut se demander si un concept unique est saisissable »<sup>19</sup>, et considère qu'une « définition unique » est, « en l'état actuel de la réflexion », « impossible à établir »<sup>20</sup>. Chacune des règles évoquées est évaluée spécifique, au regard de la différence de statuts entre acteurs les produisant (acteurs privés, non-étatiques, voire hybrides), de la diversité des processus de création, de la variété des objets et domaines d'application (vente internationale, commerce de céréales, football, dopage, etc.), et encore d'un contenu matériel, ou substantiel, lequel est déclaré... spécifique.

---

<sup>18</sup> T. FISHER, « A Nuanced Approach to the Privatization Debate », *Law and Ethics of Human Rights*, 2011, vol. 5/1, p. 72 et s. : en raison du rôle accordé à des mécanismes coopératifs et le type d'institutions de gouvernance, deux modèles de normativité non-étatique sont distingués, lesquels répondent à des « ontologies » très différentes (traduction libre).

<sup>19</sup> A. RAYNOUARD, « Normes privées dans l'environnement juridique international (état des lieux) », *RRJ (cahiers de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011/5, n° 25, p. 2195 et s., spéc. p. 2196.

<sup>20</sup> M. SARROUF, *Les normes privées relatives à la qualité des produits. Étude d'un phénomène juridique transnational*, Thèse, Université Paris II, 2012, p. 59.

7. L'approche proposée vise à s'abstraire de ces spécificités supposées et autorise à concevoir la production de ces règles par un même type d'acteurs, ici nommés « acteurs non-étatiques ». Elle autorise encore la représentation d'un même but, assigné à ces règles : régir une activité, le plus fréquemment dans un cadre transnational, sans considération des frontières étatiques. La recherche d'une unité, d'une communauté de caractéristiques, de ce qui, potentiellement, fait système, conduit à la dilution de ces spécificités, réelles ou supposées.

8. Au plan épistémologique, l'approche globale éloigne le risque du réductionnisme, lequel circonscrit l'analyse aux propriétés de chaque élément, partie ou composante d'un ensemble, dont on ignore s'il fait système. Prendre ce risque conduit potentiellement à centrer le propos sur *une* manifestation du droit non-étatique, puis à déplacer successivement la focale : le processus est alors de différenciation, de réduction, tendant à ignorer les conjonctions recherchées dans l'analyse des diverses manifestations du droit non-étatique<sup>21</sup>.

9. Le nombre et la nature plurielle des manifestations du droit non-étatique résistent cependant à toute prétention à l'exhaustivité : qualifier l'approche de globale ne signifie pas qu'elle soit totale. Une sélection de règles non-étatiques est opérée, ce choix ne modifiant pas l'orientation qualitative de la démonstration, dont la visée est de formaliser les lignes directrices du fonctionnement du droit non-étatique. Sont précisés les champs d'investigations retenus, et leur sélection argumentée (A), puis significées les règles non-étatiques expressément exclues (B).

## **A – Des situations-types relevant du commerce et du sport**

10. L'exploration du domaine de l'action commerciale va de soi dans le cadre de cette étude : il compte de nombreuses manifestations du droit non-étatique, les Principes Unidroit, les Incoterms et les règlements des associations de professionnels en fournissant des exemples topiques. Le commerce peut être qualifié de « droit commun du droit non-étatique », ces manifestations étant connues des juristes, et généralement reconnues. Des

---

<sup>21</sup> Sur les mérites et les limites du réductionnisme : E. MORIN, *La méthode*, t. I, *La Nature de la Nature*, Points, Essais, 1981, p. 124 : « Il ne s'agit pas de sous-estimer les éclatants succès remportés par la visée "réductionniste" : la recherche de l'élément premier a fait découvrir la molécule, puis l'atome, puis le particulier ; la recherche d'unités manipulables et d'effets vérifiables a permis de manipuler, en fait, tous systèmes, par manipulation de ses éléments. *La contrepartie est que l'ombre s'est étendue sur l'organisation*, que l'obscurité a recouvert les complexités », « aussi l'explication réductionniste d'un tout complexe dans les propriétés des éléments simples [...] désarticule, désorganise, décompose et simplifie ce qui fait la réalité même du système : l'articulation, l'organisation, l'unité complexe » (souligné par l'auteur).

situations puisées dans le champ de l'action commerciale initieront fréquemment l'investigation.

11. Le monde du sport et les activités qui lui sont liées produisent aussi quantité de règles non-étatiques, dont les règlements des fédérations sportives et le Code mondial antidopage sont des manifestations exemplaires. Un double intérêt préside à la convocation de ce champ d'action : les études existantes relatives aux règles non-étatiques ne sont pas inscrites dans une problématique de droit international privé<sup>22</sup>, l'organisation hiérarchisée de l'action sportive, sous l'autorité de fédérations en situation de monopole, génère de surcroît un questionnement de l'autonomie et de la liberté contractuelle connues du commerce international. Le sport délaisse cette liberté contractuelle de principe, ainsi que la mise à disposition de règles non-étatiques *proposées* aux opérateurs du commerce international. Dans le monde sportif, les règles non-étatiques sont en dominante *imposées*, leur impact est particulièrement large, des contrats de travail des sportifs professionnels, à la profession d'agent de joueurs, jusqu'aux droits fondamentaux et libertés individuelles de certains athlètes.

## **B – Exclusion de deux types de manifestations du droit non-étatique : les accords-cadres internationaux et les règles religieuses**

12. Sont premièrement exclus du champ de la recherche les accords-cadres inter- ou transnationaux, conclus entre une société multinationale et une fédération syndicale internationale. Cette mise à l'écart est justifiée par « le statut juridique [...] très discuté »<sup>23</sup> de ces accords, lesquels semblent bénéficier d'une « nature de *contrat international* en l'absence de statut pour l'accord collectif des groupes de dimension communautaire ou de groupe international »<sup>24</sup>.

Dans cette acception, les accords-cadres inter- ou transnationaux ne relèvent pas de l'objet de l'étude : le droit non-étatique ne ressortit pas à la problématique du contrat, dans les termes de M. Pierre MAYER, les règles non-étatiques sont hypothétiques, générales et impersonnelles<sup>25</sup>. Les Principes Unidroit, Incoterms, règlements des fédérations sportives et autre Code mondial antidopage ne sont effectivement pas des contrats, ou accords, conclus entre deux personnes identifiées : ce sont des règles

---

<sup>22</sup> Comp. É. LOQUIN, « Sport et droit international privé », *Lamy Droit sportif économique*, 2003, nos 186-1 à 186-160.

<sup>23</sup> M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations*, Dalloz, À droit ouvert, 2006, p. 345.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 341 (nous soulignons).

<sup>25</sup> Sur l'emploi de l'expression *règles non-étatiques* : *infra* n° 26.

*unilatéralement* adoptées s'adressant à un nombre indéfini de destinataires<sup>26</sup>. Précisons, dans l'anticipation d'une confusion potentielle, que les codes de conduite des sociétés sont une manifestation du droit non-étatique<sup>27</sup>, se distinguant de ces accords-cadres transnationaux exclus de l'investigation.

13. Les règles religieuses sont, en première analyse, des règles unilatéralement créées par des acteurs non-étatiques, dont la vocation est, si ce n'est mondiale, *a minima* transnationale, à titre d'exemple, M. François-Xavier LICARI observe : « le droit talmudique est transnational par nature »<sup>28</sup>.

Un premier motif d'exclusion réside dans l'imprécision, relative, de ces règles, il est en effet fréquemment souligné qu'elles relèvent d'un « *donné révélé qui a besoin d'être interprété* »<sup>29</sup>. Pour illustration, M. Dominique SOURDEL indique que : « seuls quelques versets coraniques fournissent des indications plus ou moins précises sur les diverses obligations incombant au croyant, obligations rituelles ou sociales [...] *Les versets à caractère juridique doivent souvent être complétés par les informations contenues dans les hadiths* »<sup>30</sup>. Sur cette dimension, les règles religieuses ne sont donc pas assimilables aux règles non-étatiques dont la définition donnée dans cette étude vise à n'avoir ni besoin ni devoir de recours à l'interprétation.

Par ailleurs, deuxième motif de l'exclusion, il est relevé que : « le niveau, l'intensité et l'étendue du pouvoir normatif de la *shari'a* varient considérablement sur les deux plans historique et géographique »<sup>31</sup>. S'agissant de questions qui touchent à la prohibition de l'intérêt (le *ribaa*), M. Selim JAHÉL évalue : « les décisions rendues par les juridictions arabo-musulmanes assez contrastées et différentes d'un pays à l'autre »<sup>32</sup>. Bien qu'à vocation transnationale, les règles religieuses ne rayonnent pas à l'identique. Elles se

---

<sup>26</sup> Comp. M.-A. MOREAU, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. soc.* 2009. 93, spéc. p. 93 : « Les accords-cadres sont en outre le signe du déploiement de nouvelles formes de régulation, qui se caractérisent par un affaiblissement du rôle de l'État et la montée en puissance d'acteurs diversifiés dont la multiplication est frappante au sein des mécanismes de responsabilité sociale. *Ces accords peuvent être justifiés par la théorie du droit réflexif, qui explique la capacité des acteurs à réagir par le biais de leur autonomie normative face aux politiques étatiques ou au contexte spécifique des relations de travail, et ce, par l'élaboration de procédures nouvelles* » (nous soulignons).

<sup>27</sup> Sur la définition des codes de conduite : *infra* n° 112.

<sup>28</sup> F.-X. LICARI, *Le droit talmudique*, Dalloz, Connaissance du droit, 1<sup>re</sup> éd., 2015, p. 141. L'auteur indique, par ailleurs, « La *halakha* est elle aussi transnationale. Elle constitue le statut personnel : elle s'applique au peuple juif où que se trouvent ses membres, sur la terre d'Israël ou dans la diaspora » (p. 50).

<sup>29</sup> D. SOURDEL, « Islam », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 851 et s., spéc. p. 851. Rapp. F.-X. LICARI, *op. cit.*, p. 53 : « le droit talmudique apparaît comme le droit révélé par excellence ; selon le récit biblique, Dieu s'est adressé à Moïse et le peuple tout entier a assisté à cet événement sans précédent et sans équivalent ».

<sup>30</sup> D. SOURDEL, *ibid.*, p. 851 (nous soulignons).

<sup>31</sup> A. SALVATORE, « La *Shari'a* moderne en quête de droit : raison transcendante, métanorme publique et système juridique », *Droit et société*, 1998, n° 39, p. 293 et s., spéc. p. 294.

<sup>32</sup> S. JAHÉL, « *Chari'a* et contrats internationaux », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 289 et s., spéc. nos 390 et s., p. 317 et s.



heurtenant potentiellement à la fermeture de certains ordres juridiques étatiques, produisant ainsi des conflits de culture ou de civilisation, lesquels sont particulièrement étudiés en droit international privé<sup>33</sup>. Observons que les règles non-étatiques du commerce ou du sport n'en génèrent pas.

Le troisième motif d'exclusion des règles religieuses est situé, relatif à la faiblesse de leur impact dans les phénomènes ici observés : les règles de la Charia venant d'être évoquées ne se rencontrent qu'exceptionnellement dans les champs d'investigation retenus pour cette étude, en dominante les domaines d'activités commerciales et sportives<sup>34</sup>. Les règles religieuses sont conséquemment rarement convoquées dans les contentieux internationaux relatifs<sup>35</sup>, elles s'expriment plus fréquemment en droit de la famille, non objet de la présente investigation<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Sur la question : M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005 ; K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2009 ; L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *Rec. cours La Haye*, vol. 357, 2011, pp. 223-490.

<sup>34</sup> Certaines règles de l'*Al Mu'amalat*, seconde partie de la Charia traitant des relations entre les hommes, sont potentiellement applicables aux relations commerciales, dont, en particulier, celles relatives à la prohibition de l'intérêt. Cette prohibition concerne notamment le *riba*, imposant à l'emprunteur de rembourser une somme plus élevée que le capital emprunté lors d'un défaut de paiement (Coran 2:275), « interdiction du prêt à intérêt, énoncée par un verset coranique peu précis, mais dont l'interprétation n'a jamais été discutée » (D. SOURDEL, « Islam », *op. cit.*, spéc. p. 854. Rapp. S. JAHEL, « Chari'a et contrats... », *op. cit.*, spéc. n° 374, p. 311 ; G. PILLET et O. BOSKOVIC, « Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la Chari'a » in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 173 et s., spéc. n° 15, p. 189). Rapp. S. JAHEL, « Chari'a et contrats... », *op. cit.*, spéc. n° 325, p. 290 : « L'on convient toutefois, que le droit des contrats, parce qu'il ne procède pas directement des Livres Saints, reste très peu marqué par le caractère religieux du système ».

<sup>35</sup> G. PILLET et O. BOSKOVIC, *op. cit.*, spéc. n° 1, p. 174. Rapp. F. NAMMOUR, « Charia islamiya et arbitrage », in F. OSMAN et L. CHEDLY (dir.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage. Pour un cadre commun de référence*, Bruylant, 2015, p. 421 et s. L'arrêt *Shamil Bank* constitue un contre-exemple instructif : saisie d'un contrat international de financement d'actifs (*murâbaha*), une cour d'appel britannique refuse de faire produit effet à une clause contractuelle selon laquelle la loi anglaise régit le contrat dans la limite de sa compatibilité avec la Charia. La cour indique que cette clause d'incorporation n'est efficace que si les dispositions incorporées sont suffisamment précises, ce qui n'est pas le cas de la clause d'incorporation, jugée, en l'espèce, « contradictoire » et « sans signification » (sur cet arrêt : G. PILLET et O. BOSKOVIC, *op. cit.*, spéc. n° 26, p. 198).

<sup>36</sup> Bien que la « personne sans loi » soit évoquée (A. MARZAL, « Constitutionalisation of Party Autonomy in European Private International Law », *Journal of Private International Law*, 2010, vol. 6, n° 1, p. 155 et s., spéc. p. 191), ceci fait écho à la mobilité des personnes et leur aptitude à s'extirper des législations nationales dont elles relèvent. Cette formule ne saurait cependant être assimilée aux problématiques ici traitées, le droit de la famille reste, pour l'heure ?, protégé des incursions du droit non-étatique.

## §2 – Analyse d’interactions développées par le droit non-étatique

14. L’approche globale implique la considération de l’environnement dans lequel évolue le droit non-étatique, avec lequel il interagit<sup>37</sup>. Ces interactions sont plurielles : juges, arbitres, méthodes du droit international privé, ordres juridiques étatiques, ordres juridiques supra-étatiques. Une approche globale rend compte de la richesse de ces interactions, et permet de saisir la réalité des traitements dont le droit non-étatique est l’objet. Elle indique, quelle que soit la manifestation considérée, non pas un traitement à l’identique, mais *une unité interne de traitement selon le point de vue s’exprimant* : celui des juges, ou des arbitres, celui des ordres juridiques étatiques, ou supra-étatiques, ou encore celui des méthodes du droit international privé. Le traitement du droit non-étatique par un juge français, par exemple, est articulé autour d’un rejet de principe et d’une application exceptionnelle, cet énoncé s’inversant en présence d’un arbitre.

15. Ces interactions plurielles caractérisent un « système complexe », étymologiquement *complexus* : « ce qui est tissé ensemble »<sup>38</sup>, appelant examen de chacune d’entre elles, permettant de comprendre le fonctionnement du droit non-étatique. Ceci entend réduire un autre risque méthodologique tendanciel, celui du holisme, consistant à opérer une réduction du système potentiellement formé par les éléments à un « tout », sans distinction, risque conduisant alors à affirmer, en l’occurrence, que toutes les règles non-étatiques fonctionnent toujours de la même façon, quel que soit le point de vue exprimé. M. Edgar MORIN le synthétise et considère qu’il convient d’éviter : « l’anéantissement du tout par les parties, des parties par le tout »<sup>39</sup>, aussi est-il permis de qualifier l’approche adoptée d’*approche systémique*<sup>40</sup>. Par ailleurs, globalité ne signifiant pas

---

<sup>37</sup> E. MORIN, « Épistémologie de la complexité », *RRJ*, 1984-1, p. 47 et s., spéc. p. 60-61 : « la pensée simplifiante était fondée sur la disjonction entre l’objet et l’environnement. On comprenait l’objet en l’isolant de son environnement ; il était d’autant plus nécessaire de l’isoler qu’il fallait l’extraire de l’environnement pour le mettre dans un nouvel environnement artificiel que l’on contrôlait, qui était le milieu de l’expérience, de la science expérimentale [...] Mais il y a une autre connaissance qui ne peut progresser qu’en concevant les interactions avec l’environnement [...] Il nous faut donc, non pas disjoindre, mais distinguer les êtres et leur environnement » (nous soulignons).

<sup>38</sup> E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, 1990, p. 21. Rapp. « Épistémologie de la complexité », *op. cit.*, spéc. p. 49-50 ; M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre* PUF, Les voies du droit, 1988, p. 105 et s. ; *Le droit et les paradoxes du jeu*, PUF, Les voies du droit, 1992, p. 115 et s. : « la simplicité du modèle hiérarchique traditionnellement véhiculé par la pensée juridique résiste difficilement à l’épreuve des faits. Quel que soit le niveau auquel on l’envisage, l’étude du phénomène juridique nous permet en effet d’observer des processus d’“enchevêtrement” ou d’“interactions de niveaux” qui, sans remettre totalement en question l’idée même de hiérarchie, révèlent la mesure dans laquelle elle se trouve constamment “déjouée” ».

<sup>39</sup> E. MORIN, *La méthode*, t. I, *La Nature de la Nature*, Points, Essais, 1981, p. 123 et s., spéc. p. 125 : « Il importe donc d’éclairer les relations entre parties et tout, où chaque terme renvoie à l’autre ».

<sup>40</sup> Le système est un concept, un outil intellectuel, une construction mentale, et se distingue du dispositif, notion renvoyant au concret, à l’action, à l’observable. Le système, et la pensée systémique, invitent à

totalité, toutes les interactions du droit non-étatique, toutes les problématiques liées, ne sont pas traitées dans cette étude.

16. Les références citées *supra*, relatives aux nombreuses études préexistantes, sont évaluées suffisantes à attester de l'émergence de règles non-étatiques. Par ailleurs, les questions telles : d'où vient le droit, quelles sont ses sources, le droit non-étatique est-il empreint de juridicité, constitue-t-il du droit, peut-on parler de règles ou encore d'ordres juridiques non-étatiques, sont considérées relevant de problématiques intéressantes prioritairement les sources du droit et la philosophie du droit<sup>41</sup>. Certaines d'entre elles, cependant, ne peuvent être mises à l'écart, l'observation indiquant une fréquence élevée des questionnements de cette nature, dès lors que sont examinées les règles non-étatiques. Montrons alors, dès à présent, en quoi ce type d'interrogations présente un intérêt que nous qualifierons de limité, relativement à l'objet de cette investigation, en prenant appui sur la question de la juridicité.

---

rechercher les liens et les interactions entre éléments, ce concept a : « précisément été forgé pour faciliter les appréhensions, voire les compréhensions, de processus ouverts plutôt que d'objets fermés ». Il permet de « se représenter le phénomène considéré comme et par un système en général » (J.-L. LEMOIGNE, *La théorie du système général : théorie de la modélisation*, PUF, Systèmes-décisions, 1994, réédition 2006 (Les classiques du réseau intelligence de la complexité), p. VII, propos liminaire. Rapp. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 1980, p. 1097, *Système* (sens B)). Comp. sur les différentes acceptions des termes « système » et « système juridique » : R. SÈVE, « Introduction », *Arch. phil. dr.*, t. 31, 1986, p. 1 et s., spéc. p. 2 et s., et p. 6 et s. ; G. TIMSIT, « Système », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003 p. 1462 et s. ; G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 1012, *Système* (sens 1 et 2). L'approche systémique est cependant objet de critiques quand elle est appliquée à la « science du droit », afin de le formaliser et le rendre intelligible dans son ensemble. En conclusion d'un article consacré à cette question, M. Christophe GRZEGORCZYK indique : « Le paradigme systémique nous apparaît en fin de compte comme relativement peu fécond ou adéquat à notre discipline. La mode intellectuelle aidant, le concept du système a envahi le droit, mais sa force heuristique et explicative est faible [...] Il ne faut pas oublier qu'il s'agit là d'une modélisation, or dans cette dernière le critère véritable est la ressemblance à la réalité. Tout modèle est une création intellectuelle, une "fiction contrôlée par l'expérience", en vue d'une démarche critique du savoir. Il ne faut pas, comme le font certains juristes, céder à l'illusion d'optique et prendre le modèle pour la réalité, en octroyant au droit les qualités systémiques qu'il ne possède pas, ou qu'il ne peut même jamais posséder » (« Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *Arch. phil. dr.*, t. 31, 1986, p. 281 et s., spéc. p. 301). Des critiques sont par ailleurs adressées aux utilisations du « système », « utilisé étourdiment par des auteurs sans malice pour couvrir n'importe quoi, une institution, un dispositif, un paquet mal ficelé de règles et d'organismes, ou plus généralement tout *truc* un peu composite et encore innommé auquel il faut trouver une qualification moins triviale, plus rarement employé de façon délibérée pour désigner un ensemble ayant des propriétés particulières de cohérence [...] Mot à tout faire pour beaucoup, concept incertain même pour les plus conscients... » (J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. phil. dr.*, t. 31, 1986, p. 85 et s., spéc. p. 85. Rapp. G. TIMSIT, « Système », *op. cit.*, spéc. p. 1462).

<sup>41</sup> Parmi de nombreuses références : Ph. JESTAZ, « Des chicanes sur une chicane. Réflexion sur la nature de la règle sportive », *RJES*, 1990, n° 13, p. 3 et s. ; J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 62 et s. Rapp. B. OPPEIT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil. dr.*, t. 27, 1982, p. 43 et s. ; D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, nos 323 et s., p. 201 et s.

La juridicité est le « caractère de ce qui relève du Droit »<sup>42</sup>, permettant l'identification et la qualification des phénomènes, sachant que les critères retenus pour les déclarer juridiques ou non varient selon les définitions doctrinales<sup>43</sup>. Attribuer une juridicité aux règles non-étatiques dépend ainsi de la définition ou du modèle théorique auxquels on se réfère, voire de l'interprétation faite de ce modèle<sup>44</sup>. La mise en exergue de cette dimension de subjectivité dans le choix de la référence signifie que des arguments sont à disposition, si l'on souhaite démontrer la juridicité du droit non-étatique, et que d'autres le sont aussi, servant la volonté contraire. L'un des objectifs affichés de cette étude est une clarification notionnelle du droit non-étatique : en quoi le recours à un tel critère de juridicité permettrait-il de l'atteindre, lequel impose d'opérer un choix dans les définitions et modèles théoriques existants ?

Par ailleurs, la reconnaissance d'une juridicité au droit non-étatique n'explique pas sa réception par le juge ou l'arbitre : qualifier ou non de juridique un règlement édicté par une fédération sportive n'autorise pas à supposer son application par le juge ou l'arbitre<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 588, *Juridicité*.

<sup>43</sup> Sur les différents critères de la juridicité : B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1<sup>re</sup> éd., 1999, n° 12, p. 23-24. Par exemple, après avoir souligné l'ambiguïté de la notion, M. Vincent HEUZÉ en propose la définition suivante : « est juridique toute situation constituée, et toute norme édictée par les organes d'un ordre juridique déterminé » (*La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN, Joly, 1990, n°s 18 et s., p. 15 et s., spéc. n° 51, p. 30), définition cependant critiquée et jugée « incomplète » par M. Filali OSMAN (*Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 347-348).

<sup>44</sup> Rappr. S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, Recherches juridiques, 2004, n°s 106 et s., p. 77 et s. : relève une « surévaluation des éléments censés caractériser l'existence d'un ordre juridique » et un « recours à une conception exagérément lâche de l'ordre juridique » par les promoteurs de la *lex mercatoria* ; P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 125 et s., spéc. n° 2, p. 125 : « le développement de la doctrine "lex mercatoriste" depuis une vingtaine d'années a été trop rapide pour ne pas susciter des résistances ou tout au moins des interrogations, et, peut-être même, entraîne une certaine dégradation du niveau théorique de la controverse » (nous soulignons).

<sup>45</sup> À titre comparatif, la juridicité de certains éléments de la *lex mercatoria* a successivement été reconnue : l'affaire *Fougerolle* consacre, malgré une regrettable imprécision voire confusion d'ordre terminologique, la juridicité des principes généraux du commerce international (CA Paris, 12 juin 1980, *Rev. arb.* 1981. 292, note G. COUCHEZ ; *JDI* 1982. 931, note B. OPPETIT (2<sup>e</sup> espèce) et Cass., 2<sup>e</sup>, 9 déc. 1981, n° 80-15.305, *Fougerolle*, *Rev. arb.* 1982. 1983, note G. COUCHEZ ; *JDI* 1982. 931, note B. OPPETIT), ce que confirme l'affaire *Norsolor* (TGI Paris, 4 mars 1981, *JDI* 1981. 836, note Ph. KAHN ; CA Paris, 19 nov. 1982, *Rev. arb.* 1983. 466 et Cass., 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1984, n° 83-11.355, *Norsolor*, *Rev. crit. DIP* 1985. 551, note B. DUTOIT ; *JDI* 1985. 679, note Ph. KAHN ; *Rev. arb.* 1985. 431, note B. GOLDMAN). L'arrêt *Valenciana* consacre, par ailleurs, la juridicité des usages du commerce international (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1991, n° 89-21.528, *Valenciana*, *Rev. crit. DIP* 1992. 113, note B. OPPETIT ; *RTD. Com.* 1992, 171, obs. J.-C. DUBARRY et É. LOQUIN : « qu'en se référant à "l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales", l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de sa mission ; que dès lors, il n'appartenait pas à la Cour d'appel [...] de contrôler les conditions de détermination et de mise en œuvre par l'arbitre de la règle de droit retenue ». Mais la reconnaissance de cette juridicité n'augure nullement d'une réception de la *lex mercatoria* lors des litiges, laquelle est d'ailleurs inexistante (pour un contre-exemple : *infra* n° 349). En quoi la reconnaissance de ces principes généraux et usages, l'affirmation que ceux-ci constituent de véritables

Les arrêts et sentences appliquant le droit non-étatique montrent que le juge et l'arbitre ne se réfèrent pas à un critère de juridicité : cette application résulte soit d'un raisonnement ne résistant pas à une analyse critique, soit d'une utilisation traditionnelle des règles régissant l'arbitrage. Le droit non-étatique produit effet indépendamment des qualificatifs attribués, invitant à une économie de débats quant à la juridicité, voire l'existence d'un ou plusieurs ordres juridiques non-étatiques<sup>46</sup>. La réflexion se concentre sur les techniques d'application et les effets concrètement produits par le droit non-étatique : veillant à ce que la seule exigence ne soit pas de satisfaire à sa logique propre<sup>47</sup>, elle s'ancre dans le réel, et le droit positif.

17. Achéons l'explicitation de ce but premier de l'étude en soulignant que l'inscription dans une approche systémique ne prétend pas à l'établissement d'une théorie générale du droit non-étatique.

L'obstacle principal, si telle était la volonté de l'entreprise, est la faible quantité de données empiriques exploitables, ceci bien que les manifestations du droit non-étatique soient nombreuses. Rares sont les situations effectives d'exploitation des règles non-étatiques, et de contentieux, à l'exception de l'arbitrage et de la Cour de justice de l'Union européenne, attestant de surcroît d'un traitement isolé, ne créant pas les conditions d'une

---

règles de droit permettent-elles de présumer de la réception de ces règles par le juge ou l'arbitre ? Réception et reconnaissance de juridicité sont deux problématiques distinctes.

<sup>46</sup> Rappr. J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 64 : « une telle analyse alimente une *confusion entre effectivité et réception de la règle de droit*. Tout comme la juridicité des droits étrangers n'est pas subordonnée à leur réception par l'ordre juridique du for, la juridicité des règles du sport n'est pas subordonnée à leur accueil par l'ordre juridique étatique » (nous soulignons). Sur les finalités du débat relatif à l'existence d'ordres juridiques non-étatiques et une dissociation entre application du droit non-étatique / reconnaissance d'un ordre juridique non-étatique : *infra* n<sup>os</sup> 121 et s., spéc. n<sup>os</sup> 124 et s.

<sup>47</sup> Dans une perspective générale, cette nécessaire considération du traitement concret de la règle se fonde sur l'opposition, parfois déplorée, entre la philosophie et le droit, voire entre la philosophie du droit, la théorie du droit et le droit positif technique. SAVIGNY indique : « La division [entre théorie et pratique] est bonne, si chacun ne perd point de vue l'unité primitive, si le théoricien conserve et cultive l'intelligence de la pratique, le praticien l'intelligence de la théorie. Là où cette harmonie est détruite, là où la séparation entre théorie et pratique devient absolue, advient inévitablement le risque que la théorie devienne un jeu de l'esprit, la pratique un métier purement *artisanal* » (*System*, t. 1, p. XV, cité et traduit par O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 384 et s., spéc. p. 388). Ce constat est partagé par M. Bruno OPPETIT : « certains auteurs, tel Ch. Perelman, déplorent, de la part des philosophes, une attitude d'incompréhension, et même de mépris, à l'égard du droit et des juristes ; il l'impute à l'idéal absolutiste de la philosophie : la société idéale, donc utopique, ignore les conflits et n'a nul besoin de droit et de tribunaux, à l'opposé de la société raisonnable que les juristes contribuent à organiser sur terre » (*Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1<sup>re</sup> éd., 1999, n<sup>o</sup> 5, p. 12, s'appuyant sur le propos de C. Perelman, *Justice et raison*, Presses Universitaires, 1963, p. 224-245 et p. 254-255). M. Jean-Pascal CHAZAL dresse un constat similaire : « Selon Condomine, la théorie juridique bute contre deux écueils : d'une part, le souci d'harmonie pousse le théoricien à déformer la réalité ("De servante, l'esthétique est devenue maîtresse") et, d'autre part, *l'abus d'abstraction logique amène le théoricien à regarder la proposition qu'il pose comme se modelant exactement sur la réalité* » (« Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. dr.*, t. 45, 2001, p. 303 et s., spéc. 312-313, nous soulignons).

cohérence générale. Quand l'application du droit non-étatique, dont l'observation indique qu'elle est exceptionnelle, résulte d'un raisonnement imprécis, critiquable, voire d'un « bricolage méthodologique »<sup>48</sup> au cas par cas, l'élaboration d'une théorie usant de ces éléments apparaît problématique.

Par ailleurs, le principe même d'une théorie générale, se fondant en dominante sur le droit positif, suppose que le droit considéré soit suffisamment développé, ce dont le droit non-étatique ne peut actuellement se réclamer. Bien que des vœux s'expriment en ce sens<sup>49</sup>, nous souscrivons au diagnostic que les « assises théoriques » du droit non-étatique sont « encore mal assurées »<sup>50</sup>. Cette étude entend donc en définir, ordonner et analyser les dimensions, et ne considérer qu'à l'issue de l'investigation la démarche d'élaboration potentielle d'une théorie générale<sup>51</sup>.

## **Section 2 – Expliquer le fonctionnement du droit non-étatique par le droit international privé**

---

18. Le second but indiqué entend contribuer à l'étude des fonctions du droit international privé, dont la convocation s'impose, l'investigation ayant pour objets les rapports internationaux privés ou relations internationales privées. Il apparaît cependant que droit non-étatique et droit international privé, en tendance, s'ignorent réciproquement.

19. Les études relatives au droit non-étatique renoncent expressément à convoquer le droit international privé, le propos de M. Jean-Pierre KARAQUILLO est à cet égard explicite : « Sans doute, serait-il attrayant de se glisser dans les empreintes des “internationalistes privatistes” [...] Un tel parcours est tentaculaire et semé d'embûches dans ce secteur du sport où, pour une situation donnée, existe généralement une multitude de données étrangères tenant, notamment, à l'organisation institutionnelle et compétitive des activités sportives [...] Avouons une impuissance à se lancer dans un tel pari d'une analyse d'un droit international du sport, en en appelant, alternativement ou cumulativement, au droit international public et au droit international privé »<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Formule empruntée à M. Éric LOQUIN (« Les règles matérielles... », *op. cit.*, spéc. n° 24, p. 28).

<sup>49</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 770.

<sup>50</sup> C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2015, n° 223, p. 145.

<sup>51</sup> Sur la construction d'une théorie générale du droit non-étatique : *infra* nos 841 et s.

<sup>52</sup> J.-P. KARAQUILLO, « Droit international du sport », *Rec. cours La Haye*, vol. 309, 2004, pp. 9-124, spéc. p. 24-25. Rapp. F. BUY, « Droit du sport et mondialisation », *RLDC*, 2008, n° 47, p. 57 et s., spéc. p. 57 : « ce qui attire l'attention, c'est le fait que l'activité sportive soit aujourd'hui capable d'engendrer un droit qui est lui-même doté d'une capacité d'expression mondiale. Au-delà, donc, de la vision classique du droit

Les études de droit international privé excluent généralement le droit non-étatique, quand bien même il eût été convocable<sup>53</sup>. L'intérêt de la doctrine internationaliste pour le droit non-étatique est centré, quasi-exclusivement, sur deux problématiques voisines : la *lex mercatoria* et/ou le contrat sans loi<sup>54</sup>. Des regrets s'expriment quant à une contribution potentielle autre de cette discipline, M<sup>me</sup> Horatia MUIR WATT énonçant que le droit international privé : « déclare forfait devant des configurations de conflits de normes qui n'opposent pas des droits nationaux étatiques, *contribuant ainsi très peu au débat contemporain sur la fragmentation du droit* et ne proposant aucune solution à la désarticulation de l'ordre global »<sup>55</sup>.

20. L'observation indique nonobstant une progression du nombre de références au droit non-étatique par la doctrine internationaliste : parfois ponctuelles<sup>56</sup>, d'autres études ou parties de ces études confrontent directement droit international privé et droit non-étatique<sup>57</sup>. Il semble, dans un nouvel emprunt de la formule, que la doctrine

---

international privé qui ne connaît que la mosaïque des ordres juridiques nationaux et qui se borne à identifier, parmi eux, celui qui est le plus apte à régir une situation donnée, l'on découvre, comme dans d'autres secteurs affectés par la mondialisation des échanges, mais de façon mieux affirmée encore, l'existence d'un droit uniforme et parfaitement adapté à une société mondiale ».

<sup>53</sup> V. ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2010, n° 2, p. 1 : « cette uniformisation du droit substantiel trouve des illustrations dans des initiatives d'origine privée aussi bien qu'étatique. Les initiatives d'origine privée existent depuis longtemps et se manifestent sous la forme de règles élaborées par la pratique, ou par la doctrine. Nos développements ne porteront pas sur l'étude de ces phénomènes » ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008, n° 9, p. 9.

<sup>54</sup> Parmi de nombreuses références faisant uniquement référence, parfois brièvement, à la *lex mercatoria* et/ou au contrat sans loi au titre des problématiques produites par le droit non-étatique : F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1973, nos 212 et s., p. 175 et s. (contrat sans loi) ; P. LAGARDE, « Approche critique... », *op. cit.*, spéc. nos 25 et s., p. 140 et s. ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, Droit – Sciences Économiques, 1987, nos 698 et s., p. 342 et s. (*lex mercatoria*) et n° 1387, p. 597 (contrat sans loi) ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 1993, n° 252, p. 422-423 (*lex mercatoria*) ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, nos 22 et s., p. 29 et s. (*lex mercatoria*) et nos 741 et s., p. 525 et s. (contrat sans loi).

<sup>55</sup> H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *RIDE*, 2013/1 (t. 27), p. 59 et s., spéc. n° 8, p. 65 (nous soulignons).

<sup>56</sup> Les actes d'un colloque, consacré à l'avenir de la théorie générale du conflit de lois, attestent de nombreuses références au droit non-étatique : S. FRANCO, « Unilatéralisme *versus* bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 49 et s., spéc. p. 77 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public », *ibid.*, p. 169 et s., spéc. n° 13, p. 174-175 ; H. MUIR WATT, « Rapport de synthèse – L'avenir de la discipline : quelles perspectives méthodologiques ? », *ibid.*, p. 237 et s., spéc. nos 13 et s., p. 242 et s.

<sup>57</sup> C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2015, nos 276 et s., p. 179 et s. ; H. MUIR WATT and D. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014.

internationaliste inscrive le droit non-étatique à « son agenda »<sup>58</sup>. Des auteurs invitent, par ailleurs, au développement d'une analyse approfondie des rapports entre droit international privé et droit non-étatique<sup>59</sup>.

21. Acceptant l'invitation, un examen des interactions entre droit non-étatique et droit international privé est proposé, bien qu'un tel questionnement puisse encore étonner dans la mesure où la définition traditionnelle du conflit de lois implique un conflit *entre lois étatiques*, excluant les règles non-étatiques<sup>60</sup>. Une acception large du droit international privé, et non du seul conflit de lois, autorise cependant à explorer ce champ d'investigation, potentiellement fécond<sup>61</sup>.

22. L'hypothèse de travail est que la convocation du droit international privé participe de l'explication du droit non-étatique : il rend en dominante compte de sa réception, son application et son efficacité, et favorise, dans une visée prospective, l'appréhension des conflits de normes produits par ce droit non-étatique. Par ailleurs, au regard des évolutions auxquelles le droit international privé est confronté, dont les droits fondamentaux, le droit de l'Union européenne, la méthode de la reconnaissance, ou

---

<sup>58</sup> Entre la deuxième et la troisième édition du précis de droit international privé de M. Dominique BUREAU et M<sup>me</sup> HORATIA MUIR WATT, dans d'un chapitre dédié aux « procédés concurrents [de la méthode conflictuelle] : le ré-assemblage en cours », soulignons l'ajout d'une section intitulée « perspectives d'avenir » dans laquelle « le phénomène de l'autorité transnationale non-étatique » est notamment étudié (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 582-9 et s., p.703 et s.).

<sup>59</sup> Lors d'un compte rendu d'un ouvrage dédié aux codes de conduite (A. BECKERS, *Taking Corporate Codes Seriously. Towards Private Law Enforcement of Voluntary Corporate Social Responsibility Codes*, Maastricht University, 2014), M<sup>me</sup> MUIR WATT relève que l'absence du droit international privé « est en soi digne de remarque, car la discipline est pourtant directement concernée tant par les évolutions décrites que par la théorie proposée. On peut sans doute y voir là le signe du relatif déclin de la matière, dont on n'attend plus de réponses aux questions les plus actuelles et les plus irritantes relatives au statut et à la portée du droit non étatique » (*Rev. crit. DIP* 2015. 1073, spéc. p. 1073, nous soulignons).

<sup>60</sup> Parmi de nombreuses définitions, particulièrement explicites quant à l'assimilation conflit de lois-conflit de lois *étatiques* : A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, *Le conflit des lois*, Librairie de la Société du recueil général des lois et arrêts, 2<sup>e</sup> éd., 1912, p. 4, *in fine* ; A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. 1, Librairie de la Société du Recueil de Sirey, 1923, n° 2, spéc. p. 3 ; J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé*, Sirey, 1946, n° 11, p. 17 et s. ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 7<sup>e</sup> éd., 1959, n° 6, p. 5 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 79, p. 71.

<sup>61</sup> Selon une définition fréquemment retenue, le droit international privé est un *ensemble* de règles, ensemble applicables aux seules personnes privées, et ce dans les relations internationales (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 1993, n° 2, spéc. p. 13 : le droit international privé est « l'ensemble des règles applicables aux seules personnes privées dans les relations de la société internationale » ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 1, p. 1 : « l'ensemble des règles propres aux relations internationales entre personnes privées »). Pour une discussion de chacun des termes de l'expression « droit international privé » : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, nos 8 et s., p. 11 et s.



encore le développement de l'autonomie<sup>62</sup>, le droit non-étatique est un contributeur possible d'une réflexion générale sur l'avenir et le devenir de ce droit international privé. Il est supposé que la conjonction des deux disciplines nourrit l'analyse, dans un enrichissement réciproque, la problématique étant clairement établie : la recherche a pour objet le droit non-étatique, appelant le droit international privé en raison de sa vocation à appréhender les relations entre personnes privées, comprenant un élément d'extranéité, elle contribue, chemin faisant, à l'étude des fonctions du droit international privé.

### Section 3 – Structure ternaire de l'étude

---

23. Le processus d'investigation, visant à étudier manifestations et interactions du droit non-étatique dans la convocation du droit international privé, a progressivement imposé la structure ternaire de ce document : il s'est agi, dans un premier temps, d'identifier les caractéristiques du droit non-étatique et d'en proposer une définition. Il s'est agi ensuite d'en examiner les interactions, les juges et les arbitres ayant à traiter de la réception, de l'application, et des effets produits par le droit non-étatique. Il s'est agi, enfin, d'analyser les conflits de normes entre droit non-étatique et droits étatiques, entre droit non-étatique et droits supra-étatiques. Ces trois temps substituent un plan tripartite au plan bipartite traditionnellement utilisé<sup>63</sup>.

Cette structuration en trois parties, six titres, douze chapitres et vingt-quatre sections, chaque partition proposant une conclusion partielle synthétisant les résultats obtenus, indique la progression de la démarche de recherche, rendant compte du fonctionnement du droit non-étatique : clarification et définition de l'objet d'étude (Partie

---

<sup>62</sup> Parmi de très nombreuses références, sur les droits fondamentaux : F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007. Sur le droit de l'Union européenne, anciennement communautaire : A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2004. Sur la méthode de la reconnaissance : P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ*, 2004, n° 68, p. 225 et s. ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007. 307 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547 et s. ; P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013. Sur l'autonomie de la volonté : D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle dans les conflits de lois », in *Mélanges François TERRÉ. L'avenir du droit*, Dalloz-PUF-Jurisque, 1999, p. 285 et s. ; H. MUIR WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 77 et s. ; Ch. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *Rec. cours La Haye*, vol. 359, 2012, pp. 285-478. Pour un aperçu d'ensemble : Y. LEQUETTE, « De la "proximité" au "fait accompli" », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 481 et s.

<sup>63</sup> Pour une étude approfondie : B. BARRAUD, « L'usage du plan en deux parties dans les facultés de droit françaises », *RTD civ.* 2015. 807 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Le plan est en deux parties... parce que c'est comme ça », *AJDA* 2011. 473.

1), étude de la réception et de l'application des règles non-étatiques (Partie 2), mise en exergue et processus de résolution des conflits de normes produits par le droit non-étatique (Partie 3).

**Première Partie : Identification du droit non-étatique**

**Deuxième Partie : Application du droit non-étatique**

**Troisième Partie : Conflits de normes produits par le droit non-étatique**

## Première Partie – L'identification du droit non-étatique

24. La présente Partie vise à proposer une définition de la notion de droit non-étatique, ceci requérant de préciser, caractériser et circonscrire l'objet de l'étude. L'atteinte de ce but se heurte potentiellement à la variété des règles non-étatiques mentionnée en introduction. Tout essai de formalisation, *a fortiori* de définition, serait voué à l'échec<sup>64</sup>, seule une identification relative, en nécessaire relation de dépendance conceptuelle avec d'autres notions, pourrait être énoncée.

25. Proposons une hypothèse différente : *une autonomie de la notion de droit non-étatique peut être démontrée et le droit non-étatique conséquemment défini*. Nous indiquerons en quoi l'observation empirique et un faisceau d'indices conduisent à conférer un tel statut aux règles non-étatiques créées, lesquelles ne peuvent être associées à des notions préexistantes, au risque de les dénaturer. Construire une notion nouvelle suppose une sélection argumentée des termes qui en rendent compte, et trois d'entre eux invitent d'emblée à quelques précisions.

26. Nous employons fréquemment l'expression de règles non-étatiques. L'usage du terme « règle » est d'ordre général, aucune distinction avec le terme « norme » ne doit être recherchée<sup>65</sup>. L'acception du terme « règle » est ici la suivante : « toute norme juridiquement obligatoire quels que soient sa source, son degré de généralité, sa portée »<sup>66</sup>. L'emploi du terme « règle » répond par ailleurs au souci de respecter la distinction, systématisée en droit international privé par M. Pierre MAYER, entre règles et décisions,

---

<sup>64</sup> A. RAYNOUARD, « Normes privées dans l'environnement juridique international (état des lieux) », *RRJ (carnet de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011/5, n° 25, p. 2195 et s., spéc. p. 2196 : « les normes privées » constituent « une grande diversité de phénomènes [...] à tel point que l'on peut se demander si un concept unique est saisissable » ; M. SARROUF, *Les normes privées relatives à la qualité des produits. Étude d'un phénomène juridique transnational*, Thèse, Université Paris II, 2012, p. 59 : « une définition unique nous semble en l'état actuel de la réflexion impossible à établir ».

<sup>65</sup> Observons que la norme juridique oblige. Les sciences dites humaines opèrent une distinction qu'il convient de souligner sous peine de contresens dans le dialogue : le registre du réglementaire (règles, lois, contrats), caractérisé par l'obligation, transcendante et explicite, prévoit la sanction en cas de non-respect. Le registre du normatif, caractérisé par l'adhésion subjective et l'implicite, renvoie aux pratiques sociales de référence dans un milieu considéré, nécessairement culturellement situé : le but est l'appartenance, la non adhésion à la norme sociale ne fait l'objet d'aucune sanction réglementée, le risque est celui de l'exclusion. (A. BEITONE, Ch. DOLLO, Y. ALPE, J.-R. LAMBERT, S. PARAVRE, *Lexique de sociologie*, Dalloz, Lexiques, 4<sup>e</sup> éd., 2013, p. 254, *Norme juridique* et *Norme sociale* ; P. LIVET, « Normes : les rapports difficiles du rationnel et du normatif », in I. STENGERS (dir.), *D'une science à l'autre : des concepts nomades*, Seuil, 1987, p. 307 et s.).

<sup>66</sup> Définition inspirée du *Vocabulaire juridique* : « toute norme juridiquement obligatoire (assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.) ; en ce sens l'exception est aussi une règle » (G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 882, *Règle* (sens 1). Comp. p. 691, *norme* (sens 1)).

les premières étant abstraites, hypothétiques et permanentes<sup>67</sup>. User du terme « règle » permet donc d’embrasser, sous une dénomination unique, toute manifestation du droit non-étatique ultérieurement étudiée.

27. Dans l’expression « règles non-étatiques », le qualificatif « non-étatique » désigne la source des règles créées. Ces règles sont d’une grande diversité, évoluent dans des secteurs variés et peuvent résulter de coopérations originales entre acteurs publics et privés. Indiquant une rupture avec le terme « privé », lequel renvoie à *une* manifestation du droit non-étatique, précisément l’autorégulation, privilège est accordé au terme « non-étatique », dont la signification est plus large. L’utilisation de ce terme doit être comprise comme la volonté de ne pas réduire ces règles produites à une création strictement étatique ou strictement privée<sup>68</sup>.

28. Le vocable « transnational » est enfin régulièrement utilisé, et désigne le rayonnement des règles non-étatiques. Plus qu’un changement de vocabulaire, le passage de l’international au transnational traduit une évolution générale dont les conséquences seront discutées tout au long de ce travail.

---

<sup>67</sup> Par opposition aux règles, abstraites, hypothétiques, et permanentes, les décisions sont concrètes, catégoriques et non permanentes. Dans le but de déterminer la méthode de droit international privé, conflit de lois ou conflit de juridictions, applicable à ces règles et décisions, la première partie de la thèse de M. MAYER est consacrée à la classification des *normes* en règles et en décisions (*La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1973, nos 48 et s., p. 35 et s. Rapp., sur le caractère abstrait et général des règles : H. MOTULSKY, *Principes d’une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), n° 14, p. 16 et nos 16 et s., p. 18 et s.). Après avoir ajouté les Principes Unidroit à la liste de Berthold GOLDMAN, selon qui la *lex mercatoria* est composée des « Principes généraux du droit international public ou privé, ou spécifiquement économique ; conventions internationales ; lois étatiques nationales ou uniformes ; règlements d’arbitrage ; codifications professionnelles ; contrats types ; règles coutumières ou usages non codifiés ; jurisprudence étatique ou arbitrale » (« Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241 et s., spéc. n° 3, p. 242-243), M. MAYER admet « il n’est pas niabile qu’il y ait là des règles » (« Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n° 49, p. 68) et dresse un constat similaire à propos de la *lex sportiva* (*ibid.*, spéc. n° 53, p. 73) et la *lex electronica* (*ibid.*, spéc. n° 55, p. 74). Rapp., sur l’emploi du terme *règle* à propos de la *lex mercatoria* : B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. phil. droit*, t. 9, 1964, p. 177 et s., spéc. p. 188 et s.

<sup>68</sup> Comp. D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, n° 15, p. 17 : « Sources “non-étatiques” alors ? Outre l’ambiguïté d’une telle formulation, qui laisse présager l’étude des sources inter-étatiques, tels les traités, celle-ci jette le trouble sur la place même qu’il convient d’attribuer aux sources étudiées au sein de l’ordonnement juridique, en ce qu’elle paraît postuler leur exclusion de l’ordre juridique étatique et la reconnaissance concomitante d’un tiers-ordre juridique, sauf à introduire de subtiles distinctions entre droit étatique et droit étatique ».

29. Ces réflexions liminaires et précisions d'ordre terminologique autorisent à formuler une proposition initiale de définition de l'objet d'étude :

« Le droit non-étatique est l'ensemble des règles écrites et unilatéralement élaborées par des acteurs non-étatiques, privés et/ou publics, ayant vocation à s'appliquer eu égard à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques »

30. L'explicitation de cette proposition et l'épreuve de sa pertinence requièrent que soient successivement soumises à examen la genèse du droit non-étatique (Titre 1) et ses caractéristiques (Titre 2).

## Titre 1 – La genèse du droit non-étatique

31. La genèse désigne l'origine et le développement du droit non-étatique, et ouvre deux types de questionnements : pourquoi est-il créé ? Comment est-il créé ?

Ces interrogations sont fondamentales : la première, au-delà des éléments de réponse factuels aux pourquoi ? et *pour quoi* ? du droit non-étatique, permet l'analyse d'un certain discours doctrinal gravitant autour de ce droit, discours dont les dimensions politique, idéologique, voire dogmatique, à propos desquelles s'expriment fréquemment des regrets, font obstacle à la clarification des facteurs explicatifs de l'émergence de ce droit non-étatique (Chapitre 1).

L'interrogation seconde, s'agissant du comment ? et de l'observable, invite à préciser les sources et processus de création du droit non-étatique, et à en évaluer les effets, participant directement de son identification (Chapitre 2).

## Chapitre 1 – Étude et clarification des facteurs explicatifs de la genèse du droit non-étatique

32. La genèse du droit non-étatique, au titre des motifs de son émergence, est en dominante expliquée par deux dimensions, une évaluation d'inadéquation des législations étatiques existantes ou l'observation de leur inexistence<sup>69</sup>.

Le jugement d'inadéquation est relatif à une perception de non prise en compte des évolutions de certains domaines d'activités, particulièrement soulignée dans le cadre du commerce international : « croissance »<sup>70</sup>, « expansion sans précédent »<sup>71</sup>, la variété des expressions<sup>72</sup> s'analyse dans une même problématique, celle du développement et de la banalisation des échanges transfrontières depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Quantitative, l'évolution est aussi qualitative : « l'internationalisation des opérations commerciales [...] a changé d'échelle, et par conséquent de nature »<sup>73</sup>, le commerce international d'hier n'est plus celui d'aujourd'hui, « l'apparition de nouvelles formes d'échange, caractérisées par des investissements considérables, et exigeant une organisation à long terme, n'a pu se satisfaire de normes faites à titre quasi exclusif pour des échanges instantanés fondés sur le contrat de vente classique [...] l'évolution des technologies a obligé à la création de normes nouvelles qui n'avaient pas d'équivalents dans les législations nationales »<sup>74</sup>. Construits en contemplation des relations internes, les droits nationaux sont évalués inadaptes par une certaine doctrine, et il en est conclu que les évolutions du commerce international appellent la création de règles non-étatiques<sup>75</sup>. Ce courant doctrinal considère plus encore

<sup>69</sup> Rappr., pour un constat similaire : D. BUREAU, *Les sources informelles...*, *op. cit.*, nos 247 et s., p. 157 et s.

<sup>70</sup> J.-B. RACINE et F. SIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, Cours, 2<sup>e</sup> éd, 2011, n° 1, p. 1.

<sup>71</sup> J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, Précis, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n° 1, p. 1.

<sup>72</sup> Pour une synthèse de l'évolution : C. KESSEDIAN, *Droit du commerce international*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2013, nos 4 et s., p. 2 et s.

<sup>73</sup> H. SYNVEY, « L'internationalisation du droit des affaires », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 727 et s., spéc. n° 1, p. 727.

<sup>74</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 56, p. 41 (nous soulignons) ; Ph. KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverse », *McGill Law Journal*, 1992, vol. 37, p. 413 et s., spéc. p. 418 : « La vitesse accélérée des communications, les déplacements de cargaisons de plus en plus importantes (développement industriel, augmentation des populations) ont rendu nécessaire une normalisation des instruments juridiques courants. Les États étaient peu préparés à une adaptation de leur législation en ce sens : les codes civils sont récents et on a encore le culte de leurs dispositions [...] surtout, selon une constante que l'on relèvera encore ultérieurement, les systèmes juridiques législatifs sont peu adaptés à régler des situations particulières en évolution rapide. Il est donc compréhensible que les autorités professionnelles, interprétant les volontés (exprimées ou implicites, lucides ou confiantes) des membres des organisations qu'elles représentent, aient pallié cette inertie étatique en élaborant leurs propres textes et en confortant le dispositif par des procédures autonomes de règlement des différends (arbitrage) ».

<sup>75</sup> Ph. KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverse », *McGill Law Journal*, 1992, vol. 37, p. 413 et s., spéc. p. 416 : « les raisons qui ont présidé à la mise en place [d'une loi des marchands au Moyen-Âge] sont étrangement proches de celles que l'on invoque maintenant pour

que seuls les acteurs non-étatiques, opérant dans un domaine d'activités, sont aptes à produire les règles adaptées à leurs besoins, évalués spécifiques<sup>76</sup>. Fréquente, si ce n'est systématique, la critique est aussi générale : il est prétendu que cette inadéquation rend compte à elle seule de la genèse du droit non-étatique, sans considération de la teneur et du degré de performance des législations nationales. Affirmée, regrettée, l'inadéquation des législations nationales est cependant rarement démontrée. Une évaluation de ce discours relativise, voire disqualifie, le plus grand nombre des critiques énoncées, clarifiant cette dimension et concluant à l'incapacité de cette inadéquation supposée à rendre compte de la genèse du droit non-étatique (Section 1).

Deuxième dimension convoquée, l'absence de législation étatique eu égard à un domaine d'activité considéré, et la nécessité conséquente de satisfaire à un besoin, rend potentiellement compte de la genèse du droit non-étatique. M. Philippe KAHN le résume ainsi : « lorsqu'un *besoin* se fait sentir et que les droits étatiques n'y répondent pas, les milieux professionnels – s'ils ont une cohésion suffisante et en raison même de la solidarité qui les unit – suppléent à l'*abstention des États* et s'organisent eux-mêmes. Il en résulte que le droit qu'ils élaborent est avant tout un droit fait pour régir un groupement plus ou moins vaste de professionnels »<sup>77</sup> (Section 2).

## **Section 1 – L'inadéquation supposée des législations nationales aux activités déployées dans un contexte international : un facteur non explicatif de la genèse du droit non-étatique**

---

33. Entendant rendre compte de la genèse d'un droit non-étatique, se développe un discours doctrinal l'expliquant par l'inadéquation des droits nationaux dans la

---

justifier l'existence d'une nouvelle *lex mercatoria* : des systèmes juridiques [...] inadaptes aussi bien en ce qui concerne leur contenu que leur domaine d'application appellent des réponses de la part des destinataires des règles inadaptes ou inexistantes ». Rapp. F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 457.

<sup>76</sup> Sur cette critique : C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, pp. 79-308, spéc. p. 143 : « il n'est pas rare d'entendre dire que l'unification internationale du droit commerciale doit être laissée à l'initiative des organisations privées qui seules seraient habilitées à créer des normes juridiques adéquates pour les opérateurs ».

<sup>77</sup> Ph. KAHN, « *Lex mercatoria* et euro-obligations », in *Mélanges Clive SCHMITTHOFF. Law and International Trade*, Athenium Verlag, 1973, p. 215 et s., spéc. p. 224 (nous soulignons) ; « *La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverse* », *McGill Law Journal*, 1992, vol. 37, p. 413 et s., spéc. p. 415 ; É. A. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique. Vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI* 1997. 323, spéc. p. 327 : « les opérateurs ont « désormais *besoin* de règles, normes, incitations, ou interventions législatives à même de les libérer des contraintes juridiques lorsqu'elles existent, interdisant l'utilisation de messages en lieu et place des documents papier signés » ; A. COURET, « La dimension internationale de la production du droit, l'exemple du droit financier », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et société, 1998, p. 197 et s., spéc. p. 202 : l'unification des règles, souvent coutumières, est due à un « abandon des souverainetés étatiques ».



régulation de certains domaines d'activités, dès lors que les frontières d'un État sont franchies. Les premières traces de ce discours se repèrent en 1936 dans les écrits de Roberto AGO<sup>78</sup>, et sont reprises en 1969 par MM. Yvon LOUSSOUARN et Jean-Denis BREDIN : « Le commerce, c'est une banalité, requiert rapidité et sécurité, par suite certitude. Or la méthode des conflits de lois [...] est loin à ces différents égards d'être pleinement satisfaisante [...] Il y a plus grave. La méthode des conflits de lois prétend régler un problème international par l'application d'un droit interne [...] Le vice fondamental d'une telle méthode est [...] qu'elle néglige ce que les relations internationales peuvent avoir de spécifique en sorte qu'aucune loi interne ne leur est exactement adaptée »<sup>79</sup>. L'analyse de ce propos suppose que soient distinguées les critiques adressées aux règles matérielles adoptées (§1) et celles relatives aux méthodes employées (§2) par les ordres juridiques étatiques.

## §1 – Un jugement d'inadéquation des législations nationales en raison des règles matérielles adoptées

34. Il a été indiqué que les déclarations d'inadéquation des législations nationales relèvent en dominante du postulat, voire de la pétition de principe. L'approche des auteurs reprenant actuellement à leur compte ce jugement est identique à celle de leurs prédécesseurs : cette inadéquation ne fait l'objet d'aucune démonstration. Le discours doctrinal se pérennise ainsi par effet de répétition.

35. Les deux motifs de ce jugement d'inadéquation s'énoncent en termes d'absence de satisfaction des *intérêts* et des *besoins* des domaines d'activités considérés.

Évaluer, *stricto sensu* accorder de la valeur aux critiques exprimées par ce courant doctrinal, suppose de lever l'imprécision terminologique liée à ces notions d'intérêt et de besoin, dont l'observation indique qu'elles sont soit confondues, soit traitées séparément<sup>80</sup>. Selon les promoteurs de la séparation, les intérêts relèvent des finalités de

---

<sup>78</sup> M. Roberto AGO considère que le législateur, appelé à créer des règles pour les « différents rapports de la vie réelle », se trouve face à une « double tâche » et distingue deux catégories : les « faits et les rapports de la vie interne », les « faits et rapports qui ont [...] un caractère étranger, non pas relativement à l'ordre juridique national, mais relativement à la vie matérielle interne ». L'auteur poursuit : « le législateur pourrait théoriquement [...] ne tenir aucun compte des particularités que présentent les faits et les rapports de cette deuxième catégorie ; c'est-à-dire qu'il pourrait soumettre même ces faits et ces rapports au règlement juridique qui vaut en général pour les faits et les rapports de la vie réelle interne. Toutefois, *il est bien évident qu'un tel système élèverait un obstacle très grave au développement normal du commerce et des relations internationales* » (R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, pp. 243-469, spéc. p. 280-281, nous soulignons).

<sup>79</sup> Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 4, spéc. p. 8-9.

<sup>80</sup> Pour un rapprochement de ces notions : Ph. FOUCHARD, « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », *LPA*, 18 déc. 2003, n° 252, p. 36 et s., spéc. n° 20 et s. ; Ph. LÉBOULANGER, « La notion d'intérêts du commerce international », *Rev. arb.* 2005. 487, spéc. p. 491.

l'activité et s'expriment en termes de développement, équité, moralité, les besoins constituent des impératifs à satisfaire pour que l'activité se déroule convenablement, répondant alors à des critères, tels la sécurité, la flexibilité, l'efficacité<sup>81</sup>.

Au-delà de la satisfaction d'un critère d'ordre requis par l'étude, chaque notion est ici délibérément traitée successivement sans que le questionnement ne soit ignoré quant à la pertinence d'une distinction entre intérêts (A) et besoins (B)<sup>82</sup>.

## **A – La non prise en compte des intérêts de certains domaines d'activité par les législations nationales : une critique infondée**

36. Objets de mentions fréquentes dans la littérature juridique<sup>83</sup>, les intérêts présents dans les relations internationales privées sont pluriels, la doctrine les classe généralement en trois catégories : ceux de l'État, des personnes privées, et de la société internationale<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. nos 58 et s., p. 42 et s.

<sup>82</sup> Le besoin recouvre l'ensemble de tout ce qui apparaît « être nécessaire », étymologiquement *estre bosoinz*, que cette nécessité soit consciente ou non. L'intérêt constitue la substantivation des termes latin *interest* (« il importe ») et *interesse* (« importer, être important »). Le besoin est subi par le sujet, le désir – l'intérêt – est exprimé par le sujet. Comp. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 1980, p. 531, *Intérêt* (sens A) : « ce qui importe réellement à un agent déterminé ».

<sup>83</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), n° 102, spéc. p. 229 ; « Les intérêts de droit international privé », in *Mélanges Gerhard KEGEL*, Metzner, 1977, p. 11 et s. ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *Rec. cours La Haye*, vol. 186, 1984, pp. 219-397, spéc. 274 et s. ; G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, pp. 91-268, p. 180 et s. et p. 186 et s. Comp. sur le développement de la « législation des intérêts » selon laquelle « les règles ne sont destinées qu'à provoquer le résultat socio-économique jugé souhaitable, non à conduire à la solution découlant de la théorie juridique » (B. OPPEIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1<sup>re</sup> éd., 1999, n° 88, p. 106-107). Selon M. Yves LEQUETTE, « le danger est grand que l'attention portée à la satisfaction d'intérêts immédiats n'entraîne la méconnaissance de valeurs auxquelles ces intérêts paraissent pourtant naturellement subordonnés » (« Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 246, 1994, pp. 9-233, spéc. n° 95, p. 100).

<sup>84</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, *ibid.* ; B. AUDIT, « Le caractère... », *ibid.* Cette présentation est aujourd'hui interrogée par le développement de l'intérêt de la personne (L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *Rec. cours La Haye*, vol. 357, 2011, pp. 223-490, spéc. nos 171 et s., p. 370 et s.) conduisant à inscrire deux intérêts au centre des préoccupations : l'intérêt de la personne et de l'intérêt de la collectivité (F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, n° 6, spéc. p. 16-17 : « la Cour de Strasbourg [...] veille à ménager un juste équilibre entre les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu et les exigences de l'intérêt général de la communauté »). Or, « l'intérêt des parties ne se confond manifestement pas avec la protection de l'individu. Toute l'équivoque du libéralisme individualiste est précisément d'avoir cru que la protection de chacun suffirait à organiser la vie en commun, alors qu'un faisceau de droits subjectifs ne saurait atteindre ce but, méconnaissant le problème premier qui est celui de la vie en commun » (H. BATIFFOL, « Les intérêts... », *op. cit.*, spéc. p. 15).

Au sein des intérêts de la société internationale, encore nommés intérêts du commerce international ou « intérêts économiques »<sup>85</sup>, sont évoqués le développement des échanges économiques, l'équité, la bonne foi, la moralité des échanges<sup>86</sup>, mention par ailleurs étant faite de l'intérêt des pays non industrialisés, voire du bien-être matériel des populations du monde entier<sup>87</sup>.

Une faible attention doctrinale est accordée à la notion d'intérêt dans le domaine des activités sportives. Ceci s'explique probablement par une moindre importance des enjeux, au regard de leurs impacts juridiques : les intérêts du commerce international ont une influence sur la qualification de l'arbitrage et la création de règles de droit international privé<sup>88</sup>, il semble que les intérêts du sport entrent en résonance avec une indépendance revendiquée des acteurs du mouvement sportif<sup>89</sup>.

37. Les législations nationales sont jugées inadéquates car elles ne servent pas ces intérêts, ici compris comme finalités de l'activité. M. Éric LOQUIN, par exemple, affirme : « ce sont ces finalités que doit servir le droit matériel du commerce international. Lui seul peut les servir dès lors que, par hypothèse, tel n'est pas l'objet des règles créées pour servir les relations internes à un ordre juridique [...] Les règles matérielles internationales seraient ainsi les vecteurs des seuls intérêts de la société internationale des commerçants »<sup>90</sup>.

38. L'existence même de ces intérêts appelle cependant examen, leur inexistance potentielle relativisant en creux la portée du grief adressé aux législations nationales : quelle serait la valeur d'une critique dépourvue d'objet ? En raison du caractère « embryonnaire » de la société internationale<sup>91</sup>, la réduction des intérêts existant dans les

---

<sup>85</sup> Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 97 et s., spéc. p. 100.

<sup>86</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n<sup>os</sup> 76 et s., p. 48 et s. ; B. OPPETTI, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 309 et s.

<sup>87</sup> Ph. FOUCHARD, « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », *LPA*, 18 déc. 2003, n<sup>o</sup> 252, p. 36 et s., spéc. n<sup>os</sup> 6 et s.

<sup>88</sup> Comp. O. CACHARD, *Droit du commerce international*, LGDJ, Manuel, 2<sup>e</sup> éd., 2011, n<sup>o</sup> 32, spéc. p. 29 : la mise en cause des intérêts du commerce international « renvoie à un intérêt collectif apprécié sous l'angle macro-économique. Elle n'est donc au service des parties au procès que d'une façon médiate en ce qu'elle donne plein effet à l'exercice de l'autonomie de la volonté ». Mentionne, en outre, « les intérêts de la société civile » (n<sup>os</sup> 33, p. 29 et s.).

<sup>89</sup> Sur cette revendication : *infra* n<sup>os</sup> 71 et s.

<sup>90</sup> É. LOQUIN, « Les règles... », *op. cit.*, spéc. n<sup>os</sup> 81 et 82, p. 50.

<sup>91</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n<sup>o</sup> 160, p. 176. Caractère « embryonnaire » concédé par les partisans d'une présentation sous forme de triptyque (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, *op. cit.*, spéc. n<sup>o</sup> 102, p. 229). Comp. Y. LEQUETTE, « De la "proximité" »

relations internationales privées sous forme diptyque intérêts étatiques / intérêt privés, instille un premier doute. Il se renforce à la lecture d'une vaste démonstration destinée à identifier les fondements des règles de droit international privé. Dans cette démonstration, dont seuls quelques éléments conclusifs sont ici présentés, M. Benjamin RÉMY met en exergue deux catégories d'intérêts, l'intérêt étatique et l'intérêt privé<sup>92</sup>, affirmant que les intérêts du commerce international se rattachent soit à des intérêts privés, ceux des commerçants, soit à des intérêts étatiques. Cette posture le conduit à poser la non existence d'intérêts autonomes du commerce international, faute de sujet identifiable<sup>93</sup>. Inexistant, l'intérêt du commerce international ne peut logiquement être pris en compte lors de l'élaboration des règles de droit international privé. Les conclusions de l'auteur, circonscrites à ces règles, règles de rattachement ou règles matérielles, sont susceptibles de généralisation : les législations étatiques sont animées par la satisfaction d'intérêts étatiques et/ou d'intérêts privés<sup>94</sup>.

39. Autorisons-nous une relecture des intérêts précédemment convoqués : le développement des échanges, l'équité, la moralité, etc., sont-ils ceux *du* commerce international ? Ces intérêts ne sont-ils pas, dans les faits, des intérêts privés, ceux des commerçants, des individus composant la population, ou des intérêts étatiques, ceux de

---

au "fait accompli" », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015 p. 481 et s., spéc. n° 2, p. 482-483 : « la difficulté est ici, nous semble-t-il, plus de présentation que de fond. Il est possible, en effet, de retrouver les divers intérêts dont Henri Batiffol recherche la satisfaction en les envisageant sous la seule étiquette de l'intérêt des personnes privées impliquées dans les relations internationales et de l'intérêt de l'État ».

<sup>92</sup> B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2008, n°s 100 et s., spéc. p. 51 et s.

<sup>93</sup> *Ibid.*, n°s 95 et s., p. 48 et s.

<sup>94</sup> Sans que l'analyse pose une différence *stricto sensu*, laquelle imposerait un choix exclusif entre l'intérêt privé *ou* l'intérêt étatique, M. RÉMY ne mentionne pas de lien potentiel entre ces intérêts. Or, la nature du lien potentiel entre intérêt privé et intérêt étatique ne relève sans doute pas de la différence, mais de la distinction, notion contenant la possibilité de conjugaison de ces intérêts. L'intérêt de l'État réside aussi dans la protection des individus et de leurs intérêts (A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, pp. 9-526, spéc. n° 55, p. 99-101). La satisfaction des intérêts individuels traduit, en dominante, « une certaine politique sociale ou économique, impliquant des intérêts sociétaux qui dépassent très largement ceux des seules parties à la relation juridique » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 345, p. 393). Indiquons encore : « si le respect des contrats est favorable aux prévisions des parties, la prévisibilité des conséquences d'un contrat n'est-elle pas aussi un intérêt général caractérisé ? Il semble bien que les particuliers tirent  *finalement*  profit d'un résultat poursuivi dans l'intérêt général » (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, *op. cit.*, n° 101, p. 225, souligné par l'auteur). La différenciation séparatrice s'estompe : l'intérêt de l'État n'implique pas que l'intérêt de l'individu soit  *ipso facto*  écarté, les deux peuvent être conjugués et communément recherchés : « c'est au sein des conflits de lois que la dialectique est la plus caractéristique entre la protection d'intérêts étatiques et la recherche du bien-être des individus » (H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers la publicisation du conflit de lois ?) », *Arch. phil. dr.*, t. 41, 1997, p. 207 et s., spéc. n° 2, p. 208). Rappr. F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue française d'administration publique*, 2004, n° 109, p. 23 et s., spéc. p. 25 : « alors que la régulation poursuivrait principalement l'intérêt public, l'autorégulation protégerait exclusivement les intérêts des régulés. Cette interprétation "dirigiste" est dépassée tant en théorie qu'en pratique ».

pays non industrialisés ? La notion d'intérêt en droit du commerce international a fonction de masque abritant des intérêts privés, elle est, selon M. Vincent HEUZÉ, de l'ordre du « slogan » traduisant la désapprobation que les solutions du droit positif inspirent à ceux qui l'emploient<sup>95</sup>. Bien que moins explicite, la notion d'intérêt du sport appelle une réponse à l'identique : affirmer que des règles ont pour but la satisfaction des intérêts *du sport* ou du sport international équivaut à affirmer que ces règles, quelle que soit leur nature, sont destinées à satisfaire des intérêts privés ou étatiques.

40. Peut-on alors affirmer que les législations nationales sont inadéquates, au motif qu'elles ne répondent pas à des intérêts revendiqués dont l'existence est réfutable ? Ce rejet du premier grief formulé par des partisans du droit non-étatique conforte l'invitation à évaluation du second, lequel exprime une non prise en compte des besoins jugés spécifiques de certains domaines d'activités.

## **B – L'inadéquation des législations nationales aux besoins déclarés spécifiques de certains domaines d'activité : une critique à relativiser**

41. Au titre des facteurs explicatifs du développement du droit non-étatique, s'affiche, conjointement à la non satisfaction d'intérêts jugés spécifiques, la nécessité de répondre à des besoins, objets d'un même jugement de spécificité, de certains domaines d'activités. Le courant doctrinal ici évalué affirme que ces besoins spécifiques ne sont pas pris en compte par les législations nationales, situation requérant la création de règles non-étatiques. Examinons ce qu'il en est dans le cadre du sport, puis du commerce international.

42. Au titre des « “nécessités du sport international” », la doctrine mentionne la « préservation de l'ordre établi » et la « perpétuation du système de compétitions sportives tel qu'il s'est construit depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>96</sup>. Le Tribunal arbitral du sport évoque ponctuellement un « besoin spécifique découlant de l'organisation du sport », impliquant de « pouvoir recourir à des normes transcendant tel ou tel système étatique

---

<sup>95</sup> V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN, Joly, 1990, n° 187, spéc. p. 102, note 35.

<sup>96</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 167 : « Existe-t-il des “nécessités du sport international” qui seraient le “ferment institutionnel” du Mouvement ? Une hypothèse se fait jour : comme tout système de droit, *le Mouvement olympique aspire à la préservation de l'ordre établi*. Son moteur s'apparenterait dès lors à la perpétuation du système de compétitions sportives tel qu'il s'est construit depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, volonté constante qui trouve de multiples traductions concrètes dans les buts assignés au C.I.O., dans la jurisprudence du Tribunal arbitral du sport ou encore dans l'action du Mouvement et de ses membres vis-à-vis des pouvoirs publics ou de toute autre menace, mercantile par exemple, qui se confronte à eux » (nous soulignons).

particulier » et de « développer des règles dégagées, dans la mesure du possible, de toute référence à un système de normes étatiques particulières »<sup>97</sup>.

Confinant à une revendication d'indépendance et d'autonomie, ces besoins sont-ils considérés, satisfaits, par les législations nationales ? L'intervention de nombreux législateurs dans la réglementation du sport, notamment français, italiens et belges, relève du factuel et de l'observable<sup>98</sup>. La liberté d'édicter des règles « transcendant tel ou tel système étatique » apparaît cependant protégée : à titre d'exemple, le Code du sport français indique que : « les fédérations sportives exercent leur activité en toute indépendance »<sup>99</sup>. La doctrine mentionne encore « un droit [étatique] aménagé pour le sport », lequel propose : « des dispositifs dérogatoires afin de contrecarrer les inconvénients qu'engendrait l'application des règles étatiques communes inadaptées aux particularités d'exercice de ces activités sportives »<sup>100</sup>. La double affirmation est en conséquence discutable, que les législations nationales ne répondent pas à ces « besoins » du sport, que leur satisfaction implique nécessairement la création de règles non-étatiques par les acteurs du domaine considéré.

43. Dans le cadre du commerce international, les besoins jugés fondamentaux et revendiqués sont identifiés : le premier est un besoin de liberté d'action des opérateurs, lequel n'appelle pas de long développement en raison du consensus existant et des vertus prêtées à cette liberté<sup>101</sup>. Les deux autres besoins, sécurité juridique et flexibilité des règles juridiques, s'articulent sous la forme d'un principe et d'une limite : les auteurs relèvent que les opérateurs ont besoin de règles stables, donc prévisibles<sup>102</sup>, la flexibilité permettant l'adaptation de ces règles aux situations réelles<sup>103</sup>.

---

<sup>97</sup> TAS, 2006/A/1082&1104, 19 janv. 2007, *Real Valladolid c. B. & Cerro Porteño*, spéc. n° 36, JDI 2008. 287, obs. É. LOQUIN (nous soulignons). Pour une formule identique TAS, 2005/A/983&984, 12 juil. 2006, *Club Atlético Peñarol c. C. Heber Bueno Suarez, C. Gabriel Rodriguez Barrotti & PSG*, spéc. n° 23, JDI 2010. 200, obs. É. LOQUIN ; *Cab. arb.* 2007/2. 39, obs. A. SCHOB.

<sup>98</sup> J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 75-76.

<sup>99</sup> C. sport., art. L131-1, al. 2<sup>nd</sup>. Rapp. F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 21, p. 35 : le « droit italien [...] a gravé dans le marbre de la loi un « principe d'autonomie » » du « droit sportif ».

<sup>100</sup> J.-P. KARAQUILLO, *op. cit.*, p. 75 et s.

<sup>101</sup> Le besoin de liberté, aussi nommé « liberté d'initiative commerciale » (J. BÉGUIN et C. NOURISSAT, « Introduction », in J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, Lexisnexus, Traité, 2<sup>e</sup> éd., 2011, spéc. nos 50 et s., p. 46 et s.), conduit à « libéraliser les échanges commerciaux internationaux pour accroître leur volume ce qui, selon le raisonnement tenu (assez simpliste à la vérité), devrait logiquement conduire à la paix et à la prospérité » (J.-B. RACINE et F. SIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, Cours, 2<sup>e</sup> éd., 2011, n° 6, p. 6-7). Ce propos doit être rapproché de la pensée de MONTESQUIEU : « L'effet naturel du commerce est de porter la paix. Deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes ; si l'une a intérêt à acheter, l'autre à intérêt à vendre ; et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels » (*De l'esprit des lois*, Livre XX, Chap. II (t. II, GF Flammarion, 1979, p. 10)).

<sup>102</sup> J.-B. RACINE et F. SIRIAINEN, *ibid.* ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. nos 61 et s., p. 43 et s. Comp. L. JOSSERAND, « Comment les textes

44. L'affirmation d'une incapacité des législations nationales à satisfaire ces besoins explicites et explicites est mise en doute par l'étude de la rationalité des règles édictées par un ordre juridique étatique. Il convient, certes, de prendre en compte le contexte socio-économique de certaines interactions marchandes (éloignement géographique, différences culturelles, monétaires, etc.), mais ces paramètres autorisent-ils une généralisation arguant de la transformation d'une relation économique dès le passage d'une frontière ? La relation établie de part et d'autre de la frontière franco-allemande est-elle intrinsèquement différente de celle existant entre deux sociétés françaises opérant sur le territoire national ? Henri BATIFFOL considère que : « dans la majorité des cas, les relations contractuelles internationales posent les mêmes problèmes que les relations contractuelles internes »<sup>104</sup>. Internes ou internationales, ces relations sont premièrement des relations contractuelles, les problématiques générées sont identiques et relèvent, en dominante et sans prétendre à l'exhaustivité, de la validité, la révision et l'inexécution du contrat<sup>105</sup>.

45. S'agissant des besoins jugés fondamentaux et revendiqués du commerce international, peut-on soutenir que les relations contractuelles internes ne requièrent pas liberté, sécurité, prévisibilité et flexibilité ? Ces impératifs, requis pour les relations internationales, ne sont pas de moindre importance pour les relations internes, et l'histoire

---

de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Études de droit civil à la mémoire d'Henri CAPITANT*, Dalloz, 1939, p. 369 et s., spéc. n° 1 : « c'est une vérité d'évidence que, dans toute communauté sociale, la vie du droit est largement conditionnée à la vie économique ; vérité de tous les temps et de tous les pays, mais qui s'affirme de nos jours avec une particulière insistance : de plus en plus, l'économique bouscule le juridique, lui impose sa loi, le façonne à son image [...] Jadis, le législateur construisait ou pensait construire pour l'éternité ; depuis un quart de siècle, il n'édifie plus guère que des abris provisoires, élevés à la hâte et qu'une rafle économique balayera quelque prochain jour ».

<sup>103</sup> C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, pp. 79-308, spéc. p. 193 : « Les relations économiques internationales sont trop onéreuses à établir, trop compliquées à maintenir et trop dommageables lorsqu'elles s'éteignent prématurément pour que tous les efforts ne soient pas entrepris afin d'en permettre l'exécution contre vents et marées »

<sup>104</sup> H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, pp. 75-148, spéc. p. 132 (nous soulignons). Rappr. E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria* : pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI* 1995. 1, spéc. n° 4, p. 7-8 : « Le terme de règle transnationale ou celui du principe général du droit du commerce international présente l'avantage sur celui de *lex mercatoria* de ne pas nier que la solution des problèmes de la société des marchands puisse être trouvée, le cas échéant, dans les droits nationaux ».

<sup>105</sup> M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 2<sup>e</sup> éd., 2016, n° 8, p. 20 : « Bien souvent, en effet, les opérations du commerce international prennent la forme de contrats correspondant à des types classiques (vente, entreprise, mandat...) et les questions que ceux-ci soulèvent, au plan juridique, sont loin d'être toujours d'une originalité éclatante : formation et validité du contrat, sanctions en cas d'inexécution, rupture, etc. ». Comp. pour un exposé des spécificités du droit du commerce international : *ibid.*, nos 9 et s., p. 12 et s.

en atteste, les considérant dès l'adoption du Code de commerce en 1807<sup>106</sup>. M. Pierre MAYER observe par ailleurs : « on a beaucoup mis en avant la nécessité d'élaborer des règles tenant compte de la spécificité du commerce international. Celle-ci ne saute pourtant pas aux yeux »<sup>107</sup>. Cela posé, et quand bien même une spécificité de ces besoins serait démontrée et reconnue aux relations internationales, les droits étatiques les prennent en compte : la liberté contractuelle est une règle universellement partagée, élevée au statut de principe, de *princeps* : « qui prend la première place »<sup>108</sup>, par de nombreux droits nationaux<sup>109</sup>. La sécurité juridique est prise en considération et protégée, notamment, par la force obligatoire des conventions<sup>110</sup>. Une certaine flexibilité est encore recherchée, visant la possible adaptation d'un contrat à des circonstances économiques nouvelles<sup>111</sup>. Il n'est pas nécessaire de se livrer à un comparatif point par point des besoins en présence pour conclure à leur identité dans ces relations et leur prise en compte par les droits étatiques.

---

<sup>106</sup> V. LASSERRE-KIESOW, « L'esprit du Code de commerce », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 19 et s., spéc. p. 21 : « Les codificateurs en 1807 ont cherché à garantir le bon ordre du commerce, avec pour devise : crédit, célérité, sécurité » ; H. SYNVET, « L'internationalisation du droit des affaires », *ibid.*, p. 727 et s., spéc. n° 1, p. 727 : « quant au Code de commerce de 1807, s'il marquait une inflexion vers un certain nationalisme juridique, il ne négligeait pas pour autant les besoins de ceux qui pratiquaient la "grosse aventure" » (nous soulignons).

<sup>107</sup> P. MAYER, « Préface », in V. ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2010, p. XI : « Il suffit de comparer les Principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international et les Principes européens du droit des contrats élaborés par la commission Lando : les seconds, qui ont vocation à s'appliquer aux contrats internes, sont pour l'essentiel identiques aux premiers ».

<sup>108</sup> P. MORVAN, « Principes », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1201 et s., spéc. p. 1201 ; *Le principe de droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, 1999.

<sup>109</sup> Cl. WITZ, *Le droit allemand*, Dalloz, Connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 101 et s. ; B. DUTOIT, *Le droit russe*, Dalloz, Connaissance du droit, 1<sup>re</sup> éd., 2008, p. 52. Comp. C. LOPEZ et Fr. CONSTANT, *Le droit chinois*, Dalloz, Connaissance du droit, 1<sup>re</sup> éd., 2013, p. 66 « la liberté contractuelle n'est pas explicitement consacrée mais peut se déduire dans une certaine mesure de la protection accordée aux parties dans la formation et l'exécution des contrats ».

<sup>110</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2008, nos 28 et s., p. 55 et s. : évoque, sous l'expression « principes fondateurs du droit des contrats », la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi, toutes notions permettant de satisfaire les besoins de liberté, de sécurité, de prévisibilité et de flexibilité. La réforme du droit des contrats pose, par ailleurs, des « dispositions liminaires » (art. 1101 et s.) servant à « définir, ou plutôt redéfinir, les notions fondamentales du droit des contrats et à consacrer, sans formellement utiliser le terme, les principes généraux » (M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016. 494, spéc. n° 6, *in fine*), « sécurité, efficacité et équité constituent la devise de ce nouveau droit des obligations » (*ibid.*, spéc. n° 4). Rapp. Cl. WITZ, *ibid.*, p. 102 : « Le principe de la force obligatoire des actes juridiques, notamment des contrats, n'est pas énoncé, de manière particulière, par le BGB. Point de pendant, dans le Code de 1900, du célèbre article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil ! » ; C. LOPEZ et Fr. CONSTANT, *ibid.*

<sup>111</sup> Depuis la réforme des contrats, introduite par l'ordonnance n° 2016-131, la révision pour imprévision est inscrite à l'art. 1195 C. civ. (O. DESHAYES, Th. GÉNICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016, p. 394 et s. ; M. LATINA et G. CHANTEPIE, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Hors collection, 2016, nos 522 et s., p. 441 et s.). Rapp., sur les pays connaissant la révision pour imprévision : Cl. WITZ, *ibid.*, p. 137 ; B. DUTOIT, *Le droit russe, op. cit.*, p. 53-54.



46. Observation et analyse indiquent que les législations nationales n'apparaissent pas techniquement inadaptées, et répondent potentiellement aux besoins et problématiques des relations internationales. La fréquence élevée des clauses d'*electio juris* désignant des lois étatiques le confirme<sup>112</sup>, contrastant avec la rareté des clauses portées sur des manifestations du droit non-étatique<sup>113</sup>. Emblématiques d'une prise en compte des besoins du commerce international<sup>114</sup>, comment expliquer que ces instruments ne suppléent pas aux droits nationaux ? On peut objecter que des aspects importants de la vente, dont le transfert de propriété, ne sont pas traités par les Principes Unidroit ni, à titre comparatif, par la Convention de Vienne (CVIM)<sup>115</sup>. L'approximation de ces textes, lesquels mentionnent un « délai raisonnable » autorisant la saisie du tribunal en cas de *hardship*<sup>116</sup>, ou l'acheteur à agir pour se prévaloir d'un défaut de conformité<sup>117</sup>, est-elle gage de sécurité et de prévisibilité quant à la réussite de l'action ? La réponse est assurément négative, il appartient aux parties de préciser ce qu'elles entendent par « délai raisonnable »<sup>118</sup>, les besoins du commerce international ne sont pas nécessairement satisfaits par une règle de source internationale ou non-étatique<sup>119</sup>.

47. L'appréciation de la rationalité des règles créées par les ordres juridiques étatiques suppose qu'en soient explicitement déterminés les objectifs, buts ou finalités, de manière générale les résultats attendus. Pour les partisans d'une spécificité des relations internationales, la réponse est claire : la visée des règles étatiques est limitée aux litiges

---

<sup>112</sup> G. CUNIBERTI, « La faible attractivité internationale du droit français des contrats », in *Mélanges Bernard AUDIT. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 253 et s., spéc. n° 13 et s., p. 256-257 et tableaux les statistiques proposés. Rapp. G. CUNIBERTI, « The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws », *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 34/3, 2014, p. 455 et s.

<sup>113</sup> L. RAVILLON, « La recherche de la sécurité juridique : la stipulation quasi systématique d'une clause de choix de la loi applicable », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 67 et s., spéc. p. 67-68, note 2 : selon les statistiques proposées par la CCI, « la clause de droit applicable figure dans 87% des contrats à l'origine des litiges soumis à l'arbitrage de la CCI en 2008 », « Dans 3% des contrats les parties avaient fait le choix exprès de l'application d'une convention internationale (CVIM), des Principes Unidroit, du commerce international, de l'équité... ».

<sup>114</sup> Principes Unidroit, 2010, Introduction à l'édition de 1994 : « les Principes sont destinés à fournir un ensemble de règles spécialement adaptées aux besoins des opérateurs du commerce international ».

<sup>115</sup> CVIM, art. 4 : « sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas : a) La validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages ; b) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendue ».

<sup>116</sup> Principes Unidroit, 2010, art. 6.2.3, 3).

<sup>117</sup> CVIM, art. 39, 1).

<sup>118</sup> P. SCHLECHTRIEM et Cl. WITZ, *Contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008, n° 232, p. 159-160.

<sup>119</sup> Rapp. G. CUNIBERTI, « Is the CISG benefiting anybody? », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006, vol. 39, p. 1511 et s. (« La CVIM profite-t-elle à qui que ce soit ? », traduction libre).

internes<sup>120</sup>, affirmation que nuancent MM. MAYER et HEUZÉ : « c'est en pensant aux relations de la vie interne que le législateur a élaboré le contenu de la règle. Mais ce modèle, à défaut d'un autre mieux adapté, peut et doit être appliqué à toute situation soumise au juge »<sup>121</sup>. Certains auteurs, dont M. Paul LAGARDE, doutent de l'inadéquation des législations nationales : « le principe même d'une réglementation matérielle différente pour les relations internes et pour les relations internationales est de moins en moins évident »<sup>122</sup>. Observons d'ailleurs que la CVIM et les Principes Unidroit sont largement inspirés des droits nationaux, pour n'en donner qu'un exemple, ces Principes : « reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous [...] ils renferment également des solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale »<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international. Droit international de l'entreprise*, Lexisnexus, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n° 22, p. 17 : « à raison des questions originales qu'il pose et liées au franchissement du poteau frontière, [le contrat international] ne se réduit pas à une simple variante d'un contrat de droit national. En conséquence, l'application d'une loi nationale, conçue pour un contrat de droit national, paraît insuffisante à résoudre les difficultés suscitées par le régime de cet accord » (nous soulignons) ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 81, p. 50.

<sup>121</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 121, spéc. p. 97 (souligné par les auteurs). L'application des lois étatiques aux relations internationales traduit, selon l'expression attribuée à Étienne BARTIN, « la projection du droit interne sur le droit international », formule cependant évaluée « excessive » (R. LIBCHABER, « L'avenir d'un paradoxe », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 519 et s., spéc. p. 520 et note 5) et ne traduisant pas la position de l'auteur, qui affirme : « Le régime international de l'acte juridique se trouve ainsi arrêté dans une large mesure » [...] Et il est arrêté par des règles qui présentent invariablement le même caractère, celui de correspondre au même but auquel les dispositions en conflit correspondent elles-mêmes en droit interne, dans les différentes législations dont elles dépendent [...] La règle de conflit sort naturellement de la règle de droit interne des différentes législations en conflit, plus précisément de l'élément commun qui se retrouve dans chacune d'elles, de la considération du but qu'elles se proposent toutes » (É. BARTIN, *Principes de droit international privé*, vol. 1, Domat-Montchrestien, 1930, n° 74, spéc. p. 182).

<sup>122</sup> P. LAGARDE, « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2002, n° 46, supplément, p. 17 et s., spéc. p. 21 : « que certaines législations internes aient été mal adaptées aux relations internationales, faut-il conclure que les réglementations matérielles internationales mises au point par des conventions internationales à portée mondiale ne seraient pas adaptées aux relations internes ? ». Rapp. J. BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », *McGill Law Journal*, 1985, vol. 30, p. 478 et s., spéc. n° 9, p. 495 : « Rien ne s'oppose à l'utilisation du crédit documentaire dans le cadre interne, ni à la livraison dans le même cadre d'une usine "clés en mains". Même si les solutions ne sont pas les mêmes, la conciliation entre sécurité et flexibilité contractuelles se présente en termes identiques dans les contrats internes » ; J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, LGDJ, 1983, n° 227 et s., p. 219 et s., spéc. n° 245, p. 228 : « au stade de l'exécution du contrat la Convention de Vienne rassemble en une seule action toutes les sanctions civiles de la non-conformité actuellement liée dans notre droit à une série d'actions, dont nous avons vu la diversité et les difficultés de frontières qu'elle faisait naître. Il est permis de penser que *de lege feranda* c'est dans ce sens que pourraient s'orienter une réforme opportune de la matière ». Rapp. E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ, Université de Poitiers – Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2003. Sur l'application de la CVIM à des contrats internes : *infra* n° 496.

<sup>123</sup> Principes Unidroit, 2010, Introduction à l'édition 1994. Rapp. D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, n° 532., p. 339 : les principes généraux invoqués par les partisans de la *lex mercatoria* peuvent toujours « être découverts dans les différents

48. De cet ensemble d'indications, il ressort que les besoins des relations internationales sont partagés par les relations internes et pris en compte par les législations nationales, et que l'impossibilité technique de régir les situations internationales par des droits étatiques n'est pas démontrée. De surcroît, il n'est pas certain que les règles spécialement édictées pour les relations internationales satisfassent en toutes situations les besoins revendiqués. Les arguments énoncés quant à la liberté, la sécurité, la flexibilité ou encore la prévisibilité n'apparaissent pas probants, et n'expliquent pas la genèse du droit non-étatique.

## §2 – Un jugement d'inadéquation des législations nationales en raison des méthodes : concentration des critiques sur la méthode conflictuelle

49. La méthode, définie comme une succession d'étapes pour parvenir à un résultat<sup>124</sup>, recouvre ici deux réalités : les modes institutionnels de résolution des litiges proposés par les États, notamment le recours au juge, et les outils juridiques qu'utilisent ces juges. Le courant doctrinal porteur de ces jugements d'inadéquation des législations nationales affirme que la résolution des litiges nés de certaines activités requiert, alternativement ou cumulativement, célérité, confidentialité, liberté dans les règles applicables et spécialisation des juges. La justice étatique ne serait pourvue d'aucune de ces qualités : elle est évaluée longue, coûteuse, incertaine<sup>125</sup>, et il est par ailleurs reproché au juge d'être « plus rigide, moins compréhensif qu'un arbitre » dans l'application des règles de droit<sup>126</sup>. *A contrario*, l'arbitrage, dont les mérites sont mis en exergue, est perçu comme comblant l'ensemble de ces attentes<sup>127</sup>. Réelles ou supposées, ces caractéristiques

---

systèmes juridiques nationaux, soit directement, soit en tant que dérivés, avérés ou probables, de l'un des principes généraux du droit contenus dans les ordres juridiques étatiques. Il en est ainsi de l'obligation de minimiser le dommage, de l'estoppel, de l'effectivité de la clause compromissoire sous certains de ses aspects, ou des multiples applications du principe de bonne foi ».

<sup>124</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 1980, p. 623, *Méthode* (sens A).

<sup>125</sup> Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux : à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 97 et s.

<sup>126</sup> G. DE LA PRADELLE, « La justice privée », in H. GHÉRARI et S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, Cahiers internationaux, 2003, p. 125 et s., spéc. p. 134. Sur l'application du droit non-étatique par l'arbitre : *infra* nos 222 et s.

<sup>127</sup> É. LOQUIN, L. B. BUCHMAN, « Préférez l'arbitrage ! », *Gaz. Pal.*, 16 sept. 2008, n° 260, p. 9 et s. ; P. TERCIER, « La légitimité de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011/3. 653. Sur l'ensemble de la question : Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 1<sup>re</sup> éd., Montchrestien, Domat – Droit privé, 2013, nos 44 et s., p. 50 et s. Rappr. sur les avantages de l'arbitrage en matière sportive : G. SIMON, « L'arbitrage des conflits sportifs », *Rev. arb.*, 1995/2, p. 185 et s., spéc. p. 186-187 ; G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 747, p. 570. Comp. pour une appréciation critique : A. KASSIS, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel*, LGDJ, 1988.

prêtées à l'arbitrage contribuent potentiellement à une désaffection des opérateurs économiques envers la justice étatique. Ce débat relatif à l'arbitrage n'explique cependant pas la genèse du droit non-étatique, objet des présents développements<sup>128</sup>. Sont donc ici soumises à examen les critiques adressées à la méthode conflictuelle (A) et leur teneur appréciée (B).

## A – Exposé des critiques adressées à la méthode conflictuelle

50. Trois critiques sont le plus fréquemment adressées à la méthode conflictuelle<sup>129</sup> : sa difficulté (1.), la diversité des règles de conflit de lois (2.), et l'application systématique d'une loi étatique aux relations internationales (3.). Sont-elles de nature à rendre compte de la genèse du droit non-étatique ?

### 1. – La difficulté supposée de la méthode conflictuelle : une critique infondée

51. La méthode conflictuelle est jugée trop « savante »<sup>130</sup>, réservée à des initiés et donc inaccessible aux néophytes<sup>131</sup>. M. Bruno OPPETIT affirme ainsi : « Il résulte de ces entrelacs d'abstractions et de corrélations une complexité qui porte certes à la réflexion, mais qui rend l'approche de la matière particulièrement ardue et qui nécessite un effort

---

<sup>128</sup> L'arbitrage permet la création de règles de droit, mais ces règles se déclinent en principes généraux ou systématisation des usages, manifestations du droit non-étatique que nous ne traitons pas. Sur la contribution de l'arbitrage à la création de la *lex mercatoria* : B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI* 1979. 475 ; É. LOQUIN, « L'application des règles anationales dans l'arbitrage commercial international : l'apport de la jurisprudence arbitrale », Publication CCI, n° 440/1, 1986, p. 67 et s. ; J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Rev. arb.* 1990. 55, spéc. p. 78 et s. ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 18 et s. Sur la contribution de l'arbitrage à la *lex sportiva* : A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, nos 1235 et s., p. 627 et s. ; F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 257 et s. ; M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de Droit public, 2011, nos 1158 et s., p. 469 et s.

<sup>129</sup> Pour un exposé des griefs adressés à la méthode conflictuelle : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013, nos 91 et s., p. 74 et s.

<sup>130</sup> Sur le caractère « savant » du droit international privé : B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », *Rec. cours La Haye*, vol. 234, 1992, pp. 331-434, spéc. 375 et s. Pour une discussion sur les effets de ce caractère : C. KESSEDIAN, « Les effets pervers du caractère savant du droit international privé », *in Études à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, p. 379 et s.

<sup>131</sup> O. LANDO, « The Principles of European Contract Law and the *Lex Mercatoria* », *Private Law in an International Arena. Liber Amicorum Kurt Siebr*, TMC Asser Press, 2000, pp. 391-404, spéc. p. 393 : « for many lawyers choice of law rules are *terra incognita* and will entail the application of foreign law ».

pédagogique spécialement poussé de la part de ceux qui l'exposent par la plume ou par le verbe »<sup>132</sup>.

52. Il semble que ce haut degré de technicité attribué à la méthode conflictuelle soit relatif, M<sup>me</sup> Catherine KESSEDJIAN énonce que ces objections sont formulées par : « des juristes qui n'ont pas été formés aux arcanes du droit international privé »<sup>133</sup>. M. Éric LOQUIN conforte le propos : « le droit international privé, en tant que technique n'est pas plus difficile d'accès que le droit des obligations ou le droit fiscal, *a fortiori* le droit de la concurrence. Le droit international privé s'est doté, surtout en matière contractuelle, d'instruments accessibles et clairs donnant à la solution retenue un très grand degré de certitude »<sup>134</sup>.

53. Rejetée par les uns, retenue par les autres, cette première dimension critique de la méthode conflictuelle n'appelle pas de longs développements : que le droit international privé bénéficie d'une méthode qui lui soit propre relève de l'observation, qu'il soit évalué plus difficile d'approche que d'autres disciplines universitaires relève de l'appréciation subjective. Ceci ne justifie pas l'édiction de règles de nature autre, telles des règles non-étatiques.

## 2. – La diversité des règles de conflit de lois : une critique à pondérer

54. La pluralité des droits nationaux fonde la deuxième critique envers la méthode conflictuelle : au-delà des dispositions matérielles des États évoquées *supra*, cette pluralité impacte les règles de droit international privé. La diversité des règles de conflit de lois entraîne incertitude et imprévisibilité des solutions : en accord avec nombre d'auteurs, M. Berthold GOLDMAN relève, à propos de l'application des lois nationales : « l'incertitude de leur désignation par des systèmes de droit international privé (eux-mêmes propres à chaque pays) »<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> B. OPPETTI, « Le droit international privé... », *op. cit.*, spéc. p. 377. Rapp. M. SIMON-DEPITRE, *Droit international privé*, Librairie Armand Colin, Section de droit, 1964, p. 7 : « Le droit international privé passe, à tort ou à raison, pour la branche la plus difficile du droit privé. On l'a appelé "la science des broussailles" ».

<sup>133</sup> C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, pp. 79-308, spéc. p. 206 ; « Les effets pervers... », *op. cit.*, spéc. p. 380. Rapp. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 95, p. 76 : « La première [critique] tenant à la complexité de la méthode conflictuelle atteint moins la méthode en soi que la physionomie que certains courants doctrinaux s'efforcent de lui faire revêtir ».

<sup>134</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 102, p. 58.

<sup>135</sup> B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. phil. droit*, t. 9, 1964, p. 177 et s., spéc. p. 179 ; C. KESSEDJIAN, « Codification du droit... », *op. cit.*, spéc. p. 208 ; É. LOQUIN, « Les règles... », *ibid.*,

55. Bien qu'elle conserve de sa pertinence, cette observation appelle relativisation : en 2001, M. Bernard AUDIT dispense un cours sur la quête d'universalité du droit international privé dont les conclusions sont nuancées<sup>136</sup>, et quinze ans plus tard, malgré de réelles évolutions, le droit international privé apparaît encore pluriel, régional : le processus d'uniformisation ou d'harmonisation est clairement inachevé, confirmant le diagnostic et son actualité<sup>137</sup>. Au regard de l'adoption des nombreuses conventions de La Haye et de l'eupéanisation des règles de conflit de lois par la succession de règlements dédiés au droit international privé<sup>138</sup>, le grief fondé sur la diversité des règles de conflit de lois doit cependant être tempéré.

### **3. – L'application systématique d'une loi étatique aux relations internationales : une critique recevable de la fonction localisatrice de la règle de conflit de lois**

56. Cette troisième critique, dont l'impact est probablement plus important, se concentre sur les résultats de la méthode conflictuelle, laquelle désigne nécessairement un droit étatique. Dans sa conception initiale, cette méthode, dont la fonction est de désigner un ordre juridique compétent, ne peut désigner qu'un ordre juridique étatique. Rappelons alors que, selon ces mêmes auteurs, les droits étatiques sont jugés inadaptés aux spécificités des relations internationales, M. Éric LOQUIN énonçant : « la méthode des conflits de lois présente une *infirmité congénitale* en ce sens qu'elle conduit toujours, à l'issue de son processus, à l'application, à une relation internationale, d'une norme conçue pour régir les relations internes »<sup>139</sup>. Une critique similaire conclut : « la méthode du conflit de lois se révèle impuissante à satisfaire l'attente des praticiens du contrat du commerce

---

spéc. n° 103, p. 58 ; I. STRENGER, « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *Rec. cours La Haye*, vol. 227, 1991, pp. 207-355, spéc. p. 281-282.

<sup>136</sup> B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 305, 2003, pp. 9-488, spéc. n° 484, p. 479 : « en définitive, le droit international privé n'est sans doute ni plus ni moins universel qu'il ne l'a toujours été, car soumis à des facteurs de rapprochement et d'éloignement ».

<sup>137</sup> Ch. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 330, 2007, pp. 9-474, spéc. n° 76, p. 104 : « L'unification est aussi devenue plurielle, avec des degrés variables allant de l'uniformité à l'harmonisation des sources multiples [...] Le droit uniforme sous toutes ces variantes n'est plus né en une seule place, mais il est polycentrique ».

<sup>138</sup> *Infra* n° 76 et les références citées.

<sup>139</sup> É. LOQUIN, « Les règles... », *op. cit.*, n° 54, p. 41 (nous soulignons) et n° 104, p. 58. Pour appuyer cette citation, l'auteur se réfère aux écrits d'Henri BATIFFOL mais ce dernier ne semble pas opposé à l'utilisation de la méthode conflictuelle : « dans la majorité des cas, les relations contractuelles internationales posent les mêmes problèmes que les relations contractuelles internes ». Il semble préférable de laisser « l'opération dans l'orbite d'un système étatique qui lui assure un règlement homogène » (« Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, pp. 75-148, spéc. p. 132).

international »<sup>140</sup>. La critique est ici d'ordre fonctionnel, elle est centrée sur la visée, la finalité de la règle de conflit de lois, et seul son résultat, l'application d'un droit étatique, est regretté.

57. Cette troisième critique, sans que les deux premières soient occultées, invite à débat, vaste débat ?, sur la crise du conflit de lois et l'adéquation de la méthode conflictuelle dans un contexte transnational<sup>141</sup>. Limitons le propos à l'exposition et l'appréciation des arguments visant au développement de nouvelles formes de régulations, dont le droit non-étatique, en soulignant, dès à présent et malgré la persistance de ces critiques, que : « le droit international privé se porte encore bien, même en droit commercial »<sup>142</sup>. Les règles de conflit de lois sont en dominante gouvernées par le principe d'autonomie, autorisant un libre choix de loi, lequel, conjugué des clauses compromissaire et attributive de juridiction, réduit les risques d'aléas et le « saut dans l'inconnu » dont la crainte s'exprime<sup>143</sup>.

58. De surcroît, la diversité des législations étatiques est à mettre en exergue, certains ordres juridiques allant jusqu'à abaisser voire déréglementer leur niveau de régulation pour attirer des opérateurs économiques. Cette « offre législative », mise en

---

<sup>140</sup> J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international. Droit international de l'entreprise*, Lexisnexis, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n° 22, p. 17 ; F. JUENGER, « The Problem with Private International Law », *Liber Amicorum Kurt SIEHR. Private Law in an International Arena*, TMC Asser Press, 2000, p. 289 et s., spéc. p. 304 : le droit international privé continuera de fournir des résultats décevants tant que la méthode conflictuelle continuera d'être appliquée (traduction libre) ; J. BÉGUIN et C. NOURISSAT, « Introduction », in J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, Lexisnexis, Traité, 2<sup>e</sup> éd., 2011, spéc. n° 16, p. 18 : « Selon la méthode des conflit de lois, en effet, on est conduit à appliquer à un problème de droit du commerce international une règle de droit qui a été élaborée par un droit étatique déterminé pour résoudre des problèmes de droit commercial interne. Dans la mesure où, par sa nature, le problème de droit du commerce international appelle une règle propre, la solution risque d'être inadaptée ». Comp. à propos des « attentes des praticiens », nommées « légitimes prévisions des parties » par M. Pierre MAYER, « il est en général impossible de déduire du principe du respect des légitimes prévisions des parties la solution des problèmes de conflit de lois », « une possibilité exceptionnelle de mettre en œuvre le principe du respect des légitimes prévisions des parties apparaît lorsque les normes de conflit des divers États intéressés concordent : dans ce cas, il est très vraisemblable que les parties ont envisagé l'application de la règle substantielle désignée par ces normes » (*La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1973., nos 208 et s., p. 156 et s., spéc. n° 212, p. 161).

<sup>141</sup> Sur la crise du conflit de lois : B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *Rec. cours La Haye*, vol. 186, 1984, pp. 219-397 ; « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *Trav. Com. fr. DIP (1985 – Journées du cinquantenaire)*, CNRS, 1988, p. 59 et s. Sur le droit international privé dans un contexte transnational : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 582-1 et s., p. 698 et s. et nos réflexions : *infra* nos 606 et s.

<sup>142</sup> C. KESSEDIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, pp. 79-308, spéc. p. 205.

<sup>143</sup> Pour une présentation nuancée des limites de la méthode conflictuelle : M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 2<sup>e</sup> éd., 2016, n° 12, p. 22.

concurrence par l'autonomie de la volonté, propose des alternatives conséquentes de législation, ceci réduisant le risque d'inadéquation des droits étatiques<sup>144</sup>. Quelle valeur accorder à ces jugements d'inadaptation, d'inadéquation, quand ces droits étatiques offrent aux opérateurs une liberté aussi grande dans l'organisation de leurs rapports contractuels ? L'appréciation négative de ce discours doctrinal quant à la désignation d'un ordre juridique étatique est à questionner, et, plus généralement, sa pertinence quant à sa prétention à rendre compte de la genèse du droit non-étatique.

## **B – La genèse du droit non-étatique : nécessité de clarifier ce discours doctrinal critique**

59. La plus grande part des critiques exposées, technicité de la méthode conflictuelle, désignation systématique d'une loi étatique, absence de prise en considération de spécificités, intérêts, et besoins déclarés de certains domaines d'activité ne rend pas compte de la création du droit non-étatique, n'en explique pas la genèse.

60. L'une d'entre elles, la diversité des législations l'explique potentiellement et partiellement : conformément au modèle Westphalien<sup>145</sup>, le XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> attestent une réglementation indépendante des relations internationales par les États. Ceci contribue au développement autarcique des législations nationales, à une : « nationalisation du droit du commerce international »<sup>146</sup>, voire une : « confiscation par l'État de la production des normes commerciales »<sup>147</sup>. Vecteurs de diversité, ces phénomènes augmentent la probabilité que le commerce international, souverainement et indépendamment réglementé par chaque État, soit différemment contraint par des politiques législatives non similaires. L'efficacité économique de ces relations se heurte conséquemment à la diversité des droits nationaux : assurée dans un État, rien ne garantit, que la sauvegarde du contrat, par exemple, le soit dans un autre. Il semble que la somme

---

<sup>144</sup> Sur la mise en compétition des législations nationales dans un contexte transnational et le « pouvoir d'arbitrage des opérateurs économiques » : H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions), *Rec. cours La Haye*, vol. 307, 2004, pp. 25-384, spéc. nos 9 et s., p. 51 et s. ; H. SYNVEIT, « L'internationalisation du droit des affaires », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 727 et s., spéc. nos 14 et s., p. 734 et s.

<sup>145</sup> Sur ce modèle théorique décrivant un monde divisé en États souverains : *infra* n° 162.

<sup>146</sup> J. BEGUIN, « Introduction », in J. BEGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, Lexisnexus, Traités, 2<sup>e</sup> éd., 2011, spéc. p. 16 ; D. COHEN, « Droit du commerce international et modernité », in *Études à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, p. 109 et s., spéc. p. 118-119.

<sup>147</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 3, p. 22. Comp. D. CARREAU et P. JULLIARD, *Droit international économique*, Dalloz, Précis, 5<sup>e</sup> éd., 2013, n° 19, p. 7 : « Le droit international économique tout comme le droit international général sont liés à l'existence d'États-nations, indépendants, dont les frontières constituent autant de limites à leur action politique et économique » (souligné par les auteurs).



des conceptions particulières développées par chaque ordre juridique étatique produise trop de différences quant à l'intangibilité du contrat, l'imprévision ou la force majeure, lesquelles seraient optimisées par la recherche d'une identité de modèle, une unicité de conception, à laquelle chacun puisse adhérer. Les législations nationales ne sont pas techniquement inadaptées, mais les opérateurs ont besoin de standards auxquels se référer. M. Éric LOQUIN le signifie lorsqu'il affirme que «le contrat commercial international a besoin de la flexibilité que lui offre “la définition internationale de la force majeure”»<sup>148</sup>. Ceci implique-t-il, au sens strict d'une implication logique, que ces standards soient créés par des acteurs non-étatiques ? La réponse est assurément négative.

61. L'analyse des arguments proposés par ce courant doctrinal conclut au caractère infondé de nombreuses critiques adressées aux législations étatiques et conduit à écarter les éléments de justification ayant pour effet d'obscurcir la problématique. Le dire ainsi entend signifier que la valeur de la critique dépend de sa capacité à se centrer sur ce qui importe au plan de la réalité et pour l'action. Ce discours rejette dans l'ombre, au détriment d'appréciations le plus fréquemment non étayées, la pertinence soulignée de quelques critiques : ce que la critique gagne en étendue, elle le perd en cohérence.

62. Il semble que les postulats de spécificités, besoins ou intérêts masquent des revendications d'une nature autre, prenant le risque d'un débat idéologique, ou dogmatique, dont l'idée directrice est l'autonomie des acteurs non-étatiques<sup>149</sup>. Ceci requiert clarification, contribuant à la mise en exergue recherchée des facteurs explicatifs de la genèse du droit non-étatique.

\*

63. **Conclusion Section 1** – Dans le but de clarifier les facteurs explicatifs de la genèse du droit non-étatique, l'affirmation d'une inadéquation des législations nationales aux activités déployées dans un contexte international est soumise à évaluation. Deux critiques majeures sont rejetées : l'une fondée sur la non-prise en compte par les dispositions substantielles des législations nationales des spécificités déclarées, besoins et intérêts de certains domaines d'activités, l'autre exprimant l'impuissance de la méthode conflictuelle dans le traitement de certains rapports internationaux. Il semble que le discours doctrinal énonçant ce jugement d'inadéquation ait pris le risque d'une

---

<sup>148</sup> É. LOQUIN, *ibid.*, spéc. n° 60, p. 43 ; P. BLOCH, *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales*, Thèse, Université de Bourgogne, 1982, spéc. p. 7-8 : « le commerce international a besoin d'uniformité et cherche à éviter les disparités législatives, politiques, administratives et financières qui constituent des entraves aux échanges de marchandises ».

<sup>149</sup> Sur cette revendication d'autonomie : *infra* nos 71 et s.

généralisation excessive, obstacle à la mise en lumière des facteurs explicatifs de la genèse du droit non-étatique.

## **Section 2 – L’absence de législation étatique : un facteur explicatif de la genèse du droit non-étatique**

---

64. L’absence de législation étatique dans certains domaines d’activités, tels le commerce, le commerce électronique, et le sport, résulte, en dominante, d’une construction historique (§1). Les causes de l’inexistence de législations étatiques permettent de comprendre la nécessité, éprouvée par des acteurs non-étatiques, de réguler leurs domaines d’activités, ces besoins de production de règles *pour l’action* les inscrivant conséquemment dans un processus d’autonomisation à l’égard des ordres juridiques étatiques. Elles permettent, aussi et par ailleurs, de questionner les dérives potentielles de ce processus d’autonomisation, lorsque s’expriment des revendications *d’un état* d’autonomie confinant à l’indépendance vis-à-vis des législations étatiques, visant alors à satisfaire les intérêts propres d’acteurs opérant dans ces milieux (§2).

### **§1 – Deux dimensions explicatives de l’absence d’intervention législative**

65. L’absence de législation étatique s’analyse par une « tradition juridique » inexistante dans certains domaines d’activités (A) ou un désintérêt du législateur eu égard à la nature de l’action (B).

#### **A – L’absence de « tradition juridique » des États dans certains domaines d’activités**

66. L’absence de « tradition juridique », ou même de « légitimité », est particulièrement relevée en ce qui concerne l’internet et le commerce électronique : « conçus pour régir les contrats internes, les droits nationaux n’auraient pas de légitimité particulière à régir les contrats du commerce international et encore moins, a-t-on envie de dire, les contrats du commerce électronique puisque les droits nationaux n’ont, par hypothèse, aucune tradition juridique en ce domaine »<sup>150</sup>. L’idée directrice est que l’absence de cette « tradition », la tradition s’entendant comme l’encadrement législatif relativement ancien d’une certaine activité, potentiellement dès ses premières

---

<sup>150</sup> V. PIRONON, « L’Internet et la mondialisation », *Gaz. Pal.*, 3 nov. 2007, n° 307, p. 11 et s., spéc. n° 8, p. 13.

manifestations, produit une vacuité législative, un « vide juridique »<sup>151</sup>, conduisant à l'émergence de règles non-étatiques<sup>152</sup>. Au regard des facteurs explicatifs de la genèse du droit non-étatique, il importe qu'aucun glissement conceptuel ne s'opère d'une absence de tradition des droits nationaux à une absence de « légitimité » : la légitimité entre en résonnance avec le « bien-fondé »<sup>153</sup> de l'intervention et la souveraineté de l'État<sup>154</sup>, lequel est en principe libre de réglementer toute activité, l'internationalité d'une activité ne le privant pas de sa capacité à légiférer.

## B – Un désintérêt du législateur eu égard à la nature de certaines activités

67. Le désintérêt du législateur pour un domaine d'activité considéré explique aussi l'émergence du droit non-étatique. « Activité purement privée à l'origine ne suscitant guère l'intérêt des pouvoirs publics »<sup>155</sup>, le sport en constitue un exemple topique. Dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, les acteurs du sport se regroupent progressivement sous forme d'associations et de fédérations, à l'échelon national puis international, afin de régir les compétitions sportives, les transferts de joueurs entre clubs, la lutte contre le dopage, etc., et ce indépendamment de toute intervention étatique<sup>156</sup>. L'encadrement du sport est construit par la production normative d'acteurs privés<sup>157</sup>, notamment les fédérations

---

<sup>151</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 1073, *Vide juridique* (sens 1): « Lacune non intentionnelle du droit (en une matière juridiquement relevante) dont le comblement incombe *in casu* au juge [...] à terme au législateur lorsque l'analogie ne suffit pas à suppléer la loi, la doctrine ayant mission de montrer, en raison et imagination, que le vide est souvent plus apparent que réel ».

<sup>152</sup> É. A. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique. Vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI* 1997. 323, spéc. p. 341-349 ; V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables. L'émergence de la *lex electronica* », *RIDE*, 1997/5, p. 547 et s. ; U. DRAETTA, « Internet et commerce électronique en droit international des affaires », *Rec. cours La Haye*, vol. 314, 2005, pp. 9-232, spéc. p. 25 et s.

<sup>153</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire...*, *op. cit.*, p. 604, *Légitime* (sens I, 1). Rapp. sur la difficulté de définir la notion de « légitimité » : S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 929 et s., spéc. p. 929 : « Quand on s'interroge sur l'acception juridique de la notion de légitimité, le problème est de déterminer, dans un système de droit positif, les rapports qu'elle entretient, d'une part, avec la légalité, d'autre part, avec *les requêtes du monde social et l'horizon des valeurs* – problème dissymétrique puisque si son concept est confronté avec la structure de l'ordonnement des règles juridiques, *il implique aussi un rapport avec la dimension extra-juridique de l'expérience humaine* et avec l'horizon méta-juridique d'une exigence axiologique » (nous soulignons).

<sup>154</sup> É. MAULIN, « Souveraineté », *ibid.*, p. 1434 et s., spéc. p. 1434 et 1435 : « la souveraineté est une notion complexe et polysémique qui désigne de nombreuses situations politiques ou juridiques relatives soit à *la légitimité du pouvoir*, soit à l'exercice de prérogatives » (nous soulignons), « la souveraineté signifie donc le pouvoir *exclusif* de son titulaire de composer ou modifier l'ordre juridique » (p. 1435).

<sup>155</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 40, p. 32.

<sup>156</sup> À propos de la construction historique du mouvement sportif : G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 6 et s., p. 12 et s.

<sup>157</sup> Rapp. pour un constat similaires dans le domaine des euro-obligations : Ph. KAHN, « *Lex mercatoria* et euro-obligations », in *Mélanges Clive SCHMITTHOFF. Law and International Trade*, Athenium Verlag, 1973, p. 215 et s. ; J.-Y. CHÉROT, « Théorie des normes, théorie du droit et normes privées internationales », *RRJ*

sportives internationales, les premières manifestations d'une intervention législative en la matière ne se repèrent qu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle<sup>158</sup>.

## §2 – D'une nécessité de réglementer un domaine d'activité à la satisfaction d'intérêts spécifiques

68. Cette absence de législation étatique, quelles qu'en soient les causes, explique la genèse du droit non-étatique. Convoquons à nouveau M. Philippe KAHN : « lorsqu'un besoin se fait sentir et que les droits étatiques n'y répondent pas, les milieux professionnels [...] suppléent à l'abstention des États et s'organisent eux-mêmes »<sup>159</sup>. La satisfaction de ce besoin de régulation de l'action inscrit conséquemment les acteurs non-étatiques dans un processus d'autonomisation à l'égard des ordres juridiques étatiques (A). Une dérive s'opère lorsque ce processus d'autonomisation, s'analysant par les nécessités de réglementation des activités, évolue en revendication d'un état permanent d'autonomie à l'égard des législations étatiques<sup>160</sup>, revendication dont il semble qu'elle réponde à la promotion des intérêts de certains des acteurs opérants dans ces milieux (B).

### A – Un processus d'autonomisation répondant aux besoins de l'action : la réglementation d'activités

69. Le commerce international est conçu comme un espace de « liberté de création normative »<sup>161</sup>, nombre des travaux de « l'école de Dijon »<sup>162</sup> en attestant, laquelle a mis en exergue l'existence de contrats, de contrats-types, d'usages, de principes, et de règles propres à certains milieux commerciaux, parmi lesquels citons, sans prétendre à

---

(*cabiers de méthodologie juridique : les normes privées internationales*), 2011-5, n° 25, p. 2217 et s., spéc. n° 6, p. 2222.

<sup>158</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 55 et s., p. 42 et s.

<sup>159</sup> Ph. KAHN, « *Lex mercatoria* et euro-obligations », in *Mélanges Clive SCHMITTHOFF. Law and International Trade*, Athenium Verlag, 1973, p. 215 et s., spéc. p. 224 (nous soulignons).

<sup>160</sup> Comp., relativisant cette revendication d'autonomie des acteurs non-étatiques : G. CUNIBERTI, « The Merchant who would not be King. Unreasoned Fears about Private Lawmaking », in H. MUIR WATT et D. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, p. 141 et s.

<sup>161</sup> J. BÉGUIN et C. NOURISSAT, « Introduction », in J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, Lexisnexis, Traité, 2<sup>e</sup> éd., 2011, spéc. nos 55 et s., p. 52 et s.

<sup>162</sup> Expression empruntée à M. Éric LOQUIN (« Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 388, p. 165), laquelle regroupe les professeurs, maîtres de conférence et chercheurs associés du Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI) de l'Université de Bourgogne.

l'exhaustivité, des activités liées à la banque, l'agriculture, les hydrocarbures gazeux ou encore les transferts de technologie<sup>163</sup>.

Le domaine du sport est aussi un espace de « création normative » : au sommet de chaque discipline sportive, les fédérations internationales édictent de nombreuses règles relatives à « l'organisation des compétitions sportives »<sup>164</sup>, dont l'objet de nombre d'entre elles est « non directement sportif »<sup>165</sup>, visant à réglementer le travail des sportifs salariés professionnels, la profession d'agent sportif ou encore la gestion des clubs<sup>166</sup>. Quel que soit leur objet, ces règles participent directement ou indirectement de l'organisation des compétitions sportives, ce que précise M. Jean-Pierre KARAQUILLO : « il faut entendre que, sans compétition sportive, la création de telles règles n'a pas de raison d'être. Il n'est aucunement question de réglementer une situation donnée préexistante en la façonnant en fonction de buts de politique sociale, économique déterminés, mais de permettre à un phénomène, la compétition sportive, d'exister et de ne pas perdre son âme »<sup>167</sup>. L'organisation des compétitions sportives, but de l'action, explique ici la genèse du droit non-étatique.

70. L'adoption de règles propres par les acteurs d'une communauté participe de l'autonomie, acception étymologique première du terme *autonomos*. Ce processus d'autonomisation, s'agissant ici des acteurs non-étatiques, relève de l'effet produit par l'absence d'intervention des États, et vise à la régulation, l'optimisation de l'action considérée. Ce processus d'autonomisation et cette « création normative » ne sont pas intrinsèquement objets de jugement : dans les domaines privilégiés de cette investigation, le commerce ou le sport, l'observation indique que le but de la production de règles est de remédier à l'abstention des législateurs étatiques et ce à fin d'encadrement de l'activité développée.

## **B – Une revendication d'autonomie à l'égard des ordres juridiques étatiques visant la satisfaction d'intérêts spécifiques**

71. Une confusion et une rupture s'opèrent dans cette problématique de l'autonomie, lorsque des acteurs non-étatiques, en particulier ceux du milieu sportif<sup>168</sup>,

---

<sup>163</sup> Pour un exposé complet des travaux : Ph. KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverse », *McGill Law Journal*, 1992, vol. 37, p. 413 et s., spéc. p. 420.

<sup>164</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 21 et s., p. 21 et s.

<sup>165</sup> *Ibid.*, nos 29 et s., p. 25 et s.

<sup>166</sup> Sur les règles créées par les acteurs du sport : *infra* n° 81.

<sup>167</sup> J.-P. KARAQUILLO, *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 74.

<sup>168</sup> Sur la construction et le développement de « l'autonomie sportive » : J.-L. CHAPPELET, *L'autonomie du sport en Europe*, Conseil de l'Europe, Politiques et pratiques sportives, 2010.

réclament une autonomie à l'égard des États et des législations étatiques<sup>169</sup>, un état d'autonomie permanent sans lien avec les besoins situés de l'action, confinant à une indépendance *in abstracto*. Il semble que « l'outil conceptuel », le droit non-étatique, se mue, ici, « en instrument de revendication politique »<sup>170</sup>. Le propos de M. Primo NEBIOLO, ancien président de la fédération internationale d'athlétisme, illustre ces revendications : « Nous n'acceptons aucune décision d'aucun tribunal au monde. Notre base légale pour cette position ? Eh bien : nos règles à nous, tout simplement »<sup>171</sup>. À l'analyse, la logique interne du discours justifie l'indépendance des fédérations sportives internationales, et plus généralement des acteurs du sport, par l'édiction de leurs règles propres. C'est là confondre cause et effets : les fédérations sportives bénéficient d'une autonomie relative *parce que* les États concèdent cette liberté ou se désintéressent de l'activité développée. La synthèse proposée est éclairante : « l'idée d'une exception sportive a longtemps été véhiculée par les instances sportives, voire par certains juristes. L'étude du droit positif démontre toutefois le contraire : l'ordre juridique étatique ne s'efface pas, en principe, devant l'ordre juridique sportif. Tout au plus constate-t-on une certaine spécificité *volontairement concédée*, parfois à partir de textes particuliers, le plus souvent à partir de “niches” que le droit commun offre à tous les acteurs économiques et sociaux, sportifs comme non sportifs »<sup>172</sup>.

72. Un risque de dérive d'une autre nature existe lorsqu'il est affirmé que la *lex mercatoria*, et, par assimilation, les règles non-étatiques, ont pour finalité de « servir les intérêts économiques »<sup>173</sup>. La doctrine exprime fréquemment son inquiétude à ce sujet et

---

<sup>169</sup> Ph. KAHN, « L'autorégulation », in H. GHÉRARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 197 et s., spéc. p. 197 : « C'est ainsi qu'à l'instar de la *lex mercatoria*, on voit apparaître des *lex electronica*, *sportiva*, etc. Tous ces néologismes, qui cherchent leur titre de reconnaissance dans un simili-latin, veulent symboliser l'autonomie, l'indépendance de milieux d'affaires, le grand méchant loup étant la communautés des États ».

<sup>170</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 37.

<sup>171</sup> Cité par A. PINNA, (« Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires », *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n° 141, p. 31 et s., spéc. p. 33) et extraits du magazine *Sports Illustrated* du 22 juin 1992 (p. 9) à l'occasion de l'affaire *Butch Reynolds*.

<sup>172</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 275, p. 134 (nous soulignons). Rapp. C. KESSEDIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, pp. 79-308, spéc. p. 149 : « Il est aussi incontestable que les acteurs de la société civile sont également producteurs de normes. Ces normes se situent dans la sphère de liberté laissée par les États, sphère de liberté qui est immense en matière d'activités internationales en général et, plus encore, en matière économique » (nous soulignons).

<sup>173</sup> Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 97 et s., spéc. p. 100. Rapp., pour une position plus nuancée, B. OPPETTI, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 309 et s., spéc. p. 311 : « On éprouve alors irrésistiblement

redoute que les règles créées conduisent à « dissimuler un “droit des forts” imposé par les entreprises puissantes aux plus faibles »<sup>174</sup>, permettent une « appréhension de “l’espace” juridique transnational par des pouvoirs économiques privés »<sup>175</sup>, et qu’elles soient au service des « intérêts ploutocratiques des pouvoirs économiques privés »<sup>176</sup>.

Ces citations entendent souligner que l’absence de législation étatique a pour effet de produire, dans le processus conséquent de développement du droit non-étatique, des affrontements de natures et degrés différents donnant lieu à débats, les revendications d’indépendance ou l’attribution de finalités telles le service d’intérêts économiques particuliers ne contribuant pas à la clarté des facteurs explicatifs de la genèse du droit non-étatique. Affirmer que le commerce est un espace de liberté pour la « création normative » participe de l’explication de cette genèse, énoncer que le droit non-étatique est au service « des intérêts économiques » ou constitue « un droit des forts » substitue à l’explication un débat dont l’engagement n’a pas lieu d’être<sup>177</sup>.

\*

---

L’impression que le droit du commerce international s’assigne pour objectif essentiel la satisfaction des seuls intérêts d’un commerce international dont l’expansionnisme ne connaît *a priori* d’autres limites que celle de sa propre dynamique. Corrélativement, ce constat tend à accréditer l’idée que le droit du commerce international correspondrait à une discipline purement *instrumentale*, simple vecteur des intérêts de la société internationale des commerçants dont l’expression la plus achevée résiderait dans la mythique *lex mercatoria* » (souligné par l’auteur). L’auteur conclut : « périodiquement ressurgit dans le système juridique l’idée que le droit ne peut pas être exclusivement construit en fonction d’un unique bénéficiaire, mais aussi en considération de la convivance sociale [...] le droit moderne tend à instaurer une *conciliation* [...] entre les intérêts du commerce international et les intérêts non économiques » (spéc. p. 319, souligné par l’auteur).

<sup>174</sup> P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 125 et s., spéc. n° 2, p. 126 ; W. ABDELGAWAD, « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d’un droit de l’économie solidaire », *RIDE*, 2003/2 (t. XVII, 2), p. 197 et s., spéc. p. 205 : « Il s’agit de normes créées *par et pour* les puissants opérateurs privés économiques. Elles représentent une projection dans les relations internationales de la logique du droit des affaires qui légitime le déséquilibre des rapports de force existants en s’appuyant sur la présomption de professionnalisme des opérateurs du commerce international [...] Le “droit des marchands” se réduit en fin de compte, aussi bien dans sa technique de création que dans sa finalité, à la loi du plus fort ». Rapp. T. SCHULTZ, « Postulats de justice en droit transnational et raisonnements de droit international privé. Premier balisage d’un champ d’étude », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Lexisnexus, 2013, p. 417 et s., spéc. p. 418 : le développement du droit transnational constituerait un « risque éthique » remettant en cause un impératif de justice ; M. J. MUSTILL, « The New *Lex Mercatoria*: the First Twenty-five years », in *Liber amicorum for Lord WILBERFORCE*, Clarendon Press, 1987, p. 149 et s., spéc. p. 181 : la *lex mercatoria* ne serait « par essence qu’une doctrine de laissez-faire » (traduction libre).

<sup>175</sup> P. LAGARDE, *ibid.*

<sup>176</sup> A. PELLET, « La *lex mercatoria*, “tiers ordre juridique” ? Remarques ingénues d’un internationaliste de droit public », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 53 et s., spéc. p. 54.

<sup>177</sup> Sur la neutralité de l’analyse : A. PELLET, *ibid.*, spéc. p. 55 : le juriste doit prendre « quelque distance en affirmant sa neutralité scientifique face à une réalité dont il ne peut guère que prendre acte ».

73. **Conclusion Section 2** – Tradition juridique inexistante ou désintérêt du législateur rendent compte de l'absence de législation étatique, facteur explicatif de la genèse du droit non-étatique. Cette absence de législation étatique conduit les acteurs non-étatiques à réglementer les activités qu'ils déploient, et ce pour satisfaire les besoins de régulation de l'action, cette « liberté de création normative » étant concédée par les États. Une dérive potentielle s'observe dans les discours lorsque ce processus d'autonomisation des acteurs non-étatiques devient le vecteur d'une revendication d'indépendance à l'égard des États.

74. **Conclusion Chapitre 1** – La nécessité de répondre à un besoin de réglementation, à fin de régulation de l'action en l'absence de législations étatiques, est le facteur explicatif majeur de la genèse du droit non-étatique. Les discours arguant d'une inadaptation des législations étatiques ou d'une inadéquation méthodologique, les discours se réclamant d'une nécessaire satisfaction d'intérêts ou besoins déclarés spécifiques, ou encore d'une émancipation des législations nationales ne contribuent pas à la clarté de l'explication et ne rendent pas compte de la genèse du droit non-étatique.



## Chapitre 2 – Processus de création du droit non-étatique

75. L'analyse de la genèse du droit non-étatique se prolonge d'un questionnement centré sur le comment s'est-il créé ?, invitation à l'exploration première de ses sources, c'est-à-dire : « “l'endroit où l'on puise” »<sup>178</sup>, « ce qui l'engendre »<sup>179</sup>. Cette définition générale autorise une étude groupée des sources, entendues *stricto sensu* comme l'origine du droit non-étatique, et des processus de création de ce droit, reposant principalement sur le contrat (Section 1). L'ordonnement des sources en deux catégories d'analyse et l'explicitation des processus de création permettent l'examen d'une problématique fréquemment liée à notre objet d'étude, celle de l'existence ou non d'ordres juridiques non-étatiques. Le courant doctrinal jugeant les droits étatiques inadaptés aux spécificités des relations internationales soutient encore que les règles non-étatiques engendrent ou sont à la source d'ordres juridiques non-étatiques, dont l'ordre juridique de la *lex mercatoria* et l'ordre juridique sportif retiennent l'attention<sup>180</sup>. Une évaluation de cette thèse est proposée, précisant ses finalités, dont il semble qu'elles promeuvent encore une indépendance des acteurs non-étatiques (Section 2).

### Section 1 – Dualité des sources du droit non-étatique

76. L'analyse distingue, au regard de la diversité des règles non-étatiques mentionnée dès l'introduction de ce travail<sup>181</sup>, deux catégories, indiquant une dualité des sources du droit non-étatique. La première catégorie d'analyse, nommée autorégulation, regroupe les règles non-étatiques créées *par et pour* les acteurs privés. Elle se développe en réaction à l'action publique des États, lesquels appréhendent les relations internationales par des règles de conflit de lois et des règles matérielles, isolément<sup>182</sup> ou communément

<sup>178</sup> P. DEUMIER et Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1430 et s., spéc. p. 1431.

<sup>179</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 980, *Source* (sens 1).

<sup>180</sup> Parmi les nombreuses références contenant des développements relatifs aux ordres juridiques non-étatiques, certaines évoquent l'ordre juridique mercatique (I. STRENGER, « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *Rec. cours La Haye*, vol. 227, 1991, pp. 207-355, spéc. p. 311 et s. ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992, spéc. p. 405 et s. ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. nos 421 et s., p. 185 et s.), et d'autres l'ordre juridique sportif (F. LATTY, *op. cit.*, p. 41 et s.). Rapp. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. nos 38 et s., p. 57 et s.

<sup>181</sup> À propos du dépassement des spécificités des règles non-étatiques dans une approche systémique : *supra* nos 6 et s.

<sup>182</sup> Les réponses proposées par les États ont évolué, deux périodes se repérant dans ces évolutions. La première concerne les réponses prises isolément par un État, dont les juridictions ont entamé un mouvement d'émancipation, de « desserrement partiel » (J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE, S.

adoptées<sup>183</sup> (§1). Dans la seconde catégorie d'analyse, cette opposition public / privé s'estompe : de nouvelles formes de régulation des relations internationales privées

---

CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, Précis, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n° 120, p. 77), visant à éviter que certaines activités, dont le commerce international, soient sous l'emprise de réglementations étatiques restrictives. La Cour de cassation favorise ainsi le recours à l'arbitrage international et prend en considération la spécificité des rapports établis, au risque d'écarter le droit interne français et de créer des règles matérielles *ad hoc* destinées aux rapports internationaux. Les arrêts *Mardelé* et *Dambricourt* constituent les prémisses de ce mouvement et reconnaissent, par un raisonnement conflictuel, la validité des clauses compromissoires si les intérêts du commerce international sont en jeu (Cass., civ., 19 fév. 1930, *Mardelé* et 27 janv. 1931, *Dambricourt*, *Rev. crit.*, 1931. 514 ; S. 1933.1. 41, note J.-P. NIBOYET). Ce mouvement s'est poursuivi par les jurisprudences relatives à l'autonomie et l'efficacité des clauses compromissoires (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 7 mai 1963, *Gosset*, *D.* 1963. 545, note J. ROBERT, *JCP* 1963. II. 13405, note B. GOLDMAN, *Rev. crit. DIP* 1963. 615, note H. MOTULSKY) ; Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juil. 1972, *Hecht*, *Rev. crit. DIP* 1974. 82, note P. LEVEL, *JDI* 1972. 843, note B. OPPETIT ; *Rev. arb.* 1974. 67, chr. Ph. FRANCESKAKIS ; Cass., 1<sup>re</sup>, 20 déc. 1993, n° 91-16828, *Dalico*, *Rev. crit. DIP* 1994. 663, note P. MAYER, *Clunet* 1994. 432, note E. GAILLARD et 690, note É. LOQUIN, *Rev. arb.* 1994. 116, note H. GAUDEMET-TALLON, *RTD. com.* 1994. 254, obs. J.-C. DUBARRY et É. LOQUIN) ou encore à propos de la capacité de l'État à compromettre, la Cour de cassation évoquant un « contrat international passé pour les besoins » de cette activité (Cass., 1<sup>re</sup>, 2 mai 1966, *Galakis*, *D.* 1966. 575, note J. ROBERT ; *Rev. crit. DIP* 1967. 553, note B. GOLDMAN ; *JDI* 1966. 648, note P. LEVEL ; Y. LEQUETTE et B. ANCEL, *GAJFDIP*, n° 44). Le célèbre arrêt *Messageries Maritimes* constitue, par ailleurs, un arrêt précurseur par sa prise en considération inédite des intérêts du commerce international : la Cour de cassation érige de toute pièce une règle matérielle propre aux rapports internationaux, laquelle ne porte pas sur l'arbitrage, mais sur la validité des clauses valeur-or dans les contrats internationaux (Cass., civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *Rev. crit. DIP* 1950. 609, note H. BATIFFOL ; *D.* 1951. 749, note J. HAMEL ; *Sirey* 1952. 1. 1, note J.-P. NIBOYET ; *JCP* 1950. II. 5812, note J.-Ph. LÉVY ; Y. LEQUETTE et B. ANCEL, *GAJFDIP*, n° 22.). Le développement de ces règles matérielles *ad hoc*, créées au cas par cas par la jurisprudence, reçoit un accueil partagé. On peut approuver de telles règles quand celles-ci répondent à l'inadéquation technique de la réglementation interne et s'imposent « sous la contrainte de l'évidence » (Y. LEQUETTE et B. ANCEL, *op. cit.*, n° 44, spéc. n° 3). Ces règles matérielles sont cependant vectrices d'insécurité car, laissées à l'appréciation du juge, elles n'emportent pas nécessairement l'adhésion et créent encore une discrimination à l'égard des opérateurs du commerce interne, assujettis à des règles restrictives dont l'impérativité s'efface dès l'internationalisation de la situation (L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, *D.* 2009. 2384, obs. sous Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juil. 2009, n° 08-16.025, *Soerni*). Ce mouvement participe donc d'une mise à l'écart progressive des règles de conflit de lois et de juridictions en matière de commerce international, sans toutefois aboutir à une déconnexion totale. Une mise en perspective s'impose : ces règles matérielles créées par la jurisprudence « n'ont jamais atteint le nombre des droits d'une main » (A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial : le droit français en question*, L'Hartman, Logiques juridiques, 2006, n° 124, p. 81), et il semble que la Cour de cassation entende uniquement ne pas dresser d'obstacle au développement du commerce international (A. PONSARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit du commerce international », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 241 et s., spéc. p. 242 et 259).

<sup>183</sup> La seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle est marquée par la volonté commune des États d'apporter des réponses collectives aux difficultés rencontrées. Trois types de réponse sont repérables : des conventions procèdent à l'unification du droit interne de plusieurs États, certaines à l'unification des règles matérielles destinées aux relations internationales, d'autres à l'unification des règles de rattachement. Dans ce processus évolutif, il semble qu'une nouvelle étape soit franchie, tenant à la construction d'un droit régional dont l'Union européenne (UE) et l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) constituent aujourd'hui des exemples topiques. La volonté de construire un droit régional commun donne actuellement lieu à l'avènement des régimes optionnels, dont deux manifestations sont notables : le projet d'un droit européen de la vente et le régime matrimonial optionnel franco-allemand (*infra* nos 505 et s.). Ces efforts avérés tendant à une communauté de règles n'effacent cependant pas toutes critiques. Certaines, générales, ont trait à la compétence de l'Europe pour légiférer (Ch. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam », *Rev. crit. DIP* 1999. 1 ; Y. LEQUETTE, « De Bruxelles à La Haye (Acte II) – Réflexions

apparaissent, attestant d'une coopération entre acteurs publics et privés, et produisant des règles qualifiées d'hybrides, lesquelles constituent un autre type de manifestations du droit non-étatique (§2).

## §1 – L'autorégulation des acteurs privés : premier type de manifestations du droit non-étatique

77. L'autorégulation des acteurs privés se développe en réaction à l'inaction des États, laquelle les *contraint* à s'organiser. Processus de création de règles non-étatiques par et pour des acteurs privés, dont des exemples sont proposés (A), elle repose exclusivement sur le contrat (B).

### A – L'autorégulation : création de règles par et pour les acteurs privés

78. L'autorégulation, définie par une « coïncidence substantielle entre auteurs et destinataires de la régulation »<sup>184</sup>, est la réponse apportée par et pour les acteurs privés afin d'organiser leurs pratiques respectives<sup>185</sup>. Dans une problématique philosophique, le développement de ce droit non-étatique relève de l'immanence : qui vient de l'intérieur,

---

critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 503 et s. Rapp. S. CLAVEL, « Le droit international privé européen est-il « honorable » ? Retour sur une controverse doctrinale », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 119 et s.), à la conception même de certains textes adoptés sous l'impulsion de la Conférence de La Haye (Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 246, 1994, pp. 9-233 ; « De l'utilitarisme en droit international privé conventionnel de la famille », in *Mélanges Yvon LOUSSOUARN. L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1999, p. 245 et s. Rapp. P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP* 2011. 291, spéc. nos 4 et s.), de l'OHADA (P. BOUREL, « À propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *D.* 2007. 969), ou encore sur l'orientation en dominante privilégiée (S. LÉCUYER, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de Droit privé, 2008.). D'autres critiques, plus précises, relèvent que la jurisprudence *Hocke* a mis en exergue le « talon d'Achille » du droit uniforme et les possibles divergences d'interprétation et la réintroduction du conflit de lois (Cass., com., 4 mars 1963, *Hocke*, *Rev. crit. DIP* 1964. 264, note P. LAGARDE ; *Clunet* 1964. 806, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1963. II. 13376, note P. LESCOT). L'impraticabilité de certaines dispositions est dénoncée (V. HEUZÉ, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. DIP* 2000. 595), le règlement Rome 1 constituerait encore l'« occasion manquée » d'accorder une place plus importante aux règles non-étatiques (C. KESSEDJIAN, « Les normes a-nationales et le futur règlement Rome 1 – Une occasion manquée (jusqu'à nouvel ordre ?) », *RDC*, 2007/4, p. 1470 et s.).

<sup>184</sup> F. CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue française d'administration publique*, 2004, n° 109, p. 23 et s., spéc. p. 23.

<sup>185</sup> Ph. KAHN, « L'autorégulation », in H. GHÉRARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 197 et s., spéc. p. 200 et s.

par et pour soi<sup>186</sup>, le droit étatique, la régulation publique, étant de l'ordre de la transcendance, réponse s'imposant de l'extérieur. Empruntons le célèbre propos de MANCINI : ces acteurs privés, fédérations sportives, associations de professionnels, etc., édictent des règles privées, non-étatiques au sens le plus strict, c'est-à-dire, une fois encore, des règles créées *par et pour* les acteurs privés<sup>187</sup>.

79. Il a été indiqué que le développement de cette autorégulation, lié à l'absence de réglementation publique ou au désintérêt du législateur, s'explique par la nécessité pour l'action d'un cadre juridique. Rappelons que ceci « a été rendu possible par l'attitude des États eux-mêmes, qui ont accepté de laisser les opérateurs maîtres en quelque sorte sur leur terrain »<sup>188</sup>, ces opérateurs sont donc autorisés à..., libres d'édicter des règles non-étatiques. Une hypothèse s'énonce, corrélant le développement d'un droit non-étatique au non développement d'un droit étatique, via un processus d'autonomisation des acteurs privés. La relation est de proportionnalité.

80. L'autorégulation est à l'œuvre dans diverses activités liées au commerce international : des instruments de régulation de la vente internationale de marchandises, dont les emblématiques *Incoterms* répartissant les obligations du vendeur et de l'acheteur, sont proposés par la Chambre de commerce internationale (CCI)<sup>189</sup>. Dans le domaine bancaire, la CCI édicte des règles uniformes relatives aux crédits documentaires, aux encaissements et aux garanties contractuelles<sup>190</sup>. Des contrats-types, destinés au commerce des produits céréaliers, sont édictés par la *Grain and Feed Trade Association*

---

<sup>186</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 1980, p. 470, *Immanent* (sens A).

<sup>187</sup> MANCINI distingue les « lois générales [...] qui ne changent et ne peuvent changer selon les temps et les pays » et les « règles de préceptes et de défenses qui sont le résultat local et caractéristique de chaque pays ». Cette distinction permet à l'auteur de plaider pour l'unification de cette première catégorie et d'affirmer, pour la seconde, que les législations nationales ne doivent pas être abstraites et sont destinées à des sujets particuliers en raison des particularités de chaque société (« De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé... », *JDI* 1874. 221, reproduit dans *Un siècle d'étude du droit international. Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Lexisnexis, Traité, 2006, p. 129 et s., spéc. p. 131 et s.). « MANCINI part de l'idée que la loi est faite pour les personnes, non pour les choses : la loi italienne est faite par et pour les Italiens » (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), n° 90, p. 197).

<sup>188</sup> I. BARRIÈRE-BROUSSE, « La création normative des États : point de vue privatiste », in É. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Travaux du CREDIMI, 2000, p. 133 et s., spéc. p. 134. Rapp. *supra* n° 71.

<sup>189</sup> E. JOLIVET, *Les Incoterms : étude d'une norme du commerce international*, Lexisnexis, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2003.

<sup>190</sup> J. STOUFFLET, « L'œuvre normative de la CCI dans le domaine bancaire », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 361 et s., spéc. n° 3, p. 362-363.

(GAFTA)<sup>191</sup>, d'autres contrats-types, destinés aux « couvertures de défaillance » ou *credit default swaps*, le sont par une organisation professionnelle, l'*International Swaps and Derivatives Association* (ISDA)<sup>192</sup>.

81. L'autorégulation est aussi à l'œuvre dans le domaine du sport : trois types de règles sportives sont repérables, l'objet directement sportif, dominant dans le premier type, tendant progressivement à s'estomper.

Le premier type de règles est relatif à la compétition, que l'on dénomme fréquemment « règles du jeu » ou « règles techniques »<sup>193</sup>. À toutes ces règles expressément codifiées, écrites, s'ajoutent des règles qualifiées de « diffuses », lesquelles : « n'apparaissent pas immédiatement, en pleine lumière, à la seule lecture des annuaires ou codes des groupements sportifs »<sup>194</sup>. Ces règles relèvent de « l'esprit des lois du sport »<sup>195</sup> et énoncent des principes éthiques, déontologiques et moraux, traduisant les valeurs dont se réclame ce milieu, tels le respect, le *fair-play*, etc.<sup>196</sup>.

Le deuxième type concentre les règles liées à l'organisation des compétitions, tenant aux infrastructures, à la sécurité des compétiteurs et des spectateurs, à la lutte contre le dopage, ou encore aux droits de retransmission et de publicité<sup>197</sup>. Ces règles ne visent pas le jeu lui-même, elles définissent les conditions d'organisation et de déroulement des compétitions<sup>198</sup>, l'objet directement sportif s'éloigne.

Les finalités des règles du troisième type sont économiques et commerciales, les dispositions de ces règles sont conséquemment étrangères à la pratique sportive *stricto sensu*<sup>199</sup>. Dans ce dernier ensemble, caractérisé par une grande diversité, relevons, pour

---

<sup>191</sup> J. SIMON, *Le commerce international des céréales : pouvoirs étatiques, pouvoirs économiques privés*, Thèse, Université Paris II, 1982 ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, n<sup>os</sup> 189 et s., p. 89 et s.

<sup>192</sup> Ces contrats sont incorporés par référence dans les obligations souveraines : H. MUIR WATT, « Dette souveraine et main visible du marché : de nouveaux enjeux du droit international privé des contrats », *Rev. crit. DIP* 2015. 331, spéc. n<sup>o</sup> 21.

<sup>193</sup> C. sport, art. L136-16 : « Les fédérations délégataires édictent : 1<sup>o</sup> Les règles techniques propres à leur discipline ». J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 66 ; F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 145.

<sup>194</sup> J.-P. KARAQUILLO, *ibid.*, p. 69.

<sup>195</sup> G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique : contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 1990, p. 79 et s.

<sup>196</sup> J.-P. KARAQUILLO, *op. cit.*, p. 69 et s. ; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n<sup>o</sup> 263, p. 127.

<sup>197</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>198</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 261, p. 125-126.

<sup>199</sup> L'étendue de cette aptitude à réglementer des organisations en lien plus ou moins direct avec l'activité sportive a de quoi surprendre. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes ne manque pas de le souligner dans l'affaire *Piau*, énonçant que cette réglementation « ressortit en principe à la compétence des autorités publiques » (TPICE, 4<sup>e</sup> ch., 26 janv. 2005, aff. T-193/02, *Piau c. Commission*, spéc. point 78, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2005, n<sup>o</sup> 80, p. 18, note A. DURAND ; *Rev. Lamy conc.*, 2006, n<sup>o</sup> 6, n<sup>o</sup> 487,

exemples, que la fédération internationale de football (FIFA) édicte des règlements encadrant les transferts de joueurs<sup>200</sup>, ou encore l'activité d'agent sportif<sup>201</sup>, que l'Union des associations européennes de football (UEFA) produit des règles relatives à la gestion financière des clubs<sup>202</sup>, et que la fédération internationale de handball (IHF) impose des contrats-types concernant l'organisation des compétitions, encadre l'activité contractuelle des fédérations nationales affiliées, dont notamment les contrats publicitaires conclus avec des entreprises extérieures au mouvement sportif<sup>203</sup>.

82. Internet est encore l'objet d'autorégulation, diverses organisations assurant normalisation technique et émission de recommandations<sup>204</sup> : l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), société de droit californien, édite, par exemple, des règles « uniformes »<sup>205</sup> pour l'attribution des noms de domaines<sup>206</sup>.

83. Les codes de conduite, définis comme un « engagement pris volontairement par une société ou une organisation d'appliquer certains principes et normes de comportement à la conduite de ses activités ou opérations »<sup>207</sup>, et parfois rapprochés des phénomènes de normalisation<sup>208</sup>, constituent enfin une manifestation de l'autorégulation<sup>209</sup>.

---

p. 119, note V. SÉLINSKY et F. RIZZO), et de poursuivre en affirmant douter de la légitimité d'une entité privée à réglementer une activité « qui n'a pas un objet sportif mais régit une activité économique périphérique à l'activité sportive [...] et touche à des libertés fondamentales (*ibid.*, spéc. point 76).

<sup>200</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 310, p. 220 et s.

<sup>201</sup> *Ibid.*, n° 31, p. 26-27

<sup>202</sup> *Ibid.*, n° 32, p. 27-28.

<sup>203</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 148-149.

<sup>204</sup> B. DU MARAIS, « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », in G. CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'internet*, Bruylant, 2003, p. 293 et s., spéc. p. 301 ; V.-L. BENABOU, « Les défis de la mondialisation pour l'OMPI : les noms de domaine », in É. LOQUIN et C. KESSEDIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Travaux du CREDIMI, 2000, p. 297 et s., spéc. p. 300 et s.

<sup>205</sup> F. LATTY, « La diversité des sources du droit de l'Internet », in SFDI, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Pedone, 2014, p. 49 et s., spéc. p. 57 et s. Comp. E. CLERC, « La gestion semi-privée de l'internet », in Ch.-A. MORAND (dir.) *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 333 et s.

<sup>206</sup> Pour une typologie des divers types de réglementation d'Internet : G. FLORIMOND, *Droit et Internet. De la logique internationaliste à la logique réaliste*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2016, p. 175 et s., p. 164 et s.

<sup>207</sup> A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et Codes de conduites : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit social, 2002, p. 4 et s.

<sup>208</sup> G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et Société, 1998, p. 151 et s., spéc. p. 158 et s.

<sup>209</sup> G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 47 et s., spéc. p. 48 : « « Les traits déroutants de ces codes sont évidemment l'absence de caractère obligatoire des normes et leur contenu évolutif. Nous sommes en présence de ce que les internationalistes qualifient de *soft law* [...] Mais cet aspect déroutant des codes de conduite s'éclaire en considérant leur élément essentiel : la notion d'*auto-contrôle* » (souligné par l'auteur).

## B – Une autorégulation fondée sur le contrat

84. On ne s'étonnera pas du fondement contractuel des règles créées dans le cadre de l'autorégulation, le contrat étant l'un des instruments clés du droit non-étatique. Nécessaire, cet énoncé est insuffisant : la notion de contrat recouvre *in concreto* des manifestations plurielles, elle constitue une catégorie caractérisée par une grande hétérogénéité ne rendant pas compte du processus à l'œuvre. Il convient de distinguer les contrats permettant l'application du droit non-étatique, de ceux contribuant à *créer* du droit non-étatique, seuls objets de l'examen<sup>210</sup>.

85. Le contrat est créateur d'obligations, et non pas de règles de droit à vocation générale, énoncer qu'il participe du processus de création du droit non-étatique, c'est-à-dire qu'il soit source de droit, soulève potentiellement question(s). Ce vaste débat relatif aux diverses fonctions du contrat ne sera pas ouvert<sup>211</sup>, indiquons seulement que les spécialistes du commerce international admettent cette idée sans objection majeure, les auteurs établissant deux types de contrat : le contrat à un niveau individuel, conçu comme créateur de normes entre les parties, et le contrat à un niveau collectif, permettant la diffusion des pratiques sous formes de contrats-types ou de clauses-modèles<sup>212</sup>.

86. L'objectif précisément ici est de montrer et démontrer que le contrat est potentiellement à la fois plus et autre qu'un créateur de normes individuelles, ou un instrument de propagation des modèles utilisés dans certains domaines. Certains types de

---

<sup>210</sup> Sur l'application du droit non-étatique par le contrat : *infra* nos 450 et s.

<sup>211</sup> Sur l'analyse du contrat en tant que norme : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Bruylant/LGDJ, La pensée juridique, 1999, p. 257-258 ; « Théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.*, t. 1, 1940, p. 33 et s., spéc. n° 1, p. 34 : « une fonction de la convention qui est de la plus haute importance est complètement négligée : la fonction de création du droit » ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Kelsen et la théorie générale du contrat », in C. M. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, LGDJ, La pensée juridique, 2001, p. 109 et s., spéc. p. 115. Réflexions reprises en droit interne (P. ANCEL « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771 ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges Jean-Luc AUBERT*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2005, p. 211 et s. ; J. GHESTIN, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002. 11, spéc. nos 18 et s. ; P. MAYER, « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *Mélanges Michel TROPER. L'architecture du droit*, Economica, 2006, p. 661 et s. ; R. LEVACHER, *La règle contractuelle dans l'ordre juridique. Contribution à l'analyse normative du contrat*, Thèse, Université de Nantes, 2007 ; L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Fondation Varenne, Collection des thèses, 2012, nos 40 et s., p. 37 et s., et nos 74 et s., p. 49 et s. Rapp. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2011, p. 435 et s.) et en droit international privé (B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse, Université Paris II, 2008, nos 366 et s., p. 173 et s. ; V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN, Joly, 1990, nos 17 et s., p. 14 et s.).

<sup>212</sup> J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, Précis, 3<sup>e</sup> éd., 2015, nos 24 et s., p. 17 et s. Comp. C. KESSEDIAN, *Droit du commerce international*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2013, nos 39, p. 177 et s.

contrats constituent le support, voire la clef de voûte, de l'autorégulation, permettant la production de règles non-étatiques, au rayonnement parfois mondial. La dimension structurante du contrat est montrée (1.), et sa fonction créatrice analysée (2.).

## 1. – La dimension structurante du contrat

87. Qualifiée d'« organisationnelle » ou d'« institutionnelle »<sup>213</sup>, la dimension structurante du contrat permet d'expliquer qu'il soit au fondement de certains systèmes, un système étant ici compris comme « ensemble complexe constitué de parties liées entre elles par des relations stables »<sup>214</sup>. Pour illustrer cet effet structurant, deux exemples de contrats-coopération sont retenus : le contrat d'association (a.) et le contrat de société (b.).

### a. – Le contrat d'association dans le mouvement sportif

88. Afin de regroupement et de bénéfice *a minima* d'un cadre juridique, les acteurs du monde sportif utilisent les structures juridiques offertes par les États. Ces structures constituent la base du « mouvement sportif », selon l'expression consacrée<sup>215</sup>, certains n'hésitant pas à affirmer que le mouvement sportif repose intégralement sur le contrat<sup>216</sup>. Dénommée *club*, l'association sportive fonde le mouvement sportif : les membres de ces associations se sont regroupés afin de pratiquer, promouvoir et développer une discipline sportive<sup>217</sup>. Les clubs pratiquant une activité de même nature se sont historiquement associés au plan national pour former une *fédération*, laquelle constitue une « association d'associations »<sup>218</sup>. Ce processus s'est poursuivi à l'identique au niveau international, les fédérations nationales d'une activité sportive sont actuellement réunies au sein d'une

---

<sup>213</sup> M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2008, p. 323 et s., spéc. nos 11 et s., p. 330 et s.

<sup>214</sup> G. TIMSIT, « Système », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1462 et s. Comp. *supra* n° 15 et les références citées.

<sup>215</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 6 et s., p. 12 et s.

<sup>216</sup> G. RABU, *L'organisation du sport par le contrat. Essai sur la notion d'ordre juridique sportif*, PUAM, Centre de droit du sport, 2010 ; D. PORACCHIA, « Aux confins du contrat, l'ordre juridique sportif », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, Institut de droit des affaires – Centre de droit économique, 2009, p. 253 et s., spéc. p. 254 et s. ; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 256, p. 121 ; G. SIMON (dir.), *ibid.*, n° 12, p. 16.

<sup>217</sup> F. PEYER, « Association sportive », in J.-P. KARAKUILLO et Ch. DUDOGNON (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, Juris corpus, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 36 et s. ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 93, *Association*, (sens I. 1 et I. 2).

<sup>218</sup> G. SIMON (dir.), *op. cit.*, n° 10, spéc. p. 15.



fédération internationale gouvernant la discipline<sup>219</sup>, dont la fédération internationale de football (FIFA) est emblématique.

89. Qualifié de « mouvement associatif »<sup>220</sup>, l'organisation du monde sportif repose sur le contrat d'association, ainsi défini : « contrat de droit privé, matérialisé par des statuts, par lequel des personnes mettent en commun leur centre d'intérêt, leurs connaissances ou leur activité dans le but de promouvoir, développer ou pratiquer une discipline sportive »<sup>221</sup>. Sans développer le régime juridique applicable au contrat d'association, soulignons l'ancrage résolument national des acteurs du sport : l'association est soumise aux règles étatiques, peu importe l'objectif poursuivi et son étendue. Les fédérations internationales ont certes une vocation mondiale à régler l'activité dont elles ont la charge, elles ne constituent pas pour autant des associations internationales reconnues par les États, elles sont exclusivement des associations de droit privé relevant de l'ordre juridique dans lequel elles sont établies<sup>222</sup>.

90. L'ancrage national des fédérations sportives internationales se heurte potentiellement à la division du monde en ordres juridiques étatiques, cet obstacle n'est cependant pas dirimant. Le monopole exercé sur les disciplines sportives confère à ces fédérations un pouvoir considérable leur permettant d'imposer leur volonté. Plus précisément, les affiliations successives des clubs aux fédérations nationales, des fédérations nationales aux fédérations internationales, permettent à ces dernières d'édicter des règles contraignantes à destination de tous les acteurs placés sous leur tutelle, que ces acteurs soient directement ou indirectement affiliés. Il résulte de ces relations de domination hiérarchisées qu'une association de droit privé français peut contraindre une association de droit privé allemand ou helvétique. Il en résulte encore, au-delà de la contrainte exercée sur une fédération nationale, la soumission *in fine* des individus, des sportifs, aux règles adoptées par la fédération internationale. Cette dimension structurante du contrat permet aux fédérations de gouverner l'activité dont elles ont la charge<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> É. BOURNAZEL, « La liberté fondatrice : naissance et développement du mouvement sportif », *Rev. jur. éco. sport*, n° 61 (numéro spécial : « L'association sportive : un contrat centenaire »), 2001, p. 17 et s. : le mouvement fédéral est « issu de la base, des clubs qui, à partir d'une discipline ou d'un ensemble de disciplines, se sont progressivement regroupés, structurés, en une association supérieure, fédérante au niveau national et elle-même fédérée au niveau international, dont le dynamisme a contribué à l'essor, à la base et sous son égide, de nouvelles associations ».

<sup>220</sup> G. SIMON (dir.), *op. cit.*, n° 12, p. 16-17.

<sup>221</sup> F. PEYER, « Association sportive », *op. cit.*, spéc. p. 36

<sup>222</sup> J.-P. KARAQUILLO, « Droit international du sport », *Rec. cours La Haye*, vol. 309, 2004, pp. 9-124, spéc. p. 35.

<sup>223</sup> Sur l'existence de règles non-étatiques imposées : *infra* nos 403 et s.

91. L'effet structurant du contrat s'exerce aussi au sein du mouvement olympique, gouverné par le Comité International Olympique (CIO). À la différence du « mouvement sportif », terme générique octroyé à l'ensemble des acteurs du monde sportif sans que l'expression désigne une structure unique et identifiée<sup>224</sup>, le « mouvement olympique » désigne une réalité juridique déterminée, poursuivant un objectif précis<sup>225</sup>. Association de droit privé déclarée en Suisse, le CIO se considère comme une « organisation internationale non gouvernementale », dont l'objectif premier est l'organisation des Jeux Olympiques<sup>226</sup>. L'atteinte de cet objectif supposait la création initiale du CIO, lequel regroupe sous son autorité divers organismes, les fédérations sportives internationales, les comités nationaux olympiques, etc. Son rôle central, ainsi que différents accords conclus avec l'ordre juridique helvétique dans lequel il a son siège<sup>227</sup>, lui permettent d'édicter les règles qui leur sont destinées. Cette situation offre un nouvel exemple de cette dimension particulière du contrat, structurant le système fédéral sportif et le système olympique.

#### **b. – Le contrat de société dans un groupe transnational de sociétés**

92. Le statut d'un groupe transnational de sociétés est paradoxal : d'une puissance économique et d'un pouvoir d'action considérables<sup>228</sup>, ce groupe ne dispose d'aucun cadre juridique d'ensemble<sup>229</sup>. De ceci résulte que ce groupe ne bénéficie pas de la personnalité juridique et n'est pas, en principe, appréhendé dans sa globalité<sup>230</sup>. S'agissant d'identifier cette entité, les juristes se réfèrent indifféremment aux expressions de firmes, sociétés

---

<sup>224</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 159 ; G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 5 et s., p. 11 et s.

<sup>225</sup> F. LATTY, *ibid.* ; E. BOURNAZEL, « Comité International Olympique », in J.-P. KARAQUILLO et Ch. DUDOGNON (dir.), *Dictionnaire...*, *op. cit.*, p. 84 et s.

<sup>226</sup> Charte Olympique, 9 sept. 2013, art. 2 et 15, §1 ; F. LATTY, *ibid.*, p. 160 et s. ; É. BOURNAZEL, *ibid.*, spéc. p. 86.

<sup>227</sup> L'accord du 1<sup>er</sup> novembre 2000 reconnaît « le rôle universel » et « les éléments de personnalité juridique internationale » du CIO. Selon les mots rapportés de l'ancien directeur général, M. François CARRARD, le CIO bénéficie d'un statut « semi-diplomatique proche de celui de la Croix rouge internationale » (J.-P. KARAQUILLO, *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 12-13) et serait même un « sujet – partiel – de l'ordre juridique international » (F. LATTY, « Les nouveaux modes de coopération dans le domaine du sport, révélateurs d'une privatisation du droit international public », in H. GHÉRARI et S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, Cahiers internationaux, 2003, p. 301 et s., spéc. p. 307. Comp. p. 317 et s. pour des avis partagés sur cette affirmation).

<sup>228</sup> J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, Précis, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n° 313, p. 182. Rapp. les statistiques relatives aux activités des groupes nationaux : C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2013, nos 220-221, p. 118.

<sup>229</sup> Parmi de nombreuses références : A. LECOURT, *Rep. dr. soc. Dalloz, Groupe de sociétés*, spéc. n° 1 ; C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1991, nos 183 et s., p. 153 et s.

<sup>230</sup> Pour un exposé des jurisprudences prenant en compte la réalité du groupe de sociétés : C. KESSEDJIAN, *ibid.*, nos 222-223, 119 et s.

multi- ou transnationales<sup>231</sup>. Rendre intelligible cette notion en la précisant suppose de raisonner à partir d'un schéma simplifié, sachant qu'un groupe transnational de sociétés peut résulter de montages juridiques d'une grande variété et non moins grande technicité.

93. La définition la plus générale exprime qu'un groupe transnational de sociétés est composé de sociétés implantées sur différents territoires, mais que celui-ci dispose d'un centre de décision unique<sup>232</sup>. C'est dire que ce groupe est gouverné par une société-mère implantée dans un État, laquelle contrôle les nombreuses filiales implantées dans d'autres États. Ce schéma rend plusieurs droits nationaux applicables : appréhendées isolément, société-mère et filiales sont respectivement soumises à des lois nationales différentes, en fonction du critère de rattachement retenu<sup>233</sup>.

94. Ce montage repose sur le contrat de société entendu *lato sensu*, visant indépendamment tout type de société, bien que les sociétés par actions, et notamment les sociétés anonymes, constituent la forme privilégiée pour créer un groupe transnational de sociétés<sup>234</sup>. Dans ce schéma simplifié, présentant un haut degré de similitudes avec le système fédéral sportif, la société-mère constitue le centre de décision du groupe, exerçant un contrôle direct sur les filiales, indirect sur les sous-filiales. Le rapprochement avec le système fédéral sportif connaît cependant des limites : au regard de la complexité des montages réalisés, les relations de subordination société-mère / filiales ne résultent pas d'un monopole sur l'activité déployée, le contrôle de la société-mère est lié à des opérations juridiques, telles la prise de contrôle part achat du capital ou la fusion transfrontalière<sup>235</sup>.

95. Quoiqu'il en soit, à l'instar du contrat d'association, le contrat de société permet aux acteurs privés de s'organiser, de se structurer pour mener à bien leurs activités. Cette fonction structurante ou institutionnelle du contrat demeure critiquée par ceux qui évoquent une volonté de hiérarchiser les intérêts des parties, le fondement d'un

---

<sup>231</sup> J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 314, p. 182.

<sup>232</sup> Selon l'Institut de droit international : « Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales. », *Les entreprises multinationales*, Session d'Oslo, 1977, p. 2.

<sup>233</sup> Sur les conflits de lois en matière de société M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 2<sup>e</sup> éd., 2016, n°s 52 et s., p. 51 et s. ; J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n°s 227 et s., p. 139 et s., et n°s 271 et s., p. 160 et s.

<sup>234</sup> Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, Précis, 20<sup>e</sup> éd., 2016, n° 751, p. 831.

<sup>235</sup> J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, Précis, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n°s 316 et s., p. 184 et s. ; Ph. MERLE, A. FAUCHON, *ibid.*

pouvoir de contrôle des unes sur les autres, ou encore l'exercice légitimé d'un pouvoir<sup>236</sup>. Soulignons que, lorsque l'objectif organisationnel est atteint, le contrat de société, utilisé dans le cadre d'un groupe transnational, permet la création de règles destinées à tous les membres dudit groupe : ceci indique une fonction créatrice des contrats-organisation.

## 2. – La dimension créatrice du contrat

96. Observons que le seul contrat-organisation, association ou société, suffit à la genèse du droit non-étatique : aucun contrat ultérieur n'est nécessaire pour que soit créé ce droit, seuls des processus d'adoption, fixés par les statuts de l'organisme, sont mis en œuvre. Dans ce processus de création, M. Franck LATTY distingue cependant les sources statutaires, où le droit non-étatique est créé par les statuts de l'entité considérée, des sources dérivées, où ces entités produisent du droit non-étatique dans l'exercice des compétences qui leur sont attribuées<sup>237</sup>.

97. Le droit non-étatique est rarement produit par ces sources statutaires, lesquelles visent prioritairement à établir les règles de fonctionnement de la société ou de l'association. Elles sont, à ce titre, qualifiées de « “lois fondamentales” »<sup>238</sup>, et occupent une position élevée dans la hiérarchie des normes du système les ayant instaurées<sup>239</sup>. Le sport offre quelques exemples de droit non-étatique créé par ces sources statutaires, les statuts de certaines fédérations sportives internationales prévoient ainsi des règles relatives aux compétitions sportives<sup>240</sup>.

98. Les sources dérivées constituent le mode de production majeur du droit non-étatique, généralement issues d'un processus postérieur à l'acte constitutif de la société ou de l'association<sup>241</sup>. D'une grande variété, ces processus dépendent de la structure adoptée par les acteurs privés, la résultante logique impliquant que le droit non-étatique est créé par diverses entités. Au sein des fédérations sportives, sont rapportées les dénominations

---

<sup>236</sup> A. SUPLOT, « La contractualisation de la société », in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?*, Odile Jacob, Université de tous les savoirs, vol. 2, 2000, p. 157 et s.

<sup>237</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 68 et s.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 68. Rapp. G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 23, p. 23

<sup>239</sup> F. LATTY, *ibid.*, p. 71 et s.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 68, note 179.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 74.

de Congrès, d'Assemblée générale, de Comité exécutif, terminologie d'une grande proximité avec celle utilisée dans le fonctionnement des sociétés<sup>242</sup>.

## §2 – La coopération des acteurs publics et privés : second type de manifestations du droit non-étatique

99. Des coopérations entre acteurs publics et privés se développent, ce qui invite à les qualifier de nouvelles formes de régulation et employer le terme de règles « hybrides » (A), en différenciation de la régulation étatique publique et de l'autorégulation des acteurs privés. À la différence de l'autorégulation, les règles non-étatiques hybrides proviennent de mécanismes de production *ad hoc*, et donc d'une grande variété. L'examen des procédés utilisés, strictement descriptif, s'avère à l'analyse de faible intérêt quant à l'approfondissement de la problématique d'élaboration du droit non-étatique. Choix est donc opéré d'exclure cette question des présents développements<sup>243</sup>. L'intégration de ce phénomène coopératif dans la notion de droit non-étatique est à justifier, en raison de la participation, parfois dominante, d'acteurs publics (B).

### A – Une forme alternative de régulation des relations internationales privées : la création de règles hybrides

100. L'emploi du terme *hybride* entend signifier que les règles ici produites ne sont assimilables ni à des règles de droit public, régissant « l'État et les collectivités publiques ainsi que leurs rapports avec les citoyens », ni à des règles de droit privé, gouvernant « les rapports entre particuliers »<sup>244</sup>. En première analyse, la tentation est de qualifier ces règles de droit privé en raison du domaine qu'elles visent : les Principes Unidroit s'appliquent aux contrats du commerce international, le Code mondial antidopage régleme la lutte contre le dopage lors de compétitions entre personnes privées, gouvernées par des organismes de droit privé, ceci justifiant que ces deux textes puissent être assimilés à des règles de droit privé. M. Franck LATTY exprime cependant, à propos du Code mondial

---

<sup>242</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, nos 100 et s., p. 69 et s. ; F. LATTY, *op. cit.*, p. 74 et s. : opère une distinction entre les règles créées par « l'organe délibérant » et par « l'exécutif ».

<sup>243</sup> Parmi de nombreuses références détaillant les processus de création de règles non-étatiques : E. BROSSET et È. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale : entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006, p. 91 et s. et p. 159 et s. ; M. TARUFFO, « La genèse et la finalité des règles proposées par l'*American Law Institute* », in Ph. FOUCHARD (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'*American Law Institute**, Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2001, p. 19 et s.

<sup>244</sup> É. DESMONS, « Droit privé, droit public », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 520 et s., spéc. p. 520. Rapp. G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 809 *Privé* (Droit) et p. 830, *Public* (Droit).

antidopage, qu'il est « contestable de refouler la part du “public” », la composition mixte de l'Agence mondiale antidopage, auteur de ce Code, rejaillissant « dans une certaine mesure sur la nature du droit » élaboré<sup>245</sup>. Centrée sur l'auteur de la règle, une telle conclusion peut être transposée aux Principes Unidroit, créés par une organisation au sein de laquelle l'action des États apparaît dominante. Ni publiques, ni privées, ces règles s'accommodent mal de la *summa divisio* fréquemment employée par les juristes<sup>246</sup>. Il convient alors de ne pas les assimiler aux règles étatiques, exclusivement produites par des États ou des acteurs publics, ou encore aux règles non-étatiques relevant de l'autorégulation, exclusivement produites par des acteurs privés. Quelques exemples permettent de s'en convaincre.

101. Certaines institutions demeurent dominées par les États, telle la Commission des Nations unies pour le droit du commerce international (CNUDCI ou UNCITRAL pour ce qui est de l'acronyme anglais). Composée de soixante États-membres, la CNUDCI a pour mission l'harmonisation, voire l'unification, du droit du commerce international. Elle autorise des organisations intergouvernementales, telle l'Union européenne, et des acteurs privés à participer à cette entreprise. Si le rôle des États apparaît prépondérant<sup>247</sup>, la présence d'acteurs divers permet une prise en compte des intérêts en présence<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 390-391 ; « Les nouveaux modes de coopération dans le domaine du sport, révélateurs d'une “privatisation” du droit international public », in H. GHÉRARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 301 et s., spéc. p. 307 et s.

<sup>246</sup> Distinction fondamentale historiquement héritée d'ULPIEN, et objet d'un questionnement perpétuel (B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit privé-droit public ?*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2010), la pertinence de la *summa divisio* est particulièrement discutée dans un contexte inter-ou transnational (H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers la publicisation du conflit de lois ?) », *Arch. phil. dr.*, t. 41, 1997, p. 207 et s. ; H.-W. MICKLITZ, « Rethinking the public/private divide », in M. MADURO, K. TUORI et S. SANKARI (dir.), *Transnational law*, Cambridge University Press, 2014, p. 271 et s. ; C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2015).

<sup>247</sup> Ph. FOUCHARD, « La C.N.U.D.C.I. et la défense des intérêts du commerce international », *LPA*, 18 déc. 2003, n° 252, p. 36 et s., spéc. p. 42 : « La C.N.U.D.C.I., en réalité, n'est pas le lieu de rencontre et de négociation des forces du marché. Ce sont surtout les États qui s'y expriment, et qui y négocient – souvent pied à pied – les règles qui leur paraissent conformes à leurs intérêts. Et jouent un rôle dominant, à cet égard, les délégations des pays économiquement et politiquement les plus puissants, qui se donnent les moyens d'envoyer des experts spécialistes de chaque sujet à l'ordre du jour dans les sessions de la Commission et de ses divers groupes de travail ».

<sup>248</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 180, p. 86. L'existence d'un *lobbying* intense des acteurs privés est également relevée (C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, pp. 79-308, p. 157 et s.).

Devenus conventions internationales, certains textes ont connu un succès planétaire et régissent des pans entiers du commerce international, dont l'emblématique Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise (CVIM), ou la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Adoptés par de nombreux États, ces instruments participent du phénomène de régulation et ne sont pas qualifiables de règles non-étatiques.

Les lois-types, règles uniformes, règlements et recommandations, proposés aux États et/ou acteurs privés dans des domaines variés, constituent des manifestations du droit non-étatique relevant d'une coopération entre acteurs publics et privés, au sein de la CNUDCI<sup>249</sup>. Une conclusion similaire peut être établie à propos de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) : dominée par les États, cette organisation a adopté divers codes de conduite sur les pratiques commerciales restrictives, lesquels sont destinés aux gouvernements et acteurs du commerce international<sup>250</sup>.

102. Les travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) participent aussi de cette forme nouvelle de régulation : composée de plus de soixante États, cette organisation intergouvernementale indépendante, ayant pour but de créer des règles harmonisées ou unifiées<sup>251</sup>, a notamment édicté les Principes relatifs aux contrats du commerce international, nommés Principes Unidroit<sup>252</sup>. Avalisés par la CNUDCI, ces Principes Unidroit constituent des règles non contraignantes à disposition des opérateurs du commerce international, lesquels demeurent libres de les intégrer, ou non, à leurs contrats<sup>253</sup>. Rédigés par des professeurs et/ou praticiens dans le cadre d'une organisation intergouvernementale, destinés aux acteurs du commerce international, ces

---

<sup>249</sup> Parmi les nombreux textes adoptés, la loi-type sur l'arbitrage commercial international, amendée en 2006, les règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution de 1983, et la loi-type sur les sûretés mobilières de 2016 constituent des exemples topiques. Pour un recensement exhaustif des textes proposés par la CNUDCI : [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>250</sup> J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, Précis, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n° 142, p. 92.

<sup>251</sup> Une liste exhaustive des publications est disponible sur le site de l'Institut : [www.unidroit.org/fr/instruments](http://www.unidroit.org/fr/instruments).

<sup>252</sup> Parmi de nombreuses références : *supra* n° 3 ; J. HUET, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *LPA*, 10 nov. 1995, n° 135, p. 8 et s. ; Ch. LARROUMET, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G* 1997. I. 4011 ; A.-M. TRAHAN, « Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Revue juridique Thémis*, 2002, vol. 36, p. 623 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : nouvelles perspectives, nouveaux enjeux », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 737 et s.

<sup>253</sup> Sur la contractualisation du droit non-étatique : *infra* nos 450 et s.

Principes constituent en tout point une forme nouvelle de régulation, déclinaison du droit non-étatique<sup>254</sup>.

103. Un processus similaire est à l'œuvre dans le domaine du sport. Présenté par l'Agence mondiale antidopage comme le document « fondamental et universel » sur lequel repose le « Programme mondial antidopage dans le sport »<sup>255</sup>, il semble que le Code mondial antidopage soit actuellement l'expression la plus aboutie, première expérience ?, d'un droit mondialisé, unifié, en un mot commun aux États et diverses organisations instituées du monde sportif. Le mouvement sportif innove, proposant un modèle universel d'organisation et de réglementation de la lutte contre le dopage, largement plébiscité par les États<sup>256</sup>, les fédérations sportives internationales<sup>257</sup> et autres acteurs du sport<sup>258</sup>. Édité par une fondation de droit privé suisse, laquelle est composée paritairement de membres du mouvement Olympique et des pouvoirs publics<sup>259</sup>, le Code mondial antidopage présente des caractéristiques permettant de le qualifier de singularité juridique<sup>260</sup>, constituant une manifestation nouvelle du droit non-étatique.

## **B – L'inclusion des règles issues d'un processus de coopération entre acteurs publics et acteurs privés dans la notion de droit non-étatique**

104. Ces quelques exemples rendent compte du fait que les réponses ne sont pas apportées exclusivement par des acteurs privés *ou* exclusivement par des acteurs publics. Ce constat éprouve la définition du droit non-étatique, objet de notre étude : peut-on y

---

<sup>254</sup> Rapp. D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *D.* 2007. 2959 ; « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et la Commission Lando », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 205 et s. ; J. RAYNARD, « Les « Principes du droit européen du contrat » : une *lex mercatoria* à la mode européenne », *RTD civ.* 1998. 1006). Comp. J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, 22 févr. 2003, n° 53, p. 3 et s. et 25 fév. 2003, n° 56, p. 7 et s.

<sup>255</sup> Code mondial antidopage, 2015, Introduction, p. 1.

<sup>256</sup> Au 1<sup>er</sup> novembre 2016 septembre 2015, cent quatre-vingt-trois États ont ratifié la Convention internationale du 19 oct. 2005 contre le dopage dans le sport, visant à « adopter des mesures appropriées aux niveaux national et international qui soient conformes aux principes énoncés dans le [Code mondial antidopage] » (art. 3 a). Sur la transposition du Code mondial antidopage par l'ordre juridique français : *infra* nos 365 et s.

<sup>257</sup> Chaque fédération internationale reconnue par le Comité International Olympique a accepté le Code, ainsi que chacune des fédérations internationales de sports olympiques d'été et d'hiver. Pour une liste complète de tous les signataires : [www.ama-wada.org/fr](http://www.ama-wada.org/fr).

<sup>258</sup> Aux signataires précédemment mentionnés s'ajoutent notamment les deux cents quatre Comités nationaux olympiques et les organisations pour athlètes handicapés.

<sup>259</sup> Statuts de l'Agence mondiale antidopage, art. 6.

<sup>260</sup> Le Code mondial antidopage est alternativement qualifié « d'hybride » (F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 389 et s.) ou de « source privée » et de « réglementation privée » (M. PELTIER, « Le nouveau Code mondial antidopage », *LPA*, 30 sept. 2014, n° 195, p. 5 et s.).



inclure les règles hybrides ? Faut-il les en écarter ? Choix est opéré d'inclure ces règles hybrides dans le droit non-étatique, et ce, pour deux raisons.

105. La première est la proximité des caractéristiques de ces règles avec celles créées dans le cadre de l'autorégulation : ce sont des règles créées par des acteurs non-étatiques, parfois édictées exclusivement par des acteurs privés en ce qui concerne l'autorégulation, parfois fruit d'une coopération entre divers acteurs, privés et publics, en ce qui concerne les règles hybrides. Ces règles ne sont ni créées, ni transposées par les États, elles leur sont extérieures : à ce titre, le règlement d'une fédération sportive internationale, fruit de l'autorégulation, ne diffère pas des Principes Unidroit ou du Code mondial antidopage. L'intervention d'États et d'acteurs publics ne permet pas de qualifier ces règles hybrides de règles étatiques, lesquels ne peuvent pas créer unilatéralement de telles règles : il va de soi qu'une règle créée, ou transposée, par un État est une règle étatique<sup>261</sup>.

106. La seconde raison conduisant à inclure les règles hybrides dans l'ensemble droit non-étatique est l'identité de traitement dont font l'objet ces règles et celles issues de l'autorégulation. Sans anticiper sur les développements ultérieurs, indiquons une unité interne de traitement, selon le point de vue s'exprimant, celui des juges, des arbitres, des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques, ou encore selon les méthodes du droit international privé. Les règles hybrides constituent donc un type de manifestations du droit non-étatique.

\*

107. **Conclusion Section 1** – La dualité de sources du droit non-étatique proposée distingue deux types de manifestations du droit non-étatique. Le premier, nommé autorégulation, est relatif aux règles non-étatiques produites par et pour les acteurs privés. Cette production, répondant à un besoin de régulation de l'action, s'analyse dans le recours à deux figures du contrat-organisation : l'association ou la société. Ces structures juridiques d'accueil permettent aux acteurs privés de se regrouper, de se structurer et de créer du droit non-étatique. Le second type rassemble les règles issues d'une coopération entre acteurs publics et acteurs privés, forme alternative de régulation des relations internationales privées, les règles non-étatiques ainsi créées étant qualifiées d'hybrides. Elles sont incluses dans l'ensemble droit non-étatique en raison de leur identité de caractéristiques et de traitement avec les règles issues de l'autorégulation.

---

<sup>261</sup> Sur la transposition des règles non-étatiques par l'ordre juridique étatique : *infra* nos 362 et s.

## Section 2 – Un glissement (de) problématique : de la genèse du droit non-étatique à l'existence d'ordres juridiques non-étatiques

---

108. Au-delà de la définition du droit non-étatique, de sa réception et son applicabilité, ou encore des conflits de normes produits, l'existence ou non, d'ordres juridiques non-étatiques, retient fréquemment l'attention de la doctrine. Le débat génère une « guerre de religion »<sup>262</sup> entre les partisans revendiquant cette existence et les auteurs réfutant cette thèse<sup>263</sup>. Soulignons la récurrence du débat et de l'interrogation : dès que sont mentionnés droit non-étatique, *lex mercatoria* ou *lex sportiva*, l'existence d'ordres juridiques non-étatiques est quasi-systématiquement examinée, au point de faire naître l'idée que toute étude relative au droit non-étatique implique nécessairement que soit convoquée et tranchée cette problématique. M<sup>me</sup> Pascale DEUMIER note que s'opère un « même glissement entre droit applicable, ordre juridique et ordre juridique étatique »<sup>264</sup>, rejoignant l'observation de M. Franck LATTY, pour lequel l'étude de la *lex mercatoria* : « pose *inévitablement* la question d'un ordre juridique “mercatique” »<sup>265</sup>.

109. L'objectif, ici, n'est pas de se prononcer sur l'existence ou non d'ordres juridiques non-étatiques, il s'agit de démontrer qu'une telle association droit non-étatique / ordre juridique non-étatique n'est ni utile ni nécessaire à la présente étude. La finalité visée par les tenants de l'existence, et les implications de l'existence d'ordres juridiques non-étatiques sont questionnées, ceci supposant d'identifier les ordres juridiques potentiellement impliqués dans le rattachement du droit non-étatique (§1), identification préalable à la mise en exergue de ce glissement de problématique, et à la nécessaire clarification des enjeux (§2).

---

<sup>262</sup> A. PELLET, « La *lex mercatoria*, “tiers ordre juridique” ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 53 et s., spéc. I, p. 53.

<sup>263</sup> *Infra* n° 119 et les références citées.

<sup>264</sup> P. DEUMIER, « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques FOYER. Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 305 et s., spéc. p. 319.

<sup>265</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 18 : « ce “troisième” droit [correspondant à la *lex mercatoria*], à la suite du droit étatique (“premier droit” ?) et du droit international (“deuxième” ?) pose *inévitablement* la question d'un ordre juridique “mercatique” » (nous soulignons).

## §1 – Ordres juridiques potentiellement impliqués dans le rattachement du droit non-étatique

110. Une définition générale énonce : « On appelle ordre juridique 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 »<sup>266</sup>. L'ambiguïté de cette définition réside essentiellement dans l'identification de la « communauté humaine », à l'analyse, toute communauté constitue alors potentiellement un ordre juridique<sup>267</sup>. Cette imprécision est l'indicateur d'une opposition entre deux conceptions de l'ordre juridique.

La conception dite normativiste, développée par Hans KELSEN et Herbert L. A. HART, tient l'ordre juridique pour un agrégat de normes dont l'inobservation est sanctionnée par les institutions de cet ordre<sup>268</sup>. L'une des caractéristiques majeures de cette conception est l'existence de la contrainte, l'État, tendant à se confondre avec l'ordre juridique, en constituant le modèle emblématique<sup>269</sup>. La conception qualifiée d'institutionnelle, proposée par Santi ROMANO, ne définissant pas expressément l'ordre juridique, ne le réduit pas à une juxtaposition hiérarchisée de normes<sup>270</sup>. Se fondant sur la notion d'institution, l'auteur italien érige en principe majeur la non-assimilation, la non-

---

<sup>266</sup> Ch. LEBEN, « Ordre juridique », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1113 et s., spéc. p. 1113 ; « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, t. 33, 2001, p. 19 et s., spéc. p. 20. Rapp. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 718, *Ordre – juridique*.

<sup>267</sup> Rapp. G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, t. 33, 2001, p. 3 et s., spéc. p. 3 : « L'ordre juridique comme *ensemble des normes qui, dans un pays ou une société donnés*, etc., c'est la seule définition que l'on puisse proposer de la notion d'ordre juridique sur laquelle tout le monde puisse s'accorder. Elle est tellement générale et si vague qu'elle n'engage pas en vérité à grand-chose et ne gêne personne. On n'a donc aucun mal à faire l'unanimité sur une telle définition. N'ayant aucun mal, on n'en retire non plus aucun bénéfice : le concept défini de cette manière ne dit pas beaucoup de l'état de réalité qu'il désigne, et risque donc de rester inutile » (souligné par l'auteur).

<sup>268</sup> Ch. LEBEN, « Ordre juridique », *ibid.*, spéc. p. 1114-1115 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Bruylant/LGDJ, La pensée juridique, 1999 ; H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976.

<sup>269</sup> Hans KELSEN ne nie pas l'existence d'autres ordres juridiques, mais l'État occupe une place première quand il évoque l'ordre juridique (*Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 281 et s.). L'État réaliserait un « ordre juridique total », tous les autres ne seraient que des ordres infra-étatiques nécessairement soumis à l'État (*ibid.*, p. 177 : « l'ordre normatif qui fonde la corporation est son statut ; ce statut est établi et mis en vigueur par un acte juridique prévu par l'ordre juridique étatique. Les statuts des corporations constituent des ordres juridiques partiels englobés dans un ordre juridique total qui est l'ordre juridique étatique »), y compris le droit international (*ibid.*, p. 322 et s.).

<sup>270</sup> Sur ce constat d'absence de définition : P. MAYER, « Le phénomène... », *op. cit.*, spéc. n° 19, p. 40-41. Sur les éléments de définition recensés : S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition) : « L'ordre juridique ainsi largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes » (n° 5, spéc. p. 10). L'institution est un concept équivalent à l'ordre juridique : « Un mot [...] pourrait sembler nécessaire et suffisant pour faire la lumière sur la nature de l'institution : c'est le mot « organisation ». Il n'est pas douteux en effet que l'institution est une organisation sociale » (n° 13, spéc. p. 29). « L'institution est un ordre juridique, une sphère existante, plus ou moins complète, de droit objectifs » (n° 13, spéc. p. 30).

réduction de l'ordre juridique à l'ordre juridique étatique : divers ordres juridiques existent, l'Église, la famille ou les syndicats en sont des exemples réitérés, participant du pluralisme juridique<sup>271</sup>.

Malgré la persistance de l'opposition entre ces deux conceptions, les auteurs s'accordent sur un certain nombre de caractéristiques ou d'effets produits par l'ordre juridique, dont notamment son efficacité via la contrainte exercée, l'unité réalisée autour d'un principe unificateur, la cohérence ou encore le degré de complétude<sup>272</sup>.

111. L'opposition entre une conception moniste, affirmant que l'ordre juridique c'est l'État, et une conception pluraliste, énonçant que l'ordre juridique se décline sous diverses formes, invite à s'intéresser au rattachement du droit non-étatique à un ordre juridique étatique (A) puis au rattachement à un ordre juridique non-étatique supposé existant (B).

## **A – Le rattachement du droit non-étatique à un ordre juridique étatique**

112. Une première analyse du rattachement des règles non-étatiques se focalise sur la source, l'origine de ces règles, et conduit à les rattacher à un ordre juridique étatique. Plus précisément, les structures juridiques d'accueil, l'association ou la société, dans le cadre desquelles sont produites ces règles, sont nécessairement rattachées à un État. Une fédération sportive internationale relève de l'État dans lequel elle est déclarée, ses règles s'analysent en tant que règles créées par une association de droit privé interne<sup>273</sup>. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, la règle créée l'est par une société soumise à une loi nationale déterminée<sup>274</sup>.

Conséquemment, toute règle créée par une association de professionnels, une fédération sportive internationale, le Comité international Olympique ou encore l'Agence mondiale antidopage, peut être considérée comme attachée à un ordre juridique étatique, sa création émanant d'une structure juridique, une association, elle-même instaurée par cet ordre juridique étatique. Un point doit être explicité : si ces règles sont attachées à des ordres juridiques étatiques en raison de leur création par une structure instituée par ces

---

<sup>271</sup> Rapp. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », *RTD Civ.* 1998. 247.

<sup>272</sup> Pour un aperçu général des caractéristiques de l'ordre juridique : Ch. LEBEN, « Ordre juridique », *op. cit.*, spéc. p. 1116-1117 ; « De quelques doctrines... », *op. cit.*, spéc. p. 29 et s.

<sup>273</sup> Sur la question : *supra* n<sup>os</sup> 88 et s.

<sup>274</sup> Pour le cas particulier de la société européenne, il semble que celle-ci soit rattachée à une législation nationale, sur la question : ; G. BLANC, « La société européenne : la pluralité des rattachements en question (à propos du règlement (CE) n<sup>o</sup> 2157/2001 du 8 octobre 2001) », *D.* 2002. 1052 ; J. BÉGUIN, « Le rattachement de la société européenne », *Revue générale du droit*, 2003. Comp. B. LECOURT, « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (à propos du retrait de la proposition de règlement) », *Rev. soc.* 2014. 133.

ordres, ces règles ne sont pas à considérer *stricto sensu* comme le produit d'un ordre juridique étatique.

113. Lorsque l'analyse se décentre de la source et prend en compte des paramètres tels l'organisation ou la structure du mouvement auteur de la norme, les règles créées se conçoivent comme détachées de tout ordre juridique étatique. La source de la règle n'est plus ici le seul déterminant : une règle édictée dans un milieu considéré présente potentiellement des caractéristiques, lesquelles, dans un milieu autre, ne seraient pas nécessairement présentes. À titre d'exemple, si la fédération française de football édicte une règle, celle-ci n'a aucune influence sur son homologue allemand, la qualification de règle édictée par une association de droit privé français apparaît alors pertinente. Si cette même règle est adoptée par la fédération internationale de football (FIFA), cette règle impacte chacune des fédérations nationales affiliées, considérer la règle comme le produit d'une association de droit privé interne est-il alors encore pertinent ? Le rattachement de cette règle à un ordre juridique étatique est-il encore explicatif ou même existant ? Concédonsons que le rattachement à un ordre juridique étatique puisse, en ce cas, être qualifié de formel.

114. Dans le cadre d'un groupe d'associations ou de sociétés, il est alors concevable que les règles adoptées ne soient pas rattachées à un ordre juridique étatique, et constituent conséquemment des règles *anationales*. Cette proposition d'ordre théorique n'implique cependant pas que ces règles soient détachées de tout ordre juridique : l'énoncé se limite à signifier ici et dans l'absolu que ces règles pourraient ne pas être attachées à un ordre juridique *étatique*. Cette deuxième approche du rattachement des règles non-étatiques se confirme par l'étude de manifestations particulières, notamment des Principes Unidroit. Ces Principes ne sont pas créés par une association instituée par un ordre juridique étatique : l'Institut international pour l'unification du droit privé dispose d'un siège à Rome, mais ceci est insuffisant pour affirmer que cette entité a été créée par l'ordre juridique italien. Ces remarques permettent d'étudier une autre approche du rattachement des règles non-étatiques, le rattachement à un ordre juridique non-étatique.

## **B – Le rattachement du droit non-étatique à un ordre juridique non-étatique, supposé existant**

115. Une précision liminaire s'impose, à fonction d'avertissement, aucune prise de position quant à l'existence d'ordres juridiques non-étatiques, mercatique(s) ou sportif(s) n'est opérée. Seul un exposé des thèses en présence est réalisé afin d'identifier les liens

potentiels entre règles non-étatiques et ordres juridiques. Considérant l'hypothèse de règles non attachées à un ordre juridique étatique, se pose la question de leur attachement à un ordre juridique d'une nature autre. Cette question s'inscrit nécessairement dans une conception pluraliste de l'ordre juridique, laquelle convoque la pensée de Santi ROMANO. Étudier le rattachement du droit non-étatique à un ordre juridique non-étatique requiert que soient identifiés les ordres juridiques potentiellement impliqués. La démonstration est restreinte à deux domaines d'action fréquemment étudiés : le sport (1.) et le commerce (2.).

## 1. – L'ordre juridique sportif : entre unicité et pluralité

116. Selon un premier courant doctrinal, l'ordre juridique sportif est unique : des études questionnent et/ou démontrent son existence<sup>275</sup>, analysent le rôle joué par le contrat au sein de cet ordre juridique<sup>276</sup> ou en font seulement mention<sup>277</sup>. D'autres auteurs, dont l'adhésion globale à cette conception semble effective, mentionnent occasionnellement l'existence d'ordres juridiques sportifs divers<sup>278</sup>, cette position intermédiaire ayant probablement inspiré les partisans d'une conception plurielle des ordres juridiques sportifs.

117. Selon un second courant doctrinal, plusieurs ordres juridiques sportifs existent, et M. François RIGAUX l'exprime catégoriquement : « Il n'y a pas un ordre juridique sportif, il y a autant d'ordres juridiques qu'il y a d'entités sportives. C'est tout à

---

<sup>275</sup> D. PAPANIKOLAOU, *L'ordre juridique sportif : mythe ou réalité ? Contribution à une vision pluraliste du droit*, Thèse, Bordeaux IV, 2008 ; G. SIMON, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, t. 33, 2001, p. 97 et s. ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, nos 53 et s., p. 72 et s.

<sup>276</sup> G. RABU, *L'organisation du sport par le contrat. Essai sur la notion d'ordre juridique sportif*, PUAM, Centre de droit du sport, 2010.

<sup>277</sup> J.-S. BERGÉ, *Les ordres juridiques*, Dalloz, Tiré à part, 2015, p. 21-22 ; É. LOQUIN, « L'internationalisation des contrats sportifs », in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 33 et s., spéc. p. 34 ; G. AUNEAU, « L'influence des normes sportives internationales sur la recherche en droit du sport », *Gaz. Pal.*, 17 août 1995, p. 1008, mentionne un « ordre juridique sportif international autonome » ; B. NIKI-HEGE, « Les normes de sanction dans l'ordre juridique sportif », *D.* 1994, chr. 86 ; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORRACHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 19, p. 34 ; W. CESARINI SFORZA, « La théorie des ordonnancements juridiques et du droit sportif », *Foro italiano*, 1933, p. 1381 et s.

<sup>278</sup> J.-P. KARAKUILLO, *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, mentionne « l'ordre olympique international » (p. 13) et « l'ordre juridique sportif » (p. 84 et s.) ; « Droit international du sport », *Rec. cours La Haye*, vol. 309, 2004, pp. 9-124 : évoque l'ordre juridique sportif (p. 26) mais parle des « ordres juridiques sportifs internes » (p. 51) ; M. MAISONNEUVE, « Les ordres juridiques sportifs transnationaux », *RRJ*, 2005-3, p. 1563 et s. : l'auteur recense d'abord les arguments opposés à l'existence d'ordres juridiques sportifs transnationaux (p. 1567 et s.) puis tempère sa position en reconnaissant cette pluralité (p. 1584 et s.), même s'il demeure réservé sur l'existence d'un « ordre juridique sportif transnational unique » (p. 1586 et s.).

fait comme si on parlait d'un ordre juridique religieux alors qu'il y a, en réalité, autant d'ordres juridiques qu'il y a de confessions religieuses organisées juridiquement »<sup>279</sup>. M. Franck LATTY, ayant particulièrement travaillé cette question, adopte une conception rendant compte de la complexité de l'organisation du mouvement sportif : chaque fédération sportive internationale constitue un ordre juridique particulier, et le Comité international Olympique constitue « un ordre juridique central », réunissant les différentes fédérations internationales<sup>280</sup>.

118. Observons que, quelle que soit la position retenue, rien n'interdit de concevoir l'intégration des règles édictées par une fédération sportive internationale dans un ordre juridique non-étatique, qu'il s'agisse de l'ordre juridique sportif ou de l'ordre juridique de cette fédération sportive internationale. Selon ces conceptions, il est permis d'affirmer, plus généralement, que les règles créées par une fédération sportive internationale, ou le Comité international Olympique, ou encore l'Agence mondiale antidopage, sont certes des règles produites par des associations étatiques, mais des règles attachées par ailleurs à un ordre juridique sportif.

## 2. – L'ordre juridique mercatique

119. Un même type de réflexion peut être développé quant aux règles édictées par les groupes transnationaux de sociétés : l'intégration de ces règles dans l'ordre juridique d'un tel groupe de sociétés est théoriquement concevable, à condition de démontrer que ces groupes génèrent un ordre juridique propre. Après investigations, il semble que la doctrine n'ait pas emprunté ce chemin, ne se soit pas employée à démontrer l'existence d'un ordre juridique résultant d'un quelconque groupe transnational de sociétés<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> Fr. RIGAUX, « Le déclin du droit international classique ? », in H. GHÉRARI et S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, Cahiers internationaux, 2003, p. 327 et s., spéc. p. 328 ; « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, pp. 9-407, nos 38 et s., p. 64 et s. ; M. MAISONNEUVE, « Les ordres juridiques sportifs transnationaux », *RRJ*, 2005-3, p. 1563 et s., spéc. p. 1584 et s. ; A. BORRAS, « Existe-t-il un droit international du sport ? », *Mélanges François RIGAUX. Nouveaux itinéraires en droit*, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1993, p. 111 et s., spéc. p. 112 « il n'existe pas un ordre juridique sportif unique, mais des systèmes autonomes qui régissent chaque sport ».

<sup>280</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007 : l'auteur présente sa conception de l'organisation du sport en étudiant successivement les ordres juridiques fédéraux sportifs (p. 47 et s.) et l'ordre juridique central du CIO (p. 160 et s.).

<sup>281</sup> F. LARONZE, *Les conflits de normes dans les relations de travail. Contribution à l'étude des organisations*, PUAM, 2012, n° 35, p. 44 : évoque un « ordre juridique de l'entreprise ». Rapp. N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, Bibliothèque d'ouvrages de droit social, 1980, p. 7 et s. : évoque « les relations professionnelles collectives du travail tant qu'ordre juridique ».

120. La doctrine a été bien plus prolixe, et divisée, quant à l'existence d'un ordre juridique mercatique, encore nommé ordre juridique de la *lex mercatoria*<sup>282</sup>. Les arguments des promoteurs ou des détracteurs de cette théorie bénéficient sans doute d'une célébrité d'égale importance, leur exposé détaillé n'est donc pas ici d'une grande utilité<sup>283</sup>. Concluons cette dimension d'analyse de l'ordre juridique, en rappelant que la reconnaissance d'ordres juridiques non-étatiques, et l'attachement corrélatif des règles créées, dépend de la conception théorique adoptée. Les partisans d'une conception moniste, assimilant l'ordre juridique à l'État, refusent de reconnaître l'existence d'ordres juridiques tiers côtoyant l'ordre juridique international et l'ordre juridique étatique. Les tenants d'une conception pluraliste promeuvent *a contrario* l'existence d'ordres juridiques nouveaux.

## §2 – Les enjeux relatifs au débat sur l'ordre juridique

121. Il est acquis que la doctrine mentionne, voire défend, l'existence d'ordres juridiques non-étatiques, mercatique(s) ou sportif(s). La recherche s'avère cependant laborieuse, d'un exposé précisant et analysant les implications de cette existence. Les enjeux de la consécration d'un ordre juridique non-étatique sont rarement explicites ou explicités, et rend conséquemment non aisée leur identification (A). Ce quasi silence étonne, contrastant avec les nombreux écrits des partisans de l'existence d'ordres

---

<sup>282</sup> Parmi de nombreuses références en faveur de l'existence d'un ordre juridique mercatique : B. GOLDMAN, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*. L'affaire *Norsolor* », *Rev. arb.* 1983. 379, spéc. n<sup>os</sup> 24 et s., p. 402 et s. ; « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241 et s., spéc. n<sup>os</sup> 9 et s., p. 247 et s. ; Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 97 et s., spéc. p. 99-100 ; I. STRENGER, « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *Rec. cours La Haye*, vol. 227, 1991, pp. 207-355, spéc. p. 311 et s. ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 405 et s. ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n<sup>os</sup> 421 et s., p. 185 et s. Comp. P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 125 et s., spéc. n<sup>os</sup> 5 et s., p. 127 et s. ; J. BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », *McGill Law Journal*, 1985, vol. 30, p. 478 et s., spéc. n<sup>os</sup> 12-13, p. 500 et s. ; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria)*, LGDJ, 1984, p. 578 ; J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Rev. arb.* 1990. 55, spéc. p. 62 et s. ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n<sup>os</sup> 46 et s., p. 64 et s. *Adde.* D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 933 et s., spéc. p. 936-937.

<sup>283</sup> Soulignons que les critiques adressées aux manques d'unité et d'organisation de l'ordre juridique mercatique pourraient être reconsidérées quant aux groupes transnationaux de sociétés, lesquels sont caractérisés par un haut degré de structuration. Cette caractéristique est néanmoins évaluée insuffisante au regard de l'incomplétude de cet ordre juridique. Ce débat, à peine engagé, reste ouvert.



juridiques non-étatiques. Bien qu'à l'état implicite, un enjeu apparaît dominant : légitimer l'action, voire l'indépendance des acteurs non-étatiques (B).

## A – Une identification problématique des enjeux relatifs au débat sur l'ordre juridique

122. Une première approche du débat relatif à l'ordre juridique considère celui-ci comme un débat strictement académique, dont le but est de préciser la notion, toujours discutée, d'ordre juridique. L'étude du droit non-étatique, de la *lex mercatoria* et de la *lex sportiva* permet d'interroger le modèle théorique que constitue l'ordre juridique, objectif explicitement recherché par certains auteurs : Michel VIRALLY questionne l'existence d'un « tiers droit » via des réflexions théoriques sur la *lex mercatoria*<sup>284</sup>, M. Alain PELLET s'attache à identifier les similitudes entre droit international public et *lex mercatoria*<sup>285</sup>, M. Jacques BÉGUIN analyse la « menace » de la *lex mercatoria* sur l'ordre juridique international<sup>286</sup>, M. Dominique BUREAU examine enfin l'insertion des « sources informelles » dans un « tiers ordre juridique » afin d'agencer celles-ci et de préciser leur place au sein de l'ordonnement juridique<sup>287</sup>.

Un progrès conceptuel quant à la notion d'ordre juridique n'apparaît cependant pas l'enjeu premier du débat doctrinal : M. Paul LAGARDE énonce que le développement de la doctrine « lex mercatoriste » a peut-être entraîné « une certaine dégradation du niveau théorique de la controverse »<sup>288</sup>. M. Emmanuel GAILLARD reconnaît la contribution jouée par la *lex mercatoria* au développement de la notion d'ordre juridique, mais distingue cette dimension du questionnement principal, l'application de cette *lex mercatoria* au fond du litige<sup>289</sup>.

---

<sup>284</sup> M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 373 et s.

<sup>285</sup> A. PELLET, « La *lex mercatoria*, “tiers ordre juridique” ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 53 et s., spéc. IV, p. 58-59.

<sup>286</sup> J. BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », *McGill Law Journal*, 1985, vol. 30, p. 478 et s.

<sup>287</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, nos 483 et s., p. 299 et s.

<sup>288</sup> P. LAGARDE, « Approche critique... », *op. cit.*, spéc. n° 2, p. 125 : « le développement de la doctrine « lex mercatoriste » [...] a été trop rapide pour ne pas susciter des résistances ou tout au moins des interrogations et, peut-être même, entraîner une certaine dégradation du niveau théorique de la controverse » (nous soulignons).

<sup>289</sup> E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Rec. cours La Haye*, vol. 329, 2007, pp. 49-216, n° 42, spéc. p. 94 : « même si les travaux consacrés à ce sujet [...] ont contribué à faire avancer la réflexion sur la notion d'ordre juridique. La controverse qui s'est engagée à ce sujet s'est cristallisée sur des questions concernant le droit applicable au fond du litige ou à la procédure arbitrale ».

123. Au-delà de ce débat académique, la caractérisation d'un ordre juridique non-étatique permet l'étude de sa coordination avec d'autres ordres juridiques, notamment étatiques<sup>290</sup>. Selon cette deuxième approche, la qualification d'ordre juridique non-étatique constitue un préalable à la démonstration, démarche observable s'agissant des ordres juridiques mercatique<sup>291</sup> ou sportif<sup>292</sup>. M. Jean-Pierre KARAQUILLO résume cette orientation : « refuser l'idée d'un ordre juridique sportif autonome [...] éviterait à l'évidence de s'interroger sur la combinaison ou la conciliation éventuelle entre ce dernier et l'ordre juridique étatique »<sup>293</sup>.

124. Cette étude de la coordination des ordres juridiques, à la croisée de considérations théoriques et pratiques, introduit un troisième enjeu du débat sur l'ordre juridique : un enjeu concret. L'ordre juridique constitue ici un préalable à l'application de la *lex mercatoria* et, par extension, du droit non-étatique : si le contrat est « enraciné » ou localisé dans l'ordre juridique mercatique, les règles de cet ordre juridique sont applicables<sup>294</sup>. Posé en ces termes, le débat sur l'ordre juridique revêt un enjeu concret

---

<sup>290</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n° 3, p. 25 : l'auteur base sa démonstration sur la notion d'ordre juridique, ce qui impose préalable de définir cette notion (n°s 13 et s., p. 34 et s.) et d'identifier les ordres juridiques impliqués (n°s 38 et s., p. 57 et s.). Rappr. S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, Recherches juridiques, 2004 : cherche à déterminer « l'enracinement » de la sentence arbitrale dans un ordre juridique étatique (n°s 18 et s., p. 17 et s.) ou non-étatique (n°s 87 et s., p. 65 et s.).

<sup>291</sup> P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 125 et s. : interroge l'existence d'un ordre juridique mercatique (n°s 5 et s., p. 127 et s.) et « l'attitude » des ordres juridiques étatiques à l'égard de la *lex mercatoria* (n°s 23 et s., p. 139 et s.). Comp. É. LOQUIN, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 23 et s., spéc. p. 41 et s. : sans revenir sur la démonstration de l'existence d'un ordre juridique mercatique, étudie les rapports de cet ordre juridique avec les ordres juridiques étatiques.

<sup>292</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007 ; D. PAPANIKOLAOU, *L'ordre juridique sportif : mythe ou réalité ? Contribution à une vision pluraliste du droit*, Thèse, Bordeaux 4, 2008 ; G. SIMON, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, t. 33, 2001, p. 97 et s.

<sup>293</sup> J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 85 (nous soulignons). Rappr. F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n°s 20 et s., p. 34 et s.

<sup>294</sup> Cet « enracinement » du contrat dans l'ordre juridique de la *lex mercatoria* fait écho à la théorie de la localisation développée en droit international privé des contrats par Henri BATIFFOL : via des éléments objectifs, il appartient au juge de déterminer l'ordre juridique dans lequel le contrat est localisé, le choix de loi exercé par les parties ne constituant qu'un de ces éléments (*Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938 ; « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges Jacques MAURY*, t. 1, *Droit international privé et public*, Dalloz et Sirey, 1960, p. 39 et s.). Parfois convoquée par la jurisprudence française, uniquement dans des contrats où les parties s'étaient abstenus de réaliser un choix de loi (Cass., 1<sup>re</sup>, 29 juin 1971, *Nassar*, *JDI* 1972. 51, note Ph. KAHN ; Cass., 1<sup>re</sup>, 25 mars 1980, n° 78-15.862, *Mercator Press*, *Rev. crit. DIP* 1980. 576, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1980. 650, obs. Ph. KAHN), l'usage de cette théorie est aujourd'hui révolu, et fait l'objet de critique quand il est avancé par les partisans de la *lex mercatoria* (P. LAGARDE, « Approche critique... », *op. cit.*, spéc. n°s 31-33, p. 143 et s.).

important, et justifie la nécessité de caractériser, *via* les doctrines normativistes et institutionnelles, l'existence d'un tel ordre juridique<sup>295</sup>. M. Charalambos PAMBOUKIS analyse : « l'effet pratique de cette construction est de permettre d'affirmer que la *lex mercatoria* est capable de régir *en tant que droit applicable* un rapport juridique d'essence contractuelle »<sup>296</sup>.

125. Bien que l'incertitude au sein des partisans de la *lex mercatoria* soit actée<sup>297</sup>, supposons que cet ordre juridique non-étatique existe, et qu'il puisse constituer la loi du contrat : encore faut-il déterminer les conditions de l'application de ses règles. La doctrine en suggère l'application lorsque le contrat est localisé dans cet ordre juridique<sup>298</sup>, justifiant ainsi la nécessité d'en démontrer l'existence. D'autres voies sont cependant proposées : Berthold GOLDMAN revendique une application immédiate, par « "voie directe" »<sup>299</sup>, de la *lex mercatoria*, M. Dominique BUREAU observe que les juges et les arbitres ne se réfèrent pas à ces ordres juridiques non-étatiques pour appliquer la *lex mercatoria*<sup>300</sup>, nos

---

<sup>295</sup> Sur les différentes conceptions de l'ordre juridique : *supra* n° 110.

<sup>296</sup> Ch. PAMBOUKIS, « La *lex mercatoria* reconsidérée », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 635 et s., spéc. p. 639 (souligné par l'auteur) ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, Manuels, 5<sup>e</sup> éd., 2015, n° 196, p. 156-157 : « En pratique. – L'enjeu de la controverse n'est pas toujours bien perçu [...] L'existence d'un ordre juridique mercatique ne présente un enjeu concret que si ce corps de règles est de nature à constituer la référence exclusive au droit applicable au contrat ou à faire écarter les dispositions du droit étatique qu'il est censé corriger ».

<sup>297</sup> Dans son article fondateur, Berthold GOLDMAN relève la difficulté de « conférer à l'ensemble des normes du commerce international, en l'état actuel de leur développement, le caractère d'un système de droit » (« Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. phil. droit*, t. 9, 1964, p. 177 et s., spéc. p. 189), propos ultérieurement confirmé : « nous pensons donc qu'il existe bien un ordre juridique de la *lex mercatoria*. Nous ne renions pas pour autant ce que nous avons naguère précisé : cet ordre juridique n'est pas, ou n'est pas encore complet » (« Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241 et s., spéc. n° 13, p. 249).

<sup>298</sup> Y. DERAÏNS, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973. 122, spéc. p. 130-131 : « À côté des lois nationales, la *lex mercatoria* en formation, et tout particulièrement les usages du commerce international, paraissent constituer un système juridique susceptible d'être compétent au même titre que les autres [...] ce système juridique d'un type particulier pourra être appliqué par l'arbitre s'il estime que *les rapports impliqués dans le litige y sont localisés* ».

<sup>299</sup> B. GOLDMAN, « Nouvelles réflexions... », *op. cit.*, spéc. n° 19, p. 252-253. Selon l'auteur, cette technique de la « voie directe » octroie « la faculté à l'arbitre de statuer selon les règles de droit qu'il estime appropriées [...] sans passage par une règle de conflit », mais « force est bien d'admettre qu'elle sera faite au moyen d'un recours implicite, et en quelque sorte instantané, à un mécanisme de conflit : l'arbitre constate qu'il est en présence d'un contrat [...] transnational (qualification immédiate ne pouvant donner lieu à conflit entre les qualifications de deux ou plusieurs lois différentes), et en déduit, immédiatement aussi, l'applicabilité de la *lex mercatoria* ». Pour conclure, « l'arbitre parviendra toujours à la *lex mercatoria* par le même cheminement, qui est théoriquement de type conflictuel, mais n'en connaît pratiquement pas les embûches » (*ibid.*, n° 19, spéc. p. 253. Rapp. « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI* 1979. 475 spéc. nos 15 et s., p. 483 et s.).

<sup>300</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles...*, *op. cit.*, nos 900 et s., p. 597 et s.

développements propres consacrés à la réception du droit non-étatique le confirmant<sup>301</sup>. Madame Pascale DEUMIER affirme, à propos de l'ordre juridique de la *lex mercatoria*, et de manière plus générale, que : « cette reconnaissance n'était peut-être pas nécessaire pour admettre le droit non étatique au rang de droit applicable »<sup>302</sup>.

126. Insistons sur ce point majeur de la démonstration, en l'élargissant : une dissociation s'opère entre deux problématiques, celle de l'application du droit non-étatique et celle de la reconnaissance d'un ordre juridique non-étatique. L'observation du réel indique qu'il est possible d'étudier l'application et les perturbations induites par le droit non-étatique, d'ordres pratique et méthodologique, sans instituer en condition *sine qua non* la démonstration que l'ensemble de ces règles constitue un ordre juridique. Ceci invite à poursuivre l'investigation et à reconsidérer les enjeux du débat relatif à l'ordre juridique.

## **B – Un enjeu sous-jacent de l'existence d'ordres juridiques non-étatiques : l'indépendance des acteurs**

127. Comment expliquer, au regard de la possible dissociation de ces deux problématiques, que ces ordres juridiques non-étatiques soient si fréquemment convoqués, alors qu'ils ne constituent que l'une des dimensions de l'étude du droit non-étatique ? Pourquoi une certaine doctrine défend-t-elle, souvent avec vigueur, l'existence d'ordres juridiques non-étatiques ? Une analyse strictement juridique est sans doute ici insuffisante à cerner, discerner, l'enjeu de ce débat : « outil conceptuel », l'ordre juridique « peut être instrumentalisé par des théories très diverses »<sup>303</sup>. Bien que rarement exprimés,

---

<sup>301</sup> La réception du droit non-étatique résulte d'une utilisation classique des règles applicables à l'arbitrage international (*infra* nos 223 et s.) ou, devant les juges, de raisonnements ne résistant pas à une analyse critique au regard du droit positif (*infra* nos 326 et s.).

<sup>302</sup> P. DEUMIER, « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques FOYER. Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 305 et s., spéc. p. 319. Rapp. J.-L. HALPÉRIN, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX<sup>e</sup> siècle », *Droits*, t. 33, 2001, p. 41 et s., spéc. p. 41 : « Que cette expression [d'ordre juridique] soit aujourd'hui largement employée témoigne certainement de son utilité, elle ne s'impose pas pour autant avec une absolue nécessité et son absence n'invalide pas plusieurs siècles de littérature juridique » (nous soulignons).

<sup>303</sup> J.-L. HALPÉRIN, « L'apparition et la portée... », *op. cit.*, spéc. p. 41 : « l'ordre juridique n'est pas une institution ou une pratique sociale : c'est à n'en pas douter une abstraction. Bien plus, c'est un outil conceptuel, qui peut être instrumentalisé par des théories très diverses : il n'y a pas une idéologie de l'ordre juridique » (souligné par l'auteur). Rapp. M. VIRALLY, « Le phénomène juridique », *Rev. dr. publ.*, 1966, p. 5 et s., spéc. p. 38 : « Un ordre juridique positif n'est pas seulement une collection de règles abstraites, intellectuellement conçues et ordonnées par des rapports logiques. Il est en même temps un ensemble de normes gouvernant une société et lui conférant une structure : un ordre social, une réalité socio-historique. En un mot, l'ordre juridique est un fait social. Comme tous les faits sociaux, il se constate. Autrement dit, il relève d'un jugement de réalité avant toute chose » (nous soulignons) ; Ch. PAMBOUKIS, « La *lex mercatoria* reconsidérée », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 635

de manière explicite, par les partisans d'un ordre juridique mercatique ou sportif, des enjeux d'une nature autre semblent soutenir une partie des arguments invoqués, au rang desquels la promotion des intérêts économiques, l'affirmation d'une spécificité des besoins du commerce international ou encore la volonté d'émancipation des acteurs privés. L'implicite devient parfois explicite, M. Philippe KAHN énonce : « il faut avoir sans cesse à l'esprit que l'ordre mercatique est la juridicité d'un corps social émiétté qui n'a qu'un seul objectif, qui est son pôle d'attraction et sa seule responsabilité : l'intérêt économique »<sup>304</sup>. Un ordre juridique autonome serait un pas de plus vers la satisfaction d'intérêts sectoriels, et l'autonomie confinant à l'indépendance souhaitées par certains acteurs non-étatiques.

128. L'ordre juridique est un qualificatif que d'aucuns considèrent prestigieux, « des vêtements magnifiques pour des opinions discutables »<sup>305</sup> ? Une radicalisation de ce débat lui prête potentiellement un aspect « communicationnel », visant à promouvoir une supériorité supposée des règles créées, lesquelles ont vocation à écarter celles des ordres juridiques étatiques. La reconnaissance d'un ordre juridique mercatique ou d'un ordre juridique sportif conférerait une légitimité aux acteurs de ces systèmes, celle de créer du droit, voire les autoriserait à des revendications autres, telles l'indépendance à l'égard des règles édictées par les ordres juridiques étatiques et européens. Constitués en ordre juridique autonome, ses « ressortissants » seraient exemptés du respect de ces règles.

129. Ce débat n'est pas sans influence : il contribue à renforcer la légitimité du droit non-étatique, voire sa primauté sur les droits étatiques. Certains spécialistes du droit international privé évoquent, en matière contractuelle, un : « doute désormais congénital à la règle de conflit [conduisant] cette dernière à s'effacer en cas de besoin devant des sources concurrentes d'origine informelle ou spontanée »<sup>306</sup>, d'autres affirmant que : « lorsque le jeu de la *lex mercatoria* est possible, elle supplante alors les dispositions étatiques »<sup>307</sup>.

---

et s., spéc. p. 637 et s. : la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique relève d'une « approche dogmatique » ; « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 330, 2007, pp. 9-474, spéc. nos 341 et s., p. 299 et s.

<sup>304</sup> Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 97 et s., spéc. p. 99.

<sup>305</sup> Expression empruntée à M. Georges RIPERT (*Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Reprint, 2<sup>e</sup> éd., 1955, n° 132, spéc. p. 327).

<sup>306</sup> H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers la publicisation du conflit de lois ?) », *Arch. phil. dr.*, t. 41, 1997, p. 207 et s., spéc. n° 8, p. 210.

<sup>307</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 312, 2005, pp. 9-488, spéc. n° 133, p. 141-142 : « dans la mesure où ces sources [non-étatiques] visent des activités déterminées, ont un secteur d'application "spécial", les normes qui en sont issues l'emportent sur les normes d'application générale ».

130. Il convient cependant de prendre une certaine distance avec cet aspect idéologique, voire dogmatique, du débat, lequel n'est : « d'aucun secours pour l'analyse scientifique du problème posé par la *lex mercatoria* »<sup>308</sup>, et conduit M. Vincent HEUZÉ à juger que les tentatives d'ériger la *lex mercatoria* en ordre juridique sont d'une : « parfaite inutilité »<sup>309</sup>.

\*

131. **Conclusion Section 2** – Les enjeux du débat sur l'existence d'ordres juridiques non-étatiques, liée à la création de règles non-étatiques, ne sont ni explicites ni explicites : ils ne relèvent pas d'une problématique juridique en termes de théorie ou pratique d'un droit non-étatique, ils participent d'une volonté de promouvoir l'indépendance des acteurs non-étatiques.

132. **Conclusion Chapitre 2** – La création des règles non-étatiques s'explique par l'autorégulation des acteurs privés, reposant sur le contrat d'association ou le contrat de société, et, par ailleurs, par des processus de coopération entre acteurs publics et privés, produisant alors des règles qualifiées d'hybrides. Le développement d'un droit non-étatique atteste, selon certains auteurs, de l'émergence d'ordres juridiques non-étatiques, débat dont l'intérêt est évalué limité dans le cadre de cette étude, parce que de l'ordre d'un glissement de problématique dans la revendication d'une indépendance des acteurs non-étatiques.

133. **Conclusion Titre 1** – Le facteur explicatif majeur de la genèse du droit non-étatique est la satisfaction d'un besoin de réglementation, à fin de régulation de l'action par les acteurs non-étatiques, lié à l'absence ou à l'inadéquation supposée des législations étatiques et de leurs méthodes. Les règles non-étatiques créées sont issues de l'autorégulation des acteurs privés ou d'une coopération entre acteurs publics et privés. La vigilance est de rigueur afin que ne fassent pas obstacle à l'analyse de la genèse du droit non-étatique des arguments non strictement juridiques, de l'ordre de l'idéologie, voire du dogme, prônant l'indépendance des acteurs non-étatiques.

---

Après avoir souligné le rôle du droit étatique, l'auteur affirme « lorsque le jeu de la *lex mercatoria* est possible, elle supplante alors les dispositions étatiques » (nous soulignons).

<sup>308</sup> P. LAGARDE, « Approche critique... », *op. cit.*, spéc. n° 2, p. 126.

<sup>309</sup> V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN, Joly, 1990, n° 287, p. 143, note 142.

## Titre 2 – Les caractéristiques du droit non-étatique : essai de systématisation

134. Selon la définition retenue, le droit non-étatique désigne « l'ensemble des règles écrites et unilatéralement élaborées par des acteurs non-étatiques, privés et/ou publics, ayant vocation à s'appliquer eu égard à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques »<sup>310</sup>. L'objectif est d'indiquer en quoi ces règles peuvent être rassemblées dans un seul ensemble, une même catégorie d'analyse, ceci participant nécessairement et préalablement du but plus largement visé : proposer une approche globale du droit non-étatique, rendant compte de son fonctionnement.

135. Deux justifications soutiennent cette entreprise de définition et de caractérisation : au risque d'être dépourvue d'objet, l'approche globale du droit non-étatique implique que les règles incluses dans une catégorie « droit non-étatique » en construisent l'unité conceptuelle. L'absence de définition positive génère encore et potentiellement le risque d'une notion à « contenu variable », susceptible d'utilisations aussi variées qu'infondées<sup>311</sup>.

136. Un recensement des éléments jugés caractéristiques des règles non-étatiques est opéré, pour instituer le droit non-étatique en catégorie d'analyse (Chapitre 1). Les résultats de l'investigation sont mis à l'épreuve de notions évaluées voisines, afin d'apprécier la pertinence de la catégorie d'analyse construite (Chapitre 2).

---

<sup>310</sup> *Supra* nos 26 et s., spéc. n° 29.

<sup>311</sup> Rappr. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *Economica*, Recherches juridiques, 2002., n° 8, p. 19 : « tant que le droit spontané restera une notion à contenu variable, se contentant d'une définition négative, celle de droit non étatique, il sera l'arche providentielle sous laquelle pourront se réfugier toutes les prétendantes au titre de règle de droit ».

## Chapitre 1 – Les caractéristiques du droit non-étatique

137. Les nombreuses études ayant pour objet le droit non-étatique fournissent des indices dont l'analyse autorise à supposer une communauté de caractéristiques des règles qui le composent, et ce au-delà de leur variété apparente. À la diversité des études répond par ailleurs une diversité d'ordre terminologique, pour désigner, identifier ou qualifier le droit non-étatique, l'acception d'un même vocable n'étant pas nécessairement identique d'un auteur à l'autre (Section 1). Les termes « anational », « transnational », « global », « privé », « non-étatique » sont fréquemment utilisés, parfois confondus, invitant à un effort de précision et de clarification quant aux caractéristiques du droit non-étatique : le terme « anational » pour désigner la *source* du droit non-étatique, le terme « transnational » pour son *rayonnement* (Section 2).

### Section 1 – Une imprécision terminologique gravitant autour des caractéristiques du droit non-étatique

---

138. Évoquer une « imprécision terminologique » implique d'en préciser l'origine, provenant de la diversité des études académiques consacrées aux règles créées hors de l'action des États (§1), et d'en cerner la conséquence : une imprécision relative aux caractéristiques du droit non-étatique (§2).

#### §1 – L'origine de l'imprécision terminologique : la diversité des études académiques

139. La seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle et le début du XXI<sup>e</sup> sont marqués par les premières études consacrées aux règles créées hors des États et/ou s'appliquant sans considération des frontières étatiques. De chaque côté de l'Atlantique, des auteurs, précurseurs en la matière, relèvent l'existence de nouvelles dynamiques et phénomènes juridiques œuvrant par-delà les frontières étatiques. En France, dans les années 40, Georges SCELLE évoque, sous l'expression « droit des gens », le caractère révolutionnaire de groupements spontanés dont le champ d'action extra-étatique ne se limite pas aux frontières nationales<sup>312</sup>. Repris quelques années plus tard outre-Atlantique, ces travaux conduisent Philip C. JESSUP à rejeter le terme *international*, lui préférant une *transnational law*

---

<sup>312</sup> G. SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, Domat-Montchrestien, 1943, p. 258 et s. Rappr. P. REUTER, « Principes de droit international public », *Rec. cours La Haye*, vol. 103, 1961, pp. 425-683, spéc. p. 432-433.



qu'il étudie dans l'ouvrage éponyme<sup>313</sup>. Complété par de nombreux travaux empiriques, cet effort de formalisation permet l'établissement d'un état des lieux relatifs aux études consacrées aux règles créées hors de l'action des États. Sont successivement exposées les premières études historiquement consacrées à celles-ci (A) et les premières tentatives de théorisation ultérieurement réalisées (B).

## A – État des lieux des premières études académiques

140. Théâtre des premières manifestations d'un droit créé hors de l'État, le commerce est, depuis le Moyen Âge au moins<sup>314</sup>, le témoin du développement de lois marchandes propres à ces activités. Édictées pour lutter contre la rigidité, voire pallier à l'insuffisance, du droit féodal, il semble que ces lois marchandes ne constituent pas, cependant, l'ancêtre de la *lex mercatoria* aujourd'hui étudiée<sup>315</sup>. Les premières études académiques ayant pour objet cette *lex mercatoria* sont publiées dans les années 1930 : l'existence de droits corporatifs spécifiques à certains domaines d'activités est relevée<sup>316</sup>, la contribution de ces ouvrages au débat sur le droit transnational demeurant cependant incertaine<sup>317</sup>. Des travaux ultérieurs, concernant le crédit documentaire<sup>318</sup>, la vente internationale<sup>319</sup> ou encore l'arbitrage<sup>320</sup>, génèrent, dans les années soixante, les premières théorisations formelles de Berthold GOLDMAN<sup>321</sup> et Clive SCHMITTHOFF<sup>322</sup> permettant au

---

<sup>313</sup> Ph. C. JESSUP, *Transnational law*, Yale University Press, 1956, p. 2 : « just as the word “international” is inadequate to describe the problem, so the term “international law” will not do ».

<sup>314</sup> J. BART, « La *lex mercatoria* au Moyen Âge : mythe ou réalité ? », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 9 et s.

<sup>315</sup> *Ibid.*, spéc. p. 9 : « il est impérieux, d'une façon générale, de prendre les plus grandes précautions avant de prétendre à l'existence, non seulement de liens de filiation, mais même d'origines communes, voire de simples ressemblances entre des phénomènes qui se développent dans des sociétés totalement différentes, sauf à analyser institutions et normes juridiques *in vitro*, sans tenir compte du contexte économique, social, politique ou culturel dans lequel elles se forment et évoluent ». Rappr. D. DE RUYSSCHER, « La *lex mercatoria* contextualisée : tracer son parcours intellectuel », *Rev. hist. droit*, 2012/4, p. 499 et s., spéc. p. 515 : « ces sources [de la *lex mercatoria*] des treizième et quatorzième siècles n'avaient pas le sens que lui attribuèrent les auteurs ultérieurs ».

<sup>316</sup> M. ISHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies : les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places*, M. Giard, 1928 ; G. SCHWOB, *Le contrat de la London Corn Trade Association : étude de droit comparé et de droit français*, Rousseau, 1928.

<sup>317</sup> Ph. KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverse », *McGill Law Journal*, 1992, vol. 37, p. 413 et s., spéc. p. 416 : « l'ouvrage [d'Ishizaki] n'a pas eu le retentissement qu'il méritait ». Comp. D. BUREAU, « *Lex mercatoria* », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 933 et s., spéc. p. 934.

<sup>318</sup> J. STOUFFLET, *Le crédit documentaire : étude juridique d'un instrument financier du droit du commerce international*, Paris, Librairies techniques, 1957.

<sup>319</sup> Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Sirey, 1961.

<sup>320</sup> Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965.

<sup>321</sup> B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. phil. droit*, t. 9, 1964, p. 177 et s.

<sup>322</sup> C. M. SCHMITTHOFF, *The Source of the Law of International Trade with Special Reference to East-West Trade*, Stevens and Sons Ltd., 1964.

débat sur la *lex mercatoria* de s'engager pleinement<sup>323</sup>. Études et recherches<sup>324</sup> contribuent encore à faire de la *lex mercatoria* l'objet le plus étudié – et le plus débattu ? – du droit non-étatique<sup>325</sup>.

141. La *lex mercatoria* non seulement n'épuise pas les manifestations du droit créé hors de l'État, mais semble avoir eu pour effet d'élargir les champs d'investigation, d'autres domaines d'activité ayant été ultérieurement étudiés. Ainsi dans le monde du sport, MM. Gérard SIMON et Franck LATTY démontrent respectivement l'existence d'une « puissance sportive »<sup>326</sup> et d'une *lex sportiva*<sup>327</sup> dépassant les frontières étatiques. Citons encore les études liées à des déclinaisons, de la *lex mercatoria* en ce qui concerne la *lex maritima*<sup>328</sup>, la *lex petrolea*<sup>329</sup> et la *lex finanziaria*<sup>330</sup>, de la *lex sportiva* via la *lex olympica*<sup>331</sup> ou la

---

<sup>323</sup> Pour une synthèse des conceptions de la *lex mercatoria* : D. BUREAU, *op. cit.* et les références citées, spéc. p. 937 ; Ph. KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverse », *McGill Law Journal*, 1992, vol. 37, p. 413 et s. ; « La *lex mercatoria* et son destin », in *L'actualité de la pensée de Berthold GOLDMAN. Droit commercial international et européen*, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 25 et s.

<sup>324</sup> A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria)*, LGDJ, 1984 ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992 ; S. HOTTE, *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Defrénois, Doctorat et Notariat, 2007.

<sup>325</sup> Sur les rapports droit non-étatique / *lex mercatoria*, tributaires de la conception retenue de cette dernière : *infra* n<sup>os</sup> 176 et s., et à propos du débat relatif à la *lex mercatoria*, parmi de nombreuses références : É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n<sup>os</sup> 429 et s., p. 187 et s. et le titre explicite dédié à la « défense de l'ordre juridique mercatique » ; Ch. P. PAMBOUKIS, « La *lex mercatoria* reconsidérée », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 635 et s. ; I. STRENGER, « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *Rec. cours La Haye*, vol. 227, 1991, pp. 207-355, spéc. p. 311 et s. et l'intitulé du chapitre consacré à répondre aux critiques formulées (« La *lex mercatoria* n'est ni un système, ni un ordre juridique (critique d'Antoine KASSIS) »).

<sup>326</sup> G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique : contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 1990.

<sup>327</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007.

<sup>328</sup> En matière commerciale, certains secteurs bénéficient de réglementations particulières, et la doctrine n'hésite pas à parler de *lex maritima* (W. TETLEY, « The General Maritime Law - The *Lex Maritima* », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1994, n<sup>o</sup> 20, p. 105 et s. ; Ph. DELEBECQUE, « L'arbitrage maritime : une *lex maritima* pour l'UpM », in F. OSMAN et L. CHEDLY (dir.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage. Pour un cadre commun de référence*, Bruylant, 2015, p. 63 et s.). Pour un recensement des diverses manifestations : É. LOQUIN et L. RAVILLON, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in É. LOQUIN et C. KESSEDIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Travaux du CREDIMI, 2000, p. 91 et s., spéc. p. 118 et 123.

<sup>329</sup> D. CARREAU et P. JULLIARD, *Droit international économique*, Dalloz, Précis, 5<sup>e</sup> éd., 2013, n<sup>o</sup> 28, p. 10.

<sup>330</sup> H. DE VAUPLANE, « Marchés financiers : régulation, réglementation ou autorégulation ? », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 373 et s., spéc. p. 393. Comp. le développement d'une *lex economica* (W. ABDELGAWALD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », *RIDE*, 2001/2, p. 161 et s.).

<sup>331</sup> F. LATTY, « Les jeux Olympiques et le droit international rendez-vous manqué et rencontres du troisième type », *Annuaire français de relations internationales*, 2009, vol. X, p. 945 et s.

*lex fifa*<sup>332</sup> ou encore, dans le domaine des nouvelles technologies, les *lex electronica*<sup>333</sup>, *lex mercatoria numerica*<sup>334</sup>, ou *netlex*<sup>335</sup> en résultant.

## B – Premières typologies et tentatives de théorisation

142. Ayant attiré l'attention sur un phénomène nouveau, observé et capitalisé nombre de ses manifestations, la doctrine juridique aspire, depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle, à franchir une nouvelle étape, celle de la théorisation et de la formalisation. Ainsi M. LATTY, en conclusion d'un ouvrage approfondi sur la *lex sportiva*, appelle de ces vœux une « authentique théorie du droit transnational »<sup>336</sup>. Sans nécessairement prétendre à ce niveau de qualité attendu<sup>337</sup>, des inventaires, des classifications et des théorisations ont été proposés, contribuant à accroître la variété des termes employés pour désigner le droit non-étatique.

143. Dans un numéro spécial consacré aux « normes privées internationales », la *Revue de la recherche juridique* en exprime la diversité, qu'il s'agisse de concurrence, de compatibilité, de télécommunications, de noms de domaines, d'environnement ou de sport<sup>338</sup>. Les contributeurs cependant se satisfont de mentionner cette diversité<sup>339</sup>, questionnant l'existence d'une notion unique pour en rendre compte<sup>340</sup>. Le but explicite de cette étude générale n'est pas d'ordonner les éléments regroupés dans cet ensemble « normes privées internationales », aucun critère utile de classification ou d'identification ne s'en dégage conséquemment<sup>341</sup>.

---

<sup>332</sup> F. LATTY, « La *lex fifa* », in M. MAISONNEUVE (dir.), *Droit et coupe du monde*, Economica, Études juridiques, 2011, p. 9 et s.

<sup>333</sup> P. TRUDEL, « La *lex electronica* », in Ch.-A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 221 et s. ; V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHLIF, « Droit du commerce électronique et normes applicables. L'émergence de la *lex electronica* », *RIDE*, 1997/5, p. 547 et s.

<sup>334</sup> E. A. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI* 1997. 323.

<sup>335</sup> M. MOHAMED SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, « Droit, éthique et société », 2002, p. 66.

<sup>336</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 770.

<sup>337</sup> À propos des difficultés relatives à la construction d'une théorie du droit transnational basée sur les « concepts, prétendument universels, de notre langage juridique [...] intimement liés au droit de l'État-nation » : K. TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013/1 (t. 27), p. 9 et s., spéc. p. 35. Rapp. *supra* n° 17 et *infra* nos 841 et s.

<sup>338</sup> *RRJ (carnets de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2191 et s.

<sup>339</sup> A. RAYNOUARD, « Normes privées dans l'environnement juridique international (état des lieux) », *RRJ (carnets de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2195 et s., spéc. p. 2196 et 2199 ; J.-Y. CHÉROT, « Théorie des normes, théorie du droit et normes privées internationales », *RRJ (carnets de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2217 et s., spéc. p. 2221.

<sup>340</sup> A. RAYNOUARD, *ibid.*, spéc. p. 2196.

<sup>341</sup> *Comp. E. MACKAAY, « Quelques réflexions sur les normes privées », RRJ (carnets de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2203 et s., spéc. p. 2205.

144. Dans un numéro consacré aux « théories du droit transnational », la *Revue internationale de droit économique*, se fondant sur l'influence respective du droit public et du droit privé, propose de distinguer quatre types d'interactions, construisant une typologie présentant quatre catégories d'analyse<sup>342</sup>. Les deux premières sont marquées d'une forte empreinte publiciste, « pluralisme constitutionnel »<sup>343</sup> et « droit administratif global »<sup>344</sup>, l'accent se déplaçant progressivement vers une intégration de plus en plus grande du droit privé, jusqu'à le rendre dominant. La dénomination des deux dernières catégories d'analyse, « droit international privé au-delà de l'État-nation » et « réglementation privée », exprime le processus de privatisation des règles créées<sup>345</sup>.

145. L'ouvrage de M. Gilles LHUILIER, *Le droit transnational*, dresse également quatre catégories d'analyse parmi les « règles du droit transnational », étudiant successivement le « droit transnational privé », le « droit transnational des affaires », le « droit pénal transnational » et le « droit public transnational »<sup>346</sup>.

146. Observateurs et théoriciens du droit fréquemment nommé « transnational » ont tous proposé définitions et critères caractéristiques de cette forme nouvelle de droit. L'apport de ces études est indiscutable, elles fournissent le matériau, le nécessaire préalable, aux premières théorisations. L'accord ne se réalise cependant pas

---

<sup>342</sup> H.-W. MICKLITZ, « Pourquoi une édition spéciale relative aux théories du droit transnational ? », *RIDE*, 2013/1, t. 27, p. 5 et s., spéc. p. 5.

<sup>343</sup> Première catégorie, le pluralisme constitutionnel constitue rôle dominant, voire exclusif, des acteurs publics et de l'État-nation. Ambiguë, l'expression semble jouer sur la polysémie du terme *constitution*. Soit la pluralité réside dans les définitions attribuées : la Constitution d'un État n'est pas celle d'une société commerciale. Soit, plus probablement, le terme constitution ne souffre aucune ambiguïté, et la pluralité réside dans les divers systèmes utilisant une Constitution au sens de norme suprême. La Constitution ne serait plus le monopole de l'État et pourrait être adoptée par d'autres systèmes juridiques tels l'Europe, caractérisant ainsi une manifestation du droit transnational. Sur la question : M. AVBELJ et J. KOMÁREK, « Four Visions of Constitutional Pluralism », *European Constitutional Law Review*, 2008, vol. 4 (n° 3), p. 524 et s. ; M. AVBELJ et J. KOMÁREK (dir.), *Constitutional Pluralism and the European Union and Beyond*, Hart Publishing, 2012.

<sup>344</sup> Le droit administratif global, autre manifestation du droit transnational, rend compte des délégations consenties par l'État à des acteurs privés, et conduit la doctrine à analyser interactions et modes de coopération entre États et acteurs privés dans un contexte mondial. Sur la question : C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, Pedone, Cahiers internationaux, 2012 ; B. KINGSBURY, R. B. STEWART, N. KRISCH, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, 2005, vol. 68, p. 15 et s. ; « L'émergence du droit administratif global », *RIDE*, 2013/1, t. 27, p. 37 et s.

<sup>345</sup> H.-W. MICKLITZ, « Pourquoi une édition... », *op. cit.*, spéc. p. 5. Mêlant codification du droit privé et droit international privé au-delà de l'État-nation, la substance de la troisième catégorie est discutable. Les codifications privées auraient probablement leur place dans la quatrième catégorie car celles-ci relèvent d'une initiative privée, destinée à des acteurs privés. La construction d'un droit international privé commun est par contre réalisée sous l'impulsion des États, mais les destinataires seront tant des acteurs publics (tribunaux, administrations, notaires, etc.) que privés (professionnels, voire arbitres).

<sup>346</sup> G. LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, nos 31 et s., p. 33 et s.

nécessairement entre les définitions proposées par les différents auteurs, en résulte une imprécision requérant clarification.

## §2 – Le constat : l'imprécision terminologique quant aux caractéristiques du droit non-étatique

147. D'aucuns relevaient déjà l'existence d'un « flottement terminologique »<sup>347</sup> à propos de la *lex mercatoria*, processus actuellement amplifié par les manifestations de natures autres du droit non-étatique. Rendons compte de ce « flottement terminologique » à l'égard de trois termes particulièrement employés (A) afin d'en proposer une clarification (B), permettant une étude approfondie les caractéristiques principales du droit non-étatique.

### A – L'emploi des termes anational, transnational et privé

148. Pour désigner une manifestation normative concrète ou désigner un ensemble de règles créées hors de l'action des États, la simple observation indique un droit « anational », distinct ou confondu du droit « transnational »<sup>348</sup>, un droit « métanational »<sup>349</sup>, un « droit vraiment international issu de sources privées »<sup>350</sup>, un « droit uniforme transnational d'origine privée »<sup>351</sup>, des « normes a-nationales »<sup>352</sup>, des « règles matérielles transnationales »<sup>353</sup>, et des « règles transnationales substantielles d'origine privée »<sup>354</sup>. Des termes différents sont employés, désignant potentiellement une même réalité.

---

<sup>347</sup> B. GOLDMAN, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241 et s., spéc. p. 244.

<sup>348</sup> Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 97 et s., spéc. p. 99 : « Pour les uns, les mots international, transnational, mondial sont synonymes et l'emploi de l'un pour l'autre indifférent ; pour les autres, les sens sont différentes et il y aurait une progression dans l'effacement des frontières nationales au regard du développement du phénomène économique ».

<sup>349</sup> I. STRENGER, « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *Rec. cours La Haye*, vol. 227, 1991, pp. 207-355, spéc. p. 276.

<sup>350</sup> R. VANDER ELST et Fr. RIGAUX, « Relations juridiques transnationales ou dialogue sur un autre droit », *Journal des tribunaux (Bruxelles)*, n° 5200, 1982, p. 230 et s., spéc. p. 233.

<sup>351</sup> Ph. KAHN, « L'autorégulation », in H. GHÉRARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 197 et s., spéc. p. 200.

<sup>352</sup> C. KESSEDIAN, « Les normes a-nationales et le futur règlement Rome 1 – Une occasion manquée (jusqu'à nouvel ordre ?) », *RDC* 2007/4, p. 1470 et s.

<sup>353</sup> É. LOQUIN, « L'internationalisation des contrats sportifs », in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 33 et s., spéc. p. 46 et s.

<sup>354</sup> B. AUDIT, « Le choix des Principes d'unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », in *Mélanges Camille JAUFFRET-SPINOSI*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2013, p. 13 et s., spéc. p. 17.

149. La signification des vocables utilisés n'est pas nécessairement, par ailleurs, objet de consensus, M. Pierre MAYER le relève : « initialement, l'expression "droit transnational" (*transnational law*) a été employée par Ph. Jessup dans un tout autre sens : il s'agit pour cet auteur d'un *melting pot* où existent les droits étatiques et le droit international, public et privé, et à l'intérieur duquel le juge choisit librement la règle qui lui paraît la plus appropriée [...] Cette conception étant inadmissible pour les auteurs de *civil law*, ceux-ci ont repris l'expression mais lui ont donné un sens différent »<sup>355</sup>.

L'opposition existe au sein même de la doctrine de *civil law* : M. Filali OSMAN considère que « la transnationalité d'une situation provient de ce qu'elle dépasse le cadre d'un seul ordre juridique étatique et, partant, aucun d'entre eux n'est en mesure d'exercer sur elle une autorité effective. Il s'agit donc d'une situation objet d'une plurilocalisation »<sup>356</sup>, tant dit que pour M. Éric LOQUIN, le caractère transnational implique que ses règles « s'adressent et s'appliquent quelle que soit la loi étatique régissant la relation contractuelle et sans même qu'il soit besoin de déterminer cette loi pour appliquer ces règles »<sup>357</sup>.

## **B – Proposition de clarification : la distinction des termes anational et transnational**

150. Ce « flottement terminologique » s'analyse sur deux dimensions : une même réalité qualifiée par différents termes, et la signification non consensuelle d'un même terme. Ceci questionne conséquemment la définition de chacune de ces caractéristiques, ainsi que la pertinence de l'utilisation des vocables « anational », « transnational », etc., pour désigner le rayonnement, la dynamique, ou la source du droit non-étatique.

151. Nous proposons d'opérer la distinction suivante : l'usage du terme « anational » renvoie à la *source* du droit non-étatique, le terme « transnational » vise le *rayonnement* du droit non-étatique. Fort de cette distinction, il est procédé à un essai de clarification du premier de ces deux termes.

\*

---

<sup>355</sup> P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Rec. cours La Haye*, vol. 217, 1989, pp. 319-454, spéc. n° 71, p. 395, note 84.

<sup>356</sup> F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 9, note 3.

<sup>357</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 395, p. 169. Comp. J.-B. RACINE et F. SIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, Cours, 2<sup>e</sup> éd., 2011, n° 101, p. 67-68 : « la transnationalité signifie que le droit ne vient pas d'un seul État. Le droit, par sa source et son contenu, transcende les particularismes nationaux afin de s'adapter aux besoins et spécificités du commerce international ».

152. **Conclusion Section 1** – Les diverses études consacrées au droit transnational, à la *lex mercatoria*, à la *lex sportiva* et, plus généralement, aux règles créées hors des États ont produit un désordre terminologique autour des caractéristiques du droit non-étatique. Les termes anational, transnational, global, privé, etc. sont indifféremment utilisés ou strictement distingués. Proposition est faite de retenir le terme anational pour désigner la source du droit non-étatique, et le terme transnational pour désigner le rayonnement du droit non-étatique.

## **Section 2 – Étude des caractéristiques retenues du droit non-étatique**

---

153. S'agissant de clarification terminologique, M. Marcel MERLE écrit : « l'invention d'un vocable a le plus souvent pour objet d'émettre un signe destiné à attirer l'attention des chercheurs sur un aspect nouveau de l'ordonnement social ou juridique. Le caractère provocateur de ces néologismes en fait à la fois l'intérêt et la fragilité. Pour que le premier l'emporte sur la seconde, il importe non seulement que le vocable soit bien choisi mais encore et surtout qu'il évoque un phénomène ou un ensemble de phénomènes susceptibles d'être aisément repérés et identifiés »<sup>358</sup>. Souscrivant à la fois à cette alerte et à cette analyse, examinons les caractéristiques communes des règles non-étatiques : le caractère anational (§1), le caractère transnational (§2).

### **§1 – Le caractère anational : source du droit non-étatique**

154. Composé d'un préfixe (*a*) et d'un radical (*nation*), le vocable est analysé au plan de l'étymologie (A), laquelle fournit un argumentaire en faveur de l'emploi situé du terme « anational » (B).

#### **A – Anational : étymologie**

155. S'agissant de clarification notionnelle, le détour étymologique présente intrinsèquement de l'intérêt, intérêt redoublé en l'occurrence, au regard de l'identification de notre objet d'étude, lorsqu'il est affirmé que le droit non-étatique est un droit anational. Le sens donné au préfixe *a-* s'entend ici dans son caractère privatif, c'est-à-dire un droit dépourvu de nationalité.

---

<sup>358</sup> M. MERLE, « Le concept de transnationalité », in *Mélanges René-Jean DUPUY. Humanité et droit international*, Pedone, 1991, p. 223 et s., spéc. p. 223.

156. Dépourvu de nationalité, l'origine du droit non-étatique ne résulte logiquement pas de l'activité législative ou normative d'un ordre juridique étatique. Cette stricte compréhension de l'étymologie *a-national* conduit à rejeter toute assimilation au terme « transnational », lequel évoque la dynamique des règles créées, c'est-à-dire un rayonnement au-delà des frontières étatiques<sup>359</sup>.

157. *Nation*, entendu au sens commun du terme, signifie une communauté humaine dont les membres ont en commun plusieurs éléments (histoire, culture, langue, etc.). En ce sens, la nation se distingue de l'État, institution ou organisation politique, exerçant la souveraineté populaire<sup>360</sup>. Au regard de notre problématique, les réflexions de M. MERLE sur ce radical « nation », bien qu'elles interviennent à propos de la notion de transnationalité, méritent d'être reprises : le vocable nation n'a nullement pour but d'opérer une distinction avec l'État. Conséquemment, quoi qu'il en soit de cette distinction, elle ne présente ici aucune pertinence, « nation » et « État »<sup>361</sup> recouvrent des significations de nature identique.

## **B – L'anationalité, caractéristique commune des règles non-étatiques**

158. Le néologisme « anationalité » ou le qualificatif « anational » désignent une première caractéristique commune à toutes les manifestations recensées du droit non-étatique. Les Principes Unidroit, Incoterms, règlements fédéraux sportifs, Code mondial antidopage, etc., présentent tous un caractère anational. Ces règles ne sont pas des manifestations de l'activité législative ou normative d'un État. L'anationalité est une notion dont l'emploi est strictement situé, ne signifiant aucunement « sans nation », mais dont l'initiative de la création de la règle n'appartient en aucun cas à un État-nation<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> *Infra* n<sup>os</sup> 169 et s.

<sup>360</sup> F. POIRAT, « État », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 642 et s. Comp. G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 678, *Nation* (sens 1).

<sup>361</sup> M. MERLE, « Le concept de transnationalité », *op. cit.*, spéc. p. 224 : « le qualificatif adéquat eut été transétatique plutôt que transnational et le substantif correspondant « transétatité » (si l'on peut risquer cet affreux néologisme) ».

<sup>362</sup> F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 9, note 3 : « l'anationalité d'une situation juridique provient de ce qu'elle est totalement détachée de tout ordre juridique étatique (et également de l'ordre juridique interétatique. En ce sens le droit anational est aussi a-interétatique) » ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rev. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n<sup>o</sup> 395, p. 169 : le caractère anational implique que le droit est « élaboré en marge des législations nationales » ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2011, n<sup>o</sup> 89, p. 46, note 72 : « Le préfixe "a" va plus loin car il marque la négation, l'opposition avec le mot initial », le radical *nation*.



159. Privilégier le qualificatif « anational » permet d'écarter celui de « privé », fréquemment utilisé pour désigner l'origine des règles créées. D'une adéquation certaine s'agissant du phénomène d'autorégulation (les acteurs privés *stricto sensu*), le recours au vocable « privé » laisse entrevoir ses limites quand il s'agit de désigner des règles créées par des acteurs hybrides. Face à cet obstacle, certains plaident pour une acception peu restrictive du terme privé<sup>363</sup>, posture que nous n'adopterons pas, au regard d'un objectif, précisément ici, de clarification notionnelle. Primauté sera donc accordée au terme « anational ».

## §2 – Le caractère transnational : le rayonnement du droit non-étatique

160. Composé d'un préfixe (*trans*) et d'un radical (*nation*), le terme « transnational » semble en adéquation avec les phénomènes recensés. Le préfixe *trans* appartient à la macro-dimension d'analyse du spatial et signifie « au-delà », « à travers », indiquant un mouvement, une dynamique, entre deux objets spatialement situés, en l'occurrence au-delà de l'espace, du territoire, d'un national. Il exprime concrètement le franchissement, abstraitement le dépassement de frontières nationales, de frontières étatiques, le transnational est au-delà d'une nation, d'un État, d'un État-nation<sup>364</sup>. Le dépassement des frontières étatiques est au cœur de la dynamique transnationale, dynamique relevée par de nombreux auteurs, qu'ils la qualifient de transnationale ou d'internationale. Ainsi, le transnational « transcende les frontières nationales »<sup>365</sup> et fait « fi des frontières géographiques et politiques entre États-nations, héritées de l'histoire »<sup>366</sup>. *Trans-cende*<sup>367</sup>.

---

<sup>363</sup> A. RAYNOUARD, « Normes privées dans l'environnement juridique international (état des lieux) », *RRJ (carnet de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2195 et s., spéc. p. 2197 : « le caractère privé [...] semble entendu dans un sens très lâche, très peu restrictif, y compris lorsque l'on se cantonne aux normes internationales » ; R. BISMUTH, « Une cartographie de la standardisation internationale privée : tentative d'identification de l'objet et de ses enjeux », in R. BISMUTH (dir.), *La standardisation internationale privée : aspects juridiques*, Larcier, Droit international, 2014, p. 9 et s., spéc. n° 1.34, p. 25 : « La dimension "privée" peut donc se réduire dans ce contexte du caractère *non exclusivement public de la gouvernance de ces instances* » (nous soulignons). Comp. G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 47 et s., spéc. p. 49 : « l'origine privée ou publique des codes de conduite n'est pas un élément décisif. Les codes privés ne sont qu'une manifestation des phénomènes de normalisation non étatique qui ne sont sans doute pas nouveaux, mais qui ont longtemps été "occultés" par la doctrine dominante parce qu'ils sont contraires au droit positif des sources et plus encore à l'idéologie officielle. Enfin, on assiste à la multiplication de situations "mixtes" du point de la distinction du droit public et du droit privé ».

<sup>364</sup> G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 1038, *Transnational* (sens 1) : « Qui suppose le franchissement d'une frontière ou (et) s'exerce par-dessus les frontières indépendamment de l'action des États ».

<sup>365</sup> Ph. C. JESSUP, *Transnational law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 2 (traduction libre).

<sup>366</sup> C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, pp. 79-308, spéc. p. 121.

161. La transnationalité implique un changement de logique, l'abandon d'un type de pensée opposant national et international. Étymologiquement, l'internationalité implique un rapport *entre* les nations, le préfixe *inter* indiquant un lien, entre au moins deux objets, nécessairement de même nature. Ce rapport entre nations est alors exclusif de tout autre type de rapports avec des objets de nature non identique, la réalité des interactions existantes, plurielles, peine à s'exprimer dans la notion d'internationalité. Philip C. JESSUP qualifie, à ce titre, le terme d'internationalité de « trompeur » car il conduit à se préoccuper exclusivement des relations d'une ou plusieurs nations<sup>368</sup>. La transnationalité dépasse cette conception restrictive, permettant l'expression de divers rapports, non seulement entre États, mais aussi entre personnes privées ou entre États et personnes privées, entre acteurs donc, de natures non nécessairement identiques. Approfondissons, au-delà de l'approche étymologique, cette distinction entre les notions d'internationalité et de transnationalité (A) pour mieux cerner les spécificités de cette dernière (B).

#### **A – Internationalité, transnationalité : distinction notionnelle**

162. Crise d'un concept selon certains<sup>369</sup>, évolution selon d'autres<sup>370</sup>, le recours à la notion d'internationalité est discuté en droit international privé, en droit du commerce international, en droit international public et dans les sciences politiques. Ainsi, l'observation de M. Bertrand BADIE et M<sup>me</sup> Marie-Claude SMOUTS, considérant que « le système international n'a jamais pu se réduire à la seule juxtaposition d'États souverains »<sup>371</sup>, renforce l'analyse antérieurement proposée par M. Marcel MERLE, lequel invite à ne pas confondre « l'analyse du système international avec le système interétatique, et intégrer dans l'analyse du premier le fait transnational »<sup>372</sup>. La transnationalité n'est pas une négation de l'internationalité, la première ne vise pas la

---

<sup>367</sup> Parmi de nombreuses références : M. MERLE, « Le concept de transnationalité », in *Mélanges René-Jean DUPUY. Humanité et droit international*, Pedone, 1991, p. 223, spéc. p. 225 ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation...*, *op. cit.*, n° 89, p. 46, note 72 : « le préfixe “trans” symbolise l'idée de dépassement, de transcendance de ce que désigne le radical, sans pour autant le rejeter » ; G. LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, nos 5 et s., p. 6 et s.

<sup>368</sup> Ph. C. JESSUP, *Transnational...*, *op. cit.*, p. 1 : « the term “international” is misleading since it suggests that one is concerned only with the relations of one nation (or state) or other nations (or states) ».

<sup>369</sup> S. LAGHMANI, « L'internationalité : antécédents, consécration et crise d'un concept », *Revue Lamy dr. aff.*, supplément, 2002, n° 46, p. 11 et s.

<sup>370</sup> E. SUY, « From the International to the Transnational », *Associations transnationales*, 1982, n° 3, p. 196 et s.

<sup>371</sup> B. BADIE et M.-C. SMOUTS, *Le retournement du monde : sociologie de la scène internationale*, Presses de Sciences po & Dalloz, Amphithéâtre, 3<sup>e</sup> éd., 1999, p. 15.

<sup>372</sup> M. MERLE, « Le concept de transnationalité », in *Mélanges René-Jean DUPUY. Humanité et droit international*, Pedone, 1991, p. 223 et s., spéc. p. 231.

suppression de la seconde, les rapports inter- et transnationaux coexistent<sup>373</sup>. Quelques considérations relatives au modèle westphalien de référence permettent d'estimer l'ampleur et l'enjeu de la rupture induite par la transnationalité, relativement à celle d'internationalité.

163. Fréquemment convoqué par le droit international public et les sciences politiques, le modèle westphalien est un outil d'analyse présentant une certaine adéquation du point de vue de l'investigation. En 1648, suite à la guerre de Trente ans, les Traités de Westphalie consacrent l'État-nation comme forme privilégiée d'organisation politique des sociétés. La naissance de ce système interétatique marque par ailleurs le début des relations internationales *stricto sensu*, c'est-à-dire des relations *entre États*<sup>374</sup>. Une schématisation de ce modèle, par essence réductrice, repose sur l'indépendance des États-nations, celle des ordres juridiques, et une obligation de non-ingérence réciproque, ce que traduit la notion de souveraineté. Ces lignes directrices visent à réduire les conflits entre entités politiques précédant l'État moderne (les puissances locales, étatiques, religieuses), lesquels sont l'un des facteurs déclencheurs de la guerre de Trente ans. La finalité première de ce modèle Westphalien est d'éviter le recours à la guerre. Partisan d'un monde distribué en États souverains et égaux, le modèle Westphalien a fait l'objet de nombreux questionnements, jusqu'à l'expiration de sa date de validité, l'une et l'autre encore discutées : 1914, et les débuts de la Première Guerre mondiale, ou 1989, et l'avènement de la – seconde – mondialisation, suite à l'effondrement du bloc communiste<sup>375</sup>.

164. Ce modèle westphalien reflète une représentation, une conception des relations internationales. Les États, les nations ou ordres juridiques étatiques occupent une place centrale, si ce n'est exclusive, et servent de point de repère. Ceci ne signifie pas que les relations internationales s'établissent uniquement entre États, mais que l'internationalité est pensée en référence à ces États, y compris en droit international privé, dont l'objet est pourtant les relations entre personnes privées<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> Rappr. J. ROBERT, *Le phénomène transnational*, LGDJ, Éditions de l'Association française d'arbitrage, 1988, p. 7 : « le transnationalisme s'entend de toute opération juridique de nature internationale (le plus souvent contractuelle sous toutes les formes concevables) que ses participants souhaitent voir régir par une règle de droit de leur choix, c'est-à-dire par la voie directe plutôt que selon un mode conflictuel. C'est essentiellement en cela que *le transnationalisme paraît s'opposer à l'internationalisme* » (nous soulignons).

<sup>374</sup> D. BATTISTELLA et al., *Dictionnaire des relations internationales*, Dalloz, Dictionnaires, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 561 et s., *Westphalien (système)*.

<sup>375</sup> *Ibid.*, spéc. p. 562. L'expression « seconde mondialisation » entre en résonance avec le mouvement enclenché à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : S. BERGER, *Notre première mondialisation : leçons d'un échec oublié*, Seuil, La République des idées, 2003.

<sup>376</sup> *Infra* nos 526 et s. et les références citées, considérant, en tendance, les États pour caractériser l'internationalité des situations et l'internationalité du contrat.

165. La transnationalité traduit une rupture avec cette conception des relations internationales : l'État et les frontières étatiques ne constituent plus l'unique critère de référence, la transnationalité peut être pensée différemment, elle va au-delà de l'État. Le critère dominant tient à la *nature* de l'activité considérée, non à sa dimension spatiale. La notion de transnationalité invite à analyser la nature de l'activité liant les acteurs en présence, et à délaissier les territoires étatiques concernés par le déploiement de cette activité.

## **B – La dynamique transnationale : indifférence des frontières étatiques et considération de l'activité pratiquée**

166. Concernant une activité ou un champ d'activités, le rayonnement du droit non-étatique est fonction de la nature de l'activité considérée. Pour exemples, les Principes Unidroit proposent des règles à destination des contrats du commerce international sans autre considération. La fédération internationale de football (FIFA) ne cherche pas à réglementer le football français, allemand ou brésilien, elle réglemente *le* football, peu importe le pays dans lequel celui-ci est pratiqué. Le Code mondial antidopage vise à réprimer le dopage dans le sport, indépendamment du lieu et de la nature de l'activité sportive. Il est enfin relevé que « le principal intérêt des codes de conduite réside dans leur champ d'application parce qu'il est plus large que celui du droit du travail étatique »<sup>377</sup>, ces codes s'appliquent « le plus souvent à l'ensemble des travailleurs dans le réseau de sociétés, qui comprend les sous-traitants, les franchisés et autres partenaires de l'entreprise »<sup>378</sup>. Autrement dit, le code de conduite a « vocation à s'appliquer au sein de l'ensemble de la chaîne de production et de commercialisation », « les règles de comportement devant être respectées au sein de *l'ensemble des établissements de la société dans le monde* »<sup>379</sup>.

167. Ces illustrations introduisent un élément central pour l'analyse : l'étendue relative du rayonnement des règles non-étatiques. Si l'activité est déployée exclusivement en France, ces règles auront un rayonnement limité à l'ordre juridique français, c'est-à-dire un rayonnement national. Si l'activité est pratiquée en France et en Allemagne, en Europe, voire dans le monde entier, le rayonnement spatial de ces règles sera respectivement

---

<sup>377</sup> A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et Codes de conduites : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit social, 2002, p. 143.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 9-10 ; G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 47 et s., spéc. p. 51 et s.

<sup>379</sup> C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2015, n° 232, p. 150 et n° 231, p. 150 (nous soulignons).

franco-allemand, européen ou mondial. Dans une telle conception, les frontières étatiques ne sont en aucun cas un obstacle, ni même un paramètre à prendre en compte. Les frontières étatiques font référence, servent de point de repère, dans une analyse spatiale de la transnationalité. Elles ne constituent pas un paramètre explicatif de la dynamique transnationale.

168. En s'inscrivant dans une approche technique, déterminer le champ d'application d'une règle suppose de répondre à quatre interrogations : depuis quand l'applique-t-on ? Sur quel territoire ? Qui sont ses destinataires ? À quelle matière ou domaine s'applique la règle ? Sont donc prises en compte des considérations de temps, de lieu ou d'espace, de matière et/ou de personne<sup>380</sup>, et convoqués des critères d'ordres temporel (*ratione temporis*), territorial (*ratione loci*), personnel (*ratione personae*) et matériel (*ratione materiae*). Utiliser ces quatre critères pour décrire le phénomène transnational semble donc l'option à privilégier, mais l'entreprise se heurte à la dynamique transnationale.

169. En principe d'égale importance pour déterminer si une règle s'applique, ces critères sont hiérarchisés dans un contexte transnational, le champ d'application spatial étant fonction de la nature de l'activité considérée<sup>381</sup>. Plus l'activité est déployée sur un territoire étendu, plus le champ d'application territorial du droit transnational est important. À l'inverse, plus l'espace de déploiement de l'activité est restreint, plus le champ d'application territorial du droit transnational est circonscrit. Le champ d'application *ratione loci* est fonction du champ d'application *ratione materiae*, de l'un à l'autre le lien est de subordination, ce qui confère une importance particulière au critère d'ordre matériel *ratione materiae*. Selon M. Kaarlo TUORI : « le droit transnational ne suit pas un critère territorial de différenciation, mais un critère fonctionnel ou matériel »<sup>382</sup>. Cette dynamique transnationale n'implique pas la mise à l'écart, la non prise en compte du critère *ratione loci*, et n'implique pas que toutes les manifestations du droit transnational aient un champ d'application mondial. Il est concevable que le rayonnement du droit non-étatique soit circonscrit à un territoire donné. Dans un contexte transnational, la

---

<sup>380</sup> Selon le *Vocabulaire juridique*, ces termes désignent alternativement « les considérations de matière (divorce), de lieu (résidence du défendeur) ou de personne (qualité de commerçant) », ou les « critères déterminateurs de compétence (matérielle ou territoriale) d'une juridiction ou d'une autorité » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 852, *Ratione*). Rapp. S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Locutions latines juridiques*, Dalloz, À savoir, 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 78-79.

<sup>381</sup> Rapp. B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source de droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/02, spéc. p. 14 : « Cette observation relativement aux destinataires est d'autant plus importante que les codes de conduite ont souvent (mais pas toujours) un champ d'application défini principalement *ratione personae* plutôt que *ratione loci* ».

<sup>382</sup> K. TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013/1 (t. 27), p. 9 et s., spéc. p. 20.

hiérarchisation des critères *ratione materiae* et *ratione loci* ne surprend pas : généralement utilisés au sein d'un ordre juridique étatique pour déterminer la compétence d'une autorité, d'une juridiction ou le champ d'application d'une règle, il est compréhensible que ces critères postulent une autolimitation spatiale des règles ou une autolimitation de l'ordre juridique étatique<sup>383</sup>. Ce sont précisément ces postulats qu'interroge la dynamique transnationale, ce que relève M. TUORI : « Dans les affrontements entre droit transnational et droit national, la bataille est menée au sein de l'espace territorial et social reconnu d'un État-nation, et la revendication concurrente d'autorité soulevée par le droit transnational conteste la suprématie (la souveraineté) de l'ordre juridique de cet État »<sup>384</sup>.

170. Au plan théorique, cette conception trouve un écho remarquable dans les écrits de Niklas LUHMANN. En 1971, dans ses travaux relatifs à la « société-monde »<sup>385</sup>, l'auteur formule l'hypothèse selon laquelle le droit mondial connaît une fragmentation radicale selon des lignes sectorielles et sociales, et ce au détriment des frontières étatiques. La dynamique transnationale tend à confirmer cette hypothèse, actualisant remarquablement les travaux de l'auteur allemand. La pensée de M. LUHMANN questionne les revendications de compétences universelle et exclusive des ordres juridiques étatiques sur leur territoire. Ce modèle de la société-monde entre en rupture avec le modèle Westphalien. Là où ce dernier ne conçoit que des relations *entre* États et ressortissants de ces États, en termes de droit public ou de droit privé, la société-monde augure d'une pluralité d'interactions entre acteurs de types non nécessairement identiques.

\*

171. **Conclusion Section 2** – Première caractéristique commune aux manifestations du droit non-étatique, relative à leur source, la notion d'anationalité, et conséquemment le qualificatif « anational », entendent exprimer la non existence d'une dimension étatique et/ou nationale dans la création des règles non-étatiques, ce dont ne rend pas suffisamment compte le qualificatif de privé. La seconde caractéristique majeure est exprimée par la notion de transnationalité, se distinguant de celle d'internationalité. Dans la hiérarchie des critères de l'appréciation des situations, la transnationalité accorde

---

<sup>383</sup> Pour une discussion sur l'autolimitation spatiale des règles et des ordres juridiques étatiques : P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. nos 127 et s., p. 138 et s.

<sup>384</sup> K. TUORI, « Vers une théorie... », *op. cit.*, spéc. p. 21.

<sup>385</sup> Le titre original peut être traduit par l'expression « société-monde », N. LUHMANN, « Die Weltgesellschaft », 57 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 21 (1971). Rappr. O. NAY, *Lexique de science politique. Vie et institutions politiques*, Dalloz, Lexiques, 3<sup>e</sup> éd., 2014, p. 588, *Transnationalisme* : « Courant théorique des relations internationales considérant que la scène internationale est marquée, depuis quelques décennies, par l'intensification des flux *traversant les frontières nationales* » (nous soulignons).

la primauté à la nature de l'activité considérée, la dimension spatiale, aux titres des critères d'étendue géographique et de localisation, n'intervenant qu'ultérieurement. Au plan de la théorisation s'observe une érosion du modèle Westphalien et l'actualisation d'un modèle autre, dit « de la société-monde ». Au plan de l'action, et selon la définition retenue du droit non-étatique, il est rendu compte de ce caractère transnational par une règle dont la vocation est de s'appliquer « à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques ».

172. **Conclusion Chapitre 1** – Fondé sur le recueil des données jugées nécessaires et pertinentes, le raisonnement de type inductif permet l'identification de caractéristiques communes du droit non-étatique. L'ensemble étudié des manifestations de ce droit met en lumière deux caractéristiques : l'*anationalité* et la *transnationalité*. L'imprécision terminologique, confinant au désordre, liée aux nombreuses études sur le droit transnational, la *lex mercatoria* ou la *lex sportiva*, impose une clarification notionnelle, à l'issue de laquelle il est proposé que le qualificatif *anational* désigne la source non-étatique des règles, et le qualificatif *transnational* le rayonnement de ces règles au-delà des frontières étatiques.

## Chapitre 2 – Mise à l'épreuve de la notion de droit non-étatique : l'impossibilité de retenir une autre qualification

173. Éprouver la pertinence de la définition retenue du droit non-étatique suppose de vérifier que celle-ci n'entretient pas de liens qui seraient évalués trop étroits avec d'autres notions juridiques, potentiellement donc des notions parentes. Dans le processus démonstratif, ceci est d'une importance particulière car la pertinence des déductions futures dépend des résultats ici obtenus : si l'étroite parenté du droit non-étatique et d'une autre notion était reconnue, l'objectif que le rédacteur de ces lignes s'est assigné, démontrer l'autonomie de la notion, devrait alors être reconsidéré.

174. Les analyses successives de la source et du rayonnement du droit non-étatique ont rendu possible la mise en lumière d'idées contenues dans cette notion de droit-étatique, contribuant à son identification progressive. Rappelons-en la définition initialement retenue : le droit non-étatique est l'ensemble des règles écrites et unilatéralement élaborées par des acteurs non-étatiques, privés et/ou publics, ayant vocation à s'appliquer à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques.

175. Convoquer, dans ce second temps, un raisonnement de type déductif développe la démonstration, en approfondissant les premiers résultats obtenus par induction : au plan de l'abstraction, ce type de raisonnement consiste à partir d'un ensemble de prémisses ou indices, et à les comparer à d'autres notions afin d'en tirer une conséquence. Cette démarche vise à montrer que le droit non-étatique, tel que défini *supra*, constitue déductivement une notion autonome. Au plan concret, sont comparées, dans un exposé descriptif et méthodologique, la notion de droit non-étatique et celle de *leges specialies* (Section 1). Le droit non-étatique est ensuite conceptuellement distingué des notions communément utilisées dans les rapports internationaux, notamment les règles matérielles de droit international privé (Section 2).

### Section 1 – Distinction notionnelle entre *leges specialies* et droit non-étatique

---

176. L'expression de *leges specialies* regroupe, sous forme de bannière, les différentes manifestations des règles créées dans le cadre de l'autorégulation : la *lex mercatoria*, la *lex sportiva* et autres manifestations de ce type ressortissent à cette catégorie. Il convient de déterminer la nature des liens existant entre ces *leges specialies* et le droit non-étatique, pour analyser le type de rapport entretenu : s'agit-il d'un rapport du particulier au général, d'un élément constitutif, d'un composant et de sa catégorie, ou... de notions identiques ?



Objet le plus étudié des *leges specialies*, économie ne peut être faite d'une analyse de la *lex mercatoria* (§1), la singularité de la *lex sportiva* obligeant à la convoquer par ailleurs (§2).

## §1 – *Lex mercatoria* et droit non-étatique

177. En 1964, date des premières théorisations<sup>386</sup>, la *lex mercatoria* repose sur un constat : l'existence d'usages, de pratiques, de principes, de contrats-types, ou de règles fréquemment utilisés dans un domaine d'activité considéré, le commerce international ou certaines de ses dimensions. Le débat sur la *lex mercatoria* a ultérieurement pris diverses orientations, relatives à sa finalité : fournir un droit adapté aux opérateurs du commerce international ou promouvoir leurs intérêts ? À sa nature : s'agit-il d'un ensemble déterminé de règles ou d'une méthode de production de règles ? À son statut : la *lex mercatoria* est-elle empreinte de juridicité, constitue-t-elle un ordre juridique ? Ou encore à son régime juridique : application directe ou recours préalable aux règles de conflit de lois ? Ces questionnements, facteurs potentiellement explicatifs des appréhensions différentes de la *lex mercatoria*<sup>387</sup>, ne sont pas repris *in extenso*, seules sont examinées les conceptions permettant de déterminer les rapports existants entre *lex mercatoria* et droit non-étatique (A) et conduisant à apprécier les conclusions formulées (B).

### A – Les diverses conceptions de la *lex mercatoria*

178. Il convient ici de distinguer les positions doctrinales analysant la *lex mercatoria* en tant que méthode (1.), et celles l'instituant en totalité, ensemble ou catégorie autonome (2.).

#### 1. – La *lex mercatoria* en tant que méthode : distinction avec le droit non-étatique

179. Cette approche est en particulier développée en dans le cadre de l'arbitrage international par M. Emmanuel GAILLARD qui considère que « la notion de *lex mercatoria*

---

<sup>386</sup> Sur les nombreux écrits consacrés à la *lex mercatoria* : *supra* n° 140 et les références citées.

<sup>387</sup> Ch. PAMPOUKIS, « La *lex mercatoria* reconsidérée », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 635 et s., spéc. p. 635 : souligne le « caractère volatile » de la *lex mercatoria* « qui porte à l'expression d'un subjectivisme doctrinal très riche, au point de permettre d'affirmer que presque chaque auteur se fait une idée différente de la *lex mercatoria* » ; J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Rev. arb.*, 1990, p. 55 et s., spéc. p. 57-58 : l'expression *lex mercatoria* est « surchargée de sens », « lorsque les spécialistes discutent de la *lex mercatoria*, ils ne parlent souvent pas de la même chose » ; Ph. KAHN, « *Lex mercatoria* et pratique des contrats internationaux : l'expérience française », in *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1975, p. 171 et s., spéc. 172 : « Nous ne reprendrons pas les controverses sur la nature de la *lex mercatoria*, car les doctrines qui s'opposent ne partent pas des mêmes points de vue et finalement ne décrivent pas les mêmes phénomènes ».

[...] met l'accent sur le contenu des normes davantage que sur leur mode de formation » et que celle-ci « paraît postuler *a contrario* l'inadéquation des droits étatiques pour régir les relations commerciales internationales »<sup>388</sup>. L'auteur s'oppose cependant à ce constat, lequel « ne débouche pas nécessairement sur la conclusion qu'il convient de recourir à des normes de source internationale pour satisfaire aux besoins propres du commerce international »<sup>389</sup>. Il est conséquemment proposé de forger des « règles transnationales » ou des « principes généraux », en référence aux règles adoptées par des ordres juridiques étatiques, l'utilisation d'un vocable autre entendant attirer l'attention sur le changement de regard proposé. Ce modèle rompt avec une représentation dominante de la *lex mercatoria* en tant que catégorie autonome, la conception proposée ici réalise une synthèse des règles étatiques pour en forger une et une seule, nouvelle. Selon M. GAILLARD, la spécificité de la règle créée, qualifiée de « transnationale » ou de « principe général », « tient davantage à [sa] source qu'à son [contenu] »<sup>390</sup>. La *lex mercatoria* pourrait donc se former par cette méthode du « tronc commun », réalisant une approche comparative des législations étatiques pour forger une nouvelle règle appropriée au litige<sup>391</sup>. La *lex mercatoria* serait davantage, alors, le droit des arbitres que celui des opérateurs du commerce international.

180. Le droit non-étatique ne peut pas être intégré dans ce modèle de la *lex mercatoria* conçue comme méthode, et être assimilé à des « règles transnationales » ou « principes généraux » : selon la méthode préconisée, ces règles et principes sont créés par les arbitres tant dit que les règles non-étatiques, telles que définies dans cette étude, le sont par l'autorégulation des acteurs privés ou la coopération d'acteurs publics et privés<sup>392</sup>. Les manifestations du droit non-étatique, notamment en matière commerciale opèrent certes des synthèses de différents droits nationaux, et consacrent des solutions retenues dans de nombreux États<sup>393</sup>, mais observer que ces codifications ne sont pas réalisées par les arbitres conduit pourtant à exclure le droit non-étatique de cette conception de la *lex mercatoria*.

---

<sup>388</sup> E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria* : pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI* 1995. 1, spéc. n° 4, p. 8.

<sup>389</sup> *Ibid.*, spéc. n° 4, p. 7.

<sup>390</sup> *Ibid.*, spéc. n° 4, p. 8.

<sup>391</sup> Sur la méthode du tronc commun : *infra* n° 183 et les références citées.

<sup>392</sup> Sur la dualité des sources du droit non-étatique : *supra* nos 76 et s.

<sup>393</sup> Principes Unidroit, 2010, Introduction à l'édition 1994 : « Les Principes [...] reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous. Étant donné cependant que les Principes sont destinés à fournir un ensemble de règles spécialement adaptées aux besoins des opérateurs du commerce international, ils renferment également des solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale ». *Comp. Principes Unidroit*, 2010, art. 1.6, commentaire n° 2.

## 2. – La *lex mercatoria* en tant qu'ensemble autonome : distinction avec le droit non-étatique

181. Cette autre conception de la *lex mercatoria* suscite des interrogations sur les critères de qualifications pertinents : pour intégrer une règle dans cet ensemble, faut-il s'attacher à son objet et/ou à sa source<sup>394</sup> ? Ce second critère semble l'emporter et s'opère un consensus sur les « sources premières »<sup>395</sup> de la *lex mercatoria*, élément apparemment irréductible, à savoir les usages et principes généraux du commerce international<sup>396</sup>. Malgré ce consensus, rarement discuté<sup>397</sup>, la distinction entre usages et principes est questionnée : certains considèrent que les premiers comprennent les seconds<sup>398</sup> quand d'autres préfèrent introduire une séparation<sup>399</sup>. Quoi qu'il en soit, l'adhésion à cette conception dominante de la *lex mercatoria* (usages et principes généraux), rend problématique l'insertion du droit non-étatique dans l'une de ces notions d'usage ou de principe. Examinons de plus près ce qu'il en est de la notion d'usage.

### a. – Usages et droit non-étatique

182. « Enfants terribles de la grande famille juridique »<sup>400</sup>, « enfants chéris » du commerce international<sup>401</sup>, l'appréhension des usages s'avère une entreprise délicate. Selon une approche restrictive, les usages du commerce international sont des pratiques habituellement suivies par les commerçants. Les usages spécifiques à un milieu donné (commerce du blé, commerce maritime, ...) sont distingués des usages communs à

---

<sup>394</sup> Sur cette opposition : D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, nos 276 et s., p. 173 et s.

<sup>395</sup> É. LOQUIN, « Retour sur les sources premières de la *lex mercatoria* : les usages du commerce international », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Lexisnexus, 2013, p. 215 et s.

<sup>396</sup> J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, Précis, 3<sup>e</sup> éd., 2015, nos 99 et s., p. 62 et s. ; J.-B. RACINE et F. SIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, Cours, 2<sup>e</sup> éd., 2011, nos 103 et s., p. 70 et s. ; F. LATTY, « Le droit transnational économique », in P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE et H. GHÉRARI (dir.), *Droit de l'économie internationale*, 2004, Pedone, p. 109 et s.

<sup>397</sup> C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2013, n° 158, p. 83 : « nous traitons séparément les usages et les principes qu'il ne nous semble pas judicieux de confondre avec la *lex mercatoria*. Il convient donc de chercher ailleurs les règles qui composent la *lex mercatoria*, même si, parfois, ces règles vont être tirées d'usage qui ont une récurrence telle qu'ils sont applicables sans que les parties aient besoin de s'y référer [...] Si la *lex mercatoria* existe, elle est composée de règles matérielles de droit international ».

<sup>398</sup> É. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », *RIDE*, 1989, p. 163 et s.

<sup>399</sup> E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 203 et s.

<sup>400</sup> J. ESCARRA, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, A. Rousseau, 1910, p. 14.

<sup>401</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 245, p. 110.

l'ensemble des commerçants<sup>402</sup>. Dans une approche extensive, les usages du commerce international se confondraient avec la notion de *lex mercatoria* et engloberaient ainsi tous les éléments de la catégorie<sup>403</sup>. Pour les distinguer du droit non-étatique, objet de notre étude, cette conception extensive des usages est écartée.

Les usages constituent des actions dont la répétition individuelle et collective a pour effet de leur conférer cette qualification<sup>404</sup>. L'identification demeure problématique : au fil du temps, un type de pratique pour une même activité peut devenir usage ou, au contraire, perdre cette qualité. À un instant *t*, un observateur peut qualifier, en ce qui concerne une même activité, le type de pratique considéré d'usage, et un autre le lui refuser (dimension subjective de l'évaluation). Rien n'interdit encore qu'un type de pratique soit considéré comme relevant de l'usage dans une région du monde, et pas dans une autre (dimension culturelle de l'évaluation). Quels sont les degrés de répétition, de collectif, d'étendue, pour qu'un type de pratique, lié à une même activité, devienne usage ?

183. La recherche de similitude avec le droit non-étatique peine : premièrement, telle que définie, une règle non-étatique existe ou n'existe pas, son contenu est codifié. Les observations précédentes attestent d'une identification problématique des usages. Le caractère contraignant et la prise en compte des usages du commerce international sont de surcroît discutés : véritables prescriptions applicables dès que les intéressés n'y ont pas expressément dérogés<sup>405</sup>, certains évaluent leur rôle « purement supplétif »<sup>406</sup>, quand d'autres considèrent la valeur normative des usages si et seulement si la loi étatique applicable s'y réfère et les incorpore<sup>407</sup>. Ceci ne signifie pas que caractère contraignant et

---

<sup>402</sup> J.-B. RACINE et F. SIRIAINEN, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 105-107, p. 71 et s. Comp. pour une distinction usages du commerce / usage des parties, c'est-à-dire les usages pratiqués entre deux parties à un contrat : J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 35-36, p. 22 et s.

<sup>403</sup> É. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », *RIDE*, 1989, p. 163 et s.

<sup>404</sup> G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 1055, *Usage* (sens 1). Rapp. Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 1, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1919, n<sup>o</sup> 130, p. 418-419 : « Il s'agit de ces pratiques, quelques-unes générales, la plupart locales et professionnelles, qui enveloppent tacitement la formation des actes juridiques, spécialement des contrats, et qu'en vertu du principe d'autonomie de la volonté, purgé d'un vain formalisme et dominé par la bonne foi [...] on sous-entend dans tous les actes, même sauf quelques réserves, dans les actes solennels, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur de l'acte ».

<sup>405</sup> Selon M. Berthold GOLDMAN, les usages sont « les comportements des opérateurs dans les relations économiques internationales qui ont acquis progressivement par leur généralisation dans le temps et dans l'espace [...] 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 » (*JDI* 1992. 177, spéc. p. 184, note sous Cass., 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 1991, n<sup>o</sup> 89-21.528).

<sup>406</sup> E. GAILLARD, « La distinction des principes... », *op. cit.*, spéc. p. 216 ; Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI* 1989. 303, spéc. p. 319.

<sup>407</sup> J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, n<sup>o</sup> 694, p. 630.

prise en compte du droit non-étatique ne soient pas par ailleurs discutés, mais l'éventuel refus tient à l'origine de la règle, et non pas à l'identification ou le caractère coercitif<sup>408</sup>.

## b. – Principes généraux et droit non-étatique

184. Usages, et principes. Second élément des « sources premières » de la *lex mercatoria*, les principes généraux constituent « des propositions non écrites dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives »<sup>409</sup>. En droit du commerce international, ces principes ont une importance particulière car ils structurent la *lex mercatoria*<sup>410</sup>, relevant à la fois d'une méthode et d'un contenu<sup>411</sup>. Pour les identifier, voire les découvrir, les arbitres disposent de deux types de méthodologie, l'un et l'autre fondés sur une approche comparative. La première méthode, dite du « tronc commun »<sup>412</sup>, les conduit à recenser les droits respectifs des parties ou les lois nationales potentiellement applicables au litige, puis à tenter d'en extraire les points communs. La seconde présente un degré d'abstraction et de généralité plus important. Le champ d'investigation n'est pas limité aux systèmes juridiques ayant un lien direct avec le litige : les systèmes juridiques étrangers, les conventions internationales, les codifications privées, ou encore les précédents arbitraux peuvent être mobilisés<sup>413</sup>. Qualifiés « “d'épine dorsale” »<sup>414</sup> des principes généraux ou « d'axiomes »<sup>415</sup> de la société des marchands, deux principes se révèlent primordiaux : la force obligatoire du contrat (*pacta sunt servanda*)<sup>416</sup> et la bonne foi (*bona fides*)<sup>417</sup>. Ces principes premiers coexistent avec d'autres principes d'un

---

<sup>408</sup> Sur l'existence de règles non-étatiques imposées : *infra* nos 403 et s.

<sup>409</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, n° 71, p. 61. Rapp. B. OPPETIT, « Les principes généraux en droit international privé », *Arch. phil. dr.*, t. 32, 1987, p. 179 et s., spéc. p. 179 : « le recours à ce concept évoque [...] l'existence dans cette discipline de “réalités communes sous-jacentes”, d'un “plan commun d'organisation” » (souligné par l'auteur).

<sup>410</sup> Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI* 1989. 303, spéc. p. 305.

<sup>411</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, nos 1456 et s., p. 826 et s. ; E. GAILLARD, « Transnational Law: a legal system or a method of decision-making? », *Arbitration International*, vol. 17, n° 1, 2007, p. 59 et s.

<sup>412</sup> M. RUBINO-SAMMARTANO, « Le “tronc commun” des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international) », *Rev. arb.* 1987. 133, spéc. p. 137 et s. ; B. ANCEL, « The Tronc Commun Doctrine: Logics and Experience », *J. Int. Arb.*, 1990, vol. 7, p. 65 et s. Rapp. Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, nos 605, p. 423 et s.

<sup>413</sup> E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria* : pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI* 1995. 1, spéc. nos 29-32, p. 22 et s. ; « La distinction des principes... », *op. cit.*, spéc. p. 204.

<sup>414</sup> J.-B. RACINE et F. SIRIAINEN, *op. cit.*, n° 117, p. 78.

<sup>415</sup> J.-M. JACQUET, Ph. DELBECQUE, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 50.

<sup>416</sup> Pour une étude approfondie : B. BRAMBAN, *Le principe pacta sunt servanda en droit du commerce international : étude critique d'un principe de droit transnational*, Thèse, Nice, 2013.

<sup>417</sup> P. MAYER, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 543 et s. ; G. ROBIN, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RD aff. int.*, 2005, p. 695 et s.

degré de généralité moindre, tels que minimiser le dommage subi ou renégocier en cas d'événement bouleversant l'économie du contrat, principes seconds que la doctrine s'est employée à organiser<sup>418</sup>.

185. Ceci permet d'opérer une nouvelle distinction : les règles du droit non-étatique ne sont pas assimilables aux principes évoqués. Elles ne sont pas des règles découvertes, voire créées, par les arbitres, elles sont le produit d'institutions, présentent un caractère permanent, leur existence ne laisse place à aucune incertitude. La réalité des principes généraux utilisés par les arbitres n'est pas ici mise en doute, mais ils ne peuvent être, à ces titres, considérés comme des règles de droit non-étatique, telles que définies dans cette étude. Non assimilable aux sources premières de la *lex mercatoria*, le droit non-étatique peut-il cependant en être partie ?

## **B – L'intégration du droit non-étatique conditionnée à la conception de la *lex mercatoria***

186. Les deux conceptions de la *lex mercatoria*, méthode ou catégorie, indiquent l'ambiguïté de la notion. Elle s'accroît lorsqu'est proposée une différenciation en *lex mercatoria generalis* et *lex mercatoria specialis* visant à opposer manifestations applicables à toutes les relations commerciales et manifestations propres à un secteur considéré<sup>419</sup>. Elle s'accroît encore lorsqu'est questionnée, dans cette conception catégorielle de la *lex mercatoria*, l'opportunité d'accueillir, ou non, certaines manifestations normatives. Une visée de ce type existe à propos des Principes du droit européen des contrats, qualifiés de « formulation moderne de la *lex mercatoria* »<sup>420</sup>. Le débat se focalise dans les faits principalement sur les Principes Unidroit, précédemment considérés comme manifestation du droit non-étatique<sup>421</sup>. Hormis quelques exceptions<sup>422</sup>, la doctrine

---

<sup>418</sup> F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992 ; J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001 ; É. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », *RIDE*, 1989, p. 163 et s. : l'auteur distingue quatre catégories de principes relatives à la contribution à la sécurité des transactions, la mutabilité du contrat, la coopération des parties et la loyauté des affaires.

<sup>419</sup> F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, CEDAM, 2003, p. 63 et s. (« La lex mercatoria a vocazione universale »), p. 89 et s. (« La lex mercatoria a vocazione settoriale ») ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 112, p. 62-63. Rapp. à propos de l'existence d'une *lex sportiva* générale et de « *leges sportivae* spéciales » : F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 287, p. 141.

<sup>420</sup> J. RAYNARD, « Les Principes du droit européen du contrat : une *lex mercatoria* à la mode européenne », *RTD civ.* 1998. 1006, spéc. p. 1006.

<sup>421</sup> *Supra* n° 104 et s.

apparaît en tendance dominante favorable à l'insertion de ces Principes dans la *lex mercatoria*, ceux-ci étant perçus comme une codification, sans prétention d'exhaustivité, ou encore une nouvelle version de cette même *lex mercatoria*<sup>423</sup>.

187. *Lex mercatoria* et droit non-étatique sont deux ensembles de règles : la *lex mercatoria*, dite catégorie, est une totalité autonome, un ensemble regroupant des éléments présentant certains points communs, en l'espèce, toute règle, entendue *lato sensu*, destinée au commerce international et/ou édictée par des acteurs privés<sup>424</sup>. Rien n'interdit que de nouvelles règles non-étatiques soient intégrées dans la *lex mercatoria*, à ce titre, le droit non-étatique peut être regardé comme une partie de l'ensemble *lex mercatoria*. Tout dépend du point de vue, nécessairement situé, de l'observateur. Une conception restrictive de la *lex mercatoria*, se limitant aux usages et principes généraux, conduit à en exclure le droit non-étatique, une conception extensive, se fondant sur la source des règles étudiées, autorise l'accueil du droit non-étatique au sein de l'ensemble *lex mercatoria*.

## §2 – *Lex sportiva* et droit non-étatique

188. La *lex sportiva* est une notion dont la définition est discutée<sup>425</sup>, la doctrine s'accorde cependant sur certaines caractéristiques : la *lex sportiva* constitue « le droit transnational du sport », « un ensemble de règles écrites, et non écrites, concordantes,

---

<sup>422</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007. 96, spéc. p. 102 : évoque un « abus de pouvoir de la doctrine qui entendrait imposer son œuvre propre à la pratique » ; J. HUET, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* », *LPA*, 10 nov. 1995, n° 135, p. 8 et s. : après avoir rappelé que la *lex mercatoria* est composée des usages et principes généraux, l'auteur s'interroge sur l'assimilation des Principes Unidroit aux principes généraux et évoque une « usurpation ».

<sup>423</sup> P. MAYER, « Principes Unidroit et *lex mercatoria* », in *L'actualité de la pensée de Berthold GOLDMAN. Droit commercial international et européen*, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 31 et s., spéc. p. 32-33 : sceptique à l'égard de la conception initiale de la *lex mercatoria*, l'auteur souligne ensuite, en s'appuyant sur les écrits de B. GOLDMAN, que celle-ci est accueillante. Dans un sens similaire : A. LEDUC, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse », *Revue juridique Thémis*, n° 35, 2001, p. 429 et s. : l'auteur parle de *principia mercatoria* (p. 450) ; É. CHARPENTIER, « Les Principes Unidroit : une codification de la *lex mercatoria* ? », *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, nos 1-2, mars-juin 2005, p. 193 et s. ; M. J. BONELL, « Les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international : vers une nouvelle *lex mercatoria* ? », *RD aff. int.*, 1997, n° 2, p. 145 et s. ; Ph. KAHN, « Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria* : à propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruylant, 1998, p. 125 et s. ; « À propos des sources du droit du commerce international », in *Mélanges Gérard FARJAT. Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, 1999, Frison-Roche, p. 185 et s., spéc. p. 189 : évoque une tentative d'absorption de la *lex mercatoria* par les Principes Unidroit.

<sup>424</sup> L'utilisation de la conjonction de coordination « et/ou » résulte d'une opposition entre deux conceptions de la *lex mercatoria*, l'une fondée sur l'objet de la règle, l'autre sur l'origine privée ou anationale de celle-ci. Pour une présentation de ces conceptions : D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, nos 276 et s., p. 173 et s.

<sup>425</sup> Sur l'ensemble des conceptions : F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 32 et s.

structurées par des principes directeurs transnationaux, mis en exergue par les instances arbitrales du sport au premier titre desquelles le [Tribunal arbitral du sport] »<sup>426</sup>.

Phénomène voisin de la *lex mercatoria*, il est théoriquement possible d'analyser la *lex sportiva* des points de vue de la catégorie, d'une totalité autonome, ou de la méthode, bien qu'aucune approche conceptuelle de la *lex sportiva* comme méthode n'ait été développée<sup>427</sup>. La prudence est requise quant aux tentatives de rapprochement entre *lex sportiva* et *lex mercatoria* (A). Leurs différences précisées interrogent les rapports entre *lex sportiva* et droit non-étatique, lequel peut être conçu comme relevant, encore et aussi, de cet ensemble « *lex sportiva* » (B).

### A – *Lex sportiva* et *lex mercatoria* : similitudes et différences

189. Éditées par et pour des acteurs privés, *lex mercatoria* et *lex sportiva* sont des déclinaisons de l'autorégulation<sup>428</sup>. La tendance première est de transposer les conclusions précédentes, la transposition *stricto sensu* exposant au risque conceptuel de considérer spontanément l'identité, et donc d'affirmer que les règles non-étatiques sportives ne sont que l'une des dimensions de la *lex sportiva*. D'aucuns la privilégient, assimilant toutes les *leges specialies* à des reproductions de la *lex mercatoria* : à propos de secteurs de l'économie peu régulés par les États, M. Philippe KAHN énonce ainsi : « on voit apparaître dans la littérature juridique des *lex electronica, petrolae, informatica, bioethica, sportiva*, etc., qui révèlent

---

<sup>426</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 288, p. 141-142 ; G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 755, p. 578 : « l'arbitrage sportif tend à devenir le mode ordinaire de résolution des litiges sportifs internationaux à la source d'un droit sportif transnational (*lex sportiva*), droit adapté aux besoins de l'activité sportive. Plus précisément, la formulation par le TAS des principes fondamentaux du droit sportif, issu ou non des normes fédérales écrites, permet de définir le droit sportif international comme l'ensemble des règles régissant l'organisation des compétitions sportives, ensemble formé par les règles internationales du mouvement sportif ainsi que les normes émanant de la justice privée transnationale, et tout particulièrement les principes juridiques dégagés par le TAS ». Rapp. J. GUILLAUMÉ, « La *lex sportiva* ou la loi du plus fort », *Annales de droit*, 2011, n° 5, p. 42 et s., spéc. p. 44 : la *lex sportiva* est « un droit fédératif de source institutionnelle et juridictionnelle » ; A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, n° 1239., p. 628 : la *lex sportiva* constitue « l'ensemble des normes coutumières privées qui se sont dégagées de l'interaction entre les normes de l'ordre juridique sportif et des principes généraux propres aux ordres juridiques étatiques, telles qu'elles se concrétisent dans les arbitrages sportifs », et caractérise « l'ensemble des règles de règles de droit anational qu'il convient d'appliquer pour affranchir le droit applicable au fond dans les litiges sportifs de toute emprise des différents droits nationaux ». Au sein de cet ensemble, certains ont proposé de construire deux sous-ensembles catégoriels et de regrouper, sous le vocable *lex ludica*, les règles du jeu et les règles définissant « l'esprit du sport », afin de les distinguer d'une *lex sportiva*, laquelle désignerait les autres règles transnationales du sport (K. FOSTER, « *Lex Sportiva* and *Lex Ludica*: the Court Of Arbitration for Sport's Jurisprudence », in R. SIEKMANN, et J. SOEK (dir.), *Lex sportiva: what is Sports Law?*, TMC Asser Press, 2012, p. 123 et s.).

<sup>427</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 286, p. 140 : bien qu'elle soit définie comme « une méthode de sélection et d'adaptation des règles aptes à régir le sport international, utilisée par les tribunaux arbitraux », la *lex sportiva* est « pour l'instant plus une collection de normes qu'une méthode de sélection ».

<sup>428</sup> À propos de l'autorégulation : *supra* n°s 77 et s.



peut-être chez leurs inventeurs le désir d'une légitimité historique, mais qui ne sont que des avatars de la *lex mercatoria* »<sup>429</sup>. Cette approche implique logiquement si ce n'est chronologiquement que la seule étude de la *lex mercatoria* permet de comprendre le fonctionnement des autres *leges specialies*, dont notamment la *lex sportiva* visée ici. Cette dernière est-elle, à strictement penser, une reproduction / déclinaison de la *lex mercatoria* ? Il semble que quelques arguments contribuent à construire une réponse de nature contre-intuitive. La nouveauté de certains secteurs d'activité est peu compatible avec l'idée de « légitimité historique », et, plus fondamentalement, deux séries de remarques invitent à distinguer *lex mercatoria* et *lex sportiva*.

190. La première a pour objet le référentiel choisi : si l'on entend instituer la *lex mercatoria* en système de références à fin d'analyses comparatives, encore faut-il qu'un accord se réalise sur le contenu de cette notion. Cela suppose donc que la *lex mercatoria* soit une et comprise par l'ensemble des acteurs du commerce international, au titre de la lisibilité partagée du référentiel. Tel n'est pas le cas : les développements précédents attestent d'appréhensions et de compréhensions diversifiées de ce phénomène, et de divergences doctrinales quant à sa définition<sup>430</sup>. Si le référentiel choisi présente des imprécisions, voire une absence de définition, comment affirmer, et en référence à quoi ?, qu'une conception de la *lex mercatoria* permette de comprendre le fonctionnement de la *lex sportiva* ? À l'instar de la *lex mercatoria*, il n'est d'ailleurs pas démontré que la *lex sportiva* soit une, il semble problématique d'affirmer que l'étude de la première renseigne sur le fonctionnement de la seconde.

191. Les spécialistes du droit du sport soulignent des différences entre ces *leges* : au-delà de sa relative récence, la *lex sportiva* possède « une institutionnalisation bien plus unitaire que le monde des affaires », laquelle est notablement assurée par le Comité international olympique<sup>431</sup>. Dans une analyse comparative du caractère coutumier ou spontané de la *lex mercatoria*, ces mêmes auteurs mettent en exergue le caractère systématique, écrit et prévisible de la *lex sportiva*<sup>432</sup>. Après avoir analysée les similitudes,

---

<sup>429</sup> Ph. KAHN, « L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2002, n° 46, p. 23 et s., spéc. p. 25. Comp. A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, nos 1241 et s., p. 629 et s.

<sup>430</sup> *Supra* n° 176 et les références citées.

<sup>431</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 286, p. 140. Sur le rôle du CIO : F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 159 et s.

<sup>432</sup> F. BUY et al., *ibid.*, n° 286, spéc. p. 141 ; F. LATTY, *ibid.*, p. 81-82.

dont notamment l'objectif commun d'autoréguler une communauté spécifique, M<sup>me</sup> Johanna GUILLAUMÉ affirme encore que : « la comparaison s'arrête là »<sup>433</sup>.

192. L'ensemble de ces développements invite à reconsidérer un rapprochement ou une opposition entre *lex mercatoria* et *lex sportiva*. L'un et l'autre sont problématiques entre ces deux notions, l'appréciation relevant *in fine* de l'appréciation subjective de l'observateur.

## **B – Le droit non-étatique, élément de la *lex sportiva***

193. De quelle nature sont les rapports entre droit non-étatique et *lex sportiva* ? Cette question interroge le contenu même de la *lex sportiva*. En 2005 encore, l'avis *FIFA & WADA* du Tribunal arbitral du sport émettait une réserve, affirmant ne pas souhaiter se réfugier dans le concept incertain de *lex sportiva*, jugé trop vague et insuffisant pour déterminer les droits et obligations des parties<sup>434</sup>. Sur ce point, l'évolution est claire, il semble que la *lex sportiva* ait acquis droit de cité parmi les *leges specialies* et la jurisprudence arbitrale. L'analyse des formalisations doctrinales révèle un certain consensus quant à la conception de la *lex sportiva*, laquelle ne se réduit pas aux seuls usages ou principes généraux dégagés par les arbitres. Composée d'éléments hétérogènes, la *lex sportiva* inclut les règles créées par les fédérations sportives, le Comité international Olympique ou encore l'Agence mondiale antidopage, ainsi que la jurisprudence et les principes généraux dégagés par le Tribunal arbitral du sport<sup>435</sup>.

194. Ce qui importe est que, quelle qu'en soit la source, la *lex sportiva* demeure édictée par des acteurs privés, ce qui la distingue du « droit du sport », lequel désigne

---

<sup>433</sup> J. GUILLAUMÉ, « La *lex sportiva* ou la loi du plus fort », *Annales de droit*, 2011, n° 5, p. 42 et s., spéc. p. 44. Comp. M. Boris KOLEV recense, premièrement, plusieurs similitudes : historiquement, les « communautés », marchandes et sportives, ont permis d'atteindre un certain degré de structuration, nécessaire au développement des *lex mercatoria* et *lex sportiva*. Le recours à l'arbitrage permet d'écarter au maximum la compétence des juridictions étatiques afin d'appliquer pleinement *lex mercatoria* et *lex sportiva* (« Lex Sportiva and Lex Mercatoria », in R. C. R. SIEKMANN and J. SOEK (dir.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, Springer, 2012, p. 223 et s., spéc. p. 224 et s.). L'auteur analyse ensuite les différences entre ces deux *lex*, en relevant trois types : historiquement, la *lex mercatoria* a été reconnue et approuvée par les autorités publiques, la *lex sportiva* ne bénéficiant pas d'une telle reconnaissance. L'intérêt commun des marchands est recherché tandis que le monde sportif se caractérise par l'affrontement d'intérêts opposés (fédérations, sponsors, médias, etc.). En matière commerciale enfin, le recours à l'arbitrage repose sur le libre consentement et l'égalité des parties, dans le monde sportif, celui-ci est imposé et est le siège d'intérêts déséquilibrés (*ibid.*, spéc. p. 227 et s.).

<sup>434</sup> CAS, 2005/C/976 & 986, *FIFA & WADA*, point 124 (traduction libre).

<sup>435</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 36 ; J. GUILLAUMÉ, « La *lex sportiva...* », *op. cit.*, spéc. p. 44.

l'ensemble des règles applicables à cette activité<sup>436</sup>. Une conclusion similaire aux rapports droit non-étatique / *lex mercatoria* peut être proposée : en tant qu'ensembles de règles, rien n'interdit que les règles non-étatiques édictées par les fédérations sportives, le Comité international Olympique ou autres acteurs du sport soient partie intégrante d'un ensemble plus vaste nommé *lex sportiva*. Les règles non-étatiques ne constituent donc qu'une dimension de la *lex sportiva*.

\*

195. **Conclusion Section 1** – Au sein des différentes *leges specialies* recensées, *lex mercatoria* et *lex sportiva* occupent une place particulière. Ces deux notions souffrent d'une certaine ambiguïté : conçue comme une catégorie, une totalité autonome, ou comme une méthode de création de règles transnationales nouvelles, les éléments constitutifs de la *lex mercatoria* demeurent discutés, à l'exception des usages et principes généraux. Selon la conception que l'on privilégie de cette *lex mercatoria*, le droit non-étatique, tel que défini dans cette étude, y trouve potentiellement sa place, ayant alors statut de catégorie dans l'ensemble « *lex mercatoria* ». Une conclusion à l'identique s'exprime concernant la *lex sportiva* : actuellement considérée comme un ensemble, une totalité autonome composée d'éléments variés, elle accueille potentiellement diverses manifestations du droit non-étatique, dont les règlements des fédérations sportives et le Code mondial antidopage.

## **Section 2 – Droit non-étatique et notions d'usage fréquent dans les rapports internationaux privés**

---

196. Après examen de la nature des rapports entre droit non-étatique et *leges specialies*, la démarche déductive analyse la notion de droit non-étatique au regard de notions en usage dans les rapports internationaux privés. Toutes les notions du *droit international privé* ne sont bien entendu pas étudiées, certaines distinctions sont aisément compréhensibles, quasi-intuitives, et ne nécessitent pas ou peu de développements<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 3 : « le droit du sport ne repose pas, ni exclusivement sur une systématique privée, ni uniquement sur une systématique étatique, mais sur une variété de données d'origines différentes ».

<sup>437</sup> Aucun rapprochement ne peut être opéré entre règles non-étatiques et règles du « droit public transnational ». Distinct du droit international public, ici qualifié de traditionnel, malgré l'existence de discussions quant à son champ d'application (D. ALLAND, « Droit international public », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003 p. 497 et s., spéc. p. 497-498 : « Le champ d'application du droit international public, lui, donne lieu à plus de discussions selon que l'on retient ou non une acception large des relations internationales qu'il est censé régir »). le droit public transnational public constitue, ou tend à devenir, le « droit international des “droits” effectifs tels que le droit international des Droits de l'Homme ou des biens communs qui peuvent être invoqués par divers acteurs » (G. LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, n° 122, p. 224). Ces

197. À titre d'exemples, aucune assimilation n'est possible entre règle de conflit de lois et règle non-étatique. Le premier élément de différenciation tient à l'origine respective de ces règles : les règles de conflit de lois sont créées par les États, les conventions internationales ou l'Union européenne. Elles sont parfois « proposées », les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux en attestent<sup>438</sup>, mais présentent alors, deuxième élément de différenciation, un caractère indirect, lequel s'oppose au caractère direct du droit non-étatique. Exprimé autrement, la solution est directement contenue dans la règle de droit non-étatique, à la différence d'une règle de rattachement, laquelle ne fournit pas directement la solution et se contente de désigner l'ordre juridique étatique compétent<sup>439</sup>.

---

« “droits fondamentaux”, “droits personnels”, “droits acquis”, etc., sont exemplaires de ce droit public international nouveau qui se définit par une approche qui privilégie sa “justiciabilité” c'est-à-dire son application concrète aux sujets de droit » (*ibid.*, n° 122, p. 225). Il est permis de prêter un tel caractère transnational aux règles de l'Union européenne, de Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), aux conventions portant loi uniforme et aux conventions dites « unifiantes » (K. TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013/1 (t. 27), p. 9 et s., spéc. p. 13 : la Cour européenne des droits de l'homme s'est « écartée de son fondement de droit international » et constitue « un système juridique transnational »). Deux dimensions permettent d'opérer une distinction avec les règles non-étatiques : en raison des sources respectives, publiques et non-étatiques, de ces deux types de règles. Le principe de souveraineté des États limite, par ailleurs, l'expansion du droit uniforme : lorsqu'un État ne ratifie pas le traité ou la convention, le champ d'application spatial de ce droit s'arrête aux frontières de cet État (C. P. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 330, 2007, pp. 9-474, spéc. n° 117, p. 128 : « le droit uniforme est par nature relatif (car y participent seulement les pays et les acteurs qui l'ont bien voulu) mais il est aussi elliptique, car, d'une part, l'objet de l'unification est toujours restreint à un objet précis ». ; G. LHUILIER, *Le droit transnational, op. cit.*, nos 127 et s., spéc. p. 257 et s.). Le droit non-étatique ne s'arrête pas aux frontières : il s'applique, il produit effet, indépendamment de la reconnaissance explicite d'un ordre juridique étatique. Non identité des auteurs, non identité des effets et donc non identités des notions. Empruntons le propos de M. François RIGAUD, visant à distinguer les règles inter- et transnationales : « entre les deux séries de règles il n'existe qu'une analogie apparente, celle qui résulte de leur contenu, tandis que leurs destinataires, leur force coercitive et le milieu juridique auquel elles s'articulent sont radicalement distincts » (« Le droit au singulier et au pluriel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 9, 1982, p. 1 et s., spéc. p. 40).

<sup>438</sup> Pour une étude d'ensemble : S. C. SYMEONIDES, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP.* 2013. 807 ; B. FAUVARQUE-COSSON et P. DEUMIER, « Un nouvel instrument de droit souple international : le projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *D.* 2013. 2185.

<sup>439</sup> Une conclusion de même ordre est énoncée à propos des règles de rattachement à coloration matérielle : dans cette situation, l'une des caractéristiques est altérée, une « matérialisation » est intervenue, des objectifs concrets ont été introduits (J. D. GONZÁLES CAMPOS, « Diversification spécialisation flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 287, 2000, pp. 9-426, spéc. nos 221 et s., p. 309 et s. ; F. SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, Thèse, Université Paris 1, 1995 ; A. BUCHER, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », in *Liber amicorum Adolf F. SCHNITZER*, Librairie de l'Université, 1979, p. 37 et s.). Au regard du but matériel déterminé, ces règles particulières opèrent toujours en deux temps, qualification puis rattachement, elles demeurent édictées par des États, à la différence des règles de droit non-étatique.

198. Aucune assimilation n'est encore possible entre loi de police et règle non-étatique : au-delà des origines respectivement étatique et non-étatique de ces règles, une loi de police est caractérisée par son impérativité internationale, résistant à l'application de la loi désignée compétente par la règle de conflit. L'impérativité du droit non-étatique ne relève pas de l'affirmation indiscutable et n'est d'ailleurs nullement retenue comme caractéristique du droit non-étatique : nombre de ces manifestations sont *ab initio* dépourvues de tout caractère impératif et nécessitent un relais contractuel, une contractualisation<sup>440</sup>.

199. Ceci invite à préciser les rapports entre le droit non-étatique et la notion de *soft law*, dont la caractéristique dominante est son absence d'impérativité : n'ayant pas force obligatoire, la violation du droit souple n'entraîne aucune sanction juridique<sup>441</sup>. La dominance de cette caractéristique de la *soft law* ne confère pas, en creux, un caractère contraignant au droit non-étatique. Un tel critère de contrainte n'a pas été retenu dans la définition du droit non-étatique et celui-ci ne saurait à présent changer de statut : une règle intègre l'ensemble droit non-étatique à condition de répondre aux caractéristiques explicites et explicitées. La logique d'une démarche déductive commande de conclure que les manifestations de la *soft law* satisfaisant aux critères énoncés peuvent intégrer la catégorie « droit non-étatique ». Réciproquement, certaines manifestations du droit non-étatique peuvent intégrer la notion de *soft law* : les Principes Unidroit<sup>442</sup>, les Incoterms<sup>443</sup> et les codes de conduite<sup>444</sup> en constituent des manifestations concrètes. Ceci s'applique

---

<sup>440</sup> Sur la contractualisation du droit non-étatique : *infra* nos 450 et s.

<sup>441</sup> Sur l'ensemble de la question : Conseil d'État : *Le droit souple*, La Documentation française, 2013 ; Association Henri CAPITANT, *Le droit souple*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009 ; C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003. 599. Rapp., sur la difficulté de définir cette notion : R. IDA, « Formation des normes internationales dans un monde en mutation : critique de la notion de *soft law* », in *Mélanges Michel VIRALLY. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Pedone, 1991, p. 333 et s., spéc. p. 333 : « les auteurs semblent employer le mot “*soft law*” différemment et suivant l'image qu'ils se font de celui-ci, sans avoir une seule et commune définition ».

<sup>442</sup> C. KESSEDJIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'UNIDROIT », *Rev. crit. DIP* 1995. 641, spéc. nos 31 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007. 96, spéc. p. 97.

<sup>443</sup> E. JOLIVET, *Les Incoterms : étude d'une norme du commerce international*, Lexisnexus, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2003, n° 407, p. 391-329.

<sup>444</sup> G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 47 et s., spéc. p. 48 : « Les traits déroutants de ces codes sont évidemment l'absence de caractère obligatoire des normes et leur contenu évolutif. Nous sommes en présence de ce que les internationalistes qualifient de *soft law* [...] Mais cet aspect déroutant des codes de conduite s'éclaire en considérant leur élément essentiel : la notion d'*auto-contrôle* » (souligné par l'auteur) ; « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et Société, 1998, p. 151 et s., spéc. p. 153 ; A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et Codes de conduites : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit social, 2002, p. 7.

d'ailleurs potentiellement aux textes de la CNUDCI, laquelle, selon l'expression de M. Renaud SORIEUL, est « condamnée à convaincre »<sup>445</sup>.

200. Ces observations liminaires considérées, la démarche déductive entreprend de préciser la nature de la distinction opérée entre le droit non-étatique et la notion de règle matérielle<sup>446</sup>. Les règles non-étatiques constituent indiscutablement des *règles matérielles*, la solution étant directement contenue dans l'énoncé de la règle considérée. L'article 2.1.3 alinéa 1<sup>er</sup> des Principes Unidroit indique, par exemple, que : « l'offre prend effet lorsqu'elle parvient au destinataire », l'article 13 du règlement de la fédération internationale de football (FIFA) sur le statut et les transferts de joueurs énonce encore : « un contrat entre un joueur professionnel et un club peut prendre fin uniquement à son échéance ou d'un commun accord ». Il est encore indiscutable que les règles non-étatiques constituent des règles matérielles évoluant dans un contexte inter- ou transnational, les qualificatifs de « règles matérielles transnationales » ou de « règles transnationales substantielles » le confirmant<sup>447</sup>. Cela posé, sont-elles assimilables à des règles matérielles *de droit international privé* ?

201. Les règles matérielles de droit international privé sont spécialement destinées aux rapports internationaux et énoncent directement la solution applicable au fond<sup>448</sup>. Cette définition, dans une acception large de la notion de situation internationale, permet l'insertion de divers types de règles dans la catégorie « règles matérielles de droit international privé ». Certains s'en accommodent mais, indicateur de non satisfaction du critère de cohérence, éprouvent le besoin d'établir une typologie selon l'origine des règles matérielles<sup>449</sup>. Ceci autorise à établir un premier critère de distinction des règles matérielles et des règles non-étatiques, en fonction de la source (§1), un second critère relatif à leur régime juridique venant en complément (§2).

---

<sup>445</sup> R. SORIEUL, « Le mandat de la C.N.U.D.C.I. : une lecture évolutive », *LPA*, 18 déc. 2003, n° 252, p. 5 et s., spéc. p. 10.

<sup>446</sup> G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 647, *Matériel* (sens 10) : « se dit, par opposition à conflictuel, de la règle ou de la norme dans laquelle la situation internationale trouve directement sa réglementation ». Rappr. p. 995, *Substantiel* (sens 1) : « celle qui fournit directement la réglementation d'une situation internationale ».

<sup>447</sup> *Supra* n° 147.

<sup>448</sup> B. OPPELIT, « Le développement des règles matérielles », *Trav. Com. fr. DIP (1985 – Journées du cinquantième)*, 1985, p. 121 et s., spéc. p. 123 ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. nos 11 et s., p. 24 et s. ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 540, p. 634 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 19, p. 27.

<sup>449</sup> É. LOQUIN, « Les règles... », *op. cit.*, spéc. nos 172 et s., p. 83 et s. ; « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE*, 2010/1 (t. 24), p. 81 et s., spéc. p. 85.

## §1 – Règles matérielles de droit international privé et droit non-étatique : un premier critère de distinction fondé sur la source des règles

202. Retenir ce premier critère de distinction implique de circonscrire la notion de règles matérielles aux règles créées ou adoptées par les États (A), ceci autorisant à évaluer la pertinence de la proposition retenue (B).

### A – De la nécessité de circonscrire la notion de règles matérielles de droit international privé

203. Seules sont incluses dans la notion de règles matérielles de droit international privé les règles créées par les États, que cette création soit unilatéralement réalisée par l'action législative<sup>450</sup> et jurisprudentielle<sup>451</sup>, ou conjointement par l'adoption de conventions internationales. Ces règles matérielles coexistent avec les règles matérielles internes : pour n'en citer qu'un exemple, en France, les articles 1582 et suivants du Code civil coexistent avec la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise, laquelle constitue le droit commun de la vente internationale<sup>452</sup>. Du point de vue des sources, ces règles matérielles, créées par des acteurs publics, se distinguent des règles non-étatiques, lesquelles sont édictées par des acteurs privés ou non-étatiques.

204. Cette distinction semble être ponctuellement opérée par la doctrine, lorsque certains auteurs s'attachent aux règles matérielles de source publique, édictées par les États ou leurs institutions<sup>453</sup>, et que d'autres réservent un traitement particulier à ce qu'ils

---

<sup>450</sup> Les règles matérielles édictées par le législateur français sont rarissimes, le recensement de ces règles abouti à dresser un « procès-verbal de carence » (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 99, p. 78-79), citons cependant l'art. L1231-5 al. 1<sup>er</sup> C. trav. selon lequel « Lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein ». Citons encore les règles d'application nécessaire qui ne sont pas des lois de police, notamment l'art. 311-15 C. civ. : ces règles sont imposées par le législateur, sans considération du but poursuivi, spécialement destinées aux rapports internationaux et fournissant la solution immédiate au litige, la structure de ces règles est similaire à la définition retenue des règles matérielles (P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 135, p. 106-107).

<sup>451</sup> Sur les règles matérielles créées par la jurisprudence : *supra* n° 76 et les références citées.

<sup>452</sup> Rappelé par Cass., com., 13 sept. 2011, n° 09-70.305, *D.* 2012. 1144, obs. C. WITZ ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *RTD. com.* 2012. 213, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Rev. crit. DIP* 2012. 88, note H. MUIR WATT : « la société Cd systems n'a pas placé la solution de son différend avec la société Cybernetix sous le régime du droit interne français de la vente, mais *sous celui du droit substantiel français constitué par cette convention*, instituant un droit uniforme sur les ventes internationales de marchandises » (nous soulignons).

<sup>453</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2014, nos 541 et s., p. 635 et s.

nomment les règles matérielles issues du « droit spontané »<sup>454</sup>. La distinction gagne, dans le cadre de cette étude, à être explicitée. La diversité des règles matérielles rend hétérogène cet ensemble, produisant un effet de dilution de la notion : l'utilisation systématique du pluriel, « les règles matérielles », pour nommer cette catégorie d'analyse en est un indicateur, désignant une catégorie susceptible de recouvrir des phénomènes différents<sup>455</sup>. Il n'apparaît pas cohérent, fonctionnel et pertinent, de réunir les règles matérielles de la Convention de Vienne, les règles matérielles créées par la Cour de cassation et la grande diversité des règles non-étatiques, qu'il s'agisse des Principes Unidroit, des Incoterms, ou d'un règlement édicté par une fédération sportive internationale. Suggérons, en conséquence, un énoncé visant à compléter la définition traditionnellement proposée : les règles matérielles de droit international privé sont des règles *de source étatique ou conventionnelle* spécialement destinées aux situations internationales, lesquelles fournissent une solution immédiate au fond du litige.

## **B – Évaluation de la proposition : une facilitation de la distinction règles matérielles / droit non-étatique**

205. Cette proposition de complément permet à la définition classiquement adoptée de comprendre les règles matérielles créées par les États, et rend plus aisée la distinction avec le droit non-étatique, lui-même défini comme l'ensemble des règles écrites et unilatéralement élaborées par des acteurs non-étatiques, privés et/ou publics, ayant vocation à s'appliquer eu égard à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques. Le caractère opératoire de cette distinction suppose évaluation, dans l'étude des modalités concrètes d'application de ces deux types de règles.

### **§2 – Règles matérielles de droit international privé et droit non-étatique : un second critère de distinction fondé sur le régime juridique**

206. Préciser la problématique liée à l'application des règles matérielles de droit international privé (A) autorise à instituer un second critère les distinguant des règles non-étatiques (B).

---

<sup>454</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 104, p. 84-85 ; H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, pp. 75-148., spéc. p. 121 et s.

<sup>455</sup> É. LOQUIN, « Les règles... », *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 23 : évoque une « jungle de normes venues d'horizons divers » ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 96, p. 77 : « sous cette uniformité de façade, se cache un foisonnement de règles variées de telle sorte que l'ensemble est en définitive fort hétérogène ».



## A – L’incertitude quant aux modalités d’application des règles matérielles de droit international privé

207. Les règles matérielles s’appliquent aux situations internationales et sont en concurrence avec les règles de conflit de lois. Deux solutions sont envisageables : appliquer immédiatement la règle matérielle à la situation internationale ou appliquer la règle de conflit de lois, laquelle permettra l’application de la règle matérielle, à condition que l’ordre juridique étatique contenant cette règle soit compétent.

208. S’agissant des règles matérielles créées par convention internationale, chaque convention fixe ses conditions d’application propres<sup>456</sup>. Certaines conventions écartent les règles de conflit de lois, la Convention de Genève relative aux contrats de transport international de marchandises par route en constitue un exemple<sup>457</sup>. D’autres conventions, notamment la Convention de Vienne (CVIM), prévoient une alternative : lorsque les parties sont établies dans deux États signataires différents, l’application est immédiate, lorsque l’une des parties n’est pas établie dans un État signataire, la convention est appliquée à condition que les règles de conflit de lois du juge saisi désignent un État signataire (article 1, §1).

209. S’agissant des règles matérielles unilatéralement créées par les États, dont les règles matérielles prétoriennes, la doctrine s’interroge sur les rapports entretenus avec les règles de conflit de lois<sup>458</sup> : plusieurs auteurs défendent une application immédiate des règles matérielles<sup>459</sup>, certains arrêts de la Cour de cassation le confirmant<sup>460</sup>. Cette

---

<sup>456</sup> Dans les années 1960-1970, l’émergence de conventions internationales uniformes a conduit la doctrine à questionner, et critiquer, les modalités d’application de ces instruments (H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, pp. 75-148., spéc. p. 115). Sur l’ensemble de la question : V. ESPINASSOUS, *L’uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2010.

<sup>457</sup> « La présente Convention s’applique à tout contrat de transport de marchandises par route à titre onéreux au moyen de véhicules, lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu’ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont l’un au moins est un pays contractant. Il en est ainsi quels que soient le domicile et la nationalité des parties » (article 1<sup>er</sup>)

<sup>458</sup> Pour une étude générale des rapports entre règles de conflit de lois et règles matérielles : É. LOQUIN, « Les règles... », *op. cit.*, nos 299 et s., p. 130 et s. ; F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1973, nos 156 et s., p. 123 et s.

<sup>459</sup> B. OPPETTI, « Le développement... », *op. cit.*, spéc. p. 125 ; M. SIMON-DEPITRE, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1974, 571, spéc. p. 599-600. Rapp. pour une proposition alternative selon la nature de l’internationalité, conflictuelle ou matérielle, cette dernière conduisant à l’application immédiate des règles matérielles : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 550, spéc. p. 645.

<sup>460</sup> En dernier lieu : Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juil. 2009, n° 08-16.025, *Soerni*, D. 2009. 1957, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2384, obs. L. D’AVOUT et S. BOLLÉE ; *ibid.* 2359, obs. Th. CLAY ; *Rev. crit. DIP* 2009. 779, obs. F. JAULT-SESEKE : « Mais attendu que l’engagement d’une société à l’arbitrage ne s’apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d’une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention

application immédiate, lorsqu'un juge français est saisi, trouble la distinction entre règles matérielles et lois de police<sup>461</sup>. Il est cependant possible de l'opérer, en raison du caractère spécifique des règles matérielles exclusivement destinées aux relations internationales<sup>462</sup>, se différenciant des lois de police appliquées du fait de leur impérativité internationale<sup>463</sup>. La création des règles matérielles est plus fréquemment expliquée par la « spécificité des rapports internationaux », impliquant de « forger un droit matériel substantiel »<sup>464</sup>. L'application immédiate des règles matérielles est potentiellement liée à une certaine « justice », permettant aux opérateurs de bénéficier de règles adaptées, sans être contraints par des politiques législatives restrictives. Nonobstant, retenir l'application immédiate des règles matérielles met en cause une finalité essentielle du droit international privé : la sécurité juridique. Le droit international privé « doit fournir non la réglementation la plus juste ou la mieux adaptée, mais celle dont l'application en l'espèce est la plus conforme aux prévisions des parties »<sup>465</sup>, ceci questionnant la pertinence d'une application immédiate des règles matérielles unilatéralement adoptées par les États. Au nom de quoi une règle matérielle primerait-elle sur le résultat fourni par la règle de conflit de lois, ou le choix des parties exprimé en faveur d'une loi étrangère ?

## **B – La non identité des modalités d'application du droit non-étatique**

210. Les règles non-étatiques modifient les données du problème, elles n'entrent pas en concurrence avec les règles de conflit de lois au sein d'un même ordre juridique étatique : en tant que règles nationales, elles sont extérieures aux ordres juridiques étatiques<sup>466</sup>. Les règles non-étatiques répondent à une autre logique, génèrent d'autres problématiques : destinées à une activité particulière, elles ont vocation à s'appliquer immédiatement, dès que les destinataires ont consenti à cette application, car elles sont *contractualisées*, c'est-à-dire intégrées dans le contrat sous forme de stipulations ou clauses contractuelles<sup>467</sup>. Un rapport de complémentarité existe entre droit non-étatique et règles

---

d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société » (nous soulignons).

<sup>461</sup> Rapp. É. LOQUIN, « Les règles... », *op. cit.*, spéc. n° 26, p. 29.

<sup>462</sup> B. OPPETIT, « Le développement... », *op. cit.*, spéc. p. 125, *in fine* ; É. LOQUIN, « Les règles... », *ibid.*, spéc. n° 25, p. 29.

<sup>463</sup> Sur la notion de loi de police : *infra* nos 585 et s.

<sup>464</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 96, p. 77 ; E. VITTA, « Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, pp. 9-243, spéc. p. 129.

<sup>465</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 19, p. 27 ; A. FERRER-CORREIA, « Les problèmes de codification en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 145, 1975, pp. 57-203, spéc. n° 25, p. 104. Rapp. certains auteurs redoutent encore que l'application immédiate des règles matérielles produise un *forum shopping* (A. FERRER-CORREIA, *ibid.* ; E. VITTA, *op. cit.*, spéc. p. 130).

<sup>466</sup> Sur le caractère national du droit non-étatique : *supra* nos 154 et s.

<sup>467</sup> Sur la contractualisation du droit non-étatique : *infra* nos 450 et s.

de conflit, lequel se transforme en rapport d'exclusion lorsque des règles matérielles sont présentes.

211. Ces précisions montrent qu'il n'est ni cohérent, ni pertinent d'associer les notions de règles non-étatiques et de règles matérielles de droit international privé. Sous couvert d'une apparente unité, sont regroupées des règles hétérogènes dont l'origine et les régimes d'application diffèrent. La logique n'interdit certes pas de concevoir une notion unique aux régimes distincts, quelques – rares – exemples le confirmant en droit civil<sup>468</sup>. Dans le cadre de cette étude, cette orientation réduit considérablement l'utilité d'une telle catégorie d'analyse « règles matérielles » : que devient son intérêt, lorsque l'on doit préciser l'élément constitutif auquel on se réfère ?

\*

212. **Conclusion Section 2** – Le droit non-étatique n'est pas assimilable aux notions fréquemment rencontrées dans les rapports internationaux privés. Doivent notamment être distinguées du droit non-étatique les règles uniformes, en raison de leur origine publique, les règles de conflit de lois et les lois de police, en raison de leur origine et des procédés auxquels elles répondent. La *soft law* ne doit pas être *stricto sensu* distinguée du droit non-étatique : il s'agit d'une catégorie d'analyse autre, fondée sur l'absence de caractère contraignant des règles, et comprenant ainsi certaines règles non-étatiques. Enfin, et bien que le rapprochement puisse être réalisé, aucune confusion ne s'opère entre règles matérielles de droit international privé et règles non-étatiques, en raison de leur origine publique et de leur régime juridique.

213. **Conclusion Chapitre 2** – Au terme d'un raisonnement de type déductif, l'autonomie de la notion de droit non-étatique est confirmée. Non seulement irréductible aux notions fréquemment utilisées dans les rapports internationaux privés (règles de conflit de lois, lois de police, *soft law*, règles matérielles de droit international privé), et ce, aux titres de l'origine et du régime juridique de ces règles, la notion de droit non-étatique se distingue encore des *leges specialies*, entretenant avec elles des rapports d'inclusion ou d'exclusion, selon la conception que l'on adopte de ces *leges specialies*. L'alternative est autorisée par l'imprécision de ces catégories d'analyse.

---

<sup>468</sup> À propos de la notion d'accessoires de la créance, M. Christian LARROUMET relève, dans sa préface, que « la notion d'accessoire de la créance est unitaire, mais que cela n'implique pas l'unité de régime des accessoires de la créance » (p. V) : Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Défrénois, Doctorat & Notariat, 2009, nos 443 et s., p. 269 et s.

214. **Conclusion Titre 2** – Le processus de caractérisation de la notion de droit non-étatique, visant à dépasser l'imprécision terminologique observée, et à apprécier son autonomie au plan conceptuel, met en exergue deux caractéristiques communes aux règles non-étatiques : anationalité et transnationalité. La première désigne la source, l'origine non-étatique de ces règles, la seconde, le rayonnement de ces règles, indépendamment des frontières étatiques. Une démarche de type déductif éprouve les résultats obtenus, au regard des *leges specialies*, *lex mercatoria* et *lex sportiva*, et des notions d'usage fréquent dans les rapports internationaux privés. Elle conclut à une nécessaire distinction, et, conséquemment, à l'autonomie conceptuelle de la notion de droit non-étatique.

215. **Conclusion de la Première Partie** – L'analyse de la genèse du droit non-étatique indique que les règles non-étatiques sont issues de l'autorégulation des acteurs privés, ou de nouvelles formes de coopération, hybrides, entre acteurs publics et acteurs privés. La caractérisation de la notion de droit non-étatique conclut à son autonomie conceptuelle, se distinguant, dans les rapports privés internationaux, de notions potentiellement parentes. Au terme du processus démonstratif, le droit non-étatique est défini : « ensemble des règles écrites et unilatéralement élaborées par des acteurs non-étatiques, privés et/ou publics, ayant vocation à s'appliquer à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques ». Sa réception et son application sont les objets de la deuxième Partie.

## Deuxième Partie – L'application du droit non-étatique

216. La notion de droit non-étatique précisée, l'investigation vise ici à démontrer que le droit non-étatique ainsi conçu bénéficie d'un régime juridique unitaire. Plus précisément, hypothèse est formulée que toutes les règles non-étatiques précédemment étudiées, Principes Unidroit, Incoterms, règlements fédéraux sportifs, Code mondial antidopage, etc., font l'objet d'un traitement identique selon le *point de vue* considéré, qu'il s'agisse de celui d'un arbitre, ou d'un ordre juridique étatique *via* les juges, les organes autres auxquels il reconnaît compétence, voire le législateur, ou encore qu'elles soient considérées du point de vue des méthodes du droit international privé.

217. Montrer cette unité de traitement suppose d'étudier la réception du droit non-étatique, c'est-à-dire les positions adoptées par les arbitres, les juges et, plus généralement, l'ordre juridique étatique : le droit non-étatique est-il rejeté ou appliqué ? Quelles sont les applications effectives de ces règles non-étatiques, quels sont les mécanismes juridiques convoqués pour parvenir à cette application ? Les résultats de l'examen confirment la pertinence de la notion de droit non-étatique et l'unité interne de traitement dont il fait l'objet, ils attestent cependant de positions, de conceptions, différentes : une ouverture de principe de l'arbitrage, terrain d'expression privilégié du droit non-étatique, et un rejet de principe du droit non-étatique par l'ordre juridique français, exceptionnellement contredit par l'action judiciaire, organique ou législative (Titre 3).

218. À l'analyse succède le questionnement : au regard de ces différences de conception, et donc de traitement, peut-on établir une méthode permettant de les surmonter, afin de parvenir à une application justifiée et plus certaine du droit non-étatique, que l'on soit en présence d'un juge ou d'un arbitre ? Le contrat et la contractualisation, c'est-à-dire l'intégration du droit non-étatique dans le contrat, constituent, à cet égard, un champ d'investigation fécond (Titre 4).

### Titre 3 – La réception du droit non-étatique

219. Les présents développements poursuivent trois objectifs, dont le premier vise à établir les lignes directrices quant à la réception du droit non-étatique, c'est-à-dire les positions adoptées par les arbitres, ou les juges, plus généralement l'ordre juridique français. L'examen est donc circonscrit au traitement des règles non-étatiques hors du système ou de la communauté les ayant instaurées<sup>469</sup>. Toutes les positions sont *a priori* recevables, une appréciation de neutralité expliquant l'emploi du terme « réception ». La réception englobe toutes les utilisations ou applications effectives et potentielles du droit non-étatique, dont la prise en considération, l'application, la transposition, etc., sans ignorer son éventuel rejet<sup>470</sup>.

220. Le deuxième objectif assigné est d'évaluer la pertinence de la notion de droit non-étatique. Rappelons l'hypothèse de travail selon laquelle toutes les règles qualifiées de non-étatiques font l'objet d'un même traitement par une même institution, hypothèse dont la vérification suppose d'examiner différentes situations, notamment la réception du droit non-étatique par l'arbitre et par le juge<sup>471</sup>.

---

<sup>469</sup> Selon l'organisation pyramidale des institutions sportives, quand une règle est édictée par la fédération internationale, les fédérations continentales et nationales affiliées sont tenues de se conformer à celle-ci et de l'appliquer (G. SIMON, (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n<sup>os</sup> 9 et s., p. 14 et s. Sur l'aptitude d'un système ou d'une communauté à imposer ses règles : *infra* n<sup>os</sup> 403 et s.). Quand une règle est édictée par une institution extérieure à ce système fédéral, le Tribunal arbitral du sport indique qu'il appartient aux fédérations internationales d'adopter cette règle selon leurs propres processus décisionnels (CAS 2005/C/976 & 986, 21 avr. 2006, *FIFA & WADA*, spéc. n<sup>o</sup> 169 : « As an independent association governed by Swiss law, FIFA has the power to establish, within the limits of mandatory Swiss law, such rules and regulations as it deems appropriate. As long as FIFA has not formally implemented the WADC into its regulatory body, the constituents of FIFA are bound only by the FIFA Anti-Doping Rules, but not by the WADC »).

<sup>470</sup> Rappr. P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant (t. XIII), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 113 et s., spéc. p. 114 : « quant au terme de “réception”, il sera entendu dans son sens courant [...] La réception par l'ordre juridique est donc sa capacité à accueillir, à admettre. Or, on le sait, l'ordre juridique est apte à tout accueillir. Pour cerner au plus près la spécificité du sujet, la réception du droit souple s'entendra comme sa capacité à produire effet directement dans l'ordre juridique, à en constituer une norme de droit positif ».

<sup>471</sup> L'examen, inscrit dans une approche systémique du droit non-étatique, n'entend établir aucune concurrence, aucune opposition de ces deux modes de résolution des litiges, aucune exclusion de l'un par l'autre. Rappr. Fr. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, pp. 9-407, spéc. n<sup>o</sup> 265, p. 379 : « Les tribunaux arbitraux, d'une part, les diverses juridictions étatiques, de l'autre, se sont successivement emparés du même complexe de faits en y apportant des solutions contradictoires : le théoricien du droit doit se borner à constater l'imbroglie ainsi créé, tout en affirmant que la clôture de chaque système juridique particulier justifie formellement la solution retenue selon la logique propre à tout ordonnancement fermé. Quand les commentateurs de décisions arbitrales ou judiciaires successives et contradictoires distribuent des points et approuvent telle solution ou en rejettent telle autre, ils expriment des préférences personnelles qui n'ont qu'une relation éloignée avec un raisonnement scientifique sérieux ».

221. Le troisième objectif est d'analyser les fonctions du droit international privé dans la réception du droit non-étatique. Au regard des lois étatiques et des règlements d'arbitrage, les arbitres bénéficient de règles offrant des possibilités plurielles, permettant l'application du droit non-étatique. Les juges n'en bénéficient pas : le droit international privé demeure largement absent de la réception du droit non-étatique, quelques arrêts ouvrent toutefois la voie à une analyse centrée sur les outils de cette discipline.

222. Condition *sine qua non* de l'atteinte de ces objectifs, sont premièrement observées et analysées les modalités de réception du droit non-étatique, par l'arbitre (Chapitre 1), puis l'ordre juridique français, le plus fréquemment le juge (Chapitre 2).

## Chapitre 1 – L’ouverture de l’arbitrage international au droit non-étatique

223. Mode alternatif de règlement des conflits<sup>472</sup>, d’usage fréquent dans les rapports internationaux, l’arbitrage est le terrain d’un accueil privilégié du droit non-étatique. Cette ouverture de principe de l’arbitrage international résulte des règles applicables à ce mode de règlement des litiges, invitant à un examen préalable des motifs de cette ouverture (Section 1), ceci participant de l’explication de la réception concrète du droit non-étatique par l’arbitre (Section 2).

### Section 1 – Les motifs de l’ouverture de l’arbitrage international au droit non-étatique

---

224. L’arbitrage international bénéficie d’un régime juridique spécial, d’un corps de règles propre. Dans cet ensemble de règles, l’existence de dispositions libérales quant au droit applicable au fond du litige est un premier motif d’ouverture de l’arbitrage au droit non-étatique (§1). Un second ordre de motivations, empreint d’incertitude, renvoie à l’appartenance, voire au sentiment d’appartenance, de l’arbitre à une communauté, système ou ordre juridique, le conduisant à promouvoir l’application des règles créées par ce milieu (§2).

#### §1 – L’ouverture des règles de l’arbitrage international au droit non-étatique

225. Les règles applicables à l’arbitrage autorisent l’application du droit non-étatique. Cette liberté tient à la terminologie en usage dans la plupart des dispositions régissant le droit applicable au fond du litige (A), la pluralité de ces dispositions conduisant l’arbitre à adopter des types différents de raisonnement, afin de coordonner leur application (B).

#### A – Exposé des règles permettant l’application du droit non-étatique

226. L’arbitrage offre une liberté de choix importante dans les règles applicables au fond du litige, en présence ou en l’absence de choix des parties. Cette liberté est

---

<sup>472</sup> D. BUREAU et Ch. JARROSSON, « Arbitrage », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003 p. 76 et s., spéc. p. 76 : « l’arbitrage désigne pour le juriste l’institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci. Cette forme de justice ne fait pas appel à un juge institué par l’État mais laisse aux parties en litige le soin de choisir elles-mêmes un tiers qu’elles feront juge et dont elles acceptent par avance la sentence » ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, nos 6 et s., p. 13 et s.



expressément reconnue par le Code de procédure civile français : l'arbitre tranche le litige « conformément aux *règles de droit* que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées »<sup>473</sup>. Cette disposition est connue de nombreux pays<sup>474</sup>, l'article 187 de la loi suisse sur le droit international privé (LDIP) dispose, par exemple, que « Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits »<sup>475</sup>.

227. La formule retenue – en application des « règles de droit » – rend compte d'une terminologie se distinguant sensiblement de celle des textes applicables par les juges, notamment le règlement Rome 1, lequel mentionne la « loi choisie par les parties » et la « loi applicable à défaut de choix »<sup>476</sup>. À la différence du mot « loi », à entendre nécessairement comme celle d'un État, l'expression « règle de droit » n'est pas restrictive, autorisant, et le consensus apparaît général, l'application du droit non-étatique<sup>477</sup>. Certaines sentences réalisent pourtant une interprétation originale des règles étatiques régissant l'arbitrage pour conclure à l'application du droit non-étatique : « Si l'article 187 LDIP permet le recours à l'équité en lieu et place d'un système particulier de normes étatiques, il est logique de conclure qu'il permet *a fortiori* de se référer à un système de normes non étatiques. Le simple argument *a maiore, minus* justifie cette conclusion »<sup>478</sup>.

228. L'ouverture de l'arbitrage au droit non-étatique est confirmée par les règlements des instances arbitrales : le règlement de la Chambre de commerce internationale indique que « Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut [...] l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées »<sup>479</sup>. Le Code de l'arbitrage en matière de sport, applicable devant le Tribunal arbitral du sport, mentionne les « règles de droit choisies par les parties » et les « règlements [sportifs] applicables »<sup>480</sup>.

---

<sup>473</sup> C. pr. civ., art. 1511 al. 1<sup>er</sup> (nous soulignons).

<sup>474</sup> J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, nos 679, p. 608 et s. et nos 685 et s., p. 616 et s.

<sup>475</sup> LDIP, 18 déc. 1987, art. 187 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>476</sup> Règl. Rome, art. 3 §1 et art. 4. Pour une étude approfondie : *infra* nos 459 et s.

<sup>477</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Traités, 1996, nos 1444 et s., p. 814 et s. ; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *op. cit.*, n° 691, p. 626-627 ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, nos 881 et s., p. 800 et s. ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2016, nos 757 et s., p. 484 et s.

<sup>478</sup> TAS, 2014/A/3505, 3 déc. 2014, *Al Khor SC c. C.*, spéc. n° 84, *Rev. arb.* 2015/3. 932, obs. F. LATTY ; *JDI* 2015/1. 375, obs. É. LOQUIN ; *JCP G* 2015. II. 569, spéc. n° 6, obs. B. HAFTEL.

<sup>479</sup> Règlement arbitrage CCI, 2012, art. 21 §1 ; Règlement d'arbitrage CNUDCI, 2013, art. 35 §1.

<sup>480</sup> Code de l'arbitrage en matière de sport, art. R45 et R58. Pour une étude détaillée : *infra* nos 280 et s.

229. Les règlements des fédérations sportives internationales explicitent encore la possibilité d'appliquer le droit non-étatique. Un règlement de la fédération internationale de football (FIFA) en est exemplaire : « La procédure arbitrale est régie par les dispositions du Code de l'arbitrage en matière de sport du TAS. *Le TAS applique en premier lieu les divers règlements de la FIFA* ainsi que le droit suisse à titre supplétif »<sup>481</sup>.

230. Des textes divers, lois étatiques, lois-types, règlements d'arbitrage, règlements sportifs autorisent, voire privilégient, une application du droit non-étatique par l'arbitre<sup>482</sup>. Cette orientation libérale explique pour partie « l'autonomie de l'arbitrage international »<sup>483</sup>. De ceci résulte un enseignement majeur : l'arbitrage fait preuve d'une ouverture de principe à l'égard des règles non-étatiques, de nombreux textes en rendent concrètement compte. Cette pluralité de textes produit cependant une certaine concurrence entre les règles de droit potentiellement applicables par l'arbitre. Il convient donc de préciser les critères d'applicabilité de ces différents textes, et d'analyser les types de raisonnement mobilisés par l'arbitre, en situation, à fin d'efficacité de la décision.

## **B – Une recherche de coordination des règles applicables à l'arbitrage international liée à leur concurrence**

231. L'ensemble des règles régissant le droit applicable au fond du litige autorise les parties et les arbitres à choisir le droit non-étatique. Mais qu'en est-il du choix du texte de référence ? Privilège, par exemple, doit-il être accordé au Code de l'arbitrage en matière de sport, au règlement FIFA ou encore à la loi suisse sur le droit international privé, en

---

<sup>481</sup> Statuts FIFA, 2013, art. 66 al. 2<sup>nd</sup> (nous soulignons). Comp. la formule explicite des anciens statuts : « Le TAS applique les diverses règles émises par la FIFA ou, le cas échéant, par les confédérations, les membres, les ligues, les clubs et, à titre supplétif, le droit suisse ».

<sup>482</sup> Rappr. Loi-type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, art. 28 §1 : « Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend ». Comp. Institut de droit international, 64<sup>e</sup> session, 12 sept. 1989, art. 6 : « Les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes de procédure et de droit matériel qui doit être appliqués par les arbitres. En particulier, (1) les diverses questions soulevées peuvent être respectivement soumises à des règles et principes différents, et (2) ces règles et principes peuvent être empruntés à différents systèmes juridiques nationaux ainsi qu'à *des sources non nationales*, comme les principes du droit international, les principes généraux du droit et les usages du commerce international. Dans la mesure où les parties ont laissé la question ouverte, le tribunal recherche les règles et principes nécessaires parmi les sources indiquées à l'article 4 ». L'article 4 indique : « la loi choisie par les parties, la loi déclarée applicable selon le système de droit international privé désigné par les parties, les principes généraux de droit international public ou privé, les principes généraux de l'arbitrage international, ou la loi qui serait appliquée par les juridictions du lieu où le tribunal siège ».

<sup>483</sup> J.-B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005/2. 305, spéc. nos 16 et s., p. 318 et s. ; Ph. FOUCHARD, « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1965. 99, spéc. p. 105 et s.

raison du siège de l'arbitrage dans ce pays<sup>484</sup> ? Le Tribunal arbitral du sport notamment, est régulièrement confronté à ce questionnement, et ce pour trois types de raison se conjuguant : la nature des litiges tranchés, le choix des règles opéré par les parties, la localisation de son siège à Lausanne, en Suisse. À ce titre, le Tribunal arbitral du sport est institué en situation de référence pour l'investigation.

232. L'objectif, précisément ici, vise à analyser le raisonnement conduisant l'arbitre à décider quelles règles privilégier, lui permettant une application du droit non-étatique. Seule la règle sur laquelle se fonde l'arbitre pour conclure à l'application du droit non-étatique est ici recherchée, il ne s'agit pas, dans l'immédiat, de déterminer si le Tribunal arbitral du sport applique ou non le droit non-étatique, ou encore d'examiner les modalités de cette application<sup>485</sup>. Deux types de raisonnements sont observés : le premier réalise un détour par les règles de l'ordre juridique du siège (1.), le second les met à l'écart (2.).

### 1. – La référence aux règles de l'ordre juridique du siège

233. Il est exceptionnel que le Tribunal arbitral du sport utilise des règles de l'ordre juridique du siège non spécifiquement destinées à l'arbitrage. Une sentence se réfère à l'article 154 de la loi suisse sur le droit international privé, selon lequel les sociétés sont régies par le droit de l'État en vertu duquel elles sont organisées<sup>486</sup>. Si la méthode adoptée et l'utilisation des règles de conflit sont respectivement jugées « pas heureuse » et « désastreuse », la seconde « [faisant] perdre à la réglementation sportive internationale son unité »<sup>487</sup>, il semble que l'une et l'autre puissent leur justification dans les faits d'espèce. L'argumentaire développé par l'appelant, mettant en cause, au regard du droit suisse, la validité d'un texte adopté par la fédération européenne de football (UEFA), contraint l'arbitre à déterminer la loi applicable à cette fédération.

234. La pratique est bien plus fréquente de l'application de la loi suisse sur le droit international privé, en particulier son chapitre 12 dédié à l'arbitrage international.

---

<sup>484</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », *Rev. arb.* 1998. 517, spéc. p. 526 : « tous les arbitrages du TAS ont leur siège à Lausanne, quel que soit le lieu où ils se déroulent ».

<sup>485</sup> Sur l'application du droit non-étatique par le TAS : *infra* nos 280 et s.

<sup>486</sup> TAS, 2002/A/423, 3 juin 2003, *PSV NV Eindhoven c. UEFA*, spéc. nos 30-31, *JDI* 2004. 302, obs. É. LOQUIN. L'application de l'art. 154 LDIP est cependant réalisée « conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport et à l'ordonnance de procédure signée par les parties » (n° 30). Pour une problématique similaire, la conformité d'une sanction prise par une fédération sportive au droit suisse, et l'adoption d'un raisonnement différent excluant tout regard aux règles de conflit de lois : TAS, 2007/O/1381, 26 sept. 2007, *RFEC c. A. Valverde c. UCI*, *JDI* 2009. 218, obs. É. LOQUIN.

<sup>487</sup> É. LOQUIN, *ibid.* (obs. sous TAS 2002/A/423), spéc. p. 311 et 312.

Quelques précisions sur ce droit suisse permettent d'évaluer ce choix tendanciel du Tribunal arbitral du sport.

235. Selon l'article 176 de la loi suisse sur le droit international privé (LDIP), « les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse ». Cet article impose deux conditions à l'application du droit suisse de l'arbitrage international : le siège de l'arbitrage doit être la Suisse, l'arbitrage doit être international<sup>488</sup>. Les conditions de l'article 176 réunies, les dispositions du chapitre 12 de la LDIP s'appliquent, dont précisément son article 187, permettant l'application de « règles de droit », donc du droit non-étatique tel qu'indiqué précédemment<sup>489</sup>.

236. En première analyse, cette mention des règles de l'ordre juridique du siège par le Tribunal arbitral du sport répond aux exigences de l'ordre juridique suisse<sup>490</sup>. Un élément d'information la relativise : ces règles sont supplétives de volonté, les parties demeurent donc libres d'adopter d'autres règles relatives à la procédure ou au fond du litige<sup>491</sup>. En d'autres termes, le droit suisse de l'arbitrage « donne un cadre à l'arbitrage [...] À l'intérieur du cadre, il appartient aux parties et aux arbitres de prévoir des règles plus spécifiques et détaillées. La loi leur alloue une vaste autonomie à cet effet. Sur de nombreux sujets, elle n'édicte donc que des règles qui s'appliquent par défaut »<sup>492</sup>. Cette autonomie se concrétise notamment par la possibilité de choisir un règlement d'arbitrage. À titre illustratif, la compétence du Tribunal arbitral du sport emporte application du

---

<sup>488</sup> G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *L'arbitrage international. Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Schulthess, 2006, n<sup>os</sup> 101 et s., p. 30 et s., spéc. n<sup>o</sup> 107, p. 32 : « Le siège est un *lien juridique, volontariste* entre l'arbitrage et l'ordre juridique ; ce n'est pas une notion géographique » (souligné par les auteurs) ; P. LALIVE et E. GAILLARD, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse », *JDI* 1989. 905, spéc. p. 912-913.

<sup>489</sup> P. LALIVE, J.-F. POUURET et C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, 1989, p. 399-400 et *supra* n<sup>os</sup> 226-227.

<sup>490</sup> G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *L'arbitrage international...*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 105, p. 31 : « Le rattachement au siège est *impératif*, en ce sens que les parties ne sauraient exclure l'application de la loi d'arbitrage du siège. En d'autres termes, la fixation du siège en Suisse entraîne toujours l'application de la loi suisse de l'arbitrage » ; J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, n<sup>o</sup> 117, p. 89.

<sup>491</sup> G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *ibid.*, n<sup>o</sup> 464, p. 191-192 (procédure) et n<sup>os</sup> 599 et s., p. 264 et s. (droit applicable au fond du litige) ; P. LALIVE et E. GAILLARD, « Le nouveau droit de l'arbitrage... », *op. cit.*, spéc. p. 935 et s. et p. 943 et s. ; Cl. REYMOND, « La nouvelle loi suisse et le droit de l'arbitrage international : réflexions de droit comparé », *Rev. arb.* 1989/3. 385, spéc. p. 401 et p. 406 ; P.-Y. TSCHANZ, « Le nouveau droit suisse de l'arbitrage international », *RDAl*, 1988/4, p. 437 et s., spéc. p. 446. ; J.-F. POUURET et S. BESSON, *ibid.*, n<sup>os</sup> 526 et s., p. 485 et s.

<sup>492</sup> G. KAUFMANN-KOHLER et A. RIGOZZI, *ibid.*, n<sup>o</sup> 464, p. 191-192.

Code de l'arbitrage en matière de sport<sup>493</sup>. La loi de l'arbitrage autorisant l'application de ce règlement, comment expliquer que le Tribunal arbitral du sport se réfère au droit suisse de l'arbitrage international ?

237. Il semble que cette référence poursuive un objectif d'ordre « didactique »<sup>494</sup>, servi par une volonté d'ordre pédagogique de l'arbitre, lequel cherche à justifier, le plus clairement possible, l'application du droit non-étatique. Gageons qu'un requérant, ou tout observateur non averti des subtilités de l'arbitrage sportif international, ne soupçonne guère que l'application du droit non-étatique puisse reposer sur un raisonnement dont le cheminement requiert *a minima* l'attention. Ce raisonnement procède par renvois successifs : 1/ le droit suisse de l'arbitrage, supposé applicable, autorise les parties à opter pour un règlement d'arbitrage ; 2/ ce choix est porté sur le Code de l'arbitrage en matière de sport, lequel contient des dispositions sur la détermination du droit applicable au fond du litige ; 3/ selon ce Code de l'arbitrage, des règles non-étatiques sont applicables au fond du litige, fréquemment celles de la fédération internationale de football (FIFA) ; 4/ les statuts de la FIFA constituent une disposition générale et désignent l'ensemble des règlements édictés par cette fédération, parmi lesquels il convient d'identifier le texte approprié<sup>495</sup>.

238. Malgré la volonté affichée de pédagogie, l'application de la loi suisse sur le droit international privé heurte l'idée selon laquelle l'arbitre est dépourvu de for<sup>496</sup> et doit pouvoir librement déterminer le droit applicable au fond du litige. M. Franck LATTY l'exprime : « Les arbitres du TAS n'ont pas à faire application des dispositions *supplétives* de la LDIP », cette pratique « exagère le rattachement du TAS à l'ordre juridique

---

<sup>493</sup> Code de l'arbitrage en matière de sport, art. R27, *in limine*.

<sup>494</sup> É. LOQUIN, *JDI* 2010. 200, spéc. p. 222, obs. sous TAS, 2005/A/983&984, précité. Peut encore être avancée l'hypothèse selon laquelle certains arbitres du Tribunal arbitral du sport, en leur qualité de Professeur, cherchent à élaborer une sentence au raisonnement particulièrement pédagogique...

<sup>495</sup> Parmi de nombreuses sentences adoptant ce raisonnement : TAS, 2005/A/983&984, 12 juil. 2006, *Club Atlético Peñarol c. C. Heber Bueno Suarez, C. Gabriel Rodriguez Barrotti & PSG*, *JDI* 2010. 200, obs. É. LOQUIN ; *Cab. arb.* 2007/2. 39, obs. A. SCHOEB. En l'espèce, l'arbitre se base sur l'art. 176 et 187 LDIP (n<sup>os</sup> 17 et s.), il caractérise ensuite un choix porté sur le Code de l'arbitrage en matière de sport (n<sup>os</sup> 34 et s.), puis retient que les règlements de la FIFA sont applicables (n<sup>os</sup> 36 et s.), et détermine enfin le règlement de la FIFA spécialement applicable au litige (n<sup>os</sup> 42 et s.). Rapp. TAS, 2009/A/1960 et 2009/A/1961, 5 mai 2010, *LOSC Lille Métropole c. Trabzonspor & T.*, spéc. n<sup>os</sup> 5 et s. ; TAS, 2012/A/2862, 11 janv. 2013, *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*, spéc. n<sup>os</sup> 75 et s., *JDI* 2014. 366, obs. J. GUILLAUMÉ ; *Rev. arb.* 2015/3. 795, obs. F. LATTY.

<sup>496</sup> Sur l'absence de for arbitral : H. BATIFFOL, « L'arbitrage et les conflits de lois », *Rev. arb.* 1957. 110 ; Fr. EISEMANN, « La *lex fori* de l'arbitrage commercial international », *Trav. Com. fr. DIP (1973-1975)*, Dalloz, 1977, p. 189 et s. ; B. OPPEIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Droit-Éthique-Société, 1998, p. 86-87 ; A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, Harmattan, Logiques juridiques, 2006, n<sup>os</sup> 444, p. 263 et s. Comp. F.-A. MANN, « Lex Facit Arbitrum », in *Mélanges Martin DOMKE*, Martinus Nijhoff, 1967, p. 157 et s. (reproduit in *Arb. international*, vol. 2, n<sup>o</sup> 3, 1986. 241).

suisse ; elle attend en ce sens à l'autonomie de l'arbitrage sportif »<sup>497</sup>. Cette évaluation critique est en accord avec une doctrine dont le questionnement est plus général quant à l'utilisation systématique des règles de l'ordre juridique du siège de l'arbitrage<sup>498</sup>.

239. La démonstration, ici, est circonscrite à l'analyse de la méthode et du processus ayant conduit à déterminer le droit applicable. Le droit comparé de l'arbitrage invite à une relativisation des critiques dont il vient d'être fait état, enseignant que les règles de détermination du droit applicable au fond du litige sont généralement identiques, et privilégient la liberté de choix des parties. Ainsi, qu'un raisonnement se fonde sur le droit suisse de l'arbitrage international ou, par exemple, sur un règlement d'arbitrage, n'en modifie pas l'issue, c'est-à-dire l'application du droit non-étatique<sup>499</sup>.

## **2. – La mise à l'écart des règles de l'ordre juridique du siège**

240. L'examen indique que, dans sa confrontation à une pluralité de textes pour déterminer le droit applicable au fond du litige, le Tribunal arbitral du sport s'inscrit par ailleurs dans une démarche d'émancipation des règles instituées par l'ordre juridique du siège, privilégiant la ou les références à des règles d'une autre nature. Trois types de pratique sont alors observables : le premier réfère exclusivement au Code de l'arbitrage en matière de sport ; le deuxième mentionne conjointement ce Code et les statuts ou règlements édictés par une fédération internationale ; le troisième atteste d'une prise en compte croissante de la volonté.

241. Il est fréquent que le Tribunal arbitral du sport, pour déterminer le droit applicable au fond du litige, se fonde sur les dispositions du règlement d'arbitrage, nommé Code de l'arbitrage en matière de sport. Le Tribunal arbitral du sport écarte alors l'application des règles du siège de l'arbitrage, et de la loi suisse sur le droit international privé, se référant exclusivement à ce Code. Là où le raisonnement précédent requerrait quatre étapes, il s'en trouve ici allégé : en raison du caractère supplétif des règles du siège de l'arbitrage, le Tribunal arbitral semble ne pas juger nécessaire qu'elles soient explicitement mentionnées, bien qu'elles constituent la base du raisonnement tenu. Cette ellipse, conduisant à une application implicite des règles de l'ordre juridique du siège, ne

---

<sup>497</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 549 (souligné par l'auteur).

<sup>498</sup> Sur les critiques de l'utilisation des règles de conflit de lois du siège : Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, n° 887, p. 807. Comp. Sur l'importance du siège de l'arbitrage : Th. CLAY, « Le siège de l'arbitrage international entre "ordem" et "progresso" », in *Cab. arb.* vol. V, Pedone, 2011, p. 21 et s. ; S. BESSON, « L'importance du siège de l'arbitrage », *Rev. Brésil. arb.* 2007, n° 13, p. 107 et s.

<sup>499</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 549.

présume cependant pas de la nature des règles appliquées au fond du litige. Le Code de l'arbitrage en matière de sport autorise l'application de règles étatiques ou non-étatiques<sup>500</sup>.

242. L'analyse d'autres sentences indique un deuxième type de pratique, le Tribunal arbitral du sport se référant, sans hiérarchisation apparente, aux règlements de la fédération internationale en raison de la nature de l'épreuve sportive, et au Code de l'arbitrage en matière de sport, pour déterminer le droit applicable<sup>501</sup>. Le raisonnement là encore gagne en brièveté, les règles de l'ordre juridique du siège et du règlement d'arbitrage, base du raisonnement tenu, ne sont pas formellement mentionnées.

243. Le troisième type de pratique observé réduit encore le processus de raisonnement du Tribunal arbitral du sport, quand celui-ci détermine le droit applicable au fond du litige en référence exclusive à la volonté exprimée des parties. Une sentence de 2011 l'illustre : en l'espèce, le litige présenté à l'arbitre relève de la procédure qualifiée d'ordinaire, soumise à l'article R45 du Code de l'arbitrage en matière de sport, mais les parties conviennent que l'arbitre doit déterminer le droit applicable selon les modalités de la procédure dite d'appel, sur la base donc de l'article R58 de ce Code<sup>502</sup>.

244. Ces trois types de pratique, relevant d'une démarche d'émancipation des règles de l'ordre juridique du siège, s'analysent dans de nombreuses sentences rendues en matière commerciale, lesquelles affirment explicitement leur exclusion. Deux sentences de la Chambre de commerce international en donnent exemple : « la doctrine la plus autorisée et la jurisprudence internationale admettent que l'arbitre peut écarter dans la détermination du droit matériel l'application des règles de conflit du for »<sup>503</sup> ; « En l'absence de volonté clairement exprimée dans le Contrat, il appartient, dès lors, au Tribunal arbitral de déterminer le droit applicable selon les méthodes qui sont à sa

---

<sup>500</sup> Unique référence au Code TAS pour déterminer le droit applicable : TAS, 2007/O/1381, 26 sept. 2007, *RFEC c. A. Valverde c. UCI*, JDI 2009. 218, obs. É. LOQUIN : mentionne le droit suisse (nos 3, 5, 54 et s.) pour ensuite l'écarter et se référer à des règles plus générales (n° 75). Comp. pour l'application d'un droit étatique via une référence unique au règlement d'arbitrage : TAS, 2008/O/1643, 15 juin 2009, *V. Gusev c. Olympus Sarl*, spéc. nos 7 et s., JDI 2010. 251, obs. D. HASCHER (application du droit suisse) ; TAS, 2001/O/319, 17 oct. 2001, *X. Sarl / Fédération Y.*, spéc. n° 1 (application du droit suisse) ; TAS, 2007/O/1310, 16 avr. 2008, *B. Heiderscheid c. F. Ribéry*, spéc. nos 9 et s. (application du droit français).

<sup>501</sup> TAS 2003/O/530, 27 août 2004, *AJ Auxerre c. FC Valence c. S.*, spéc. nos 8 et s. ; TAS, 2006/O/1111, 29 juin 2006, *Amaury Sport Organisation c. Active Bay SL*, spéc. nos 3 et s. ; CAS, 2012/A/2845, 23 juin 2012, *A. Peternell v. SASCOC c. SAEF*, spéc. nos 4.3 et s.

<sup>502</sup> CAS, 2011/O/2422, 4 oct. 2011, *United States Olympic Committee v. IOC*, spéc. n° 3.

<sup>503</sup> CCI, n° 2730, 1982, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1974-1985)*, Kluwer, 1990, p. 490, obs. Y. DERAÏNS.

disposition [...] il est de principe que les règles de conflit du siège de l'arbitrage ne s'imposent pas au Tribunal arbitral et encore moins les règles matérielles »<sup>504</sup>.

245. Cette exclusion des règles de l'ordre juridique du siège appelle deux observations : la première est que l'arbitre n'est pas tenu de procéder par mimétisme avec un juge étatique, position largement, voire unanimement, partagée actuellement, dépassant ainsi une conception antérieure de l'arbitrage international<sup>505</sup>. La seconde relève une rupture avec la conception territoriale de l'arbitrage : l'arbitre n'est pas tenu de se limiter aux seules règles d'un ordre juridique étatique, celles du siège de l'arbitrage en particulier, qu'il s'agisse de règles dédiées à l'arbitrage ou de règles générales de droit international privé<sup>506</sup>.

246. Une question subsiste : pourquoi l'arbitre s'émancipe-t-il des règles de l'ordre juridique du siège ? La doctrine développe de nombreux arguments<sup>507</sup>, parmi lesquels, notamment, l'absence d'intérêt de l'ordre juridique du siège quand le litige n'entretient aucun point de contact avec lui<sup>508</sup>, et l'absence de for de l'arbitre<sup>509</sup>. Proposons d'ajouter à cet argumentaire un autre facteur, lié à l'objet de cette étude, et ayant statut d'hypothèse : cette émancipation des règles de l'ordre juridique du siège s'explique par l'appartenance des arbitres à une communauté d'activité ou à un ordre juridique, et la recherche d'une

---

<sup>504</sup> CCI, n° 12193, 2004, *JDI* 2007. 1276, obs. E. SILVA ROMERO.

<sup>505</sup> Sur ces anciennes conceptions de l'arbitrage : Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, n° 239, p. 196 : « Certains auteurs avaient jadis développé l'idée que l'arbitrage était une justice déléguée de la justice étatique, et l'arbitre un délégué du juge. Cette doctrine, très vivace à une époque et soutenue par d'éminentes signatures, se caractérisait par le positivisme étatique qui la sous-tendait. L'idée était que, le pouvoir de juger étant une expression de la puissance publique, il relevait du monopole de l'État. La sentence de l'arbitre, ajoutait un auteur, est en conséquence "une œuvre vraiment judiciaire" ». Rapp. F.-A. MANN, « Lex Facit Arbitrum », in *Mélanges Martin DOMKE*, Martinus Nijhoff, 1967, p. 157 et s. (reproduit in *Arb. international*, vol. 2, n° 3, 1986. 241).

<sup>506</sup> Sur cette conception et sa critique : B. GOLDMAN, « Les conflits de loi dans l'arbitrage international de droit privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 109, 1963, pp. 347-485, nos 10-11, p. 367 et s. ; E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Rec. cours La Haye*, vol. 329, 2007, pp. 49-216, nos 100 et s., p. 158 et s.

<sup>507</sup> L'application des règles de l'ordre juridique du siège ne serait pas appropriée si le lieu de l'arbitrage varie si celui-ci est inexistant en cas d'arbitrage par correspondance. Cette application contreviendrait encore à la nature même de l'arbitrage en le traitant comme une procédure interne et étatique Parmi de nombreuses références : B. GOLDMAN, *ibid.*, spéc. n° 11, p. 372 et s. ; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, spéc. nos 576 et s., p. 401 et s. ; P. LALIVE, « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *Rec. cours La Haye*, vol. 120, 1967, pp. 569-725, spéc. p. 613 et s.

<sup>508</sup> P. LALIVE, « Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », *Rev. arb.* 1976/3. 155, spéc. p. 170-171 : « on soutiendra malaisément que la Suisse, pays du siège de l'arbitrage international, ait un intérêt quelconque à faire régir par son droit matériel ou même par son système de conflit de lois le fond d'un litige qui lui sera le plus souvent totalement étranger. Sur le terrain du droit international privé comme sur celui du droit matériel applicable, l'absence de tout lien organique entre l'affaire soumise à l'arbitrage et la Suisse, dans la majorité des hypothèses, suffit à enlever toute justification à la théorie du siège ».

<sup>509</sup> Sur cette conception et ses implications : E. GAILLARD, « Aspects philosophiques... », *op. cit.*



promotion des règles instituées par ce milieu. Au-delà de l'existence de règles favorables à l'application du droit non-étatique, cette appartenance supposée de l'arbitre participe d'une motivation implicite favorisant, semble-t-il, cette volonté d'émancipation.

## §2 – L'appartenance de l'arbitre : un facteur explicatif discuté de l'application du droit non-étatique

247. Suggestion est faite que l'un des motifs d'ouverture de l'arbitrage au droit non-étatique est relatif à une appartenance de l'arbitre, à une communauté d'activité, à un ordre juridique, marchand ou sportif. Membre de cette communauté, de cet ordre juridique, l'arbitre serait prédisposé à favoriser l'application des règles non-étatiques créées par ce milieu d'appartenance.

248. Déterminer la réalité d'une appartenance de l'arbitre requiert l'exploration des droits étatiques, règlements d'arbitrage, arrêts des juridictions étatiques et sentences arbitrales. Cet ensemble d'éléments met en exergue la nécessité d'une indépendance de l'arbitrage, laquelle permet de conclure à l'absence d'appartenance formelle de l'arbitre à une communauté d'activité ou à un ordre juridique (A). Cette appartenance formelle exclue, de nombreux éléments invitent à ne pas écarter l'hypothèse d'un *sentiment d'appartenance* de l'arbitre, son développement potentiel le prédisposant à l'application d'un droit non-étatique (B.).

### A – L'introuvable appartenance formelle de l'arbitre à une communauté ou ordre juridique : étude du droit positif

249. L'étude des textes (1.), de la jurisprudence (2.) et de la doctrine (3.) démontre l'absence d'appartenance formelle de l'arbitre à une communauté d'activité ou à un ordre juridique.

#### 1. – Lois étatiques et règlements d'arbitrage : une double exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre

250. Aucune règle de droit positif n'évoque une appartenance des arbitres à une communauté. Bien au contraire, les droits étatiques recherchent une absence de lien, de quelque nature qu'il soit, entre les parties et l'arbitre et requièrent son indépendance : l'article 1456 du Code de procédure civile français impose à l'arbitre « de révéler toute

circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité »<sup>510</sup>, le droit suisse dispose qu'un arbitre peut être récusé « lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance »<sup>511</sup>. Nombreux sont, par ailleurs, les règlements d'arbitrage prescrivant une indépendance de l'arbitre : le Code de l'arbitrage en matière de sport indique qu'il faut « sauvegarder l'indépendance du [Tribunal arbitral du sport] »<sup>512</sup>, le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale indique : « tout arbitre doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause »<sup>513</sup>. Jurisprudence et doctrine s'accordent sur la nécessité d'une indépendance et d'une impartialité, relevant de l'essence de la fonction juridictionnelle de l'arbitre<sup>514</sup>.

251. Les juges français exercent à cet égard un contrôle strict, mettant à la charge de l'arbitre une « obligation de révélation » des circonstances faisant douter de son indépendance et impartialité<sup>515</sup>. Cette orientation contraste avec la moindre intensité du contrôle exercé dans d'autres pays : le Tribunal fédéral suisse, par exemple, exerce un contrôle jugé minimal sur l'indépendance de l'arbitre, et semble être « particulièrement [permissif] » et « exagérément [tolérant] », notamment en matière sportive<sup>516</sup>. Ce Tribunal fédéral a notablement reconnu l'indépendance d'un arbitre unique du Tribunal arbitral du sport, bien que cet arbitre entretînt des liens importants avec l'une des parties<sup>517</sup>. La situation convoquée, exemplaire sur la dimension d'analyse dépendance / indépendance de l'arbitre, entend souligner que même une dépendance attestée de l'arbitre n'implique pas *de facto* que cet arbitre appartienne à une communauté d'activité.

---

<sup>510</sup> C. pr. civ., art. 1456 al. 2 (article applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'art. 1506 du même Code).

<sup>511</sup> LDIP, 1987, art. 180 c.

<sup>512</sup> Code de l'arbitrage en matière de sport, art. S2.

<sup>513</sup> Règlement arbitrage CCI, art. 11.1. Pour une rédaction similaire : règlement d'arbitrage CNUDCI, art. 11 et 12.

<sup>514</sup> Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, nos 275 et s., p. 231 et s. ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, nos 729 et s., p. 657 et s. Comp. l'indépendance est parfois appréciée plus souplesment, notamment aux États-Unis, pour un aperçu général : J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, nos 413 et s., p. 366 et s. ; M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2001, nos 77 et s., p. 45 et s.

<sup>515</sup> Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *ibid.*, nos 735 et s., p. 664 et s. ; A. MALAN, « L'appréciation par les tribunaux français de l'indépendance des arbitres », in S. BOSTANJI, F. HORCHANI et S. MANCIAUX (dir.), *Le juge et l'arbitrage*, Pedone, 2014, p. 169 et s., spéc. p. 172 et s.

<sup>516</sup> Formule empruntée à M. Thomas CLAY (*D.* 2009. 2959, spéc. p. 2965).

<sup>517</sup> TFS, 4 août 2008, 4A-234/2008 : en l'espèce, l'arbitre unique était l'avocat de nombreuses associations syndicales de sportifs et d'entraîneurs et le co-auteur d'un livre rédigé avec l'avocate de l'une des parties au litige.

252. Affirmée, prescrite, cette indépendance peut être ultérieurement contestée et contrôlée lors d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale<sup>518</sup>. Un tel contrôle peut encore s'effectuer lors de la reconnaissance et de l'*exequatur* de la sentence arbitrale<sup>519</sup>, notamment lorsqu'un appel est formé contre l'ordonnance accordant l'*exequatur*<sup>520</sup>.

253. Cette brève étude de droit positif suffit à montrer que l'indépendance de l'arbitre est instituée en condition majeure de l'efficacité de l'arbitrage. Parce que requise, cette indépendance peut conduire à la récusation de l'arbitre, à l'engagement de sa responsabilité, à l'annulation de la sentence et/ou un refus d'*exequatur*<sup>521</sup>. Cette nécessité formelle d'une indépendance apparaît peu compatible avec une appartenance de l'arbitre à une communauté d'activité ou un ordre juridique.

## **2. – Confirmation de l'absence d'appartenance de l'arbitre à une communauté d'activité par l'étude de la jurisprudence**

254. Au-delà de l'indépendance de l'arbitre à l'égard des parties au litige, des arrêts indiquent une incertitude quant à l'indépendance de certains centres d'arbitrage. Dans le célèbre arrêt *Gundel* de 1993, contrôlant une sentence du Tribunal arbitral du sport, le

---

<sup>518</sup> Pour contester la dépendance ou la partialité de l'arbitre, il est suggéré de fonder le recours en annulation sur l'art. 1520 2° du CPC : « le recours en annulation n'est ouvert que si : le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué » (J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2016, n° 946, p. 587. Rapp. Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 746, p. 677), ce que contestent d'autres auteurs, partisans d'un recours fondé sur l'art. 1520 5° du CPC : « la question des conséquences du défaut d'indépendance d'un arbitre sur la validité de la sentence arbitrale ne saurait se situer que sur le terrain de l'ordre public : le défaut d'indépendance constituant une atteinte à l'ordre public devrait pouvoir justifier l'annulation de la sentence arbitrale [...] L'idée de vouloir situer la question de l'indépendance de l'arbitre sur le terrain de la régularité de la composition du tribunal arbitral devrait donc selon nous être définitivement écartée » (M. HENRY, *Le devoir d'indépendance...*, *op. cit.*, n° 423, p. 284).

<sup>519</sup> Sur la distinction reconnaissance / *exequatur* : Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, n° 920, p. 840 et s. : « la reconnaissance est l'admission par l'ordre juridique français de l'existence de la sentence, indépendamment de l'autorité qui y est automatiquement attachée », l'*exequatur* « confère la force exécutoire et constitue, à ce titre, un préalable à l'exécution forcée de la sentence ».

<sup>520</sup> Si la sentence est rendue en France, l'ordonnance accordant l'*exequatur* n'est, en principe, susceptible d'aucun recours (CPC, art. 1524 al. 1<sup>er</sup>). L'appel contre cette ordonnance est toutefois exceptionnellement ouvert lorsque les parties ont renoncé au recours en annulation. Tous les griefs visés par l'article 1520 du CPC sont alors ouverts (CPC, art. 1522 al. 2), ceci permettant de contester la dépendance et la partialité de l'arbitre. Si la sentence arbitrale est rendue à l'étranger, l'ordonnance du tribunal de grande instance est susceptible d'appel, qu'elle accorde ou refuse l'*exequatur* (CPC, art. 1525 al. 1<sup>er</sup>). La cour d'appel peut conséquemment refuser l'*exequatur* de la sentence, dans les cas prévus à l'article 1520 du Code de procédure civile, permettant, à nouveau, de contrôler la dépendance ou la partialité de l'arbitre (CPC, art. 1525 al. 4). Sur l'ensemble de la question : Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, nos 920 et s., p. 840 et s. ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, nos 1005 et s., p. 619 et s.).

<sup>521</sup> Sur l'ensemble de la question : Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, nos 734 et s., p. 664 et s.

Tribunal fédéral suisse met en question l'indépendance de cet arbitre, en raison de liens organiques et économiques avec le Comité international Olympique<sup>522</sup>. Deux extraits en sont significatifs : le Tribunal fédéral convoque de nombreux auteurs affirmant que le Tribunal arbitral du sport est un « véritable tribunal arbitral indépendant des parties », et affirme « un tel avis peut être partagé – non sans hésitation du reste – en tant du moins qu'il a trait aux procédures conduites devant le TAS dans lesquelles le CIO n'apparaît pas comme partie »<sup>523</sup>. Le Tribunal fédéral poursuit : « *certaines objections quant à l'indépendance du TAS ne sauraient être écartées sans autre forme de procès, en particulier celles qui prennent appui sur les liens organiques et économiques existant entre le TAS et le CIO* »<sup>524</sup>. Ces réserves explicites mettent en lumière la proximité des deux institutions, sans reconnaissance formelle d'une appartenance du Tribunal arbitral du sport au mouvement olympique<sup>525</sup>. L'existence de ces liens organiques et économiques, dans une situation où le Comité international Olympique est partie au litige ou, plus généralement, si ses intérêts sont en jeu, est de nature à attester d'une non indépendance du Tribunal arbitral du sport, lequel pourrait favoriser le Comité international Olympique, et accorder potentiellement une priorité à l'application des règles créées par ce même Comité international olympique.

255. Il semble que la réforme opérée en 1994 ait néanmoins supprimé ces réserves et consacré l'indépendance du Tribunal arbitral du sport, ce que relève le Tribunal fédéral suisse dans l'arrêt *Lazutina*<sup>526</sup>. Soulignant la confiance accordée par de nombreux États au Tribunal arbitral du sport, au motif de la ratification de la Convention internationale pour la lutte contre le dopage, le Tribunal fédéral suisse affirme : « Cette nouvelle marque de reconnaissance venant de la communauté internationale démontre que le TAS répond à un besoin. Il n'est pas certain que d'autres solutions existent, qui soient susceptibles de remplacer une institution à même de résoudre rapidement et de manière peu coûteuse des litiges internationaux dans le domaine du sport [...]. Le TAS, tel qu'il est organisé actuellement, est sans doute une institution perfectible [...]. Ayant acquis progressivement la confiance des milieux sportifs, cette institution aujourd'hui reconnue, qui fêtera bientôt ses vingt ans d'existence, n'en reste pas moins l'un des principaux piliers du sport organisé [...], force est d'admettre, au terme de cet examen, que le TAS est suffisamment indépendant du

---

<sup>522</sup> TFS, 1<sup>re</sup>, cour civ., 15 mars 1993, *Gundel c. FEI et TAS*, ATF 119 II 271, *Rev. jur. éco. sport* 1994, n° 31, p. 37 et s., obs. D. LÉVY ; *Bull. ASA* 1993, p. 398, note G. SCHWAAR ; *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, 1994, p. 149, obs. F. KNOEPFLER.

<sup>523</sup> *Ibid.*, spéc. S. 279.

<sup>524</sup> *Ibid.*, spéc. S. 280 (nous soulignons).

<sup>525</sup> Sur l'importance du mouvement olympique en matière sportive et sa distinction avec le mouvement sportif : F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 159 et s.

<sup>526</sup> TFS, 27 mai 2003, 4P.267-270/2002, *L. Lazutina c. O. Danilova c. CIO, FIS c. TAS*, ATF 129 III 445, *JDI* 2003/4. 1085, obs. A. PLANTEY ; *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2006, n° 290, p. 23, obs. A. RIGOZZI.

*CIO* »<sup>527</sup>. Ceci ainsi dit laisse entendre la possibilité d'une appartenance des arbitres à une communauté, en l'occurrence sportive, et être tenu pour un premier élément probant de l'existence recherchée d'une appartenance. Le potentiel d'une interprétation en ce sens est cependant faible, et l'investigation peine à progresser dans cette voie, en raison de l'exigence généralisée d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre.

256. Des sentences arbitrales indiquent, par ailleurs, une volonté explicite de promouvoir l'application du droit non-étatique, mais cette orientation n'autorise pas à conclure à l'appartenance de l'arbitre à une communauté. Certaines sentences mentionnent « l'autonomie de la communauté internationale des commerçants obéissant, dans ses rapports mutuels, à des règles propres »<sup>528</sup>, d'autres évoquent, en matière sportive, « une réglementation de droit privé, ayant une vocation internationale, voire mondiale, à s'appliquer dans le domaine des règles de sport régissant le basketball »<sup>529</sup>. De la promotion de règles non-étatiques, voire la contribution à la création d'une *lex mercatoria* ou une *lex sportiva*, à l'affirmation d'un arbitre agent du système commercial ou sportif, le pas ne sera pas franchi. L'arbitre n'appartient *stricto sensu* à aucun système, à aucune communauté, l'étude des textes de droit positif et de la jurisprudence en atteste.

### 3. – Le rejet de l'appartenance de l'arbitre par la doctrine

257. L'hypothèse d'une appartenance de l'arbitre à une communauté d'activité ou un ordre juridique, appartenance participant de l'explication d'une application du droit non-étatique, ne semble guère valide au regard de l'observation : l'exigence double d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre, formulée par les États et les règlements d'arbitrage, tend à la réfuter. Aucune sentence arbitrale, de surcroît, ne comporte d'affirmation de cette nature, le recueil de données ne relevant que quelques énoncés indiquant une application, voire une promotion, de règles non-étatiques.

258. Poursuivons l'analyse : il est fréquemment affirmé, par les défenseurs de la *lex mercatoria* en particulier, que l'arbitre n'a pas de for. Ne pas avoir de for signifie-t-il appartenir à l'ordre juridique de *lex mercatoria*<sup>530</sup> ? Il est encore et aussi affirmé que l'arbitre

---

<sup>527</sup> Pour un exposé détaillé : G. SIMON, « L'indépendance des arbitres du TAS », in P. MBAYA (dir.), *Le sport et ses événements face au droit et à la justice*, Larcier, 2010, p. 45 et s.

<sup>528</sup> CCI, n° 2375, *JDI* 1976. 973, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>529</sup> Parmi de nombreuses sentences : TAS, 92/80, 25 mars 1993, B. / Fédération Internationale de Basketball, spéc. n° 10, *JDI* 2001. 242, obs. G. SIMON.

<sup>530</sup> Comp. Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, n° 259, p. 213 : « lorsqu'on dit de l'arbitre qu'il n'a point de for, il faut entendre qu'il n'a pas de for national, mais un for symbolique sur la matérialité duquel il est permis de s'interroger » (nous soulignons). Le for arbitral serait-il la volonté ? En ce sens : P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Rev.*

rend la justice au nom d'un ordre juridique, notamment mercatique, et qu'il devient le juge de cet ordre mercatique si les parties ont placé leur litige « dans l'ordre juridique transnational »<sup>531</sup>. Mais, lorsque les parties choisissent la loi française, lorsque le litige est, selon la formule en usage, « placé dans l'ordre juridique français », affirme-t-on que l'arbitre rend la justice au nom de l'ordre juridique français ? La proposition « l'arbitre n'a pas de for » implique logiquement qu'il ne rende la justice au nom d'aucun for, au nom d'aucun ordre juridique arbitral, mercatique ou sportif<sup>532</sup>. Il n'a d'ailleurs aucune obligation d'assurer l'unité ou la cohérence de l'un de ces ordres juridiques<sup>533</sup>.

## **B – D'une non-appartenance de l'arbitre au développement potentiel d'un sentiment d'appartenance**

259. L'observation indique qu'aucun texte de droit positif, aucun arrêt, aucune sentence ne rendent compte d'une appartenance de l'arbitre à une communauté, de quelque nature que ce soit, explicitant *a contrario* une double exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitrage. L'étude du droit positif écartant toute appartenance effective, l'investigation ne peut faire l'économie de l'hypothèse d'un *sentiment* d'appartenance de l'arbitre à une communauté d'activité et/ou un ordre juridique, lequel le prédisposerait favorablement à une application des règles non-étatiques édictées par les milieux considérés. L'hypothèse ne peut être écartée, au regard de facteurs participant

---

*cours La Haye*, vol. 217, 1989, pp. 319-454, spéc. n° 67, p. 393 : « En quelque sorte la volonté des parties tient lieu de *lex fori* à l'arbitre » ; M. DE BOISSÉON, « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitral international », in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 33 et s., spéc. p. 36 : « Le siège n'est plus un for. Le for s'est dématérialisé. Il s'est, en quelque sorte, déplacé d'un espace matériel, à savoir un territoire, vers un espace symbolique, celui du consentement des parties ».

<sup>531</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, n° 443, p. 191 : affirme que l'arbitre devient le juge de l'ordre mercatique si les parties ont choisi de placer leur litige « dans l'ordre juridique transnational » (n° 442, p. 191) c'est-à-dire l'ordre juridique de la *lex mercatoria*.

<sup>532</sup> J.-B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005/2. 305, spéc. n°44, p. 339 : évoque un « cercle vicieux » car il paraît « délicat d'utiliser l'existence de l'arbitrage pour faire la preuve de l'autonomie de la *lex mercatoria* et, en retour, d'utiliser l'autonomie de l'arbitrage. Si l'arbitrage est autonome, ce ne peut être que *par lui-même* et *en lui-même*. C'est pourquoi l'arbitrage international est [...] autonome indépendamment de la référence à la *lex mercatoria* » (souligné par l'auteur).

<sup>533</sup> P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Rec. cours La Haye*, vol. 217, 1989, pp. 319-454, spéc. n° 105, p. 426-427 : la tâche des arbitres « n'est pas de participer à la création d'un système cohérent, mais de rendre la meilleure justice possible dans le litige qui leur est soumis » ; « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n° 50, p. 69-70 ; B. GOLDMAN, « Les conflits de loi dans l'arbitrage international de droit privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 109, 1963, pp. 347-485, spéc. n° 5, p. 363-364 : « Toute autre est la situation de l'arbitre saisi d'un litige relatif à un rapport de droit international. Il ne juge ni au nom, ni par l'investiture de l'État, mais en vertu de pouvoirs qui trouvent leur source dans la volonté des parties, et dont il a été investi soit personnellement et originellement, soit par un organisme d'arbitrage ayant bénéficié de l'investiture « primaire » des parties ».

potentiellement du développement d'un tel sentiment : discours doctrinal, processus d'institutionnalisation et de professionnalisation de l'arbitrage, reconnaissance d'une compétence de principe à trancher les litiges (1.). L'analyse conjuguée de ce discours et des évolutions observables dans la pratique de l'arbitrage indique que les seuls outils juridiques sont insuffisants à confirmer ou infirmer l'existence d'un tel sentiment d'appartenance (2.).

## 1. – Facteurs potentiels de développement d'un sentiment d'appartenance de l'arbitre : discours doctrinal et évolution des pratiques

260. M. Philippe FOUCHARD considère que l'arbitre est un « organe juridictionnel de la communauté internationale des commerçants »<sup>534</sup>, le « juge de l'ordre mercatique »<sup>535</sup>, voire, après certaines objections, un organe « pré-législatif de sa société »<sup>536</sup>. M. Éric LOQUIN conçoit l'arbitrage comme un « organe de la *lex mercatoria* »<sup>537</sup>, lequel conditionnerait l'existence de cet ordre juridique mercatique<sup>538</sup>. M. Franck LATTY affirme, en élargissant le propos, que : « le TAS est un rouage important dans le fonctionnement de l'ordre juridique du Mouvement olympique [...] le TAS s'érige naturellement en défenseur de ses exigences fondamentales, de ses valeurs et de ses intérêts les plus essentiels »<sup>539</sup>. M. Emmanuel GAILLARD, en particulier, exprime que l'arbitre se représenterait sa fonction en référence à un ordre juridique arbitral<sup>540</sup>, et M. Ibrahim FADLALLAH professe : « l'arbitre appartient désormais à un système [...] Il n'est plus seulement l'émanation des parties [...] Il participe de la cohérence d'un ordonnancement juridique international »<sup>541</sup>. Bien qu'une appartenance de l'arbitre à un

---

<sup>534</sup> Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, n° 43, spéc. p. 25.

<sup>535</sup> *Ibid.*, nos 626 et s., p. 446 et s., spéc. n° 638, p. 457 ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 443, p. 191.

<sup>536</sup> Ph. FOUCHARD, *ibid.*

<sup>537</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. nos 450 et s.

<sup>538</sup> *Ibid.*, n° 435, p. 189.

<sup>539</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 356. Comp., p. 285 : Le Tribunal arbitral du sport pourrait, par ailleurs, « être considéré comme un élément externe de l'ordre juridique de chaque fédération internationale ainsi qu'un organe "d'adjudication" du droit olympique ».

<sup>540</sup> E. GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », *McGill Law Journal*, 2010, vol. 55, p. 891 et s. ; « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Rec. cours La Haye*, vol. 329, 2007, pp. 49-216, spéc. nos 40 et s., p. 91 et s. Rapp. F. GRISEL, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique. Appréciation et création du droit en arbitrage international*, Fondation Varenne, Thèses, 2011, nos 143 et s., p. 83 et s. Pour une critique de cette conception de l'ordre juridique arbitral : S. BILLARANT, « Regard d'un internationaliste sur l'ordre juridique arbitral », in R. CHAABAN (dir.), *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, L'Épilogue, L'Unité du Droit, 2012, p. 105 et s., spéc. p. 126 et s. ; D. LEVY, *Les abus de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2015, nos 126 et s., p. 87. et s. (et les obs. critiques de V. HEUZÉ, *Cab. arb.* 2016/1, p. 152 et s.).

<sup>541</sup> Comp. I. FADLALLAH, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *Rec. cours La Haye*, vol. 249, 1994, pp. 369-430, spéc. n° 14, p. 385.

ordre juridique arbitral, mercatique, ou sportif ne soit à strictement parler pas affirmée, la répétition d'assertions de ce type de discours participe potentiellement de la construction d'une telle représentation de l'arbitrage et du développement d'un sentiment d'appartenance de l'arbitre aux milieux respectivement considérés.

261. M. Emmanuel GAILLARD affirme à propos du droit applicable au fond du litige : « l'arbitre se trouvera, comme en matière de procédure, guidé par la représentation de l'arbitrage qui l'anime »<sup>542</sup>. Les arbitres appliqueront alors, tendanciellement, les règles de cet ordre juridique, des « règles transnationales » sous la plume de l'auteur, résultant d'une synthèse des divers ordres juridiques<sup>543</sup>. Si ces « règles transnationales » ne sont pas assimilables aux règles non-étatiques telles que définies dans cette étude, la conclusion demeure : l'arbitre est prédisposé à raisonner selon les conceptions et principes d'actions de l'ordre juridique arbitral, et donc à valoriser positivement une application des règles de cet ordre arbitral. M. René DAVID l'affirme ainsi : le commerce international « a entrepris de constituer et administrer lui-même un droit international conforme à ses besoins ; *c'est ce droit qu'il attend des arbitres, et c'est ce droit que les arbitres entendent appliquer* »<sup>544</sup>.

262. Le débat relatif à l'ordre juridique de la *lex mercatoria* contribue encore et potentiellement à développer ce sentiment d'appartenance. La signification d'énoncés tels que « organe de la *lex mercatoria* », « juge de l'ordre mercatique », renvoie à une conclusion identique : si l'arbitre se perçoit comme appartenant à cet ordre juridique, ou rendant la justice en son nom, cette représentation le prédispose à appliquer les règles de cet ordre juridique mercatique<sup>545</sup>.

263. Dans le domaine de l'activité sportive, cette conception est encore à l'œuvre : bien que le Tribunal fédéral suisse ait reconnu son indépendance à l'égard du Comité international olympique (arrêt *Lazutina*), la perception d'un Tribunal arbitral du sport comme institution du mouvement sportif, en assurant la cohésion, demeure<sup>546</sup>. Cette

---

<sup>542</sup> E. GAILLARD, *ibid.*, spéc. n° 105, p. 163.

<sup>543</sup> *Ibid.*, nos 60 et s. Comp. n° 106 où l'auteur tempère sa position : « On aurait tort de croire que l'exercice de la liberté reconnue aux arbitres dans la détermination du droit applicable se traduit par une atomisation complète des méthodes suivies ».

<sup>544</sup> R. DAVID, « L'avenir de l'arbitrage », in *Mélanges Martin DOMKE*, Martinus Nijhoff, 1967, p. 56 et s., spéc. p. 61 (nous soulignons).

<sup>545</sup> D'un point de départ identique, déterminer l'origine du pouvoir des arbitres (E. GAILLARD, « Aspects philosophiques... », *op. cit.*, spéc. n° 42, p. 94 ; Th. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, n° 237, p. 195), l'ordre juridique est différemment appréhendé par les auteurs et parfois rapproché, voire confondu, avec l'ordre juridique mercatique : Th. CLAY, *L'arbitre*, *op. cit.*, n° 259, p. 213 : « la communauté des commerçants fournit à l'arbitre l'ordre juridique qui matérialise son for », « l'ordre juridique arbitral se constitue pour la *societas mercatorum* ».

<sup>546</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 755, p. 578 : le Tribunal arbitral du sport a « progressivement construit une jurisprudence uniforme, source de cohésion de l'ordre juridique sportif



représentation du Tribunal arbitral du sport lui permet de bénéficier de la « confiance des milieux sportifs »<sup>547</sup>, dans lesquels il est perçu comme garantissant l'application, le respect, voire la promotion des règles créées par les institutions du mouvement sportif<sup>548</sup>. La probabilité ne peut être écartée, que des arbitres du Tribunal arbitral du sport considèrent devoir promouvoir le développement du droit non-étatique.

264. L'analyse de ces conceptions et/ou représentations de l'ordre juridique arbitral, et des ordres juridiques mercatique et sportif, indique un effet convergent : la nature même de ces débats, centrés sur l'autonomie et la fonction structurante de l'arbitrage, à propos des *lex mercatoria* et *lex sportiva*, est intrinsèquement un facteur de construction et de développement potentiel de ce sentiment d'appartenance de l'arbitre à ces communautés d'activité.

265. Au-delà de ce discours doctrinal récurrent, des représentations et des conceptions de l'action dont il participe, des évolutions observables dans la pratique de l'arbitrage contribuent potentiellement au développement d'un sentiment d'appartenance de l'arbitre à une communauté d'activité ou à un ordre juridique, au premier rang desquelles la reconnaissance d'une compétence de principe des arbitres à trancher les litiges internationaux, dans les activités commerciale et sportive, et un processus d'institutionnalisation de l'arbitrage.

266. Il est effectivement reconnue à l'arbitre une compétence de principe à juger des litiges dans les domaines du commerce international et du sport, via les clauses compromissoires fréquemment instituées par les opérateurs de la scène internationale. L'affirmation répétée selon laquelle « dans le commerce international, l'arbitrage est devenu le mode normal de règlement des litiges »<sup>549</sup> indique une confiance des milieux économiques quant à ce mode de résolution des litiges. Cette observation est transposable à l'identique à l'activité sportive, le Tribunal arbitral du sport bénéficiant d'une confiance

---

international ». Comp. sur l'importance du Tribunal arbitral du sport au sein du mouvement olympique : F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 285 et s., spéc. p. 285 : « le TAS dispose en matière d'arbitrage d'une position dans le monde sportif qui, à défaut d'être complètement monopolistique, en a au moins la vocation ».

<sup>547</sup> Formule de l'arrêt *Lazutina* : TFS, 27 mai 2003, 4P.267-270/2002, *L. Lazutina & O. Danilova c. CIO, FIS & TAS*, ATF 129 III 445, JDI 2003/4. 1085, obs. A. PLANTEY ; *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2006, n° 290, p. 23, obs. A. RIGOZZI.

<sup>548</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n° 499, spéc. p. 202 : « Il en résulte une tendance des arbitres à privilégier les intérêts sportifs sur les intérêts publics. C'est une tendance qui se manifeste moins par des affirmations de principe que par l'utilisation des marges de manœuvre qu'offre la fonction juridictionnelle ».

<sup>549</sup> Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Traités, 1996, n° 1, p. 3 ; D. BUREAU et Ch. JARROSSON, « Arbitrage », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003 p. 76 et s., spéc. p. 79.

équivalente, soulignée par la doctrine, et le Tribunal fédéral suisse dans l'arrêt *Lazutina* mentionné *supra*.

267. De surcroît, un processus d'institutionnalisation de l'arbitrage s'observe. L'arbitrage est, en principe, éphémère, institué par la volonté des parties, et dissout dès le prononcé de la sentence<sup>550</sup>. Il semble que le principe soit soumis à érosion par le développement et la spécialisation des centres permanents d'arbitrage, conjugués d'une professionnalisation des arbitres<sup>551</sup>. Une permanence de l'arbitrage contribue potentiellement à promouvoir et renforcer une représentation de l'arbitre *a minima* acteur du système commercial ou sportif<sup>552</sup>, et la représentation propre de sa fonction et de son statut.

268. Cet ensemble d'éléments, répétitions de la doctrine, reconnaissance de la compétence de principe de l'arbitrage à trancher les litiges, processus d'institutionnalisation et de professionnalisation, autorisent à supposer, bien que la démonstration en soit problématique, que des arbitres puissent développer un tel sentiment d'appartenance. Cette hypothèse, de surcroît, corréle ce sentiment d'appartenance et la valorisation positive, par l'arbitre, des règles du groupe social considéré. Cette corrélation doit encore être soumise à observation, analyse et évaluation.

## **2. – L'impossible vérification du sentiment d'appartenance de l'arbitre : les limites de l'analyse juridique**

269. L'hypothèse d'un sentiment d'appartenance, ici de l'arbitre à une communauté d'activité ou un ordre juridique, ne peut être validée ou invalidée à l'aide des seuls outils

---

<sup>550</sup> B. OPPEIT, « Le droit international privé, droit savant », *Rec. cours La Haye*, vol. 234, 1992, pp. 331-434, spéc. p. 393 : « les tribunaux arbitraux ne constituent pas un ordre juridictionnel homogène et hiérarchisé dans lequel une juridiction suprême assurerait l'unité de la jurisprudence : bien au contraire, la justice arbitrale internationale se caractérise par la dispersion, l'autonomie, la délocalisation (absence de for) et la non-permanence des innombrables tribunaux arbitraux appelés à siéger de par le monde ».

<sup>551</sup> Y. DERAIS, « Le professionnalisme des arbitres », *Cah. dr. entr.*, 2012/4, p. 21 et s., spéc. p. 23 et s. Rapp. Th. CLAY, « Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique », in *Les arbitres internationaux*, Société de législation comparée, Centre français de droit comparé, 2005, p. 13 et s., spéc. n° 40, p. 31-32 : « l'arbitrage n'est [...] pas un métier ; c'est une mission, une fonction temporaire, mais pas une profession. Tous ceux qui sont arbitres ont en principe un autre métier, une occupation principale qui leur garantit une rémunération régulière et leur fournit un statut social. L'arbitrage est leur activité annexe. [...] “Qui sont les arbitres ?”, on pourrait simplement répondre “des intermittents”, mais des “intermittents de la justice” ».

<sup>552</sup> E. GAILLARD, « Sociologie de l'arbitrage », *JDI* 2015/4. 1089, spéc. n° 14, p. 1096 : expose les stratégies des « globale », « régionale » ou « spéciale » des centres d'arbitrage et affirme : « La concurrence entre toutes ces organisations est très réelle, chacune s'efforçant, par l'efficacité de son ou de ses règlements, par la qualité de ses nominations, mais aussi à grand renfort de communication, de développer l'offre la plus attractive possible pour les usagers de l'arbitrage ».

juridiques, conceptuels ou techniques. Les notions convoquées, de sentiment, et d'appartenance, requièrent une approche pluridisciplinaire, voire transdisciplinaire. Dans le cadre de cette étude, la prétention n'est donc pas à la démonstration *stricto sensu* de cette hypothèse, en sont néanmoins donnés quelques éléments de compréhension.

270. La distinction doit être opérée entre les notions d'appartenance et de sentiment d'appartenance, l'analyse du droit positif ayant suffi à exclure une appartenance effective, formelle, de l'arbitre à une communauté d'activité ou un ordre juridique. Le discours doctrinal, l'institutionnalisation et la place croissante de l'arbitrage convergent vers l'hypothèse du développement d'un *sentiment* d'appartenance de l'arbitre, mais sont intrinsèquement insuffisants à en démontrer l'existence. L'objet ici, s'agissant de sentiment, d'appartenance sociale<sup>553</sup>, de conception, de « représentation mentale »<sup>554</sup>, impactant évaluation et décision, renvoie à des concepts connus et pratiqués par les sciences humaines : la sociologie et la psychologie<sup>555</sup>. Il semble conséquemment que la prudence du juriste soit la bienvenue, quant aux problématiques et aux effets de l'appartenance sociale, et ne la consacre pas en argument *stricto sensu*.

271. Ces précisions apportées, le juriste entend questionner l'impact potentiel d'un tel sentiment d'appartenance de l'arbitre sur l'application du droit non-étatique. Le risque existe que la finalité perçue de son activité propre tende vers un « rendre la justice au nom de la communauté » ou un « devoir de protection » des intérêts et des règles, non-étatiques, de la communauté d'activité considérée. Les sciences humaines indiquent que le sentiment d'appartenance favorise l'adhésion aux normes de comportement et de jugement du groupe social considéré<sup>556</sup>, processus d'influence impactant la décision<sup>557</sup>, et

---

<sup>553</sup> A. BEITONE, Ch. DOLLO, Y. ALPE, J.-R. LAMBERT, S. PARAVRE, *Lexique de sociologie*, Dalloz, Lexiques, 4<sup>e</sup> éd., 2013, p. 168, *Groupe d'appartenance*.

<sup>554</sup> E. GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », *McGill Law Journal*, 2010, vol. 55, p. 891 et s., spéc. p. 893 : « on se trouve ici dans le monde des idées et que la notion de réalité ne peut se concevoir, dans ce contexte, que comme la réalité d'une idée. Tout comme la notion d'État ou celle d'ordre juridique étatique, qui ne sont pas inhérentes à l'organisation des sociétés, la notion d'ordre juridique arbitral n'est qu'une idée, une représentation mentale du rôle des arbitres et de la source de leur pouvoir de juger » (nous soulignons) ; G. KAUFMANN-KOHLER et V. BONNIN, « L'arbitre-conciliateur : approche statistique de la corrélation entre le rôle de l'arbitre et sa culture juridique », *Bull. CCI*, vol. 18/2, 2007, p. 81 et s., spéc. p. 85 : « l'importation des concepts de l'ordre juridique "d'origine" de l'arbitre est généralement implicite et parfois même inconsciente ».

<sup>555</sup> L'appartenance sociale, la conception et la « représentation mentale » renvoient aux outils des sciences cognitives, dont l'un des axes de recherche, traitant du fait décisionnel humain, s'articule autour du concept de biais cognitif, dont le biais culturel est l'une des dimensions particulièrement visée ici, puisque corrélant appartenance ou sentiment d'appartenance à un groupe social et décision, via des processus nommés, en sciences humaines, de normalisation (S. BAGGIO, *Psychologie sociale*, De Boeck Supérieur, Le point sur... Psychologie, 2011, p. 18 et s. ; M. SHERIF, *The Psychology of Social Norms*, Harper and Row, 1936).

<sup>556</sup> Rappr. K. LEWIN, *Resolving Social Conflicts*, Harper and Row Publishers, 1948.

donc, pour l'arbitre, sa manière de trancher le litige : il est alors susceptible de privilégier l'application et le respect des règles non-étatiques<sup>558</sup>.

272. Potentialité n'est pas certitude : s'il est probable que les arbitres soient affectés par ce phénomène, inhérent au fait humain, rien n'autorise, en l'absence d'études approfondies sur le sujet<sup>559</sup>, à l'affirmer catégoriquement. M. Emmanuel GAILLARD indique à ce titre que : « La sociologie de l'arbitrage n'a, à ce jour, donné lieu qu'à peu d'études [...] les juristes ont en effet souvent du mal à se départir d'une approche technique pour adopter un raisonnement d'une autre nature [...] La veine qualitative est davantage négligée. Elle consiste à appréhender la matière non comme un ensemble cohérent de règles mais comme *un phénomène social*. L'objectif n'est plus de décrire les règles ou leur évolution mais de décrypter les stratégies des acteurs »<sup>560</sup>. Le propos de M. Pierre LALIVE est identique : « rarement s'est-on soucié de la “dimension culturelle” ou “interculturelle”, ou de “l'influence” sur la solution des litiges, de ce que l'on peut appeler un peu schématiquement les “conflits de culture” » dans l'arbitrage international »<sup>561</sup>.

---

<sup>557</sup> A. BERTHOZ, *La décision*, Odile Jacob, Sciences, 2003.

<sup>558</sup> Pour un constat similaire à propos de la *lex mercatoria* et des règles matérielles « propres à l'arbitrage international » : Ch. SERAGLINI, « L'influence de la culture juridique sur la décision de l'arbitre », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 817 et s., spéc. n° 26, p. 829.

<sup>559</sup> E. GAILLARD, « Sociologie de l'arbitrage international », « Sociologie de l'arbitrage », *JDI* 2015/4. 1089, spéc. n° 1, p. 1090 : « Dans les autres disciplines, *une étude spécifique de la psychologie de l'arbitrage reste à faire*. Elle contiendrait probablement un chapitre sur le narcissisme arbitral, qui s'illustre notamment dans des sentences de plus en plus longues s'adressant davantage à un vaste public qu'aux seules parties, un chapitre sur la jalousie arbitrale, qui transpire dans certains écrits, et un autre sur la colère arbitrale, qui ressort à l'évidence de certaines opinions dissidentes. Le champ fertile de la psychanalyse pourrait lui-même s'essayer à une psychanalyse de l'arbitrage. Celle-ci trouverait une matière abondante dans l'examen du vocabulaire guerrier qui s'y développe ou dans la problématique de la castration qui s'illustre notamment dans la réflexion sur les « tribunaux tronqués » (nous soulignons). Rapp. pour des études focalisées sur les juges étatiques : B. LATOUR, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2004 ; D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, NRF Essais, 2010 ; A. G. AMSTERDAM et J. BRUNER, *Minding the Law*, Harvard University Press, 2002.

<sup>560</sup> E. GAILLARD, *ibid.*, spéc. n° 2, p. 1091 (nous soulignons). Sur les prémices d'une telle analyse : B. OPPETT, « Éléments pour une sociologie de l'arbitrage », *L'année sociologique*, 1976, p. 178 et s. ; *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Droit-Éthique-Société, 1998, p. 95 et s. ; Y. DEZALAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992 ; Y. DEZALAY, « Vers une sociologie de la production du droit par et pour les professionnels de la médiation juridique », *Annales de Vaucresson*, n° 23, 1985, p. 5 et s. ; P. LALIVE, « Sur les dimensions culturelles de l'arbitrage international, in *Essays in honour of Krzysztof SKUBISZEWSKI. Theory of International Law at the Threshold of the 21<sup>st</sup> Century*, Kluwer, 1997, p. 771 et s. ; G. KAUFMANN-KOHLER et V. BONNIN, « L'arbitre-conciliateur : approche statistique de la corrélation entre le rôle de l'arbitre et sa culture juridique », *Bull. CCI*, vol. 18/2, 2007, p. 81 et s. ; E. JOLIVET, « L'influence des Principes d'Unidroit en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage », *Rev. dr. unif.*, 2008/1, p. 127 s., spéc. p. 147 : « la présence d'un arbitre européen semble aller de concert avec le recours aux Principes [Unidroit] » ; Ch. SERAGLINI, « L'influence de la culture... », *op. cit.* ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2016, n° 26, p. 22.

<sup>561</sup> P. LALIVE, *ibid.*, spéc. p. 772.

273. Le fait est qu'une telle investigation, conjuguant les ressources du droit et des sciences humaines, reste à mener auprès d'une cohorte d'arbitres, aucune conclusion ne peut donc ici être arrêtée quant à l'impact du sentiment d'appartenance de l'arbitre sur l'application du droit non-étatique. De ce point de vue extérieur aux sciences juridiques, rien ne sera donc inscrit, à l'actif ou au passif des arbitres<sup>562</sup>. Cela dit, dans son domaine de compétences propres, le juriste a à dire : cette appartenance ou ce sentiment d'appartenance de l'arbitre, supposés, postulés, sont-ils des facteurs explicatifs majeurs de l'application ou la promotion d'un droit non-étatique par l'arbitre ? *Quid*, par exemple, du choix des parties ? Ou de la liberté de l'arbitre ? Ou encore de l'adéquation de la règle au litige ?

\*

274. **Conclusion Section 1** – Observation et analyse des règles et des orientations de l'arbitrage international rendent compte d'un système ouvert à l'application de règles non-étatiques. Le motif principal de cette ouverture tient aux règles applicables à l'arbitrage (loi étatique, règlement d'arbitrage, règlement des fédérations sportives internationales), lesquelles appellent de manière convergente une application potentielle, voire prioritaire, du droit non-étatique. Un autre motif, discutable et discuté, renvoie à une appartenance supposée de l'arbitre à une communauté d'activité ou un ordre juridique, mais l'absence d'éléments prouvant l'effectivité d'une telle appartenance, la nécessité affirmée d'une indépendance des arbitres, et l'absence de for de ceux-ci, invitent à ne pas souscrire à cette orientation. Distinguée de l'appartenance, l'hypothèse ne peut être écartée, en l'absence d'indicateurs la confirmant ou l'infirmité, d'un sentiment d'appartenance de l'arbitre à une communauté d'activités marchande ou sportive, ou un ordre juridique non-étatique, participant potentiellement de l'explication d'une promotion implicite du droit non-étatique. Il est conclu que l'arbitrage international propose un contexte favorable à l'application du droit non-étatique, avant que d'en examiner les applications concrètes.

## **Section 2 – La réception du droit non-étatique par l'arbitrage international : étude des solutions retenues**

---

275. Analyser les fonctions qu'attribuent les arbitres au droit non-étatique formalise l'objectif poursuivi dans cette section. Le nombre et la pluralité continûment croissants des sentences arbitrales invitent d'emblée à renoncer à toute étude exhaustive :

---

<sup>562</sup> Comp. en faveur d'une « persistance de l'influence de la culture juridique nationale de l'arbitre » : Ch. SERAGLINI, « L'influence de la culture... », *op. cit.*, spéc. nos 31 et s., p. 831.

sont établies les lignes directrices quant à la réception du droit non-étatique par les arbitres. Au regard de l'objectif assigné, cette précision s'accompagne d'exclusions : la loi applicable à la clause compromissoire, à l'arbitrabilité et à la procédure ne sont pas traitées. Les sentences appliquant le droit non-étatique au fond du litige sont soumises à examen (§1), l'analyse indiquant une mise à l'écart, potentiellement problématique, des droits étatiques (§2).

## §1 – Importance de la réception du droit non-étatique par l'arbitrage international

276. Deux champs d'investigation sont sollicités afin de démontrer l'ouverture de l'arbitrage au droit non-étatique : l'activité commerciale et l'activité sportive. Dans le commerce, bien que ce constat soit à relativiser en raison de l'institutionnalisation croissante de l'arbitrage<sup>563</sup>, la dispersion et la non-permanence des tribunaux arbitraux ne facilite guère une appréhension globale des sentences, seules les lignes directrices de réception du droit non-étatique sont établies (A). Tel n'est pas le cas du domaine sportif : l'observation atteste une centralisation des contentieux devant le Tribunal arbitral du sport, en situation de « quasi-monopole »<sup>564</sup>, et autorise une étude approfondie (B).

### A – L'activité commerciale : une diversité de fonctions attribuées au droit non-étatique

277. Une manifestation emblématique du droit non-étatique initie l'investigation : les Principes Unidroit. Toutes les fonctions imaginables semblent avoir été attribuées par l'arbitrage international aux Principes Unidroit, lors d'arbitrages entre personnes privées ou d'arbitrages mixtes entre personnes publique et privée<sup>565</sup>. Sans souci d'exhaustivité, sont recensées des applications des Principes Unidroit en tant que *lex contractus*, des applications, à titre complémentaire, du droit étatique ou, à titre confirmatif, renforçant l'autorité de la sentence<sup>566</sup>. Ceci atteste, si besoin en était, la réception des Principes Unidroit par l'arbitrage international. Précisons-en les utilisations.

---

<sup>563</sup> C. CARABIBER, « L'évolution de l'arbitrage commercial international », *Rec. cours La Haye*, vol. 99, 1960, pp. 119-231, spéc. p. 140. Pour une comparaison arbitrage institutionnel / arbitrage *ad hoc* : Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, nos 18 et s., p. 23 et s.

<sup>564</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 285 : « le TAS dispose en matière d'arbitrage d'une position dans le monde sportif qui, à défaut d'être complètement monopolistique, en a au moins la vocation » ; J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 135.

<sup>565</sup> W. BEN HAMIDA, « Les principes d'UNIDROIT et l'arbitrage transnational : l'expansion des principes d'UNIDROIT aux arbitrages opposant des États ou des organisations internationales à des personnes privées », *JDI* 2012/4. 1213.

<sup>566</sup> Sur l'application des Principes Unidroit par l'arbitre : E. JOLIVET, « L'influence des Principes d'Unidroit en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage », *Rev. dr. unif.*, 2008/1, p. 127 s. ; « Les

278. Peu après la publication de la première version des Principes Unidroit en 1994, sont rendues les premières sentences arbitrales appliquant ces Principes, en tant que *lex contractus*<sup>567</sup>, dont les modalités sont à distinguer : l'application résulte en dominante d'un choix explicite des Principes Unidroit par les parties<sup>568</sup>, ou de la rédaction d'une clause de choix générale et imprécise<sup>569</sup>, ou encore d'une volonté implicite<sup>570</sup>, voire d'une action de l'arbitre en l'absence de choix des parties<sup>571</sup>. Le statut de *lex contractus* soit exclut toute autre règle de droit<sup>572</sup>, soit est assorti, à titre subsidiaire, d'un droit étatique<sup>573</sup>. Les Principes Unidroit sont par ailleurs appliqués conjointement à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>574</sup>, ou à fin d'interprétation de notions telles la

---

principes Unidroit dans l'arbitrage CCI », in *Principes Unidroit : nouvelles évolutions et applications*, Bull. CCI, supplément spécial, Publication CCI, 2005, p. 71 et s. ; F. MARRELLA, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI », Bull. CCI, 2001, vol. 12, n° 2, p. 52 et s. ; F. MARRELLA et F. GÉLINAS, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI », Bull. CCI, 1999, vol. 10, n° 2, p. 26 et s. ; P. DEUMIER, « Les Principes Unidroit ont 10 ans : bilan en demi-teinte », RDC, 2004/3, p. 774 et s. ; J.-P. BERAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », JCP G 1995. I. 3842, spéc. n°s 17 et s. et n°s 24 et s. ; P. MAYER, « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 423 et s., n°s 24-25, p. 438 et s. adde. *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international – Réflexions sur leur utilisation dans l'arbitrage international*, Publication CCI, 2004 et www.unilex.info.

<sup>567</sup> Chambre d'arbitrage national et international de Milan, n° A-1795/51, 1<sup>er</sup> déc. 1996 ; CCI Fédération de Russie, n° 116, 20 janv. 1997 ; CCI, n° 8331, 1996, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI (1996-2000)*, Kluer, 2003, p. 522, obs. Y. DERAIS.

<sup>568</sup> Chambre d'arbitrage national et international de Milan, n° A-1795/51, 1<sup>er</sup> déc. 1996 ; CCI Fédération de Russie, n° 166/2012, 27 mai 2013.

<sup>569</sup> CCI, n° 7110, 1995, JDI 2001. 1148, obs. Y. DERAIS : référence aux « laws or rules of natural justice » conduisant à une application des Principes Unidroit en raison de l'inspiration transnationale de cette codification. Pour un raisonnement similaire : CCI, n° 7365, 5 mai 1997, *Rev. dr. unif.* 1999. 651, obs. M. J. BONELL ; CCI Paris, n° 9474, fév. 1999.

<sup>570</sup> CCI, n° 8874, 1996.

<sup>571</sup> CCI, n° 15089, 15 sept. 2008 : application des Principes Unidroit en présence d'un « choix négatif » (*negative choice*), éventuellement complétée par le droit étatique ; CCI, n° 7375, 5 juin 1996. Comp. CCI, n° 14748, 2009, JDI 2016. 623, obs. B. DERAIS : « le Tribunal arbitral décide que les règles de droit qui seront applicables au fond du litige sont celles des usages du commerce pertinents, y compris les notions qui sont considérées comme appartenant à la *lex mercatoria*, telles que reflétées notamment par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ».

<sup>572</sup> Permanent Court of Arbitration, n° PCA 45863, 17 déc. 2010 : exclusion expresse du droit italien et application des Principes Unidroit. Comp. CCI, n° 12698, 2004 et la formule évaluée « très laconique » selon laquelle « Le Tribunal Arbitral tranchera le fond du litige selon les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international » (E. JOLIVET, « L'influence des Principes... », *op. cit.*, spéc. p. 131).

<sup>573</sup> CCI Fédération de Russie, n° 233/2012, 3 oct. 2013 : application des Principes Unidroit en tant que *lex contractus* et application du droit russe à titre subsidiaire ; CCI, n° 15089, 15 sept. 2008.

<sup>574</sup> CCI, n° 13436, 2006, JDI 2014. 189, obs. C. TRUONG-NGUYEN : choix des parties portés, à titre principal, sur la CVIM et, à titre complémentaire, sur les Principes Unidroit ; CCI Fédération de Russie, n° 177/2012, 16 juil. 2013 : application de la CVIM, et, à titre complémentaire, du droit russe et des Principes Unidroit.

force majeure et/ou le *hardship*<sup>575</sup>. Ils sont enfin appliqués pour confirmer, voire renforcer, l'autorité de la sentence rendue en application d'un droit étatique<sup>576</sup>. Une sentence de la Chambre de commerce internationale, par exemple, énonce que les Principes Unidroit peuvent servir de « ratio scripta » afin de compléter le droit algérien applicable au fond du litige<sup>577</sup>.

279. Autre manifestation du droit non-étatique, les Incoterms sont aussi choisis par les parties devant l'arbitre<sup>578</sup>. Une sentence indique qu'il est parfois nécessaire de compléter ce choix : en l'espèce, les parties optent pour l'application des Incoterms de 1990 et des Règles et usages uniformes relatives aux crédits documentaires de 1993, mais ce choix ne permet pas une résolution intégrale du litige. Une application supplétive des Principes Unidroit et de la Convention de Vienne sur la vente internationale est réalisée par l'arbitre<sup>579</sup>. Les Principes Unidroit viennent ainsi en complément, non seulement du droit étatique applicable, mais aussi de manifestations autres, de droit non-étatique.

280. Cette brève synthèse des lignes directrices des sentences arbitrales confirme le libéralisme de l'arbitrage dans l'application des règles, étatiques ou non-étatiques, au fond du litige, et ce en présence ou en l'absence de choix des parties. L'arbitre n'a pas obligation d'appliquer un droit étatique, et n'a pas obligation d'appliquer les règles de conflit de lois. Ce libéralisme de l'arbitrage international résulte des règles qui lui sont applicables, et de l'autonomie progressivement acquise à l'égard des ordres juridiques étatiques, l'ordre juridique du siège de l'arbitrage en particulier. Cette conception de l'autonomie de l'arbitrage affirme que l'arbitre n'a pas de for, et qu'il ne rend la justice au nom d'aucun État<sup>580</sup>. L'arbitrage ne serait donc pas tenu de se fonder sur une ou plusieurs lois étatiques pour trancher le litige<sup>581</sup>. Cette application du droit non-étatique, bénéficiant

---

<sup>575</sup> Arbitrage *ad hoc* La Haye, n° IIC 421 (2010), 30 mars 2010 : référence aux Principes Unidroit et aux Principes européens du droit des contrats pour interpréter les notions de force majeure et de *hardship*.

<sup>576</sup> CCI, 9 oct. 2006 (unilex.info) : utilisation des Principes Unidroit pour confirmer et renforcer la sentence rendue sous l'empire du droit suisse ; CCI, n° 10930, 2002 : confirme la solution, retenue sous l'empire du droit roumain en convoquant le droit français et, *in fine*, les Principes Unidroit (E. JOLIVET, « L'influence des Principes... », *op. cit.*, spéc. p. 141) ; CCI, n° 9753, mai 1999 : utilisation similaire des Principes confirmant les dispositions du Code de commerce tchèque.

<sup>577</sup> CCI, n° 15913, 2011, spéc. n° 80, *JDI* 2015. 216, obs. Ph. CAVALIEROS.

<sup>578</sup> E. JOLIVET, « Les Incoterms dans les sentences arbitrales de la Chambre de commerce internationale », *Bulletin CCI*, vol. 21, n° 1, 2010, p. 55 et s. Comp. CCI, n° 15042, 2009, *JDI* 2013. 257, obs. C. TRUONG-NGUYEN : application des Conditions générales de fournitures de produits mécaniques, électriques et électroniques associés édictés par la fédération européenne Orgalime.

<sup>579</sup> CCI, n° 13450, 2006, *JDI* 2014. 193, obs. Ph. CAVALIEROS.

<sup>580</sup> Sur l'absence de for étatique arbitral : *supra* n° 238.

<sup>581</sup> Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, n° 877, p. 878-879. Rapp. J.-M. JACQUET, « Les libertés de l'arbitre international », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 311 et s., spéc. p. 327.



actuellement d'un consensus, est objet de questionnement sur un seul critère : celui de la pertinence d'une application de ce droit au fond du litige<sup>582</sup>.

## **B – L'activité sportive : une application quasi-exclusive du droit non-étatique**

281. Qualifié de « Cour suprême du sport mondial »<sup>583</sup>, le Tribunal arbitral du sport est la source exclusive des sentences arbitrales rendues en matière sportive, à de rares exceptions près<sup>584</sup>. Cette compétence quasi-exclusive du Tribunal arbitral du sport résulte des règlements édictés par les fédérations sportives internationales, lesquels confèrent une compétence de principe à ce centre d'arbitrage<sup>585</sup>. La quantité de sentences rendues, bien que cette centralisation des litiges sportifs en facilite l'étude, invite à écarter toute velléité de recensement pour procéder à l'établissement et l'analyse de lignes directrices, quant à la réception du droit non-étatique par cet arbitre.

282. Les règles non-étatiques sont le plus fréquemment reçues, et en tendance, exclusivement appliquées, par le Tribunal arbitral du sport. Deux motifs en rendent compte : cette application résulte du droit commun de l'arbitrage, et du droit suisse en particulier, en raison de la domiciliation du siège de l'arbitrage dans cet État. La

---

<sup>582</sup> Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *ibid.*, n° 883, p. 802-803. La *lex mercatoria* ne serait pas un choix pertinent, mais d'autres codifications pourraient être choisies, notamment les Principes Unidroit (Ch. SERAGLINI, « Du bon usage des principes Unidroit dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2003. 1101).

<sup>583</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 747, p. 570 ; J.-P. KARAQUILLO, « Droit international du sport », *Rec. cours La Haye*, vol. 309, 2004, pp. 9-124, spéc. p. 108 ; F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, 2007, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, p. 359.

<sup>584</sup> Seules deux disciplines sportives sont dotées de leur propre système d'arbitrage : la Coupe de l'America et le championnat du monde de Formule 1 (C. MAUGÜÉ, « L'arbitre du Palais-Royal et le contentieux sportif fédéral », in *Mélanges Bruno GENEVOIX. Le dialogue des juges*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 763 et s., spéc. p. 776). La Fédération internationale de football association (FIFA) a un temps souhaité la création d'une institution d'arbitrage, le Tribunal arbitral du football, indépendante du TAS (Statut, art. 63, approuvé le 7 juil. 2001). Une modification ultérieure des statuts est intervenue le 19 octobre 2003, le nouvel art. 59 des statuts de la FIFA comporte désormais une clause compromissoire en faveur du TAS. Sur cet épisode : V. VIGORITI, « FIFA, arbitrato, metodi di risoluzione delle controversie », *Riv. dell'Arbitrato*, 2002, 653.

<sup>585</sup> Statuts FIFA, juillet 2013, art. 66 : « Les confédérations, les membres et les ligues s'engagent à reconnaître le TAS comme instance juridictionnelle indépendante. Ils s'engagent à prendre toutes les dispositions nécessaires pour que leurs membres ainsi que leurs joueurs et officiels se soumettent à l'arbitrage du TAS ». Comp. L'UCI propose un modèle-type de licence : « Je me soumettrai aux sanctions prononcées à mon égard et porterai les appels et litiges devant les instances prévues aux règlements. J'accepte le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) comme seule instance d'appel compétente dans les cas et suivant les modalités prévues par les règlements » (Règlement UCI, Titre 1 « Organisation du sport cycliste », art. 1.1.023 2., version du 7 mars 2014). Sur la question : M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, nos 686-688, p. 282-283. Comp. M. REEB, « Le Tribunal arbitral du sport : son histoire et son fonctionnement », *JDI* 2001/1. 234, spéc. p. 235 : « Dès le départ, il était établi que la juridiction du TAS ne devait aucunement être imposée aux athlètes ou aux fédérations, mais rester à la libre disposition des parties ».

promotion du droit non-étatique dans le domaine du sport résulte par ailleurs du Code de l'arbitrage en matière de sport, applicable dès la saisine du Tribunal arbitral du sport<sup>586</sup>. Sont étudiées les deux procédures organisées par ce Code : la procédure ordinaire (1.) et l'appel (2.), puis l'arbitrage *ad hoc* du Tribunal arbitral du sport (3.).

## 1. – La procédure d'arbitrage ordinaire : priorité au choix des parties

283. Première procédure règlementée, la procédure d'arbitrage ordinaire est une procédure de droit commun, visant à résoudre tout litige dans le domaine du sport. L'article R27 du Code d'arbitrage en matière de sport précise que les objets de ces litiges sont « des questions de principe relatives au sport ou [...] des questions pécuniaires ou autres relatives à la pratique ou au développement du sport et peut inclure plus généralement toute activité ou affaire relative au sport ». Cette procédure ordinaire concerne en dominante des litiges de natures contractuelle et commerciale dans le domaine du sport, elle est assimilable à un arbitrage de droit commun, l'activité sportive n'étant qu'un élément de contexte du litige<sup>587</sup>.

284. La disposition première de l'article R45, quant au droit applicable au fond, est une disposition classique en matière d'arbitrage international : les arbitres statuent « selon les règles de droit choisies par les parties ». Cette formulation autorise l'application de lois étatiques<sup>588</sup> et/ou de règles non-étatiques<sup>589</sup>, la copule et/ou entendant souligner que les options de l'alternative ne sont pas exclusives l'une de l'autre, et sont, en situation, fréquemment combinées<sup>590</sup>. À cette conjugaison droit étatique / règles non-étatiques

---

<sup>586</sup> Sur l'application et la coordination des textes relatifs à l'arbitrage sportif : *supra* n<sup>os</sup> 231 et s.

<sup>587</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n<sup>o</sup> 751, p. 573-574 ; J.-P. KARAQUILLO, *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 133.

<sup>588</sup> CAS, 2010/O/2039, 30 mars 2010, *Fiji Association of Sports and National Olympic Committee v. Commonwealth Games Federation*, spéc. n<sup>o</sup> 5, *JDI* 2011. 201, obs. É. LOQUIN : « English law had therefore been chosen by the parties as the applicable law » (application du droit anglais) ; TAS, 2008/O/1643, 15 juin 2009, *V. Gusev c. Olympus S.A.R.L.*, spéc. n<sup>os</sup> 59 et s., *JDI* 2010. 251, obs. D. HASCHER : « la Formation appliquera, pour résoudre le présent litige, en tant qu'il a été choisi par les parties, le droit suisse » ; TAS, 2007/O/1310, 16 avr. 2008, *Bruno Heiderscheid c. Franck Ribéry*, spéc. n<sup>os</sup> 9-10 (application du droit français) ; TAS, 2001/O/319, 17 oct. 2001, *X. Sàrl / Fédération Y.*, spéc. n<sup>o</sup> 1 : « Les deux parties ayant choisi l'application du droit suisse, il n'y a pas lieu de discuter ce choix (art. 45 du Règlement de procédure) ».

<sup>589</sup> TAS, 2003/O/530, 27 août 2004, *AJ Auxerre c. FC Valence*, spéc. n<sup>o</sup> 10 ; TAS, 2003/O/450, 9 mai 2003, *Fédération Suisse de Sports Équestres c. Fédération Équestre Internationale*, spéc. n<sup>o</sup> 3 : « Puisque les deux Parties ont fondé entièrement leur argumentation sur les Statuts et les Règlements de la FEI, la Formation considère que les Parties ont choisi l'application de ces règles » ajoute cependant « Conformément à l'article R45 du Code, le droit suisse est également applicable à titre supplétif ».

<sup>590</sup> CAS, 2010/O/2132, 28 sept. 2011, *Shakhtar Donetsk v. Ilson Pereira Dias Junior*, spéc. n<sup>o</sup> 9 : « Therefore the present dispute will be decided according to the FIFA RSTP and Swiss Law » ; TAS, 2007/O/1381, 26 sept. 2007, *RFEC c. A. Valverde c. UCI*, spéc. n<sup>o</sup> 5, *JDI* 2009. 218, obs. É. LOQUIN : « afin de résoudre le litige, l'arbitre unique appliquera le Règlement UCI au regard des règles pertinentes du droit suisse ».

s'ajoutent ponctuellement les principes généraux dégagés par le Tribunal arbitral du sport<sup>591</sup>. Le droit non-étatique est alors, en dominante, appliqué à titre principal, le droit étatique, à titre subsidiaire ou supplétif, pour exemples, les sentences *Fulham FC / Olympique Lyonnais*<sup>592</sup> et *UEFA / Olympique des Alpes*<sup>593</sup>, indiquant une application à titre principal, pour la première des règles de la Fédération internationale de football, pour la seconde des règles de l'Union des associations européennes de football, et une application à titre supplétif du droit suisse.

285. L'article R45 précise ensuite, qu'à défaut de choix des parties, les arbitres devront statuer selon le droit suisse. Cette orientation favorisant le droit du siège géographique de l'arbitrage surprend, au double titre de la liberté octroyée aux arbitres dans la détermination du droit applicable, et de la conception de l'arbitrage international, selon laquelle l'arbitre est dépourvu de for. Elle surprend encore et par ailleurs : le droit suisse de l'arbitrage international, conduit, en l'absence de choix des parties, à appliquer les règles de droit avec lesquelles le litige présente « les liens les plus étroits »<sup>594</sup>. La sentence *Ortega* et la doctrine ne manquent pas de relever l'incohérence d'une application du droit suisse, à une relation entre un joueur argentin et un club turc, au motif d'une absence de choix<sup>595</sup>. Cette orientation de l'article R45 favorisant le droit suisse peut-elle

---

<sup>591</sup> CAS, 2002/O/373, 18 déc. 2003, *COC & Beckie Scott / IOC*, spéc. n° 14 : « CAS jurisprudence has notably refined and developed a number of principles of sports law, such as the concepts of strict liability (in doping cases) and fairness, which might be deemed part of an emerging “lex sportiva” » ; CAS, 2002/O/410, 7 oct. 2003, *The Gibraltar Football Association / UEFA*, spéc. nos 3 et 4 : « The issue of the Claimant's right to membership of UEFA is to be examined in the light of the applicable UEFA Statutes. The Panel considers that Swiss civil law is applicable to all aspects of the dispute relating to the construction of the FIFA and UEFA Statutes and Regulations », « In addition, to the extent that it deems it appropriate, the Panel may apply general principles of law, which are applicable as a type of *lex mercatoria* for sports regardless of their explicit presence in the applicable UEFA or FIFA Statutes. Such general principles of law include for example the principle of fairness, which implies *inter alia* the obligation to respect fair procedures ».

<sup>592</sup> CAS, 2003/O/486, 15 sept. 2003, *Fulham FC / Olympique Lyonnais*, spéc. n° 9 : « FIFA's regulations shall primarily apply and Swiss law shall apply complementarily » ; CAS, 2005/O/985, 19 déc. 2006, *Feyenoord Rotterdam NV v. Cruzeiro Esporte Club*, spéc. n° 6 : « the Panel shall apply the FIFA Regulations for Transfer and Status of players and, additionally, Swiss law ».

<sup>593</sup> CAS, 2011/O/2574, 31 janv. 2012, *UEFA / Olympique des Alpes SA & FC Sion*, spéc. n° 244 : « The rules applicable to adjudicate this case are (i) the Entry Form to the UEFA EuropaLeague 2011/2012, the (ii) Regulations of the UEFA Europa League 2011/2012 (hereinafter “UEL Regulations”) and (iii) the UEFA Statutes. Swiss Law is applicable subsidiarily ».

<sup>594</sup> Loi fédérale sur le droit international privé du 18 déc. 1987, art. 187 al. 1<sup>er</sup> : « Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits ». Le Code de l'arbitrage en matière de sport impose l'application d'un droit étatique dont l'esprit est animé d'un libéralisme de principe dans les règles applicables.

<sup>595</sup> CAS, 2003/O/482, 5 nov. 2002, *A. Ortega v. Fenerbahçe & FIFA*, spéc. n° 14 : « It may seem peculiar that a parties' dispute over a contract of employment, itself governed by the law of another jurisdiction, should be resolved by a CAS Tribunal (where the disputant parties have not chosen to specify what other law should be applied by CAS) according to Swiss substantive law, pursuant to art. R45 of the Code » ; F.

s'entendre eu égard à la nature commerciale des litiges soumis au Tribunal arbitral du sport, dans le cadre de la procédure ordinaire ? L'argument n'emporte guère la conviction : ne serait-il pas adéquat de se référer à la loi présentant les liens les plus étroits avec le litige, ou, et telle est la solution retenue pour la procédure d'appel, d'autoriser l'arbitre à appliquer les règles qu'il estime appropriées<sup>596</sup> ?

286. Cette disposition, semble-t-il, ne fait pas obstacle à l'action, les arbitres du Tribunal arbitral du sport se détachant de la lettre de l'article R45. En atteste la sentence *Active Bay*, rendue à propos d'une contestation de l'exclusion d'une équipe cycliste du Tour de France 2006. En l'espèce, la formation arbitrale se réfère au droit suisse en l'absence de choix des parties<sup>597</sup> mais n'applique pas ce droit étatique pour résoudre le litige, affirmant, quelques paragraphes plus loin, que « seul le Règlement UCI (art. 2.15.262) est applicable pour juger si les conditions de l'exclusion d'une équipe sportive sont remplies »<sup>598</sup>. Maladresse de rédaction ? Volonté de remédier à l'imperfection de l'article R45 ? Le fait est que Tribunal arbitral du sport s'écarte de la lettre du Code et privilégie l'application des règles sportives, au détriment du droit étatique suisse<sup>599</sup>, rendant compte d'une autonomie dans l'approche de l'arbitrage<sup>600</sup>. N'apparaissant pas comme impactant les décisions et les solutions retenues, cette mention du droit suisse par le Code de l'arbitrage en matière de sport est à relativiser. Cette pondération n'altère pas la pertinence des critiques adressées, l'application d'un droit étatique, étranger aux circonstances du litige, est potentiellement dommageable ou incohérent, ainsi que l'explique la sentence *Ortega* mentionnée *supra*.

---

LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, 2007, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, p. 540-541.

<sup>596</sup> Sur la procédure arbitrale d'appel et l'article R58 C. arb. sport. : *infra* nos 287 et s.

<sup>597</sup> TAS, 2006/O/1111, 29 juin 2006, *ASO c. Active Bay SL*, spéc. n° 4.

<sup>598</sup> *Ibid.*, spéc. n° 14.

<sup>599</sup> Pour un raisonnement similaire où TAS applique le droit suisse pour écarter ensuite ses dispositions : CAS, 2008/O/1483, 20 mai 2008, *Asian Handball Federation & al. v. International Handball Federation*, spéc. nos 23 et 31. Comp. CAS, 96/161, 4 août 1999, *International Triathlon Union (ITU) / Pacific Sports Corp. Inc.*, spéc. n° 8 (refuse d'appliquer le droit de l'Ohio sur le fondement de l'art. 187 LDIP malgré les liens ténus entretenus avec le litige) ; TAS, 97/168, 29 août 1997, *Fédération Française des Sociétés d'Aviron, Federazione Italiana Canottaggio, Fédération Royale Néerlandaise des Sociétés d'Aviron / Fédération Internationale des Sociétés d'Aviron*, spéc. n° 10 : « les parties n'ont pas fait élection d'un droit particulier, le droit suisse s'applique donc à la présente procédure ».

<sup>600</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, 2007, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, p. 552-553 : évoque une approche « transnationaliste » de l'arbitrage.

287. L'article R45 s'achève en indiquant que « les parties peuvent autoriser la Formation à statuer en équité » : il est rare que le Tribunal arbitral du sport fasse référence à cette possibilité, l'hypothèse d'une telle situation étant généralement écartée<sup>601</sup>.

## 2. – La procédure arbitrale d'appel : une application prioritaire du droit non-étatique

288. Ce deuxième type de procédure permet au Tribunal arbitral du sport de connaître des appels formés contre les décisions d'une fédération, d'une association ou d'un organisme sportif<sup>602</sup>. Cette procédure arbitrale d'appel est ouverte « si les statuts ou règlements [...] le prévoient ou si les parties ont conclu une convention d'arbitrage particulière et [si] l'appelant a épuisé les voies de droit préalables à l'appel dont il dispose en vertu des statuts ou règlements dudit organisme sportif »<sup>603</sup>.

289. L'article R58 du Code de l'arbitrage en matière de sport indique *in extenso* : « La Formation statue selon les règlements applicables et, subsidiairement, selon les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile ou selon les règles de droit que la Formation estime appropriées. Dans ce dernier cas, la décision de la Formation doit être motivée ». Analysons les différents éléments de ce texte.

290. Une directive générale introduit l'article R58 : l'arbitre statue selon « les règlements applicables ». Le terme de règlement, entendu *lato sensu*, désigne « la réglementation sportive [...] constituée par l'ensemble des règles, de diverses natures, qui

---

<sup>601</sup> CAS, 2005/O/985, 19 déc. 2006, *Feyenoord Rotterdam NV v. Cruzeiro Esporte Club*, spéc. n° 6 : « The parties have not authorized the Panel to decide *ex aequo et bono* » ; TAS, 2003/O/530, 27 août 2004, *AJ Auxerre c. FC Valence*, spéc. n° 9.

<sup>602</sup> Des auteurs contestent l'emploi du terme « appel » car cela suppose d'assimiler instances disciplinaires sportives internes et arbitres, or ces instances disciplinaires ne présentent pas l'indépendance nécessaire et leurs décisions sont dépourvues de tout caractère juridictionnel (G. SIMON, « L'arbitrage des conflits sportifs », *Rev. arb.*, 1995/2. 185, spéc. p. 194 ; A. PINNA, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires », *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n° 141, p. 31 et s., spéc. p. 32 ; M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, nos 1020 et s., p. 415 et s. ; G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 752, spéc. p. 575). Comp. F. LATIY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 111 et s., spéc. p. 113 : « le point faible du raisonnement estimant usurpée la qualification d'«appel» est qu'il repose sur la prémisse hypothétique selon laquelle l'appel ne se conçoit qu'entre organes de même nature. Cette question atteste des difficultés engendrées par la transposition inchangée des concepts de droit étatique à des ordres juridiques tiers »).

<sup>603</sup> C. arb. sport, art. R47.

régissent l'organisation et la pratique des activités sportives »<sup>604</sup>. Compris comme l'ensemble des dispositions juridiques s'appliquant aux membres d'un groupement<sup>605</sup>, l'expression est relative aux règles édictées par l'organisme impliqué, et aux règles auxquelles celui-ci a accepté de se soumettre, conformément à l'organisation pyramidale du système sportif. Cette reconnaissance des règlements sportifs n'étonne pas dans le cadre de la procédure d'appel, celle-ci étant destinée à trancher des décisions rendues par un organisme sportif, selon ses règles propres.

291. Cette application privilégiée du droit non-étatique est confortée par l'article R58, lequel énonce ensuite que les autres règles (choix des parties, pays d'établissement de l'entité sportive, etc.) sont appliquées « subsidiairement ». Quelle que soit l'hypothèse ultérieure, la mention de cet adverbe induit une application prioritaire des règles sportives non-étatiques, lors de la procédure arbitrale d'appel.

292. L'ancienne version du Code de l'arbitrage en matière de sport ne réalisait pas une telle articulation : aucune différence de degré ne figurait dans l'article R58 entre « les règlements applicables », les règles de droit choisies par les parties et, à défaut de choix, « le droit du pays dans lequel [l'institution sportive] ayant rendu la décision attaquée a son domicile » ou « les règles de droit dont la Formation estime l'application appropriée »<sup>606</sup>. Nonobstant, l'observation indique que les arbitres du Tribunal arbitral du sport ont anticipé la réforme de l'article R58, appliquant en priorité les règlements sportifs, établissant ainsi une hiérarchisation des règles applicables, laquelle confère une vocation supplétive aux autres règles visées, dont, notamment, les droits étatiques<sup>607</sup>.

---

<sup>604</sup> Ch. DUDOGNON, « Réglementation sportive » in J.-P. KARAQUILLO et Ch. DUDOGNON (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, Juris Corpus, 1<sup>re</sup> éd., 2013, p. 272 et s.

<sup>605</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11<sup>e</sup> éd., PUF, Quadrige, 2016, p. 883, *Règlement* (sens 1, b).

<sup>606</sup> *In extenso*, l'ex-art. R58 disposait : « La Formation statue selon les règlements applicables et selon les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile ou selon les règles de droit dont la Formation estime l'application appropriée. Dans ce dernier cas, la décision de la Formation doit être motivée ». Pour une étude approfondie de cet article : A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, nos 1194 et s. p. 606 et s.

<sup>607</sup> TAS, 2001/A/340, 19 mars 2002, *S. c. FIG*, spéc. n° 3, *JDI* 2003. 308, obs. G. SIMON : « les parties ont accepté que la Formation du TAS statue selon les règlements applicables et selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon le droit suisse. Les parties ne sont pas convenues de rendre applicable un droit particulier, si bien que le droit suisse est applicable à titre supplétif au fond du litige » ; TAS, 2010/A/2045, 3 mai 2010, *Olympique Lyonnais c. UEFA & Fortuna Hjørring*, spéc. n° 16 : « Par ailleurs, l'UEFA ayant son siège à Nyon, Suisse, le droit suisse est applicable à titre supplétif au fond du litige, en vertu de l'Article R58 du Code » ; TAS, 2010/A/2178, 8 mars 2011, *P. Caucchioli c. CONI & UCI*, spéc. n° 31 (application du droit italien à titre subsidiaire) ; CAS, 2012/A/2845, 23 juin 2012, *A. Peternell v. SASCOC & SAEF*, spéc. n° 4.3.4 (application de la loi sud-africaine à titre subsidiaire en raison l'établissement de l'organisation sportive dans ce pays).

Un raisonnement, que l'on qualifiera de singulier, consolide cette hiérarchisation des règles, développé lors de sentences impliquant, en particulier, des règlements sportifs édictés par la fédération internationale de football (FIFA) ou la fédération internationale de cyclisme (UCI)<sup>608</sup>. L'examen de ces sentences indique que le Tribunal arbitral du sport se réfère uniquement aux statuts FIFA, spécialement l'article 66 alinéa 2, lequel procède à une hiérarchisation des règles applicables : « Le TAS applique en premier lieu *les divers règlements de la FIFA* ainsi que le droit suisse à titre supplétif »<sup>609</sup>. La première partie de l'ex-article R58 est seule appliquée : l'arbitre statue selon « les règles applicables », et les statuts de la FIFA, unique règle utilisée, réintègrent, dans un second temps, une législation étatique. La place du droit étatique est donc déterminée par la seule « volonté » du droit non-étatique. À l'issue de ce raisonnement, Le Tribunal arbitral du sport conclut fréquemment que « la Formation appliquera en premier les divers règlements [FIFA] ainsi que le droit suisse à titre supplétif »<sup>610</sup>. Le nouvel article R58, en vigueur depuis le 1er mars 2013, confirme en la codifiant cette pratique du Tribunal arbitral du sport, énonçant explicitement la hiérarchie des règles applicables dans le cadre de la procédure arbitrale d'appel<sup>611</sup>.

293. L'application subsidiaire mentionnée par l'article R58 du Code de l'arbitrage en matière de sport n'intéresse pas exclusivement le droit étatique. Parmi les règles « subsidiairement » applicables, sont mentionnées les règles de droit choisies par les parties et, en l'absence de choix des parties, la loi d'établissement de l'institution sportive ayant rendu la décision attaquée, ou les règles de droit que l'arbitre estime appropriées.

---

<sup>608</sup> Pour un raisonnement similaire à propos des règlements antidopage UCI : TAS, 2011/A/2585, 21 mai 2012, *AMA c. R. Marino & Union Ciclista Republica Argentina*, spéc. nos 31-33 : « l'art. 345 RAD prévoit : le TAS statue sur le litige conformément aux présentes règles antidopage et, pour le reste, selon le droit suisse [...] Pour le surplus, il y a lieu de préciser que le Code AMA est intégré dans le RAD [...] Par conséquent, le RAD version 2011, incorporant le Code AMA, et le droit suisse à titre supplétif sont applicables au présent litige ».

<sup>609</sup> Statuts FIFA, 2015, art. 66 al. 2 (nous soulignons). Les anciens statuts contenaient une disposition similaire depuis la reconnaissance du Tribunal arbitral du sport par la FIFA en 2004.

<sup>610</sup> TAS, 2012/A/2862, 11 janv. 2013, *Girondins de Bordeaux c. FIFA*, spéc. nos 81-82, *JDI* 2014. 366, obs. J. GUILLAUMÉ ; *Rev. arb.* 2015/3. 795, obs. F. LATTY ; TAS, 2012/A/3027, 5 mars 2013, *J. B. D. Anouma c. Confédération Africaine de Football*, spéc. nos 79 et 80, *JDI* 2014. 382, obs. É. LOQUIN. Comp. TAS, 2004/A/791, 28 oct. 2005, *Le Havre AC c. FIFA, Newcastle United & Charles N'Zogbia*, spéc. n° 60, *JDI* 2007. 216, obs. É. LOQUIN ; *Cah. dr. sport* 2000, n° 3, p. 251, note F. RIZZO : admet l'application du droit suisse « à titre supplétif et dans la mesure utile » en vertu du règlement FIFA et ajoute, à propos du droit français, toujours selon le règlement FIFA, qu'il « appartient à la Formation de déterminer, au cas par cas, dans quelle mesure le droit local doit être pris en compte ». La sentence affirme encore : « la possibilité de 'tenir compte' de règles de droit interne n'implique nullement que l'organe décisionnel de la FIFA ou le TAS, en tant que juridiction d'appel, aient l'obligation d'appliquer exclusivement les règles de droit interne ».

<sup>611</sup> TAS, 2014/A/3475, 4 juil. 2014, *C. Van Snick c. Fédération Internationale de Judo*, spéc. nos 50-51 et s. : « Les règles applicables en l'espèce sont donc celles du Règlement Antidopage de la FIJ (« RAD FIJ ») et du Code Mondial Antidopage (« CMA ») [...] La FIJ ayant son siège statutaire à Lausanne en Suisse, le droit Suisse est applicable à titre supplétif au fond du litige ».

Ces règles choisies par les parties renvoient aux développements proposés ci-dessus dans le cadre de la procédure ordinaire, permettant donc d'appliquer droit étatique et/ou droit non-étatique<sup>612</sup>.

En l'absence de choix des parties, la loi d'établissement de l'institution sportive, la *lex federacionis*, est appliquée à titre subsidiaire, ayant indiqué que l'article R58 avait codifié cette pratique établie par le Tribunal arbitral du sport<sup>613</sup>. Cette référence à la loi du domicile de l'institution sportive atteste encore l'intégration de cette institution dans un ordre juridique étatique, bien qu'une observation pondère l'affirmation : il semble que cette disposition cherche à assurer une appréciation à l'identique des règlements sportifs appliqués à titre principal<sup>614</sup>.

L'article R58 autorise enfin les arbitres, en l'absence de choix des parties et sous réserve de motiver cette décision, à appliquer subsidiairement « les règles de droit [qu'ils estiment] appropriées ». Cet ajout s'explique par l'inadéquation de la précédente disposition de l'article R58, laquelle conduisait à appliquer la loi de l'institution sportive, auteur de la décision attaquée. La décision d'une fédération nationale, prise en vertu d'un règlement d'une fédération internationale, implique potentiellement l'application de différents droits étatiques<sup>615</sup>. Cherchant à réduire l'incertitude et éviter tout risque

---

<sup>612</sup> TAS, 99/A/230, 20 déc. 1999, *B. c. Fédération Internationale de Judo*, spéc. nos 4-5 : « La [fédération internationale] ayant son siège à Séoul, le droit coréen aurait dû être applicable. Les parties ont toutefois choisi le droit français comme droit applicable à titre supplétif au fond du litige » ; TAS, 2012/A/2720, 11 avr. 2014, *FC Italia Nyon c. LA de l'ASF & ASF & FC Crans*, spéc. n° 8.3 : « L'Arbitre unique considère dès lors que le présent litige doit être décidé en application, conformément à la volonté des Parties, du Code TAS de l'arbitrage en matière de sport, des statuts et les règlements de l'ASF et de la LA de l'ASF ainsi que, subsidiairement, du droit suisse ».

<sup>613</sup> Pour une application de la *lex federacionis* antérieure à l'entrée en vigueur de l'article R58, le 1<sup>er</sup> mars 2013 : TAS, 2011/A/2529, 28 oct. 2011, *FC Nouadhibou c. Fédération de Football de la République Islamique de Mauritanie*, spéc. nos 58-60 : en raison de l'établissement de la fédération sportive en Mauritanie, affirme que : « dans la mesure de leur pertinence, les principes généraux du droit privé mauritanien sont aussi applicables ». Depuis la réforme de l'article R58 : TAS, 2013/A/3351, 24 janv. 2014, *FFRIM & ASAC Concorde c. CS Hammam-Lif & Fédération Tunisienne de Football & FIFA*, spéc. nos 66-67 : « En l'espèce, les règlements applicables sont ceux de la FIFA, en particulier les Statuts et le RSTJ [...] En outre, les parties n'ayant pas fait d'élection de droit, le droit du siège de la FIFA, c'est-à-dire le droit suisse, pourrait trouver application à titre supplétif ». Pour une formule identique : TAS, 2013/A/3264, 19 nov. 2013, *A. Achchakir c. FIFA*, spéc. nos 92-93.

<sup>614</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 542-543 et la sentence citée CAS, 96/156, 6 oct. 1997, *J. Foschi / FINA*, spéc. n° 10.2.4 : « [A]n international federation deals with national federations and athletes from all over the world and it has to treat them on an equal basis. It therefore has to apply the same law to all of them. It is unacceptable that, based upon the same facts, a different result might be reached depending on the law applied. This is [a] reason why, in the absence of a choice of law, it is proper to apply the law of the country in which the international federation is domiciled ». Comp. pour une critique de ce rattachement : A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, nos 1214 et s., p. 617 et s.

<sup>615</sup> *Ibid.*, n° 1215, p. 618 ; F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 543 : « l'application du droit du siège de l'organisation ayant rendu la décision attaquée s'accommode mal du système de décentralisation de la conduite des procédures disciplinaires retenu par certaines [fédérations internationales] (U.C.I., I.A.A.F.) au bénéfice de leurs fédérations nationales affiliées. Dans ces hypothèses en effet, la sanction des violations aux règles transnationales est prise par la fédération nationale, ce qui, aux termes de l'ancienne



l'interprétation divergente des règlements sportifs, une option nouvelle est offerte aux arbitres. Cette autorisation conditionnelle des arbitres à appliquer les règles de droit estimées appropriées indique potentiellement une volonté de leur conférer une autonomie croissante dans le choix des règles applicables au fond du litige. Cette disposition de l'article R58 est susceptible de fonder les sentences se référant, par exemple, aux principes généraux du sport<sup>616</sup>.

### 3. – La procédure arbitrale *ad hoc* du Tribunal arbitral du sport

294. Cette procédure permet, à l'occasion des compétitions internationales majeures (Jeux Olympiques d'été et d'hiver, Coupe du monde et Championnat d'Europe de football), de soumettre rapidement à une chambre spéciale du Tribunal arbitral du sport les décisions prises par des organisations sportives, à l'occasion de ces événements<sup>617</sup>.

295. Cette procédure *ad hoc* n'est pas réglementée par le Code de l'arbitrage en matière de sport, mais par règlement spécifique, adopté pour chaque événement. Basées sur un modèle-type, les règles applicables sont identiques d'un événement à l'autre. L'article 17 du règlement applicable pour les Jeux Olympiques indique que « la Formation statue en vertu de la Charte olympique, des règlements applicables, des principes généraux du droit et des règles de droit dont elle estime l'application appropriée »<sup>618</sup>.

296. Soulignons la primauté accordée aux règles non-étatiques sportives, où se côtoient, sans indication de hiérarchie, les règles édictées par le Comité international olympique, les fédérations sportives concernées, les principes généraux et les règles jugées appropriées par l'arbitre. Deux exclusions majeures sont observées : toute volonté individuelle dans le choix des règles applicables, et tout droit étatique. Il semble conséquemment que la procédure *ad hoc* confère aux règles non-étatiques sportives un

---

version de l'article R58, devait entraîner l'application au litige du droit du siège de la fédération *nationale* » (souligné par l'auteur).

<sup>616</sup> *Ibid.*, p. 544. Comp. TAS, 2004/A/776, 15 juil. 2005, *Federacio Catalana de Patinage (FCP) c. International Roller Sports Federation*, spéc. n° 16, *JDI* 2005/4. 1322, obs. É. LOQUIN : « La formation appliquera au présent litige les règles de droit qu'elle estime les plus appropriées, au sens de l'article R 58 du Code de l'arbitrage. Ces règles sont constituées pour l'essentiel des principes généraux du droit applicables au sport (*lex sportiva*) telles qu'elles ont été dégagées dans des décisions antérieures du TAS notamment. Ces principes incluent par exemple ceux d'équité et de fair-play), qui impliquent *inter alia* l'obligation de respecter des procédures équitables ».

<sup>617</sup> M. REEB, « Le modèle de la Chambre *ad hoc* du TAS pour les Jeux Olympiques », in A. RIGOZZI & M. BERNASCONI (dir.), *The proceedings before the Court of Arbitration for sport*, Schulthess Verlag, 2007, p. 177 s. ; G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 753, p. 576-577.

<sup>618</sup> Le règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques est, pour exemple, disponible sur le site du Tribunal arbitral du sport (<http://www.tas-cas.org/reglementadhoc>).

caractère exclusif, voire impératif<sup>619</sup>. Le droit étatique peut être appliqué, sous réserves que les arbitres le jugent « approprié »<sup>620</sup>, ou en cas d'appel formé devant le Tribunal arbitral du sport, l'article R58, précédemment examiné, faisant alors référence<sup>621</sup>.

297. Quel bilan établir de ces trois procédures, ordinaire, appel, *ad hoc* ? La procédure d'arbitrage ordinaire, gouvernée par l'article R45 du Code de l'arbitrage en matière de sport, promeut une application du droit non-étatique. L'application du droit suisse en l'absence de choix des parties suscite la critique, le Tribunal arbitral du sport se détache cependant de la lettre de l'article R45 et privilégie l'application du droit non-étatique. La procédure arbitrale d'appel, soumise à l'article R58, privilégie, elle aussi, l'application du droit non-étatique, reléguant, au titre de la subsidiarité, les règles choisies par les parties, la *lex federationis*, et les règles jugées appropriées par l'arbitre. La procédure d'arbitrage *ad hoc* accorde encore la primauté au droit non-étatique, ne laissant au droit étatique qu'une place résiduelle. Le diagnostic est sans ambiguïté.

## §2 – L'application privilégiée du droit non-étatique : la mise à l'écart corrélative des droits étatiques

298. L'arbitrage est sans conteste le terrain d'accueil privilégié du droit non-étatique, ceci ne signifiant pas que l'arbitre n'applique pas le droit étatique ou qu'il ne s'autorise pas une critique du droit non-étatique<sup>622</sup>. La sentence *KRC Genk* du Tribunal arbitral du sport met en exergue les difficultés rencontrées : un club de football français

---

<sup>619</sup> Pour une application exclusive du droit non-étatique : CAS, Chambre *ad hoc* (JO Pékin), 08/007, 23 août 2008, *Swedish National Olympic Committee and Ara Abrahamian v. Fédération Internationale des Luttes Associées & others*, spéc. n° 3 ; CAS, Chambre *ad hoc* (JO Pékin), 08/006, 9 août 2008, *Moldova National Olympic Committee v. International Olympic Committee*, spéc. nos 3 et 5 ; TAS, Chambre *ad hoc* (JO Sydney), 00/004, 18 sept. 2000, *Comité Olympique Congolais et Jesus Kibunde / Association Internationale de Boxe Amateur* spéc. n° 7 ; TAS, Chambre *ad hoc* (JO Atlanta), 96/006, 1<sup>er</sup> août 1996, *M. / Association internationale de Boxe Amateur*.

<sup>620</sup> Sont parfois mentionnés des droits étatiques alors que seules les règles non-étatiques sont jugées applicables : CAS, Chambre *ad hoc* (JO Turin), 06/006, 17 fév. 2006, *Canadian Olympic Committee v. International Skating Union*, spéc. n° 9 (mention d'un principe général du droit suisse) ; CAS, Chambre *ad hoc* (JO Sydney), 00/001, 13 sept. 2000, *United States Olympic Committee and USA Canoe/Kayak / International Olympic Committee*, spéc. nos 6 et s. (mention du droit américain).

<sup>621</sup> TAS, 2009/A/2018, 30 juil. 2010, *D. c. CIO*, spéc. n° 8 (application à titre subsidiaire du droit suisse suite à l'appel d'une Commission disciplinaire du CIO lors des Jeux Olympiques d'été de 2008).

<sup>622</sup> Rappr. en 2005, l'avis *FIFA & WADA* du Tribunal arbitral du sport exprime une réserve, aujourd'hui effacée, affirmant ne pas souhaiter se réfugier dans le concept incertain de *lex sportiva*, jugé trop vague, et insuffisant à déterminer les droits et obligations des parties (CAS, 2005/C/976 & 986, 21 avr. 2006, *FIFA & WADA*, spéc. n° 124 : « the Panel is not prepared to take refuge in such uncertain concepts as that of a “lex sportiva”, as has been advocated by various authors. The exact content and the boundaries of the concept of a *lex sportiva* are still far too vague and uncertain to enable it to be used to determine the specific rights and obligations of sports associations towards athletes », traduction libre). Une critique similaire était, en 2003, adressée à la *lex mercatoria*, relevant de « principes flous et hétéroclites » (CCI, n° 11265, 2003 (E. JOLIVET, « L'influence des Principes... », *op. cit.*, spéc. p. 142).

débauche un joueur âgé de moins de seize ans, formé par un club belge, lequel réclame paiement d'une indemnité de formation. En l'absence de choix de loi exercé par les parties, le règlement de la fédération internationale de football (FIFA) relatif au statut et transfert des joueurs (RSTJ) contraint les organes de cette fédération à « [tenir compte] de tous les arrangements, loi et/ou conventions collectives applicables existant au niveau national »<sup>623</sup>, ceci autorisant, en l'espèce, l'application du droit belge, réclamée par le club de même nationalité. Statuant en appel, le Tribunal arbitral du sport est tenu, conformément au schéma exposé, par un autre règlement de la FIFA, celui dit des « Statuts de la FIFA », lequel retient une application généralisée des règlements de cette fédération, et du droit suisse à titre supplétif. En vue d'une application du droit belge, l'arbitre critique « la divergence entre les règles procédurales édictées par la FIFA provoquant [...] des situations aussi bien inconfortables qu'inextricables »<sup>624</sup> et souligne « que le droit belge présente [...] en l'espèce des particularités qui ont un impact sur la résolution du litige »<sup>625</sup>. L'intérêt de cette sentence tient à son approche critique des réglementations non-étatiques : bien que disposé à promouvoir les règles sportives, le Tribunal arbitral du sport en apprécie la pertinence en situation, et ne rejette pas la prise en compte ou l'application des législations étatiques.

299. Ces critiques sont cependant peu nombreuses, en particulier sous la plume du Tribunal arbitral du sport, lequel n'hésite pas à privilégier l'application du droit non-étatique sportif et limite, ou écarte, corrélativement les droits étatiques<sup>626</sup>. La conclusion peut, dès à présent, être actée : le droit étatique est écarté, le droit non-étatique est privilégié, et quelques observations suffisent à l'analyse des raisonnements utilisés (A). Par ailleurs, la volonté de promouvoir l'application du droit non-étatique conduit potentiellement à une mise à l'écart des lois de police étatiques, du droit de l'Union européenne, ou encore de la Convention européenne des droits de l'Homme (B).

---

<sup>623</sup> TAS 2014/A/3652, 5 juin 2015, *KRC Genk c. LOSC Lille Métropole*, spéc. n° 36, *JDI* 2015/4. 317, obs. É. LOQUIN ; *JCP G* 2016. II. 574, spéc. n° 5, obs. B. HAFTEL.

<sup>624</sup> *Ibid.*, spéc. n° 37.

<sup>625</sup> *Ibid.*, spéc. n° 38.

<sup>626</sup> Comp. J.-P. KARAQUILLO, « Règles de droit et Tribunal arbitral du sport : réflexions sur une construction contentieuse du pluralisme juridique », in *Mélanges Philippe JESTAZ. Livres propos sur les sources du droit*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2006, p. 293 et s., spéc. p. 300 : « les arbitres n'accordent prééminence aux réglementations sportives internationales qu'autant qu'elles sont en concordance avec les principes d'ordre public auxquels sont astreintes, dans leur ordre juridique étatique interne, les fédérations sportives nationales ».

## A – Étude des modalités et motifs d'exclusion des législations nationales

300. Différents types de pratique sont observés dans la mise à l'écart du droit étatique : coordination droit étatique et droit non-étatique, avec ou sans hiérarchisation (1.), contrôle de conformité du droit étatique au droit non-étatique (2.).

### 1. – Une hiérarchisation des règles applicables accordant la primauté au droit non-étatique

301. Il est fréquent que les litiges relatifs aux contrats de travail de joueurs professionnels de football donnent lieu à une confrontation entre droit non-étatique et législations nationales. L'étude des sentences visant à en rendre compte est organisée en fonction d'un degré croissant de confrontation, de la non prise en compte jusqu'à l'exclusion des droits étatiques, ce processus traçant l'évolution de la position du Tribunal arbitral du sport.

302. En ce qui concerne l'application du droit du travail français, et au regard d'une situation de refus d'engagement d'un joueur auprès de son club formateur<sup>627</sup>, la sentence *Le Havre AC* affirme, en 2005, qu'il « appartient à la Formation de déterminer, au cas par cas, dans quelle mesure le droit local doit être pris en compte »<sup>628</sup>. Cette indication introduit une faculté d'appliquer le droit étatique, après appréciation des circonstances d'espèce<sup>629</sup>. L'observation indique, notamment dans les litiges liés à des ruptures de contrats de travail<sup>630</sup>, que le Tribunal arbitral du sport écarte fréquemment ces dispositions de portée nationale. La prise en compte des législations nationales ne relève pas de l'obligation, qu'il s'agisse de l'arbitre ou des organes disciplinaires de la fédération internationale sportive, appelés à connaître de ces litiges.

---

<sup>627</sup> Sur cette question régulièrement posée au TAS : F. RIZZO, « Le contentieux relatif au refus du footballeur de s'engager avec son club formateur », *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2008, n° 295, p. 51 et s.

<sup>628</sup> TAS, 2004/A/791, 28 oct. 2005, *Le Havre AC c. FIFA, Newcastle United & Charles N'Zogbia*, spéc. n° 44, *JDI* 2007. 216, obs. É. LOQUIN ; *Cah. dr. sport* 2000, n° 3, p. 251, obs. F. RIZZO.

<sup>629</sup> En ce sens : TAS, 2003/O/530, 27 août 2004, *AJ. Auxerre c. FC Valence & S.*, spéc. n° 21 : « De manière générale, il est de la responsabilité de la FIFA, dans chaque cas de transfert international, et en tenant compte, le cas échéant, des "arrangements" d'ordre national par le jeu de l'article 43 du Règlement FIFA, d'examiner les engagements pris par toutes les parties impliquées et d'en tirer alors les conclusions pertinentes, dans un souci de garantie de la sécurité juridique des intervenants notamment ».

<sup>630</sup> CAS, 2007/A/1298 & 1299 & 1300, 30 janv. 2008, *Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian, Heart of Midlothian v/ Webster & Wigan Athletic, Webster v/ Heart of Midlothian*, spéc. n° 23, *Rev. arb.* 2008/3. 559, obs. M. MAISONNEUVE ; TAS, 2007/A/1315, 31 janv. 2008, *H. El Mouataz & Sporting Lokeren Oost-Vlaanderen c. ASFAR*, spéc. nos 17-19 (unique référence au « Compensation for the breach of contract », document édité par la FIFA, dépourvu de « valeur règlementaire » (n° 18), pour calculer le montant de l'indemnité).

303. La sentence *Al Khor*, en 2014, atteste la confrontation croissante entre droits étatique et non-étatique : en l'espèce, le contrat de travail signé entre un salarié brésilien et un employeur qatari contient une clause d'*electio juris* désignant le droit qatari<sup>631</sup>. L'arbitre unique se réfère à l'article 187 de loi suisse sur le droit international privé (LDIP), selon lequel, rappelons-le, « l'arbitre statue selon les règles de droit choisies par les parties ». Or, après avoir souligné la nécessité d'une « application universelle » des règles de la fédération internationale de football (FIFA)<sup>632</sup>, cet arbitre convoque l'article R58 du Code de l'arbitrage en matière de sport, au regard duquel « La Formation statue selon les règlements applicables et, subsidiairement, selon les règles de droit choisies par les parties ». En l'occurrence, les « règlements » de l'article R58, prioritairement applicables, sont les statuts généraux de la FIFA<sup>633</sup>, d'après lesquels les règlements FIFA sont applicables « en premier lieu », et le droit suisse, « à titre supplétif ». Ce raisonnement conduit *in fine* l'arbitre à priver d'effet la clause du contrat de travail désignant le droit qatari.

La formule conclusive de l'arbitre est reprise ici *in extenso*, appelant trois types de critiques : « Ainsi, s'il est vrai que le *Football Player Contract Schedule* [le contrat de travail] prévoit à son article 13 l'application du droit qatari, il résulte néanmoins de ce qui précède, que les parties ont, à tout le moins tacitement ou indirectement choisi de se soumettre aux divers règlements de la FIFA, lesquels doivent être appliqués en premier lieu, le droit suisse étant applicable à titre supplétif »<sup>634</sup>. L'arbitre considère qu'un choix tacite des règlements FIFA l'emporte sur un choix explicite du droit qatari. M. Franck LATTY évoque « un petit tour de passe-passe juridique »<sup>635</sup>, la critique de M. Bernard HAFTEL est dénuée d'ambiguïté : « Méthodologiquement, la solution est on ne peut plus contestable, écartant par une clause spéciale (stipulée entre le joueur et son club) et directe (la clause désignant le droit qatari figure dans le contrat signé par les parties) au profit de dispositions générales (les règlements FIFA) et indirectes (la désignation du droit de la FIFA ne résulte pas du contrat des parties mais des règlements auquel ce contrat renvoie).

---

<sup>631</sup> TAS, 2014/A/3505, 3 déc. 2014, *Al Khor SC c. C.*, *Rev. arb.* 2015/3. 932, obs. F. LATTY ; *JDI* 2015/1. 375, obs. É. LOQUIN ; *JCP G* 2015. II. 569, spéc. n° 6, obs. B. HAFTEL

<sup>632</sup> *Ibid.*, spéc. n° 85 : « Il est non seulement souhaitable, mais indispensable que les règles régissant le sport au niveau international aient un caractère uniforme et largement cohérent dans le monde entier. Pour en assurer un respect au niveau mondial, une telle réglementation ne doit pas être appliquée différemment d'un pays à l'autre, notamment en raison d'interférences entre droit étatique et réglementation sportive. Le principe de l'application universelle des règles de la FIFA – ou de toute autre fédération internationale – répond à des exigences de rationalité, de sécurité et de prévisibilité juridique. Tous les membres de la famille mondiale du football sont ainsi soumis aux mêmes règles, qui sont publiées. L'uniformité qui en résulte tend à assurer l'égalité de traitement entre tous les destinataires de ces normes, quel que soit le pays où ils se trouvent ».

<sup>633</sup> *Ibid.*, spéc. nos 88-92.

<sup>634</sup> *Ibid.*, spéc. n° 93.

<sup>635</sup> F. LATTY, *op. cit.*, spéc. p. 932.

En clair, l'indirect déroge au direct, le général déroge au spécial »<sup>636</sup>. Dans une interprétation radicale, le message de la sentence *Al Khor* est le suivant : la compétence du Tribunal arbitral du sport prive d'effet toute manifestation de volonté antérieure en raison de l'affiliation du club et du joueur aux fédérations sportives. Le deuxième type de critiques tient à la mise à l'écart délibérée, voire la violation, du droit suisse de l'arbitrage, dont l'une des affirmations majeures est que « l'arbitre statue selon les règles de droit choisies par les parties »<sup>637</sup>. En raison des affiliations successives, les parties se sont certes engagées à respecter les règles de la FIFA, mais elles ont spécialement entendu, à propos du contrat de travail, appliquer le droit qatari. La troisième critique s'adressant à cette sentence *Al Khor* excluant le droit étatique est relative à la lecture du règlement FIFA lui-même : spécialement applicable à la rupture d'un contrat de travail, il mentionne une double prise en compte, celle « du droit en vigueur dans le pays concerné », ici le Qatar, et celle « des spécificités du sport et de tout autre critère objectif »<sup>638</sup>.

304. Confirmant encore l'application du droit non-étatique, cette sélection de sentences indique un processus de limitation, de hiérarchisation, voire d'exclusion des législations nationales. Il est possible que ce processus soit en adéquation avec le libéralisme de l'arbitrage quant à l'application de règles non-étatiques, et repose sur la libre disponibilité des lois dans un contexte inter- ou transnational. Un facteur encore, potentiellement explicatif de cette orientation est le caractère strictement sportif de certains litiges soumis au Tribunal arbitral du sport, pour lesquels aucune disposition étatique ne s'avère pertinente : le désintérêt du législateur pour l'activité sportive a été indiqué<sup>639</sup>. Le risque existe, et s'actualise dans la sentence *Al Khor*, que cette orientation conduise à une mise à l'écart excessive des droits étatiques, indépendamment du fait que cette sentence soit *in fine* favorable au sportif<sup>640</sup>. Le degré, présumé ultime, du rejet du droit étatique s'observe dans des sentences n'hésitant pas à priver potentiellement la volonté d'effet : elles affirment, dans un discours évoquant le militantisme, la nécessité d'exclure tout droit étatique de l'arbitrage. Soumettons-en les motifs à analyse.

---

<sup>636</sup> B. HAFTEL, *op. cit.* Comp. É. LOQUIN, *op. cit.*, spéc. p. 399 : « La sentence reste muette sur l'éventuelle application du droit qatari choisi par les parties pour régir « les maladies et les accidents » auxquels le sportif peut être exposés à l'occasion de l'exécution du contrat de travail. Cette lacune est regrettable ».

<sup>637</sup> LDIP, art. 187 (nous soulignons).

<sup>638</sup> Règlement FIFA sur le statut et le transfert de joueurs, art. 17 ; F. LATTY, *op. cit.*, spéc. p. 934. Soulignons cependant que le règlement FIFA spécialement applicable est, par la suite, mentionné par l'arbitre (TAS, 2014/A/3505, *op. cit.*, spéc. n° 139).

<sup>639</sup> Sur le désintérêt du législateur français pour l'activité sportive : *supra* n° 67.

<sup>640</sup> TAS, 2014/A/3505, *op. cit.*, spéc. nos 151 et 152 : « l'Arbitre unique considère que c'est à bon droit que la CRL a retenu une indemnisation d'un montant de USD 700'000 devant être versée par le Club au Joueur », « l'Appelant s'étant rendu coupable d'avoir résilié unilatéralement le Contrat sans juste cause, ce dernier doit à l'Intimé une indemnisation d'un montant de USD 700'000 ».

305. Un rejet des droits étatiques s'exprime, *a minima* implicitement, dans les sentences plaidant pour le développement d'une jurisprudence arbitrale, dont la célèbre formule de l'affaire *Dow Chemical* affirmant que les sentences arbitrales « forment progressivement une jurisprudence [...] elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international »<sup>641</sup>.

306. De l'implicite à l'explicite, la lecture de la sentence *B. c. FIBA*, fondatrice de ce mouvement, est intrinsèquement suffisante, elle est donc proposée *in extenso* : « Le droit fédératif adopté par la FIBA constitue une réglementation de droit privé, ayant une vocation internationale, voire mondiale, à s'appliquer dans le domaine des règles de sport régissant le basketball. Pour résoudre le présent litige, le tribunal arbitral appliquera donc ce droit fédératif, sans recourir à l'application de telle ou telle loi nationale au fond. Il interprétera les dispositions de ce droit fédératif à la lumière des principes généraux du droit »<sup>642</sup>. Dans le contexte de l'activité sportive encore, se recueillent des sentences dont les énoncés se caractérisent par des accords de valeur : « il convient de passer outre les règles étatiques internes qui seraient contraires aux principes et au cadre juridique des règles que la FIFA a pour but d'instaurer. Dans le domaine particulier du droit du sport, il est important de pouvoir recourir à des normes transcendant tel ou tel système étatique particulier. Cette possibilité de développer des règles dégagées, dans la mesure du possible, de toute référence à un système de normes étatiques particulières, répond en effet à un besoin spécifique découlant de l'organisation du sport »<sup>643</sup>. Un avis consultatif vient conclure le recueil de ces données, dont la forme est prescriptive : « Il faudra alors que [les] pouvoirs publics s'abstiennent séparément ou collectivement de prendre des mesures coercitives gênantes pour l'application des règles du sport international »<sup>644</sup>.

## **2. – Le développement d'un contrôle de conformité des législations nationales au droit non-étatique**

307. L'examen des sentences précédentes indique une mise à l'écart du droit étatique, la sentence *Bueno et Rodriguez* développe, quant à elle, un contrôle de conformité

---

<sup>641</sup> CCI, n° 4131, 23 sept. 1982, *JDI* 1983. 899, obs. Y. DERAÏNS.

<sup>642</sup> TAS, n° 92/80, 25 mars 1993, *B. / Fédération Internationale de Basketball*, spéc. n° 10, *JDI* 2001. 242, obs. G. SIMON (nous soulignons).

<sup>643</sup> TAS, 2006/A/1082&1104, 19 janv. 2007, *Real Valladolid c. B. & Cerro Porteño*, spéc. n° 36, *JDI* 2008. 287, obs. É. LOQUIN.

<sup>644</sup> TAS 94/128, avis consultatif, 5 janv. 1995, *Union Cycliste Internationale et Comité Olympique Italien*, spéc. n° 29 ; TAS 95/144, avis consultatif, 21 déc. 1995, *Comités olympiques européens*.

du droit étatique, en référence aux exigences du droit non-étatique. Cette affaire met en exergue un conflit de normes entre droit uruguayen d'une part et règlement de la fédération internationale de football (FIFA) et droit suisse d'autre part<sup>645</sup>. Pour déterminer le droit applicable au fond du litige, le Tribunal arbitral du sport se réfère à l'article R58 désignant, en l'espèce, le règlement FIFA, lequel mentionne une application supplétive du droit suisse, dont la portée est précisée<sup>646</sup>. Le règlement FIFA énonce encore les accords de conventions collectives existants au niveau national, point majeur de l'argumentation de l'appelant, qui faisait valoir des liens importants entre le litige et le droit uruguayen, en raison de l'exécution du contrat dans ce pays entre parties uruguayennes<sup>647</sup>. Le refus de l'arbitre de cette application suggérée du droit uruguayen présente un caractère absolu : « à moins de remettre en cause le but fondamental de règles internationales instituées par la FIFA, *les arrangements ou autres dispositions de portée nationale ne peuvent trouver application que s'ils sont conformes, voire complémentaires aux règles de la FIFA, mais certainement pas s'ils sont contraires à ces dernières.* Ce besoin d'uniformité juridique est au demeurant l'une des plus évidentes "spécificités du sport" »<sup>648</sup>. L'arbitre assoit encore la mise à l'écart du droit uruguayen par une confrontation de ses dispositions avec le droit suisse, et affirme que l'ordre public international et les principes généraux du droit du travail helvétique seraient heurtés par le droit uruguayen<sup>649</sup>, en raison d'une soumission totale du sportif à l'employeur<sup>650</sup>. Le Tribunal arbitral du sport met un terme à son argumentaire : supposé « d'application directe ou si son contenu remplissait les exigences d'intérêts légitime et prépondérant prévues par l'art. 19 LDIP », le droit uruguayen aurait cependant été écarté<sup>651</sup>.

308. L'intérêt premier de cette sentence, au regard de cette étude, tient au conflit de normes entre droit uruguayen et droit non-étatique, résolu en faveur de ce dernier, via

---

<sup>645</sup> TAS, 2005/A/983&984, 12 juil. 2006, *Club Atlético Peñarol c. C. Heber Bueno Suarez, C. Gabriel Rodriguez Barrotti & PSG*, JDI 2010. 200, obs. É. LOQUIN.

<sup>646</sup> *Ibid.* Après avoir retenu l'application du règlement FIFA et du droit suisse à titre supplétif (nos 36-37 et 41), le TAS justifie la portée de la référence faite au droit suisse : « les règles de la FIFA demeurent applicables en priorité. Si elles traitent expressément d'une question, il n'y a pas lieu de rechercher une autre solution éventuelle prévue en droit suisse » (nos 48-49).

<sup>647</sup> *Ibid.*, spéc. n° 62.

<sup>648</sup> *Ibid.*, spéc. n° 58 (nous soulignons). Comp. n° 56 et la mise à l'écart du droit uruguayen renforcée par la nature transnationale du litige (nos 63-64).

<sup>649</sup> *Ibid.*, spéc. nos 85 et s. sur l'incompatibilité du droit uruguayen et des « principes fondamentaux du droit suisse du travail » : nos 89 et s.

<sup>650</sup> Selon le droit uruguayen, dont la teneur est rapportée par la sentence étudiée, le club employeur d'un sportif peut unilatéralement transformer une relation contractuelle initiale de courte durée en une relation de longue durée. Il est encore précisé que si le sportif refuse de signer un nouveau contrat, celui-ci sera privé de son salaire et « de la possibilité même d'exercer son métier ».

<sup>651</sup> *Ibid.*, spéc. n° 65. Rapp. Fr. KNOEPFLER, « L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international ? », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 531 et s.



une formule dont le caractère général dépasse le cadre du seul litige. Le second intérêt est relatif à la motivation développée : l'arbitre se fonde en premier lieu sur le droit non-étatique, et, « par surabondance », sur le droit suisse<sup>652</sup>. Le Tribunal arbitral du sport opère un contrôle de conformité du droit étatique au droit non-étatique, et s'autorise, en cas de contrariété, une condamnation particulièrement sévère du droit uruguayen le jugeant « inacceptable et aberrant »<sup>653</sup>.

309. Il arrive que des modalités originales procèdent à ce contrôle de conformité, renversant l'utilisation de mécanismes connus du droit international privé : en atteste l'affaire *Schumacher*. En l'espèce, suite à un contrôle antidopage positif lors du Tour de France en 2008, un cycliste allemand est suspendu par l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) pour une durée de deux ans, le privant de toute participation aux compétitions organisées par la fédération française de cyclisme pendant cette période. Confirmée par le Conseil d'État<sup>654</sup>, cette sanction de l'Agence française est reconnue par la fédération internationale de cyclisme (UCI) : le sportif allemand est conséquemment privé du droit de participer à l'ensemble des compétitions internationales. Aucune compétition ne lui est donc accessible. Cet acte de la fédération internationale, reconnaissant la sanction de l'Agence française de lutte contre le dopage, est contesté devant le Tribunal arbitral du sport, lequel se trouve saisi d'une problématique inédite : quel contrôle l'arbitre doit-il exercer sur cet acte de reconnaissance, afin que celui-ci soit validé et étendu au plan international ?

Après avoir qualifié cet acte de reconnaissance de « décision » en raison de la modification de la situation juridique de l'intéressé<sup>655</sup>, le Tribunal arbitral du sport rejette tout contrôle *a minima*<sup>656</sup> et entend réaliser « un contrôle beaucoup plus approfondi »<sup>657</sup>. La formation arbitrale précise que ce contrôle « ne doit pas se confondre avec le contrôle de la décision initiale [ou] servir de mécanisme d'appel ou de cassation »<sup>658</sup>. Deux dimensions sont objets de contrôle : la compétence de l'Agence française pour édicter une sanction consécutivement à un contrôle antidopage positif et, élément majeur, la conformité de l'acte de reconnaissance aux dispositions du Code mondial antidopage<sup>659</sup>.

---

<sup>652</sup> *Ibid.*, spéc. n° 85.

<sup>653</sup> *Ibid.*, spéc. n° 102.

<sup>654</sup> CE, 28 oct. 2009, n° 327306, *Schumacher*, D. 2010. 400, spéc. p. 402, obs. J.-F. LACHAUME ; *Cah. dr. sport*, 2009, n° 18, p. 82, note F. COLIN.

<sup>655</sup> TAS, 2009/A/1820, 22 janv. 2010, *S. Schumacher c. UCI*, spéc. nos 78-79, JDI 2012. 369, obs. É. LOQUIN : rejette la qualification d'acte reconnaissant, l'UCI ne s'est pas contentée de formellement reconnaître la sanction de l'AFLD, elle a modifié la période de suspension.

<sup>656</sup> *Ibid.*, spéc. nos 83 et s., spéc. n° 85.

<sup>657</sup> *Ibid.*, spéc. n° 84.

<sup>658</sup> *Ibid.*, spéc. n° 87.

<sup>659</sup> *Ibid.*, spéc. n° 86 : « la vérification de la condition relative au champ de compétences du signataire de la décision initiale [...] ne pose guère de difficultés ». Sur ce contrôle : spéc. nos 94 et s.

Sur cette seconde dimension, le Tribunal arbitral du sport tempère la portée du contrôle approfondi suggéré : si la décision de l'Agence française a déjà fait l'objet d'un contrôle juridictionnel, en l'espèce opéré par le Conseil d'État, le nouveau contrôle exercé par l'arbitre « revêt en principe un caractère subsidiaire par rapport au contrôle ayant déjà pu être opéré par les instances juridictionnelles nationales et que ce contrôle doit rester limité aux infractions manifestes des exigences fondamentales du [Code mondial antidopage] »<sup>660</sup>. En l'absence de contrôle juridictionnel, le Tribunal arbitral du sport se réserve l'exercice du « contrôle beaucoup plus approfondi ». En l'occurrence, la période de suspension fut réduite.

Cette sentence *Schumacher* met en exergue l'existence d'une procédure « d'*exequatur* "inversée" »<sup>661</sup> : le Tribunal arbitral du sport contrôle la conformité d'un acte de reconnaissance d'une décision émanant d'une autorité administrative indépendante française, afin que la sanction prononcée par celle-ci produise effet dans le système gouverné par la fédération internationale de cyclisme. Situation inédite, la décision d'une autorité publique est, certes indirectement, contrôlée par un arbitre, dans le but d'une prise en compte de la décision considérée par des organisations privées, singulièrement les fédérations sportives nationales<sup>662</sup>.

## **B – Une mise à l'écart potentielle des règles internationalement impératives des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques**

310. La mise à l'écart des législations nationales fait saillance dans l'arbitrage international. Les résultats issus de l'observation et de l'analyse des sentences indiquent, notamment devant le Tribunal arbitral du sport, un rejet de principe du droit étatique, accordant la primauté aux règles non-étatiques. Cette mise à l'écart des législations nationales se révèle potentiellement problématique quand sont écartées, au profit de règles non-étatiques, les règles internationalement impératives d'un ordre juridique étatique (1.) ou supra-étatique (2.).

---

<sup>660</sup> *Ibid.*, spéc. nos 92-93. Sur le contrôle réalisé en l'espèce : spéc. nos 107 et s.

<sup>661</sup> É. LOQUIN, *op. cit.*, spéc. p. 380.

<sup>662</sup> Ce contrôle du Tribunal arbitral du sport peut être rapproché d'une pratique des fédérations sportives : afin de préserver l'équité des compétitions, les règlements sportifs de nombreuses disciplines imposent une homologation des contrats de travail des sportifs. La jurisprudence analyse cette homologation en tant que condition suspensive : l'obligation principale du sportif, participer aux compétitions, ne peut être exécutée qu'une fois l'homologation réalisée. Consistant à contrôler la conformité d'un contrat de travail à une réglementation non-étatique, cette pratique reçoit les faveurs de la Cour de cassation (G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 306-307, p. 215 et s.).

## 1. – Une exclusion fréquente des lois de police étatiques par l'arbitre : primauté du droit non-étatique et/ou de la volonté des parties

311. Quelques éléments d'une distinction, ultérieurement approfondie, entre règles impératives et lois de police, s'impose ici. Les règles impératives d'un ordre juridique considéré peuvent être écartées dans un litige inter- ou transnational, mais les lois de police résistent, en principe, à l'internationalité de la situation, et demeurent applicables. La distinction entre ces deux notions relève d'une appréciation casuistique, en relation de dépendance avec le degré d'impérativité de la règle considérée : toute tentative de formalisation, *a fortiori* de modélisation, s'avère impossible<sup>663</sup>.

312. L'application des lois de police étatiques dans l'arbitrage international est fréquente. Il convient que l'investigation n'occulte pas cette dimension de l'arbitrage et les nombreuses sentences faisant produire effet aux lois de police étatiques<sup>664</sup>. Cette production d'effets se réalise concrètement par une prise en considération des lois de police : élément de fait, une loi de police peut par exemple être convoquée pour justifier d'un cas de force majeure, au regard de la *lex contractus* applicable<sup>665</sup>. La production d'effets se réalise, par ailleurs, par une application des lois de police, trois types de pratique sont développés : le premier tente de concilier volonté des parties et objectifs des lois de police<sup>666</sup>, le deuxième recherche l'efficacité de la sentence<sup>667</sup>, le troisième repose sur des considérations propres à l'arbitre, telles la morale ou la défense d'intérêts supérieurs<sup>668</sup>.

---

<sup>663</sup> Sur la définition et les critères caractéristiques des lois de police : *infra* nos 585 et s.

<sup>664</sup> Sur l'ensemble de la question : Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1999, p. 233 et s. ; Y. DERAÏNS, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale » in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 219 et s. ; G. CORDERO-MOSS, « Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration », *Rec. cours La Haye*, vol. 372, 2015, pp. 129-326, spéc. p. 169 et s. Comp. pour une critique de l'utilisation de la méthode des lois de police dans l'arbitrage sportif, laquelle « introduit de la différenciation là où l'uniformité devrait régner en maître » (M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n° 902, p. 371).

<sup>665</sup> Ch. SERAGLINI, *ibid.*, nos 888 et s., p. 424. et s.

<sup>666</sup> *Ibid.*, nos 459 et s, p. 219 et s. Rappr. L. G. RADICATI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *Rec. cours La Haye*, vol. 315, pp. 265-501, nos 168, spéc. p. 484-485. Trois sous-méthodes sont identifiées : les arbitres déterminent la place accordée aux lois de police selon le droit substantiel de la *lex contractus* en se référant à la notion de cause pour encadrer la liberté des parties (Ch. SERAGLINI, *op. cit.*, nos 461 et s., p. 221 et s.). Ils se fondent parfois sur les règles de droit international privé de la *lex contractus*, qu'il s'agisse des règles de droit commun ou spécialement consacrées à l'arbitrage (nos 486 et s., p. 232 et s.). Les arbitres recourent encore, exceptionnellement, aux attentes légitimes des parties (nos 500 et s., p. 240 et s. Rappr. : Y. DERAÏNS, « L'attente légitime des parties et le droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *Trav. Com. fr. DIP (1984-1985)*, CNRS, p. 81 s. ; P. MAYER, « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix*

313. Ces pratiques synthétiquement actées quant à l'application des lois de police, sont seules ici étudiées les sentences excluant les lois de police étatiques au profit d'une règle non-étatique. Une attention particulière est portée aux motifs de ces exclusions, dans le but de montrer et démontrer une volonté d'application du droit non-étatique.

314. En matière commerciale, des sentences arbitrales excluent fréquemment les lois de police étatiques afin de respecter le choix des parties. Deux exemples en attestent : une sentence de la Chambre de commerce internationale (CCI) énonce que la loi belge, probablement de police selon cet État, ne saurait primer la loi désignée par les parties<sup>669</sup>. Une autre affirme, motivant son refus de l'application d'une loi de police, que : « le Tribunal Arbitral qui puise ses pouvoirs dans la volonté des parties, doit donner le pas à cette volonté [...] dans la mesure où ce choix, comme en l'espèce, n'est pas contraire à l'ordre public international, qu'il permet la résolution du litige [...] étant également rappelé

---

*de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 423 et s., spéc. n° 13, p. 432 ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2016, n° 772, p. 491).

<sup>667</sup> L'efficacité de la sentence est fréquemment relevée (P. LEVEL, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 259 et s., spéc. nos 12 et s., p. 268 et s. : le souci d'efficacité est « inhérent » à la fonction juridictionnelle de l'arbitre ; P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Rec. cours La Haye*, vol. 217, 1989, pp. 319-454, n° 36, p. 366 : « La préoccupation de l'efficacité de la sentence est presque toujours présente dans l'esprit des arbitres. Une sentence qui n'est susceptible d'être reconnue et exécutée dans aucun pays ne représente en général guère plus qu'un chiffon de papier ». Rapp. CCI, règlement d'arbitrage 2012, art. 41 : « la Cour et le tribunal arbitral doivent agir dans l'esprit du règlement et mettent tout en œuvre pour vous assurer que la sentence est exécutoire en droit », bien que certains s'opposent à cette obligation (A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1994, p. 338 : « il n'y a pas de raison particulière pour qu'un tribunal arbitral ou même une institution d'arbitrage sache (ou ait besoin de savoir) si une sentence a été ou non exécutée. À la différence d'une juridiction de droit commun, un tribunal arbitral ne joue aucun rôle dans l'exécution de sa décision. Une fois qu'il a rendu la sentence, le tribunal n'a plus en général à se préoccuper du litige ; il a accompli son mandat et sa mission prend fin ». Rapp. F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 578 : « force est de constater que les hypothèses où le Tribunal arbitral du sport s'attarde à examiner la compatibilité des sentences avec les conditions d'accueil des sentences posées par les États concernés demeurent exceptionnelles »). Lorsque l'efficacité de la sentence est considérée par les arbitres, ceux-ci se réfèrent, alternativement ou cumulativement, aux exigences du siège de l'arbitrage, au(x) lieu(x) d'exécution de la sentence, voire aux « ordres juridiques des pays intéressés au litige » (Ch. SERAGLINI, *Lois de police...*, *op. cit.*, nos 518 et s., p. 248 et s.), étant précisé que l'annulation d'une sentence par l'ordre juridique du siège n'est pas un obstacle à sa reconnaissance dans d'autres ordres juridiques : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, nos 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali* ; *Rev. crit. DIP* 2008. 109, note S. BOLLÉE ; *JDI* 2007. 1236, note Th. CLAY ; *JCP G* 2006. I. 216, spéc. n° 7, obs. Ch. SERAGLINI ; *Rev. arb.* 2007. 507, note E. GAILLARD ; *D.* 2008. 1429, obs. L. DEGOS ; *RJDA* 2007. 883, obs. J.-P. ANCEL ; *RTD com.* 2007. 682, obs. É. LOQUIN ; *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2007, n° 326, p. 14, note Ph. PINSOLLE. Cass., 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, n° 92-15.137, *Hilmarton*, *JDI* 1994. 701, note E. GAILLARD ; *Rev. arb.* 1994. 327, note Ch. JARROSSON ; *RTD com.* 1994. 702, obs. J.-C. DUBARRY et É. LOQUIN ; *Rev. crit. DIP* 1995. 356, note B. OPPETT.

<sup>668</sup> Ch. SERAGLINI, *ibid.*, nos 562 et s. p. 271 et s.

<sup>669</sup> CCI, n° 6379, 1990, *Rev. dr. com. belge* 1993. 1134.

*qu'un arbitre n'a pas pour mission de sauvegarder les règles d'un for quel qu'il soit*»<sup>670</sup>. Ces propos sont sous-tendus par une conception autonomiste de l'arbitrage : l'arbitre ne rend la justice au nom d'aucun État, il n'est donc pas tenu de privilégier les intérêts d'un ordre juridique particulier. Le choix de loi des parties, ici, non seulement prime, mais exclut l'application de toute autre loi de police. La mise à l'écart des lois de police est opérée au nom de la protection de la volonté individuelle. Or, dans l'arbitrage, et tel qu'exposé *supra*, le choix des parties peut désigner un droit étatique ou une réglementation non-étatique<sup>671</sup>. Bien qu'aucune sentence arbitrale n'illustre une telle situation en matière commerciale, rien n'interdit de conclure qu'elle pourrait se présenter. Une sentence de la CCI pourrait ainsi privilégier le choix des parties, porté sur les Principes Unidroit ou les Incoterms, au détriment d'une loi de police étatique.

315. En matière sportive, la mise à l'écart d'une loi de police au profit de règles non-étatiques est fréquemment illustrée, la sentence *FEB c. FIQ* est emblématique de ce mouvement. En l'espèce, la décision d'une fédération sportive internationale (FIQ) est contestée par une fédération nationale affiliée (FEB). Saisi du litige, le Tribunal arbitral du sport rejette, dans un premier temps, l'application de la loi espagnole, loi de la fédération nationale, et privilégie la loi de la fédération internationale qui a rendu la décision<sup>672</sup>. La formation arbitrale rejette, dans un deuxième temps, l'application de la loi espagnole en tant que loi de police<sup>673</sup>, en convoquant des critères de qualification particulièrement stricts : la règle doit poursuivre un but internationalement, voire universellement, partagé par la communauté des États, la règle doit encore entretenir des liens étroits avec l'objet du litige<sup>674</sup>. Cette exclusion réalisée, la formation arbitrale précise, *in fine*, « qu'elle fonde sa décision uniquement sur *les règles de droit privé* applicables, en particulier les statuts de la fédération dont la décision est entreprise »<sup>675</sup>.

316. La discussion se positionne au stade de la qualification et analyse la nature de la règle considérée. N'adoptant pas le point de vue d'un ordre juridique étatique pour refuser cette qualification, l'arbitre ne détermine pas si la règle considérée constitue une loi de police, selon l'ordre juridique auteur de celle-ci. L'arbitre construit sa conception

---

<sup>670</sup> CCI, n° 12045, 2003, spéc. n° 50, *JDI* 2006/4. 1434 obs. S. JARVIN et C. TRUONG-NGUYEN (nous soulignons). Rapp. la formule du célèbre arrêt *Mitsubishi* de la Cour suprême des États-Unis : « The arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of any particular states ; hence it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates » (*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 624-28 (1985)).

<sup>671</sup> Sur le choix de de règles non-étatiques devant l'arbitre : *supra* nos 226 et s.

<sup>672</sup> TAS 2007/A/1424, 23 avr. 2008, *Federación Española de Bolos c. Fédération Internationale des Quilleurs & Federació Catalana de Bitlles i Bowling*, spéc. nos 9 et s., *JDI* 2009. 239, obs. É. LOQUIN

<sup>673</sup> *Ibid.*, spéc. nos 18 et s.

<sup>674</sup> *Ibid.*, spéc. n° 19.

<sup>675</sup> *Ibid.*, spéc. n° 28 (nous soulignons).

propre des lois de police et s'autorise à exclure de cette catégorie les règles étatiques ne répondant pas aux caractéristiques énoncées. En refusant de qualifier de loi de police la règle considérée, l'arbitre en reconnaît le caractère impératif exclusivement dans l'ordre juridique l'ayant instituée<sup>676</sup>. Cette qualification retenue, l'arbitre peut se réclamer d'un constat bien connu en droit international privé : la mise à l'écart des règles impératives interne dès l'internationalisation du litige. La logique du raisonnement s'explique : plutôt que de faire appel à une dimension d'analyse « application / rejet » d'une loi de police, l'arbitre questionne la nature de la règle, au prix d'un renforcement des critères de qualification. Ce raisonnement opère une mise à l'écart des lois de police, permettant d'appliquer prioritairement le droit non-étatique.

317. La sentence *FEB c. FIQ* enseigne, par ailleurs, à supposer la qualification de loi de police étatique retenue, que ces lois de police sont soumises à appréciation : certaines d'entre elles, en raison du consensus de la communauté internationale, sont évaluées potentiellement applicables, d'autres, parce qu'exprimant des politiques propres à un État, sont susceptibles d'être écartées. Trois types de règles impératives sont, en tendance, distingués par l'arbitrage : les règles impératives internes, les lois de police propres à un ordre juridique, les lois de police communément, voire universellement partagées, incluses dans l'ordre public transnational ou « réellement international »<sup>677</sup>. Dans cette typologie, les règles impératives internes et les lois de police propre à un ordre juridique sont écartées, demeurent seules applicables, les lois de police constituant un ordre public transnational, ceci rejoignant l'idée selon laquelle il n'appartient pas à l'arbitre de protéger l'intérêt d'un ordre juridique particulier. La qualification de loi de police est conséquemment sans incidence sur l'application de la règle au litige, sous réserve qu'elle soit partagée par la communauté internationale, c'est-à-dire intégrée dans l'ordre public transnational. La sentence *Bueno et Rodriguez* précitée rend concrètement compte de ce type de raisonnement : « même si ce droit uruguayen était d'application directe ou si son contenu remplissait les exigences d'intérêt légitime et prépondérant prévues par l'art. 19 al.

---

<sup>676</sup> TAS 2007/A/1424, *op. cit.*, spéc. n° 20 : « la Formation considère que les critères évoqués ci-dessus ne sont pas remplis par les éventuelles règles de droit espagnol qui imposeraient de n'avoir qu'une seule fédération représentant le territoire de l'Espagne au sein des fédérations sportives internationales ». Rappr. TAS, 2005/A/983&984, 12 juil. 2006, *Club Atlético Peñarol c. C. Heber Bueno Suarez, C. Gabriel Rodriguez Barrotti & PSG*, spéc. n° 67, JDI 2010. 200, obs. É. LOQUIN : « le simple fait que, selon l'appelant, l'ensemble des normes uruguayennes régissant le sport professionnel ait été formellement déclaré d'ordre public ne suffit pas pour élever ces normes au rang d'ordre public *au sens de la LDIP* » (nous soulignons) ; TAS, 2002/A/431, 23 mai 2003, *Union Cycliste Internationale / R. & Fédération Française de Cyclisme*, spéc. no 25, JDI 2005. 1309, obs. É. LOQUIN : « de toute évidence, la disposition sur laquelle est fondée la décision [...] ne relève pas de la notion d'ordre public ainsi comprise ».

<sup>677</sup> P. LALIVE, « L'ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, p. 329 et s. ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1999, p. 233 et s., et p. 353 et s. ; M. TRARI-TANI, « L'ordre public transnational devant l'arbitre international », *Arab Law Quarterly*, 2011, n° 25, p. 89 et s.).

1 LDIP, la Formation arbitrale aurait alors dû envisager concrètement de refuser l'application de règles potentiellement contraires à l'ordre public »<sup>678</sup>. Affirmation conduisant, à nouveau, à une application « à titre principal » du « règlement FIFA », c'est-à-dire d'une règle non-étatique<sup>679</sup>.

## 2. – Retour de l'impérativité : le respect des droits supra-étatiques par l'arbitre

318. Les droits supra-étatiques et l'arbitrage se rencontrent fréquemment<sup>680</sup>, conduisant ici à une restriction du champ d'investigation : seules sont analysées les rares sentences confrontant le droit non-étatique et le droit de l'Union européenne ou le droit non-étatique et la Convention européenne des droits de l'homme.

319. Les droits supra-étatiques sont ponctuellement exclus, de manière explicite, la sentence *B. c. FIBA* écarte ainsi les dispositions du droit de l'Union européenne, à l'époque droit communautaire, au motif que « l'engagement [du demandeur] comme joueur de basketball américain ou belge par [un club belge] ne présente pas d'élément de rattachement avec un autre État membre. Il n'apparaît donc pas que la liberté de circulation à l'intérieur de la Communauté au sens de l'article 48 du traité soit mise en cause, ce qui conduit le TAS à écarter l'application du droit communautaire »<sup>681</sup>. Les sentences *Diakite c. FIFA* et *Girondins de Bordeaux c. FIFA* écartent, quant à elles, l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, convention considérée inapplicable dans les rapports privés<sup>682</sup>, la première formation arbitrale relevant toutefois

---

<sup>678</sup> TAS, 2005/A/983&984, précité, spéc. n° 65.

<sup>679</sup> *Ibid.*, spéc. n° 59.

<sup>680</sup> Fr. MATSCHER, « L'arbitrage et la Convention », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Relations et Droit international, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 281 et s. ; Ch. JARROSSON, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. arb.* 1989/4. 573, spéc. nos 5 et s., p. 576 et s. ; N. FRICERO, « L'arbitrage à l'aune de la Convention européenne », in Y. STRICKLER et J.-B. RACINE (dir.), *L'arbitrage. Questions contemporaines*, L'Harmattan, Droit privé et sciences criminelles, 2012, p. 47 et s. ; L. CAFLISCH, « Arbitrage et protection des droits de l'homme dans le contexte européen », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET*, LexisNexis, 2013, p. 75 et s. Rapp. J. PROUST, *L'arbitrage CIRDI face aux droits de l'Homme*, thèse, Université Paris 1, 2013 ; *L'arbitrage et le droit européen. Actes du Colloque International du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruylant, 1997 ; O. CAPRASSE, « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », in P. MAYER (dir.) *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, LexisNexis, Travaux du CREDIMI, 2012, p. 63 et s. ; L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI* 1995. 321, spéc. n° 38, p. 336.

<sup>681</sup> TAS, 92/80, 25 mars 1993, *B. c. FIBA*, précité, spéc. nos 7-9, spéc. no 9.

<sup>682</sup> TAS, 2011/A/2433, 8 mars 2012, *A. Diakite c. FIFA*, spéc. n° 57 ; TAS, 2012/A/2862, 11 janv. 2013, *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*, spéc. nos 105 et s., *JDI* 2014. 366, obs. J. GUILLAUMÉ ; *Rev. arb.* 2013/3. 795, obs. F. LATTY.

que « certaines garanties procédurales découlant de l'article 6.1 de la CEDH [...] sont *indirectement applicables* même devant un tribunal arbitral »<sup>683</sup>.

320. Cette application « indirecte » conduit parfois l'arbitre à intégrer le droit supra-étatique dans certains de ses raisonnements sans nécessairement l'indiquer expressément. Dans la sentence *Girondins de Bordeaux c. FIFA*, par exemple, le droit de l'Union européenne n'est nullement mentionné lorsque la formation arbitrale détermine le droit applicable au fond litige sur le fondement de l'article R58 du Code de l'arbitrage en matière de sport, lequel donne priorité aux règlements sportifs applicables<sup>684</sup>. La sentence indique explicitement que « l'argument de l'appelant [...] repose sur le postulat selon lequel la Formation devrait faire application du droit de l'UE. Or, tel n'est pas le cas »<sup>685</sup>. Malgré cette exclusion, il est pourtant rappelé que « la compatibilité de l'art. 19 du Règlement FIFA avec le droit communautaire a déjà été tranchée par d'autres Formations TAS »<sup>686</sup>. La formation arbitrale affirme, par ailleurs, qu'une « exception non écrite » figure dans ce règlement, traduisant « l'intention des rédacteurs [...] d'éviter les atteintes potentielles à la libre circulation des travailleurs »<sup>687</sup>. Dit autrement, la règle non-étatique, applicable au fond du litige, est interprétée, voire réécrite, eu égard aux impératifs du droit de l'Union européenne<sup>688</sup>. À la différence des lois de police étatiques, dont l'application par l'arbitre apparaît aléatoire, le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme sont objets de considération, *a minima* implicite, de l'arbitre et du Tribunal arbitral du sport en particulier, ceci réduisant potentiellement les effets du droit non-étatique<sup>689</sup>.

\*

---

<sup>683</sup> TAS, 2011/A/2433, *ibid.*, spéc. n° 58 (nous soulignons).

<sup>684</sup> TAS, 2012/A/2862, *op. cit.*, spéc. nos 75 et s.

<sup>685</sup> *Ibid.*, spéc. n° 102.

<sup>686</sup> *Ibid.*, spéc. n° 103 : « Dans la procédure CAS 2005/A/955&956 *Acuña and Cádiz v. FIFA and PFA*, la Formation TAS a conclu, d'une part, que l'interdiction des transferts internationaux de joueurs de moins de dix-huit ans poursuivait un intérêt légitime, à savoir celui de la protection des jeunes, et d'autre part, était proportionnée à l'objectif recherché. Dans la procédure CAS 2008/A/1485 *FC Midtjylland A/S v. FIFA*, la Formation TAS a considéré que les règles contenues à l'art. 19 du Règlement FIFA ne contrevenaient à aucune disposition, principe ou règle du droit communautaire ».

<sup>687</sup> *Ibid.*, nos 95 et 98.

<sup>688</sup> Pour une critique de ce raisonnement, évaluant le règlement FIFA conforme aux objectifs poursuivis et donc conforme au droit européen : F. LATIY, *op. cit.*, spéc. p. 796-798.

<sup>689</sup> Un rapprochement peut être opéré entre ce type de pratique, d'une application indirecte ou d'une prise en compte implicite, et l'application d'office des lois de police par l'arbitre. Dans le domaine du commerce international, de nombreuses sentences introduisent d'office dans le débat une loi de police, que les parties n'auraient pas invoquée : en sont significatives les sentences liées au droit européen de la concurrence (Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n° 1020, p. 480 : l'auteur évoque notamment la sentence CCI n° 7539 (*JDI* 1996. 1030, obs. Y DERAÏNS) selon laquelle « il incombe en effet aux arbitres de soulever, même d'office, mais avec toute la prudence requise, l'incompatibilité d'un accord [...] avec l'article 85 du Traité de Rome »).



321. **Conclusion Section 2** – L'étude des sentences arbitrales atteste une ouverture de principe de l'arbitrage international au droit non-étatique. Dans l'activité commerciale, le droit non-étatique est soit érigé en loi unique du contrat, soit appliqué cumulativement, ou subsidiairement, au droit étatique, ou encore convoqué au titre d'argument d'autorité confortant le sens de la solution. Dans l'activité sportive, la référence au droit non-étatique s'intensifie, jusqu'à devenir exclusive : le Tribunal arbitral du sport tend à privilégier son application unique, ceci l'éloignant potentiellement de la lettre du Code de l'arbitrage en matière de sport. La promotion du droit non-étatique, en particulier par ce Tribunal arbitral du sport, diminue corrélativement la considération des droits étatiques, lesquels sont réduits à une fonction supplétive, ou écartés, ou encore contrôlés par l'arbitre. Conforme à la conception libérale de l'arbitrage international, ce type de pratiques questionne la mise à l'écart des lois de polices. Leur exclusion se heurte au droit de l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'impérativité est reconnue et prise en compte par les arbitres.

322. **Conclusion Chapitre 1<sup>er</sup>** – L'étude de l'arbitrage international indique l'ouverture de cette institution au droit non-étatique. Cette ouverture est promue par les législations nationales, les règlements d'arbitrage, ou encore une volonté de l'arbitre, elle se concrétise par une application du droit non-étatique, dans les activités commerciale et sportive, dont divers types de pratique et de modalités s'observent. Les manifestations du droit non-étatique, Principes Unidroit, Incoterms, Code mondial antidopage, règlements des fédérations sportives, etc., font l'objet d'un traitement identique, confirmant la pertinence de la notion de droit non-étatique, au regard de la définition précisée en Partie 1. Cette application du droit non-étatique, promue, voire revendiquée, est potentiellement circonscrite par l'existence de règles internationalement impératives, objets de considération et de respect des arbitres.

## Chapitre 2 – Le rejet de principe du droit non-étatique par l’ordre juridique français

323. L’investigation conserve ici à l’identique objet et objectifs<sup>690</sup> : il s’agit encore d’examiner les positions adoptées et les fonctions conférées au droit non-étatique, d’éprouver la pertinence de la notion de droit non-étatique au regard de la définition proposée, et de préciser enfin les fonctions des règles du droit international privé dans la réception de ce droit non-étatique.

324. La réception des règles non-étatiques par l’ordre juridique français s’opère généralement par l’intervention du juge, relais de l’ordre juridique étatique. L’observation atteste de la rareté des arrêts interrogeant l’application du droit non-étatique, rareté s’expliquant par la fréquence élevée du recours à l’arbitrage dans les domaines du commerce et du sport. Nonobstant, certains arrêts suggérant une application du droit non-étatique et concluant, en dominante, à son rejet, invitent à une analyse qualitative précise (Section 1).

Dans une moindre mesure, la réception du droit non-étatique par l’ordre juridique français s’opère aussi *via* le législateur, ou par l’intermédiaire d’institutions auxquelles il reconnaît compétence, telles les fédérations sportives délégataires d’une mission de service public. Cette nécessaire transposition permet d’apprécier l’orientation privilégiée, celle d’une fermeture de l’ordre juridique français au pluralisme juridique (Section 2).

### Section 1 – La réserve des juges français quant à l’accueil du droit non-étatique

---

325. L’emploi du pluriel, « les juges français », indique l’examen des solutions retenues par différentes juridictions. Les solutions retenues par la Cour de cassation, et les juridictions de l’ordre judiciaire, y occupent une place de choix, en raison d’une compétence générale pour connaître des relations entre personnes privées. Faute de compétence pour connaître des litiges internationaux privés les juridictions administratives devraient *a priori* être exclues de l’investigation. Néanmoins, l’existence d’une délégation de service public au profit d’une majorité de fédérations sportives nationales<sup>691</sup> leur confère compétence, les juridictions administratives ont à se prononcer sur l’application de règles non-étatiques, tels les règlements des fédérations sportives

---

<sup>690</sup> *Supra* nos 219 et s.

<sup>691</sup> J.-P. KARAQUILLO, *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 38-39 : au 1<sup>er</sup> juillet 2010, soixante-seize fédérations nationales bénéficiaient d’une délégation de service public. Sur cette délégation : G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 147 et s., p. 112 et s. ; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, nos 231 et s., p. 110 et s.

internationales et le Code mondial antidopage. Par ailleurs, énoncer une réserve de l'accueil suggère que les règles non-étatiques sont ponctuellement reçues par les juges français (§1) et, en tendance, rejetées (§2).

## §1 – La réception ponctuelle du droit non-étatique par les juges français : étude des mécanismes juridiques

326. L'investigation révèle deux modalités de réception du droit non-étatique par le juge : une réception fondée sur une manifestation de volonté, dont l'analyse met en exergue les imprécisions, confinant au « bricolage méthodologique »<sup>692</sup> (A), et une réception immédiate, appelant une évaluation doublement critique, aux plans du raisonnement et de l'existence même de cette pratique (B).

### A – La réception du droit non-étatique fondée sur une manifestation de volonté

327. Cette première modalité de réception du droit non-étatique recouvre, au plan opérationnel, deux possibilités : une contractualisation du droit non-étatique (1.) ou la réalisation d'un contrat sans loi, voire d'un « accord procédural tacite » (2.).

#### 1. – Une application fondée sur une contractualisation du droit non-étatique

328. L'arrêt *Olympique lyonnais* de la première Chambre civile de la Cour de cassation constitue le premier élément d'analyse probant<sup>693</sup>. Au regard d'un litige existant entre un agent de joueur néerlandais et un club de football français, pour non-paiement de commissions, ce club est assigné devant le tribunal de commerce de Lyon. La compétence de la juridiction consulaire est rejetée par la cour d'appel, au profit d'une commission de la fédération internationale de football (FIFA). La Cour de cassation censure : « si l'article 22, alinéa 2 du règlement [FIFA] institue une dérogation impérative à l'alinéa 1, il n'exclut pas la faculté donnée par cette dernière disposition de saisir la juridiction étatique, également compétente, de tout litige entre un club et un agent de joueurs ». Retenant la compétence des juridictions étatiques, l'arrêt, en première lecture, ne semble pas favorable au règlement FIFA, ni à quelque réception du droit non-étatique. Plusieurs réflexions cependant peuvent être développées.

---

<sup>692</sup> Formule empruntée à M. Éric LOQUIN (« Les règles matérielles... », *op. cit.*, spéc. n° 24, p. 28).

<sup>693</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2010, n° 09-14.607, *D.* 2010. 2655, obs. X. DELPECH ; *D.* 2011. 489, note M. PELTIER ; *LPA*, 11 avr. 2011, n° 71, p. 6 et s., obs. F. BUY ; *Jurisport*, 2011, n° 108, p. 39 et s., obs. M. MAISONNEUVE.

329. La première porte sur le visa, et plus précisément la mention de l'ex-article 1134 du Code civil. Cet article suppose compétence de la loi française, mais la Cour de cassation demeure silencieuse sur le processus de raisonnement permettant de valider cette hypothèse<sup>694</sup>. La problématique n'est pas, en l'espèce, celle du droit applicable au litige, cela n'interdisant pas de se livrer à quelques conjectures. L'internationalité du contrat, dans cette situation, est caractérisée : le représenté est établi en France, l'intermédiaire au Pays-Bas. Selon la Convention de La Haye de 1978, la loi applicable est, à défaut de choix, celle de l'établissement de l'intermédiaire, sauf à ce que le contrat soit exécuté dans le pays du représenté, entraînant application de cette loi. En l'absence de précisions, dans l'arrêt et les moyens annexés, aucune réponse définitive ne peut être énoncée. Au regard cependant de l'établissement de l'intermédiaire au Pays-Bas, l'application du droit français et la référence à l'article 1134 du Code civil ne relèvent pas de l'évidence<sup>695</sup>.

330. Poursuivons l'analyse du visa, lequel mentionne, en plus de cet article 1134, le règlement FIFA, c'est-à-dire une règle non-étatique extérieure à l'ordre juridique français<sup>696</sup>. En acceptant que soit fondée l'application du droit français, cette référence conjointe s'analyse ainsi : les parties ont intégré le règlement FIFA dans leur contrat, situation faisant écho à la contractualisation du droit non-étatique<sup>697</sup>. Libres d'établir leur rapport contractuel, rien ne leur interdit d'intégrer le règlement FIFA sous forme de stipulations contractuelles. Les juges n'appliquent donc pas immédiatement, sans motivation, cette règle non-étatique : les parties ont volontairement accepté le règlement FIFA, la Cour de cassation le constitue conséquemment en base de raisonnement. Le fondement est acceptable car la Cour de cassation mobilise cette règle non-étatique pour,

---

<sup>694</sup> M. PELTIER, *op. cit.*, spéc. n° 13, p. 491.

<sup>695</sup> Rappr. Cass., 1<sup>re</sup>, 18 juil. 2000, n° 98-19.602, *La Marsa*, D. 2002. 1391, obs. B. AUDIT ; *JDI* 2001. 99, note É. LOQUIN et G. SIMON : dans litige aux faits similaires, la Cour retient l'application de la Convention de Rome pour déterminer la loi applicable, M. AUDIT relève cependant que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation aurait dû être appliquée.

<sup>696</sup> La mention d'une règle non-étatique au visa n'est pas une situation inédite, la Cour de cassation se réfère fréquemment aux « règles et usances uniformes de la chambre de commerce internationale relatives aux crédits documentaires (RUU 500) » (Cass., com., 6 fév. 2007, n° 05-10214, *RTD com.* 2007. 428, obs. D. LEGEAI ; *ibid.* 2008. 211 obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 2007. AJ. 723, obs. X. DELPECH. Rappr. Cass., com. 14 oct. 1981, n° 80-12.336, *D.* 1982. 301, note M. VASSEUR ; Cass., com. 16 déc. 2008, n° 07-18.729, *D.* 2009. 161, obs. X. DELPECH ; *RTD. com.* 2009. 192, obs. D. LEGEAI ; *RTD. com.* 2009. 647, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP E* 2009. II. 1106, note J. STOUFFLET ; Cass., com., 5 mai 2015, n° 13- 20.502, *RTD. com.* 2015. 623, obs. Ph. DELEBECQUE). Comp. F. BUY, *op. cit.* : « ériger en visa le règlement des agents de joueurs de la Fifa constitue par ailleurs une première pour la Cour de cassation. C'est un symbole fort : la haute juridiction reconnaît officiellement que le texte fédéral constitue « une règle de droit » au sens de l'article 1020 du Code de procédure civile ».

<sup>697</sup> Sur la contractualisation du droit non-étatique : *infra* nos 450 et s. ; M. PELTIER, *op. cit.*, spéc. n° 14, p. 491 : mentionne la possibilité que le règlement FIFA soit « une convention légalement formée » mais rejette cette hypothèse car ce texte demeure adopté par une association de droit privé.

*in fine*, octroyer compétence aux juridictions françaises. La portée de cet arrêt eût été différente si la Cour avait mentionné le règlement FIFA pour exclure la compétence des juridictions françaises.

331. Pour retenir la compétence des juridictions françaises, les juges se réfèrent principalement à l'article 22 du règlement FIFA. Cet article comporte deux alinéas : le premier énonce que les litiges nationaux entre agents de joueurs et clubs enregistrés dans la même fédération nationale sont régis par cette dernière ; le second alinéa retient la compétence d'une commission de la FIFA lorsque les clubs et/ou agents ne sont pas enregistrés dans la même fédération nationale. Deux alinéas pour deux situations différentes. La Cour de cassation apprécie pourtant une « dérogation impérative » instituée par le second alinéa, et une « faculté » de saisie du juge étatique offerte au plaideur. Pourquoi opérer une telle réinterprétation, voire une telle dénaturation, du règlement FIFA en ajoutant cette alternative – une « dérogation impérative » – que ce règlement ne prévoit pas ? Il semble que la réponse ait à voir avec la qualification de la commission FIFA, à propos de laquelle la doctrine émet quelques doutes concernant son indépendance<sup>698</sup>. La possibilité, la probabilité ?, que ceci vienne en justification de la solution retenue par la Cour de cassation autorise alors une lecture autre de l'arrêt : la Cour ne souhaite pas priver le juge étatique de sa compétence et se montre conséquemment hostile à une compétence de cette « commission », dont elle refuse qu'elle soit assimilée à un arbitre<sup>699</sup>. Au risque d'une réinterprétation du texte, la Cour cherche à donner compétence au juge étatique : le règlement FIFA ne constitue pas une clause compromissoire donnant compétence à une commission de la FIFA. Au regard de cette appréciation, la probabilité s'affaiblit que la Cour autorise, à l'avenir, une mise à l'écart de la compétence des juridictions étatiques par une règle non-étatique<sup>700</sup>. Le doute

---

<sup>698</sup> F. BUY, *op. cit.* Comp. pour une autre analyse fondée sur la jurisprudence relative aux clauses de conciliation (Cass., ch. mix., 14 févr. 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424 ; D. 2003, Jur.1386, note P. ANCEL et M. COTTIN ; RTD civ. 2003. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2003. 349, obs. R. PERROT ; JCP G 2003. I. 128, obs. L. CADIET ; JCP G 2003. I. 142, obs. G. VIRASSAMY ; JCP G 2003. I. 164, n° 9, obs. Ch. SERAGLINI ; LPA 2003, n° 51, p. 13, note L. BERNHEIM ; Rev. arb. 2003. 403, note Ch. JARROSSON ; CCC 2003, n° 84, note L. LEVENEUR ; Procédures 2003, n° 93, note H. CROZE) : M. MAISONNEUVE, *op. cit.*, spéc. p. 40 : « ces clauses [de conciliation] ne sont considérées comme des fins de non recevoir conventionnelles qu'à la condition de prévoir expressément qu'elles doivent être exercées avant tout recours juridictionnel, les clauses d'un règlement d'une association ne peuvent avoir pour effet d'écarter le recours immédiat au juge *qu'à la condition de le dire clairement* » (nous soulignons).

<sup>699</sup> Renoncer à la compétence des juridictions françaises aurait été « un renoncement quasi-définitif » car « les statuts de la FIFA contiennent en effet une disposition compromissoire aux termes de laquelle toutes les décisions rendues par ses organes ne peuvent être contestées que devant le Tribunal arbitral du sport » (M. MAISONNEUVE, *ibid.*, spéc. p. 41).

<sup>700</sup> F. BUY, *ibid.* : « en théorie, rien n'empêcherait la Fifa (ou toute fédération équivalente) d'exclure, dans ses textes, la faculté de saisir les juridictions étatiques ».

est encore et aussi permis, que cet arrêt « marque tout bonnement [...] la reconnaissance, par la haute juridiction, de l'existence de l'ordre juridique fédératif international »<sup>701</sup>.

## 2. – Une réception du droit non-étatique fondée sur un contrat sans loi ou un « accord procédural tacite »

332. L'arrêt *Semoland* atteste d'une réception différente du droit non-étatique par les juges français<sup>702</sup> : en l'espèce, une société hollandaise assigne une société française pour inexécution d'un contrat, et la cour d'appel de Montpellier applique exclusivement les règles créées par la fédération internationale du commerce des semences (FIS). Selon la cour, « il n'est pas discuté que seules ces normes internationales FIS sont applicables » et « en l'absence de toute exception à ces règles et de toute condition particulière spécifiées au contrat, seules les règles contenues dans la convention FIS [...] déterminent les obligations respectives des parties ». Les juges montpelliérains opèrent une application exclusive de règles non-étatiques par la seule volonté des parties<sup>703</sup>. Le fondement de cette application n'est cependant pas précisé : aucune mention d'un choix de loi, aucune mention d'une règle de conflit de lois, l'unique indication est que les parties ont toutes deux soutenues l'application exclusive des règles FIS<sup>704</sup>.

333. Le silence des parties et du juge rend l'interprétation de la solution délicate, deux orientations sont envisageables : il semble qu'un « contrat sans loi » soit réalisé, c'est-à-dire un contrat détaché de toute loi étatique et régit par un texte non-étatique<sup>705</sup>. Or, en l'état du droit positif, rechercher la loi applicable est nécessaire pour attribuer au contrat un « référentiel juridique »<sup>706</sup> ou « statut de base »<sup>707</sup>, et déterminer, *in fine*, la liberté des parties quant à l'application du droit non-étatique<sup>708</sup>. Ainsi analysé, l'arrêt *Semoland*

---

<sup>701</sup> *Ibid.* Comp. X. DELPECH, *op. cit.*, spéc. p. 2655 : cet arrêt « met à mal l'émergence d'un ordre juridique sportif autonome ».

<sup>702</sup> CA Montpellier, 2<sup>e</sup> ch., sect. A, 3 déc. 2002, n° 01/03586, *Société Semoland BV c. SARL Pujol*, JDI 2004. 888, note S. POILLOT-PERUZZETTO.

<sup>703</sup> Comp. S. POILLOT-PERUZZETTO, *ibid.*, spéc. p. 896 et s. : interroge et rejette des fondements alternatifs, singulièrement le caractère international et/ou nécessaire des règles FIS, pour justifier leur application.

<sup>704</sup> *Ibid.*, spéc. p. 889 et 890.

<sup>705</sup> *Ibid.*, spéc. p. 898 : « Oubli des parties et du juge, volonté de consacrer le contrat sans loi ? Le silence de l'arrêt sur ces questions est difficile à interpréter ».

<sup>706</sup> *Ibid.*, spéc. p. 898.

<sup>707</sup> Ch. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *Rec. cours La Haye*, vol. 359, 2012, pp. 285-478, spéc. n° 45, p. 343 : « Aucun contrat ne peut exister sans un « statut de base » (*Grundstatut*) ou « ordre juridique de référence » qui fournit l'environnement et l'encadrement juridiques de l'activité des parties ».

<sup>708</sup> Sur l'application du droit non-étatique par la technique de la contractualisation : *infra* nos 450 et s.

contourne la prohibition du contrat sans loi par le droit positif<sup>709</sup>. Le silence de cet arrêt autorise cependant une hypothèse autre justifiant l'application des règles FIS : sachant que les parties ont toutes deux soutenu l'application de ces règles, il est possible qu'un accord procédural tacite ait été réalisé en raison du fondement de l'argumentation des parties, ce dont les arrêts suivants, *Association football club de Metz* et *Racing club de Lens*, offrent potentiellement confirmation.

334. Le premier oppose le football club de Metz à une société monégasque, laquelle réclame paiement de certaines sommes suite à la signature d'un contrat de travail d'un sportif avec ledit club. La cour d'appel relève, en l'espèce, que « les parties sont convenues que les règles [de la fédération internationale de football] sont applicables au litige et notamment ses articles 1, 11 et 12 »<sup>710</sup>. Commentant cet arrêt, M. Jean-Michel MARMAYOU s'interroge sur l'origine de l'accord des parties : « l'ont-elles fait directement dans leur contrat aux termes d'une clause spéciale ou l'ont-elles fait une fois le litige né, sur le fondement de l'article 12 du Code de procédure civile ? La question reste en suspens »<sup>711</sup>. L'arrêt *Racing club de Lens* fait état de l'application d'un règlement de la fédération internationale de football (FIFA) par la cour d'appel de Douai au motif que « le caractère obligatoire [...] de ce Règlement et son application dans les rapports entre les parties ne fait l'objet d'aucune discussion ni d'aucune contestation en l'espèce ; il est ainsi constant que ce Règlement régit les transferts internationaux de joueurs professionnels de football »<sup>712</sup>. Dans cette situation, aucune mention n'est faite d'un choix de loi, ou de l'application d'une règle de conflit de lois. Ceci autorise, en écho à l'arrêt *Semoland*, à formuler une fois encore l'hypothèse d'un contrat sans loi, laquelle est renforcée par l'affirmation de la cour d'appel : le règlement FIFA « régit les transferts internationaux ».

335. Une autre analyse est possible : le litige oppose un club français et un club suisse, à propos du transfert d'un joueur de nationalité brésilienne. L'internationalité implique, en raison du conflit de lois généré, que soit déterminée la loi applicable. Or, aucune trace d'un tel raisonnement ne s'observe : il semble que la cour d'appel admette implicitement l'exclusion des règles de conflit de lois et des droits étatiques en raison de « l'accord » des parties sur l'application du règlement FIFA, lequel « ne fait l'objet d'aucune discussion ni d'aucune contestation ». Une forme nouvelle de réception du droit non-étatique émerge : lorsque les parties fondent exclusivement leur argumentaire sur une

---

<sup>709</sup> Sur la prohibition du contrat sans loi par le droit positif : *infra* nos 463 et s.

<sup>710</sup> CA Metz, ch. 1, 30 juin 2011, RG n° 09/01240 et n° 11/00388, *Association football club de Metz*, *Cab. dr. sport*, 2011, n° 25, p. 120, obs. J.-M. MARMAYOU.

<sup>711</sup> *Ibid.*, spéc. p. 123.

<sup>712</sup> CA Douai, ch. 2, sect. 2, 26 mars 2009, n° 08/01418, *Cab. dr. sport*, 2009, n° 18, p. 39, note F. BUY (nous soulignons).

règle non-étatique (arrêt *Semoland*), s'accordent sur son application (arrêt *Association football club de Metz*) ou s'abstiennent d'en contester l'application (arrêt *Racing club de Lens*), le juge prend acte de cet accord, ici qualifié « d'accord procédural tacite », et non assimilable à un contrat sans loi<sup>713</sup>.

336. À supposer que tel ait été le mécanisme utilisé en l'espèce, soulignons son originalité : certes, l'arrêt *Hannover International* admet un accord procédural résultant d'une invocation commune de la loi française dans les conclusions respectives des parties<sup>714</sup>, mais, il est de jurisprudence constante que l'accord procédural permet exclusivement aux parties, en présence de droits disponibles, de : « demander l'application d'une loi différente de celle désignée »<sup>715</sup>, précisément, de demander l'application d'une *loi étatique*. De surcroît, l'accord procédural apparaît limité à une application de la *lex fori*<sup>716</sup>. Retenir un accord portant sur des règles non-étatiques met conséquemment en cause une jurisprudence constante, et constitue, plus largement, une modification profonde de la nature de l'accord procédural, modification n'ayant jamais, à notre connaissance, été défendue ou même suggérée<sup>717</sup>.

---

<sup>713</sup> Depuis les réflexions de M. Paul LAGARDE sur l'accord procédural (*Rev. crit. DIP* 1990. 316, note sous Cass., 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1989, n° 87-13.020, *de Baat*), la distinction entre accord sur la loi applicable au fond du litige, dont le contrat est sans loi est une déclinaison, et accord procédural peut être opérée sur plusieurs dimensions. Premièrement, la validité matérielle du choix de loi est appréciée à l'aune de la loi choisie pour l'accord au fond et à l'aune de la *lex fori* pour l'accord procédural. L'objet de l'accord permet, par ailleurs, de distinguer : la loi choisie au fond régit l'ensemble du contrat, la loi objet de l'accord procédural ne concerne que le litige. Enfin, l'accord sur la loi applicable au fond du litige est *constitutif* de la règle de conflit de lois, l'accord procédural est *élusif* de la règle de conflit de lois. Le *mode d'expression de l'accord* ne permet plus d'opérer une distinction entre accord au fond et accord procédural depuis l'abandon de l'exigence d'accord procédural exprès (sur l'ensemble de la question : B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1996, nos 408 et s., p. 248 et s.).

<sup>714</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, n° 95-15.309, *Hannover International*, *Rev. crit. DIP* 1997. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON ; *JDI* 1997. 804, note D. BUREAU, *GADIP*, n° 84 : « un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat ».

<sup>715</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 19 avr. 1988, n° 85-18.715, *Robo*, *Rev. crit. DIP* 1989. 68, note H. BATIFFOL, *D.* 1998 Somm. 345, obs. B. AUDIT : « pour les droits dont les parties ont la libre disposition, celles-ci peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée par la règle de conflit » (nous soulignons) ; Cass., 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, *ibid.* : « les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente » (nous soulignons).

<sup>716</sup> Sur l'application d'une loi étrangère par la conclusion d'un accord procédural : B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité...*, *op. cit.*, nos 480 et s., p. 288 et s. ; D. BUREAU et H. MUIR WAITT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 372 et s., p. 438 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 152, p. 123.

<sup>717</sup> Rapp. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité...*, *op. cit.*, n° 409, p. 249 : « s'il existe un doute quant à la possibilité qu'ont les parties à un accord procédural de désigner une loi étrangère, *il est en revanche certain qu'elles ne peuvent pas se référer à des sources informelles du droit (lex mercatoria, principes généraux du droit)* » (nous soulignons).



337. Ceci précisé, l'utilisation de cette forme d'accord procédural est-elle *a priori* condamnable ? Les principes directeurs du Code de procédure civile enseignent que le procès est l'affaire des parties<sup>718</sup>, et la volonté, plus largement, est une condition nécessaire de l'application du droit non-étatique<sup>719</sup>. Lorsque les deux parties plaident sur le fondement d'une règle non-étatique, ou s'accordent sur son application, la non mise en cause de ce choix par le juge conduit alors à concevoir le mécanisme retenu comme une technique d'application du droit non-étatique. Cette application cependant, requérant accord procédural, ou contrat sans loi, soulève de nombreuses questions, aux regards notamment du respect des règles impératives et de la faisabilité pluridimensionnelle d'un tel mécanisme. L'importance du questionnement invite à développements ultérieurs sur ces dimensions<sup>720</sup>. Soulignons ici que cet arrêt traduit une certaine ouverture des juges à l'égard des règles non-étatiques, indiquons encore que, en l'absence de mécanismes juridiques à disposition, ces juges proposent une solution ne résistant pas à une analyse critique, eu égard à la mise en cause d'une jurisprudence établie, la mise en cause de la prohibition du contrat sans loi, ou encore la déformation des notions utilisées. « À chacun son conflit, à chacun son droit ? »<sup>721</sup>, tel semble être l'enseignement de ces arrêts, et de l'examen de cette première modalité de réception du droit non-étatique fondée sur une manifestation de volonté.

## **B – Une réception du droit non-étatique indépendante de la volonté des parties**

338. Seconde modalité de réception, indépendante de la volonté des parties, l'application immédiate du droit non-étatique est analysée (1.), avant évaluation de sa pertinence (2.).

---

<sup>718</sup> Comp. pour une analyse critique de l'inapplication de la règle de conflit de lois ou de l'inapplication des dispositions substantielles de la loi étrangère sur le fondement de l'art. 12 al. 3 CPC : D. BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. DIP* 1996. 587, spéc. nos 13 et s., spéc. n° 23 : « pour admettre que le juge fasse application d'une règle de droit normalement inapplicable au litige, il serait donc nécessaire de se détacher des dispositions contenues dans les principes directeurs du procès, le fondement de la solution ne pouvant être recherché que dans une règle prétorienne mettant finalement l'article 12, alinéa 3 hors de cause. On notera alors le décalage existant entre le support textuel – en réalité inadéquat – et les solutions jurisprudentielles qui s'en réclament cependant ».

<sup>719</sup> Pour un rapprochement accord procédural / liberté contractuelle : B. FAUVARQUE-COSSON, « L'accord procédural à l'épreuve du temps. Retour sur une notion française controversée », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 263 s., nos 24 et s., p. 278 et s.

<sup>720</sup> Sur l'application du droit non-étatique en tant que *loi* du contrat à titre prospectif : *infra* nos 466 et s.

<sup>721</sup> Expression empruntée à M. Dominique BUREAU, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. DIP* 1996. 587, spéc. n° 49. Rapp. la célèbre formule de M. Jean CARBONNIER : « à chacun sa famille, à chacun son droit » (*Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Défrénois, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 181 et s.).

## 1. – Une application immédiate du droit non-étatique : l'exemple du recours aux Principes Unidroit pour définir le *hardship*

339. L'arrêt *Gabo* constitue un exemple d'application immédiate du droit non-étatique : le litige oppose un vendeur français et un acheteur polonais, le premier invoque un bouleversement de l'économie initiale du contrat et refuse de livrer les marchandises aux prix convenus. La cour d'appel retient l'application de la Convention de Vienne (CVIM) et affirme que cette convention n'exclut pas le *hardship*. Pour le refuser, la cour se réfère à la définition des Principes Unidroit et conclut que le vendeur n'a pas démontré l'existence d'un tel bouleversement<sup>722</sup>. Pour convoquer les Principes Unidroit afin de préciser la définition du *hardship*, deux motifs sont invoqués par les juges du fond : ces Principes forment « un code des contrats internationaux proposé par une organisation internationale interétatique dont sont membres la France et la Pologne qui leur confère une autorité plus importante que les principes du droit européen des contrats [...] qui ne représentent qu'une œuvre doctrinale en comparaison ». La cour ajoute : les Principes Unidroit « conçus pour fournir des solutions aux problèmes du commerce international [...] servent ainsi à interpréter et à compléter comme énoncé dans leur Préambule ». La Cour de cassation confirme, en 2015, le raisonnement tenu par la cour d'appel<sup>723</sup>.

340. L'application de ces règles non-étatiques, indépendamment de la volonté des parties, interroge : évoquée par la cour d'appel, « l'autorité » des Principes Unidroit ne justifie pas leur application. Cet instrument, dont la qualité est certes relevée, demeure *ab initio* inapplicable faute de manifestation de volonté en ce sens<sup>724</sup>. Pour appliquer les Principes Unidroit, les juges du fond refusent de les assimiler aux usages mentionnés par l'article 9 de la Convention de Vienne, renvoyant aux principes généraux évoqués à l'article 7<sup>725</sup>. Trois critiques sont adressées par M. Yves-Marie LAITHIER : les Principes Unidroit ont été créés après la Convention de Vienne, celle-ci ne saurait donc s'en inspirer ; le *hardship* n'est pas un principe général du droit ; l'absence de disposition relative au *hardship* témoigne du rejet de cette notion par la Convention de Vienne, non

---

<sup>722</sup> CA Reims, ch. civ., sect. 1, 4 sept. 2012, n° 11/02698, *SA D21 c. SARL Gabo*.

<sup>723</sup> Cass., com., 17 fév. 2015, n° 13-20.230, *RDC*, 2015/3, p. 458 et s., note Y.-M. LAITHIER. Le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir « privé sa décision de base légale au regard des articles 1131 et 1134 du code civil et *article 6-2 des principes d'Unidroit* » (nous soulignons).

<sup>724</sup> Rappr. pour une application immédiate d'une convention de droit uniforme non ratifiée par le for : Cour de cassation tunisienne, 8 juil. 2010, n° 49986, *Rev. dr. unif.*, 2014/3, p. 365 et s., note F. BOURAOUI.

<sup>725</sup> Applicable en l'espèce, l'art. 7 §2 CVIM dispose : « les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ».

d'une lacune<sup>726</sup>. Prenant ces trois critiques en compte, autorisons-nous à en proposer une quatrième : si l'on accepte la référence à l'article 7 de la Convention de Vienne, ne convient-il pas alors de déterminer la « loi applicable en vertu des règles du droit international privé » préconisé par cet article ? Qualifié de « rapport principal » par les juges du fond, le contrat de vente eût permis, selon la Convention de La Haye de 1955, d'appliquer la loi française en raison de l'établissement du vendeur dans ce pays, laquelle ignorait, à l'époque des faits, le *hardship*<sup>727</sup>. Ce raisonnement alternatif donnait la possibilité au juge de rejeter le *hardship* et de développer un argumentaire susceptible d'emporter la conviction.

341. Arrêt inédit, la Cour de cassation rejette un moyen fondé sur un défaut de base légale, le *hardship*, en l'espèce, n'est pas consacré. La Cour « ne va pas jusqu'à approuver le raisonnement ayant consisté à appliquer les Principes d'UNIDROIT en complément de la CVIM sur le fondement de l'une de ses dispositions »<sup>728</sup>. La portée de l'arrêt *Gabo* apparaît conséquemment limitée, ce qui n'interdit pas d'adresser certaines critiques à l'orientation réalisée.

## 2. – Évaluation critique de la réception du droit non-étatique indépendamment de la volonté des parties

342. Précisons le sens et la portée accordés ici à la critique, car la solution de l'arrêt *Gabo* n'est pas intrinsèquement problématique. En opportunité, l'arrêt doit être approuvé : les Principes Unidroit permettent au juge, grâce à la définition retenue, de préciser la problématique en l'espèce soulevée, celle d'une reconnaissance, ou non, du *hardship*<sup>729</sup>. Les

---

<sup>726</sup> Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, spéc. p. 459. Comp. la Cour de cassation belge intègre les articles des Principes Unidroit relatifs au *hardship* dans les « principes généraux » visés par l'art. 7 §2 CVIM (Cass., civ. belge, 1<sup>re</sup> ch, 19 juin 2009, n° C.07.0289.N, *Scafom International SPRL c. Lorraine Tubes SAS*, RDC 2010/4. 1405, note B. FAUVARQUE-COSSON ; RDC 2011/3, p. 963 et s., note D. PHILIPPE ; D. 2010. 921, spéc. p. 932, obs. Cl. WITZ).

<sup>727</sup> L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations consacre la révision pour imprévision en son article 1195 : *supra* n° 45 et les références citées.

<sup>728</sup> Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*

<sup>729</sup> Rapp. P. DEUMIER, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », D. 2008. 494, spéc. p. 496 : « cette utilisation rhétorique se retrouve naturellement dans certaines décisions de juges étatiques de *common law*, également familiers de ce mode d'argumentation. Elle se trouve enfin dans des décisions de juges de systèmes de droit civil : par exemple, le tribunal de Padoue, par une décision du 10 janvier 2006, définit le lieu de livraison des marchandises pour l'application de Bruxelles I par référence à la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et souligne que la position était confirmée par deux instruments autonomes et non contraignants, les Principes Unidroit et les PDEC ; le Tribunal suprême espagnol (chambre civile), dans un arrêt du 4 juillet 2006, après avoir fait application du principe de bonne foi consacré par le BGB, relève que l'article concorde en substance avec la solution du code civil espagnol et avec les solutions des Principes Unidroit

Principes Unidroit ne sont pas utilisés pour trancher le litige au fond, une telle application de règles non-étatiques, indépendamment de la volonté des parties, ne saurait être prospectivement promue, *a fortiori* généralisée. Justifier l'arrêt *Gabo* par l'adéquation de la règle non-étatique au litige revient à convoquer, au-delà de la technique juridique, une raison sous-jacente, non explicitement exprimée. Dans cette logique, la réception des Principes Unidroit est expliquée par l'adéquation de ces règles, réelle ou supposée, aux litiges à traiter, le choix opéré apparaît un « choix d'opportunité ». Cette orientation contient les germes de dérives qu'il convient de préciser.

343. L'expression de la volonté est une condition requise pour que soit appliqué le droit non-étatique. Le juge doit alors, en conséquence et en principe, s'en tenir et s'en arrêter au respect de cette volonté. Lorsqu'un juge applique une règle non-étatique choisie par les parties, il exerce strictement sa fonction : il n'évalue pas l'adéquation du droit non-étatique à la situation, la volonté explicite des parties est nécessaire et suffisante à l'application de ce droit, et, quelle que soit l'appréciation du juge, elle n'interfère pas<sup>730</sup>. Il en va différemment lorsque le juge applique une règle non-étatique en l'absence de volonté exprimée des parties : la justification devient moins certaine, ceci actualisant une critique adressée aux partisans de la *lex mercatoria*, selon lesquels « l'enracinement » du contrat dans celle-ci conduit à son application<sup>731</sup>. M. Paul LAGARDE énonce à ce titre : « pour un juge étatique, accepter cette volonté d'application (à tout le moins envahissante !) de la *lex mercatoria*, ce serait retirer tout leur sens aux règles de conflit de lois élaborées en matière de contrat »<sup>732</sup>. Une critique présentant un haut degré de similitude se développe à l'égard du droit non-étatique : sur quels critères se fonder ? Quelles règles non-étatiques appliquer ? Quelle prévisibilité pour les parties ? « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi »<sup>733</sup>, la célèbre formule de MONTESQUIEU conserve sa pertinence dans un contexte inter- ou

---

et des PDEC ; encore, un arrêt du 6 novembre 2006 de la Cour suprême de Lituanie applique le code civil lituanien pour la rupture de pourparlers, non sans avoir également relevé la correspondance avec les solutions des Principes Unidroit, de leurs commentaires, et des PDEC » ; I. RUEDA, *Incidence des règles d'Unidroit sur le droit des contrats en Europe*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008, nos 500 et s., p. 298 et s.

<sup>730</sup> Rappr. B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2008, n° 138, p. 72-73 : « Le droit, tous les droits, tend(ent) à diriger la conduite des individus. Cete direction ne sera cependant empruntée par le destinataire de la norme que si ce dernier a une certaine conscience de l'existence de cette norme. Seule cette conscience et la croyance dans l'autorité du droit ou, plus précisément, d'un droit, sont susceptibles d'inciter le destinataire de la norme à se comporter conformément à celle-ci. En contrepoint, *il est donc de l'intérêt des individus que leurs comportements soient appréciés à l'aune de la norme qui leur a permis de les déterminer* » (nous soulignons).

<sup>731</sup> B. GOLDMAN, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241 et s., spéc. n° 21, p. 255.

<sup>732</sup> P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 125 et s., spéc. n° 33, p. 145.

<sup>733</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chap. VI (t. I, GF Flammarion, 1979, p. 301).

transnational : la mission du juge n'est pas d'appliquer des règles dont la sélection serait conditionnée par son évaluation subjective, nécessairement parce que celle d'un sujet, sur des critères de pertinence, de fonctionnalité ou encore de degré estimé de justice sociale<sup>734</sup>. Si les méthodes et outils existants ne permettent pas de désigner les règles qu'un juge évaluerait potentiellement appropriées, ce travail de réforme doit être initié par le législateur, il ne saurait être confié aux tribunaux, sans que surgisse à nouveau le risque d'un gouvernement des juges. Autoriser une libre application du droit non-étatique en l'absence d'expression de la volonté des parties est susceptible de rendre incertains deux paramètres qualifiés d'impératifs majeurs : la sécurité et la prévisibilité.

344. Ces critiques deviennent relatives lorsque l'application du droit non-étatique, certes en l'absence de volonté, est opérée en raison d'un impératif de justice. Une lecture nouvelle de la célèbre affaire *Nike / Kasky* l'illustre, rendant compte de l'ouverture du juge au droit non-étatique. En l'espèce, la Cour suprême de l'État de Californie a opposé à la société Nike la charte que cette société avait unilatéralement adoptée, concernant les conditions de production de ses produits par des sous-traitants<sup>735</sup>. Bien que le litige n'ait pas été tranché au fond, il semble que les juges californiens aient admis qu'une règle non-étatique – charte ou code de conduite – puisse être opposée à son auteur<sup>736</sup>. De nombreux fondements, issus du droit des obligations, sont proposés pour justifier l'opposition de ces règles unilatéralement adoptées aux entreprises<sup>737</sup>. Limitons-nous à

---

<sup>734</sup> Pour une critique du jugement de valeur : B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2010, p. 83 et s. Comp. p. 89 : « Certes les jugements ne sont pas assimilables à des démonstrations logico-mathématiques, conduisant à des résultats certains et incontestables. Mais ils ne sont pas pour autant arbitraires. Entre la démonstration contraignante et le propos arbitraire, il y a place pour le raisonnement et l'argumentation ».

<sup>735</sup> Sur cette affaire : F.-G. TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression : considérations à partir de l'arrêt *Nike v/ Kasky* », *Rev. soc.* 2004. 261. Comp. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, Que sais-je ?, 2009, p. 48 : « la condamnation des *sweat-shops* en Asie du Sud a résulté au moins autant de l'action des ONG, de l'opinion publique et du boycottage des produits importés mené par des consommateurs américains, que de la décision judiciaire ayant retenu à l'encontre de *Nike* la publicité mensongère ».

<sup>736</sup> F.-G. TRÉBULLE, *ibid.*, spéc. n° 5.

<sup>737</sup> Parmi les fondements proposés, on recense une analogie avec les documents publicitaires et leur inclusion dans le champ contractuel, la doctrine se fonde encore sur l'obligation naturelle, l'engagement unilatéral de volonté, les quasi-contrats, voire les sanctions pour publicité mensongère. Sur l'ensemble de la question : F.-G. TRÉBULLE, *Rep. Dalloz de droit des sociétés*, Responsabilité sociale des entreprises (entreprise et éthique environnementale), nos 42 et s. ; C. MARZO, « Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux : opportunités, dangers, stratégies », in M.-A. MOREAU, H. MUIR WATT et P. RODIÈRE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2010, p. 207 et s., spéc. p. 212 et s. Comp. F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995. 509. L'application de ces textes est retenue sur le fondement contractuel, en attestent les arrêts rendus au visa de l'art. 1134 C. civ. (Cass., 1<sup>re</sup>, 12 juin 1990, n° 88-12.364, *Lexilaser* : « attendu qu'en se déterminant ainsi, sans se prononcer sur la portée de l'article III [du contrat] qui, pour définir la "sécurité" procurée aux clients de la société Aréo-Feu, se réfère non seulement à la réglementation actuelle mais encore aux

cette observation : à l'initiative de l'entreprise et unilatéralement adoptée, la charte devient un instrument de contrôle de l'activité des sous-traitants, la société commanditaire est potentiellement responsable des conditions de production qu'elle s'est engagée à garantir. Ainsi conçue, la responsabilité sociale des entreprises est susceptible de constituer un terrain d'expression fécond pour le droit non-étatique, la fermeture de l'ordre juridique cédant devant un impératif de Justice<sup>738</sup>. Cependant, à défaut d'arguments justifiant l'opposabilité de la charte à son auteur, des critiques similaires à celles développées *supra* se renouvèlent : l'impératif de Justice commandant l'application du droit non-étatique demeure en dépendance de l'interprétation des juges, son potentiel d'effets négatifs sur l'activité économique ne pouvant par ailleurs être écarté<sup>739</sup>.

345. Pour conclure sur la réception ponctuelle du droit non-étatique par les juges étatiques, aucune ligne directrice ne semble se dégager. Deux éléments sont observables : la faible quantité des arrêts, confirmant les conclusions de nombreux auteurs<sup>740</sup>, et

---

recommandations de l'assemblée plénière des sociétés d'assurances, la cour d'appel a violé le texte susvisé »).

<sup>738</sup> Rapp., pour une mise en cause d'une protection adéquate des consommateurs par les droits étatiques, T. SCHULTZ, « Postulats de justice en droit transnational et raisonnements de droit international privé. Premier balisage d'un champ d'étude », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Lexisnexis, 2013, p. 417 et s., spéc. n° 3, p. 426 : « L'argument selon lequel une application "dans les règles" du droit étatique constitue nécessairement la meilleure façon de protéger les consommateurs, bien que ce soit *a priori* une marque de bon sens, semble ainsi réfuté [...] Le postulat selon lequel le "droit" de la consommation doit nécessairement être du *droit étatique* semble mériter une remise en question » (nous soulignons).

<sup>739</sup> Sur les conséquences économiques, l'absence de communication et l'effet de glaciation (*chilling effect*) redouté : F.-G. TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression... », *op. cit.*, spéc. n° 7.

<sup>740</sup> Pourtant emblématiques des manifestations du droit non-étatique, les Principes Unidroit ne sont, en pratique, que rarement appliqués ou même mentionnés par les juridictions étatiques et ce malgré une attention doctrinale soutenue (J.-P. BERAUDO, « L'application des Principes UNIDROIT par les tribunaux étatiques et supranationaux », in *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, Publication CCI, 1995, p. 217 et s. ; D. TALLON, « L'application des Principes UNIDROIT par les tribunaux étatiques », in *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, Publication CCI, 1995, p. 243 et s. ; E. S. DARANKOUM, « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », *Revue juridique Thémis*, 2002, n° 36, p. 421 et s. ; P. DEUMIER, « Les Principes Unidroit ont 10 ans : bilan en demi-teinte », *RDC*, 2004/3, p. 774 et s. ; L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Non-national rules and conflicts of laws », *Riv. dir. inter. pri. e proc.*, 2012/3, vol. 48, p. 841 et s., spéc. p. 842 et s.). En 2008, M<sup>me</sup> Pascale DEUMIER relève deux arrêts de la cour d'appel de Grenoble, dont le président était membre du groupe de rédaction des Principes Unidroit (P. DEUMIER, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008. 494, spéc. note 12). Le premier arrêt utilise ces principes pour résoudre le conflit entre deux clauses contractuelles, au détriment de celle qualifiée de clause-type (CA Grenoble, ch. com., 24 janv. 1996, *Société Harper Robinson c. Société Internationale de maintenance SIMR*, JDI 1997. 115 obs. Ph. KAHN : évoque l'art. 2.21 Principes Unidroit (1994) et affirme « il est de principe, en droit du commerce international, que, en cas d'incompatibilité entre une clause type et une clause qui ne l'est pas, cette dernière l'emporte »). Le second évoque les Principes Unidroit pour renforcer l'autorité de sa solution en faveur de la théorie dite de la réception de l'offre ou de la notification (CA Grenoble, ch. com., 7 mai 1997, *Société Salice Occhiali c. Mutte* : « il est d'usage dans les contrats du commerce international d'appliquer le système de la réception, une telle

l'absence d'utilisation des règles du droit international privé quand le droit non-étatique est reçu. Ceci est à souligner : dépourvus d'outils adéquats pour appliquer le droit non-étatique, les juges développent des raisonnements, fréquemment à l'état implicite, résistant peu à une analyse critique. Ce diagnostic ne contribue pas à supposer un renforcement des liens entre le droit international privé et les problématiques générées par le droit non-étatique<sup>741</sup>.

## §2 – L'absence de réception du droit non-étatique : le rejet de principe des juges français

346. La première phase de l'examen des solutions retenues est centrée sur les rares arrêts des juridictions judiciaires rejetant explicitement le droit non-étatique (A). Rappelons, par ailleurs, qu'en droit français, la majorité des fédérations sportives sont délégataires d'une mission de service public autorisant l'exercice de prérogatives de puissance publique. À ce titre, et conformément aux conditions de l'arrêt *FIFAS*, les actes administratifs posés en vertu de ladite délégation relèvent de la compétence du juge administratif<sup>742</sup>. Si cette répartition des compétences entre juge judiciaire et juge administratif est parfois source de difficultés<sup>743</sup>, la compétence de l'ordre administratif permet au juge de connaître des litiges sportifs<sup>744</sup>, lors desquels il refuse, de façon constante, tout effet aux règles non-étatiques extérieures à l'ordre juridique français (B).

---

solution étant d'ailleurs consacrée par l'article 1 9 2 d'UNIDROIT »). Rapp. L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Non-national rules and conflicts of laws », *Riv. dir. inter. pri. e proc.*, 2012/3, vol. 48, p. 841 et s., spéc. p. 842 et s. et p. 848 et s. ; R. MICHAELS, « The Re-statement of Non-state Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *The Wayne Law Review*, vol. 51, 2005, p. 1209 et s. ; S. L. SCHWARCZ, « Private Ordering », *Northwestern University Law Review*, vol. 97, 2002, p. 319 et s., spéc. p. 324 et s.

<sup>741</sup> Rapp. pour un constat similaire à propos de l'inaptitude de la méthode conflictuelle à justifier l'application des sources informelles : D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, nos 917 et s., p. 608 et s. et nos 928 et s., p. 615 et s.

<sup>742</sup> CE, 22 nov. 1974, n° 89828, *Fédération des industries françaises d'articles de sport (FIFAS)* : « dans le cas où ces fédérations prennent, en application de la délégation ainsi consentie, des décisions qui s'imposent aux intéressés et constituent l'usage fait par elles de prérogatives de puissance publique qui leur sont conférées, lesdites décisions ont le caractère d'actes administratifs ». Sur la qualification d'acte administratif : G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 180 et s.

<sup>743</sup> CE, 19 mars 2010, n° 318549, *Chotard*, *AJDA* 2010. 1443, note J.-C. LAPOUBLE : rejette la compétence du juge administratif au motif que : « la décision par laquelle le conseil fédéral d'appel de la Fédération française de cyclisme, association de droit privé, a infligé, en statuant sur la demande de l'Union cycliste internationale, association de droit suisse dont la Fédération française de cyclisme est membre et en faisant application des dispositions du règlement du contrôle antidopage de l'Union cycliste internationale, une sanction disciplinaire à M. A. à raison de faits commis à l'occasion d'une compétition qui ne s'est pas déroulée sur le territoire national, n'a pas été prise dans le cadre de la mission de service public confiée à la Fédération française de cyclisme en vertu de l'article 17 de la loi du 16 juillet 1984 et ne présente, par suite, pas le caractère d'un acte administratif ».

<sup>744</sup> B. FOUCHER, « Les litiges sportifs et le juge administratif », in *Mélanges Daniel LABETOULLE. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2007, p. 361 et s. ; C. MAUGUÉ,

## A – L'absence de réception du droit non-étatique par les juridictions de l'ordre judiciaire

347. Les développements précédents, consacrés à la réception du droit non-étatique par les juges français, sont susceptibles de construire une représentation excédant la réalité : rappelons que les arrêts relatifs au droit non-étatique, bien qu'en développement, demeurent rares, et le deviennent encore plus s'agissant de rechercher une exclusion explicite, et explicitée, du droit non-étatique. La faible quantité conséquente des arrêts mentionnés ne modifie pas l'orientation de la démonstration, elle confirme, en creux, la fermeture des juges français au droit non-étatique.

348. À propos des Incoterms édictés par la Chambre de commerce international<sup>745</sup>, la Cour de cassation affirme, dans l'arrêt *Sud Cargos*, que « les parties peuvent déroger librement par des stipulations particulières aux règles de la “vente CAF” et aux règles dites “Incoterms”, lesquelles résultent uniquement des usages commerciaux »<sup>746</sup>. Cet arrêt atteste du refus d'appliquer des règles non-étatiques au litige en l'absence de référence expresse des parties. Réitérons : ces règles non-étatiques sont *ab initio* dépourvues d'impérativité, seule une référence contractuelle confère au droit non-étatique une impérativité, au sens de l'adage *pacta sunt servanda* (article 1134 du Code civil), dont les effets sont limités aux seules parties au contrat<sup>747</sup>. Ceci explique que la Cour de cassation n'hésite pas à se référer aux Incoterms pour déterminer le lieu de livraison quand celui-ci « ressort en l'espèce d'une disposition spéciale du contrat de vente matérialisant l'accord des parties »<sup>748</sup>.

---

« L'arbitre du Palais-Royal et le contentieux sportif fédéral », in *Mélanges Bruno GENEVOIX. Le dialogue des juges*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 763 et s.

<sup>745</sup> Sur la réception des Incoterms par le juge étatique : E. JOLIVET, *Les Incoterms : étude d'une norme du commerce international*, Lexisnexis, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2003, n<sup>os</sup> 432 et s., p. 408 et s.

<sup>746</sup> Cass., com., 2 oct. 1990, n<sup>o</sup> 88-17.506, *Société Sud Cargos*. Comp. Cass., com., 19 fév. 2013, n<sup>o</sup> 11-28.846, *Peschaud c. Yaknoo*, *JDI* 2013. 1167, note C. LEGROS ; *Rev. crit. DIP* 2013. 638, obs. J.-P. RÉMERY ; *D.* 2013. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE : ne tient pas compte d'un Incoterm, malgré l'insistance du pourvoi, pour déterminer la compétence du juge et approuve la cour d'appel d'avoir établi un lien caractérisé avec le juge étranger.

<sup>747</sup> Comp. CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 4 sept. 2012, n<sup>o</sup> 11/02214 : « Les Incoterms se rapportent exclusivement aux conditions de vente internationales, pour codifier certaines des obligations réciproques entre vendeur et acheteur ; ils n'ont pas vocation à s'appliquer au contrat de transport ou de commission de transport, indépendants du contrat de vente ; l'Incoterm choisi entre vendeur et acheteur d'une marchandise à transporter, comme condition de la vente, est par nature inopposable au commissionnaire qui y est étranger, pour l'opération de transport qui lui est confiée » (nous soulignons).

<sup>748</sup> Cass., com., 22 mars 2011, n<sup>o</sup> 10-16.993, *D.* 2011. 1024, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2434, obs. L. D'AVOUT ; *D.* 2012. 1144, obs. Cl. WITZ (nous soulignons).



349. Par ailleurs, est à signaler une jurisprudence constante, refusant d'annuler divers contrats conclus par des sportifs, pour défaut d'affiliation à une fédération sportive internationale ou violation d'un règlement édicté par une fédération<sup>749</sup>. Cette jurisprudence indique le refus d'une prise en compte du droit non-étatique pour apprécier la validité d'un contrat, selon la formule de la cour d'appel d'Aix : « aucune disposition légale ou réglementaire ne conditionne la validité du contrat à la qualité de licencié de la [fédération internationale de football] »<sup>750</sup>.

350. Une troisième illustration, comparative, achève l'examen : dans les années 1980 et 1990, Berthold GOLDMAN, favorable à une application immédiate, une « application directe » de la *lex mercatoria*<sup>751</sup>, relève qu'aucun arrêt de principe ne consacre cette possibilité<sup>752</sup>. La situation a-t-elle évolué, concernant cette notion dont la définition n'est pas stabilisée<sup>753</sup> ? Depuis le jugement du Tribunal de commerce de Nantes<sup>754</sup>, unique exemple à ce jour recensé, aucun arrêt ne mentionne explicitement la *lex mercatoria* ou ne l'applique pour trancher le litige<sup>755</sup>.

## **B – Le rejet systématique du droit non-étatique par les juridictions de l'ordre administratif**

351. La compétence du juge administratif, en raison d'une délégation de service public octroyée à certaines fédérations sportives, invite à l'étude de la réception du Code mondial antidopage (1.) et des règles non-étatiques créées par les fédérations sportives internationales (2.).

---

<sup>749</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 304, p. 154, note 54.

<sup>750</sup> CA Aix, ch. civ. 11, 17 avr. 2002, n° 00/14683, *Association Proform Conseil / Souloy* : « Il y a lieu tout d'abord de constater la régularité du contrat de mandat dont il était soulevé en première instance, la nullité pour défaut d'affiliation à la FIFA. En effet, aucune disposition légale ou réglementaire ne conditionne la validité du contrat à la qualité de licencié par la FIFA ».

<sup>751</sup> B. GOLDMAN, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241 et s., spéc. n° 21, p. 255.

<sup>752</sup> *Ibid.*, n° 21, p. 255 : l'auteur se borne à rappeler l'arrêt *Messageries Maritimes*, lequel a admis la validité de la clause-or, selon lui, « par application directe d'une règle du droit transnational ».

<sup>753</sup> Sur les différentes acceptions de la *lex mercatoria* : *supra* nos 177.

<sup>754</sup> Trib. com. Nantes, 11 juil. 1991, *JDI* 1993. 330, note Ph. LÉBOULANGER. Il est d'ailleurs relevé que ce jugement révèle essentiellement un « effet pervers d'entraînement » lié à l'intensité du débat sur la *lex mercatoria* (S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, Recherches juridiques, 2004, n° 131, p. 93).

<sup>755</sup> M. Filali OSMAN note que l'application de la *lex mercatoria* par les juridictions françaises n'est pas forcément directe : sans se fonder, ni même évoquer la *lex mercatoria*, il est possible qu'un juge tienne implicitement compte de certains de ses usages ou principes pour trancher le litige (*Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 313 et s.).

## 1. – Le rejet du Code mondial antidopage en l'absence de renvoi du Code du sport

352. Le Code mondial antidopage a été évalué *supra* comme l'expression contemporaine la plus aboutie d'un droit mondialisé, unifié, commun aux États et diverses organisations instituées du monde sportif<sup>756</sup>. Rappelons encore que la Convention contre le dopage dans le sport, signée par près de deux cents États, ne rend pas le Code obligatoire pour les États signataires, mais leur impose d'adopter « des mesures appropriées aux niveaux national et international qui soient conformes aux principes énoncés dans le Code ». Le Conseil d'État affirme conséquemment l'absence d'effet direct du Code mondial antidopage : « Les stipulations du code mondial antidopage, qui constitue le premier appendice de la convention internationale contre le dopage dans le sport, *ne produisent pas d'effets entre les États ni, par voie de conséquence, à l'égard des particuliers* et ne peuvent donc pas être utilement invoquées, à défaut de tout renvoi du code du sport, à l'appui de conclusions tendant à l'annulation d'une décision individuelle ou réglementaire »<sup>757</sup>. Selon le juge administratif, le Code mondial antidopage doit être transposé par l'action du législateur pour produire effet dans l'ordre juridique français.

353. Précisons cependant que la référence au droit non-étatique est parfois générale : le Code du sport indique, par exemple, que les analyses, en matière de lutte contre le dopage, sont réalisées « conformément aux normes internationales »<sup>758</sup>. Selon le Conseil d'État, dans l'ensemble des « normes internationales rendues applicables en droit interne par [le Code du sport] », figure « le Standard international pour les laboratoires adoptés [...] par l'Agence mondiale antidopage »<sup>759</sup>. Il semble donc que le Conseil d'État se satisfasse d'une transposition générale, si ce n'est d'un renvoi « implicite »<sup>760</sup> de l'ordre juridique français aux règles non-étatiques.

354. Lors de l'arrêt *Agence mondiale antidopage*, le Conseil d'État énonce encore : « selon les articles 3 et 4 de la convention internationale contre le dopage dans le sport, les États parties s'engagent à adopter des mesures conformes aux principes énoncés dans le

---

<sup>756</sup> Sur le Code mondial antidopage : *supra* n° 103.

<sup>757</sup> CE, 28 oct. 2009, n° 327306, *Schumacher*, D. 2010. 400, spéc. p. 402, obs. J.-F. LACHAUME ; *Cab. dr. sport*, 2009, n° 18, p. 82, note F. COLIN (nous soulignons) et CE, 23 oct. 2009, n° 321554, *Davitiani*, *Cab. dr. sport*, 2009, n° 18, p. 95, note F. COLIN.

<sup>758</sup> C. sport., art. R232-43, al. 2.

<sup>759</sup> CE, 28 oct. 2009, *op. cit.* ; CE, 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 334372, *Agence mondiale antidopage*, D. 2011. 703, spéc. p. 706, obs. P. ROCIPON ; *Cab. dr. sport* 2011, n° 25, p. 154 et s., obs. M. PELTIER ; CE, 29 avr. 2013, n° 356642, *Denis*, D. 2014. 396, spéc. p. 400, obs. Ch. DUDOGNON.

<sup>760</sup> M. PELTIER, « Le nouveau code mondial antidopage », *LPA*, 30 sept. 2014, n° 195, p. 5 et s., spéc. n° 32, note 40.

code mondial antidopage [...] et à en respecter les principes ». Et poursuit : « il résulte de l'article 13 de ce code que [l'Agence mondiale antidopage] a vocation à faire “appel” des décisions prises par les instances nationales chargées de la lutte contre le dopage »<sup>761</sup>. À la différence des arrêts précités, les juges administratifs réalisent, pour la première fois semble-t-il, « une application directe d'une [disposition du Code mondial antidopage] sans que celle-ci ait fait l'objet d'un renvoi dans le Code du sport »<sup>762</sup>.

355. La portée de cet arrêt demeure cependant incertaine, le Conseil d'État ayant ultérieurement accordé sa considération à... sa solution antérieure : « Le texte du Code et la version la plus récente des appendices 2 et 3 sont reproduits à titre d'information et ne font pas partie intégrante de la présente Convention. Les appendices, en tant que tels, ne créent aucune obligation contraignante en droit international pour les États parties »<sup>763</sup>. Les juges ont encore affirmé, dans l'arrêt *Fédération nationale des syndicats de sportifs*, que « les standards internationaux de contrôle établis par l'Agence mondiale antidopage sont dépourvus d'applicabilité en droit interne »<sup>764</sup>. Le Conseil d'État refuse donc que les règles non-étatiques produisent effet dans l'ordre juridique français. La juridiction administrative reconnaît l'existence formelle de ces règles et se limite à prendre acte de cette existence, ce que confirme l'étude des règles édictées par les fédérations sportives internationales.

## **2. – Le rejet des règlements sportifs édictés par une fédération sportive internationale**

356. La position du Conseil d'État sur la réception des règles non-étatiques créées par les fédérations internationales est perceptible dès les arrêts *Broadie* et *Bunož*<sup>765</sup>. Deux commissaires du gouvernement affirment que, faute de personnalité juridique de droit international, les fédérations sportives internationales ne peuvent créer des normes obligatoires pour les États. M. Bruno GENEVOIX déduit : « Il s'ensuit que les règlements édictés par une fédération internationale ne s'appliquent pas *de plano* et sans condition en

---

<sup>761</sup> CE, 1<sup>er</sup> déc. 2010, *op. cit.*

<sup>762</sup> P. ROCIPON, *ibid.*

<sup>763</sup> CE, 18 juil. 2011, n° 338390, *Thion*, D. 2012. 704, spéc. p. 707, obs. Ch. DUDOGNON ; LPA, 15 mai 2012, n°97, p. 3 et s., obs. B. BRIGON et CE, 29 avr. 2013, n° 356642, *Denis*, D. 2014. 396, spéc. p. 400, obs. Ch. DUDOGNON.

<sup>764</sup> CE, 9 juil. 2014, n° 373304, *Fédération nationale des syndicats de sportifs*, D. 2015. 394, spéc. p. 398, obs. P. ROCIPON.

<sup>765</sup> CE, 16 mars 1984, n° 41438, *Broadie*, D. 1984. 317, concl. B. GENEVOIS ; AJDA 1984. 531, chron. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFRE ; D. 1984. IR. 185, obs. F. ALAPHILIPPE ; JCP 1985. II. 20429, note P. COLLOMB ; CE, ass., 23 juin 1989, n° 101894, *Bunož*, concl. J.-P. FAUGÈRE, D. 1990. 276, obs. J.-C. BONICHOT. Pour un exposé complet : F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, 2007, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, p. 487-488.

droit interne »<sup>766</sup>. Le propos antérieur de M. Jean-Pierre FAUGÈRE était déjà sans équivoque : « Les fédérations ne se distinguent pas de la multitude des organisations non gouvernementales auxquelles la doctrine dénie toute autre prérogative que celle de régir leur fonctionnement interne »<sup>767</sup>.

357. L'arrêt *Association Brest-Armorique* confirme cette position du Conseil d'État : un transfert de joueur ratifié par la fédération internationale de football (FIFA) ne dispense pas l'association requérante de respecter les règlements sportifs applicables en France<sup>768</sup>. Cette ratification, « simple décision d'un organisme privé international », ne constitue pas un acte juridique de droit international et ne s'impose donc pas à la fédération française<sup>769</sup>. Deux arrêts s'inscrivent encore dans cette conception : l'arrêt *Belval* affirme qu'une fédération française organisant une compétition internationale doit faire prévaloir son propre règlement sur celui de la fédération internationale<sup>770</sup> ; l'arrêt *Chamois niortais* indique qu'une circulaire adoptée par la FIFA « n'était pas de nature à dispenser ce club du respect des règlements qui s'appliquent, en France »<sup>771</sup>.

358. Le refus d'appliquer ces règles non-étatiques créées par les fédérations internationales résulte de l'absence d'effet contraignant pour les États. Le Conseil d'État affirme que « Les fédérations sportives internationales sont soumises à la législation de l'État où chacune d'elles a son siège et les règlements qu'elles édictent ne s'appliquent pas

---

<sup>766</sup> B. GENEVOIS, *ibid.*

<sup>767</sup> J.-P. FAUGÈRE, *op. cit.* Rapp. J.-M. GALABERT, *AJDA* 1977. 139, spéc. p. 143 (concl. sous CE, 26 nov. 1976, n° 95262, *Fédération française de cyclisme*) : « Ceci vous dispensera de prendre parti sur le point de savoir dans quelle mesure vous pourriez fonder votre décision, si vous admettiez la compétence liée, sur l'article 37 des règlements de l'U.C.I. [fédération internationale de cyclisme], c'est-à-dire sur un article des statuts d'une association étrangère, probablement de droit suisse ; la difficulté est d'autant plus sérieuse que les statuts de la Fédération française de cyclisme, s'ils comportent des allusions à l'appartenance de la fédération à l'U.C.I., ne reproduisent pas la règle d'applicabilité en France des sanctions prononcées à l'étranger qui résulte de l'article 37. Le principe posé à l'article 37 procède certes d'une heureuse collaboration internationale des fédérations [...] mais il reste la difficulté de préciser à quelles conditions une telle règle peut être accueillie dans une décision juridictionnelle française » (nous soulignons).

<sup>768</sup> CE, 12 mai 1989, n° 97144, *Association Brest-Armorique*, D. 1990, Somm., 276 obs. J.-F. LACHAUME ; *AJDA* 1989. 429, chron. E. HONORAT et E. BAPTISTE : « la circonstance que la Fédération internationale de football association ait notifié aux fédérations nationales paraguayenne et française qu'elle ratifiait le transfert de ce joueur du club "Amérique de Cali" au club "Brest-Armorique FC", décision qui était "obligatoire et sans appel", n'était pas de nature à dispenser l'association requérante du respect des règlements, dont la légalité n'est pas contestée, qui s'appliquent en France à la participation aux championnats de joueurs étrangers ; que le moyen tiré de la méconnaissance de l'injonction adressée par la Fédération internationale et des sanctions encourues par la fédération française de football pour ne l'avoir pas appliqué est inopérant ».

<sup>769</sup> J.-F. LACHAUME, *ibid.*, spéc. n° 2 *in fine*.

<sup>770</sup> CE, 30 oct. 1996, n° 126852, *Belval*, D. 1997. 196, obs. J.-F. LACHAUME.

<sup>771</sup> CE, 3 avr. 2006, n° 282093, *Chamois niortais FC*, D. 2007. 2346, spéc. p. 2350, obs. Ch. DUDOGNON ; *Rev. jur. éco. sport* 2006, n° 81, obs. J.-F. LACHAUME ; *Cab. dr. sport* 2006, n° 4, p. 9, note J.-M. DUVAL ; *Gaz. Pal.*, 15 août 2006, n° 227, p. 4, note A. PEYNY et P. POLÈRE.

dans le droit interne français »<sup>772</sup>. Réitérée par les juges de l'ordre administratif, cette solution, actuellement de principe, conclut à « l'absence d'effet direct en droit interne de la réglementation des fédérations sportives internationales »<sup>773</sup>.

359. Ce refus de principe du juge administratif s'analyse encore au regard de l'organisation pyramidale du sport mondial. Rappelons qu'au sein de chaque discipline sportive, cette pyramide est dominée par la fédération internationale à laquelle sont affiliées les fédérations nationales. Cette affiliation oblige les fédérations nationales à respecter les règles édictées par la fédération internationale, sous peine de sanctions pouvant aller jusqu'à l'exclusion<sup>774</sup>. L'observation indique cependant une jurisprudence constante : les règles édictées par une fédération internationale ne produisent aucun effet dans l'ordre juridique français, primauté est accordée aux règles adoptées par les fédérations nationales, en vertu de la délégation de service public. Cette fermeture de l'ordre juridique français inscrit les fédérations nationales dans l'ordre de l'indécidable. Quelle que soit la décision prise, elle produit des effets négatifs : ne pas respecter les règles de la fédération sportive internationale les expose à des sanctions ; appliquer les règles de cette fédération conduit à s'opposer à la jurisprudence du Conseil d'État<sup>775</sup>. L'arrêt *Association Brest-Armorique* en est l'exemple-type : ce club souhaite engager un troisième joueur étranger dans son effectif, engagement, à l'époque des faits, proscrit par le règlement de la fédération française de football. La fédération internationale donne son autorisation, mais le transfert est refusé car « les fédérations qui ont reçu délégation [...] sont tenues de se conformer aux dispositions réglementaires qu'elles ont elles-mêmes édictées, et ne peuvent y apporter aucune dérogation individuelle si lesdites dispositions n'en prévoient pas expressément la possibilité »<sup>776</sup>.

Dans ces situations que l'on qualifiera *a minima* de problématiques, est-il inadmissible que le juge français applique les règles créées par la fédération internationale, aux fins de satisfaire à l'organisation des compétitions, respecter la structure du mouvement sportif, éviter toute sanction de la fédération nationale ? Une orientation de cette nature indiquerait l'existence d'une volonté quant à la recherche et l'optimisation d'une coordination, entre impératifs de l'ordre juridique étatique et

---

<sup>772</sup> CE, avis n° 369.474, 20 nov. 2003, *Cab. dr. sport*, n° 2, 2005, p. 216, note J.-M. DUVAL.

<sup>773</sup> CE, 8 nov. 2006, n° 289702, *Maati*, D. 2007. 924, note S. DION ; *ibid.* 2346, obs. F. PEYER ; CE, 2 fév. 2006, n° 289701. Ces deux arrêts refusent d'annuler une décision de la commission des agents de joueurs, relevant de la fédération française de football, en raison de la contrariété de cette décision à un règlement FIFA.

<sup>774</sup> Sur l'organisation du mouvement sportif : *supra* Chap. 1<sup>er</sup>, Sect. 2, §1, A), 1).

<sup>775</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 193, spéc. p. 148.

<sup>776</sup> CE, 12 mai 1989, n° 97144, *Association Brest-Armorique*, D. 1990, Somm., 276 obs. J.-F. LACHAUME ; *AJDA* 1989. 429, chron. E. HONORAT et E. BAPTIISTE.

impératifs du mouvement sportif. La nécessité de contournement de l'obstacle conduit les fédérations nationales délégataires à transposer les règles de la fédération internationale, afin que celles-ci produisent effet dans l'ordre juridique français, initiant un type nouveau de réception du droit non-étatique par le juge.

\*

360. **Conclusion Section 1** – L'examen de la réception du droit non-étatique par les juges français atteste d'un accueil que l'on qualifiera de réservé. Aucune ligne directrice ne peut être dégagée de l'étude des arrêts rendus par les juges judiciaires : les règles non-étatiques sont, soit immédiatement appliquées, sans détermination de la loi applicable, avec ou sans le consentement des parties, soit rejetées par les juges qui leur dénie toute impérativité faute de mention dans le contrat. La doctrine du juge administratif est plus établie : en l'absence d'action du législateur, les règles non-étatiques, règlements fédéraux et Code mondial antidopage, ne produisent aucun effet dans l'ordre juridique français.

## **Section 2 – L'accueil conditionné du droit non-étatique par l'ordre juridique français**

---

361. Au-delà de l'intervention du juge, la réception du droit non-étatique s'opère par une intervention ponctuelle de l'ordre juridique étatique, dont l'effet est de transformer ce droit en droit étatique, c'est-à-dire en produit de l'ordre juridique français (§1). Cette intervention, nécessaire parce que conditionnant l'application du droit non-étatique, atteste d'une fermeture de principe de l'ordre juridique français au pluralisme juridique (§2).

### **§1 – La nécessaire intervention de l'ordre juridique français : une transformation du droit non-étatique**

362. Par la réception du droit non-étatique, les juges appliquent une règle non-étatique sans en modifier la nature, la transposition modifie la nature de la règle : la règle transposée ne saurait être qualifiée de règle non-étatique, elle est une création de l'ordre juridique étatique. Deux modalités de transposition sont identifiées : l'action des fédérations nationales délégataires d'une mission de service public (A) et l'action du législateur (B).

## A – Transposition du droit non-étatique par l'action d'une fédération nationale sportive délégataire d'une mission de service public

363. Il a été indiqué que les fédérations sportives nationales dites délégataires sont des organes auxquels l'ordre juridique français reconnaît compétence pour régir l'activité dont elles ont la charge. La délégation de service public confiée à ces fédérations autorise l'édition de « règles techniques » pour satisfaire à cette mission<sup>777</sup>, lesquelles sont, en pratique, fixées par une fédération internationale. Or, les règles créées par une fédération internationale « ne s'appliquent pas dans le droit interne français »<sup>778</sup>. Le Conseil d'État précise : « Il est toutefois loisible à une fédération française de reproduire tout ou partie de ces règlements internationaux dans les normes qu'elle édicte et qui reçoivent application dès lors qu'elle détient une délégation »<sup>779</sup>. La transposition des règlements internationaux réalise une « opération de transmutation qui consiste à changer le droit [non-étatique] en droit interne par le biais d'un acte dit de “réception” »<sup>780</sup>. Les fédérations nationales délégataires constituent le « relais juridique »<sup>781</sup> d'une règle non-étatique extérieure à l'ordre juridique français.

364. La solution proposée par le Conseil d'État questionne : le refus d'une réception littéralement immédiate du droit non-étatique par le juge est relativisé par la possibilité donnée aux fédérations délégataires, voire leur invitation, à une transposition de ce droit. Au plan du concret, les fédérations délégataires créent une règle nouvelle, considérée comme produite par l'ordre juridique étatique, et inspirée, voire copiée à

---

<sup>777</sup> C. sport, art. R131-32 et s. Comp. CE, avis n° 369.474, 20 nov. 2003, *Cab. dr. sport*, n° 2, 2005, p. 216, note J.-M. DUVAL : « La mission de service public confiée à une fédération délégataire ne confère pas à celle-ci une simple faculté dont elle serait libre d'user ou de ne pas user mais lui impose de prendre les mesures réglementaires nécessaires pour atteindre l'objet sur lequel porte la délégation ». Antérieurement, l'art. 17 de la loi du 16 juil. 1984 affirmait que chaque fédération « définit, dans le respect des règlements internationaux, les règles techniques propres à sa discipline ». La disparition de cette référence aux règlements internationaux semble traduire un retour à « un positivisme étatique plus marqué » (F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 303, p. 153). Comp. J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 90-91 : « le droit italien dans le paragraphe 1 de l'article 2 du décret législatif du 23 janvier 1999 commande aux fédérations sportives nationales d'exercer leurs missions en harmonie avec les directives des fédérations internationales ».

<sup>778</sup> CE, avis, 20 nov. 2003, *ibid.*

<sup>779</sup> *Ibid.* : « dans le cas où une fédération délégataire se bornerait à reprendre à son compte, pour les rendre applicables en France, les dispositions émanant d'une fédération internationale, elle serait dans l'obligation, si ces normes ne recouvrent pas l'ensemble du champ de compétence qui lui a été dévolu, de les compléter par des dispositions appropriées ».

<sup>780</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 490, adapte les propos de D. ALLAND (*Droit international public*, PUF, 2000, spéc. p. 356) à propos du dualisme entre droit interne et droit international.

<sup>781</sup> CE, *Sport : pouvoir et discipline*, Les études du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, 1991, spéc. p. 24-25.

l'identique, d'une règle non-étatique. Ce procédé permet au juge administratif d'exercer un contrôle de légalité de la règle transposée<sup>782</sup>. Ce détour est-il nécessaire ? Le juge contrôle les règles des fédérations nationales, lesquelles fédérations sont, de par l'affiliation, soumises aux fédérations internationales. Le dispositif ne gagnerait-il pas en simplification, si les règles créées par ces fédérations internationales étaient contrôlées par le juge, au même titre que les règles des fédérations délégataires ? Les règles non-étatiques s'appliqueraient alors immédiatement, *de plano*, dans l'ordre juridique français, et seul un contrôle *a posteriori* garantissant le respect de l'ordre public serait opéré<sup>783</sup>. Le système pris dans sa totalité deviendrait-il un autre système, si le juge, administratif ou judiciaire, contrôlait la règle créée par une fédération sportive internationale produisant effet en France, en lieu et place d'une règle identique adoptée par une fédération nationale délégataire ?

365. Cette proposition lève l'obstacle d'un texte édicté par une fédération internationale extérieure à l'ordre juridique français : un contrôle de la règle non-étatique créée par la fédération internationale sportive dispenserait du procédé de transposition, n'impliquerait pas la fédération nationale hiérarchiquement inférieure, voire obligerait la fédération internationale, en cas de contradiction avec le droit français, à modifier ses règles. L'arrêt *Krabbe* constitue le précédent majeur : la cour d'appel de Munich a annulé une sanction prononcée par une fédération internationale, implantée à Londres, pour contrariété au droit allemand, sans que cette sanction soit reprise par la fédération nationale<sup>784</sup>. Confirmée par le *Bundesgerichtshof*<sup>785</sup>, cet arrêt a contraint de nombreuses fédérations internationales à modifier les règles relatives au dopage, objet de cette condamnation<sup>786</sup>.

---

<sup>782</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 190, p. 145 : « la publicisation entraîne l'application du régime de l'acte administratif unilatéral [...] les fédérations délégataires seront soumises aux "lois" du service public et notamment au principe d'égalité d'accès et de traitement. De même, l'exercice du pouvoir disciplinaire sera subordonné au respect des règles de procédure, en particulier des droits de la défense. De manière générale, les actes administratifs des fédérations délégataires seront soumis au principe de légalité et au contrôle du juge administratif ».

<sup>783</sup> En ce sens : F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 489.

<sup>784</sup> En l'espèce, la fédération internationale d'athlétisme (IAAF) imposait une sanction de quatre années aux athlètes reconnus dopés. La durée de cette suspension a été contestée devant les juridictions allemandes en première instance (*Landgericht München*, 17 mai 1995, *Krabbe c. DLV et IAAF, Spurt*, 4/95, p. 192) puis en appel (OGH München, 28 mars 1996, *Spurt*, 4/96, p. 133) par une sportive de même nationalité, M<sup>me</sup> Katrin KRABBE. Sur cette affaire : J. A. FAYLOR, « The dismantling of a German champion : Katrin Krabbe and her ordeal with the German Track and Field Association and the International Amateur Athletic Federation (IAAF) », *Arbitration International*, 2001, vol. 17, p. 163 et s.

<sup>785</sup> BGH, 16 juin 1997, inédit.

<sup>786</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 473-474 : « la décision d'une "modeste" cour régionale allemande a eu un impact sur l'ensemble du droit transnational antidopage. Un jugement ponctuel et étranger au système s'est imposé dans la *lex sportiva* ».



## **B – Transposition du droit non-étatique par l'action du législateur : le Code mondial antidopage**

366. Le deuxième exemple-type de transposition du droit non-étatique tient à l'action du législateur, lequel décide d'intégrer une règle non-étatique extérieure à l'ordre juridique étatique, situation exceptionnelle dans la pratique française. Il arrive que des législateurs étrangers s'inspirent de règles non-étatiques, en atteste l'adoption des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux par le Paraguay<sup>787</sup>. Les modalités d'intégration du Code mondial antidopage se présentent différemment : la jurisprudence affirmant l'absence d'effet direct de cet instrument<sup>788</sup>, le législateur français intègre et modifie régulièrement son droit interne pour le mettre en conformité avec les dispositions de ce Code.

367. Le processus d'intégration du Code mondial antidopage dans l'ordre juridique français est initié par la Convention internationale contre le dopage dans le sport, convention préparée sous l'égide de l'UNESCO et adoptée le 19 octobre 2005<sup>789</sup>. Selon l'article 3, les États signataires s'engagent à « adopter des mesures appropriées au niveau national et international qui soient conformes aux principes énoncés dans le Code ». La Convention cependant n'expose que l'objet et les modalités de coopération entre États parties pour lutter contre le dopage. Le Code mondial antidopage et les standards internationaux sont reproduits à titre informatif, ne créant « aucune obligation contraignante en droit international pour les États parties »<sup>790</sup>. Chaque État signataire doit modifier son droit interne par l'intermédiaire de lois, règlements, politiques ou pratiques administratives selon l'article 5 de la Convention<sup>791</sup>. Disposant du choix des modalités, les États s'engagent à transposer certaines règles du Code mondial antidopage « sans changement de fond »<sup>792</sup>.

---

<sup>787</sup> Loi n° 5393 de 2015, disponible en espagnol et en anglais sur le site de la Conférence de La Haye ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)) dans la rubrique « législations de mise en œuvre ».

<sup>788</sup> Sur le rejet du Code mondial antidopage par le juge administratif : *supra* nos 352 et s.

<sup>789</sup> S. CHAILLET, « Les nouvelles dispositions relatives au dopage et l'adoption de la Convention Unesco », *AJDA* 2007. 1639.

<sup>790</sup> Convention internationale contre le dopage dans le sport, art. 4 2.

<sup>791</sup> *Ibid.*, art. 5 : « En conformité avec les obligations inscrites dans la présente Convention, chaque État partie s'engage à adopter des mesures appropriées. Ces mesures peuvent comprendre des lois, des règlements, des politiques ou des pratiques administratives ».

<sup>792</sup> CMA, 2015, art. 23.2.2. Comp. CMA, 2015, Introduction, p. 17 : « Les dispositions du Code qui ne sont pas mentionnées à l'article 23.2.2 restent obligatoires quant à leur fond, même si les organisations antidopage ne sont pas tenues de les intégrer sans changement de fond ».

368. Depuis la loi du 5 avril 2006<sup>793</sup>, première manifestation d'une mise en conformité du droit interne appelée à devenir systématique, le législateur français modifie régulièrement le droit français de lutte contre le dopage : en attestent une loi de 2008<sup>794</sup>, un décret de 2009<sup>795</sup>, une ordonnance de 2010<sup>796</sup>, une loi de 2012<sup>797</sup>, une nouvelle ordonnance de 2015<sup>798</sup> et des décrets d'application en 2016<sup>799</sup>. L'originalité de la méthode mérite d'être soulignée : pour la première fois semble-t-il, les États signataires d'une convention internationale s'engagent à modifier leur droit interne pour une mise en conformité avec une réglementation d'origine non-étatique, le Code mondial antidopage<sup>800</sup>.

369. À l'instar de la transposition opérée par les fédérations nationales délégataires, l'intégration de ce Code par l'action du législateur en modifie la nature : cette règle non-étatique est transformée en règle étatique, cette dernière seule produisant effet au sein de l'ordre juridique français. Le refus d'application directe du Code mondial antidopage et l'action ultérieure du législateur questionnent alors à l'identique : le système ne gagnerait-il pas en simplification, si le Code mondial antidopage bénéficiait d'un effet direct en droit

---

<sup>793</sup> L. n° 405-2006 du 5 avr. 2006 relative à la lutte contre le dopage et à la santé des sportifs ; *JO*, 6 avr. 2006, p. 5193 ; *D.* 2006. 2489, obs. S. DION.

<sup>794</sup> L. n° 2008-650 du 3 juil. 2008 relative à la lutte contre le trafic de produits dopants ; *JO*, 4 juill. 2008, p. 10715, J.-C. LAPOUBLE, « La nouvelle loi sur le dopage : une loi de plus ou une loi de trop ? À propos de la loi du 3 juillet 2008 », *JCP G* 2008. I. 183 ; M. BENILLOUCHE, « Le renforcement de la lutte contre le dopage – Commentaire de la loi n° 2008-650 du juillet 2008 relative à la lutte contre le trafic de produits dopants », *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2008, n° 295, p. 58 et s. ; *LPA*, 20 janv. 2009, n° 14, p. 10 et s., spéc. n° 3, obs. D. PORACCHIA.

<sup>795</sup> Décret n° 2009-93 du 26 janv. 2009.

<sup>796</sup> Ord. n° 2010-379 du 14 avril 2010 relative à la santé des sportifs et à la mise en conformité du Code du sport avec les principes du Code mondial antidopage ; *JO*, 16 avr. 2010, p. 7157 ; *D.* 2011. 703, spéc. p. 705-706, obs. P. ROCIPON ; *LPA*, 12 avr. 2011, n° 72, p. 4 et s., spéc. n° 3, obs. J.-M. MARMAYOU ; J.-C. LAPOUBLE, « Mise en conformité du code du sport avec les principes du code mondial antidopage : *citius, altius, fortius*. À propos de l'ordonnance du 14 avril 2010 », *JCP G* 2010. 524.

<sup>797</sup> L. n° 2012-158 du 1<sup>er</sup> fév. 2012 visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs ; *JO*, 2 fév. 2012, p. 1906 ; *D.* 2013. 527, spéc. p. 531-532, obs. P. ROCIPON.

<sup>798</sup> Ord. n° 2015-1207 du 30 sept. 2015 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer le respect des principes du code mondial antidopage ; *JO*, 1<sup>er</sup> oct. 2015, p. 17597 ; *JCP G* 2015. 1102, obs. A. BOUVET ; M. PELTIER, « La transposition du Code mondial antidopage dans l'ordre juridique interne », *LPA*, 10 fév. 2016, n° 29, p. 12 et s.

<sup>799</sup> D. n° 2016-83 du 29 janv. 2016 portant diverses dispositions relatives à la lutte contre le dopage et D. n° 2016-84 du 29 janv. 2016 relatif aux sanctions disciplinaires en matière de lutte contre le dopage, B. BRIGNON et D. PORACCHIA, « Transposition du Code mondial antidopage : la France durcit le ton ! », *LPA*, 6 juil. 2016, n° 134, p. 10 et s.

<sup>800</sup> Sur l'objectif poursuivi par le CMA et le sens conféré aux termes employés : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 507 (*Harmonisation*) et p. 1050 (*Unification* et *Uniformisation*) ; I. FETZE KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *Rev. dr. unif.*, 2008/2, p. 709 et s., spéc. p. 715 et s. ; A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », in F. OSMAN (dir.) *Vers un code européen de la consommation : codification, unification et harmonisation du droit des États membres et de l'Union européenne*, Bruylant, 1998, p. 35 et s.

français ? La réponse, ici, se nuance : le Code mondial et le programme de lutte antidopage sont régulièrement modifiés par l'Agence mondiale antidopage<sup>801</sup>. Conférer à ces instruments un effet immédiat en droit français implique potentiellement un abandon important de souveraineté et pose à nouveau la question de la légitimité d'un acteur non-étatique à régler librement la lutte antidopage. Bien que l'Agence mondiale antidopage bénéficie actuellement d'une reconnaissance explicite par l'ordre juridique français<sup>802</sup>, le refus de lui conférer toute liberté est renforcé par l'objet de la réglementation : le dispositif de lutte contre le dopage, impliquant notamment des obligations de géolocalisation et de prélèvements sanguins, affecte potentiellement un certain nombre de droits fondamentaux<sup>803</sup>. Le relais des ordres juridiques étatiques et des législateurs nationaux apparaît nécessaire, garantissant le principe, la possibilité *a minima* dans l'abstraction, de l'exercice d'un contrôle sur la teneur de la règle transposée.

370. En pratique, l'observation indique que le contrôle de l'ordre juridique est limité voire absent, altérant le débat démocratique à propos de la lutte contre le dopage. Les discussions et l'adoption à l'unanimité des premières lois de 1965 et 1989 contrastent avec la période actuelle, où la modification du droit français « ne passe plus désormais par l'adoption de lois longuement débattues par le Parlement » et résulte de textes législatifs sans lien direct avec le dopage<sup>804</sup>. Un exemple : l'article 85 de la loi du 21 juillet 2009, « portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires », a habilité le Gouvernement à modifier le droit français par ordonnance, laquelle fut adoptée

---

<sup>801</sup> Parmi les documents composant le programme de lutte contre le dopage, trois versions du Code mondial antidopage se sont succédées : la première de 2003, la deuxième de 2009 et la troisième de 2015. Les premières versions du standard international pour les contrôles et les enquêtes (SICE) et du standard international pour les laboratoires (SIL) de 2009 ont été révisées en 2012 et en 2015.

<sup>802</sup> Depuis la loi n° 2008-650 du 3 juillet 2008, l'Agence mondiale antidopage est expressément reconnue par l'ordre juridique français et mentionnée dans le Code du sport.

<sup>803</sup> Sur les interactions droit non-étatique / droits fondamentaux et la démonstration d'une contrariété potentielle du Code mondial antidopage à certains droits fondamentaux : *infra* nos 788 et s.

<sup>804</sup> L'absence de discussion parlementaire quant à la transposition du Code mondial antidopage est particulièrement regrettée et critiquée (J.-C. LAPOUBLE, « La nouvelle loi sur le dopage... », *op. cit.*, spéc. n° 21; A. BOUVET, *op. cit.*). Selon M. Jean-Christophe LAPOUBLE : « une fois de plus, le Parlement français s'est dépouillé de sa souveraineté sans trop s'interroger quant à la nécessité de légiférer et quant aux effets du texte adopté » (« Tout, tout, tout, tout, tout ; vous saurez tout sur le sportif ! La mise en place du suivi biologique des sportifs », *Cah. dr. sport*, 2012, n° 27, p. 101 et s., spéc. p. 101). L'auteur évoque « un débat bâclé », « à aucun moment, le législateur ne s'interroge sur les risques que peut faire courir au sportif un tel système, ni même sur la proportionnalité des mesures adoptées par rapport à l'objectif poursuivi » (*ibid.*, spéc. p. 102-103). Il affirme même : « entre la loi du 1<sup>er</sup> juin 1989 et l'ordonnance du 14 avril 2010, nous assistons à une dégradation continue du débat démocratique et du rôle du Parlement. En effet, nous sommes peu à peu passés d'un texte discuté longuement et adopté à l'unanimité, à un texte promulgué à la sauvette sous forme d'une ordonnance contenue dans un texte législatif sans rapport avec le dopage. Or le plus inquiétant est que précisément, le dernier texte adopté est porteur de risques plus importants en termes de libertés. Faut-il considérer que la fin justifiait les moyens ou qu'il ne s'agissait que d'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ? » (*Cah. dr. sport* 2011, n° 23, p. 79, spéc. p. 82, note sous CE, 24 fév. 2011, n° 340122, *FNASS*, nous soulignons).

le 14 avril 2010. En raison des atteintes potentielles aux droits fondamentaux, cette transposition quasi-automatique du Code mondial antidopage, sans contrôle effectif, questionne : la célèbre formule « la loi est l'expression de la volonté générale »<sup>805</sup> est-elle ici encore valide ? En matière de lutte contre le dopage, un glissement se serait-il opéré de l'expression de la volonté générale à la volonté de l'Agence mondiale antidopage ? M. Frédéric BUY rappelle : « la source première (*réelle*) de la législation internationale antidopage n'est pas une source étatique, mais une source privée »<sup>806</sup>. L'intervention de l'ordre juridique français pour transposer le droit non-étatique n'est pas nécessairement gage de sécurité, seule une vérification ultérieure, réalisée *a posteriori* ou *ex-post* par les juridictions nationales ou supranationales, permet un contrôle de la règle transposée et, plus généralement, du droit non-étatique. À peine engagé, ce débat reste ici ouvert, mais rendez-vous est pris<sup>807</sup>.

## §2 – Facteurs explicatifs d'une intervention nécessaire de l'ordre juridique français : la persistance d'une fermeture au pluralisme juridique

371. Les deux situations-types convoquées indiquent une ouverture de l'ordre juridique français au droit non-étatique, ouverture relative et en relation de subordination avec cet ordre juridique étatique. Réitérons. Initiée par une fédération nationale délégataire ou l'action du législateur, cette transposition modifie la nature de la règle : le processus est, autorisons-nous à le qualifier ainsi, de nationalisation, la règle non-étatique devient un produit de l'ordre juridique français. La règle non-étatique ne produit pas donc pas, à strictement parler, effet dans l'ordre juridique français, seule la règle nouvelle, issue de ce processus, produit effet.

372. L'étude de ces procédés de transposition du droit non-étatique confirme une intervention systématique de l'ordre juridique étatique, voire introduit la nécessité, pour cet ordre juridique, de transformer la nature du droit non-étatique pour qu'il produise effet<sup>808</sup>. Une question demeure : si cette intervention n'est pas strictement nécessaire, cas des fédérations nationales délégataires, ou ne garantit pas le respect de droits

---

<sup>805</sup> Sur cette formule, notamment reprise par l'art. 6 DDHC : L. ROBERT-WANG, « Volonté générale », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003 p. 1531 et s. Comp. les conclusions critiques de R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Sirey, 1931, p. 215 et s.

<sup>806</sup> F. BUY, « Droit du sport et mondialisation », *RLDC*, 2008, n° 47, p. 57 et s., spéc. p. 58 (nous soulignons).

<sup>807</sup> Sur le contrôle du droit non-étatique par les ordres juridiques supra-étatiques: *infra* nos 722 et s.

<sup>808</sup> Les prémices de ce mouvement sont perçues dès l'arrêt *Valenciana*, lequel affirme : « l'arbitre a statué en droit », à condition qu'il se réfère à « "l'ensemble des règles du commerce dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales" » (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1991, n° 89-21.528, *Valenciana*, *Rev. crit. DIP* 1992. 113, note B. OPPETIT ; *RTD. Com.* 1992, 171, obs. J.-C. DUBARRY et É. LOQUIN, nous soulignons).

fondamentaux, cas du Code mondial antidopage, pourquoi cette constance de la médiation ? À quoi répond-elle ? Hypothèse est faite que ce type de questions renvoie à une problématique de conception de l'ordre juridique, de conservation de présupposés théoriques et de volonté d'exclusivité. D'autres exemples, issus du droit positif et de positions doctrinales, illustrent la nécessité de l'intervention de l'ordre juridique (A) et situent les résultats de l'investigation dans un contexte de fermeture de l'ordre juridique français, fermeture s'analysant au regard d'une pensée positiviste encore dominante (B).

## **A – L'intervention constante de l'ordre juridique étatique en présence de règles qui lui sont extérieures**

373. À fin de mise en perspective comparative, deux situations sont analysées, dans lesquelles l'ordre juridique intervient pour transformer une règle extérieure : une convention internationale, une loi étrangère.

374. Deux types de procédés sont identifiés pour qu'une convention internationale produise effet dans l'ordre juridique étatique : créer une règle étatique reprenant les dispositions de cette convention (théorie dualiste) ou appliquer immédiatement les dispositions de cette convention sans passer par la médiation d'une règle étatique (théorie moniste)<sup>809</sup>. La théorie moniste est jugée irrecevable, M<sup>me</sup> Karine PARROT défend notamment la nécessaire reproduction des « énoncés légaux » de la convention internationale par une règle étatique<sup>810</sup>. En d'autres termes, une action de l'ordre juridique étatique est requise, singulièrement la création d'une « norme étatique d'origine internationale »<sup>811</sup> dont le « contenu normatif » est « distinct de la [convention] internationale »<sup>812</sup>. Cet argumentaire en faveur de la théorie dualiste postule une nécessaire perception de l'ordre juridique étatique comme auteur de la règle, ne serait-ce que formellement<sup>813</sup>. Ceci rejoint l'observation précédemment établie à propos de l'action des

---

<sup>809</sup> P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, Précis, 12<sup>e</sup> éd., 2014, n° 423, p. 449-450.

<sup>810</sup> K. PARROT, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, nos 63 et s., p. 41 et s., spéc. n° 68, p. 47.

<sup>811</sup> *Ibid.* ; P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international...*, *op. cit.*, n° 427, spéc. p. 452.

<sup>812</sup> K. PARROT, *ibid.*, nos 73 et s., p. 50 et s., spéc. n° 74, p. 51. L'auteur se fonde sur un exemple similaire, tenant en référence la Convention de La Haye du 2 oct. 1973 : l'ordre juridique français, sous peine d'engager sa responsabilité internationale, produit une règle nouvelle, laquelle devient une prescription, en l'espèce matérialisée par une règle de conflit de lois sur la responsabilité du fait des produits.

<sup>813</sup> Comp. les observations critiques sur les deux théories : M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges Henri ROLIN. Problèmes de droit des gens*, Pedone, 1964, p. 488 et s. Les deux théories, moniste et dualiste, reposent sur une conception dogmatique de l'ordre juridique : « Chacun est alors par définition indifférent à tout autre ordre, dont les normes sont ainsi réduites au rang de simples faits sans pertinence juridique. De la sorte, il ne peut y avoir qu'une seule alternative : ou se soumettre (monisme, dans lequel l'international prime l'interne) ou s'ignorer (dualisme). Une telle intransigeance fait les grands débats mais aussi les mauvaises querelles, et chaque thèse comporte

fédérations nationales délégataires et du Code mondial antidopage : la transposition est d'ordre mécanique, relevant de l'enregistrement de la règle non-étatique, sans qu'un contrôle approfondi ne s'exerce.

375. Pour rendre compte de ce besoin de l'ordre juridique d'être l'auteur de la règle, développons une seconde analyse comparative au regard d'anciennes théories relatives à l'application d'une loi étrangère par l'ordre juridique du for. Ces théories déniaient toute juridicité aux lois étrangères et, par extension, à toute norme extérieure à l'ordre juridique du for. Roberto AGO énonce : « Une règle ne peut avoir de valeur juridique dans un ordre déterminé, et ne peut y produire des effets juridiques, que lorsqu'on peut la représenter *dogmatiquement* comme le produit d'une source de l'ordre juridique même. Il s'ensuit que si l'on veut qu'une règle quelconque puisse produire des effets dans un ordre juridique donné, il faut que ce dernier contienne un principe en vertu duquel la règle puisse être ramenée dogmatiquement à une source du même ordre juridique, et puisse apparaître de la sorte comme étant une partie de ce dernier »<sup>814</sup>. Ces théories reposent cependant sur l'application d'une règle de conflit de lois, dont la présente investigation ne relève aucune trace, l'action du législateur et des fédérations nationales délégataires ne saurait être assimilée à l'application d'une telle règle de conflit. Critiquées<sup>815</sup>, ces théories fournissent deux éléments intéressant l'investigation et la réflexion : les signes d'une fermeture de principe de l'ordre juridique étatique, la confirmation d'une impérieuse nécessité pour cet ordre juridique de modifier la nature de la règle, pour que celle-ci produise effet. Un impératif d'exclusivité de l'ordre juridique justifie potentiellement la transposition du droit non-étatique, transposition conséquemment jugée nécessaire.

---

sa part d'illusions et d'artifices » (P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international...*, *op. cit.*, n° 424, p. 450). Rapp. H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Rec. cours La Haye*, vol. 14, 1926, pp. 227-332, spéc. p. 263 et s.

<sup>814</sup> R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, pp. 243-469, spéc. p. 303 (nous soulignons).

<sup>815</sup> Plusieurs éléments des théories de la réception sont critiqués : l'exclusivisme de l'ordre juridique (S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), nos 25-27, spéc. p. 77 : « le principe que tout ordre originaire est toujours exclusif doit s'entendre en ce qu'il peut, mais non qu'il doit nécessairement nier la valeur juridique de tout autre »), l'intégration potentielle de tous les autres ordres juridiques étatiques par l'un d'entre eux (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2013, n° 348, p. 327 : « [la théorie de la réception] transforme l'ordre juridique du for en une sorte de *boa constrictor* apte à digérer par petits morceaux il est vrai, les divers systèmes juridiques du monde » et de conclure que cela constitue « une pure vue de l'esprit »), la primauté de la loi du for, contraire au présupposé d'égalité des lois en présence (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), nos 47 et s., p. 104 et s.). Pour une critique générale de cette théorie : P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. nos 212 et s., p. 229 et s.

376. M. Ralf MICHAELS, pour désigner ce processus, emploie plus récemment le terme anglais d'*incorporation* réalisant une « transformation du droit non-étatique en droit étatique »<sup>816</sup>. Le champ d'investigation de l'auteur est circonscrit à l'action des juges, lesquels incorporent, par exemple, la *lex mercatoria* dans la *common law*, affirmant que la première relève de la seconde<sup>817</sup>. L'action du législateur est exclusivement mentionnée quand celui-ci s'inspire d'une norme extérieure, l'acte de transposition d'une règle non-étatique dans lequel le législateur la reprend à l'identique n'est pas étudié<sup>818</sup>. À l'analyse, ce procédé d'*incorporation* apparaît sous-tendu par cette impérieuse nécessité, promue par les théories italiennes et kelsénienne, et permet non seulement d'exprimer mais d'accorder la primauté, voire l'exclusivité, au point de vue de l'ordre juridique étatique. Mais n'y a-t-il pas quelque artifice à vouloir que soit reconnue à l'ordre juridique étatique l'origine de la règle appliquée ?

377. La possibilité n'est pas à écarter, que les procédés de transposition s'analysent enfin par la *delegation* mentionnée par M. MICHAELS, laquelle « transforme le droit non-étatique et le subordonne au droit étatique »<sup>819</sup>. Cette technique indique l'assentiment de l'État, de l'ordre juridique, à la production d'effet d'un droit non-étatique, sous réserve qu'il soit encadré, voire analysé comme un produit de l'ordre juridique étatique<sup>820</sup>. Cette *delegation* concorde avec la transposition opérée par les fédérations nationales : celles-ci bénéficient *stricto sensu* d'une délégation de l'ordre juridique pour créer du droit, ceci incluant une création inspirée d'une réglementation non-étatique. Cette *delegation* concorde encore avec la transposition du Code mondial antidopage dans l'ordre juridique français, bien que résultant de l'adoption d'une convention internationale.

378. Synthétisons ces observations : l'ordre juridique étatique s'ouvre ponctuellement au droit non-étatique. Cette ouverture se réalise au prix d'une transformation du droit non-étatique en produit de l'ordre juridique, par l'action de fédérations nationales sportives délégataires ou du législateur. Il semble que l'intervention systématique de l'ordre juridique étatique dans ces situations réponde à une volonté de conserver l'exclusivité de la production de règles. L'action de l'ordre juridique étatique autorise alors une lecture autre : hypothèse est faite que la constance de son intervention,

---

<sup>816</sup> R. MICHAELS, « The Re-state-ment of Non-state Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *The Wayne Law Review*, vol. 51, 2005, p. 1209 et s., spéc. p. 1231 et s. (traduction libre).

<sup>817</sup> *Ibid.*, spéc. p. 1232 (traduction libre).

<sup>818</sup> Comp. S. L. SCHWARCZ, « Private Ordering », *Northwestern University Law Review*, vol. 97, 2002, p. 319 et s., spéc. p. 324 et s. : évoque des règles d'origine privée adoptées par le législateur (traduction libre).

<sup>819</sup> R. MICHAELS, « The Re-state-ment... », *op. cit.*, spéc. p. 1234 (traduction libre).

<sup>820</sup> *Ibid.* : évoque les conventions collectives, les codes de conduite des entreprises ou encore l'art. 1134 C. civ. lequel érigerait les contrats au statut de lois (traduction libre).

dans les quelques situations concrètes où s'observe une prise en compte de règles non-étatiques, vise *in fine* la transformation de ce droit non-étatique, indiquant, non pas une ouverture ainsi comprise en première analyse, mais une fermeture d'ordre théorique.

## **B – Une fermeture de principe de l'ordre juridique français au droit non-étatique**

379. Les développements précédents, consacrés à ce qui a été qualifié d'ouverture ponctuelle de l'ordre juridique étatique au droit non-étatique, ont généré deux interrogations : pourquoi les règles non-étatiques ne sont-elles pas reçues ou appliquées par les juges français ? Pourquoi une intervention est-elle encore nécessaire pour transformer le droit non-étatique en produit de l'ordre juridique français ? Une hypothèse explicative a été formulée, qu'il s'agit d'étayer, supposant la persistance d'un présupposé théorique selon lequel l'État serait la source unique du droit. Cette fermeture d'ordre théorique est liée à un courant de pensée, le positivisme juridique, lequel rend compte des doctrines énonçant que « le droit résulte de la *volonté* d'un souverain, en qui s'incarne l'appareil étatique »<sup>821</sup> (1.). Cette fermeture d'ordre théorique entraîne une autre, majeure quant à l'orientation de cette étude : une fermeture d'ordre méthodologique des règles du droit international privé (2.).

### **1. – Une fermeture d'ordre théorique de l'ordre juridique français : une pensée positiviste encore dominante**

380. Cette fermeture s'analyse au plan des représentations, des rapports et des conceptions de l'ordre juridique étatique. Elle suggère la prégnance et la persistance de l'idée d'un système juridique centré sur l'État du for, dans lequel l'assentiment de la puissance publique est une condition nécessaire de l'expression d'un pluralisme juridique : « Il importe peu, dans cette perspective, que le contenu des règles juridiques provienne effectivement de la volonté psychique du souverain, mais *il importe beaucoup que ce contenu, en lui-même indifférent, soit approuvé par le souverain* »<sup>822</sup>.

381. Cette conception d'un ordre juridique fermé, replié sur lui-même, est explicitement à l'œuvre dans les écrits de plusieurs auteurs, dont les prémices sont repérées chez Thomas HOBBS, qui établit, au XVII<sup>e</sup> siècle déjà, un lien entre le droit et

---

<sup>821</sup> É. MAULIN, « Positivisme », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadriga, 2003, p. 1171 et s., spéc. p. 1175 (souligné par l'auteur). Comp. p. 1174 : « L'expression *positivisme juridique* souffre d'une grande ambiguïté dans la mesure où elle désigne alternativement un certain type de définition du droit et une certaine conception de la science du droit ». Sur l'influence du positivisme, et la pensée d'Auguste COMTE (p. 1171).

<sup>822</sup> *Ibid.*, spéc. p. 1175 (nous soulignons).



l'action du souverain<sup>823</sup>. Le propos de JHERING, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, est exemplaire de cette orientation partagée : « c'est dans l'État seulement que le droit trouve la condition de son existence »<sup>824</sup>. Convoquons encore et à nouveau la conception de l'ordre juridique de Hans KELSEN, lequel l'assimile en quasi-totalité à l'État<sup>825</sup>, et que Roberto AGO résume ainsi : « Tout ordre juridique originaire est un système de normes exclusif et fermé, dans ce sens : que, pour lui-même, il n'y a rien qui soit hors de lui et qui soit doué de valeur juridique »<sup>826</sup>. Le propos est confirmé par Henri BATIFFOL : « *rare sont les juges prêts à admettre qu'un système juridique n'est pas clos sur lui-même* : l'opinion est fortement enracinée que le droit d'un pays est assez complexe pour qu'on n'aggrave pas les difficultés par l'introduction d'éléments hétérogènes à son développement et dont la valeur sera toujours difficile à interpréter »<sup>827</sup>.

382. En tendance dominante, un ordre juridique peine à reconnaître toute juridicité à une règle dont il n'est pas l'auteur. Le droit n'est pas parvenu à « couper la tête du roi »<sup>828</sup> : il ne parvient pas à penser en dehors de la souveraineté. L'existence factuelle

---

<sup>823</sup> *Ibid.* : « [Thomas HOBBS] est l'un des premiers auteurs à rapporter systématiquement la création de la loi à l'expression d'une volonté souveraine à la présenter ainsi comme un commandement assorti d'une menace [...] "La loi civile, écrit Hobbes, est pour chaque sujet l'ensemble des règles dont la République, par oral, par écrit, ou par quelque autre signe adéquat de sa volonté, lui a commandé d'user pour distinguer le droit et le tort (*Léviathan*, p. 281)" » (nous soulignons). Cette conception du droit ne doit cependant pas occulter que, selon HOBBS, le droit est pour l'individu : « la loi étatique ne tient plus la place que d'un outil. L'État lui-même et toutes les lois qu'il est destiné à produire n'ont été faits que pour servir les intentions des contractants » (M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2001 (réédition)).

<sup>n<sup>os</sup></sup> 77 et s., p. 105 et s., spéc. n<sup>o</sup> 82, p. 108).

<sup>824</sup> R. VON JHERING, *Évolution du droit* (éd. 1901), trad. O DE MEULENAËRE, Hachette Livre BNF, Sciences sociales, 2014 (réédition), n<sup>o</sup> 141, p. 207. Rapp. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Sirey, 1922, p. 490 : « le droit n'est autre chose que l'ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire déterminé par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de contrainte irrésistible. Or, précisément, cette autorité dominatrice n'existe que dans l'État : cette puissance positive de commandement et de coercition c'est proprement la puissance étatique ».

<sup>825</sup> Sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique : *supra* n<sup>o</sup> 110.

<sup>826</sup> R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, pp. 243-469, spéc. p. 259. Comp. p. 302 « une règle ne peut avoir de valeur juridique que si elle constitue un élément, si elle fait partie d'un ordre juridique donné, qui en soit la base nécessaire et immanquable [...] une règle, portée au dehors de la législation où elle est née, ne peut garder en soi-même ce caractère de règle juridique qui dérivait pour elle seulement du fait de faire partie de son ordre juridique, il en découle nécessairement cette conclusion : que les règles étrangères, tant qu'elles restent exclusivement telles, ne peuvent constituer qu'un fait sans valeur juridique pour l'ordre juridique national. [...] l'ordre juridique est toujours nécessairement exclusif, dans le sens qu'il exclut le caractère juridique de tout ce qui ne rentre pas en lui-même ».

<sup>827</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), n<sup>o</sup> 97, spéc. p. 216 (nous soulignons). H. MUIR WATT, « La globalisation et le droit international privé », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 591 et s., spéc. n<sup>o</sup> 13, p. 599 : « le poids de la modernité empêche de penser la juridicité sans l'entreprise d'un ordre juridique étatique ».

<sup>828</sup> Expression empruntée à M. Michel FOUCAULT (« La fonction de l'intellectuel », in *Dits et Écrits (1954-1988)*, t. III, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1994, n<sup>o</sup> 192, p. 150).

d'une règle extérieure à cet ordre est au mieux considérée. Santi ROMANO a théorisé ce type de situations en créant les notions de *relevance* et d'*irrelevance*<sup>829</sup>. Se livrant à une réflexion sur la notion d'institution, à laquelle il associe la création du droit, l'auteur italien affirme que toute institution est un ordre juridique : l'État n'est pas l'unique institution et ne saurait bénéficier du monopole de la juridicité, tout groupe social générant un ensemble de normes est qualifié d'ordre juridique. Ces ordres juridiques sont nécessairement appelés à rencontrer l'ordre juridique étatique, lequel doit décider souverainement de reconnaître ou pas, tout ou partie de cette institution nouvelle. L'acte d'acceptation émis par l'ordre juridique étatique est alors qualifié de *relevance* par Santi ROMANO, sous réserves que : « L'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre juridique qu'à un titre défini par ce dernier »<sup>830</sup>. La notion de *relevance*, dont l'*irrelevance* constitue le corollaire, traduit la distance résultant de la fermeture des deux ordres juridiques en présence, chacun constituant un système clos. Ceci implique que : « [L'ordre juridique] qui déclare l'autre relevant n'en introduit pas en son sein un élément, il le considère en tant que réalité extérieure à lui, et décide — ou se voit forcé — de tenir un certain compte de cette réalité dans le cadre de son propre fonctionnement »<sup>831</sup>. L'examen précédent atteste que l'ordre juridique français appréhende les règles non-étatiques comme une réalité extérieure, réalité le contraignant à en reconnaître l'existence, extériorité le conduisant à leur refuser, par principe, tout effet.

383. Cette affirmation appelle une mise en questions : l'extériorité du droit non-étatique est-elle le seul facteur explicatif de son rejet ? Selon le point de vue de l'ordre juridique considéré, le droit non-étatique présente deux caractéristiques : il est extérieur à cet ordre juridique, il est de surcroît créé par des acteurs non-étatiques. Le caractère extérieur des règles non-étatiques à l'ordre juridique considéré constitue la dimension première du refus de réception, mais cette extériorité est insuffisante à sa pleine justification. Évoquons, à titre d'argument probant, un contre-exemple : en droit international privé, l'application de la loi étrangère, par définition extérieure à l'ordre juridique du for, est admise<sup>832</sup>. Le caractère non-étatique des règles étudiées est un facteur explicatif probablement plus décisif : au nom de quoi réceptionner ces règles « venues d'ailleurs » au sein de l'ordre juridique français ?

---

<sup>829</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), n° 34, p. 106.

<sup>830</sup> *Ibid.*

<sup>831</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n° 33, p. 52.

<sup>832</sup> Sur le statut conféré à la loi étrangère en droit international privé, élément de fait ou droit : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013, nos 349 et s., p. 328 et s. Rapp. sur les théories de la réception relatives à l'application de la loi étrangère : *supra* n° 375.

384. Quelques arguments ont été avancés *supra*, dont l'opportunité et la recherche de justice, mais les exemples de réception concrète demeurent isolés. Les deux caractères extérieur et non-étatique prêtés au droit non-étatique illustrent un syllogisme fréquemment rencontré : le Conseil d'État et la Cour de cassation sont juges internes, or les règles non-étatiques n'appartiennent pas au droit français, donc ces juridictions ne reconnaissent pas ces règles situées hors de l'ordre juridique français<sup>833</sup>. La rigueur logique de ce raisonnement prend le risque de laisser dans l'ombre les évolutions tendanciennes contemporaines, érodant une conception en termes de systèmes clos des ordres juridiques étatiques. Strictement appliqué, ce raisonnement conduit encore certains ordres juridiques étatiques à ignorer le caractère même de règle de droit à certaines manifestations du droit non-étatiques. Le Tribunal fédéral suisse considère à ce titre, dans l'affaire *Gundel*, que les règles sportives relevant de la catégorie des « règles du jeu » ne sont pas des règles juridiques, « des points de droit [...] dont l'application échappe en principe à tout contrôle juridique »<sup>834</sup>.

385. Il ressort de ces considérations d'ordre général qu'une règle non-étatique ne peut ainsi produire effet qu'à la condition expresse que l'ordre juridique l'autorise. L'appréciation conclusive de Franck LATTY, quant à cette conception, s'énonce sans ambiguïté : « Que la *lex sportiva* ne constitue pas du droit international public, ni même un produit dérivé de l'ordre juridique international comme peut l'être par exemple le droit des Nations unies, nul n'en disconvient. Que cela signifie pour autant que, sans reconnaissance du droit étatique, elle est nécessairement privée de tout effet dans l'espace juridique français est un raccourci qui ne s'explique que par le dogme positiviste selon lequel tout le droit se ramène à l'État »<sup>835</sup>.

386. Au-delà des discours, justifier la persistance de ce « dogme positiviste », implique un bref rappel de deux arguments évoqués.

Concernant le juge, l'absence ou l'inadéquation des règles étatiques ne sauraient l'autoriser à appliquer *de facto* des règles non-étatiques, notamment en l'absence d'expression de la volonté des parties. Autoriser le juge à utiliser le droit non-étatique

---

<sup>833</sup> Pour un exposé complet : F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, 2007, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, p. 487.

<sup>834</sup> TFS, 1<sup>re</sup>, cour civ., 15 mars 1993, *Gundel c. FEI et TAS*, ATF 119 II 271, spéc. n° 3, *Rev. jur. éco. sport* 1994, n° 31, p. 37 et s., obs. D. LÉVY ; *Bull. ASA* 1993, p. 398, note G. SCHWAAR ; *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, 1994, p. 149, obs. F. KNOEPFLER : « Le recours de droit public n'est ouvert contre la sentence du TAS qu'à la double condition que ce prononcé soit effectivement une sentence arbitrale internationale, au sens des art. 176 ss LDIP, et qu'il porte sur des points de droit, partant qu'il n'ait pas pour unique objet des règles de jeu dont l'application échappe en principe à tout contrôle juridique » (nous soulignons).

<sup>835</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 489.

comporte le risque de lui accorder des marges de manœuvre jugées trop importantes, au détriment de la sécurité juridique et des prévisions des parties.

Concernant la position de l'ordre juridique étatique, l'ouverture au droit non-étatique pose la question fondamentale de la légitimité d'acteurs non-étatiques à réglementer une activité : l'Unidroit, l'Agence mondiale antidopage et la fédération internationale de football sont-elles légitimes à réglementer les contrats du commerce international, la lutte contre le dopage et le football ? La fermeture de l'ordre juridique français semble rendre compte d'une certaine méfiance à l'égard du droit non-étatique ; « de tout inconnu le Sage se méfie », avertit Jean DE LA FONTAINE<sup>836</sup>.

## 2. – Fermeture corrélative des règles du droit international privé

387. La fermeture de l'ordre juridique français explique l'accueil réservé du droit non-étatique et la mise en œuvre de procédés de transposition pour que ce droit non-étatique produise effet. Elle affecte encore les règles du droit international privé : il semble que cette fermeture d'ordre théorique entraîne une fermeture corrélative des règles du droit international privé, dans un rapport de cause à effet.

388. L'absence d'intégration ou de prise en compte du droit non-étatique par les règles du droit international privé<sup>837</sup> est un indicateur de cette fermeture. Parmi les règles de conflit de lois, il est admis que les règles de conflit dites objectives, applicables en l'absence de choix de loi, désignent nécessairement une loi étatique<sup>838</sup>. Il est encore admis, sans ignorer l'existence de débats<sup>839</sup>, que le principe d'autonomie, autorisant un libre choix de loi, restreint l'alternative à une loi étatique. Mécanismes dérogatoires à ces règles de conflit, les lois de police et l'exception d'ordre public conduisent aussi à l'application d'une loi étatique<sup>840</sup>.

389. Cette fermeture des règles de droit international privé au droit non-étatique ne résulte pas d'une nécessité, mais d'une *orientation*. L'arbitrage en constitue le contre-

---

<sup>836</sup> J. DE LA FONTAINE, « Le Renard, le Loup et le Cheval », Livre XII, Fable 17, 1694.

<sup>837</sup> Rapp. sur les effets de la fermeture des règles du droit international privé quant à la résolution des conflits de normes produits par le droit non-étatique : *infra* nos 611 et s.

<sup>838</sup> Parmi de nombreux exemples : les règlements Rome 1 (art. 2), Rome 2 (art. 3) et Rome 3 (art. 4) évoquent la loi d'un « État membre ».

<sup>839</sup> Sur les débats relatifs au contrat sans loi : *infra* nos 462 et s.

<sup>840</sup> Parmi de nombreux exemples : règl. Rome 1, art. 9 §1 et §3 évoquent « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial *par un pays* » et les « lois de police *du pays* » (nous soulignons). L'ordre public impose, selon la conception française, une application de la loi du for (Cass., civ., 8 nov. 1943, *Fayeuille*, *Rev.crit. DIP* 1946. 273 ; *JCP* 1943. II. 2522, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; *D.* 1944. 65, note R. SAVATIER). Comp. loi italienne, 31 mai 1995, n° 218, art. 16 al. 2<sup>nd</sup> : opère une réintroduction des règles de conflit de lois si la loi étrangère est jugée contraire à l'ordre public.

exemple topique : il indique une orientation autre, celle d'une application potentielle du droit non-étatique lors des litiges et introduit, plus généralement, l'idée que le juge étatique pourrait disposer de règles de droit international privé autorisant l'application du droit non-étatique. Ceci est renforcé par un fort courant doctrinal défendant l'érection du droit non-étatique au statut de *lex contractus* : le contrat sans loi « n'est pas théoriquement inconcevable, la soumission d'un contrat international à des règles non étatiques l'est encore moins [...] le juge ou l'arbitre appliquerait ces règles exactement de la même façon qu'il applique des règles étatiques »<sup>841</sup>. Élargissons le propos : aucun raisonnement juridique ne conduit logiquement à écarter le droit non-étatique des règles de droit international privé, il semble que le motif de cette fermeture relève en dominante de la persistance d'une conception positiviste selon laquelle tout droit émane de l'État<sup>842</sup>. Si un ordre juridique étatique refuse d'accueillir des règles non-étatiques qui lui sont extérieures, la logique commande que ses règles de droit international privé interdisent tout accueil de ce droit non-étatique par le juge. Le postulat *princeps* et sa conséquence logique produisent deux types d'effets : le rejet du droit non-étatique et la fermeture des règles du droit international privé.

390. Cette fermeture d'ordre méthodologique produit des effets à valorisation négative : considérant l'application du droit non-étatique opportune, le juge ne dispose d'aucun outil pour appliquer ce droit. Ne pouvant se référer aux règles du droit international privé, le juge est contraint de rejeter ce droit non-étatique, ou de construire un raisonnement *ad hoc*, lequel ne résiste pas à une évaluation critique des situations, en raison de l'utilisation abusive de certains outils. Cette orientation contribue donc à séparer, voire éloigner, le droit international privé du droit non-étatique. Ceci invite à considérer l'hypothèse d'une ouverture ponctuelle du droit international privé, l'investigation procédant dès à présent à l'examen de ce rapprochement potentiel, en vue de proposer une technique d'application fonctionnelle du droit non-étatique.

\*

391. **Conclusion Section 2** – L'accueil réservé du droit non-étatique par l'ordre juridique français s'explique par une difficulté à accepter un pluralisme juridique. Une

---

<sup>841</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 741, p. 525 (nous soulignons). Rapp. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 1<sup>re</sup> éd., 2016, n° 227, spéc. p. 171 : « les raisons de cette résistance méritent d'être explorées car elles n'ont rien d'évident, ni d'immuable ».

<sup>842</sup> À propos de la fermeture du règlement Rome 1 au droit non-étatique, est évoqué un « excès de dogmatisme » (L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Non-national rules and conflicts of laws », *Riv. dir. inter. pri. e proc.*, 2012/3, vol. 48, p. 841 et s., spéc. p. 857, traduction libre). Sur la critique de ce dogme positiviste étatique à propos du principe d'autonomie : *infra* nos 466 et s.

ouverture ponctuelle, sous l'action du juge, du législateur ou des fédérations nationales sportives, délégataires d'une mission de service public, répond à divers motifs, cette ouverture exceptionnelle ne sachant masquer la fermeture de principe de l'ordre juridique français au droit non-étatique. Cette fermeture de principe s'analyse dans la persistance et la dominance d'une conception positiviste, selon laquelle tout droit émane de l'État, impactant les règles de droit international privé, elles aussi fermées à toute considération du droit non-étatique.

392. **Conclusion Chapitre 2** – L'étude de la réception du droit non-étatique indique un accueil réservé de l'ordre juridique français. Les Principes Unidroit, les Incoterms, le Code mondial antidopage, les règlements des associations de professionnels et des fédérations sportives internationales ne sont qu'exceptionnellement reçus lors des litiges, ceci confortant encore la pertinence de la notion de droit non-étatique définie en Partie 1. Les rares arrêts réceptionnant le droit non-étatique attestent un raisonnement construit en situation, ne résistant pas à une analyse critique, eu égard aux outils du droit international privé notamment, lesquels demeurent fermés aux règles non-étatiques. La réserve de l'accueil du droit non-étatique s'explique, plus généralement, par une fermeture de l'ordre juridique français au pluralisme juridique, indicatrice d'une conception positiviste encore dominante.

393. **Conclusion Titre 3** – Les résultats du premier objectif assigné à ce Titre, établir les lignes directrices de la réception du droit non-étatique, indiquent une ouverture de principe de l'arbitrage international, terrain d'expression et d'application privilégié de ce droit, et, *a contrario*, un rejet de principe du droit non-étatique par l'ordre juridique français, exceptionnellement contredit par l'action législative, organique ou judiciaire. Les données recueillies contribuent à l'atteinte concomitante du deuxième objectif affiché : la pertinence de la notion de droit non-étatique s'apprécie au regard de l'identité interne de traitement des Principes Unidroit, des Incoterms, des règlements des fédérations sportives, ou encore du Code mondial antidopage, et ce par l'arbitrage ou l'ordre juridique français. Visés par le troisième objectif, les fonctions et les impacts des règles du droit international privé, dans la réception du droit non-étatique, se révèlent différents : les arbitres bénéficient, au regard des lois étatiques et des règlements d'arbitrage, de règles offrant des possibilités plurielles, dont l'application permet au droit non-étatique de produire effet, les juges étatiques ne se réfèrent pas aux règles du droit international privé, voire procèdent à une utilisation problématique de ses notions, ne résistant pas à une analyse critique.

## Titre 4 – L’application du droit non-étatique : la recherche d’un fondement opérationnel

394. Les différences de traitements du droit non-étatique et la fermeture de l’ordre juridique français précédemment observées dessinent une problématique nouvelle : une application du droit non-étatique est-elle possible, qui soit théoriquement justifiée et pratiquement certaine ?

395. Il semble que le contrat suffise à justifier l’application du droit non-étatique, plus précisément la *contractualisation*, c’est-à-dire l’intégration ou l’incorporation du droit non-étatique dans le contrat, sous forme de stipulations contractuelles. Plusieurs situations précédemment rencontrées confortent cette proposition : la référence aux Principes Unidroit pour définir le *hardship* suppose une contractualisation, *a minima* une mention de ces Principes dans le contrat. L’application des règles de la fédération internationale du commerce des semences suppose que celles-ci soient contractualisées, intégrées dans le contrat. L’obligation faite aux clubs, joueurs et intermédiaires de respecter les règlements de la fédération internationale de football implique encore une contractualisation, une acception, de ces règlements<sup>843</sup>. Abstraction faite de ces contextes, une opération de contractualisation justifie potentiellement que les parties, les juges et les arbitres respectent le droit non-étatique et lui fassent produire effet.

396. Proposition alternative, la théorie de l’institution affirme que les règles de l’institution gouvernent ou régissent les relations établies en son sein<sup>844</sup>. Entre affirmer que ces relations sont gouvernées ou régies par les règles de l’institution, et affirmer que l’institution est au fondement de l’application de ses règles, la frontière apparaît ténue, aisément franchissable, la théorie de l’institution justifiant alors l’application du droit non-étatique. Cela signifierait, dans la reprise de l’une des situations évoquées, que le respect et l’application des règlements de la fédération internationale de football ne sont pas justifiés par la contractualisation mais par cette théorie institutionnelle.

397. La confrontation de ces deux propositions, fondement contractuel ou fondement institutionnel, invite à construire une évaluation des thèses en présence, chacune d’elles prétendant fonder et justifier l’application du droit non-étatique : sont

---

<sup>843</sup> Sur l’ensemble de ces situations : *supra* nos 326 et s.

<sup>844</sup> Parmi de nombreuses références citées *infra* n° 401 : M. MAISONNEUVE, *L’arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n° 450, p. 181 : « toute institution sportive est [...] à l’origine de nombreux textes destinés à *régir* la conduite de ses membres » (nous soulignons).

soumises à examen et analyse la théorie institutionnelle (Chapitre 1) et l'opération de contractualisation (Chapitre 2).



## Chapitre 1 – L'application du droit non-étatique : évaluation et exclusion de la théorie de l'institution

398. Évaluer la théorie de l'institution, *stricto sensu* lui accorder de la valeur, requiert préalablement d'en exposer les éléments de définition afin de clarifier l'objet de ce modèle théorique. Au cœur de cette théorie, que l'on doit originellement au Doyen HAURIOU<sup>845</sup>, et dont la place est prépondérante dans le célèbre ouvrage de Santi ROMANO<sup>846</sup>, figure une notion par essence polysémique : l'institution.

399. Selon l'une des définitions formulée par Maurice HAURIOU, l'institution est « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communions dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »<sup>847</sup>. En premier point, cette institution, dite « institution-organisme »<sup>848</sup>, est une organisation sociale inscrite dans la durée, composée de plusieurs individus mais séparable de ces derniers et poursuivant une idée d'œuvre. En deuxième point, essentiel pour l'analyse, *l'institution produit du droit* : un droit statutaire qui organise le fonctionnement de l'institution<sup>849</sup> ; un droit disciplinaire dont l'objet est « soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite »<sup>850</sup>. Ce droit permet de préserver « l'intérêt de l'institution et sous la

---

<sup>845</sup> M. HAURIOU, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation*, 1906, p. 134 et s. ; « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 23, 1925 (reproduit in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, p. 89 et s.) ; *Principes de droit public*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2010 (réédition), p. 123 et s. Rapp. Y. TANGUY, « L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou : actualité d'une doctrine », *Rev. dr. publ.*, 1991, p. 61 et s. ; É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, nos 30-31, p. 381 et s., spéc. p. 385 ; A. MAZÈRES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Mélanges Jacques MOURGEON*, Bruylant, 1998, p. 239 et s. ; J. SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2013.

<sup>846</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition). Comp. J.-S. BERGÉ et Santi ROMANO, *Les ordres juridiques*, Dalloz, Tiré à part, 2015.

<sup>847</sup> M. HAURIOU, « La théorie de l'institution... », *op. cit.*, spéc. p. 96. Rapp. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 557, *Institution* (sens 6) : « Réalité que constitue soit un organisme existant (ex. un établissement administratif) lorsque s'y dégagent la conscience d'une mission et la volonté de la remplir en agissant comme une personne morale, soit une création lorsque le fondateur, découvrant l'idée d'une œuvre à réaliser, entreprend cette réalisation en suscitant une communauté d'adhérents » ; L. SFEZ, « Institution (Doctrine) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 835 et s., spéc. p. 835.

<sup>848</sup> Sur la définition des institutions-mécanismes, ensemble de règles de droit organisées autour d'une situation juridique donnée (propriété privée, mariage, etc.) : L. SFEZ, *ibid.*, spéc. p. 835.

<sup>849</sup> *Ibid.*, spéc. p. 835-836.

<sup>850</sup> M. HAURIOU, *Principes...*, *op. cit.*, p. 137.

seule sanction de la force de coercition dont elle dispose »<sup>851</sup>. Cinq caractéristiques principales s'observent dans cette définition de l'institution : le caractère social, le caractère non limité dans le temps, le caractère d'indépendance à l'égard de ses parties, le caractère finaliste s'exprimant par un but ou une fonction explicites, et le caractère instituant, se traduisant par la capacité de l'institution à produire du droit, sur les dimensions structurelle et fonctionnelle (« organiser le fonctionnement de l'institution », « imposer des mesures »), ceci incluant les processus de régulation de son organisation et de son fonctionnement propres (« écarts de conduite », « situations opposables »), dans une visée de conservation de l'institution.

400. Considérons les valeurs explicatives d'ordre général prêtées à ce modèle<sup>852 853</sup> : la théorie de l'institution permet d'« appréhender les relations, de pouvoir, de subordination, créées à l'intérieur de l'institution »<sup>854</sup>, l'objet de cette théorie concerne alors

---

<sup>851</sup> *Ibid.*

<sup>852</sup> Il est attribué à la théorie de l'institution des valeurs explicatives dont l'appréciation requiert qu'en soient distingués les différents objets. S'agissant de la création du droit non-étatique et selon les partisans de la théorie institutionnelle, les institutions sportives bénéficient d'un « pouvoir de réglementation » dont l'origine ne serait pas contractuelle (M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, nos 461 et s., p. 184 et s.). Ce pouvoir de réglementation résulte cependant du contrat d'association, lequel permet aux acteurs du sport de s'organiser à fin de réglementer cette activité. Une observation, proche de l'équivalence, concerne les groupes de sociétés : instrument flexible, le contrat autorise les acteurs privés, source de l'autorégulation, à se structurer, à s'organiser, et à créer des règles non-étatiques. La double dimension structurante et créatrice du contrat, analysée *supra* (nos 84 et s.), fait à nouveau saillance, il semble, alors, que le recours à la théorie de l'institution pour expliquer la création du droit non-étatique ne soit pas strictement nécessaire. La notion de contrat-organisation renforce ici l'orientation du propos : apparue pour rendre compte de l'art. 1832 C. civ., définissant le contrat de société, la notion de contrat-organisation évite d'analyser la société ou l'association en terme d'opposition contrat / institution. Le contrat-organisation permet l'établissement d'organes en charge de réaliser l'activité, une « irrépressible tendance à donner naissance à une personne juridique » est observée, laquelle se distingue des personnes à l'origine de l'institution. Le contrat-organisation autorise, par ailleurs, la création de règles et constitue « un mode d'édition de normes juridiques individuelles par l'accord unanime de tous ceux à qui ces normes sont destinées » (P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges François TERRÉ. L'avenir du droit*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 635 et s. Rapp. Fr. CHÉNEDE, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, Recherches juridiques, 2008 ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, Recherches juridiques, 2012).

<sup>853</sup> La théorie institutionnelle est, par ailleurs, convoquée en soutien d'une discussion relative à l'existence d'ordres juridiques non-étatiques : M. Pierre MAYER renvoie fréquemment à l'œuvre de Santi ROMANO pour approfondir l'analyse (« Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. nos 19 et s., p. 40 et s. et nos 38 et s., p. 57 et s.), et, antérieurement, la célèbre « approche critique » de M. Paul LAGARDE fait référence à cette théorie pour démontrer l'inexistence de l'ordre juridique mercatique, en exposant l'inaptitude de la *lex mercatoria* à répondre aux critères de l'ordre juridique, tels que formalisés dans ce modèle institutionnel (« Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 125 et s., spéc. nos 15 et s., p. 133 et s.). Les spécialistes du droit international privé reçoivent cette théorie de l'institution, il semble d'ailleurs qu'elle fournisse à chacun des arguments utiles à sa démonstration, quelle que soit la position adoptée quant à l'existence, ou non, d'ordres juridiques non-étatiques (*supra* nos 110 et s.)

<sup>854</sup> É. MILLARD, « Hauriou et la théorie... », *op. cit.*, spéc. p. 394 (nous soulignons).

les relations sociales au sein d'une organisation<sup>855</sup>. Des auteurs expriment encore que la théorie de l'institution de Maurice HAURIU est susceptible d'expliquer « des actes qui *ne sont pas des contrats* et [qui] cependant reposent sur des phénomènes de consentement »<sup>856</sup>.

401. La doctrine attachée à l'étude de ces relations établies au sein d'organisations atteste qu'elles ne reposent pas sur la conclusion d'un contrat : à propos des « pouvoirs privés économiques », et sans référence explicite à la théorie institutionnelle, M. Gérard FARJAT évoque le pouvoir « qui résulte de l'autorité, du commandement, de l'influence »<sup>857</sup>. M. Éric LOQUIN affirme que les usages s'imposent aux parties, parce qu'ils constituent « une norme de comportement obligatoire d'un groupe social auquel les parties appartiennent »<sup>858</sup>. En matière sportive, la référence à la théorie de l'institution est explicite, M. Gérald SIMON considère que le contrat « ne correspond pas à la réalité des rapports [...] et aboutit parfois à défier toute logique »<sup>859</sup>, M. Mathieu MAISONNEUVE relève le « caractère fictif de la qualification contractuelle »<sup>860</sup>, « chaque institution est à la source d'un droit qui lui est propre et qui ne saurait être réduit ni à du droit étatique ni à du droit contractuel »<sup>861</sup>. M. Franck LATTY affirme que la logique du mouvement sportif repose sur des « relations de pouvoir et non de contrats » et considère que « les théories institutionnalistes "collent" mieux aux réalités juridiques que le positivisme classique »<sup>862</sup>. Ces auteurs contestent l'établissement de rapports par la voie contractuelle car il n'y a ni négociation, ni cocontractants placés sur un pied d'égalité, seules sont relevées des relations de subordination, de soumission, développées dans des rapports structurellement inégalitaires.

---

<sup>855</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire...*, *op. cit.*, p. 889, *Relation(s)* (sens 1) : « rapports de droit ou (et) de fait entre deux ou plusieurs personnes, liens (juridiques ou non) qui les unissent ».

<sup>856</sup> L. SFEZ, *op. cit.*, spéc. p. 836 (nous soulignons). Rappr. A. MAZÈRES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Mélanges Jacques MOURGEON*, Bruylant, 1998, p. 239 et s., spéc. p. 274.

<sup>857</sup> G. FARJAT, « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 613 et s., spéc. p. 625-626.

<sup>858</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 255, p. 113-114.

<sup>859</sup> G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique : contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 1990, p. 7.

<sup>860</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, nos 376 et s., p. 151 et s.

<sup>861</sup> *Ibid.*, n° 417, p. 169. « On se trompe, pensons-nous, en disant que les membres d'une institution sportive adhèrent à ses règlements. Ils n'adhèrent pas à des actes juridiques mais à un fait, l'idée d'œuvre et de l'institution concernée, se plaçant ainsi dans l'aire d'exercice du pouvoir nécessaire à sa réalisation » (n° 483, p. 193)

<sup>862</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 120 et 447. Comp. M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 415, p. 169 : « si la théorie institutionnelle séduit autant les spécialistes du droit du sport, c'est parce qu'elle s'avère éminemment plus féconde que la théorie normativiste dominante pour rendre compte de la part juridique que recèle la réalité sportive ».

402. Il ressort de cet exposé que des règles non-étatiques sont imposées au sein d'organisations ou d'institutions selon le vocabulaire fréquemment employé<sup>863</sup>. Ce constat doit être approfondi afin de circonscrire la valeur explicative de la théorie de l'institution (Section 1). Aucune mention ne concerne cependant *l'application* de ces règles non-étatiques, le seul enseignement est que le contrat ne constitue pas un fondement approprié pour analyser les relations établies au sein d'une organisation ou institution. Si ces relations ne peuvent être analysées par le contrat, on peut douter qu'il justifie l'application du droit non-étatique au sein d'une l'organisation, ceci conduisant à démontrer que la théorie de l'institution ne bénéficie d'aucune valeur explicative à ce sujet (Section 2).

## **Section 1 – La valeur explicative potentielle de la théorie de l'institution : l'existence de règles non-étatiques imposées au sein d'une organisation**

---

403. Si la théorie de l'institution permet d'« appréhender les relations [...] créées à l'intérieur de l'institution »<sup>864</sup>, ceci suppose observation et analyse préalables de ces rapports internes (§1). Cette valeur explicative, à ce stade potentielle, appelle toutefois relativisation : la convocation de facteurs explicatifs autres semble suffire à expliquer le caractère imposé de règles non-étatiques (§2).

### **§1 – L'imposition de règles non-étatiques dans les rapports internes d'une organisation**

404. En ce qui concerne l'activité sportive, dans la totalité des fédérations sportives internationales, l'étude des interactions et interrelations atteste d'une structuration hiérarchisée des rapports de force, plus précisément de pouvoir, autorisant à supposer une imposition des règles non-étatiques dans chacun de ces systèmes organisationnels<sup>865</sup>.

---

<sup>863</sup> Sur l'attribution du qualificatif d'institutions aux fédérations sportives : G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 1990, p. 5 ; M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, nos 435 et s., p. 175 et s.

<sup>864</sup> É. MILLARD, « Hauriou et la théorie... », *op. cit.*, spéc. p. 394.

<sup>865</sup> Indiquons, à titre de contre-exemple de ce schéma, le type de rapports existants entre deux organismes indépendants, entretenant des interactions : la fédération internationale de basketball (FIBA) et la *National Basketball Association (NBA)* s'engagent à reconnaître mutuellement les contrats de joueurs signés au sein de chacune de ces organisations. Cet engagement *ad hoc* indique une relation entre deux parties sans lien de hiérarchie, sans problématique de pouvoir de l'une sur l'autre (F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 143, note 634). La *NBA* bénéficie en effet d'une « très large si ce n'est totale autonomie » vis-à-vis de la fédération internationale (*ibid.*, p. 143) et demeure libre de reconnaître, ou non, les licenciés de la FIBA.

405. Les rapports internes, au sein des fédérations sportives internationales, sont caractérisés en termes de pouvoir et subordination hiérarchiques. Ces deux facteurs, selon les partisans de la théorie institutionnelle, expliquent et justifient l'imposition, par l'organisation, des règles non-étatiques qu'elle a édictées et/ou adoptées, à ses membres. Dans une approche systémique de l'organisation, la formulation se ramasse : le tout s'impose aux parties. M. Mathieu MAISONNEUVE analyse par exemple le « caractère imposé du recours à l'arbitrage » en tant que « conséquence de la nature institutionnelle des dispositions sportives »<sup>866</sup>. Sur ce point la discussion mérite d'être engagée, supposant observation et analyse de cette imposition, en interne, des règles non-étatiques. Deux dimensions sont distinguées : la première s'intéresse aux rapports entre personnes morales, les situations attestant de l'imposition de règles non-étatiques par l'organisation (A), la seconde, centrée sur les rapports entre personnes morales et personnes physiques, confirmant les conclusions de la première analyse (B).

#### **A – Une organisation imposant ses règles non-étatiques en interne aux personnes morales**

406. M. Franck LATTY rapporte que la fédération internationale de handball impose un contrat-type aux fédérations nationales, auxquelles l'organisation des compétitions est déléguée. La diversité des activités que suppose l'organisation d'une compétition explique la pluralité de contraintes, de l'hébergement des équipes et des officiels, à l'organisation des conférences de presse, en passant par la mise à disposition de divers équipements et matériels<sup>867</sup>. Cette fédération internationale régleme encore l'activité contractuelle future des fédérations nationales affiliées, et impose des contrats-types pour la retransmission d'événements sportifs<sup>868</sup>.

407. Dans ces rapports entre fédération internationale et fédérations nationales, il est aisément imaginable que le mode de contractualisation ne soit pas multilatéral : l'organisation structurelle de la fédération, son étendue et son ampleur réduisent les possibilités de libre négociation. Rappelons que l'unité du système sportif repose sur des affiliations successives<sup>869</sup>. Il y a « établissement d'un lien avec un groupement »<sup>870</sup> et/ou réalisation d'un « acte unilatéral par lequel une personne se rallie à une situation juridique

---

<sup>866</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 510 et s., p. 207 et s.

<sup>867</sup> F. LATTY, *Le lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>868</sup> *Ibid.*, pp. 148-149 : outre les stipulations relatives aux droits de retransmission, la fédération internationale de handball encadre les contrats commerciaux – *sponsoring*, etc. – conclus entre les fédérations nationales et les entreprises.

<sup>869</sup> *Supra* n<sup>os</sup> 88 et s.

<sup>870</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 42, *Affiliation* (sens 1)

déjà établie en devenant membre d'un groupement préexistant (association, société, syndicat, etc.) »<sup>871</sup>. Considérées isolément, ces affiliations ou adhésions successives ont pour effet de créer un lien juridique entre deux personnes morales. Considérées dans leur globalité, ces affiliations construisent un système pyramidal, hiérarchisé, générant quasi-mécaniquement des rapports de pouvoir sur... et de subordination à..., d'un échelon à l'autre. Ces rapports ne sont pas soumis à variation, ne dépendent pas d'une pluralité de paramètres conjoncturels telle qu'observée dans des relations contractuelles traditionnelles. Antérieurement et extérieurement déterminés, ces rapports résultent de l'organisation adoptée et produisent une inégalité dans les pouvoirs d'influence et d'action, en fonction de la position occupée par les différents acteurs. Cette inégalité de position permet *in fine* à la fédération internationale, le sommet de la structure ignorant la subordination, d'imposer ses règles en interne, et donc à toutes les fédérations affiliées, qu'elles soient nationales ou continentales. M. Jean-Pierre KARAQUILLO indique une « soumission des instances fédérales nationales aux fédérations internationales »<sup>872</sup>.

408. Les fédérations sportives internationales sont donc en position d'imposer leur volonté à toutes les fédérations et organismes affiliés, elles peuvent les contraindre au respect des règles non-étatiques qu'elles édictent et/ou adoptent, sans que ces fédérations nationales et autres acteurs internes n'aient de possibilité de négociation de ces règles, quant à leur contenu ou leur application. L'objection s'entend, qu'une manifestation de volonté – s'affilier, adhérer, contracter – s'inscrit au cœur du processus, et que toute personne, physique ou morale, est libre d'adhérer à un groupement, et de le quitter<sup>873</sup>. Mais, à la liberté de négocier les termes de son engagement en matière contractuelle, se substitue ici une alternative, binaire, accepter ou refuser l'ensemble des règles imposées par le groupement. L'affiliation implique une « soumission librement consentie »<sup>874</sup> à l'ensemble des règles édictées par le groupement, elle implique aussi une soumission par anticipation aux règles ultérieurement adoptées.

409. Complétons encore cette capacité d'une organisation à imposer ses règles non-étatiques propres, au sein de son dispositif interne, par l'évocation des pressions

---

<sup>871</sup> *Ibid.*, p. 26, *Adhésion*. Pour une analyse détaillée de l'adhésion et de l'affiliation : *infra* nos 433 et s.

<sup>872</sup> J.-P. KARAQUILLO, *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 27 et s.

<sup>873</sup> Cass., ass., 9 fév. 2001, n° 99-17.642, *Proton c. Club des sports de Rimberlieu*, *Rev. soc.* 2001. 357, note Y. GUYON ; *D.* 2001. 1493, note E. ALFANDARI ; *AJDI* 2001. 612, obs. C. GIVEERTON : « hormis les cas où la loi en décide autrement, nul n'est tenu d'adhérer à une association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre ».

<sup>874</sup> Expression empruntée à R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS (*La soumission librement consentie*, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2010). Au sein des fédérations sportives internationales, la relation s'analyse entre dépendances et pouvoirs : la dépendance est définie par un devoir, en passer par un autre ; le pouvoir est ici un pouvoir d'action. La structure hiérarchisée de ces fédérations augmente considérablement le degré de dépendance et/ou, corrélativement, réduit considérablement les pouvoirs d'action.

exercées sur les fédérations sportives internationales elles-mêmes, quant à l'adoption du Code mondial antidopage<sup>875</sup> : le Comité international olympique (CIO), pour assurer l'adoption de ce Code, a menacé d'interdire la participation aux Jeux olympiques<sup>876</sup>. En principe indépendantes de ce Comité<sup>877</sup>, les fédérations sportives internationales sont libres d'adopter le Code mondial antidopage, via leur processus décisionnel interne, en atteste l'avis *FIFA & WADA* du Tribunal arbitral du sport<sup>878</sup>. Dans les faits, cette adoption est contrainte, imposée par le Comité international olympique : dans le système organisationnel CIO, les fédérations sportives internationales ne sont pas *en position* d'imposer leurs règles propres, elles se soumettent à une règle non-étatique en raison, dans cette situation, des pouvoirs d'action supérieurs du Comité international olympique<sup>879</sup>, et de leur évaluation des enjeux en termes de coûts / bénéfices propres.

## **B – Une organisation imposant ses règles non-étatiques en interne aux personnes physiques**

410. La conclusion de la première dimension de l'analyse, les règles non-étatiques édictées et/ou adoptées par l'organe central d'un système organisationnel s'imposent aux personnes morales le composant, reçoit confirmation sur la seconde dimension de l'analyse, étudiant les situations où une personne physique est inscrite au cœur du rapport de droit considéré. MM. LATTY et LOQUIN mentionnent le strict encadrement des contrats de travail des sportifs, et les transferts de sportifs entre clubs par certaines fédérations sportives internationales<sup>880</sup>. La fédération internationale de football réglemente, de surcroît, l'accès et l'exercice de la profession d'agent sportif<sup>881</sup>. Par ailleurs, M. Mathieu MAISONNEUVE relève que, lors de compétitions particulières ou

---

<sup>875</sup> M. PELTIER, « Le nouveau code mondial antidopage », *LPA*, 30 sept. 2014, n° 195, p. 5 et s., spéc. n° 34 ; F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 394. Rapp. J.-P. KARAQUILLO, « Droit international du sport », *Rec. cours La Haye*, vol. 309, 2004, pp. 9-124, spéc. p. 32-33, à propos contrats-types imposés par le Comité international Olympique aux États et villes-hôtes pour l'organisation des Jeux Olympiques.

<sup>876</sup> M. PELTIER, *op. cit.*, spéc. n° 34. ; F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 394.

<sup>877</sup> Sur la reconnaissance d'indépendance des fédérations internationales par le Comité international olympique : F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 249.

<sup>878</sup> CAS 2005/C/976 & 986, 21 avr. 2006, *FIFA & WADA*, spéc. n° 169 : « As an independent association governed by Swiss law, FIFA has the power to establish, within the limits of mandatory Swiss law, such rules and regulations as it deems appropriate. As long as FIFA has not formally implemented the WADC into its regulatory body, the constituents of FIFA are bound only by the FIFA Anti-Doping Rules, but not by the WADC ».

<sup>879</sup> Sur l'existence d'un « ordre juridique central » du CIO et sa position dominante : F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 160 et s.

<sup>880</sup> *Ibid.*, p. 149-150 ; É. LOQUIN, « L'internationalisation des contrats sportifs », in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 45 et s.

<sup>881</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORRACHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 748, spéc. p. 372.

d'événements olympiques, sont insérées dans les contrats présentés aux sportifs des clauses compromissaires spéciales, donnant compétence au Tribunal arbitral du sport<sup>882</sup>.

411. S'agissant de ce Tribunal arbitral, des auteurs énoncent, voire dénoncent, le caractère imposé, forcé ou non-consensuel de l'arbitrage sportif<sup>883</sup>. La compétence du Tribunal arbitral du sport repose sur des contrats *ad hoc*, spécialement signés lors des compétitions, ou sur la licence du sportif, laquelle opère un renvoi général aux règlements des fédérations nationales, et internationales<sup>884</sup>. Que de telles modalités se soient développées ne signifie pas l'absence de règles imposées : lors du contrôle d'une sentence du Tribunal arbitral du sport, le Tribunal fédéral suisse relève, dans un *obiter dictum* important, le caractère non-consensuel des clauses compromissaires en matière sportive. Selon le Tribunal fédéral :

« Le sport de compétition se caractérise par une structure très hiérarchisée, aussi bien au niveau international qu'au niveau national. Établies sur un axe vertical, les relations entre les athlètes et les organisations qui s'occupent des diverses disciplines sportives se

---

<sup>882</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Bibliothèque de Droit public, 2011, nos 689-698, spéc. p. 283-286. Comp. TAS 2002/O/422, 10 mars 2003, *Besiktas / FIFA c/ SC Freiburg*, spéc. n° 10 : refuse la compétence du TAS au motif que « le TAS n'est pas désigné comme autorité arbitrale. Le TAS et le TAF ne peuvent en aucun cas être confondus. Le fait que le TAF n'ait jamais vu le jour ne change rien au bien-fondé de cette observation. Force est ainsi de constater que la réglementation de la FIFA pertinente dans le cas d'espèce ne comporte pas de clause d'arbitrage en faveur du TAS. Au moment où Besiktas a introduit sa déclaration d'appel, le 22 octobre 2002, il n'existait aucune disposition, ni dans les Statuts de la FIFA, ni dans son Règlement susmentionné, conférant au TAS la compétence pour connaître d'un différend opposant la FIFA à l'un de ses membres ou à tout autre tierce partie, que ce soit par la voie de l'arbitrage ordinaire ou par celle de l'appel, d'une décision rendue en dernière instance par un organe de la FIFA ».

<sup>883</sup> A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, nos 811 et s., p. 422 et s. ; A. PINNA, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires », *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n° 141, p. 31 et s., spéc. p. 38-39 ; F. BUY, « La clause compromissoire en matière sportive : un cas d'abus de dépendance », in *Mélanges Jean-Louis MOURALIS. Droit civil, civilité des droits*, PUAM, 2011, p. 69 et s. ; A. RIGOZZI et F. ROBERT-TISSOT, « La pertinence du « consentement » dans l'arbitrage du Tribunal arbitral du sport », *Jusletter*, 16 juil. 2012. L'arbitrage imposé par les fédérations sportives ne doit pas être confondu avec l'arbitrage obligatoire prévu par un texte législatif (G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 78, *Arbitrage (sens 1) – Forcé ou obligatoire* ; O. DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publications, International, 2010, p. 55 et s.). À la fin du XX<sup>e</sup> siècle, les statuts de certaines fédérations sportives, nationales et internationales, interdisent encore à leurs membres de saisir les juridictions étatiques pour trancher un litige « sportif » (F. BUY, « La justice sportive », *Cab. dr. sport*, 2005, n° 2, p. 13 et s.). Ces clauses ont été privées d'effet par le juge judiciaire (Cass., 1<sup>re</sup>, 16 mai 1972, n° 71-11.085 et Cass., 1<sup>re</sup>, 14 fév. 1979, n° 77-14.113. Rapp. pour une décision similaire à propos d'une organisation internationale : Cass., soc., 25 janv. 2005, n° 04-41.012, *Banque africaine de développement*, *Rev. crit. DIP* 2005. 447, obs. I. PINGEL ; *JDI* 2005. 1142, note L. CORBION ; *D.* 2005. 1540, note F. VIANGALLI ; *D.* 2006. 1496, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE) et le juge administratif (CE, 11 mai 1984, nos 46828 et 47935, *Fédération française de rugby*), permettant l'exercice d'un contrôle de la sanction disciplinaire prononcée.

<sup>884</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, nos 686 et s., p. 282 et s.



distinguent en cela des relations horizontales que nouent les parties à un rapport contractuel. *Cette différence structurelle entre les deux types de relations n'est pas sans influence sur le processus volitif conduisant à la formation de tout accord.* [...] Si l'on excepte le cas – assez théorique – où un athlète renommé, du fait de sa notoriété, serait en mesure de dicter ses conditions à la fédération internationale régissant le sport qu'il pratique, l'expérience enseigne que, la plupart du temps, *un sportif n'aura pas les coudées franches à l'égard de sa fédération et qu'il devra se plier, bon gré mal gré, aux desiderata de celle-ci* »<sup>885</sup>.

412. Confortant ceci, et bien que favorablement disposé à l'application, voire la promotion, des règles non-étatiques sportives<sup>886</sup>, le Tribunal arbitral du sport affirme, dans la sentence *Valverde*, l'existence d'une liberté de choix « assez théorique dans la mesure où la non affiliation à une fédération nationale soumise à la réglementation de la fédération internationale empêcherait l'athlète de prendre part aux compétitions les plus importantes et signifierait donc la fin de sa carrière »<sup>887</sup>.

413. Au plan de la théorisation, M. Gérard SIMON évoque la « puissance sportive »<sup>888</sup> et une « volonté unilatérale » de la fédération permettant de « faire produire à la règle ses effets indépendamment du consentement de ses destinataires »<sup>889</sup>. M. François RIGAUX confère un caractère contraignant aux règles sportives et écarte toute adhésion volontaire à celles-ci<sup>890</sup>, ce que confirme M. Didier PORACCHIA qui évalue le consentement « plus abstrait que réel », et « seulement formel »<sup>891</sup>, caractérisant « des relations de pouvoir »<sup>892</sup> confinant à la subordination ou la soumission.

---

<sup>885</sup> Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour civ., 22 mars 2007, 4P.172/2006, *Cañas*, spéc. 4.3.2.2 (nous soulignons).

<sup>886</sup> Sur la promotion des règles non-étatiques par l'arbitrage : *supra* nos 298 et s.

<sup>887</sup> TAS, 2007/O/1381, 26 sept. 2007, *RFEC c/ Alejandro Valverde c. UCI*, spéc. nos 54-55, *JDI* 2009. 218, obs. É. LOQUIN.

<sup>888</sup> G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 1990. Comp. F. NICOLLEAU, *Le pouvoir des fédérations sportives*, Thèse, Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2001 ; F. ALAPHILIPPE, « Le pouvoir fédéral », *Pouvoirs*, n° 61 (Le sport), 1992, p. 71 et s. : « le pouvoir fédéral est ainsi le reflet de cette construction hiérarchisée et solidaire de relations associatives : à la fédération internationale, le gouvernement suprême de sa discipline sportive ; aux fédérations nationales, la maîtrise de leur propre organisation interne dans le prolongement des règles venues d'en haut ».

<sup>889</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 38, p. 30.

<sup>890</sup> Fr. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, pp. 9-407, spéc. n° 41, p. 66.

<sup>891</sup> D. PORACCHIA, « Aux confins du contrat, l'ordre juridique sportif », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, Institut de droit des affaires – Centre de droit économique, 2009, p. 253 et s., spéc. p. 258.

<sup>892</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 120.

414. Dans ce type de dispositif organisationnel, dont certains des acteurs sont des personnes physiques, la relation s'analyse sur un axe pouvoirs / dépendances, dont les natures ne sont certes pas identiques, et dont les degrés n'apparaissent pas inscrits dans une recherche d'équilibre : une relation de dominance s'atteste, expliquant la possibilité d'une imposition de règles non-étatiques aux catégories d'acteurs dont la position les place au plus près du pôle dépendances, *de facto* en situation de subordination.

415. En raison de cette organisation pyramidale, un athlète, quelle que soit sa discipline sportive, est tenu de respecter les règles édictées par la fédération internationale de référence. L'observation d'une imposition de règles non-étatiques, au sein de ce type d'organisations, n'autorise pas *de facto* à attribuer une valeur explicative à la théorie de l'institution. Cette valeur explicative potentielle reste à évaluer.

## §2 – Facteurs relativisant la valeur explicative de la théorie de l'institution quant à l'imposition de règles non-étatiques

416. Acceptons, à titre exploratoire, l'hypothèse de la théorie institutionnelle, les valeurs explicatives qui lui sont attribuées et entrons dans sa problématique : l'analyse des rapports au sein d'une organisation. Empruntons-lui aussi et encore l'une de ses situations de référence : l'activité sportive, et plus précisément, les rapports internes établis au sein d'une fédération sportive internationale. Sans prétendre à une critique globale de cette théorie de l'institution<sup>893</sup>, considérons l'argumentaire proposé quant à l'imposition, par l'organisation, des règles non-étatiques. L'analyse indique deux facteurs explicatifs autres, dont il semble qu'ils soient suffisants à expliquer ce caractère imposé : le pouvoir de

---

<sup>893</sup> La théorie de l'institution est qualifiée de « polysémique, équivoque et problématique » (R. LOURAU, *L'analyse institutionnelle*, Éditions de Minuit, Arguments, 1970, p. 9). Georges RENARD concède qu'« il y a quelque chose de fuyant dans la théorie institutionnelle. Son extrême plasticité est décevante pour nos esprits latins ou latinisés ; elle glisse entre nos doigts [...] chaque fois que nous essayons de l'étreindre » (*La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, vol. 1, Sirey, 1930, p. 224). Santi ROMANO reproche à M. HAURIOU d'adopter une approche restrictive de l'institution et de s'être « à coup sûr laissé entraîner par l'idée de façonner ses institutions à l'image et à la ressemblance de la plus importante d'entre elles, l'État, plus précisément l'État moderne, quand il ne s'agissait que de tracer une figure tout à fait générale dont les caractères contingents peuvent varier et, dans le fait varier à l'infini (*L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), n° 11, p. 23.). Georges GURVITCH reproche à M. HAURIOU de refuser le pluralisme juridique et de considérer l'État comme l'unique modèle de l'institution (*L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle*, Sirey, 1931, p. 708-709 ; « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », *Arch. phil. droit*, 1931, p. 155 et s., spéc. p. 182 et s.). Norberto BOBBIO reproche, par ailleurs, à la théorie de l'institution de verser dans une analyse sociologique au détriment d'une analyse juridique technique (« Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. GUÉRET, LGDJ, 1998, p. 159 s.

sanction dont dispose toute organisation de ce type (A) et une éventuelle situation de monopole (B).

## A – L'imposition de règles non-étatiques : le pouvoir de sanction

417. La structure pyramidale des fédérations sportives internationales génère des rapports entre acteurs dont les pouvoirs d'action et les dépendances ne sont ni de même nature ni de même degré. La fédération internationale, organe central et sommet de ce dispositif hiérarchisé, est en position d'imposer ses règles aux fédérations affiliées. L'observation est équivalente, concernant les situations de dépendance économique, lesquelles conduisent, par exemple, un distributeur à imposer ses conditions générales ou contrats-types à ses fournisseurs<sup>894</sup>.

418. La possibilité d'imposition des règles non-étatiques est augmentée lorsque l'organe central bénéficie d'un pouvoir de menace, menace d'une sanction et/ou d'une contrainte<sup>895</sup>. La menace, le risque de sanction, notamment caractérisée par l'exclusion ou le « bannissement économique »<sup>896</sup>, conduit des personnes physiques ou morales à s'engager et respecter les règles créées par des acteurs non-étatiques<sup>897</sup>. La sanction n'est cependant pas limitée à la seule exclusion : en matière commerciale, M. Philippe KAHN distingue les sanctions d'ordre pécuniaire, disciplinaire, voire moral<sup>898</sup>, M. Franck LATTY recense, dans le monde sportif, une « palette impressionnante » de sanctions<sup>899</sup>. Pour

---

<sup>894</sup> Rapp., sur l'influence de ces chartes et codes de conduite à l'égard des salariés : B. PEREIRA, « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *La revue des sciences de gestion*, 2008/2, n° 230, p. 25 et s., spéc. p. 28 et s.

<sup>895</sup> A. JEAMMAUD, « Contrainte », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 274 et s. et A. LAQUIÈZE, « Sanction », *ibid.*, p. 1381 et s. Comp. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n° 47, p. 65-66. : propose une distinction entre la contrainte, prérogative exclusive de l'État (saisies, peine privative de liberté, etc.), et la sanction, dont usent et l'État et les acteurs non-étatiques.

<sup>896</sup> Formule empruntée à A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Essais, 2015, p. 392-393 : signé le 15 mai 2013 entre multinationales et syndicats dans le domaine des textiles, sous l'égide de l'OIT, un accord prévoit que le non-respect de certaines obligations par les fournisseurs entraînera l'exclusion du marché constitué par les entreprises signataires de l'accord, soit un « bannissement économique » (p. 393).

<sup>897</sup> Le pouvoir de sanction a intrinsèquement pour effet d'assurer le respect du droit non-étatique car l'éventualité d'une exclusion est toujours présentée *a minima* comme dissuasive, voire « redoutable » (F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 95).

<sup>898</sup> Sur les « sanctions corporatives encourues en cas d'inexécution spontanée de la sentence » : Ph. KAHN *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, nos 649, p 466 et s.

<sup>899</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, p. 94 : s'appuyant sur les règles de la FIFA, indique que les sanctions sont classées « selon qu'elles sont communes aux personnes physiques et morales (mise en garde, blâme, amende, restitution de prix), propres aux premières (avertissement, expulsion, suspension de match, interdiction de vestiaires et/ou de bancs de réserves, interdiction de stade, interdiction d'exercer toute activité relative au football), ou aux secondes (obligation de jouer à huis clos, en terrain neutre, interdiction de jouer dans un stade déterminé, annulation de résultats de matches, exclusion, rétrogradation, déduction

assurer l'efficacité de la sanction, laquelle garantit l'efficacité du droit non-étatique, l'acteur détenant le pouvoir de sanction doit disposer de moyens lui permettant de la rendre effective. Si l'organisation n'en dispose pas, l'impact sur l'acteur sanctionné est limité. Pouvoir de sanction et pouvoir de contrainte sont inscrits dans une relation de dépendance réciproque, une recherche d'efficacité les lie indissociablement.

419. Ces pouvoirs de sanction et de contrainte sont connus de la théorie institutionnelle, inclus dans le « droit disciplinaire » créé par l'institution. Cependant, pourquoi ne pas affirmer, sans détour, que les règles non-étatiques sont imposées, au sein de l'organisation, en raison de ces pouvoirs de sanction et de contrainte ? Selon le Conseil d'État, « l'exercice par une fédération du pouvoir disciplinaire à l'égard de ses membres est en lui-même inhérent à l'organisation de toute association »<sup>900</sup>, quelle est donc la plus-value du recours à la théorie de l'institution afin d'expliquer l'existence de ce pouvoir disciplinaire ?

## **B – L'imposition de règles non-étatiques : la situation de monopole**

420. La possibilité d'imposer des règles non-étatiques s'explique encore lorsque l'organisation considérée est en situation de monopole quant à l'activité développée<sup>901</sup>. La situation de monopole oblige une personne souhaitant déployer cette activité, commerciale ou sportive, à intégrer l'organisation, et conséquemment, à souscrire à ses règles. Lorsque l'alternative n'offre que deux options, accepter les règles existantes ou renoncer à l'exercice de l'activité, l'organisation en situation de monopole bénéficie d'un pouvoir accru d'imposition de ses règles propres.

421. Une situation de monopole renforce de surcroît, en cas de non-respect de ces règles, les pouvoirs de sanction et de contrainte de l'organisation, augmentant l'efficacité des règles non-étatiques. M. Pierre MAYER considère que, si l'unique possibilité d'exercer une activité « est d'adhérer à une organisation exerçant un monopole de fait, le risque d'en être exclu est une forte incitation à en respecter les règles, surtout si l'activité n'est pas

---

de points, forfait) ». Fr. RIGAUX, « Le droit disciplinaire du sport », *RTDH*, 1995, n° 22, p. 295 et s., spéc. p. 309 : « [le] droit sportif se distingue de tous les autres ordres professionnels ou corporatifs par la variété et la spécificité des sanctions qu'il est en mesure d'appliquer ».

<sup>900</sup> CE, 19 déc. 1988, n° 79962, *Mme Pascau c. Fédération française d'aérobic et de stretching*, *AJDA* 1989. 271, obs. J. MOREAU. Le recours intenté en l'espèce est jugé irrecevable par le juge administratif car les sanctions de la fédération « ne procèdent donc pas de l'exercice d'une prérogative de puissance publique ; qu'il suit de là que les requêtes présentées [...] doivent être rejetées comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître ».

<sup>901</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 667, *Monopole* : régime de droit (monopole de droit) ou situation de fait (monopole de fait) ayant pour objet ou pour résulter de soustraire à toute concurrence sur un marché donné une entreprise ou un organe ».

purement ludique. Inversement, s'il est possible d'exercer l'activité isolément ou dans une autre organisation, tout membre tenté de transgresser les règles de l'organisation à laquelle il avait adhéré peut considérer comme relativement indifférent de devoir la quitter»<sup>902</sup>. C'est là exprimer que l'imposition des règles non-étatiques est liée à un paramètre de situation, le monopole exercé, et non pas exclusivement à un paramètre de relation tel que le laisse supposer la théorie de l'institution.

422. Dans cette situation de monopole, le propos de l'ancien président de la fédération internationale d'athlétisme prend un sens particulier : « Tous nos athlètes sont obligés de respecter nos règles. À qui cela déplaît qu'il s'en aille ! »<sup>903</sup>. Mais est-il envisageable qu'un athlète quitte cette fédération quand celle-ci exerce un monopole sur l'activité considérée ? Est-il nécessaire de faire appel à la théorie de l'institution pour mettre en exergue des facteurs rendant compte de l'imposition, par l'organisation, de règles non-étatiques en interne, quand sont observables et analysés par ailleurs des positions statutaires non identiques, des pouvoirs de contrainte et de sanction, voire l'existence d'une telle situation de monopole ? L'imposé ne suppose pas nécessairement le recours à l'institutionnel.

423. Ces facteurs, expliquant l'imposition de règles non-étatiques, justifient, plus généralement, l'efficacité de ces règles. En situation de monopole, les fédérations sportives internationales édictent des règles d'une remarquable efficacité, efficace signifiant littéralement « qui produit des effets ». Ces règles sont des règles créées par une association de droit privé, elles sont efficaces parce que créées dans une organisation dont l'ampleur et l'étendue expliquent leur structuration hiérarchisée, de surcroît une situation de monopole, elles sont *stricto sensu* performantes, c'est-à-dire efficaces et adaptées à l'objectif recherché par cette production d'effets<sup>904</sup>. Indiquons que l'efficacité du droit non-étatique n'est pas conditionnée à ces seuls critères, elle résulte aussi d'outils juridiques qui sont étudiés *infra* : le contrat, le choix de loi, la clause attributive de juridiction et les

---

<sup>902</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, n° 47, spéc. p. 66, note 70.

<sup>903</sup> Propos de M. Primo NEBIOLO, rapporté par A. PINNA (« Les vicissitudes... », *op. cit.*, spéc. p. 33) et tirés du magazine *Sports Illustrated* du 22 juin 1992 (p. 9) à l'occasion de l'affaire *Butch Reynolds*.

<sup>904</sup> Comp. É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, n° 193, p. 90 : la *Grain and Feed Trade Association* propose à des adhérents « des normes modèles, auxquelles ils pourront souscrire, mais qui ne s'imposeront pas à eux ». L'auteur rapporte le propos de J. SIMON (*Le commerce international des céréales*, Thèse, Université Paris II, 1982, n° 463, p. 294) selon qui « l'un des principes qui préside à la rédaction des contrats de la GAFTA est l'existence d'une complète égalité entre les parties au contrat ».

clauses compromissaires<sup>905</sup>. C'est là introduire, de manière plus générale, la fonction du contrat et la volonté dans l'application du droit non-étatique, ceci conduisant à répondre à la question initiale, guide de ce chapitre : la théorie de l'institution fonde-t-elle quelque application du droit non-étatique ?

\*

424. **Conclusion Section 1** – Au sein des systèmes organisationnels étudiés, l'observation indique une imposition par l'organe central de ses règles non-étatiques à ses membres, personnes morales et personnes physiques, ce dont rend potentiellement la théorie de l'institution. L'introduction de facteurs explicatifs autres, la sanction, la contrainte et le monopole dont bénéficie l'organisation considérée, relativisent cependant la valeur explicative de la théorie de l'institution.

## **Section 2 – L'absence de valeur explicative de la théorie de l'institution quant à l'application du droit non-étatique**

---

425. La théorie de l'institution analyse des rapports établis au sein d'une organisation, des relations « entre membres et organes », que l'on analyse et qualifie en termes de position, statut, hiérarchie, pouvoir, soumission, subordination, autorité, inégalité, etc. L'ensemble est inscrit dans une conception statique de ces rapports : l'organe central est en état de pouvoir, les parties en état de soumission. Ces facteurs expliquent l'imposition des règles, de nature dite institutionnelle, lesquelles fonderaient l'application du droit non-étatique. Ces « relations de pouvoir » s'opposeraient à des relations « de contrats »<sup>906</sup>.

426. Mais en quoi le pouvoir s'oppose-t-il au contrat ? Si, tel qu'exprimé, la relation est de pouvoir, la problématique de la théorie de l'institution n'est pas le contrat, mais *le mode d'élaboration de ce contrat*. Autrement dit, la problématique est celle des conditions de production de ce contrat, du type de relations établi, des conditions d'engagement dans la relation contractuelle. De manière synthétique, la problématique de la théorie de l'institution est le mode de contractualisation existant au sein de l'organisation, fonction

---

<sup>905</sup> Sur l'utilisation du contrat, du choix de loi et de la liberté contractuelle : *infra* nos 450 et s., sur l'utilisation des clauses compromissaires et attributives de juridiction : *infra* nos 662 et s.

<sup>906</sup> Rappr. J. JAQUIER, *La qualification juridique des règles autonomes des organisations sportives*, Staempfli, Collection CIES, 2004, n° 126, p. 64, note 254 : « les civilistes [envisagent] le problème du seul point de vue du droit privé, laissant de côté la question de la subordination et de l'inégalité entre les parties. Les publicistes, en revanche, ont tendance à résoudre le problème du point de vue du droit administratif, qui est dominé par des principes juridiques différents ».

de sa structuration, de son étendue, du nombre de ses parties, de paramètres environnementaux, etc.

427. Le mode d'élaboration d'un contrat peut être unilatéral, « qui émane d'une seule personne, d'une volonté unique »<sup>907</sup>, bilatéral ou multilatéral, c'est-à-dire « qui émane de deux ou plusieurs parties »<sup>908</sup>. Le mode unilatéral se rencontre dans les situations ici prises en référence : l'élaboration du contrat est assurée par l'organisation, par la fédération internationale, sans que soient concertés, directement ou indirectement par un système de représentation ou de délégation, tous les individus ou groupes concernés par son application. Une telle modalité n'est possible que si celui qui élabore le contrat dispose d'un positionnement ou d'un statut particulier. Un contrat élaboré sur ce mode place les parties en situation de dépendance, les soumet à la décision d'un autre.

428. L'autorité, le pouvoir, la subordination, etc., exprimés par la théorie de l'institution sont des facteurs explicatifs d'un mode unilatéral d'élaboration du contrat, lequel explique l'imposition des règles, et non pas du contrat, lequel fonde juridiquement l'application des règles non-étatiques. La théorie institutionnelle ne peut prétendre fonder l'application du droit non-étatique, sa problématique, d'ordre sociologique<sup>909</sup>, se situe en amont de l'application des règles non-étatiques. Quel que soit le mode d'élaboration du contrat existant au sein d'une organisation, il y a *in fine*, à l'issue du processus de contractualisation, engagement dans un contrat : le contrat fonde l'application du droit non-étatique.

---

<sup>907</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 1050, *Unilatéral* (sens 1).

<sup>908</sup> *Ibid.*, p. 129, *Bilatéral* (sens 1) et p. 772, *Plurilatéral*.

<sup>909</sup> J. BRËTHE DE LA GRESSAYE et A. LEGAL, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées. Son organisation et ses effets dans les associations syndicales, sociétés, entreprises, professions : étude de sociologie juridique*, Sirey, 1938, p. 24 : l'institution « est une théorie juridique qui a sa base dans la sociologie, c'est-à-dire dans l'étude des faits sociaux. C'est ce qui fait sa force : elle est fondée dans le réel » ; Fr. ABALLÉA, « L'institution : une catégorie fondatrice de la sociologie française », in J.-Ph. BRAS (dir.), *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, L'Harmattan, 2008, p. 155 et s. Rapp. M. HAURIOU, *Écrits sociologiques*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2008. La fonction de la théorie de l'institution, dont le caractère « passablement vieilli » est parfois évoqué (E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Rec. cours La Haye*, vol. 329, 2007, pp. 49-216, spéc. n° 3, p. 63), peut être rapprochée de celle du concept de « force normative », lequel vise à fournir un « outil technique de diagnostic » (C. THIBIERGE, « Conclusion », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009, p. 817 et s., spéc. p. 827) pour analyser des « instruments [juridiques] dont la force prête à interrogation » (C. THIBIERGE, « Introduction », *ibid.*, p. 33 et s., spéc. p. 36). Théorie institutionnelle et force normative cherchent à dépasser une analyse strictement juridique de la règle pour intégrer d'autres éléments : en l'occurrence, la force normative résulte de la norme (qualité intrinsèque, énoncé, instrument de support, etc.), mais cet aspect ne l'épuise pas, relevant encore d'éléments extérieurs, lesquels expriment des forces s'exerçant sur la norme (C. THIBIERGE, « Synthèse », *ibid.*, p. 741 et s., spéc. p. 748-749 : ces deux aspects de la force normative sont soulignés : la « force de la norme elle-même » et les « forces qui s'exercent sur [la norme] en amont »).

429. Cette clarification opérée entre imposition d'une règle et fondement juridique de son application, rappelons que cette théorie est centrée sur l'analyse des rapports entretenus au sein d'une organisation, « à l'intérieur de l'institution », qu'il s'agisse d'une fédération sportive internationale ou de toute autre organisation. Une approche systémique de ce type de dispositifs invite à distinguer le système organisationnel dans lequel se développent interactions et interrelations entre les éléments le composant, que l'on nommera ici les rapports internes, de son environnement, avec lequel ce système organisationnel entretient aussi des interactions, voire interrelations, que l'on qualifiera de rapports externes<sup>910</sup>. À fin d'identifier l'étendue explicative de la théorie de l'institution, sont successivement étudiés les rapports internes d'une organisation considérée (§1) et les rapports externes (§2), concluant à l'absence de valeur explicative de la théorie de l'institution quant à l'application du droit non-étatique.

## §1 – L'application du droit non-étatique dans les rapports internes d'une organisation : l'existence d'un contrat

430. MM. BUY, MARMAYOU, PORACCHIA et RIZZO énoncent que « si la position hiérarchique des fédérations internationales les constituent en tant que législateur privé d'une activité, *les normes qu'elles édictent demeurent de nature contractuelle* »<sup>911</sup>. M. Éric LOQUIN partage cette position : le droit non-étatique, qualifié par l'auteur de « droit transnational », « est applicable dans l'ensemble des ordres juridiques étatiques, généralement *sur le fondement de l'adhésion contractuelle des institutions sportives nationales et des sportifs à son contenu* »<sup>912</sup>.

---

<sup>910</sup> Pour une distinction entre « gouvernance interne » et « environnement externe » : H. MUIR WATT, « La globalisation et le droit international privé », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 591 et s., spéc. n° 14, spéc. p. 601. La gouvernance interne correspond aux rapports noués au sein d'une organisation considérée, par exemple les rapports « entre capital et salariat » créés dans un groupe de sociétés ou encore le système fédéral sportif. L'environnement externe se compose, selon l'auteur, « de contractants participant à des chaînes contractuelles [...] de communautés locales [...] de consommateurs ».

<sup>911</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 105, p. 70 (nous soulignons).

<sup>912</sup> É. LOQUIN, « L'internationalisation des contrats sportifs », in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 33 et s., spéc. p. 45 (nous soulignons). Rapp., à l'occasion d'un litige entre un club et la fédération européenne de football (UEFA), il est exprimé que : « seule la nature contractuelle des règles fondant cette responsabilité objective [du club pour les faits des supporters] légitime la solution donnée par le règlement de l'UEFA. L'un des mérites de la sentence est de mettre en évidence ce fondement. Le Tribunal arbitral qualifie de contractuelle l'obligation imposée aux clubs par les statuts de l'UEFA. La qualification ne peut qu'être approuvée. *Le pouvoir des fédérations sportives internationales trouve sa source dans l'adhésion de leurs membres aux statuts qui les régissent. L'obligation faite aux adhérents de respecter les règles qu'ils expriment est fondée sur la force obligatoire du contrat* » (nous soulignons). L'auteur poursuit : « En adhérant à l'UEFA, les clubs acceptent d'être sanctionnés du fait du comportement de leur public. Ce que la loi ne pourrait imposer, le contrat peut le faire. Il n'est pas *a priori* interdit de s'engager dans un contrat à garantir, à peine d'être sanctionné, qu'un tiers aura un comportement déterminé » (É. LOQUIN, *JDI* 2004. 295, spéc. p. 310-311 (obs. sous TAS, 200/A/423, 3 juin 2003, *PSV Eindhoven c. UEFA*)).



431. Les règles non-étatiques adoptées par une fédération sportive sont donc appliquées, obligatoires en vertu du contrat conclu, ici, l'adhésion du club. À titre comparatif, une conclusion du même ordre s'exprime à propos des clauses compromissaires : le Tribunal arbitral du sport retient fréquemment sa compétence en affirmant qu'« en signant sa licence, le [sportif] a [...] notamment accepté l'application des règles UCI à son égard ainsi que la compétence du TAS »<sup>913</sup> et qu'un « sportif licencié à la FFC, participant à une épreuve internationale organisée sous l'égide de l'UCI, ne peut sérieusement soutenir qu'il n'a pas accepté la clause d'attribution de compétence au TAS, alors qu'il en a eu expressément connaissance sans élever la moindre objection »<sup>914</sup>. La licence, engagement volontaire, justifie l'application de la clause compromissaire contenue dans une règle d'origine non-étatique.

432. Le contrat est un principe explicatif pertinent, à supposer que l'on précise que les personnes physiques et morales ne concluent pas, en toute situation, un contrat *stricto sensu* : elles adhèrent ou s'affilient aux clubs et aux fédérations sportives. Il convient donc de déterminer si adhésion et affiliation entrent en concurrence avec le contrat ou en constituent une déclinaison. L'affiliation constitue « l'établissement d'un lien avec un groupement »<sup>915</sup>, et l'adhésion un « acte unilatéral par lequel une personne se rallie à une situation juridique déjà établie en devenant membre d'un groupement préexistant (association, société, syndicat, etc.) »<sup>916</sup>. Extraites du *Vocabulaire juridique*, la proximité de ces définitions s'atteste, ce rapprochement étant confirmé par les auteurs, considérant la possibilité d'une assimilation entre affiliation à une fédération et adhésion à une association<sup>917</sup>. Pour d'autres, affiliation et adhésion se distinguent : « la qualité de licencié ne saurait être confondue avec celle de membre ou d'adhérent d'une association : la première exprime *une relation de pouvoir, fondée sur un acte unilatéral* ; la seconde établit une *relation contractuelle* reposant sur le consentement des parties »<sup>918</sup>. Sans prise de position sur

---

<sup>913</sup> TAS, 2013/A/3320, 13 mars 2014, *UCI c. S. Georges c/ FFC*, spéc. n° 73.

<sup>914</sup> TAS, 2002/A/431, 23 mai 2003, *UCI / R. c/ FFC*, spéc. n° 4, *JDI* 2005. 1309, obs. É. LOQUIN.

<sup>915</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 42, *Affiliation*.

<sup>916</sup> *Ibid.*, p. 30, *Adhésion*.

<sup>917</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORRACHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 865, p. 436-437 ; G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 42 : à titre illustratif de l'affiliation, évoque l'adhésion à une association (nous soulignons).

<sup>918</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 564, p. 405 (nous soulignons). Selon ces auteurs, « on est membre ou adhérent d'un club mais on est licencié à la fédération » (n° 564, spéc. p. 406). Rapp. P. COLLOMB, « Le libre exercice du sport », in *Les problèmes juridiques du sport : le sportif et le groupement sportif*, Economica, 1981, p. 148 et s. : « la nature juridique de la licence est double en raison de la portée différente et de la succession dans le temps des signatures : la signature par le sportif traduit l'adhésion de celui-ci à une association, l'association de base, le club [...] En revanche, dans les rapports licenciés-fédération, la signature représente une demande d'autorisation de pratiquer en compétition ; la signature du représentant fédéral traduit l'octroi de l'autorisation et constitue un acte unilatéral pris dans le cadre de la mission de service public d'organisation des compétitions ».

ce débat, semble-t-il généré par le Code du sport<sup>919</sup>, sont ici successivement appréhendées adhésion (A) et affiliation (B).

## A – L’adhésion, une déclinaison du contrat

433. Un consensus semble établi sur la nature contractuelle de l’adhésion<sup>920</sup> : l’adhérent est tenu de respecter le droit non-étatique en raison de son adhésion à l’association sportive, l’application du droit non-étatique se justifie ici par une expression particulière du contrat. Ceci présente une analogie avec le contrat d’adhésion, M. Gérard SIMON indique : « le pouvoir disciplinaire sportif apparaît ainsi comme la résultante du contrat d’adhésion »<sup>921</sup>, formule traduisant l’impossible négociation des termes du contrat<sup>922</sup>. À la liberté de négocier les termes de l’engagement en matière contractuelle, se substitue une alternative binaire, accepter ou refuser, l’ensemble des règles.

434. Ce caractère imposé et l’expression unilatérale de la volonté sont relevés : « un pouvoir normatif privé s’établit », « la volonté de l’adhérent [n’intervenant] que pour donner une efficacité juridique à cette volonté unilatérale »<sup>923</sup>. Le propos est accentué par M. Pascal LOKIEC : « le pouvoir factuel est si prononcé dans le contrat d’adhésion que l’accord de volonté cède la place à l’unilatéralisme »<sup>924</sup>. Certains auteurs, en référence aux écrits de Léon DUGUIT et Maurice HAURIOU, vont jusqu’à comparer ces contrats d’adhésion à un pouvoir réglementaire, voire législatif<sup>925</sup>.

435. La fonction attribuée à la volonté est certes réduite, permettant l’imposition de règles non-étatiques, il n’en reste pas moins que l’application de celles-ci reposent sur

---

<sup>919</sup> Les fédérations sportives constituent des associations (C. sport, art. L131-2 : « Les fédérations sont constituées sous forme d’associations ») et regroupent des « associations sportives » (C. sport., art. L131-3), les clubs *adhèrent* donc à la fédération. L’*affiliation* à la fédération peut être réalisée par l’intermédiaire des clubs ou directement réalisée entre la fédération et la personne physique (C. sport., art. L131-6). En raison de la délégation de service public dont bénéficient les fédérations, la nature de l’affiliation, quand celle-ci est directe, peut être discutée : s’agit-il d’un contrat, proche d’un contrat d’adhésion, ou d’un acte administratif ? Sur la question : F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORRACHIA, F. RIZZO, *op. cit.*, n° 865, p. 436-437.

<sup>920</sup> F. BUY et *al.*, *ibid.*, n° 865, spéc. p. 436-437 : partisans d’un rapprochement affiliation / adhésion, ces auteurs évoquent cependant une « convention d’adhésion associative » et la « liberté contractuelle » du droit des associations.

<sup>921</sup> G. SIMON, « L’arbitrage des conflits sportifs », *Rev. arb.* 1995. 185, spéc. p. 194.

<sup>922</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 30, *Adhésion* (I, 2).

<sup>923</sup> G. BERLIOZ, *Le contrat d’adhésion*, LGDJ, 1<sup>re</sup> éd., 1973, n° 42, p. 28.

<sup>924</sup> P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2004, n° 80, p. 60.

<sup>925</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 9<sup>e</sup> éd., 2015, n° 149, p. 149-150.

l'existence d'un contrat et donc d'un engagement. L'adhésion n'entre donc pas en concurrence avec le contrat, elle en constitue une déclinaison<sup>926</sup>.

## **B – Proximité de l'affiliation et du contrat : existence d'un engagement fondé sur une manifestation de volonté**

436. En première analyse, l'affiliation n'apparaît pas fondée sur le contrat. Elle établit, selon les définitions proposées, « une relation de pouvoir » ou un « lien de subordination »<sup>927</sup>. La définition du *Dictionnaire juridique du sport* est inscrite dans cette orientation : « acte juridique par lequel une fédération *consent* à l'incorporation en son sein d'un nouveau membre, association ou société sportive. Conséquemment, ce lien juridique, né de l'accomplissement de formalités précises, *hiérarchise le système* et assoit une *certaine autorité des fédérations à l'égard de leurs membres* »<sup>928</sup>. Au cœur de la définition, ne figure plus la volonté de la personne, physique ou morale, mais la volonté de la fédération. Ceci traduit encore la logique du système sportif : monopole et hiérarchie, il impose ses règles à ses membres.

437. Les fédérations sportives internationales réglementent l'activité dont elles sont chargées de façon générale et impersonnelle, sans utiliser des contrats *ad hoc*. L'expression de la volonté des destinataires, des affiliés, n'est pas réitérative, dans la conclusion de nombreux contrats, cette volonté se manifeste concrètement une seule fois, lors de l'affiliation. Permettant d'intégrer le mouvement sportif, cette affiliation se traduit par l'obtention d'une licence, « titre d'appartenance à une fédération qui confère à son titulaire des droits et l'assujettit à des obligations à l'intérieur de la fédération »<sup>929</sup>.

438. Convoquons à nouveau les clauses compromissaires en matière sportive : le Tribunal arbitral du sport et la doctrine relèvent que la licence délivrée par une fédération nationale renvoie aux règlements et statuts de la fédération internationale de la discipline

---

<sup>926</sup> La doctrine, plus généralement, maintient le qualificatif de contrat bien que le mode de contractualisation soit imposé ou que les termes du contrat ne puissent être négociés (Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 73 et s., p. 92 et s. ; J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, Université, 16<sup>e</sup> éd., 2014, nos 177 et s., p. 163 et s.). Comp. pour un débat aujourd'hui révolu : G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910. 503.

<sup>927</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport, op. cit.*, n° 564, p. 405.

<sup>928</sup> G. DURAND, « Affiliation », in J.-P. KARAKUILLO et Ch. DUDOGNON (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, Juris corpus, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 15 et s., spéc. p. 15 (nous soulignons).

<sup>929</sup> N. BOURZAT, « Licence », in J.-P. KARAKUILLO et Ch. DUDOGNON (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, Juris corpus, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 221 et s., spéc. p. 222.

sportive considérée, lesquels imposent ce mode de résolution des litiges<sup>930</sup>. Dans une telle situation, est caractérisée une clause compromissoire par référence<sup>931</sup>, M. Andrea PINNA souligne qu'il n'existe aucun contrat « entre les maillons extrêmes de l'organisation du sport international »<sup>932</sup>, c'est-à-dire entre la personne physique et la fédération internationale. L'affiliation, et non le contrat, justifierait alors l'application des règles non-étatiques au sein de l'organisation.

439. Soulignons la singularité de cette situation : les clubs se lient aux fédérations nationales, s'engageant à respecter les statuts et règlements de ces fédérations. Un schéma identique est reproduit au niveau international : les fédérations nationales se lient aux fédérations internationales, s'engageant à respecter leurs statuts et règlements. Quand le sportif, personne physique, intègre un club, par le jeu de ces liens, adhésions ou affiliations successives, il s'engage à respecter l'ensemble des règles non-étatiques édictées par les diverses organisations de ce dispositif. Au plan de l'applicabilité, une association de droit privé, ici une fédération sportive internationale, impose le respect de ses règles, à d'autres associations, et à des personnes physiques, sur l'ensemble du globe. Cette fédération sportive internationale assure *in fine* une application généralisée de ses règles, au sein d'un territoire transnational, voire mondial.

440. Il n'existe certes pas de lien juridique, *a fortiori* de contrat, entre la personne physique ou morale, et la fédération sportive internationale, mais, via les processus d'adhésion et/ou d'affiliation successifs, la personne consent à l'ensemble des règles non-étatiques adoptées au plan international<sup>933</sup>. Ce jeu d'engagements successifs justifie l'application du droit non-étatique.

---

<sup>930</sup> Parmi de nombreuses sentences : TAS, 2002/A/431, 23 mai 2003, *UCI / R. & FFC*, spéc. nos 3 et 4, *JDI* 2005. 1309, obs. É. LOQUIN ; TAS, 2013/A/3320, 13 mars 2014, *UCI c. S. Georges & FFC*, spéc. nos 72 et 73. Comp. pour une clause compromissoire imposée à un fournisseur de matériel sportif : TAS, 2011/A/2543, 12 janv. 2012, *Gymnova c. FIG*, spéc. n° 7.

<sup>931</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n° 643, p. 248 ; G. SIMON, « L'arbitrage des conflits sportifs », *Rev. arb.*, 1995, n° 2, p. 185 et s., spéc. p. 202 ; C. CHAUSSARD, *Les voies de règlement des litiges sportifs*, Thèse, Université de Bourgogne, 2006, p. 447 et s.

<sup>932</sup> A. PINNA, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires », *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n° 141, p. 31 et s., spéc. p. 38.

<sup>933</sup> Comp. M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 394, p. 157-158 : « pour être en mesure d'accepter quelque chose, encore faut-il en avoir connaissance. Or, ici, on fait comme si les adhérents aux statuts et règlements des fédérations sportives ou comités olympiques en connaissaient le contenu avant de s'engager alors que l'on sait parfaitement qu'il n'en est généralement rien ». Le Tribunal arbitral du sport affirme cependant que « les coureurs d'élite ne sont pas des profanes, contrairement aux consommateurs, mais des sportifs avertis qui ont sans le moindre doute connaissance de l'existence du TAS et de sa compétence pour connaître des affaires de dopage. Dès lors, la compétence du TAS [...] ne saurait en aucun cas constituer une surprise pour la personne qui formule une demande de licence » (TAS, 2006/A/1119, 19 déc. 2006, *UCI c. Landaluze & RFEC*, spéc. n° 38).

## §2 – Application du droit non-étatique dans les rapports externes de l'organisation : l'impuissance explicative de la théorie de l'institution

441. Le droit non-étatique n'a pas pour vocation exclusive le déploiement d'effets au sein d'une organisation : nombre d'observations ont indiqué *supra* que le droit non-étatique est ponctuellement appliqué par le juge et fréquemment appliqué par l'arbitre<sup>934</sup>. Autrement dit, le droit non-étatique est appelé à produire effet hors de l'organisation l'ayant institué. Le juge et l'arbitre n'appliquent pas le droit non-étatique au nom d'une nature et/ou imposition institutionnelles supposées, ils appliquent ces règles parce que les parties, *a minima*, en ont exprimé la volonté. La théorie institutionnelle ne permet donc pas d'expliquer que ces acteurs, extérieurs au système organisationnel considéré, soient tenus d'appliquer les règles édictées et/ou adoptées par cette organisation.

442. La théorie de l'institution n'explique pas, par ailleurs, l'application des Principes Unidroit ou des Incoterms : aucune institution n'impose l'utilisation de ces instruments aux parties et opérateurs du commerce international<sup>935</sup>. Dans l'acceptation d'une qualification institutionnelle de l'Unidroit et de la Chambre de commerce internationale, ni l'un ni l'autre n'ont le pouvoir de contraindre les opérateurs à respecter ces Principes Unidroit ou ces Incoterms<sup>936</sup>, leur application est doublement conditionnée, à la volonté des parties, et à leur contractualisation.

443. Cette observation de l'impuissance de la théorie de l'institution à rendre compte de l'application des règles non-étatiques, dans les rapports externes de l'organisation les ayant édictées, reçoit une double confirmation : l'absence de consécration de cette théorie en droit positif (A), et la nécessité, concédée par ses partisans, de recourir au contrat pour appliquer le droit non-étatique hors de l'organisation (B).

---

<sup>934</sup> Sur la réception du droit non-étatique : *supra* nos 219 et s.

<sup>935</sup> J. STOUFFLET, « L'œuvre normative de la CCI dans le domaine bancaire », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 361 et s., spéc. n° 5, p. 364 : « à l'évidence, la source de l'autorité des normes de la C.C.I. n'est pas interne. Cette institution n'a pas de pouvoir réglementaire. Certes les institutions de droit privé ont un certain pouvoir normatif à l'égard de leurs membres, mais ce n'est pas ce pouvoir qu'exerce la Chambre quand elle définit la réglementation de telle ou telle opération de commerce international. Elle s'adresse non à ses membres mais à toute une profession ou, plus largement, à tous les opérateurs du commerce international ».

<sup>936</sup> G. CHANTEPIE, « Les codifications privées », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant (t. XIII), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 39 et s., spéc. p. 40 : « ces codifications présentent également la particularité d'être *a priori* dépourvues de toute sanction. Ce point est caractéristique d'un instrument de droit souple, de droit mou, qui ne présente qu'une valeur incitative, à l'égard de ses destinataires », et p. 48 et s.

## A – L'absence de consécration de la théorie de l'institution par le droit positif

444. L'observation indique qu'aucune loi, aucun arrêt, aucune sentence arbitrale ne tient en référence cette théorie institutionnelle, M. Mathieu MAISONNEUVE reconnaît que « la notion d'institution [...] n'est que très rarement consacrée comme catégorie juridique en droit positif »<sup>937</sup>. Cet auteur en signale une mention dans un jugement du tribunal de commerce de Charleroi de 2006, lequel relève que « lorsqu'elle promulgue ses règles, la FIFA [agit] plus dans le cadre d'une fonction d'autorité [...] que dans le cadre de contrats d'adhésion avec les clubs »<sup>938</sup> et ajoute « les règles édictées par la FIFA témoignent d'une véritable autorité normative [...] il n'y a donc pas lieu d'envisager les relations entre les clubs et la FIFA comme étant de type contractuel mais de conclure que les clubs de football sont purement et simplement soumis à l'autorité de la règle imposée par la FIFA »<sup>939</sup>.

445. Relatif à une action en responsabilité intentée contre la FIFA, *in fine* rejetée, il convient de ne pas surestimer la portée de ce jugement : la mention explicative de l'autorité de la FIFA ne conduit pas à appliquer ses règles non-étatiques pour trancher le litige<sup>940</sup>. L'autorité de la FIFA sur ses membres et son « pouvoir de réglementation général et impersonnel » sont certes, en l'espèce, reconnus<sup>941</sup>, mais ils ne rendent pas juridiquement compte de l'application du droit non-étatique par le juge ou par l'arbitre. La mention de la théorie de l'institution ne fait donc pas nécessairement référence : le tribunal indique uniquement qu'« il n'existe pas de certitude sur la base juridique qui légitime cette compétence normative, mise en œuvre par certains organismes de droit privé ne détenant pas la qualité de législateur national ou supranational »<sup>942</sup>.

---

<sup>937</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 553, p. 225.

<sup>938</sup> T. com. Charleroi, 15 mai 2006, n° A/05/03843, *SA Sporting du Pays de Charleroi et G-14 c. FIFA*, *Riv. dir. eco. del. Sport*, 2006, vol. 2, fasc. 2, p. 151 et s., spéc. p. 183.

<sup>939</sup> *Ibid.*

<sup>940</sup> *Ibid.*, spéc. p. 184 : « Il appartient donc à un droit national de déterminer les conditions et l'étendue de la responsabilité; le cas échéant, il est fait application des normes de conflits de lois pour identifier le droit dont les dispositions sont applicables». Le Tribunal réalise ensuite une application du droit belge (p. 185 et s.).

<sup>941</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, nos 454 et s., p. 182 et s.

<sup>942</sup> T. com. Charleroi, 15 mai 2006, *op. cit.*, spéc. p. 183.

## B – La nécessité d'un recours au contrat concédée par les défenseurs de la théorie de l'institution

446. L'incapacité de la théorie de l'institution à justifier l'application des règles de droit non-étatique hors l'organisation les ayant édictées est implicitement reconnue, lorsque M. Franck LATTY affirme : « la logique des droits étatiques, susceptible de conditionner l'efficacité de la sentence arbitrale, est tout autre : elle est contractuelle »<sup>943</sup>. La nécessité d'un contrat s'atteste : l'acceptation par le juge étatique de faire produire effet à la clause compromissoire contenue dans le règlement d'une fédération sportive requiert de lui attribuer une nature contractuelle. M. MAISONNEUVE en convient, et prescrit de « recouvrir l'arbitrage en matière sportive d'un voile contractuel destiné à lui permettre de satisfaire aux exigences » du droit positif de l'arbitrage<sup>944</sup>.

447. Pourquoi, cependant, recouvrir d'un voile institutionnel des règles contractuelles, si ce n'est réaliser un détour « inutile » et « alourdissant »<sup>945</sup> ? La théorie de l'institution n'apparaît pas probante quant à sa capacité à rendre compte de l'application du droit non-étatique, s'agissant des rapports externes à l'organisation considérée. Si le réel résiste au modèle théorique de l'institution, ne convient-il pas d'en conclure « tant pis pour le modèle »<sup>946</sup> ?

\*

448. **Conclusion Section 2** – L'ensemble des analyses indique que l'objet de la théorie de l'institution est relatif au mode de contractualisation, et non pas au contrat *stricto sensu*. La problématique de ce modèle est, en dominante, d'ordre sociologique plus

---

<sup>943</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 529-530.

<sup>944</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n° 554, p. 226. Concède, par ailleurs, que la qualification contractuelle est en « adéquation avec la réalité juridique » (nos 388 et s., p. 154 et s.).

<sup>945</sup> J.-P. KARAQUILLO, « Avants-propos », in M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, p. VI : évalue ce détour inutile et alourdissant en raison des « concours incertains » et des « multiples facettes » de la théorie institutionnelle.

<sup>946</sup> Expression empruntée à M. Donald. A. SCHÖN, *Le praticien réflexif*, trad. J. HEYNEMAND et D. GAGNON, Éditions logiques, 1994, p. 75. À propos de « modèle », soulignons la défense fréquente de l'institution par les publicistes (J. LOUP, *Le sport et le droit*, Dalloz, 1930 ; G. SIMON, *Puissance sportive...*, *op. cit.* ; G. MOLLION, *Les fédérations sportives. Le droit administratif à l'épreuve des groupements privés*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2005 ; C. CHAUSSARD, *Les voies de règlement des litiges sportifs*, Thèse, Université de Bourgogne, 2006 ; F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.* ; M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage...*, *op. cit.*) et du contrat par les privatistes (F. BUY et al. ; É. LOQUIN, *supra* nos 430 et s.). Cette opposition public / privé semble traduire une référence tendancielle aux auteurs dont l'autorité intellectuelle n'est plus démontrer dans leur domaine de spécialité et une inscription, quasi-spontanée, dans les analyses proposées par ces derniers.

que juridique, centré sur le type de relations existant au sein d'une organisation. L'évaluation conclut, et ce, quel que soit le mode de contractualisation, imposé ou négocié, à un engagement lequel fonde l'application du droit non-étatique. Cet engagement repose principalement sur le contrat, l'adhésion en étant une forme, l'affiliation renvoyant aussi à un engagement volontaire.

449. **Conclusion Chapitre 1** – La théorie de l'institution ne justifie pas l'application du droit non-étatique. La critique formulée ne vise pas cette théorie dans son ensemble, elle se focalise sur deux utilisations de cette théorie : expliquer le caractère imposé de certaines règles non-étatiques, fonder l'application de ces règles non-étatiques. Le caractère imposé de ces règles non-étatiques peut être expliqué par d'autres facteurs, notamment la sanction, la contrainte et une situation de monopole. L'application des règles non-étatiques ne peut être justifiée que par le recours au contrat, plus précisément par une contractualisation du droit non-étatique.



450. Notre hypothèse de travail est que le contrat fonde, au plan théorique, et justifie, au plan de la pratique, l'application de chacune des règles non-étatiques recensées. Le contrat explique le respect des Incoterms par les parties : contractualisées, intégrées dans le contrat, ces règles constituent des stipulations contractuelles qu'il convient de respecter en vertu de l'autorité du contrat. Cette analyse est transposable aux Principes Unidroit : lorsque le juge se réfère à ces règles pour définir le *hardship*, ceci suppose qu'elles soient contractualisées par les parties<sup>947</sup>. Par ailleurs, lors de la signature de sa licence, un sportif accepte de se soumettre à l'ensemble des règles adoptées par la fédération sportive nationale de sa discipline de référence et, compte tenu de l'organisation pyramidale du sport, à l'ensemble des règles adoptées par la fédération internationale. Ces règles sont, elles aussi, contractualisées. À titre d'illustration, ceci explique que le Tribunal arbitral du sport se réfère à l'ensemble des règles de la fédération internationale de football et les applique pour trancher les litiges sportifs<sup>948</sup>. Chacun de ces exemples indique une *contractualisation* du droit non-étatique, dont les dimensions plurielles requièrent observation et analyse.

451. La contractualisation est un processus intégrant ou incorporant le droit non-étatique dans le contrat, sous forme de stipulations contractuelles, elle résulte, en premier regard, du seul usage de la liberté contractuelle : la contractualisation du droit non-étatique peut s'opérer dans le cadre d'un contrat interne, seules les règles de l'ordre juridique concerné réduisent potentiellement l'efficacité de ce schéma. Rien n'interdit, par exemple, à un vendeur et un acheteur français de contractualiser les Principes Unidroit pour que ceux-ci produisent effet au titre de stipulations contractuelles. Dans les rapports internationaux privés, hypothèse de notre investigation, l'efficacité de la contractualisation du droit non-étatique suppose la combinaison du principe d'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle.

452. Le contrat, supposé international<sup>949</sup>, offre aux parties la possibilité de choisir la loi applicable via le principe, ou loi, d'autonomie<sup>950</sup>. La loi désignée fixe le cadre dans

---

<sup>947</sup> Pour une critique de cette solution en l'absence de choix des parties : *supra* nos 342 et s.

<sup>948</sup> Sur ce raisonnement du Tribunal arbitral du sport : *supra* nos 233 et s., spéc. n° 237.

<sup>949</sup> Sur la caractérisation de l'internationalité du contrat : *infra* nos 529 et s.

<sup>950</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrétien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 728, p. 515 : « On appelle *loi d'autonomie* la loi dont la compétence repose sur un choix, exprès ou tacite, effectué par les parties » (souligné par les auteurs) ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 243, p. 232 ; G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 106, *Autonomie* (sens V – Loi d'autonomie) : « Loi

lequel le contrat produit effet : « les parties ont tout simplement une certaine liberté de convention dans les limites fixées par la loi compétente. Et quand elles en usent, elles agissent seulement dans les limites de cette liberté »<sup>951</sup>. L'importance du choix de loi dans l'application du droit non-étatique est à souligner : une loi appliquée en l'absence de choix limite potentiellement la liberté des parties et la production d'effets du droit non-étatique contractualisé, un choix de loi assure donc une certaine prévisibilité<sup>952</sup>.

453. En droit civil, l'autonomie de la volonté constitue l'habilitation donnée aux individus d'élaborer par et pour eux-mêmes des normes juridiques, de conclure des actes juridiques, sous réserve qu'ils respectent les conditions dont la loi entoure cette habilitation<sup>953</sup>. L'expression de « liberté contractuelle » est une reformulation de cette

---

compétente pour régir l'acte juridique (plus spécialement le contrat), ainsi nommée par référence au rôle de la volonté (c'est la loi que les parties ont choisie) ».

<sup>951</sup> J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Rec. cours La Haye*, vol. 16, 1927, pp. 1-116, spéc. p. 59-60 ; M. CALEB, *Essai sur le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé*, Sirey, 1927, p. 39 : « les parties sont libres d'exercer leur volonté en vue du choix de la législation à laquelle elles veulent soumettre leur convention sous réserve du respect qui est dû à l'ordre social » ; P. LOUIS-LUCAS « La liberté contractuelle en droit international privé français », in *Mélanges Jean DABIN*, t. II, Sirey, 1963, p. 743 et s., spéc. n<sup>os</sup> 30, p. 763-764 : « il ne fait aucun doute que les parties ayant adopté une certaine loi, celle-ci doit être utilisée telle qu'elle se présente. Par conséquent, les cocontractants doivent respecter les dispositions impératives qu'elle contient. Ils peuvent choisir leur droit, ils ne peuvent pas échapper aux injonctions du droit qu'ils ont choisi » (nous soulignons).

<sup>952</sup> Le principe d'autonomie permet de palier aux difficultés de localiser le contrat et/ou d'établir un rattachement objectif pour la règle de conflit de lois (F.-C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, Éditions Panthéon-Assas, Les Introuvables, 2002, §340, p. 204 : « l'obligation en soi, c'est-à-dire le rapport de droit, étant une chose incorporelle, qui n'occupe pas de place dans l'espace, nous devons chercher dans son développement naturel des apparences visibles auxquelles nous rattachions la réalité invisible de l'obligation, afin de lui donner un corps » ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938, n<sup>os</sup> 41 et s., p. 35 et s., spéc. n<sup>o</sup> 42, p. 36 : « un contrat est une abstraction qui, comme telle, n'occupe pas de place dans l'espace et ne s'y manifeste que par des événements multiples : conclusion et exécution »). Le principe d'autonomie assure, en outre, la prévisibilité des règles applicables, l'adéquation de la loi choisie au projet des parties (Comp., pour une approche critique : C. COHEN, *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*, Thèse, Université Paris II, 2015, n<sup>os</sup> 405 et s., p. 345 et s.), favorise la conclusion des contrats internationaux et participe au développement du commerce international (Ch. KOHLER, *op. cit.*, spéc. n<sup>os</sup> 38 et s., p. 335 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 733, p. 519. Pour une étude d'ensemble : J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Droit civil – Études et Recherches, 1992, n<sup>os</sup> 7 et s., p. 11 et s. Rappr. C. KESSEDJIAN, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *RIDE*, 1995/2, vol. 47, p. 373 et s. ; P. DURAND-BARTHEZ et Fr. LENGART (dir.), *Choisir son droit. Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux*, L'Harmattan, Entreprises et Management, 2012). Pour d'autres, le principe d'autonomie serait une « solution d'embarras » ou un « pis-aller » (G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Munich, 2003, p. 653, cité et traduit par Ch. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *Rec. cours La Haye*, vol. 359, 2012, pp. 285-478, spéc. n<sup>o</sup> 38, p. 336 et A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, pp. 9-526, spéc. n<sup>o</sup> 43, p. 84. Rappr. H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 255 et s., spéc. p. 272 : « l'autonomie de la volonté ne doit pas être une solution de facilité, une bouée de secours qui éviterait au législateur de prendre parti sur tel ou tel rattachement »).

<sup>953</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire...*, *op. cit.*, p. 106, *Autonomie* (I).

acceptation de l'autonomie de la volonté, laquelle permet aux parties de déterminer le contenu de leur contrat, d'organiser librement leur rapport contractuel<sup>954</sup>. Le droit non-étatique est contractualisé via cette liberté contractuelle, le principe d'autonomie fixant les limites de cette contractualisation par le choix de loi exercé.

454. Un processus opératif en deux temps se dessine : mobilisé pour désigner l'ordre juridique compétent, le principe d'autonomie laisse place à la liberté contractuelle conférée par l'ordre juridique désigné. À l'intérieur de ce cadre impératif, s'épanouit la liberté contractuelle au sens du droit interne, c'est-à-dire le pouvoir conféré aux parties de décider du contenu de leur contrat dans les limites instaurées par la *lex contractus*. Le choix de loi, puis l'exercice de la liberté contractuelle.

455. Pour conforter cette proposition, il est démontré, en l'état du droit positif, que seule une contractualisation du droit non-étatique est envisageable (Section 1), avant que soient examinés les conditions et obstacles potentiels de ce processus de contractualisation (Section 2).

## **Section 1 – La nécessaire contractualisation du droit non-étatique**

---

456. La contractualisation, encore qualifiée d'intégration ou d'incorporation, est relevée par la doctrine, M<sup>me</sup> Stéphanie FRANCOU évalue ainsi : « la solution de l'incorporation (qui permet aux parties de les intégrer dans leur contrat dans toute la mesure autorisée par la loi applicable) semble à la fois plus réaliste et plus adéquate d'un point de vue théorique »<sup>955</sup>, M. Hugues KENFACK observe : « les parties n'auraient donc pas la faculté de choisir un droit non étatique autrement qu'en l'incorporant dans le contrat »<sup>956</sup>, M. Frédéric BUY notant : « il faudrait contractuellement intégrer cette

---

<sup>954</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 869 et s., spéc. nos 3-4, p. 871 : « L'autonomie substantielle peut être présentée comme le pouvoir dont disposent les parties de fixer par accord de leur volonté le contenu (la substance) de leurs droits et obligations ». « Cette autonomie substantielle [...] n'est pas essentiellement distincte de celle dont disposent les parties à un contrat interne sous le nom de liberté contractuelle ».

<sup>955</sup> S. FRANCOU, « Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *JDI* 2009/1. 41, spéc. n° 25.

<sup>956</sup> H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009/1. 1, spéc. n° 12 : précise que ce schéma « n'est pas une nouveauté », mais aucune démonstration d'ensemble n'a, à notre connaissance, été menée, un approfondissement paraît dès lors opportun.

réglementation [de la fédération internationale de football] pour qu'elle puisse tenir lieu de loi (article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil) aux principaux intéressés »<sup>957</sup>.

457. Des textes de nature différente sont, par ailleurs, favorables à cette proposition : le considérant n° 13 du règlement Rome 1 autorise les parties à « intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale », la Convention interaméricaine de Mexico sur la loi applicable aux contrats internationaux<sup>958</sup> et le Code civil québécois<sup>959</sup> ouvrent la possibilité d'une contractualisation des règles non-étatiques. Cette technique est de surcroît privilégiée par les Incoterms<sup>960</sup>, les Principes Unidroit<sup>961</sup> et les clauses-types relatives à leur utilisation<sup>962</sup>.

458. Cette utilisation conjuguée du principe d'autonomie et de la liberté contractuelle ouvre, aux plans opératoire et opérationnel, le questionnement de sa faisabilité, à laquelle deux ordres de confirmations sont apportés : en l'état du droit positif, seule la contractualisation du droit non-étatique peut être entreprise, nul contrat sans loi

---

<sup>957</sup> F. BUY, « Libres propos sur les agents sportifs », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2007, n° 312, p. 56 et s., spéc. p. 59 : l'auteur ajoute « ainsi "relativisée", la norme fédérale – et la réforme qu'elle pourrait porter – perd forcément une partie de son attrait ».

<sup>958</sup> M. M. ALBORNOZ, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement Rome I », *JDI* 2012/1. 3, spéc. nos 24 et s. Comp. certains considèrent que le choix de loi n'est pas limité à une loi étatique : G. PARRA-ARANGUREN, « The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law », in *Mélanges Georges A. L. DROZ*, Martinus Nijhoff, 1996, p. 299 et s., spéc. p. 308 : « the selection is not restricted to any national law in force at the time of choice, being also possible to select an international convention or some other international principles regarding international contracts » ; F. K. JUENGER, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994/2, p. 381 et s., spéc. p. 384 et 392 ; « Contract Choice of Law in the Americas », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, n° 1, p. 195 et s., spéc. p. 204-205. *Contra* : D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit. DIP* 1995. 178, spéc. n° 5. Pour un exposé du débat : D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008, nos 419-421, p. 266-269.

<sup>959</sup> C. civ. québécois, art. 3111 : « L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte ». « Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation ». F. SABOURIN, « Le contrat sans loi en droit international privé canadien », *Revue québécoise de droit international*, 2006, n° 19.2, p. 35 et s., spéc. p. 45 et s.

<sup>960</sup> E. JOLIVET, *Les Incoterms. Étude d'une norme du commerce international*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2003, n° 247, p. 243 : « la technique contractuelle de l'incorporation par référence préconisée par la CCI pour le renvoi aux incoterms, facilite le recours direct à ces règles ».

<sup>961</sup> Principes Unidroit, 2010, art. 1.4 (règles impératives), com. n° 3 ; Préambule, p. 3.

<sup>962</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Les clauses-types sur l'utilisation des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *D.* 2013. 2037 ; A. PRUJINER, « Comment utiliser les Principes d'Unidroit dans la pratique contractuelle », *Revue juridique Thémis*, 2002, vol. 36, p. 561 et s., spéc. p. 567. Comp. les Principes de la Haye, loi-modèle, autorisent les parties à choisir des règles non-étatiques comme « loi applicable au contrat » : *infra* n° 469.

ne peut être réalisé (§1), diverses situations attestent, par ailleurs, d'une contractualisation d'instruments juridiques et confortent l'orientation préconisée (§2).

## §1 – L'application du droit non-étatique : impossibilité d'une autre proposition opérative

459. Vouloir appliquer des règles non-étatiques via le contrat ne présume pas du statut accordé à celles-ci. Si l'on admet que la volonté puisse influencer sur la loi applicable et l'organisation du contrat, les conséquences d'une telle orientation doivent être déterminées. Or, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, plusieurs courants doctrinaux se sont opposés sur la ou les fonctions dévolues à la volonté<sup>963</sup>. Un premier débat sur l'existence d'un *contrat sans droit*, dépendant exclusivement de la volonté des parties, pose la question de l'accord de primauté entre loi et volonté (A). Une seconde discussion se développe à propos de l'existence d'un *contrat sans loi*, soumis à une réglementation non-étatique (B).

### A – La hiérarchisation entre loi et contrat débattue : primauté de la loi et rejet du contrat sans droit

460. Dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, une question divise la doctrine : le contrat est-il nécessairement soumis à l'autorité de la loi<sup>964</sup> ? Une conception, qualifiée de « subjectivisme radical »<sup>965</sup> énonce que les parties ont le pouvoir de faire échapper le contrat à l'emprise de toute loi étatique, c'est-à-dire de créer un contrat sans droit, dont

---

<sup>963</sup> Sur l'évolution des fonctions attribuées à l'autonomie de la volonté : V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris – Série Sciences historiques, 1980 ; Ch. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étaticisme », *Rec. cours La Haye*, vol. 359, 2012, pp. 285-478, spéc. nos 30 et s., p. 328 et s.

<sup>964</sup> Pour une présentation d'ensemble des différentes conceptions attribuées aux termes subjectif et objectif : H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges Jacques MAURY*, t. 1, *Droit international privé et public*, Dalloz et Sirey, 1960, p. 39 et s. ; J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Droit civil – Études et Recherches, 1992, nos 47 et s., p. 51 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, nos 734-738, p. 520 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 244, p. 233 ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 1<sup>re</sup> éd., 2016, nos 209 et s., p. 155 et s.

<sup>965</sup> P. MAYER ET V. HEUZÉ, *ibid.*, n° 734, p. 520. Rappr. les expressions « subjectivisme pur » et « autonomie substantielle intégrale » sont parfois employées (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 869 et s., spéc. n° 6, p. 873 : « liberté que les parties auraient de fixer la substance de leurs droits et obligations contractuels *sans avoir besoin de prendre appui sur une loi donnée jouant le rôle de lex contractus* [...] le contrat prévaut sur la loi » (souligné par l'auteur).

l'efficacité repose exclusivement sur la volonté<sup>966</sup>. Les parties demeurent libres de choisir la loi applicable à leur contrat, cette possibilité ne sachant se muer en obligation, la *lex contractus* choisie étant d'ailleurs intégrée au contrat<sup>967</sup>. Au plan théorique, la volonté est alors hiérarchiquement supérieure à la loi, les dispositions impératives des ordres juridiques étatiques peuvent être écartées.

461. Il semble que ce subjectivisme radical ait été rapidement mis en cause par l'arrêt *American Trading*<sup>968</sup>, puis définitivement rejeté par l'arrêt *Messageries Maritimes* : « tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un État »<sup>969</sup>. Une autre conception, qualifiée de « subjectivisme modéré »<sup>970</sup>, instaure un rapport différent : la *lex contractus*, choisie ou objectivement désignée, est hiérarchiquement supérieure à la volonté des parties et aux stipulations contractuelles. Nécessairement soumis à une loi étatique, le contrat est incorporé dans l'ordre juridique désigné par les parties. Cette subordination hiérarchique du contrat à la loi est explicitement consacrée par le droit positif depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Rome et du règlement Rome 1, dont l'article 3 §1 dispose : « le contrat est régi par la loi choisie par les parties »<sup>971</sup>.

---

<sup>966</sup> Comp. F. SABOURIN, « Le contrat sans loi en droit international privé canadien », *Revue québécoise de droit international*, 2006, n° 19.2, p. 35 et s., spéc. p. 37 : l'expression « contrat sans droit » n'est pas utilisée par la doctrine canadienne, laquelle se réfère à l'expression « contrat sans loi ».

<sup>967</sup> J.-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr. DIP (1993-1994)*, Pedone, 1996, p. 23 et s.

<sup>968</sup> Cass., civ., 5 déc. 1910, *American Trading*, *Rev. crit. DIP* 1911. 395 ; *Clunet* 1912. 1156 ; *S.* 1911. 1. 129 ; *GADIP*, n° 11 : affirme que « la loi applicable aux contrats [...] est celle que les parties ont adoptée ». Si une marge d'appréciation demeure quant à la portée exacte de cette formule, il n'est pas certain que la Cour ait souhaité consacrer un subjectivisme radical (*GADIP*, n° 11, spéc. nos 9-10).

<sup>969</sup> Cass., civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *Rev. crit. DIP* 1950. 609, note H. BATIFFOL ; *D.* 1951. 749, note J. HAMEL ; *S.* 1952. 1. 1, note J.-P. NIBOYET ; *JCP* 1950. II. 5812, note J.-Ph. LÉVY ; *GADIP*, n° 22 : « tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un État ». Pour une solution similaire : CPJI, 12 juill. 1929, *Emprunts serbes et brésiliens*, *Clunet* 1929. 1002 : « tout contrat qui n'est pas un contrat entre États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale ».

<sup>970</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 736, p. 521. Comp. H. BATIFFOL, « Subjectivisme et... », *op. cit.*, spéc. p. 40 : « pour les *objectivistes* [...] la désignation de la loi applicable au contrat doit se concilier avec l'idée qu'un contrat est *soumis* à une loi ».

<sup>971</sup> Règl. Rome 1, art. 3 §1 ; Conv. Rome de 1980, art. 3§1 ; Conv. La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels, art. 2. ; Conv. interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Mexico, 1994), art. 7 §1 ; *Uniform Commercial Code*, 2001, §1-301, c), 1) et 2). Comp. sur la création d'un contrat sans droit via le « dépeçage » du contrat consacré par l'art. 3 §1 du règlement Rome 1 : P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 748, spéc. p. 530 : « à prétendument soumettre à des lois diverses ce qui normalement forme un tout, on réalise un simple emprunt de règles [...] détachées de l'ordre juridique auquel elles appartiennent, elles perdent leur caractère de « loi » pour devenir des dispositions incorporées dans le contrat ».

## B – Le statut de *lex contractus* refusé au droit non-étatique : rejet d'un contrat sans loi

462. À la fin du XX<sup>e</sup> siècle, une discussion d'une nature autre s'engage : le principe d'autonomie permet-il de désigner *autre chose* qu'une loi étatique ? Peut-on ériger des règles non-étatiques au statut de *lex contractus* ? Le droit positif rejette une telle construction (1.), l'opportunité de consacrer potentiellement le contrat sans loi est considérée par une étude de droit prospectif (2.).

### 1. – La condamnation du contrat sans loi par le droit positif

463. Mise en lumière par la Convention de Rome<sup>972</sup>, la question du contrat sans loi est débattue en particulier lors de l'élaboration du règlement Rome 1<sup>973</sup>, dont l'article 3.2 de la proposition du 15 décembre 2005 envisage le choix des « principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international et communautaire »<sup>974</sup>. La problématique est cependant abandonnée, renvoyée dans le préambule du règlement définitif, cet épisode attestant des résistances, encore actuelles, à une ouverture au droit non-étatique<sup>975</sup>. Le préambule du règlement Rome 1 se satisfait de préciser, et cela a été indiqué *supra*, qu'il n'est pas interdit aux parties « d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale »<sup>976</sup>.

---

<sup>972</sup> Nulle mention d'un choix porté sur un droit non-étatique n'est réalisée dans le rapport sur la Convention de Rome (M. GIULIANO et P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Journal officiel, n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 0001 et s., spéc. p. 15 et s.). Rapp. P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287, spéc. n° 19 : « [La Convention de Rome] n'a pas envisagé l'éventualité du choix d'un ordre juridique non étatique, par exemple des principes généraux du droit ou de ce qui est parfois appelé la *lex mercatoria*. Ce n'est pas à dire qu'un tel choix soit condamné par la convention. Simplement, il n'est pas un choix de loi au sens de celle-ci. Le contrat qui comporterait un tel choix serait régi, semble-t-il, au sens de la convention, par la loi applicable à défaut de choix et c'est à cette loi qu'il appartiendrait de définir la place qu'elle consent à accorder aux règles non étatiques choisies par les parties » (nous soulignons).

<sup>973</sup> Outre-Atlantique, des discussions similaires se développent : M. M. ALBORNOZ, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement Rome I », *JDI* 2012/1. 3, spéc. nos 24 et s. Comp. F. SABOURIN, « Le contrat sans loi en droit international privé canadien », *Revue québécoise de droit international*, 2006, n° 19.2, p. 35 et s., spéc. p. 45 et s.

<sup>974</sup> P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2006. 331, spéc. n° 8.

<sup>975</sup> Sur la fermeture de l'ordre juridique étatique au droit non-étatique : *supra* nos 370 et s.

<sup>976</sup> Règl. Rome 1, Préambule, considérants nos 13 et 14. Cette partie du préambule constitue « un ordre public conflictuel auquel se heurterait la volonté des parties si elle se portait sur du droit non étatique avec l'intention d'en faire la loi applicable à leur contrat » (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public », in T. AZZI et O. BOSCOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, 2015, p. 169 et s., spéc. n° 13, p. 174 (nous soulignons) ; « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016/2. 409, spéc. nos 66 et s., p. 450 et s.

464. Les articles 3 §1 de la Convention de Rome et du règlement Rome 1 ont réduit l'étendue des options alternatives au seul choix d'une loi étatique, condamnant ainsi la possibilité de choisir *autre chose* qu'une loi étatique, et donc de créer un contrat sans loi<sup>977</sup>. Ceci implique une impossibilité de fait, celle, pour les parties, d'ériger des règles non-étatiques au statut de *lex contractus*<sup>978</sup>. Toute clause portant sur des règles non-étatiques doit être considérée nulle ou non écrite, assimilée à une absence de choix, obligeant conséquemment le juge à rechercher la loi compétente<sup>979</sup>.

465. Les paramètres à disposition sont de deux ordres : dont acte du rejet d'un contrat régi par des règles non-étatiques, dont acte de la possibilité d'une application de règles non-étatiques via le contrat. La création d'un contrat sans loi, soumis à des règles non-étatiques, et l'intégration de ces règles dans le contrat doivent être distinguées. En l'état du droit positif, seul le deuxième mécanisme est potentiellement activable. Ce refus du droit positif est mis en questions, la doctrine conservant un intérêt certain pour cette problématique du contrat sans loi.

## **2. – La condamnation du contrat sans loi reconsidérée : étude de droit prospectif**

466. Considérer l'hypothèse d'un droit non-étatique érigé au statut de *lex contractus*, revient à poser que le contrat n'est pas soumis à l'autorité d'une loi étatique, mais à des règles non-étatiques. L'arbitrage admettant l'application du droit non-étatique au litige et

---

<sup>977</sup> P. LAGARDE et A. TENENBAUM, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008. 727, spéc. n° 9 ; P. DEUMIER et J.-B. RACINE, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDC*, 2008/4, p. 1309 et s., spéc. p. 1328-1329 ; H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009/1. 3., spéc. n° 21 ; S. FRANCO, « Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *JDI* 2009/1. 41., spéc. nos 24 et 25. Comp. D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008, nos 423-425, p. 269 et s. : « la désignation d'un système non étatique » n'est pas, semble-t-il, condamnée par la Convention de Rome et, par extension, le règlement Rome 1. L'analogie art. 3 §1 (choix de loi) / art. 4 §1 (loi applicable à défaut de choix) « [occulte] le fait que les règles de conflit de lois énoncées dans ces deux articles obéissent à deux logiques bien distinctes, de telle sorte que la terminologie employée dans chacun de ses articles pourrait apparaître comme l'enveloppe formelle d'une différence de fond ». L'art. 3 §1 permet aux parties de « choisir un *système juridique*, c'est-à-dire un *modèle* dont la teneur est adaptée à leur opération, la clause d'*electio juris* pourrait *a priori* se référer aussi bien à un système juridique étatique qu'à un modèle comme les Principes d'Unidroit » (souligné par l'auteur).

<sup>978</sup> Rappr. le Tribunal fédéral suisse, refusant que les parties puissent choisir un règlement FIFA en tant que loi du contrat, admet que ce règlement se substitue aux règles supplétives du droit national applicable (TFS, 20 déc. 2005, ATF 132 III 285).

<sup>979</sup> Sur les effets d'une clause de choix de loi porté sur du droit non-étatique : *infra* nos 563 et s.



son statut de *lex contractus*<sup>980</sup>, discerner les enjeux de ce débat suppose de circonscrire le propos, dans le seul examen de la situation du juge étatique.

467. La notion de contrat sans loi s'inscrit dans la problématique du rapport autorité de la loi / liberté des parties, questionnant la hiérarchisation établie : contractualisé, le droit non-étatique produit effet dans le cadre impératif de la *lex contractus*, laquelle borne le droit non-étatique. Si ce droit non-étatique est érigé au statut de *lex contractus*, le cadre impératif disparaît et les règles impératives, au sens du droit interne, ne s'appliquent plus. Wilhelm WENGLER le résume : « la proposition consistant à déclarer comme statut de l'acte, à la place d'un quelconque droit national, les principes généraux du droit, s'explique le plus souvent par le fait que l'on escompte que ce complexe de normes possède moins de principes juridiques impératifs qu'un droit étatique particulier »<sup>981</sup>. Selon le Doyen BATIFFOL : « ceux qui luttent pour le respect de l'accord des parties en dehors de toute loi applicable considèrent ... qu'ils défendent une des positions essentielles, sinon la plus décisive, de la liberté individuelle. Ceux qui combattent en sens opposé estiment qu'il en va de l'autorité de la loi, c'est-à-dire de son existence même. *C'est donc bien le conflit dit de la loi et de la liberté, qui est sous-jacent* »<sup>982</sup>.

468. Ce débat conflictuel, d'ordre quasi-philosophique<sup>983</sup>, entre autonomie de la volonté et autorité de la loi est probablement le facteur explicatif majeur de l'attention soutenue dont bénéficie le contrat sans loi depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle<sup>984</sup>. En participent notamment les écrits sur le subjectivisme exposés *supra*<sup>985</sup>, les travaux de MM. PEYREFITTE et LEVEL en 1965 et 1967<sup>986</sup>, MM. KAHN, WENGLER et KASSIR en 1978,

---

<sup>980</sup> Sur les règles applicables à l'arbitrage et la réception du droit non-étatique : *supra* n<sup>os</sup> 223 et s.

<sup>981</sup> W. WENGLER, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. crit. DIP* 1982. 467, spéc. p. 483.

<sup>982</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), n<sup>o</sup> 40, p. 89 (nous soulignons) ; Ch. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étaticisme », *Rec. cours La Haye*, vol. 359, 2012, pp. 285-478, spéc. n<sup>os</sup> 1 et s., p. 299 et s. ; Rapp. E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, pp. 9-267, spéc. p. 54 : « Un autre conflit important est celui qui peut surgir entre l'individu et l'État, conflit qui s'exprime, en terme juridique, dans la relation entre, d'une part, la liberté de l'individu de choisir la loi applicable et, d'autre part, les limites posées à ce choix par les règles impératives de l'État avec lequel le lien présente un lien étroit ».

<sup>983</sup> Sur cet aspect philosophique du débat et l'influence de la doctrine kantienne : G. P. ROMANO, « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », *JDI* 2012/1. 59.

<sup>984</sup> Comp. D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1986, n<sup>o</sup> 1387, p. 597 : « La question [de l'admissibilité du contrat sans loi] a perdu aujourd'hui quelque peu de son acuité sans avoir été définitivement résolue ».

<sup>985</sup> *Supra* n<sup>os</sup> 460 et s.

<sup>986</sup> L. PEYREFITTE, « Le problème du contrat dit "sans loi" », *D.* 1965, chr., 113. ; P. LEVEL, « Le contrat dit sans loi », *Trav. Com. fr. DIP (1964-1966)*, Dalloz, 1967, p. 209 et s.

1982 et 1992<sup>987</sup>, M. BERAUDO et M<sup>me</sup> GANNAGÉ en 2005 et 2008<sup>988</sup>, MM. RADICATI DI BROZOLO et AUDIT en 2012 et 2013<sup>989</sup>. Objet de questionnement devenu classique, l'ensemble des ouvrages de droit international privé consacrent des développements au contrat sans loi<sup>990</sup>.

469. S'interroger à titre prospectif, *de lege feranda*, sur le contrat sans loi est, par ailleurs, pertinent car le principe d'autonomie, autorisant un libre choix de loi parmi l'ensemble des législations, invite à reconsidérer la portée de la condamnation du contrat sans loi : la différence apparaît ténue entre refus d'un contrat sans loi et choix d'un ordre juridique déréglementé, pour intégrer des règles non-étatiques. Celles-ci sont certes intégrées dans le contrat, et soumises à la loi choisie, mais la proximité avec un contrat sans loi n'augmente-t-elle pas, s'agissant d'un contrat dont la *lex contractus* n'exerce aucune restriction ? Le choix d'une telle *lex contractus* rend possible la pondération, voire le contournement d'une prohibition historiquement jurisprudentielle, aujourd'hui de droit positif. Ainsi présenté, le débat relatif au contrat sans loi semble être un « faux débat », c'est-à-dire un débat dont le fondement a perdu de sa réalité et conséquemment la pertinence de son acuité. Si l'on ajoute à cela l'admission du contrat sans loi par les Principes de la Haye<sup>991</sup>, le Paraguay en 2015<sup>992</sup>, et l'existence d'un discours doctrinal sa

---

<sup>987</sup> Ph. KAHN, « L'essor du non-droit dans les relations internationales et le contrat sans lois », in *L'hypothèse du non-droit*, Université de Liège, Commission droit et vie des affaires, 1978, p. 231 et s. ; W. WENGLER, « Les principes généraux... », *op. cit.* ; W. KASSIR, *Étude critique du contrat sans loi. Réflexions sur le droit des relations contractuelles*, Thèse, Université Paris 1, 1992. Rappr. D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, nos 941 et s., p. 624 et s.

<sup>988</sup> J.-P. BERAUDO, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 93 et s. ; L. GANNAGÉ, « Le contrat sans loi devant les juridictions étatiques. Retour sur un mal-aimé », in *Mélanges Jean FOYER. Le monde du droit*, Economica, 2008, p. 417 et s.

<sup>989</sup> L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Non-national rules and conflicts of laws », *Riv. dir. inter. pri. e proc.*, 2012/3, vol. 48, p. 841 et s. ; « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de la Haye », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET*, Lexisnexus, 2013, p. 275 et s., spéc. p. 284 et s. ; B. AUDIT, « Le choix des Principes d'unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », in *Mélanges Camille JAUFFRET-SPINOSI*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2013, p. 13 et s.

<sup>990</sup> Parmi de nombreuses références : D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, Droit – Sciences Économiques, 1987, n° 1387, p. 597 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 916, spéc. 440 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, nos 741-742, p. 525 et s. Rappr. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 1<sup>re</sup> éd., 2016, n° 227, p. 170 et s.

<sup>991</sup> Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, art. 3 : « les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement » (nous soulignons). Sur cet article : S. C. SYMEONIDES, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP.* 2013. 807, spéc. p. 832 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON et P. DEUMIER, « Un nouvel instrument du droit souple international : le projet de Principes de la Haye sur le

faveur<sup>993</sup>, les conditions semblent réunies pour s'interroger sur les conséquences de l'introduction du contrat sans loi en droit positif.

470. Écartons d'emblée une première difficulté, concernant l'accessibilité du droit non-étatique, en observant, avec M. Bernard AUDIT, que dans les discours de cette nature, le choix d'un État, considéré « microscopique », aux dispositions législatives jugées archaïques ou inaccessibles, ne soulève aucune objection de principe, alors que le choix des Principes Unidroit, aisément accessibles, réalisés en contemplation des principaux systèmes juridiques, et des pratiques observées dans le commerce international, serait problématique à de nombreux égards<sup>994</sup>. Dans l'acceptation de ce choix de loi porté sur une réglementation non-étatique, établir le contenu substantiel de ce droit non-étatique s'inscrit dans une problématique connue du droit international privé : établir la teneur de la loi étrangère dont le régime est exposé *infra*<sup>995</sup>.

Écartons encore l'obstacle présumé de la juridicité, objecté à fin de rejet du contrat sans loi, selon lequel la juridicité du droit non-étatique doit être acquise, ou démontrée, pour que le droit non-étatique puisse régir le contrat<sup>996</sup>. Cette condition perçue de juridicité apparaît non nécessaire, car il est possible de formuler ainsi la règle autorisant un choix de droit non-étatique : « si le contrat est international, les parties peuvent ériger telle(s) manifestation(s) du droit non-étatique au statut de *lex contractus* »<sup>997</sup>. Une

---

choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *D.* 2013. 2185, spéc. p. 2188 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016/2. 409, spéc. nos 39 et 46.

<sup>992</sup> Loi n° 5393 du Paraguay (version espagnole et anglaise disponible sur [www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

<sup>993</sup> B. AUDIT, « Le choix... », *op. cit.* ; L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Non-national rules... », *op. cit.* ; L. GANNAGÉ, « Le contrat sans loi... », *op. cit.*, P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 741, spéc. p. 525. ; M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *Droit des contrats...*, *op. cit.*, n° 227, p. 171. Comp. W. KASSIR, *Étude critique...*, *op. cit.*

<sup>994</sup> B. AUDIT, « Le choix des Principes... », *op. cit.*, spéc. n° 12, p. 21 : l'auteur s'appuie sur les recommandations du Bureau permanent de la Conférence de la Haye selon lequel : « les Principe d'Unidroit et autres instruments similaires octroient une plus ample couverture du droit des contrats que plusieurs systèmes nationaux, d'autant plus que ces Principes ont été élaborés (et sont mis à jour) précisément pour les transactions internationales ». Le Bureau ajoute en note : « Un autre avantage est que les Principes sont plus facilement accessibles et compréhensibles pour les parties qu'un choix de loi étatique qui soit, pour des raisons de neutralité, totalement extérieure à leur situation juridique » (Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « Choix de la loi applicable aux contrats de commerce international », *Rev. crit. DIP* 2010. 83, spéc. p. 93). Rapp. M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 1<sup>re</sup> éd., 2016, n° 227, spéc. p. 172.

<sup>995</sup> Sur l'établissement de la teneur de la loi étrangère : *infra* n° 559.

<sup>996</sup> D. BUREAU, « La mise en chantier des travaux de rénovation de la Convention de Rome », *RDC*, 2003/1, p. 197 et s., spéc. n° 4 : « la juridicité de ces normes [non-étatiques] est-elle acquise, qui seule leur permettrait de régir le contrat ? ».

<sup>997</sup> Comp. Principes de La Haye, art. 3 : « Les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement ». L'art. 3.2 de la

formalisation de ce type n'ajoute aucun critère autre à satisfaire, aucune condition supplémentaire selon laquelle « pour être érigé au statut de *lex contractus*, le droit non-étatique doit être empreint de juridicité ». Observons d'ailleurs que les sentences et arrêts étudiés n'ont jamais conditionné l'application du droit non-étatique à une démonstration de sa juridicité<sup>998</sup>. L'introduction du contrat sans loi résulte d'un choix politique, opéré par le législateur, sans considération de sa juridicité, laquelle n'a pas statut d'argument potentiel à verser au débat.

471. La faisabilité du contrat sans loi, sa fonctionnalité et son opérationnalité, sont premièrement conditionnées à son admission par différents États. M. Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES relève que « subsiste la possibilité que le litige soulevé par le contrat [sans loi] soit porté devant le juge d'un autre État, ne concédant pas aux parties à un contrat international l'autonomie substantielle intégrale [...] la loi applicable sera finalement désignée par la règle de conflit objective en vigueur devant le juge saisi »<sup>999</sup>. Au risque de s'inscrire dans une contractualisation du droit non-étatique, la faisabilité du contrat sans loi apparaît donc conditionnée à la compétence d'un juge dont le for autorise le contrat sans loi.

472. Ceci précisé, deux dimensions, potentiellement problématiques, requièrent observation et analyse : la première, supposée être l'enjeu du contrat sans loi, est relative au respect des règles impératives (a.), la seconde, tenant à l'incomplétude du droit non-étatique érigé en loi du contrat, se révèle source principale d'obstacles (b.).

#### **a. – Le respect des règles impératives par le contrat sans loi : l'enjeu supposé majeur**

473. Occupant fréquemment une position centrale dans les débats<sup>1000</sup>, voire constituant le « cœur de la controverse »<sup>1001</sup>, le respect des règles impératives par le

---

proposition du 15 décembre 2005 envisageait le choix des « principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international et communautaire ».

<sup>998</sup> Rappr. B. HAFTEL, « Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque) », in *Mélanges Bernard AUDIT. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014 p. 409 et s., spéc. n° 11, p. 417 : « on pourrait poser que seule la loi d'un véritable ordre juridique peut [être l'objet d'un choix de loi], parce que seul un tel ordre juridique serait à même d'insuffler au contrat la juridicité nécessaire à sa sanction judiciaire. Une telle présentation manque toutefois de réalisme. Elle repose sur une vision passablement métaphysique des liens entre le contrat et son ordre juridique » (nous soulignons).

<sup>999</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 869 et s., spéc. n° 8, p. 875.

<sup>1000</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques...*, *op. cit.*, n°s 40 et s., p. 89 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle... », *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 875 : « accorder aux parties l'autonomie substantielle intégrale n'est pratiquement pas souhaitable, même dans les contrats commerciaux internationaux, car cela correspond à une véritable démission du législateur face à une volonté des parties qui, humaine, est au moins

contrat sans loi suppose une mise en contexte : la *lex contractus* étatique fournit le cadre impératif, dans lequel la volonté s'exprime, les parties étant conséquemment soumises aux règles impératives de cette *lex contractus*, et, potentiellement, aux lois de police. Le contrat sans loi supprime ce cadre impératif, le droit non-étatique régissant exclusivement le contrat au sens de l'article 3 §1 du règlement Rome 1. Une mise à l'écart de la loi est redoutée, dont un certain nombre d'observations permettent d'apprécier la pertinence.

474. Le développement de ces observations supporte un bref rappel quant à la nature des règles composant un ordre juridique : certaines sont supplétives de volonté, d'autres sont impératives. Dans l'ensemble des règles impératives une distinction s'opère entre règles impératives au sens du droit interne, les règles d'ordre public, et règles internationalement impératives, les lois de police<sup>1002</sup>. Trois types de règles se présentent donc : le supplétif, l'impératif et l'internationalement impératif, chacun d'entre eux étant potentiellement impacté par le contrat sans loi. Le supplétif ne requiert aucun développement, au regard de sa mise à l'écart par le contrat sans loi, sont successivement étudiés l'internationalement impératif ( $\alpha$ ), et l'impératif ( $\beta$ ).

#### **$\alpha$ – Le contrat sans loi respecte nécessairement les règles internationalement impératives**

475. Le contrat sans loi n'écarte pas les règles internationalement impératives ou lois de police. Le contrat sans loi ne soulève d'ailleurs, sur ce point, aucune difficulté : lorsqu'un juge français est saisi d'un litige et applique une loi étrangère, nul ne soutient que les lois de police françaises doivent être écartées. Il en va de la définition même des lois de police : résister et déroger à l'application de la loi étrangère désignée ou choisie via les règles de conflit de lois<sup>1003</sup>.

476. Le contrat sans loi ne génère aucune problématique nouvelle : il convient de déterminer si la loi de police doit, ou non, être appliquée au contrat régi par une

---

virtuellement imparfaite et peut nécessiter l'intervention du droit pour remédier à l'injustice résultant de ces imperfections ». Rapp. V. HEUZÉ, « La volonté en droit international privé », *Droits*, t. 28, 1998, p. 113 et s., spéc. p. 125 : « on sait bien que c'est contre elle-même que la volonté a souvent besoin d'être protégée ».

<sup>1001</sup> G. P. ROMANO, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007. 473, spéc. n° 29.

<sup>1002</sup> Sur la distinction K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé, *Rev. crit. DIP* 1957. 579 et *infra* nos 587 et s.

<sup>1003</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 552-553, p. 648 et s. ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 178, spéc. p. 163 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 124, p. 99.

réglementation non-étatique<sup>1004</sup>. Ceci implique que, saisi d'un litige, le juge français se réfère, à condition que son application soit retenue, à l'article 9 du règlement Rome 1, lequel distingue le régime des lois de police du for, en principe applicables, et celui des lois de police étrangères, dont l'application est exceptionnelle<sup>1005</sup>.

### **β – Le contrat sans loi exclut les règles impératives au sens du droit interne**

477. Dans l'hypothèse d'une réglementation non-étatique ayant statut de *lex contractus*, les règles supplétives et impératives au sens du droit interne sont mises à l'écart. Le contrat sans loi réalise en effet une atteinte strictement identique aux règles impératives qu'un choix de loi porté sur une loi étatique. M. Bernard AUDIT l'énonce : « dès lors qu'un contrat est international, il n'y a aucune raison de traiter différemment à l'égard des dispositions impératives des droits internes le choix d'une loi étrangère et celui des Principes d'Unidroit ; ou encore, le fait de désigner ces Principes plutôt qu'une loi étrangère ne saurait avoir pour effet d'accroître le degré d'impérativité des règles des ordres juridiques nationaux auxquels se rattache le contrat »<sup>1006</sup>. En présence d'un contrat

---

<sup>1004</sup> B. AUDIT, « Le choix des Principes d'unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », in *Mélanges Camille JAUFFRET-SPINOSI*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2013, p. 13 et s., spéc. nos 15 et s., p. 23 et s. ; L. GANNAGÉ, « Le contrat sans loi devant les juridictions étatiques. Retour sur un mal-aimé », in *Mélanges Jacques FOYER. Le monde du droit*, Economica, 2008, p. 417 et s., spéc. n° 35, p. 434 ; H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009/1. 3, spéc. n° 9 : « Était-il si critiquable que cela de permettre aux parties de choisir comme loi applicable des « principes et règles de droit matériel des contrats » dès lors qu'une telle possibilité est sans préjudice de l'application d'une loi de police d'un État auquel le contrat se rattache ? » ; D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008, n° 441, p. 287-288 : la limite « infranchissable » est la « protection des intérêts fondamentaux des ordres juridiques avec lesquels la relation contractuelle entretient des attaches significatives ». « Le for n'accepterait [...] d'ordonner l'exécution forcée du contrat qu'à la condition que l'application du système non étatique choisi en tant que *lex contractus* ne heurte ni son ordre public ni [...] les lois de police du for ». La réserve de l'ordre public semble agir « utilement comme tranquillisant » à l'encontre du contrat sans loi (expression empruntée à H. VAN HOOGSTATEN, « La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye, *Rec. cours La Haye*, vol. 122, 1967, pp. 337-425, spéc. p. 414).

<sup>1005</sup> Rome 1, art. 9 §2 (« Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. ») et §3 (« Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »). Sur l'influence du juge saisi quant à l'application des lois de police : *infra* n° 670.

<sup>1006</sup> B. AUDIT, « Le choix des Principes d'unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », in *Mélanges Camille JAUFFRET-SPINOSI*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2013, p. 13 et s., spéc. n° 21, spéc. p. 28 ; L. G. RADICATI BROZOLO, « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de la Haye », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET*, Lexisnexis, 2013, p. 275 et s., spéc. p. 290 : les parties peuvent échapper aux dispositions impératives « simples », lesquelles sont distinguées des lois de police (spéc. p. 290, note 50) ; L. GANNAGÉ, « Le contrat sans loi devant les

sans loi, l'auteur relève : « un juge étatique pourrait se montrer plus enclin à forcer l'application d'une disposition impérative de loi à un contrat soumis aux Principes qu'à un contrat régi par une loi étatique, fût-elle étrangère »<sup>1007</sup>. Proposons une reformulation synthétique : le risque existe que des règles impératives soient systématiquement qualifiées d'internationalement impératives en présence d'un contrat sans loi<sup>1008</sup>. Pourquoi, cependant, accepter qu'un choix porté sur une loi étatique écarte les règles impératives d'autres pays, et refuser qu'un choix porté sur les Principes Unidroit puisse écarter ces mêmes règles<sup>1009</sup> ?

478. Si le contrat sans loi exclut les règles impératives étatiques, il est admissible que la *lex contractus* non-étatique contienne des dispositions qu'elle qualifie d'impératives, à fin d'assurer la « cohérence interne » de l'instrument<sup>1010</sup>. Les Principes Unidroit en offrent un exemple topique : « Les parties peuvent exclure l'application de ces Principes, déroger à l'une quelconque de leurs dispositions ou en modifier les effets, à moins que ces Principes n'en disposent autrement »<sup>1011</sup>. L'un des commentaires de cet article 1.5 ajoute : « Quelques dispositions des Principes revêtent un caractère impératif, c'est-à-dire que leur importance dans le système des Principes est telle que les parties ne devraient pas pouvoir les exclure ni y déroger comme elles le souhaitent »<sup>1012</sup>. L'impérativité de ces dispositions ne résulte cependant pas des Principes Unidroit mais de la règle de droit international privé d'origine étatique, européenne ou conventionnelle, autorisant l'édition d'un contrat sans loi. À supposer, *de lege feranda*, que cette règle soit ainsi formulée : « sous réserve d'un choix explicite, le contrat est régi par les Principes Unidroit », l'impérativité des dispositions est imposée par cette règle. À l'identique d'un choix de loi étatique, où les parties sont tenues de respecter les dispositions légales impératives, les parties sont ici tenues de respecter les

---

juridictions étatiques. Retour sur un mal-aimé », in *Mélanges Jacques FOYER. Le monde du droit*, Economica, 2008, p. 417 et s., spéc. n° 37, p. 435.

<sup>1007</sup> B. AUDIT, « Le choix des Principes... », *ibid.*, spéc. n° 20, spéc. p. 27.

<sup>1008</sup> Pour une critique de l'application systématique des lois de police : B. AUDIT, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 25 et s.

<sup>1009</sup> Principes Unidroit (2010), art. 1.4, commentaire n° 4 : « lorsque [...] les Principes sont appliqués en tant que loi régissant le contrat [...] ils ne rencontrent plus la limite des règles impératives du droit interne ». Un choix de *lex contractus* désignant les Principes constitue un choix porté sur les dispositions matérielles de ce texte, exclusif de tout renvoi, l'art. 1.4 n'a dès lors pas vocation à s'appliquer et ne doit « en aucun cas influencer sur la manière dont le juge de l'ordre juridique du for doit envisager le choix par les parties de ces Principes [...] seules comptent pour le juge du for les règles de droit international privé adoptées par l'ordre juridique auquel il appartient et au nom duquel il statue » (D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008, n° 415, spéc. p. 263).

<sup>1010</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Règles impératives et instruments de droit souple », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 195 et s., spéc. p. 198.

<sup>1011</sup> Principes Unidroit, 2010, art. 1.5 (nous soulignons).

<sup>1012</sup> *Ibid.*, commentaire n° 3.

règles qualifiées d'impératives par les Principes Unidroit-loi du contrat. Soumis aux Principes Unidroit, le contrat sans loi ne devient pas un contrat sans droit.

479. Les manifestations du droit non-étatique, en dominante, ne précisent cependant pas la nature de leurs règles, les Principes Unidroit faisant, à ce titre, figure d'exception. Supposons que le règlement de la fédération internationale de football (FIFA) sur le transfert des joueurs constitue la loi du contrat. Les règles de ce texte présumées impératives<sup>1013</sup>, les parties ne peuvent y déroger. En cas de contentieux relatif à une question non tranchée par ce règlement FIFA, par exemple l'existence d'une erreur ou d'un dol, deux modalités de résolution se présentent.

480. De manière générale, la première invite le juge à se fonder uniquement sur le contrat, l'obstacle majeur tenant à l'absence de référentiel pour trancher cette question, et l'évolution potentielle de ce contrat sans loi étatique en contrat sans droit. L'affirmation de M. Christian KOHLER est sans équivoque : « aucun contrat ne peut exister sans un “statut de base” (*Grundstatut*) ou “ordre juridique de référence” qui fournit l'environnement et l'encadrement juridiques de l'activité des parties »<sup>1014</sup>. Ce statut de base a pour fonction de réduire l'actualisation potentielle du risque d'arbitraire, inhérent à l'acte de décision : si aucune base de réflexion n'est offerte, si aucune règle n'est proposée, sur quoi le juge peut-il prendre appui pour trancher le litige ? Ceci, en pratique, est irréaliste et irréalisable, l'exercice relèverait de la divination.

481. Lorsque survient une situation non prévue par le droit non-étatique, la réponse est à rechercher dans un autre ensemble de règles, probablement une loi étatique, désignée par les règles de conflit de lois<sup>1015</sup>. Il est possible que les réponses proposées par le droit non-étatique soient quantitativement limitées, pourquoi autoriser la création d'un contrat sans loi si intervient, dès la première difficulté rencontrée, l'application d'une loi étatique ?

482. Le développement de ces différents points indique que l'enjeu majeur du débat n'est pas relatif à l'atteinte des règles impératives au sens du droit interne : le contrat sans loi garantit le respect des lois de police du juge saisi, il écarte, à l'identique d'un choix

---

<sup>1013</sup> Règlement FIFA du statut et du transfert des joueurs, 2015, art. 1 §1 : « *Le présent règlement établit des règles universelles et contraignantes concernant le statut des joueurs et leur qualification pour participer au football organisé, ainsi que leur transfert entre des clubs appartenant à différentes associations* » (nous soulignons).

<sup>1014</sup> Ch. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme », *Rec. cours La Haye*, vol. 359, 2012, pp. 285-478, spéc. n° 45, p. 343.

<sup>1015</sup> Le contrat sans loi admis dans une perspective prospective, rien n'interdirait d'appliquer les Principes Unidroit à titre subsidiaire à fin de compléter le règlement FIFA érigé en *lex contractus*.



de loi étatique, les règles impératives au sens du droit interne. La problématique majeure du contrat sans loi est celle de l'incomplétude du texte non-étatique érigé en loi du contrat.

#### **b. – L'incomplétude du droit non-étatique érigé en loi du contrat : la difficulté du contrat sans loi**

483. Certaines réglementations non-étatiques, dont les Principes Unidroit en particulier, sont cycliquement révisées, sans qu'elles puissent prétendre à la complétude d'un ordre juridique étatique. Observons que ces Principes ne contiennent aucune règle dédiée au transfert de propriété ou aux contrats spéciaux. Il en résulte potentiellement que le droit non-étatique, élevé au statut de *lex contractus*, ne fournit aucune réponse, voire aucune indication aux questions se posant dans ces situations.

484. En l'absence de réponses du droit non-étatique-*lex contractus*, réintroduire des règles de conflit de lois semble nécessaire. N'est-ce pas alors introduire, dans le même temps, une contradiction ? N'est-ce pas aller à l'encontre de la volonté des parties, et de leurs légitimes prévisions, que de déterminer la loi objectivement applicable, après avoir autorisé le choix d'un droit non-étatique ? Apprécions l'efficacité de la proposition de M. Christophe SERAGLINI, lequel recommande le choix d'une loi étatique à titre subsidiaire et préventif<sup>1016</sup>.

485. Dans cette exploration prospective, deux corps de règles sont alors appliqués à la même situation : le droit non-étatique, qualifié de *lex contractus* principale, et la loi désignée, ayant statut de *lex contractus* subsidiaire. Pour évaluer la fonctionnalité de cette proposition, trois observations sont réalisées ( $\alpha$ ) concluant à la faisabilité conditionnelle du contrat sans loi ( $\beta$ ).

#### **$\alpha$ – Une loi étatique peut compléter, à titre subsidiaire, un droit non-étatique érigé en *lex contractus***

486. Des dimensions majeures du contrat ne sont pas traitées par la Convention de Vienne (CVIM), en attestent particulièrement les conditions de validité et le transfert de propriété<sup>1017</sup>. À titre d'exemple, la validité du contrat de vente est déterminée en droit

---

<sup>1016</sup> Ch. SERAGLINI, « Du bon usage des principes Unidroit dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2003. 1101, spéc. p. 1113.

<sup>1017</sup> CVIM, art. 4 : « sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas: a) La validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages ; b) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendue ».

français par la Convention de La Haye du 15 juin 1955<sup>1018</sup>. Cette absence de traitement par la CVIM est comblée par une application des règles de conflit de lois, conduisant à appliquer deux corps de règles distincts au contrat de vente : la CVIM et la loi désignée. Ne survient ici aucune difficulté, les fonctions de la CVIM et de la loi désignée étant précisément attribuées à chacun des corps de règles concernés : la CVIM régit, par exemple, les sanctions de l'inexécution du contrat, et la loi désignée, la date du transfert de propriété. Par ailleurs, la présence de questions relevant du champ d'application de la CVIM, mais « qui ne sont pas expressément tranchées par elle », implique de recourir aux « principes généraux dont elle s'inspire » ou, à défaut, se référer « à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé »<sup>1019</sup>. Ce recours aux règles de conflit de lois, conduisant encore à l'application de deux corps de règles distincts, équivaut à l'application d'une loi étatique, *lex contractus* subsidiaire, en cas de vacuité du droit non-étatique ayant statut de *lex contractus* principale. Convoquer la règle de conflit de lois lors d'une incomplétude ou d'une imprécision du droit non-étatique apparaît donc possible, opératoire, fonctionnel, opérationnel<sup>1020</sup>.

487. La partition du contrat, fréquemment qualifiée de « dépeçage », autorise l'application de deux lois étatiques, voire plus, à un contrat. La doctrine admet, *a minima*, cette partition, en ce qui concerne les éléments évalués « objectivement détachables » de l'acte, refusant qu'elle porte atteinte à la cohérence du contrat et conduise à produire « un statut sur mesure » heurtant l'autorité de la loi<sup>1021</sup>. Ceci n'affecte cependant pas la validité

---

<sup>1018</sup> Cass., com., 13 fév. 2007, n° 05-13.538, *RTD. civ.* 2007. 302, obs. P. REMY-CORLAY ; *D.* 2008. 2620, obs. Cl. WITZ : « la Convention de Vienne régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur mais ne concerne pas la validité du contrat ni d'aucune de ses clauses ». P. SCHLECHTRIEM et Cl. WITZ, *Contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008, n° 52, p. 39.

<sup>1019</sup> CVIM, art. 7 §2 : « les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ».

<sup>1020</sup> Rapp. J.-M. JACQUET, « Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 75 et s., spéc. p. 87 et s.

<sup>1021</sup> P. LAGARDE, « Le “dépeçage” dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. priv. proc.* 1975. 649, spéc. n° 23, spéc. p. 669 : « le dépeçage voulu par les parties doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas conduire à des solutions incohérentes ou encore, comme on l'a dit parfois, à un pot-pourri juridique, faute de quoi le juge ne pourrait pas en tenir compte et déterminer lui-même la loi du contrat » ; M. EKELMANS, « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mélanges Raymond VANDER ELST*, t. I, Némésis, 1986, p. 243 et s., spéc. n° 7, p. 248-29 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 897, spéc. p. 414-415 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 748, p. 530. Comp. opposé au dépeçage : J. FOYER, « L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles », *JDI* 1976/2. 555, spéc. n° 103, p. 598 : « ne serait-il pas curieux qu'on permette éventuellement aux parties de choisir concurremment plusieurs lois pour régir leur contrat alors qu'il leur

du schéma, ni le caractère opérationnel du dispositif, étant entendu que la fonction de chaque *lex contractus* est précisément attribuée par la volonté des parties<sup>1022</sup>.

488. Une rupture des pourparlers conduit potentiellement à l'application de deux lois distinctes : la loi du contrat, déterminée par les articles 3 ou 4 du règlement Rome 1, et la loi applicable aux pourparlers, déterminée par l'article 12 du règlement Rome 2. Selon cet article 12, il convient de se référer à « la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu », l'application d'une seule loi étant recherchée, afin d'éviter l'intervention problématique d'une pluralité de lois<sup>1023</sup>. Surgit ici un obstacle, car les fonctions respectives, de la loi du contrat, *lex contractus*, et de la loi des pourparlers, *lex delicti*, ne sont pas précisément attribuées, en raison de la difficulté à tracer la frontière entre obligations contractuelle et extracontractuelle<sup>1024</sup>.

489. Ces trois situations exemplaires, aucune prétention n'étant faite à une impossible exhaustivité<sup>1025</sup>, sont évaluées suffisantes à indiquer l'importance majeure de l'attribution de fonctions précises aux deux corps de règles impliqués, aux deux *lex contractus*, et ce pour éviter toute concurrence, et conséquemment toute tentative de coordination, intrinsèquement délicate. Ceci précisé, à fins de régulation, voire remédiation, des imprécisions ou absences de la *lex contractus* principale non-étatique, l'application d'une *lex contractus* subsidiaire, étatique, est-elle, dans l'absolu, opérante ? La réponse est tributaire des fonctions attribuées à ces deux *lex contractus* : si le droit non-étatique, *lex contractus* principale, n'apporte aucune réponse, celle-ci doit être recherchée à

---

serait interdit de confectionner un contrat sans loi ? Il n'y a entre les deux hypothèses qu'une différence de degré qui devrait conduire à leur appliquer la même solution, soit interdire globalement toute ces pratiques, soit au contraire les tolérer ».

<sup>1022</sup> Pour une étude approfondie : C. PELLEGRINI, *Droits applicables au contrat international. Étude théorique et pratique du dépeçage*, Thèse, Université Lyon 3, 2013.

<sup>1023</sup> S. BOLLÉE, « À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008. 2161, spéc. nos 4 et s. L'application de lois différentes demeure envisagée par l'article 12 du règlement Rome 2, bien que les situations de « défaillance » de la solution de principe apparaissent « assez fuyantes » (spéc. nos 8 et s.). Des solutions identiques sont retenues à propos de l'enrichissement sans cause (Rome 2, art. 10) et de la gestion d'affaire (art. 11), sur la question : G. LÉGIER, « Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et *culpa in contrabendo* », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, Travaux di CREDIMI, 2008, p. 145 et s. Dans une perspective générale, cette nécessité d'opérer un choix entre les ensembles de règles impliqués relève de la fonction même du droit international et de la règle de conflit de lois : P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 89, p. 77 : « le juge ne peut appliquer cumulativement à la même question de droit deux règles qui ne la résolvent peut-être pas de la même façon. Il y a *conflit de lois*, et le juge doit *choisir* entre elles » (souligné par les auteurs).

<sup>1024</sup> B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse, Université Paris II, 2008, nos 1126 et s., p. 527 et s.

<sup>1025</sup> L'application de plusieurs lois à une situation unique selon la prétention élevée et le jeu des qualifications : à propos d'un mariage, il est, par exemple, permis de distinguer la loi applicable à sa validité, ses effets, sa dissolution ou encore aux régimes matrimoniaux.

l'aide de la *lex contractus* subsidiaire étatique, aucune concurrence et, dès lors, aucune difficulté, n'est générée.

490. L'incomplétude du droit non-étatique ne constitue pas un argument rédhibitoire, lequel conduirait donc à rejeter le contrat sans loi, mais elle minore l'intérêt de la proposition formulée : quelle est la plus-value à autoriser le contrat sans loi, si, dès le premier élément jugé problématique, il est immédiatement renvoyé à l'application d'une loi étatique ? De nombreux auteurs, alors, invitent à circonscrire les choix autorisés lorsqu'ils portent sur une réglementation non-étatique.

### **β – La consécration du contrat sans loi est conditionnée par le degré de complétude du droit non-étatique**

491. Les dimensions problématiques du contrat sans loi clarifiées, quels sont les critères à prendre en compte, et/ou les paramètres situationnels à définir, pour rendre cet outil fonctionnel et opérationnel ?

492. De nombreux auteurs refusent l'érection de toutes les manifestations du droit non-étatique au statut de *lex contractus* : pour n'en donner qu'un exemple, Wilhelm WENGLER redoute ainsi que les principes généraux soient difficiles à identifier et évoque « un flottement intrinsèque de cette sorte de "loi du contrat" »<sup>1026</sup>. Autorisons-nous à partager le doute de M. Pierre MAYER, quant à l'usage que feraient les parties de cette liberté octroyée : « le véritable succès de la *lex mercatoria* supposerait que les parties la choisissent comme *lex contractus*. Or, les fameux opérateurs du commerce international ne l'aiment pas parce qu'elle contient très peu de règles, et encore, des règles fort vagues telles que le principe de bonne foi. Ceci est générateur d'imprévisibilité, et la *lex mercatoria* n'a finalement pas été plébiscitée par ceux qui sont censés l'avoir faite »<sup>1027</sup>.

493. M<sup>me</sup> Pascale DEUMIER rejette tout choix de loi porté sur un règlement FIFA<sup>1028</sup> et affirme, avec M<sup>me</sup> Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, que, au regard des Principes de La Haye, « seule une petite partie du droit souple pourra être choisie et ainsi devenir *lex contractus*. Le droit spontané est exclu, car non suffisamment structuré. Au titre des travaux qui ont également peu de chances de franchir le seuil fixé, on citera ceux

---

<sup>1026</sup> W. WENGLER, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. crit. DIP* 1982. 467, spéc. p. 500.

<sup>1027</sup> P. MAYER, « Actualité du contrat international », *LPA*, numéro spécial, 5 mai 2000, n° 90, p. 55 et s., spéc. p. 56.

<sup>1028</sup> P. DEUMIER, « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques FOYER. Le monde du droit, Economica*, 2007, p. 305 et s., spéc. p. 316.

des organismes professionnels (trop partisans) et des groupes d'experts autoconstitués (trop peu connus ou insuffisamment représentatifs) »<sup>1029</sup>. Il est probable que ces refus s'expliquent par la nécessité d'offrir un statut de base au contrat, dans lequel le juge puisse trouver les éléments lui permettant de fonder ses décisions. Ajoutons que les propositions de ces auteurs éloignent l'écueil du recours systématisé à une loi étatique, pour combler les points non traités par le droit non-étatique érigé au statut de *lex contractus*.

494. *In fine*, une interrogation est encore et à nouveau mise en lumière : pourquoi le contrat sans loi n'a-t-il pas été consacré par le règlement Rome 1 ? M<sup>me</sup> Claudia HAHN témoigne de la faveur des milieux professionnels et universitaires quant à la promotion du droit non-étatique, mais de sa forte critique par les États<sup>1030</sup>. Les conclusions précédemment établies, à propos du rejet du droit non-étatique par l'ordre juridique français, font à nouveau saillance<sup>1031</sup> : ce refus relève d'une orientation, d'un choix et d'une décision politiques, en aucun cas ne repose sur une nécessité logique. Cette orientation se concrétisant par une résistance au pluralisme juridique, indique la persistance d'une pensée positiviste, encore dominante, selon laquelle tout droit émane de l'État<sup>1032</sup>. Cette fermeture d'ordre théorique se rend visible, au niveau méthodologique, s'agissant ici des règles du droit international privé, incapables, en l'état du droit positif, de prendre en compte le droit non-étatique<sup>1033</sup>. Il apparaît que le contrat sans loi, dont,

---

<sup>1029</sup> B. FAUVARQUE-COSSON et P. DEUMIER, « Un nouvel instrument de droit souple international : le projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *D.* 2013. 2185. Pour une proposition similaire B. FAUVARQUE-COSSON, « Règles impératives et instruments de droit souple », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 195 et s., spéc. p. 203. Rappr. B. HAFTEL, « Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque) », in *Mélanges Bernard AUDIT. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014 p. 409 et s., spéc. nos 11 et s., p. 417 et s. : « sont donc insusceptibles d'être choisis pour régir un contrat, d'abord les corps de règles qui ne comprendraient pas, quantitativement, un nombre suffisant de règles pour régir convenablement un contrat [...] ou qui ne viseraient qu'un seul aspect du contrat [...] Sont de la même manière insusceptibles d'être choisis pour régir un contrat les systèmes de règles ne portant pas sur la réglementation des rapports sociaux du type de ceux qu'embrassent les contrats » (n° 12, p. 418-419, souligné par l'auteur).

<sup>1030</sup> C. HAHN, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II – L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *Trav. Com. fr. DIP (2006-2008)*, Pedone, Droit international privé, 2009, p. 187 et s., spéc. p. 191.

<sup>1031</sup> Sur la fermeture de l'ordre juridique français au pluralisme et le rejet du droit non-étatique : *supra* nos 379 et s.

<sup>1032</sup> L. G. RADICATI BROZOLO, « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de la Haye », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET*, p. 275 et s., spéc. p. 292-293 : les « vraies raisons » du rejet du contrat sans loi sont un « excès de dogmatisme » et « le conservatisme intrinsèque » voire « peut-être une certaine étroitesse d'esprit des législateurs, doublé d'une incapacité à dépasser les catégories conceptuelles traditionnelles » ; F. K. JUENGER, « Contract Choice of Law in the Americas », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, n° 1, p. 195 et s., spéc. p. 204-205 : juge la solution de la Convention de Rome « régressive » (« strangely retrogressive insistence on limiting the parties' selection to positive laws ») ; « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994/2, p. 381 et s., spéc. p. 384 : « strange positivistic feature, a throwback to an earlier age ».

<sup>1033</sup> Sur la fermeture des règles de droit international privé au droit non-étatique : *supra* nos 386 et s.

toutes conditions réunies, la consécration ne serait pas source de difficultés nouvelles, gagnerait à ce que cette fermeture soit reconsidérée, contrat sans loi dont la probabilité qu'il représente une menace apparaît faible.

## §2 – La contractualisation du droit non-étatique confortée par le droit positif

495. La parenthèse prospective consacrée au contrat sans loi refermée, poursuivons le processus de démonstration, visant à établir la pertinence du schéma de contractualisation proposé pour appliquer le droit non-étatique. Pour convaincre de sa faisabilité, trois situations de contractualisation existantes en droit positif sont analysées<sup>1034</sup> : l'extension du champ d'application de conventions internationales (A), l'application d'instruments optionnels (B) et l'extension du champ d'application des statuts impératifs en droit interne (C).

### A – L'extension du champ d'application d'une convention internationale : la contractualisation

496. Bien que la Convention de Vienne (CVIM) et la Convention de Genève (CMR) s'appliquent, en principe, aux contrats internationaux<sup>1035</sup>, des arrêts en admettent l'application à des contrats internes<sup>1036</sup>, la convention, alors incorporée dans le contrat, ayant statut de stipulation contractuelle. La *lex contractus* demeure l'ordre juridique étatique dans lequel la totalité des éléments du contrat est localisée. Les règles impératives de cette

---

<sup>1034</sup> Sur l'opportunité d'un tel rapprochement, M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 1<sup>re</sup> éd., 2016, n° 228, p. 173.

<sup>1035</sup> La CVIM mentionne des parties établies « dans des États différents » (art. 1<sup>er</sup>), la CMR évoque un lieu de prise en charge de la marchandise et un lieu de livraison situés « dans deux pays différents » (art.1<sup>er</sup>). À titre comparatif, l'exclusion de ces conventions par la volonté des parties est différemment envisagée : la CVIM peut être écartée en tout ou partie (art. 6 ; Cl. WITZ, « L'exclusion de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties », *D.* 1990 chr. 108. *Add.* Cass., 1<sup>re</sup>, 25 oct. 2005, n° 99-12.879, *Soc. Herbex Produtos c. Soc. Cogemar et autres*, *D.* 2007. 530, obs. Cl. WITZ, *RTD. civ.* 2006. 268, obs. P. REMY-CORLAY, *RTD. com.* 2006. 249, obs. Ph. DELEBECQUE, *Rev. crit. DIP.* 2006. 373, obs. D. BUREAU), la CMR apparaît impératif (art. 41 : « Sous réserve des dispositions de l'article 40, est nulle et de nul effet toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de la présente Convention. La nullité de telles stipulations n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat [...] En particulier, seraient nulles toute clause par laquelle le transporteur se ferait céder le bénéfice de l'assurance de la marchandise ou toute autre clause analogue, ainsi que toute clause déplaçant le fardeau de la preuve »). Comp. pour des dispositions similaires Conventions d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage et sur le crédit-bail international, art. 3 et 5.2.

<sup>1036</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> juil. 1997, n° 95-12.221, *D.* 1998. 143, note B. MERCADAL ; *RTD. com.* 1998. 408, note B. BOULOC ; *JCP* 1998. II. 10076, note Ph. DELEBECQUE. Il convient, dans cette situation, de « rechercher si l'opération ne se rattache pas au commerce international », il serait alors « raisonnable de permettre l'application de la convention » (B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, Droit des affaires, 1990, n° 44, spéc. p. 41, note 1).

*lex contractus* doivent conséquemment être respectées, la Cour de cassation énonçant : l'application de la convention de Genève à un contrat interne est possible « dès lors que [les dispositions de cette convention] ne sont pas contraires aux règles d'ordre public régissant le contrat de transport national »<sup>1037</sup>. Cette contractualisation d'une convention conforte, par analogie, l'hypothèse d'une contractualisation du droit non-étatique.

497. Ces conventions s'appliquent aussi à des contrats internationaux non visés ou expressément exclus<sup>1038</sup> : destinée au transport de marchandises par route, la CMR peut être appliquée à des contrats de commission de transport<sup>1039</sup> ou entre commissionnaires successifs lorsque ces contrats ont été sous-traités<sup>1040</sup>. Dans le domaine du transport maritime international, la jurisprudence autorise encore les parties à se soumettre aux dispositions de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, *a priori* inapplicable<sup>1041</sup>. La doctrine, de surcroît, est favorable à l'application volontaire de la CVIM à la vente d'un navire ou à un contrat de distribution<sup>1042</sup>.

498. Les conséquences de cette extension du champ d'application d'une convention internationale sont discutées : appliquée hors de son domaine à un contrat international, la convention a-t-elle statut de stipulation contractuelle ou est-elle érigée en *lex contractus*? Les arrêts considérés, évoquant un contrat « soumis » ou placé « sous l'empire » de la convention<sup>1043</sup>, semblent privilégier une érection de la convention au

---

<sup>1037</sup> Cass., com., 1<sup>er</sup> juil. 1997, *op. cit.*

<sup>1038</sup> Sur l'ensemble de la question : A. MALAN, « L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties », *JDI* 2004. 443 ; N. WATTÉ et A. NUYTS, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *JDI* 2003/1. 365.

<sup>1039</sup> Cass., com., 7 déc. 1983, n° 81-14.443 : « quelle que soit la nature du contrat, la commune intention des parties avait été de le placer sous l'empire de la CMR »

<sup>1040</sup> Cass., com., 21 juin 1982, n° 79-11.407, *Rev. crit. DIP* 1983. 77, note H. BATIFFOL.

<sup>1041</sup> Cass., com., 4 fév. 1992, n° 90-15.668, *Hilaire-Maurel*, *Rev. crit. DIP* 1992. 495, note P. LAGARDE ; *DMF* 1993. 90, note P. BONASSIES.

<sup>1042</sup> P. SCHLECHTRIEM et Cl. WITZ, *Contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008, n° 32, p. 24-25 : « Les parties doivent toutefois être prudentes lorsque la qualification du contrat s'éloigne de la vente, car le jeu des moyens prévus par la [CVIM] en cas d'inexécution est conçu en fonction d'un objet contractuel portant sur des marchandises ». Comp. les réticences quant à cette extension : V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, LGDJ, *Traité des contrats*, 2000, n° 123, spéc. p. 113 ; B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, *Droit des affaires*, 1990, n° 44, spéc. p. 41 ; « Les ventes internationales hors la convention de Vienne », *Rev. jurisp. com.*, 1997, numéro spécial « La vente éclatée : la diversité de régimes juridiques dans les ventes de marchandises (Colloque de Deauville, 7 et 8 juin 1997) », p. 112 et s., spéc. p. 116. *Adde.* Cass., 1<sup>re</sup>, 20 fév. 2007, n° 04-17.752, *RTD. Com.* 2007. 586, obs. B. BOULOC ; *ibid.* 2008. 208, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 2007. 795, obs. E. CHEVRIER ; *RTD civ.* 2007. 302, obs. P. RÉMY-CORLAY : les ventes internationales de marchandises relèvent de la CVIM « sans qu'il importe que ces opérations soient intervenues en application d'un contrat de distribution exclusive, lui-même non soumis à la [CVIM] ».

<sup>1043</sup> Cass., com., 4 fév. 1992, *op. cit.* : « les parties qui conviennent de soumettre le contrat » ; Cass., com., 7 déc. 1983, *op. cit.* : « la commune intention des parties avait été de [placer le contrat] sous l'empire de la

statut de *lex contractus*. Si tel est le cas, la convention constitue l'ordre juridique encadrant le contrat, et, implication logique, n'est pas incorporée dans ce dernier<sup>1044</sup>. La validité d'une telle hypothèse divise la doctrine<sup>1045</sup>, il convient donc d'en éprouver la cohérence, c'est-à-dire d'en évaluer la capacité à satisfaire sa logique propre. Les deux options de l'alternative sont successivement examinées : l'érection de la convention internationale au statut de *lex contractus* (1.) et la contractualisation de la convention ainsi étendue (2.).

### 1. – La non érection des conventions internationales au statut de *lex contractus*

499. Supposons l'admission au statut de *lex contractus* d'une convention internationale. Les parties opèrent ici un choix de loi, au sens du droit international privé, les contraignant à respecter le texte de la convention, lequel constitue la loi du contrat. L'arrêt *Hilaire-Maurel* reconnaît cette situation : « les parties qui conviennent de soumettre le contrat qu'elles concluent à [la Convention de Bruxelles du 25 août 1924] ne peuvent écarter celles de ses prescriptions auxquelles [...] il ne saurait être dérogé à peine de nullité »<sup>1046</sup>. Une application partielle de la Convention, en l'espèce, est impossible. Les dispositions de la Convention de Bruxelles sont impératives, son érection au rang de *lex contractus* maintient cette impérativité. Le contrat est, conséquemment, exclusivement soumis au texte de la convention, aucune autre loi étatique n'est applicable, les règles impératives étatiques sont écartées, à l'exception notable d'éventuelles lois de police<sup>1047</sup>.

500. L'intérêt de l'érection d'une convention au rang de *lex contractus* est potentiellement limité : délaissions la Convention de Bruxelles pour supposer la CVIM

---

CMR » ; Cass. com., 13 juin 1989, n° 87-10.796, *DMF* 1989. 148, obs. P. BONASSIES : « après avoir relevé que le connaissement comportait une clause, prévoyant, lorsque le chargement avait eu lieu dans un port d'un pays qui n'avait pas adhéré à la Convention, qu'il y serait renvoyé pour les chargements auxquels la loi du pays de destination ne serait pas obligatoirement applicable, la cour d'appel [...] a décidé à bon droit que le transport maritime litigieux était soumis à la Convention ».

<sup>1044</sup> Rapp., à propos de « l'inexistence d'un ordre juridique conventionnel » : V. ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2010, n°s 93, p. 42 et s.

<sup>1045</sup> En faveur de l'érection d'une convention internationale en *lex contractus* : Ch. MOULY, « La conclusion du contrat selon la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *Droit et pratique du commerce international*, 1989/3, vol. 15, p. 400 et s., spéc. n° 17, p. 406 ; M. PELICHET, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 201, 1987, pp. 9-210, spéc. p. 182. Rapp., le livre vert sur la transformation de la Convention de Rome, s'appuyant sur une jurisprudence du *Hoge Raad*, assimile l'extension de la CVIM à un choix de loi porté sur du droit non-étatique (COM(2002) 654 final, 14 janv. 2003, spéc. n° 3.2.3, p. 25). Comp., opposés au statut de *lex contractus* de la convention : *infra* n° 501 et les références citées.

<sup>1046</sup> Cass., com., 4 fév. 1992, *op. cit.* Comp. D. SINDRES, *La distinction...*, *op. cit.*, n°s 431 et s., p. 277 et s. : utilise le patronyme de l'auteur du pourvoi, M<sup>me</sup> KARKABA, pour désigner l'arrêt.

<sup>1047</sup> Sur l'influence des lois de police, notamment celles du juge saisi : *infra* n° 670.



appliquée hors de son domaine à un contrat international en qualité de *lex contractus*. Cette convention ne traite pas de certains effets, dont le transfert de la propriété en particulier<sup>1048</sup>. Comment résoudre un litige potentiel si la *lex contractus* ne propose aucune solution à la question soulevée ? Le juge peut se référer aux indications fournies par la CVIM<sup>1049</sup>, mais l'introduction des règles de conflit de lois apparaît inéluctable, la loi désignée est alors appliquée, rendant inutile l'érection de la convention au statut de *lex contractus*<sup>1050</sup>.

501. Par ailleurs, un argument, évalué plus décisif, peut être développé. Si les parties disposent d'une liberté, la logique commande de rechercher son origine. Or, aucune règle de droit, quelle que soit sa nature, ne la confère explicitement : la convention, par hypothèse inapplicable<sup>1051</sup>, ne peut intrinsèquement conférer cette liberté, le principe d'autonomie autorise exclusivement le choix d'une loi étatique<sup>1052</sup>, la liberté contractuelle permet d'organiser le contrat, interdisant tout « choix de convention » excluant la *lex contractus*. Nulle trace d'une telle règle n'est visible sous la plume des juges ou de la doctrine. À propos de l'arrêt *Hilaire-Maurel*, M. Paul LAGARDE considère qu'une convention internationale appliquée hors de son domaine et élevée au statut de *lex contractus* relève de l'« excessif »<sup>1053</sup>, ajoutons à cela que l'entreprise de justification de cette élévation est infructueuse.

---

<sup>1048</sup> CVIM, art. 4 : « sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas : a) La validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages ; b) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendue ».

<sup>1049</sup> CVIM, art. 7.2 : « Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ».

<sup>1050</sup> Rappr. *supra* nos 483 et s. sur l'incomplétude du droit non-étatique érigé en loi du contrat. Une situation, dont la probabilité est faible, pourrait se présenter : la liberté des parties déterminée par la CVIM, en qualité de *lex contractus*, celles-ci sont libres, en vertu de son article 6, d'écarter tout ou partie de ses dispositions. Dans cette situation, la *lex contractus* est à disposition des parties, quelles conséquences si les parties écartaient partiellement, voire intégralement, la *lex contractus* ? Ne serait-on pas en présence d'un « contrat sans droit » ?

<sup>1051</sup> Sur la CVIM : P. SCHLECHTRIEM et Cl. WITZ, *Contrats de vente...*, *op. cit.*, n° 32, p. 24-25 : « La validité d'une telle soumission conventionnelle ne peut pas être appréciée à la lumière de la Convention qui est silencieuse sur un tel « *opting in* ». Il convient de mettre en œuvre les règles de conflits de lois [...] Le droit uniforme ne peut se substituer qu'aux dispositions supplétives du droit national applicable » ; V. HEUZÉ, *La vente...*, *op. cit.*, nos 125-126, spéc. p. 114 : la CVIM « ne saurait avoir vocation à régir, au sens propre du mot, les relations contractuelles puisque c'est aux États contractants qu'elle emprunte sa nature de source du droit ». Elle ne constitue qu'un « simple document contractuelle. En aucune façon, en revanche, il ne pourrait être reconnu à ses seules dispositions, détachées de tout ordre juridique étatique, la nature d'une véritable *lex contractus* » ; A. MALAN, « L'extension... », *op. cit.*, spéc. nos 18 et s.

<sup>1052</sup> Sur le principe d'autonomie limité au choix d'une loi étatique : *supra* nos 459 et s.

<sup>1053</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. n° 8 : « il faudrait considérer la convention de 1924 comme un ordre juridique autonome et complet, comme l'est un ordre juridique national, et pouvant être choisi comme loi du contrat sans le support d'une loi étatique. Cette solution [...] n'a pas été prévue par la convention de 1924 et nous paraîtrait excessive » ; A. MALAN, « L'extension... », *op. cit.*, spéc. n° 16 ; M.-E. ANCEL, P.

## 2. – La nécessaire contractualisation d'une convention internationale appliquée hors de son domaine

502. Appliquée hors de son domaine, une convention internationale est incorporée dans le contrat, elle a donc statut de stipulation contractuelle. Le choix d'appliquer la convention n'est pas un choix de loi au sens du droit international privé, une opération en deux temps est réalisée : un choix de loi, puis l'incorporation de la convention dans le contrat. Les parties ont donc la possibilité d'appliquer tout ou partie d'une convention internationale hors de son domaine, sauf à contrarier une réglementation impérative de la *lex contractus* désignée. Dans l'hypothèse précédente de l'érection de la convention en *lex contractus*, le contrat est exclusivement soumis aux lois de police du juge saisi, non contraint par les règles impératives des ordres juridiques étatiques<sup>1054</sup>. La contractualisation implique la soumission du contrat aux règles impératives de la *lex contractus* et aux lois de police du juge saisi.

503. Ceci précisé, cette option alternative de la contractualisation permet une lecture autre de l'arrêt *Hilaire-Maurel* : une identification préalable de la loi applicable eût permis de déterminer si l'incorporation de la Convention de Bruxelles dans le contrat heurtait une disposition impérative de la *lex contractus*. En l'espèce, malgré l'existence d'un « vide juridique », lié à l'impossibilité d'établir la teneur des lois libérienne et guinéenne<sup>1055</sup>, appliquer la loi du for, en raison de sa vocation générale et subsidiaire<sup>1056</sup>, aurait été suffisant, la marge de manœuvre des parties étant conséquemment déterminée selon la loi française. La contractualisation permet donc de soutenir la solution de l'arrêt *Hilaire-Maurel*, sans les apories et excès de l'érection d'une convention internationale au statut de *lex contractus*<sup>1057</sup>.

504. De cette première dimension de l'étude au regard du droit positif, retenons que la volonté permet d'étendre le champ d'application des conventions internationales de droit uniforme. Que les contrats soient internes ou internationaux, cette extension est

---

DEUMIER, M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 1<sup>re</sup> éd., 2016, n° 228, spéc. p. 174.

<sup>1054</sup> Sur la distinction règles impératives / lois de police : *infra* nos 587 et s.

<sup>1055</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. n° 13 *in fine*.

<sup>1056</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11 éd., 2014, n° 201.

<sup>1057</sup> Une contractualisation de la convention internationale permet par ailleurs de retenir une continuité dans la jurisprudence alors que la doctrine évalue l'arrêt *Hilaire-Maurel* « apparemment contradictoire » (A. MALAN, « L'extension... », *op. cit.*, spéc. n° 16) avec l'arrêt *Sud Cargos* retenant que « les parties peuvent déroger librement [...] aux "Incoterms", lesquelles résultent uniquement des usages commerciaux » (Cass., com., 2 oct. 1990, n° 88-17.506).

possible, seules en demeurent discutées les implications. L'argumentation développée, critiquant l'érection d'une convention internationale en *lex contractus*, tend à accorder la primauté à l'intégration de la convention dans le contrat. Cette conclusion autorise un rapprochement avec le droit non-étatique : si la volonté permet d'étendre le champ d'application d'une convention internationale en l'incorporant, il semble qu'aucun argument ne s'oppose à la possibilité d'une opération similaire dans le champ du droit non-étatique.

## **B – L'application d'instruments optionnels : entre loi du contrat et contractualisation**

505. Les instruments optionnels se multiplient et suscitent de nombreuses interrogations<sup>1058</sup>, notamment en droit international privé<sup>1059</sup>. L'investigation questionne ici les modalités de leur application et se concentre sur le projet de règlement européen relatif au droit commun européen de la vente<sup>1060</sup> : quelle est la fonction occupée par le principe d'autonomie ? L'instrument optionnel est-il contractualisé ou régit-il le contrat ?

---

<sup>1058</sup> Sont notamment discutées les méthodes d'adoption (H. CLARET et G. PIGNARRE, « Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *D.* 2011. 1981), l'opportunité (Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, « Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *RDC* 2012/4, p. 1400 et s. ; V. HEUZÉ, « Le technocrate et l'imbécile – Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012. 750) et, plus généralement, les conséquences à l'égard du droit français des contrats (« Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », *RDC* 2012/4, p. 1393 et s.). Pour une étude d'ensemble : M. BÉHAR-TOUCHAIS et B. FAUVARQUE-COSSON, *Mise en œuvre des instruments optionnels européens de droit privé*, Société de législation comparée, Trans Europe Expert, 2012.

<sup>1059</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Le choix d'un instrument optionnel en droit des contrats : aspects de droit international privé », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexus, 2011, p. 137 et s. ; Ch. KOHLER, « La proposition de la Commission européenne pour un droit commun européen de la vente vue sous l'angle du conflit de lois », in *Mélanges Hans VAN LOON. Un engagement au service du droit international privé*, Intersentia, 2013, p. 259 et s. ; P. LAGARDE, « Instrument optionnel international et droit international privé – Subordination ou indépendance ? », *ibid.*, p. 287 et s. ; H. CLARET, « Les relations entre le projet d'instrument optionnel et les règles de conflit de lois », *LPA*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 19 et s. ; S. CORNELOUP, « Entre autonomie conflictuelle et autonomie substantielle : le choix du futur Droit européen de la vente. À propos de la proposition de règlement de la Commission européenne du 11 octobre 2011 », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET*, Lexisnexus, 2013, p. 367 et s. ; C. KESSEDIAN, « Les instruments optionnels en droit privé international », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 365 et s.

<sup>1060</sup> Outre les références citées, parmi une littérature abondante : B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012. 34 ; P. PUIG, « L'avènement des sources optionnels de droit (sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011, COM(2011) 635 final), *RTD civ.* 2012. 493 ; G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012. 560 ; D. PORCHERON, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente : un pas décisif vers l'élaboration d'un droit européen des contrats ? », *RLDC* 2011, p. 54 et s. Comp. sur le régime matrimonial optionnel franco-allemand (décret n° 2013-488 du 10 juin 2013) : D. MARTINY, « Aspects de droit international privé du régime matrimonial optionnel franco-allemand », *Rev. crit. DIP* 2013. 843 ; « Dossier régime matrimonial optionnel franco-allemand », *AJ fam.* 2014. 400.

506. Présenté par la Commission européenne comme « un second régime de droit contractuel au sein du droit national de chaque État membre »<sup>1061</sup>, cet instrument optionnel est destiné aux contrats « transfrontières », lesquels supposent l'établissement des parties dans deux États-membres et une conclusion entre professionnels ou entre professionnel et consommateur, à propos d'une vente, d'une « fourniture d'un contenu numérique » ou d'une « fourniture de service connexe »<sup>1062</sup>. Les conditions d'application de cet instrument optionnel sont étudiées (1.), les rapports entre cet instrument, le contrat et la loi applicable sont ensuite analysés (2.).

### 1. – Une application conditionnée à un double choix : loi et instrument optionnel

507. L'application d'un instrument optionnel requiert la mobilisation préalable du principe d'autonomie<sup>1063</sup> : les parties désignent expressément la loi d'un État-membre, puis optent pour l'application de tel instrument, via une « convention d'application »<sup>1064</sup>, caractérisant un système d'*opt in*.

508. Ce processus indique qu'un choix de loi, opéré via le principe d'autonomie, n'est pas une condition suffisante pour une application immédiate de l'instrument optionnel<sup>1065</sup> : en matière de vente, la compétence de la loi française, choisie ou désignée,

---

<sup>1061</sup> L'exposé des motifs précédant la proposition de règlement poursuit « Lorsque les parties seront convenues de faire usage du droit commun européen de la vente, ses dispositions seront les seules règles nationales applicables pour les matières relevant de son champ d'application, auquel cas, aucune autre règle nationale ne pourra s'appliquer » (p. 6 *in fine* et p. 7 *in limine*). Pour une évaluation critique de cette affirmation : J.-S. BERGÉ, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *RDC* 2012/2, p. 569 et s.

<sup>1062</sup> Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, art. 4 à 7.

<sup>1063</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 959-1, spéc. p. 496. Comp. D. MARTINY, « Aspects de droit international privé du régime matrimonial optionnel franco-allemand », *Rev. crit. DIP* 2013. 843, spéc. p. 853 : « l'application de l'accord bilatéral suppose toujours une détermination de la *lex causae* ».

<sup>1064</sup> *Ibid.*, art. 8 (« Convention d'application du droit commun européen de la vente »).

<sup>1065</sup> Comp. J.-S. BERGÉ, « L'hypothèse d'un 28<sup>e</sup> droit européen des contrats », *RDC* 2010/4, p. 1401 et s., spéc. p. 1402 : « Si une volonté politique se fait jour au sein du Conseil et du Parlement européen, rien n'interdit, par exemple, à un règlement de l'Union européenne de donner force obligatoire à une *législation des contrats applicable dans l'hypothèse où elle serait choisie par les parties en vertu du principe d'autonomie de la volonté*. C'est d'ailleurs l'hypothèse implicitement envisagée par la Commission dans son communiqué et que le Parlement européen a également considérée sous l'expression « *blue button* » que le consommateur européen serait notamment invité à presser pour opter en faveur de l'application d'un 28<sup>e</sup> droit des contrats » (nous soulignons) ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Le choix d'un instrument optionnel en droit des contrats : aspects de droit international privé », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 137 et s., spéc. p. 155 : « Si le choix est exprimé par les parties lors de la conclusion du contrat, il s'apparente à un accord de fond portant choix de la loi applicable ».

implique le jeu des articles 1582 et suivants du Code civil et/ou des articles du Code de la consommation. Aucune « présomption de choix » de l'instrument ne peut être découverte, le principe d'autonomie agit en tant que « règle d'applicabilité »<sup>1066</sup>, il doit conséquemment être complété d'une « convention d'application » visant l'instrument optionnel.

509. Un choix unique d'instrument optionnel est, lui aussi, insuffisant<sup>1067</sup>. En l'absence d'un choix de loi, la *lex contractus* est déterminée via les règles de conflit de lois : si la loi d'un État-membre est désignée, les conditions d'application de l'instrument optionnel étant par ailleurs satisfaites, cet instrument est applicable et *régit* le contrat ; si la loi d'un État-tiers est désignée, l'instrument optionnel est applicable et *contractualisé*<sup>1068</sup>. Cette différenciation suppose approfondissement à fin de clarification du statut de l'instrument optionnel au regard du contrat, l'analyse devant distinguer trois situations-types d'application d'un instrument optionnel.

## 2. – Le statut variable de l'instrument optionnel

510. Dans une première situation-type, la loi d'un État-membre est compétente et toutes les conditions d'application de l'instrument sont réunies : un contrat transfrontière, de vente ou de fourniture d'un contenu numérique, entre professionnels ou entre professionnel et consommateur, les parties peuvent, en conséquence, « soumettre » leur contrat à l'instrument optionnel<sup>1069</sup>. À titre d'exemple, lorsque la loi française est désignée,

---

<sup>1066</sup> S. CORNELOUP, « Entre autonomie conflictuelle et autonomie substantielle : le choix du futur Droit européen de la vente. À propos de la proposition de règlement de la Commission européenne du 11 octobre 2011 », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET*, Lexisnexis, 2013, p. 367 et s., spéc. p. 371 et s.

<sup>1067</sup> La doctrine refuse de qualifier un choix porté sur l'instrument optionnel de choix de loi au sens du principe d'autonomie : S. CORNELOUP, *ibid.*, spéc. p. 368 : « son choix par les parties n'est pas un choix de loi au sens du droit international privé, mais un choix entre deux corps de règles nationaux » ; P. LAGARDE, « Instrument optionnel... », *op. cit.*, spéc. n° 9, p. 297 : « si la loi objectivement applicable est la loi française ou la loi allemande, le choix [du régime matrimonial franco-allemand] est un choix de droit interne. Si le régime matrimonial est rattaché objectivement à une tierce loi, le choix [...] sera un choix de droit international privé s'il s'accompagne du choix de la loi de l'un des deux États contractants, sinon un choix d'incorporation » ; P. HAMMJE, *AJ .fam.* 2014. 400, spéc. note 6 : « Le choix de ce régime est donc un simple choix interne de régime conventionnel, et non un choix de loi au sens du droit international privé ».

<sup>1068</sup> P. LAGARDE, « Instrument optionnel... », *op. cit.*, spéc. n° 6, p. 294 : si la loi d'un État-tiers est désignée, le choix porté sur l'instrument est « un choix d'incorporation soumis aux aléas des lois impératives de la loi normalement applicable ». L'auteur redoute, plus généralement, à propos du régime matrimonial franco-allemand et du projet de droit commun européen de la vente, que l'application de ces instruments ne soit pas assurée en présence d'un unique « choix de convention » car la diversité des règles de conflit applicables augmente le risque de désigner la loi d'un État-tiers (*ibid.*, spéc. nos 5-6, p. 292 et s.).

<sup>1069</sup> Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, art. 3. Comp. règl. Rome 1, Préambule, considération n° 14 : en cas d'adoption d'un texte spécifique au droit des contrats, « cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles ».

les articles du Code civil et du Code de la consommation relatifs à la vente ne s'appliquent pas, le contrat est « régi » par l'instrument optionnel<sup>1070</sup>.

511. Dans la deuxième situation-type, la loi d'un État-tiers est désignée, cette *lex contractus* régit le contrat et constitue le cadre impératif dans lequel les cocontractants sont libres de fixer leurs droits et obligations. Le contrat ne peut pas être soumis à un instrument optionnel extérieur à cette *lex contractus*, dont l'autorité s'impose. Admettre le contraire rendrait possible la création d'un contrat sans loi par les parties dont l'interdiction a été démontrée *supra*<sup>1071</sup>. C'est énoncer, dans une reformulation, que l'instrument optionnel n'est pas contenu dans l'ordre juridique compétent, et signifier l'impossibilité pour les parties d'utiliser cet instrument pour régir leur contrat. L'instrument optionnel produit effet sous réserve qu'il ne heurte pas les dispositions impératives de la *lex contractus* : l'instrument optionnel est contractualisé.

512. Dans la troisième situation-type, les parties souhaitent appliquer l'instrument optionnel hors de son champ d'application. Que la loi d'un État-membre ou d'un État-tiers soit alors désignée, la conclusion s'impose à l'identique : l'instrument optionnel est contractualisé et produit effet dans le cadre exclusif fixé par la *lex contractus*, laquelle, seule, régit le contrat<sup>1072</sup>.

513. Résumons : le recours au principe d'autonomie constitue un préalable nécessaire pour appliquer un instrument optionnel relatif à la vente. Lorsque la loi désignée est celle d'un État-membre, l'instrument optionnel régit le contrat, lorsque la loi désignée est celle d'un État-tiers, ou lorsque son champ d'application est étendu par la volonté des parties, l'instrument optionnel est contractualisé. Ceci confirme, quant à l'application du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés, l'utilisation préalable du principe d'autonomie, et la contractualisation de ce droit non-étatique en raison de l'absence de réception par l'ordre juridique étatique.

---

<sup>1070</sup> *Ibid.*, art. 11 : « Lorsque les parties ont valablement convenues d'appliquer le droit commun européen de la vente à un contrat, *seul ce droit régit les matières relevant de ses dispositions* » (nous soulignons).

<sup>1071</sup> Sur la prohibition du contrat sans loi : *supra* nos 463 et s.

<sup>1072</sup> H. CLARET, « Les relations entre le projet d'instrument optionnel et les règles de conflit de lois », *LPA*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 19 et s., spéc. p. 20 : « même si le règlement l'interdisait expressément, rien n'empêcherait les parties d'user de leur liberté contractuelle pour reprendre certaines dispositions de l'instrument optionnel sous forme de stipulations, ce dernier se trouvant alors applicable par incorporation. À l'inverse, la liberté contractuelle pourrait aussi être utilisée pour exclure l'application de certaines dispositions [non impératives] ou en modifier les effets » ; P. LAGARDE, « Instrument optionnel... », *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 296-297 : « si aucune des parties n'est établie dans un État membre ou si loi d'un tel État n'est pas applicable à leur contrat, le choix de l'instrument optionnel s'apparente à une clause *paramount*. Il liera les parties même dans ses dispositions impératives, mais seulement dans les limites permises par le droit de l'État régissant le contrat ».

## C – Extension du champ d’application d’un statut impératif : la contractualisation

514. Une troisième dimension d’analyse prolonge et achève l’étude engagée au regard du droit positif, et concerne de l’extension du champ d’application de statuts impératifs<sup>1073</sup>. Précisons le contexte de la démonstration : lorsqu’un contrat n’est soumis à aucun statut impératif, les parties ont-elles la possibilité de se référer à un tel statut, par hypothèse inapplicable<sup>1074</sup> ? La réponse est généralement positive : « ce que le statut interdit, de par l’ordre public qui lui est attaché, c’est d’échapper à son application lorsque toutes les conditions en sont réunies. *Il n’interdit nulle part de le rendre applicable si toutes les conditions n’en sont pas réunies* »<sup>1075</sup>. Formulée à propos du statut relatif aux baux

---

<sup>1073</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 990, *Statut* (2) : « Ensemble de normes juridiques relatives à une matière (sens issu de l’Ancien Droit où il désignait toute règle de droit envisagée quant à son domaine d’application) ».

<sup>1074</sup> Sur l’ensemble de la question : S. LEMAIRE, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ*, 2001-3, p. 1431 s. ; J.-B. SEUBE, « *L’electio juris* en droit interne – Ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur », in *Mélanges Jean CALAIS-AULOY. Études de droit de la consommation*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2004, p. 1009 et s. ; D. BUREAU, « L’extension conventionnelle d’un statut impératif : contribution du droit international privé à la théorie du contrat », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Défrénois, Les Mélanges, 2005, p. 125 et s. ; C. LISANTI, « Retour sur *l’electio juris* en droit interne », *RLDC*, 2008, n° 46, p. 67 et s. ; C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2004, n°s 172 et s., p. 156 et s.

<sup>1075</sup> M. DAGOT, « La clause d’extension conventionnelle du statut des baux commerciaux », *JCP N* 1991. I. 315, spéc. n° 26, p. 319 (nous soulignons). Rapp. P. BEAUCHAIS, « L’application du décret du 30 septembre 1953 aux baux de bureaux : une pratique qui mérite protection », *JCP N* 1991. I. 29 ; B. WERTENSCHALAG, « L’extension conventionnelle du décret du 30 septembre 1953 aux locations professionnelles », *JCP N* 1994. I. 37 ; J. MONÉGER, « L’extension conventionnelle du statut des baux commerciaux », *Loyers et copr.* 2000, p. 14 et s. Comp., pour illustrer l’application impérative d’un statut, l’évolution du régime du gage des stocks mérite d’être relatée : toute mise à l’écart du gage des stocks, dont le régime est précisé par le Code de commerce, a, dans un premier temps, été refusée aux cocontractants qui souhaitaient appliquer le régime de droit commun instauré par le Code civil (Cass., com., 19 fév. 2013, n° 11-21.763, *D.* 2013. 493, obs. R. DAMMANN ET G. PODEUR, et 1176, chron. H. GUILLOU ; *JCP* 2013. 299, obs. A. CERLES, 585, n° 16, obs. P. DELEBECQUE, et 539, note N. MARTIAL-BRAZ ; *Gaz. Pal.*, 20-21 mars 2013, p. 22, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND, et 12-13 avr. 2013, p. 29, obs. P. PAILLER ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 71, obs. E. LE CORRE-BROLY ; *RD banc. fin.* 2013. Comm. 59, obs. D. LEGEAS ; *RLDC*, avr. 2013. 35, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *Banque et droit*, mars-avr. 2013. 52, obs. N. RONTCHEVSKY ; *LPA*, 29 mai 2013, n° 107, p. 7, L. ANDREU et J.-F. QUIEVY ; *adde*, M. BOURASSIN, « La force d’attraction du gage des stocks », *D.* 2013. 1363 ; C. GIJSBERS, « L’exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks », *RLDC*, avr. 2013. 26). Malgré la résistance de la juridiction de renvoi (CA Paris, 27 fév. 2014, n° 13/03840, *D.* 2014. 1610, obs. P. CROCQ ; *D.* 2014. 2136, obs. D. R. MARTIN), la solution fut confirmée (Cass., ass., 7 déc. 2015, n° 14-18.435, *RTD com.* 2016. 186, obs. B. BOULOC). L’article 240 de la loi *Macron* (n° 2015-990 du 6 août 2015) a cependant autorisé le législateur à procéder à un rapprochement des régimes du gage de droit commun et du gage de stocks, modification instaurée par l’ordonnance n° 2016-56 du 29 janv. 2016, laquelle introduit un nouvel alinéa 4 à l’art. L527-1 C. com. : « Les parties demeurent libres de recourir au gage des stocks [...] ou au gage de meubles corporels prévu aux articles 2333 et suivants du code civil » (nous soulignons). La jurisprudence de la Cour de cassation est donc brisée par cette réforme (P. CROCQ, « Rebondissement législatif : le choix entre droit spécial et droit commun redevient possible ! », *RTD civ.* 2016. 419 ; Ch. JUILLET, « La réforme du gage de stocks », *D.* 2016. 561 ; M. BOURASSIN, « Réforme du gage des stocks : de l’attraction à l’attractivité », *Gaz. Pal.*, 8 mars

commerciaux, cette affirmation est confirmée au regard d'une extension des statuts sur les baux d'habitation<sup>1076</sup>, le fermage<sup>1077</sup>, de divers textes du droit de la consommation<sup>1078</sup>, et des conventions collectives<sup>1079</sup>.

515. Partielle ou intégrale, l'extension réalisée opère-t-elle une contractualisation du statut impératif ou emporte-t-elle soumission du contrat à ce statut ? Un arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 17 mai 2002 est particulièrement riche d'enseignements. En l'espèce, les parties se réfèrent à l'intégralité du statut impératif sur les baux commerciaux et écartent ensuite certaines de ses dispositions. La Cour affirme : « en cas de soumission conventionnelle au décret du 30 septembre 1953 relatif au bail commercial, sont nulles les clauses contraires aux dispositions impératives du texte susvisé relatives à la forme du congé »<sup>1080</sup>. L'arrêt rendu est l'objet de diverses interprétations<sup>1081</sup>, de la soumission du contrat au statut impératif (1.) à sa contractualisation (2.).

---

2016, n° 10, p. 53 et s. ; S. PIEDDELIEVRE, « La réforme du gage des stocks », *Gaz. Pal.*, 16 mars 2016, n° 7, p. 11 et s.).

<sup>1076</sup> Sur l'extension du statut des baux d'habitation : Cass., 3<sup>e</sup> civ., 23 mai 1995, n° 93-12.789, *AJDI* 1995. 690, obs. J.-P. BLATTER ; *RDI* 1995. 801, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPÉ. Comp., malgré une mention explicite de la loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation, un arrêt, dont l'interprétation est incertaine, refuse d'appliquer cette loi à un contrat de bail portant sur une résidence secondaire, le droit commun est donc appliqué en lieu et place du droit spécial (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2007, n° 06-11.843, *AJDI* 2007. 481, obs. Y. ROUQUET ; *Loyers et copr.*, 2007. 92, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; *RDC* 2007. 1205, obs. J.-B. SEUBE.

<sup>1077</sup> Cass., 3<sup>e</sup>, 10 juil. 1978, n° 77-11.188 et Cass., 3<sup>e</sup>, 9 déc. 2009, n° 08-18.559 : « les parties étaient libres de soumettre leurs relations au statut du fermage alors même que les conditions légales de ce statut feraient défaut ».

<sup>1078</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 6 juil. 1988, *D.* 1988. som. 405, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1989. II. 21194, obs. J.-J. TAISNE ; Cass., 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° 97-13.779, *CCC* 1999, n° 168, obs. G. RAYMOND ; *Deffrénois* 1999. 1338, obs. J.-L. AUBERT : « les parties sont libres, sauf disposition contraire de la loi, de soumettre volontairement aux régimes de protection définis par le Code de la consommation des contrats de crédits qui n'en relèvent pas en vertu des dispositions de ce code ».

<sup>1079</sup> Sur l'extension de l'application d'une convention collective : Cass., soc., 12 mars 1997, n° 93-41.780 (« Mais attendu, d'abord, que les parties ayant décidé d'appliquer volontairement la Convention collective nationale des transports routiers, c'est à juste titre que la cour d'appel a recherché dans cette convention la classification pouvant correspondre aux fonctions remplies par M. X. »). Sur la question : M. DESPAX, « L'application des conventions collectives de travail hors de leur domaine normal d'application », *Dr. soc.* 1965, 384 ; M. MORAND, « L'application d'une convention collective non obligatoire », *JCP E* 2003. 1756.

<sup>1080</sup> Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664, *D.* 2002. 2053, obs. Y. ROUQUET, et 2003. 333, note S. BECQUÉ-ICKOWICZ ; *AJDI* 2002. 525, obs. J.-P. BLATTER ; *RTD civ.* 2003. 85, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC*, 2003/1, p. 127, note J.-B. SEUBE ; *Deffrénois* 2002, art. 37607, p. 1234, R. LIBCHABER ; *JCP G* 2002, II, 10131, note J. MONÉGER. Pour une formule similaire : Cass., 3<sup>e</sup>, 9 fév. 2005, n° 03-17.476, *D.* 2005. 643, note Y. ROUQUET ; *AJDI* 2005. 658, obs. J.-P. BLATTER ; *Loyers et copr.* 2005, comm. 114, obs. P.-H. BRAULT ; *Deffrénois* 2005. 1833, note L. RUET : « Mais attendu qu'en cas de *soumission volontaire au statut des baux commerciaux*, l'immatriculation du preneur au registre du commerce et des sociétés n'est pas une condition impérative de son droit au renouvellement » (nous soulignons).

<sup>1081</sup> R. LIBCHABER, *op. cit.* : « Incorporation ou soumission : à laquelle de ces deux conceptions la Cour de cassation se rallie-t-elle dans l'ordre interne ? Parce que la question n'est jamais posée en ces termes, aucune réponse péremptoire n'est susceptible d'être apportée ». La portée d'une clause contractuelle



## 1. – Non soumission du contrat par l'extension du statut impératif

516. Une première analyse de cet arrêt conclut, du fait de l'extension opérée par les parties, à une soumission du contrat au statut impératif. Le contrat est conséquemment traité comme tout contrat soumis à ce statut impératif, seule l'origine de la soumission diffère, laquelle résulte de la volonté des parties. C'est énoncer, dans une extension du propos, que le statut impératif régit le contrat : ce statut conserve tout son *imperium*, il est donc impossible de déroger à cette impérativité via des clauses contractuelles<sup>1082</sup>.

517. Cette théorie de la soumission suppose d'inscrire statut impératif et dispositions contractuelles dans un rapport hiérarchique, le lien étant de subordination des secondes au premier. Ce rapport conduit nécessairement à écarter les clauses contraires au statut impératif intégré : hiérarchiquement inférieures, les stipulations contractuelles ne peuvent contredire ce statut. La lettre de la loi prime sur celle du contrat. Ceci prive logiquement et irrémédiablement les parties d'une application partielle du statut impératif : comment une clause contractuelle, hiérarchiquement inférieure au statut impératif régissant le contrat, pourrait-elle l'écarter ? *A fortiori*, comment l'admettre ? Dans cette interprétation de la situation, le choix est réduit à une alternative : appliquer intégralement le statut impératif, ou non.

## 2. – La contractualisation du statut impératif

518. Une seconde analyse de cet arrêt considère que le statut impératif est incorporé au contrat, le statut impératif, alors stipulation contractuelle, fait l'objet d'une contractualisation. M. Jean-Baptiste SEUBE observe que cette intégration fait perdre son *imperium* à la loi, son impérativité résultant alors de la force obligatoire des conventions<sup>1083</sup>. Il semble cependant qu'une reformulation bénéficie à cette affirmation, laquelle requiert précision.

519. Un statut impératif dispose d'un champ d'application particulier : il s'applique à certaines situations, il en écarte d'autres, l'*imperium* d'un statut impératif est *circonscrit aux situations considérées*. L'intégration du statut impératif dans le contrat ne supprime pas cet

---

dérogeant au statut impératif peut ainsi être interrogée : ne témoigne-t-elle pas d'une extension seulement partielle du statut traduisant une incorporation ?

<sup>1082</sup> R. LICHABER, *op. cit.* : « S'il est vrai que les parties peuvent substituer les clauses de leur choix en présence d'une règle supplétive, cette liberté cesse d'être entière lorsqu'elles se sont totalement référées à un corps de règles précis. Tel est le paradoxe qui réside au cœur de la présente décision ».

<sup>1083</sup> J.-B. SEUBE, *op. cit.* (note sous Cass., ass., 17 mai 2002).

*imperium*. Le souci de l'exactitude invite alors à affirmer que le statut impératif ne dispose d'aucun *imperium* concernant une situation qu'il ne considère pas. Cet énoncé s'inscrit dans la pensée d'Henri BATIFFOL, qui distingue l'élément impératif de la loi, le pouvoir de commandement du législateur, spatialement limité, et l'élément rationnel de la loi dont la vocation est universelle<sup>1084</sup>.

520. Dans cette analyse retenant l'incorporation du statut impératif au contrat, rien n'interdit aux parties d'étendre le champ d'application, « l'élément rationnel », d'un statut impératif et d'en écarter certaines dispositions. Rien n'interdit encore aux parties de se référer intégralement à un statut impératif autrement inapplicable. L'analyse de la situation sera évaluée opératoire si précision, prévision, et attention particulière sont attachées à la rédaction du contrat<sup>1085</sup>.

521. Lorsque le législateur ne souhaite pas appliquer un statut impératif à certaines situations, les parties sont libres d'appliquer tout ou partie de ce statut. Énonçons-le encore : ce contrat interne est avant tout soumis à l'autorité de la *lex contractus*, en l'espèce la loi française. Dans ce cadre impératif, les parties sont libres d'incorporer des dispositions du statut impératif, à condition que la loi française n'interdise pas cette extension<sup>1086</sup>. La contractualisation ouvre le champ des possibles, ne les réduit pas à la

---

<sup>1084</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), nos 50 et s., p. 110 et s. ; D. BUREAU, « L'extension... », *op. cit.*, spéc. n° 49 : « les parties utiliseraient simplement l'élément rationnel de la règle de droit, dont les dispositions leur paraîtraient particulièrement adaptées à leur projet. C'est ainsi au seul contenu matériel de la loi, à son élément rationnel, qu'il serait renvoyé, son élément impératif ne lui étant attaché que dans son domaine d'application ». Comp. pour une distinction entre le caractère impératif de la loi et sa force obligatoire : M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *Principes généraux, personnes, biens*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 1950, n° 187, p. 91-92 : « Toute loi est obligatoire. On a pourtant l'habitude de faire une distinction entre les lois et d'opposer aux lois impératives les lois facultatives en entendant par là celles dont les parties peuvent, par leur convention privée, écarter l'application [...] Bien que ces expressions soient traditionnelles, elles sont juridiquement fausses. Ce n'est pas la loi qui est facultative ; il y aurait là un non-sens. Ce que l'on veut indiquer par l'expression, c'est qu'il est permis aux sujets de droit de se placer dans une situation telle que cette loi ne les atteindra pas [...] En d'autres termes, ce qui est facultatif, ce n'est pas la loi, c'est le fait de se mettre dans la situation légale » ; C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2004 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771.

<sup>1085</sup> La doctrine invite à distinguer la désignation conventionnelle d'une loi et « un hommage platonique à une disposition qui se serait aussi bien appliquée dans le silence de la convention » (Ch. ATIAS, note sous Cass., 1<sup>re</sup>, 9 avr. 1991, n° 88-15.891, *D.* 1993. 124, spéc. n° 5) quand certains jugent qu'une telle solution est « superficielle et alourdit de façon inutile la rédaction des contrats » (S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *op. cit.*, spéc. n° 12). Selon la Cour de cassation : « cette soumission [doit] résulter d'une manifestation de volonté dépourvue d'équivoque et dont la réalité est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond » (Cass., 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° 97-13.779, *CCC* 1999, n° 168, obs. G. RAYMOND ; *Defrénois* 1999. 1338, obs. J.-L. AUBERT). Pour une discussion sur la précision de la clause : C. LISANTI, « Retour sur l'*electio juris* en droit interne », *RLDC*, 2008, n° 46, p. 67 et s., spéc. n° 23.

<sup>1086</sup> S. LEMAIRE, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ*, 2001, n° 3, p. 1431 s., spéc. p. 1433 :: « en droit interne, le terme "loi" est employé dans son sens matériel, le choix ne porte plus sur un

seule alternative strictement binaire offerte par la théorie de la soumission, celle d'un tout ou rien. Elle permet d'étendre le champ d'application d'un statut impératif, intégralement ou partiellement<sup>1087</sup>, l'incorporation matérielle transforme le statut impératif en clause contractuelle. L'admission du statut impératif, au titre de clause contractuelle, dilue, dissout, le conflit précédemment mentionné, le rapport de hiérarchisation entre statut impératif et stipulations contractuelles disparaît : deux clauses contractuelles sont en tension. Il est admissible que le juge, tenu d'assurer la cohérence interne du contrat, ait entendu faire primer l'une des clauses contractuelles se référant au statut impératif, au détriment d'une autre visant à écarter certaines de ses dispositions<sup>1088</sup>. Ainsi considéré, l'arrêt du 17 mai 2002 n'est pas critiquable, la probabilité que la Cour ait souhaité condamner toute application partielle d'un statut impératif apparaît faible.

522. Ces développements clarifient le sens de certaines règles non-étatiques se revendiquant elles-mêmes « impératives ». L'article 1.5 des Principes Unidroit réserve ainsi expressément l'impérativité de certaines règles, bonne foi, erreur, fixation du prix, etc., et ajoute : « Les parties peuvent exclure l'application de ces Principes, déroger à l'une quelconque de leurs dispositions ou en modifier les effets, *à moins que ces Principes n'en disposent autrement* »<sup>1089</sup>. Une problématique similaire à celle du statut impératif se dessine : les Principes Unidroit ne disposent d'aucun *imperium*, ils ne sont pas *ab initio* ou *de plano* impératifs, les parties ont la possibilité d'écarter chacun des articles selon leur souhait. L'impérativité de la volonté résulte de la loi du contrat, de l'ordre juridique qui confère force obligatoire à l'accord de volonté. Affirmer que l'application d'une règle supplétive aliène ensuite la volonté est inexact. M<sup>me</sup> Catherine KESSEDJIAN le condamne en ces termes : « les auteurs [des Principes Unidroit] se sont pris pour des législateurs ou pour des auteurs de conventions internationales, ce qu'ils ne sont pas »<sup>1090</sup>.

---

ordre juridique mais sur des règles de droit substantiel » ; C. LISANTI, *ibid.*, spéc. n° 3 : « en droit interne, le choix des parties porte sur un statut, une loi spéciale, et non sur un ensemble de lois se rattachant à un État donné ».

<sup>1087</sup> D. BUREAU, « L'extension conventionnelle... », *op. cit.*, nos 39 et s.

<sup>1088</sup> J. MONÉGER, *op. cit.*, spéc. n° 15 : « On ne peut vouloir une chose et son contraire [...] Dès lors que les parties ont clairement voulu soumettre leur convention au statut, elles ne peuvent ensuite en prétendre réduire la force ».

<sup>1089</sup> Principes Unidroit, 2010, art. 1.5 (nous soulignons). Les commentaires ajoutent : « Quelques dispositions des Principes revêtent un caractère impératif, c'est-à-dire que leur importance dans le système des Principes est telle que les parties ne devraient pas pouvoir les exclure ni y déroger comme elles le souhaitent ». Comp. la conclusion dressée : « Il est vrai qu'étant donné la nature particulière des Principes le non-respect de ce précepte peut ne pas avoir de conséquences. D'un autre côté, il convient de noter que les dispositions en question reflètent des principes et des critères de comportement qui ont également un caractère impératif en vertu de la plupart des lois internes ».

<sup>1090</sup> C. KESSEDJIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'UNIDROIT », *Rev. crit. DIP* 1995. 641, spéc. n° 35 ; A. GIARDINA, « Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *JDI* 1995/2. 547, spéc. p. 550 : « L'autonomie contractuelle [...] ne peut – par définition – subir les limitations imposées par le caractère

\*

523. **Conclusion Section 1** – L'application du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés requiert que soit opérée une contractualisation de ce droit, dans une utilisation fonctionnelle du principe d'autonomie et de la liberté contractuelle. La nécessité de cette contractualisation s'explique par la double impossibilité, en l'état actuel du droit positif, de la création d'un contrat sans droit, exclusivement soumis à la volonté des parties, et de celle d'un contrat sans loi, érigeant le droit non-étatique au rang de *lex contractus*. L'étude du droit positif confirme la pertinence et indique la faisabilité de cette contractualisation, laquelle permet une analyse opératoire lorsque des conventions internationales, statuts impératifs et instruments optionnels sont appliqués hors de leur domaine.

## **Section 2 – Le processus de contractualisation du droit non-étatique : analyse des conditions et obstacles potentiels**

---

524. Sont ici examinées les conditions de faisabilité et d'efficacité du processus de contractualisation du droit non-étatique (§1), puis analysés les obstacles potentiels au regard des critères de conformité, d'efficacité, voire de validité du schéma proposé (§2).

### **§1 – Efficacité de la contractualisation du droit non-étatique : internationalité et choix de la *lex contractus***

525. L'application du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés requiert que soit premièrement mobilisé le principe d'autonomie de la volonté, dont la mise en action est conditionnée par la caractérisation de l'internationalité du contrat (A). Le principe d'autonomie activé, le choix de la *lex contractus* est d'une importance majeure, au regard de l'existence de règles impératives susceptibles de mettre en cause le produit de la contractualisation (B).

---

impératif auto-proclamé de certains Principes. Les parties restent libres d'exclure de leur contrat certaines des dispositions des Principes, indépendamment du fait que celles-ci s'auto-définissent dispositions impératives »; É. CHARPENTIER, « L'émergence d'un ordre public...privé : une présentation des Principes Unidroit », *Revue juridique Thémis*, Faculté de droit de Montréal, vol. 36, n° 2, 2002, p. 355 et s., spéc. p. 370 et s. Comp. G. ROUHETTE, « Les codifications du droit des contrats », *Droits*, 1996, t. 24, p. 112 et s., spéc. p. 121-122 : « les Principes participeraient ainsi d'une codification dépourvue d'autorité *ab initio*, mais pouvant l'acquérir ».

## A – L'internationalité du contrat : condition de l'activation du principe d'autonomie de la volonté

526. L'étude de l'internationalité du contrat autorise à délaissier celle de l'internationalité des situations<sup>1091</sup>, à propos de laquelle subsiste un débat, consistant à déterminer si la recherche de l'internationalité précède ou non l'intervention de la règle de conflit de lois<sup>1092</sup> <sup>1093</sup>. Octroyant une liberté aux parties, celle de choisir la loi applicable au

---

<sup>1091</sup> *L'internationalité : bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.*, supplément, 2002, n° 46 ; E. WYLER et A. PAPAUX (dir.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 2009 ; W. STOFFEL, « Le rapport juridique international », in *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. VON OVERBECK. Conflits et harmonisation*, PU Fribourg, 1990, p. 421 s. ; J.-S. BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit international privé et du droit communautaire », *Trav. Com. fr. DIP (2004-2006)*, Pedone, 2008, p. 29 et s. ; P. GANNAGÉ, « La distinction des conflits internes et des conflits internationaux des lois », in *Mélanges Paul ROUBIER*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p. 229 et s. ; Q. ALFONSIN, « Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé », in *Mélanges Jacques MAURY*, t. 1, *Droit international privé et public*, Dalloz et Sirey, 1960, p. 27 et s. ; P. LOUIS-LUCAS, « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *JDI* 1952. 858. Comp. J.-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003. 39 ; *Personnalité et territorialité en droit international privé*, Thèse, Université Paris II, 2000, p. 531 et s. ; A. PRUJINER, « Le droit international privé : un droit de rattachement », in *Mélanges Pierre LALIVE*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 161 et s., spéc. p. 165.

<sup>1092</sup> L'internationalité, « contact d'un même rapport de droit avec plusieurs États », génère un « doute sur la législation à appliquer » (A. PILLET, « Le droit international privé, sa définition, son origine rationnelle, son domaine, ses conditions générales et son but », *JDI* 1893. 5 et 318, spéc. p. 8). Selon un premier courant doctrinal, l'internationalité doit être déterminée pour que « l'objet des règles du droit international privé » soit, en retour, déterminé (R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, pp. 243-469, spéc. p. 280). Une question précède logiquement celle des effets de l'internationalité : quels sont les critères caractéristiques de l'internationalité d'une situation ? MM. Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ développent une analyse selon laquelle une situation peut être subjectivement ou objectivement internationale : une relation subjectivement internationale suffit à déclencher l'intervention du droit international privé, car l'élément d'extranéité crée un doute sur l'application de la loi du for et/ou la compétence de ses tribunaux (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 5, spéc. p. 20 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n° 68, p. 86 : « le conflit de lois apparaît lorsque la relation comporte un élément susceptible de justifier l'application d'une loi étrangère à celle du juge saisi. C'est donc l'extranéité par rapport au juge [...] qui suscite le conflit de lois » (souligné par l'auteur). Le conflit de lois « n'est pas une situation que l'on constate, mais un problème qui se pose » (*ibid.*, n° 70, p. 88)). Une relation objectivement internationale a pour seul effet de conforter l'intervention du droit international privé, laquelle devient « certaine » : les éléments d'extranéité sont intrinsèques à la situation, ce sont des paramètres situationnels inscrits dans l'ordre du structurel de la situation, non soumis à la position, de l'observateur, susceptible de variations et conséquemment moins aisément objectivable (P. MAYER et V. HEUZÉ, *ibid.*). Intervient dans la caractérisation, concluant potentiellement à la qualification d'internationalité, un critère de degré minimal d'effectivité de l'élément d'extranéité, présent dans une situation : « l'élément d'extranéité doit avoir une certaine substance, un minimum d'importance » (P. LALIVE, « Tendances et méthodes en droit international privé. Cours général. », *Rec. cours La Haye*, vol. 155, 1977, pp. 1-424, spéc. p. 17), ceci induisant que les éléments d'extranéité sont « d'un poids inégal et doivent être hiérarchisés » (J.-M. JACQUET, « Rapport introductif », in *L'internationalité : bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.*, supplément, 2002, n° 46, p. 5 et s., spéc. p. 6), dimension dont rend compte la notion de « rôle de seuil » (P. LAGARDE, « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », *ibid.*, p. 17 et s., spéc. p. 21). L'élément d'extranéité doit être apprécié d'une importance suffisante pour que soient questionnées la compétence du juge saisi et/ou l'application de la loi du for à la situation considérée (D.

contrat, l'application du principe d'autonomie requiert que soit caractérisée l'internationalité dudit contrat<sup>1094</sup>. M. Pierre MAYER explique : « l'internationalité d'un contrat n'est pas de même nature que celle que retient de façon générale le droit international privé lorsqu'il tente d'identifier ce qui déclenche un conflit de lois »<sup>1095</sup>. L'enjeu souligné de la qualification est à préciser (1.), qualification se heurtant à des difficultés de caractérisation de l'internationalité du contrat (2.).

## 1. – La qualification de contrat international : un enjeu de choix de loi

527. L'instauration d'un rattachement subjectif, fondé sur le choix des parties, a pour conséquence de faire du principe d'autonomie un outil d'exclusion des lois étatiques, lesquelles sont potentiellement appliquées en l'absence d'un tel choix. C'est exprimer que :

---

BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2014, n° 9, spéc. p. 15 ; W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990. 657 ; B. ANCEL, « Droit international privé », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 491 et s., spéc. p. 492 : les éléments d'extranéité tiennent aux sujets (divorce en France de deux époux espagnols), à l'objet (vente d'un immeuble situé en Allemagne entre deux français) ou à la source (accident survenu au Portugal entre deux français)).

<sup>1093</sup> Selon un second courant doctrinal, « en règle générale, il n'est pas indispensable de s'assurer du caractère international d'une relation avant de recourir à une règle de conflit de lois. En effet, si d'aventure, l'on utilisait une règle de conflit pour une relation de caractère interne, il est certain que, quel que soit l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit, celui-ci ne pourrait que conduire à la loi de l'ordre juridique auquel le rapport appartient par tous ses éléments » (J.-M. JACQUET, « Rapport introductif », in *L'internationalité...*, *op. cit.*, p. 5 et s., spéc. p. 10 ; Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, n° 201, p. 192 : « on ne voit pas comment la règle de conflit du for eût pu, au moment où cette situation s'est créée, désigner une autre loi », « le jeu d'une règle de conflit bilatérale n'est pas subordonné à la condition que la situation à régir présente un caractère international. Cette condition au contraire n'a aucun sens puisque c'est la règle de conflit elle-même qui permet de décider si cette situation doit être régie par le droit interne du for, plutôt que par celui d'un État étranger qu'elle détermine précisément » (V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN, Joly, 1990, n° 257, p. 133 ; B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2008, nos 114 et s., p. 60 et s.). L'hésitation porte alors sur la qualification de la règle utilisée pour désigner le seul ordre juridique dans lequel se déploie la situation (B. RÉMY, *ibid.*, n° 116, p. 61-62). *In fine*, « bien qu'il puisse sembler tout à fait naturel que les "contrats internes" soient prévus par les normes internes, il serait arbitraire d'estimer que le système de droit international privé de la *lex fori*, en se basant sur des raisons d'opportunité, ne puisse en décider autrement, attribuant à des circonstances déterminées [...] l'effet de rendre compétente une loi étrangère » (A. CURTI-GIARDINO, « La volonté des parties en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 137, 1972, pp. 743-938, spéc. p. 855-856. Comp. R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, pp. 243-469, spéc. p. 280 : « ce rattachement est l'œuvre de l'ordre juridique qui se propose de régler le rapport en question ; il n'est pas inné dans le rapport matériel, qui n'a lui-même de valeur juridique, et ne peut par cela être lié de sa propre nature avec l'un ou l'autre ordre juridique », nous soulignons).

<sup>1094</sup> J.-M. JACQUET, « Rapport introductif », in *L'internationalité...*, *op. cit.*, p. 5 et s., spéc. p. 10 : « il est courant de considérer que la faculté de désigner la loi applicable est subordonnée à l'exigence du caractère international du contrat ».

<sup>1095</sup> P. MAYER, « Réflexions sur la notion de contrat international », in *Mélanges de Pierre TERCIER*, Schulthess, 2008, p. 873 et s., spéc. n° 2, p. 873.

« l'autonomie caractéristique du contrat international [permet] de déroger à la règle de conflit en matière contractuelle, et plus exactement à son facteur de rattachement objectif »<sup>1096</sup>. Le principe d'autonomie est, dans une certaine mesure, un outil de sélection des lois ou des ordres juridiques étatiques, participant de la gestion du pluralisme normatif<sup>1097</sup>. M. Pierre MAYER précise et avertit : « il ne s'agit pas ici pour le juge de mettre en œuvre le mécanisme susceptible de mener à l'application d'une loi étrangère [...] mais pour les parties d'écarter elles-mêmes les lois qui ne leur conviennent pas. *Leur donner ce pouvoir suppose une justification sérieuse* »<sup>1098</sup>. Cette utilisation fonctionnelle du principe d'autonomie rompt avec la présentation et la représentation classiques de cet instrument : le concevoir comme une règle de conflit de lois est clairement distinct d'une assimilation à un outil à disposition des opérateurs pour appliquer des règles ne l'étant pas *ab initio*<sup>1099</sup>.

528. Cette liberté qu'accorde le principe d'autonomie crée une « mise en concurrence » des droits étatiques, voire une compétition législative entre les ordres juridiques<sup>1100</sup>. Certains d'entre eux promeuvent la complétude et/ou la qualité des lois adoptées, d'autres privilégient un abaissement des contraintes juridiques, voire une certaine déréglementation. Identifié en matière de fiscalité et de droit des sociétés sous l'expression générique de « paradis fiscal », ce phénomène de déréglementation se

---

<sup>1096</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 869 et s., spéc. n° 9, p. 876.

<sup>1097</sup> Sur les mutations du principe d'autonomie : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2014, n° 916, spéc. p. 438 et s. ; H. MUIR WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 77 et s. ; « "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance », *European Review of Contract Law*, 2010/3, p. 250 et s. ; J.-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 727 et s.

<sup>1098</sup> P. MAYER, « Le phénomène... », *op. cit.*, spéc. n° 74, spéc. p. 91 (nous soulignons).

<sup>1099</sup> Pour une discussion sur la nature du principe d'autonomie de la volonté en droit international privé et la qualification retenue de règle matérielle : V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN, Joly, 1990, nos 231 et s., p. 125 et s. Comp. P.-M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachements à caractère substantiel : de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Librairie de l'Université et Georg, Études suisses de droit international, 1985, n° 251, p. 119 : « si le principe d'autonomie est une règle de rattachement, la volonté des parties en est le critère de rattachement, et l'élection de droit constitue la concrétisation de ce critère ».

<sup>1100</sup> Sur la mise en concurrence des droits dans un contexte global : H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *Rec. cours La Haye*, vol. 307, 2004, pp. 25-384, spéc. nos 9 et s. et nos 72 et s. ; G. RÜHL, « Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications », *European Review of Contract Law*, 2013/1, p. 61 et s.

renouvelle potentiellement sous l'appellation « paradis juridiques »<sup>1101</sup>. Cette réduction des contraintes de réglementation, en termes de degré et/ou de nature, est susceptible d'intéresser des parties : là où des cocontractants recherchent la complétude d'un ordre juridique et la sécurité juridique véhiculée, d'autres optent pour un ordre juridique déréglementé, lequel est estimé offrant des possibilités d'action plus importantes, par exemple l'application de règles non-étatiques, et ce, bien que les dispositions de cet ordre juridique ne présentent pas intrinsèquement d'intérêt pour ces parties<sup>1102</sup>.

## 2. – L'internationalité du contrat : une caractérisation problématique

529. Condition de mise en œuvre du principe d'autonomie<sup>1103</sup>, l'internationalité du contrat et la notion de contrat international sont empreintes d'incertitude<sup>1104</sup>. La notion de « contrat » est ici exclue du propos<sup>1105</sup>, seule *l'internationalité du contrat* est étudiée<sup>1106</sup>. Deux objectifs sont poursuivis : le premier vise à préciser les caractéristiques de cette internationalité (a.), le second développe une analyse des situations interne et intra-européenne, lesquelles limitent l'effet du principe d'autonomie (b.).

---

<sup>1101</sup> Rappr. F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 45, p. 51 : « Pour les fédérations sportives internationales désireuses d'un peu "d'autonomie" normative, la Suisse représente à n'en pas douter un paradis juridique ».

<sup>1102</sup> Rappr., le propos de M. Éric LOQUIN : « La meilleure des lois dans le commerce international, même pour les opérateurs, serait la loi qui ne dit rien, simplement que le contrat a force obligatoire » (« Discussions », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, spéc. p. 59).

<sup>1103</sup> V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, Joly, Pratique des affaires, 1990, nos 256 et s., p. 132 et s. ; H. BATIFFOL, *Rev. crit. DIP* 1977. 503, spéc. p. 504 (note sous Cass., com., 19 janv. 1976) : « Le caractère international du contrat est la condition nécessaire pour que les parties aient la faculté de désigner la loi à laquelle il sera soumis ».

<sup>1104</sup> P. LAGARDE, « Examen de l'avant-projet CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles », *Trav. Com. fr. DIP (1971-1973)*, Dalloz, 1974, p. 147 et s., spéc. p. 153 : « il est à peu près impossible de définir ce qu'on entend par contrat international ».

<sup>1105</sup> Sur la question : V. HEUZÉ, « La notion de contrat en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP (1995-1998)*, Pedone, 2000, p. 319 et s. ; B. OPPETIT, « Autour du contrat international », *Droits*, 1990, t. 12, p. 107 et s. ; B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse, Université Paris II, 2008, nos 116 et s., p. 55 et s.

<sup>1106</sup> Sur la question : P. MAYER, « Réflexions sur la notion de contrat international », in *Mélanges de Pierre TERCIER*, Schulthess, 2008, p. 873 et s. ; Cl. WITZ, « L'internationalité et le contrat », in *L'internationalité...*, *op. cit.*, p. 59 et s. ; J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Dro, it civil – Études et Recherches, 1992, nos 139 et s., p. 141 et s. ; J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Droit des affaires et de l'entreprise – Études et recherches, 1983, nos 368 et s., p. 249 et s. ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « À propos du contrat international », *JDI* 1951/1. 4.



### a. – L'incertitude quant aux critères caractérisant l'internationalité d'un contrat

530. L'étude du droit positif ne permet pas de lever l'incertitude : applicable aux obligations contractuelles en matière civile et commerciale, le règlement Rome 1 l'illustre particulièrement, mentionnant les situations « comportant un conflit de lois » (article 1, §1) sans le définir<sup>1107</sup>. Objet de critiques<sup>1108</sup>, évaluée « étonnamment laxiste », cette approche de l'internationalité déplace le problème : qu'est-ce, alors, qu'un conflit de lois ? Il est possible de déduire, en creux des deux situations réservées par ce texte, les situations interne et intra-européenne, limitant l'effet du principe d'autonomie<sup>1109</sup>, que tout contrat dont les éléments ne sont pas localisés dans un seul ordre juridique étatique, ou encore dans l'ordre juridique européen, bénéficie de l'effet maximal du principe d'autonomie.

531. L'approche par les conventions internationales<sup>1110</sup>, dans cette recherche de caractérisation de l'internationalité du contrat, se révèle peu fructueuse : nombre d'entre elles se réfèrent exclusivement à l'établissement des parties dans deux États différents<sup>1111</sup>, situation topique du contrat international, mais non exclusive, d'autres ne comportent aucune trace observable d'élément explicite de définition de l'internationalité<sup>1112</sup>.

---

<sup>1107</sup> Le projet précédant la Convention de Rome mentionnait le « contrat international », sur lequel : P. LAGARDE, « Examen de l'avant-projet CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles », *Trav. Com. fr. DIP (1971-1973)*, Dalloz, 1974, p. 147 et s. ; J. FOYER, « L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles », *JDI* 1976. 555, spéc. p. 570.

<sup>1108</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n° 74, p. 90. *Comp. Principes Unidroit*, 2010, art. 1<sup>er</sup>, commentaire n° 1 (« Les Principes ne posent aucun de ces critères de façon expresse. Il faut toutefois donner au concept de contrats “ internationaux ” l'interprétation la plus large possible, afin de n'exclure en définitive que les situations dans lesquelles il n'existe aucun élément international, c'est-à-dire lorsque les éléments pertinents du contrat en question n'ont de lien qu'avec un seul pays ») et *Principes de La Haye*, art. 1<sup>er</sup> §2 (« un contrat est international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État »).

<sup>1109</sup> Sur les articles 3 §3 et §4 du règlement Rome 1 : *infra* nos 534 et s.

<sup>1110</sup> Pour une étude d'ensemble : J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Droit civil – Études et Recherches, 1992, nos 139 et s., p. 141 et s.

<sup>1111</sup> CVIM, art. 1<sup>er</sup> ; Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage internationale, Ottawa, 28 mai 1988, art. 2, §1 ; Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international, Ottawa, 28 mai 1988, art. 3, §1.

<sup>1112</sup> La Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ne définit pas ce qu'elle entend par « ventes à caractère international », le troisième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> précise seulement que « la seule déclaration des parties relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre ne suffit pas à donner à la vente le caractère international ». *Comp. pour une absence de définition* : Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>.

532. Aucune ligne directrice ne se dégage de la jurisprudence, M. Vincent HEUZÉ le résume : « sa systématisation se révèle véritablement impossible »<sup>1113</sup>. Deux conceptions sont toutefois proposées : l'internationalité juridique, le contrat entretient des liens avec plusieurs ordres juridiques, et l'internationalité économique, le contrat met en jeu les intérêts du commerce international<sup>1114</sup>. Utilisée en dominante pour déterminer le régime du contrat<sup>1115</sup>, l'internationalité juridique semble suffire à autoriser le jeu du principe d'autonomie<sup>1116</sup>. L'internationalité économique répond, malgré son imprécision<sup>1117</sup>, à des critères qualitatifs plus stricts en raison de ses fonctions : créer des règles matérielles propres aux opérations du commerce international<sup>1118</sup> et qualifier l'arbitrage d'international<sup>1119</sup>. Ces conceptions de l'internationalité ne s'excluent cependant pas nécessairement : la présence d'éléments d'extranéité suggère, potentiellement, la mise en jeu des intérêts du commerce international, et, réciproquement, la mise en jeu de ces intérêts peut se justifier par la présence d'éléments d'extranéité<sup>1120</sup>.

---

<sup>1113</sup> V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux : Étude critique des méthodes*, GLN Joly, 1990, n° 269, p. 136.

<sup>1114</sup> Sur l'ensemble de la question : M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 1<sup>re</sup> éd., 2016, nos 10 et s., p. 5 et s.

<sup>1115</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op. cit.*, nos 11 et s., p. 6 et s.

<sup>1116</sup> H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, pp. 75-148, spéc. p. 109 : « si la pluralité de rattachements autorise le choix d'une loi, elle ne justifie pas de plein droit des règles matérielles spécifiques ». Rapp. Cass., com., 19 janv. 1976, n° 74-13.885, *Rev. crit. DIP* 1977. 503, obs. H. BATIFFOL.

<sup>1117</sup> J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, Dalloz, Connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 9 : l'internationalité économique « se révèle cependant constituer davantage une directive pour une définition plutôt qu'une définition directement opératoire ».

<sup>1118</sup> M.-E. ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op. cit.*, nos 15 et s., p. 8 et s.

<sup>1119</sup> Par exemple : Cass., 1<sup>re</sup>, 26 janv. 2011, n° 09-10.198 : « l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une *définition économique* selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État ». Rapp. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Traités, 1996, n° 115, p. 64 : « l'internationalité de l'arbitrage ne résulte donc que de l'objet du litige [...] de l'opération économique qui en est l'occasion. Sont dépourvus de toute incidence sur une telle qualification les éléments d'extranéité examinés [...] en particulier la nationalité des parties ou des arbitres, leur résidence, le lieu de conclusion du contrat ou du déroulement de l'arbitrage. Tous ces critères juridiques sont écartés, au profit d'une définition purement économique de l'internationalité ». Selon la formule aujourd'hui reprise par l'art. 1504 du CPC : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». Comp. l'ancienne expression de « flux et reflux au-dessus des frontières » employée par le Procureur général M. Paul MATTER dans l'affaire *Pélissier du Besset* (Cass., civ., 17 mai 1927, *JDI* 1928. 419 ; *DP* 1928. 1. 25, obs. H. CAPITANT ; *S.* 1927. 1. 289, note P. ESMEIN).

<sup>1120</sup> J.-M. JACQUET, *ibid.*, p. 10 : « le recours à la définition économique se présente ainsi comme le point d'orgue du recours à la définition juridique car de l'une à l'autre, *il n'y a pas contradiction, mais bien au contraire, le plus souvent convergence* » (nous soulignons). Rapp. CA Toulouse, 26 oct. 1982, *JDI* 1984. 603, obs. H. SYNVEY : « si la notion de contrat international est effectivement difficile à cerner, la jurisprudence a retenu un certain nombre d'éléments qui permettent de la caractériser, les uns de caractère juridique et notamment le fait que ledit contrat se rattache à des normes juridiques de plusieurs États, les autres de caractère économique en ce qu'il a pour effet de mettre en jeu les intérêts du commerce international. Attendu que *si chacun de ces caractères a pu être considéré comme suffisant en lui-même pour établir le caractère international d'une convention, ces deux caractères paraissent difficilement détachables l'un de l'autre et c'est leur conjonction qui caractérise le mieux l'extranéité* ». Comp. : « Ceci ne fait que traduire l'idée [...] que le contrat

533. Deux observations résultent de ces développements : bien que de caractérisation problématique, l'internationalité d'un contrat demeure, en principe, une condition préalable au jeu du principe d'autonomie. L'appréciation de cette internationalité, dans le cadre du règlement Rome 1 notamment, est nécessairement subjective, parce que soumise à l'appréciation souveraine du juge. Le rapport sur l'avant-projet de la Convention de Rome l'exprime : « l'existence, dans chaque situation concrète, d'éléments d'extranéité susceptibles de lui conférer un caractère international est nécessairement appréciée par le juge ». Une intersection entre les deux conceptions doctrinales exposées *supra* se dessine : la caractérisation de l'internationalité d'un contrat ou d'un conflit de lois en matière contractuelle suppose que l'élément d'extranéité soit suffisamment sérieux ou que les éléments intrinsèques de la situation soient localisés dans différents ordres juridiques. La deuxième observation tient à la fonction du juge, dont le pouvoir d'action, l'action étant ici décision, est d'une importance capitale : l'internationalité du contrat octroie aux parties la liberté d'user du principe d'autonomie, entraînant la mise à l'écart de lois étatiques, potentiellement applicables en l'absence de choix. Le juge, ainsi, contrôle l'internationalité du contrat, ayant le pouvoir de le requalifier, le cas échéant, en contrat interne ou intra-européen, limitant alors l'effet du principe d'autonomie.

#### **b. – L'effet circonscrit du principe d'autonomie : les situations interne et intra-européenne**

534. Il a été posé que le principe d'autonomie déploie ses effets exclusivement en présence d'un contrat international. Ceci est actuellement questionné par deux évolutions. La première est relative au développement de règles spécialement destinées aux situations dites « intra-communautaires » ou « intra-européennes ». L'article 3 §4 du règlement Rome 1 désigne ainsi la situation particulière où tous les éléments de la situation sont localisés « dans un ou plusieurs États membres », à l'exception du choix de loi opéré. L'énoncé retenu englobe situations internes et situations internationales, en circonscrivant leur étendue spatiale aux territoires des États-membres. Entre situations interne et internationale, ces situations intra-européennes font l'objet de règles particulières, obstacles au jeu maximal du principe d'autonomie.

---

économiquement international l'est aussi, nécessairement, d'un point de vue juridique. *La réciproque n'est en revanche pas vraie*. Qu'on songe à un contrat [...] qui n'entraîne ni mouvement de biens, ni paiement à travers les frontières : ce contrat ne met pas en jeu les intérêts du commerce international ; et pourtant le recours au criterium juridique conduirait à la tenir pour international » (H. SYNDET, *ibid.*, spéc. p. 609, nous soulignons).

535. L'effet du principe d'autonomie est concrètement réduit car s'appliquent, dans une situation intra-européenne, et sous réserve du contrôle de proportionnalité, les lois de police du juge saisi<sup>1121</sup> et, par ailleurs, les « dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for »<sup>1122</sup>. D'un impact négatif quant à la prévisibilité des solutions pour certains<sup>1123</sup>, sonnante « le glas de la notion d'internationalité » dans les rapports intra-européens pour d'autres<sup>1124</sup>, des doutes sont émis sur l'opportunité de cette disposition, dont la spécificité semble relever de la construction européenne<sup>1125</sup>.

536. Une deuxième évolution renforce cette altération de la différenciation interne / international jusqu'alors établie, tenant à une série de dispositions autorisant le choix de loi à propos de contrats internes. Selon la Convention de Rome et le règlement Rome 1, le jeu du principe d'autonomie n'est plus réservé aux situations internationales, ceci n'autorisant pas une assimilation, inexacte, « conflit de lois-situation internationale ». Les articles 3 §3 de ces textes réservent une règle exceptionnelle, « audacieuse »<sup>1126</sup> voire « inconcevable »<sup>1127</sup>, en ce qui concerne les situations dont la totalité des éléments est localisée dans un seul pays<sup>1128</sup>. À titre comparatif, rappelons le refus de la Convention de

---

<sup>1121</sup> Sur l'influence du contrôle de proportionnalité à l'égard des lois de police étatiques : *infra* nos 601 et s.

<sup>1122</sup> Règl. Rome 1, art. 3, §4.

<sup>1123</sup> P. DEUMIER et J.-B. RACINE, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDC*, 2008/4, p. 1309 et s., spéc. p. 1321.

<sup>1124</sup> J.-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, Etudes-Mélanges-Travaux, 2008, p. 727 et s., spéc. p. 745.

<sup>1125</sup> P. LAGARDE et A. TENENBAUM, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008. 727, spéc. n° 10 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Rapport de synthèse », in *L'internationalité : bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.*, supplément, fév. 2002, n° 46, p. 73 et s., spéc. p. 77 : « il serait dangereux de décider de façon abrupte que contrats internes et contrats intracommunautaires ne doivent plus faire qu'un » ; P. MAYER, « Le phénomène... », *op. cit.*, spéc. n° 77, p. 94-95. Comp. certaines propositions libérales souhaitent consacrer le jeu maximal du principe d'autonomie dans le cadre européen, les contrats internes de chacun des États-membres ayant alors la possibilité de choisir la loi de n'importe quel État-membre (Cl. WITZ, « L'internationalité et le contrat », *op. cit.*, spéc. p. 61 et s.).

<sup>1126</sup> D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle dans les conflits de lois », in *Mélanges François TERRÉ. L'avenir du droit*, Dalloz-PUF-Jurisclasser, 1999, p. 285 et s., spéc. n° 5, p. 288 : mentionne « d'audacieuses innovations » concernant le rôle de la volonté individuelle. Comp. en matière d'arbitrage et la possibilité de créer un arbitrage international par la seule volonté des parties en référence à l'art. 1.3 loi-type CNUDCI : Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, n° 33, spéc. p. 40.

<sup>1127</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 738, spéc. p. 523.

<sup>1128</sup> Comp. avant l'entrée en vigueur de la Conv. de Rome, la Cour de cassation belge (Cass., 1<sup>re</sup> ch., 4 sept. 1975, *Nelissen c. Somer*) a reconnu que la seule stipulation d'une monnaie de compte étrangère suffit à conférer au contrat l'élément d'extranéité requis pour que celui-ci relève de la loi d'autonomie. Si la Cour retient finalement l'application de la loi belge, cet arrêt encourt la critique (Fr. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, pp. 9-407, spéc. n° 124, p. 177). Rapp. P. MAYER, « La délocalisation du contrat », in *La relativité du contrat (Travaux de l'Association Henri CAPITANT)*, LGDJ, 2001, p. 123 et s., spéc. n° 7, p. 129 « dans le système de la Convention de Rome, un contrat conclu entre deux entreprises

La Haye de 1955 : « la seule déclaration des parties relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre ne suffit pas à donner à la vente le caractère international »<sup>1129</sup>. C'est indiquer formellement que l'internationalité ne peut résulter de la seule volonté des parties, faisant écho au rôle de seuil joué par l'élément d'extranéité. Or, en l'absence de tout élément d'extranéité, en présence d'une situation intrinsèquement interne, l'article 3 §3 autorise les parties à procéder à un choix de loi, ceci indique avec certitude l'influence de la volonté sur la création du conflit de lois<sup>1130</sup>.

537. Des limites ont été fixées, bornant les effets de ce choix de loi : seules les règles supplétives de l'ordre juridique dans lequel le contrat est localisé peuvent être écartées, impliquant que les règles impératives de l'ordre juridique considéré demeurent applicables. Il semble que le choix de loi autorisé par l'article 3 §3 ait pour effet de contractualiser la loi choisie : elle est intégrée dans le contrat sous forme de stipulations contractuelles, et donc soumise aux dispositions impératives de la *lex contractus* dans laquelle le contrat est inscrit<sup>1131</sup>.

---

françaises, et devant s'exécuter entièrement en France, peut être soumis à n'importe quelle loi étrangère choisie par les parties, sous prétexte que les représentants de celles-ci s'étaient rencontrés à Bruxelles pour le signer. *Ce n'est pas raisonnable.* » (nous soulignons).

<sup>1129</sup> Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, art. 1<sup>er</sup>, al. 3. Rappr. CA Paris, 24 avril 1992, *Rev. arb.* 1992. 598, note Ch. JARROSSON : « le caractère interne ou international de l'arbitrage ne dépend pas du droit applicable, au fond ou quant à la procédure, *ni de la volonté des parties*, mais de la nature de l'opération économique qui est à l'origine du litige » ; CA Paris, 29 mars 2001, *Rev. arb.* 2001. 543, note D. BUREAU ; Cass., 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, n° 04-10.970, *Rev. crit. DIP* 2007. 455, note D. BUREAU ; *Rev. arb.* 2007. 499, note L. JAEGER ; RDC 2007. 851, note C. PELLETIER : « la qualification, interne ou internationale d'un arbitrage, déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige, *ne dépend pas de la volonté des parties* » (nous soulignons) ; Cass., 1<sup>re</sup>, 20 nov. 2013, n° 12-25.266, *Rev. arb.* 2014/2. 383, note D. BUREAU ; RDC 2014/2. 257, note X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET ; *RJ com.* 2014. 27, obs. B. MOREAU : « il n'appartient pas aux parties de modifier le régime interne ou international de l'arbitrage, dont la qualification est déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige ».

<sup>1130</sup> D. BUREAU, « L'influence de... », *op. cit.*, spéc. n° 6, p. 290-291 ; S. LEMAIRE, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ*, 2001-3, p. 1431 s. ; G. P. ROMANO, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007. 473, spéc. n° 27. Rappr. J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Droit des affaires et de l'entreprise – Études et recherches, 1983, n° 355, p. 241 : si le contrat « est directement soumis à des normes ne relevant d'aucun système de droit étatique déterminé », « le contrat étant directement soumis à des normes juridiques extra-étatiques est, par *ce fait même*, internationalisé » (souligné par l'auteur).

<sup>1131</sup> Rappr. A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, *Le conflit des lois*, Librairie de la Société du recueil général des lois et arrêts, 2<sup>e</sup> éd., 1912, p. 351-352 : « les parties peuvent adopter, dans la convention, en les reproduisant une à une, toutes les règles admises, en ce qui la concerne, par telle loi étrangère qu'il leur plaît de choisir ; rien ne les empêche de s'y référer d'une manière sommaire, par un simple renvoi. Mais, dans un cas comme dans l'autre, si la loi étrangère gouverne le rapport né du contrat, ce n'est pas comme *loi* ; les parties se la sont volontairement appropriée, en l'incorporant aux stipulations qui sont intervenues entre elles ; elle a changé de caractère ; elle est devenue *convention* » (souligné par l'auteur).

538. En résumé, l'internationalité demeure, en principe, une condition préalable au jeu maximal du principe d'autonomie. La spécificité des situations interne ou intra-européenne limite, voire contredit cette affirmation. Au regard de l'investigation, des implications sont à mettre en exergue : si l'effet du principe d'autonomie est limité par le jeu des règles impératives de l'ordre juridique dans lequel la situation est localisée, la probabilité augmente que le droit non-étatique, intégré dans le contrat, soit en contradiction avec une règle impérative. Ainsi, quand bien même la situation n'est pas strictement internationale, la contractualisation du droit non-étatique demeure possible, son efficacité étant potentiellement limitée par l'existence de règles impératives. L'utilisation fonctionnelle du principe d'autonomie est actée, l'importance du choix de loi opéré est à préciser.

## **B – L'exercice de la liberté contractuelle : importance du choix de l'ordre juridique**

539. Le rappel est insistant : il importe, en premier lieu, de choisir, l'absence de choix entraînant l'application des règles de conflit de lois dites « objectives », lesquelles désigneront la *lex contractus* déterminant la liberté des parties. En l'absence de choix de loi, il est encore possible que la contractualisation du droit non-étatique soit mise en cause par une règle impérative de la *lex contractus* désignée par la règle de conflit de lois. Le principe d'autonomie de la volonté autorise l'exercice d'un choix, la loi, alors, « régit le contrat ». Bien que cette formule inscrive loi et contrat dans un rapport hiérarchique, les parties disposent d'une liberté totale dans le choix de cette loi, et, notablement, de la possibilité de choisir une loi sans lien aucun avec le contrat<sup>1132</sup>. C'est signifier que les parties disposent de l'ensemble des législations du monde au sein duquel exercer leur choix, en atteste l'article 2 du règlement Rome 1 : « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre ».

540. Il importe encore de choisir, en deuxième lieu, l'ordre juridique compétent, car les législations nationales ne présentent pas des niveaux de réglementation quantitativement et qualitativement identiques. Il convient donc d'évaluer le degré et la nature de la liberté octroyée aux parties par une *lex contractus* pour incorporer le droit non-étatique dans le contrat. L'évaluation, le choix de loi exercé par les parties sont guidés par des considérations matérielles, en référence aux lois en vigueur dans l'ordre juridique objet

---

<sup>1132</sup> Parmi une littérature abondante : P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 743 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 895, p. 412 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 901, p. 808).

dudit choix<sup>1133</sup>. M. Éric LOQUIN professe qu'il s'agit de « sélectionner la loi la plus favorable au modèle juridique [que les parties] entendent contractualiser, c'est-à-dire la plus déréglementée »<sup>1134</sup>. Plus généralement, les parties disposent de la possibilité de délaissier le contenu matériel de la loi visée et privilégier la liberté qu'elle confère pour « accueillir les normes générées ou voulues par les opérateurs »<sup>1135</sup>. L'importance, littéralement primordiale dans la contractualisation du droit non-étatique, de la loi choisie, est mise en exergue par cet ensemble d'éléments.

541. Une attention particulière doit, enfin, être accordée à la rédaction de la clause de contractualisation, d'intégration ou d'incorporation du droit non-étatique<sup>1136</sup>. L'application des règles non-étatiques ne requiert pas nécessairement, au plan opérationnel, que soient intégralement recopiés dans le contrat les Principes Unidroit, ou encore le règlement d'une fédération sportive internationale, et qu'une référence générale à ces textes, à condition qu'ils soient précisément identifiés, suffise à contractualiser l'ensemble des règles non-étatiques visées. À l'inverse, le renvoi ou la rédaction partielle d'un texte non-étatique, par exemple, les articles des Principes Unidroit relatifs au *hardship*, conduit à la contractualisation de ces seuls articles<sup>1137</sup>.

## §2 – La contractualisation du droit non-étatique au regard des critères de conformité et d'efficacité

542. Dans l'objectif général d'évaluation de la contractualisation du droit non-étatique, sont examinés et analysés les facteurs de perturbation potentielle, les obstacles susceptibles d'interférer dans le processus opératif décrit *supra*. Ces obstacles n'invalident

---

<sup>1133</sup> J.-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie, entre consolidation et évolution », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 727 et s., spéc. p. 736-737.

<sup>1134</sup> É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 240, p. 109 ; « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patr.*, 2001, n° 96, p. 70 et s., spéc. p. 73.

<sup>1135</sup> É. LOQUIN et L. RAVILON, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in É. LOQUIN et C. KESSEDIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Travaux du CREDIMI, 2000, p. 91 et s., spéc. p. 98 (nous soulignons) ; B. AUDIT, « Le choix des Principes d'unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », in *Mélanges Camille JAUFFRET-SPINOSI*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2013, p. 13 et s., spéc. n° 4.

<sup>1136</sup> À titre comparatif, une clause contractuelle stipulant que le contrat est soumis aux lois françaises (« Laws of France ») ne suffit pas à écarter l'application de la CVIM (Cass., com., 13 sept. 2011, n° 09-70.305, *Société CD Systems de Columbia c. Société Cybernetix*, D. 2012. 1144, obs. Cl. WITZ ; D. 2012. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *RTD. com.* 2012. 213, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP E* 2011. 1899, obs. L. LENEVEUR ; *Rev. crit. DIP* 2012. 88, obs. H. MUIR WATT). Rapp. *supra* n° 520 sur les conditions, fluctuantes, d'extension d'un statut impératif en droit interne.

<sup>1137</sup> Comp. Principes Unidroit, 2010, Préambule et les clauses d'application proposées : « le présent contrat sera régi par les Principes d'UNIDROIT (2010) [à l'exception des articles...] », lesquelles offrent la possibilité d'ajouter que les Principes sont « complétés le cas échéant par le droit [du pays X] ».

pas le schéma proposé, mais en limitent potentiellement l'efficacité, jusqu'à en questionner l'intérêt.

543. Un premier obstacle, potentiel, est inscrit dans l'ordre du quantitatif, relatif à un critère de seuil : le nombre d'États favorables à l'admission du principe d'autonomie de la volonté doit être suffisamment significatif. Ce seuil est actuellement probablement atteint : le libre choix de loi est consacré par une majorité de pays, dont, sans souci d'exhaustivité, les pays d'Europe et d'Amérique du Nord, la Chine, l'Inde<sup>1138</sup>. Certains pays n'ont cependant pas, encore ?, admis le jeu du principe d'autonomie, l'étude des législations de pays du Proche-Orient et d'Amérique latine le confirme<sup>1139</sup>. Lors d'un litige, il est possible qu'un juge applique ses règles propres de conflit de lois, lesquelles désigneront une autre loi que celle choisie par les parties. L'observation a été indiquée : il n'est pas certain que la loi désignée accorde une liberté similaire à la loi précédemment choisie, or, l'efficacité de la contractualisation du droit non-étatique est en stricte relation de dépendance avec la liberté conférée par la *lex contractus*. La compétence du juge, et plus généralement de l'entité saisie du litige, est alors un paramètre à prendre en compte impactant l'application et l'efficacité du droit non-étatique<sup>1140</sup>. Une fonctionnalité optimale du principe d'autonomie suppose que les ordres juridiques acceptent la mise à l'écart potentielle de leurs règles. L'utilité même de ce principe disparaît si un ordre juridique autorise le libre choix et qu'un autre le refuse, dans les mêmes conditions<sup>1141</sup>.

544. Indiquons encore, au-delà de l'admission du principe d'autonomie, l'admission de la libre disponibilité des lois par les ordres juridiques étatiques : en présence d'un contrat international, les législations nationales sont considérées comme des « blocs de règles supplétives »<sup>1142</sup>. Cette conception de la loi a connu ses détracteurs, dont, notamment, les célèbres critiques de Jean-Paulin NIBOYET, ainsi résumées : il n'appartient

---

<sup>1138</sup> Ch. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *Rec. cours La Haye*, vol. 359, 2012, pp. 285-478, spéc. nos 6 et 7, p. 305-307. Pour une étude comparative : S. C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014.

<sup>1139</sup> Ch. KOHLER, *ibid.*, spéc. nos 8 et 9, p. 307-308 ; M. M. ALBORNOZ, « Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems », *JPIIL*, 2010, vol. 6, n° 1, p. 23 s. ; *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*, Thèse, Université Paris II, 2006, p. 89 et s.

<sup>1140</sup> Sur l'influence de l'entité saisie pour l'application et l'efficacité du droit non-étatique : *infra* nos 667 et s.

<sup>1141</sup> Sur la vision systémique du principe d'autonomie : J.-M. JACQUET, « Le contrat international : l'originalité des méthodes », *Journal des sociétés*, Dossier « contrat international », juin 2009, n° 66, p. 16 et s. Comp. P. GOTHOT, « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. Com. fr. DIP (1975-1977)*, p. 201 et s. : le principe d'autonomie évoque la « bonne volonté des lois », toutes les lois peuvent être appliquées ou écartées par la volonté, mais conduit à adopter une vision unilatéraliste généralisée du droit international privé.

<sup>1142</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 916, spéc. p. 440 et p. 437.



pas aux particuliers de dire à quelle loi ils entendent obéir, mais à la loi de dire à qui elle s'applique<sup>1143</sup>. Ces critiques ne semblent plus avoir cours en droit international privé : un contrat international entretient des liens avec plusieurs lois, l'application de ces lois ne peut être cumulative car ceci génère potentiellement un conflit de règles contradictoires, voire un illogisme, résultant de l'encadrement plus strict d'un contrat international, soumis à plusieurs lois, comparativement à un contrat interne, soumis à une seule loi. Les règles de conflit de lois accordent la primauté et l'exclusivité à une loi, le rattachement subjectif opéré par le principe d'autonomie, via la volonté des parties, implique la *proposition* des lois étatiques aux parties. En présence d'un contrat international et exception faite des lois de police, les lois étatiques sont à la disposition des parties. M. Gian Paolo ROMANO l'exprime : les règles étatiques deviennent « internationalement disponibles » car celles-ci sont « mises à la disposition des parties mais [...] ne s'imposent pas à elles »<sup>1144</sup>. Cette orientation, cependant, est empreinte de fragilité : la libre disponibilité des droits repose sur la distinction contrat interne / contrat international, et il a été montré que celle-ci relève de la gageure. De surcroît, au nom de quoi une règle, impérative à l'égard d'un contrat interne, deviendrait-elle supplétive dès que la situation s'internationalise<sup>1145</sup> ?

545. Cette interrogation en ouvre une autre, plus large, plus profonde : mettre à l'écart les règles impératives, au sens du droit interne, pour appliquer des règles non-étatiques, jusqu'à transgresser l'interdiction du contrat sans loi, n'est-il pas frauduleux ? (A). La conformité de ce schéma au regard du droit positif vérifiée, d'autres obstacles, générés par le processus même de contractualisation du droit non-étatique sont examinés (B).

---

<sup>1143</sup> Sur les critiques adressées au principe d'autonomie : J. AUBRY, « le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *JDI* 1896. 465 et 721, spéc. p. 471 et s. : « Ainsi donc, il suffira que des individus, fussent-ils même Français, soumettent, expressément ou tacitement, leurs actes à l'autorité d'une loi étrangère pour qu'ils se trouvent *ipso facto* soustraits à une partie des règles d'ordre public de la loi française. Voilà qui est très net. » (spéc. p. 472) ; J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Rec. cours La Haye*, vol. 16, 1927, pp. 1-116 ; M. CALEB, *Essai sur le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé*, Sirey, 1927 ; A. PILLET, *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903, Pedone, n<sup>os</sup> 226-228, p. 434 et s. ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris – Série Sciences historiques, 1980, p. 101 et s.

<sup>1144</sup> G. P. ROMANO, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007/2. 473, spéc. n<sup>o</sup> 26. Comp. l'expression de règle « internationalement supplétive » quand « l'État qui les édicte est celui auquel conduit la mise en œuvre de l'article 4 de la Convention de Rome », c'est-à-dire la règle de conflit applicable en l'absence de choix de loi. Sur la disponibilité des lois, J.-M. JACQUET, « Théorie de l'autonomie de la volonté », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 1 et s., spéc. p. 3 et s.

<sup>1145</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2014, n<sup>o</sup> 916, spéc. p. 437-438.

## A – L’efficacité de la proposition confirmée par l’exclusion de la fraude

546. Questionner la fraude implique une évaluation de l’ensemble du processus de contractualisation du droit non-étatique. En premier regard, l’utilisation conjuguée du principe d’autonomie et de la liberté contractuelle ne relève pas de la fraude : les parties usent strictement de la liberté concédée par le droit positif pour contractualiser des règles non-étatiques.

547. Deux observations pondèrent potentiellement cette représentation première : la mise à l’écart des règles impératives au sens du droit interne de certains ordres juridiques, dont notamment celles de l’ordre juridique désigné par les règles de conflit applicables en l’absence de choix, ne s’inscrit-elle pas dans l’ordre de la fraude ? Le choix d’une *lex contractus* proche de la déréglementation, à fin de contractualiser le droit non-étatique n’est-il pas, aussi, de l’ordre du frauduleux ? Le risque d’une fraude potentielle met en question la démonstration, le schéma proposé est confronté aux deux types de fraude invocables : la fraude en droit international privé (1.) et la fraude en droit civil (2.).

### 1. – L’exclusion préliminaire de la fraude en droit international privé

548. Caractérisée par la modification intentionnelle d’un critère de rattachement<sup>1146</sup>, la fraude en droit international privé ne peut être invoquée ici, en raison du rattachement subjectif opéré par le principe d’autonomie. Ce choix étant libre, et toute loi étatique adoptable, aucun soupçon de fraude n’est recevable : on ne modifie nullement le rattachement, nécessairement subjectif, du principe d’autonomie. Affirmer que les parties fraudent, au seul motif que la loi objectivement applicable est une loi différente, est une négation de la liberté de choix<sup>1147</sup>. Affirmer le caractère frauduleux de la mise à

---

<sup>1146</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 278 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 428 et s., p. 495 et s. ; B. AUDIT et L. D’AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, nos 297 et s., p. 267 et s. Rapp., sur les différentes acceptions du terme fraude (« fraude à la loi », « fraude au jugement », « fraude à l’intensité de l’ordre public », « fraude à la compétence juridictionnelle », « fraude au droit de l’adversaire » et aux « droits de la défense », etc.) : S. CLAVEL, « La fraude en droit international privé contemporain », *Trav. Com. fr. DIP (2010-2012)*, Pedone, 2013, p. 255 et s.

<sup>1147</sup> D. BUREAU, « L’influence de la volonté individuelle dans les conflits de lois », in *Mélanges François TERRÉ. L’avenir du droit*, Dalloz-PUF-Jurisque, 1999, p. 285 et s., spéc. n° 29, p. 304 : le développement du principe d’autonomie conduit à « un net déplacement des frontières entre la fraude et l’habileté permise en résultant inéluctablement : il ne sera plus même nécessaire de constituer un rattachement artificiel pour lier la situation juridique à un système juridique autre que celui normalement désigné [...] dès lors qu’il suffira de résigner la loi susceptible de produire le résultat escompté ». Rapp. P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 377 et s., spéc. p. 387 ; S. VRELLIS, « “Abus” et “fraude” dans la jurisprudence de la

l'écart des règles impératives d'un ordre juridique, en raison d'un choix de loi, est inexact : en excluant les règles impératives d'un ordre juridique, les parties acceptent de se soumettre aux règles impératives d'un autre ordre juridique, objet de leur choix.

549. La recherche d'une fraude dans le schéma proposé semble vaine, au regard du droit international privé : le règlement Rome 1 ne réserve pas la fraude, aucune mention n'en est faite, et il est pertinemment relevé que l'on ne peut utilement recourir à la fraude lorsque les parties ont une liberté de choix<sup>1148</sup>. Pour écarter l'idée de fraude de notre démonstration, au regard du droit international privé, rappelons les mentions répétées du préambule à la liberté des parties, « pierre angulaire » du système, et précisons encore qu'il n'est pas interdit aux parties « d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale »<sup>1149</sup>.

550. La mise à l'écart du risque de fraude, en raisons de l'orientation du droit positif et du développement continûment croissant de l'autonomie de la volonté en droit international privé, confirme la fonctionnalité du principe d'autonomie, première phase du processus de contractualisation du droit non-étatique.

## **2. – La conformité de la démonstration au droit positif : l'exclusion de la fraude en droit civil**

551. La fraude à la loi, dépassant le seul cadre du droit international privé, se définit comme un acte régulier accompli dans l'intention d'é luder une loi impérative ou prohibitive<sup>1150</sup>. M. José VIDAL considère que la fraude se caractérise « chaque fois que le sujet de droit se soustrait à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un

---

Cour de justice des communautés européennes », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 633 et s.

<sup>1148</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 415, p. 396 et n° 592, p. 577 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis, 2014, n° 916, spéc. p. 437. Comp. certains auteurs s'accordent cependant sur des exceptions de fraude innommées dans le règlement Rome 1 et mentionnent l'internationalisation « artificielle » du contrat dans le cadre de l'article 3 §3 (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *ibid.*, n° 592, p. 578. Rappr. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 901, p. 807-808).

<sup>1149</sup> Règl. Rome 1, Préambule, considérants n°s 11 et 13. Rappr. : S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome 1 », *D.* 2008. 2157 ; H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009/1, p. 3 et s., spéc. n°s 15 et s.

<sup>1150</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 482, *Fraude* ; B. AUDIT, « Fraude », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 755 et s.

moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »<sup>1151</sup>. La réunion de trois éléments est nécessaire : contourner une règle de droit (élément légal), par des manœuvres (élément matériel), la contourner sciemment (élément intentionnel)<sup>1152</sup>.

552. La contractualisation du droit non-étatique, en l'occurrence, contourne-t-elle l'interdiction du contrat sans loi ? Réitérons : une clause de choix portée sur une réglementation non-étatique ne s'impose pas au juge, il s'agit de contourner la prohibition du contrat sans loi. *A contrario*, le choix d'une *lex contractus* libérale, à fin d'incorporation d'une réglementation non-étatique doit être respecté par le juge. Il n'y a pas, dans cette deuxième situation, contournement de la prohibition du contrat sans loi : le contrat est ancré dans un ordre juridique afin d'y intégrer une réglementation non-étatique. La proximité des deux situations est grande, elle actualise la question du contrat sans loi, mais y a-t-il fraude ? On peut *a priori* en douter : il serait incohérent d'accorder une liberté aux parties, celle de choisir la loi applicable, et de suspecter une fraude lorsqu'elles en usent<sup>1153</sup>.

553. En conclusion, au regard d'un critère de conformité, le schéma proposé est évalué satisfaisant, respectant la *lex contractus* choisie par les parties : la loi choisie via le principe d'autonomie est impérative, son application est obligatoire. Le seul facteur explicatif d'une qualification potentielle de fraude tient alors à la méconnaissance de la nature des dispositions de la loi choisie, laquelle est composée de règles impératives et de règles supplétives. Choisir une loi via le principe d'autonomie de la volonté, puis en écarter les dispositions supplétives, c'est encore respecter cette loi, sous réserve qu'elle en autorise la dérogation.

## **B – Contractualisation du droit non-étatique : obstacles intrinsèques**

554. Trois dimensions, de nature différente, sont potentiellement problématiques : les deux premières, l'interprétation du contrat (1.) et l'établissement de la teneur du droit

---

<sup>1151</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Thèse, Université de Toulouse, 1957, p. 208.

<sup>1152</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, spéc. p. 756-759 ; Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2015, n° 504, p. 417.

<sup>1153</sup> V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, Joly éditions, 1990, n° 280, p. 140 : « il est tout de même fort singulier de justifier le principe d'autonomie par la nécessité de laisser aux parties le soin de choisir la loi qui leur convient le mieux, et de les accuser de fraude chaque fois qu'elles usent de cette liberté pour écarter les lois qui s'accordent le moins avec leurs aspirations » ; É. LOQUIN, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242, spéc. n° 242, p. 110.

non-étatique (2.), sont connues du droit positif, la convocation de l'existant levant les difficultés. L'analyse indique que la troisième dimension, mettant en exergue un conflit *lex contractus* / droit non-étatique contractualisé, est en première observation spécifique du schéma proposé, et décline un conflit entre loi et contrat (3.).

### 1. – L'interprétation problématique de la contractualisation du droit non-étatique

555. L'interprétation des contrats revêt intrinsèquement des difficultés, parmi lesquelles sont recensées les méthodes d'interprétation, l'interprétation des « actes juridiques standardisés » et le contrôle exercé par les juridictions suprêmes<sup>1154</sup>. En présence d'un contrat international, il faut encore, et préalablement, déterminer si l'interprétation des contrats relève du domaine des conflits de lois<sup>1155</sup> et établir la teneur de la loi étrangère<sup>1156</sup>.

556. La contractualisation du droit non-étatique révèle, en outre, des difficultés nouvelles : le risque existe d'une rédaction approximative de la clause de contractualisation du droit non-étatique, ou que ces parties entretiennent, délibérément ou non, un doute sur la portée exacte de leur engagement. Comment, par exemple, analyser une clause stipulant que le contrat doit être *interprété* via les Principes Unidroit ? Interpréter via, est-ce autoriser toutes les dispositions des Principes Unidroit à produire effet ? En cas de bouleversement de l'économie initiale du contrat, le cocontractant s'estimant lésé défend potentiellement une clause de *hardship*, obligeant à renégocier, modifier ou résilier le contrat, l'autre partie arguant d'un simple guide, dépourvu de force

---

<sup>1154</sup> Sur l'interprétation des contrats en droit français, parmi de nombreuses références : Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n<sup>os</sup> 443 et s., p. 495 et s. ; J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, J. FLOUR, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, Université, 16<sup>e</sup> éd., 2014, n<sup>os</sup> 393 et s., p. 413 et s.

<sup>1155</sup> Règl. Rome 1, art. 12 : « La loi applicable au contrat en vertu du présent règlement régit notamment : a) son interprétation ». Comp. certains juges ont affirmé outre-Atlantique que l'interprétation n'est pas une question de conflit de lois (S. FERRERI, « Le juge national et l'interprétation des contrats internationaux », *RIDE*, vol. 53, 2001, p. 29 et s., spéc. p. 33).

<sup>1156</sup> Observateur occasionnel d'un paysage juridique inconnu, le juge peut être plongé dans l'incertitude face aux difficultés, voire à l'impossibilité d'établir la teneur d'une *lex contractus* étrangère. La similitude textuelle des dispositions françaises et italiennes est, par exemple, relevée (S. FERRERI, *op. cit.*, spéc. pp. 36-37), mais l'approche développée par la Cour de cassation française suppose une connaissance précise de sa jurisprudence : Les ex-articles 1156 et s. du Code civil, aujourd'hui articles 1188 et s., ne prévoient, par exemple, aucune règle quant à l'application des « actes juridiques standardisés ». La connaissance de la jurisprudence est éclairante car la Cour de cassation refuse, en principe, un contrôle de l'interprétation de ces actes standardisés à fin d'en arrêter le sens (Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n<sup>o</sup> 460, p. 510-511). Amené à appliquer une loi étrangère, il est possible qu'un juge se réfère, implicitement voire inconsciemment, aux règles du for qu'il estime maîtriser (S. FERRERI, *op. cit.*, spéc. pp. 39-40).

obligatoire, ne produisant aucun effet juridique. Dans cette situation, il convient de s'attacher, en priorité et sous réserve que les dispositions de la *lex contractus* ne soient pas impératives, aux règles non-étatiques contractualisées, lesquelles posent, ponctuellement, des règles propres d'interprétation<sup>1157</sup>. Quelle que soit cependant la référence retenue, droit non-étatique ou *lex contractus*, une clause d'interprétation ne doit pas être assimilée à une clause de contractualisation : interpréter le contrat via les Principes Unidroit, étymologiquement « donner du sens à », ne signifie pas que ces Principes produisent effet, génèrent des obligations nouvelles ou régissent le contrat. L'interprétation du contrat via les Principes Unidroit permet uniquement d'explicitier certains termes du contrat. Cette conclusion peut être mise en tension avec l'arrêt *Gabo*, dans lequel la Cour de cassation se réfère aux Principes Unidroit pour définir le *hardship* sans toutefois le consacrer<sup>1158</sup>.

557. L'arrêt *Olympique lyonnais* illustre, par ailleurs, une autre difficulté liée à l'interprétation du droit non-étatique contractualisé : en l'espèce, au visa d'un règlement édicté par la fédération internationale de football, la Cour de cassation admet la compétence du juge français, laquelle n'est cependant pas prévue par ce règlement non-étatique<sup>1159</sup>. Une règle non-étatique, dépourvue d'ambiguïté, est réinterprétée, voire dénaturée, par la Cour de cassation, solution allant à l'encontre de l'appréciation souveraine des juges du fond, circonscrite par la dénaturéation de clauses claires et précises<sup>1160</sup>. Sur le terrain de l'interprétation des contrats, la portée de l'arrêt *Olympique lyonnais* demeure incertaine : arrêt d'espèce ou volonté de consacrer une modalité particulière de contrôle du droit non-étatique contractualisé ? En l'absence d'arrêts confirmant ou infirmant cette solution, ceci autorise à transposer les solutions retenues par le droit commun quant à l'interprétation des contrats : l'interprétation du droit non-étatique contractualisé relève de la compétence des juges du fond, sous réserve de la dénaturéation, contrôlée par la Cour de cassation<sup>1161</sup>.

---

<sup>1157</sup> Principes Unidroit, 2010, art. 4.1 et s.

<sup>1158</sup> Sur l'arrêt *Gabo* : *supra* n<sup>os</sup> 339 et s.

<sup>1159</sup> Sur l'arrêt *Olympique lyonnais* : *supra* n<sup>os</sup> 328 et s.

<sup>1160</sup> Sur la dénaturéation du contrat Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n<sup>o</sup> 459, p. 509-510. Rapp. sur la dénaturéation de la loi étrangère : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n<sup>os</sup> 444 et s., p. 522 et s. ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n<sup>o</sup> 343, p. 309 et s.

<sup>1161</sup> Sur les modifications potentiellement apportées par la réforme du droit des obligations quant à l'interprétation des contrats : O. DESHAYES, Th. GÉNICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit ds contats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016, p. 365 et s. ; M. LATINA et G. CHANTEPIE, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Hors collection, 2016, n<sup>os</sup> 500 et s., p. 419 et s.

## 2. – L'établissement potentiellement problématique de la teneur du droit non-étatique

558. Établir la teneur du droit non-étatique contractualisé se révèle potentiellement problématique, en présence, notamment, d'une clause de renvoi général du type : « le présent contrat intègre telle manifestation du droit non-étatique ». L'importance de cet obstacle potentiel peut immédiatement être relativisée, Principes Unidroit, Incoterms, règlements des fédérations sportives et autres manifestations du droit non-étatique sont fréquemment accessibles via Internet, et parfois traduits en différentes langues. La diligence des parties, censées connaître *a minima* les règles non-étatiques contractualisées, conduit à postuler leur capacité à en rapporter le contenu substantiel.

559. *Quid*, nonobstant, de l'établissement de la teneur du droit non-étatique se révélant problématique ? À titre comparatif, établir la teneur de la loi étrangère est une problématique connue du droit international privé<sup>1162</sup>. Depuis les arrêts *Aubin* et *Société Itraco*, la Cour de cassation affirme qu'« 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 »<sup>1163</sup>. Preuve de la loi étrangère et preuve du droit non-étatique ne s'opèrent pas à l'identique, des différences conduisant à proposer, en ce qui concerne le droit non-étatique, d'autres solutions.

560. En premier lieu, il apparaît opportun d'accorder la primauté à l'action des parties et non à celle du juge. La preuve du droit non-étatique contractualisé est identique à celle de la preuve du contenu du contrat : en cas de difficulté, il appartient aux parties d'établir la teneur des règles non-étatiques contractualisées, au regard des principes élémentaires du droit de la preuve.

561. En second lieu, dans l'hypothèse, abstraite, d'une incapacité ou d'une impuissance à établir la teneur du droit non-étatique, le recours à la *lex contractus* permet de déterminer les droits et obligations des parties. Le litige est donc tranché en référence à la

---

<sup>1162</sup> Parmi de nombreuses références : P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, nos 185 et s., p. 140 et s. ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 437, p. 512 et s.

<sup>1163</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Aubin* et Cass., com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Société Itraco*, *Rev. crit. DIP* 2005. 645, obs. B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *Droit & Patrimoine*, n° 142, nov. 2005, p. 108, obs. M.-E. ANCEL ; *Gaz. Pal.*, 24 fév. 2006, p. 20, note M.-L. NIBOYET ; *LPA*, n° 258, 28 déc. 2005, p. 16, note J.-G. MAHINGA ; *D.* 2006. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GADIP*, nos 82-83, p. 718 et s.

*lex contractus* choisie par les parties, et non au regard de la loi du for, solution retenue s'agissant de la loi étrangère<sup>1164</sup>.

562. Il convient conséquemment de relativiser ces deux obstacles potentiels, interprétation et preuve du droit non-étatique : ils ne sont pas infranchissables, inscrits dans des problématiques connues du droit positif, et ne mettent donc pas en cause l'efficacité du schéma proposé.

### 3. – Le conflit *lex contractus* / droit non-étatique contractualisé

563. Un bref rappel initie l'étude de la dialectique *lex contractus* / droit non-étatique : prohibé par le droit positif, un choix de loi visant les Principes Unidroit ou un règlement sportif ne dispense pas de rechercher la *lex contractus* applicable via les règles de conflit de lois. En l'absence d'un choix de loi étatique et de toute précision apportée par le droit positif, les effets de cette clause sont discutés : certains auteurs considèrent que cette clause de choix de droit non-étatique doit être requalifiée en clause de contractualisation, il incombe au juge saisi d'établir la place accordée aux règles non-étatiques contractualisées, après détermination de la *lex contractus* via les règles de conflit de lois<sup>1165</sup>.

---

<sup>1164</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 21 nov. 2006, n° 05-22.002, *Rev. crit. DIP* 2007. 575, note H. MUIR WATT ; *AJ fam.* 2007. 184, obs. A. BOICHÉ ; D. 2007. 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE : « si le juge français qui reconnaît applicable une loi étrangère se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, il peut, même en matière de droits indisponibles, faire application de la loi française, à titre subsidiaire ».

<sup>1165</sup> Fr. RIGAU, « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Cab. dr. europ.* 1988. 306, spéc. n° 16, p. 318-319 : « seul un ordre juridique étatique peut procurer au contrat l'enracinement sans lequel il serait privé de force obligatoire », ceci « implique que la validité de ces clauses [portée sur une réglementation non-étatique] soit appréciée au regard du droit de l'État dont la loi est applicable au contrat » ; P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287, spéc. n° 19 : « Ce n'est pas à dire qu'un tel choix [porté sur une réglementation non-étatique] soit condamné par la convention. Simplement, il n'est pas un choix de loi au sens de celle-ci. Le contrat qui comporterait un tel choix serait régi, semble-t-il, au sens de la convention, par la loi applicable à défaut de choix et c'est à cette loi qu'il appartiendrait de définir la place qu'elle consent à accorder aux règles non étatiques choisies par les parties » (nous soulignons) ; C. KESSEDIAN, « Les normes nationales et le futur règlement Rome 1 – Une occasion manquée (jusqu'à nouvel ordre ?) », *RDC*, 2007/4, p. 1470 et s., spéc. p. 1471, *in fine* : « Imaginons un instant que le contrat soit régi par le droit français, c'est à ce dernier de dire si les parties pouvaient choisir de le faire régir par la Lex Mercatoria » (nous soulignons) ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public », *in* T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 169 et s., spéc. n° 13, p. 175 : « de même que c'est l'auteur de la règle de conflit qui pose cette limite rencontrée par la volonté des parties lorsqu'elle porte sur le choix de la loi applicable, de même il revient à l'auteur de la règle de conflit de fixer les sanctions de la violation, par les parties, de cette limite. Il en résulte qu'une clause de choix des Principes Unidroit comme *lex contractus* ne sera dégradée, sous l'empire du règlement Rome I, comme simple clause d'incorporation [...] que dans la mesure où une telle dégradation est bien attachée par le droit européen des conflits de lois en matière contractuelle à la violation de la prohibition du choix d'un droit non étatique par les parties. Si, à la réflexion, il apparaissait que la violation [...] devait préférablement être



Cette solution doit être approuvée au regard des prévisions des parties : elles entendent faire produire effet au droit non-étatique, il convient donc, dans les limites de la *lex contractus* applicable, de satisfaire cet objectif. Une clause de choix, par exemple portée sur les Principes Unidroit, produit conséquemment un certain effet dans le cadre impératif de la *lex contractus*.

564. D'autres auteurs considèrent qu'une telle clause est sans effet, seule doit être appliquée la *lex contractus* désignée. La « combinaison » entre *lex contractus* et droit non-étatique contractualisé est évaluée « difficile », MM. MAYER et HEUZÉ en rendant compte par un exemple : faut-il retenir les vices du consentement de la *lex contractus*, des Principes Unidroit, ou encore les cumuler<sup>1166</sup> ? Les délais de prescription, et plus généralement toute contrariété entre *lex contractus* et droit non-étatique, font l'objet d'une réflexion similaire : faut-il retenir les dispositions de la *lex contractus*, du droit non-étatique contractualisé, ou opérer une conciliation les conjuguant ? Au-delà de sa difficulté au plan opérationnel, cette « combinaison », visant à déterminer la *lex contractus* et la place accordée aux règles non-étatiques, « ne correspond pas à la volonté des parties, qui avaient entendu exclure tout rôle d'une loi étatique ». MM. MAYER et HEUZÉ privilégient, en conséquence, l'application unique de la *lex contractus* objectivement désignée. La clause visant les Principes Unidroit ne produit donc aucun effet<sup>1167</sup>.

565. Questionnons la généralisation d'une telle évaluation, développée à propos d'une clause de choix de droit non-étatique : si la combinaison *lex contractus* / droit non-étatique contractualisé est « difficile » lorsque la *lex contractus* est désignée par les règles de conflit de lois, en quoi une *lex contractus* explicitement choisie supprime-t-elle le problème ? L'observation exprimée s'adresse à tout juge devant rechercher la liberté octroyée par la *lex contractus* en présence de règles non-étatiques contractualisées. Écartant à la première difficulté ces règles non-étatiques, le propos de MM. MAYER et HEUZÉ semble empreint d'une hostilité envers une contractualisation du droit non-étatique.

566. Avant d'étudier la résolution de ce conflit entre *lex contractus* / et droit non-étatique contractualisé, le contexte doit en être précisé, pour en circonscrire l'étendue : il survient exclusivement lorsque chacun de ces deux ensembles de règles prévoit des dispositions relatives à un même objet, par exemple, deux règles relatives à la prescription

---

sanctionnée par la nullité pure et simple de la clause [...] c'est à cette nullité qu'il y aurait lieu de s'en tenir » (nous soulignons).

<sup>1166</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 741, spéc. p. 526

<sup>1167</sup> *Ibid.* : « autant tenir pour non écrite [la] clause de choix, et appliquer exclusivement la loi étatique objectivement désignée ».

ou au dol<sup>1168</sup>. Les règles non-étatiques créées pour des situations particulières, tel le règlement de la fédération internationale de football sur les transferts de joueurs, ne génèrent pas de conflit de cette nature, en l'absence de disposition de la *lex contractus* applicable à ces transferts. Ceci dit, l'efficacité du schéma proposé est potentiellement mise en cause par ce type de conflits entre *lex contractus* et règles non-étatiques contractualisées : comment le résoudre ?

567. Le processus de contractualisation instaure un rapport hiérarchique entre *lex contractus* et droit non-étatique : la loi régit le contrat, elle est hiérarchiquement supérieure au droit non-étatique contractualisé. Les stipulations contractuelles s'exprimant dans le cadre impératif de la *lex contractus*, primauté est conférée à cette loi du contrat en cas de conflit avec le droit non-étatique contractualisé<sup>1169</sup>. Cette primauté est explicite et explicitée, prévue par l'article 1.4 des Principes Unidroit, lesquels « ne limitent pas l'application des règles impératives, *d'origine nationale*, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé »<sup>1170</sup>. En cas d'opposition avec les vices du consentement considérés par les Principes Unidroit, ceux

---

<sup>1168</sup> Les vices du consentement mentionnés à l'art. 1109 C. civ. (erreur, dol, violence) sont également repris par la version 2010 des Principes Unidroit (art. 3.2.2, 3.2.5, 3.2.6). La violence économique, dont la consécration est réalisée par la réforme du droit des contrats (art. 1114-3) est aussi consacrée par les Principes Unidroit (art. 3.2.7). La discussion porte sur la place réservée à la lésion : ponctuellement admise en droit français (art. 1118 C. civ.), celle-ci est réservée pour tous les contrats par les Principes Unidroit (art. 3.2.7). Les commentaires relatifs à cet article invitent cependant à apprécier « l'avantage excessif » visé de façon restrictive : « même une disparité considérable dans la valeur et le prix ou tout autre élément qui bouscule l'équilibre des prestations ne suffit pas à permettre l'annulation ou l'adaptation du contrat ». Il n'est donc pas certain que les vices du consentement du droit français et des Principes Unidroit soient différents.

<sup>1169</sup> À propos des Principes Unidroit : A. GIARDINA, « Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *JDI* 1995/2. 547, spéc. p. 549 : « Le renvoi aux Principes peut donc être fait par les parties dans l'exercice de l'autonomie contractuelle que la loi applicable leur permet [...] il est par ailleurs évident que, dans ce contexte, les Principes ne pourront déroger aux règles impératives de la loi matérielle applicable au contrat qui n'admettent pas l'exercice divergent de l'autonomie contractuelle » ; F. FERRARI, « Le champ d'application des "principes pour les contrats commerciaux internationaux" élaborés par Unidroit », *RIDE*, 1995/4, p. 985 et s., spéc. 988-989 : « leur valeur juridique ne diffère pas de celle de toutes les autres clauses contractuelles, c'est-à-dire que les *Principes* lient les parties seulement s'ils ne s'opposent pas aux dispositions impératives de la loi applicable » ; C. KESSEDJIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'UNIDROIT », *Rev. crit. DIP* 1995. 641, spéc. n° 31 ; R. MARTY, « Conflits d'application entre les Principes d'UNIDROIT et la loi française applicable au contrat », *Revue Dalloz Affaires* 1997/4. 100, spéc. n° 6, p. 102 : « c'est aux règles juridiques nationales et non aux dispositions correspondantes des principes qu'il faudra reconnaître un caractère impératif. Cette solution [est] fondée sur la hiérarchie des sources du droit » ; L. GANNAGÉ, « Le contrat sans loi devant les juridictions étatiques. Retour sur un mal-aimé », in *Mélanges Jacques FOYER. Le monde du droit*, Economica, 2008, p. 417 et s., spéc. n° 36, p. 435. Pour un constat similaire à propos des règles de la CCI : J. STOUFFLET, « L'œuvre normative de la CCI dans le domaine bancaire », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 361 et s., spéc. n° 15, p. 370.

<sup>1170</sup> Principes Unidroit, 2010, art. 1.4 (nous soulignons) et commentaire n° 3. Comp. commentaire n° 4 : si les Principes Unidroit sont utilisés en tant que loi du contrat et portés à la connaissance d'un tribunal arbitral, les « règles impératives ordinaires du droit interne » peuvent alors être écartées.

de la *lex contractus* priment. L'ordre public de la *lex contractus* est opposé au droit non-étatique contractualisé<sup>1171</sup>.

568. Il semble, en première appréciation, que cette orientation réduise l'efficacité du schéma proposé. La primauté de la loi sur le contrat ne conduit cependant pas nécessairement en toutes situations à la primauté de la *lex contractus* sur le droit non-étatique contractualisé, sauf à ignorer le caractère supplétif de principe de la loi en matière contractuelle<sup>1172</sup>. En principe considérées supplétives de volonté, les dispositions de la *lex contractus* peuvent être écartées en cas de manifestation de volonté en ce sens<sup>1173</sup>. Concrètement, la primauté est alors conférée aux règles non-étatiques contractualisées, lesquelles rendent compte de cette volonté de déroger aux règles supplétives de la *lex contractus*<sup>1174</sup>.

569. Au regard de cette présomption générale de « supplétivité », il n'est pas certain que les dispositions des Principes Unidroit soient systématiquement écartées au profit de celles de la *lex contractus*. Considérons, en conclusion de ce conflit, circonscrit, entre *lex contractus* et droit non-étatique contractualisé, que la *lex contractus* s'applique lorsque son

---

<sup>1171</sup> Comp. « l'efficacité [du contrat] est habituellement, en droit interne, subordonnée à sa conformité à l'ordre public, de telle sorte que la tentation est grande, en face d'un *contrat international*, de soumettre sa pleine efficacité au for à sa conformité à l'ordre public international en vigueur dans ce for » (souligné par l'auteur). L'exception d'ordre public international pourrait être opposée car la *lex contractus* choisie fait produire effet aux règles non-étatiques contractualisées, ce que le juge du for, saisi du litige, pourrait évaluer contraire à son ordre public. Dans une telle situation, l'exception d'ordre public est opposée à la *lex contractus* étrangère, non au contrat, sauf par un raccourci évalué erroné (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *Rec. cours La Haye*, vol. 371, 2014, pp. 153-272, spéc. n° 65, p. 220 et s.).

<sup>1172</sup> Quand le législateur est resté muet sur le caractère supplétif ou impératif de la règle, le juge devrait par principe reconnaître à la loi une valeur simplement supplétive afin de préserver la liberté des parties (J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1969, n° 158, p. 160). L'article 6 du Code civil, « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », est interprété comme une exception à la règle de la liberté (J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 177 : « le célèbre article 6 [...] présente le principe de la liberté comme un *a contrario* de la loi contraignante » de sorte « qu'en l'absence d'une loi de cette nature, c'est la liberté qui fait loi »). Selon le Rapport relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats : « dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. *Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception.* La subsistance dans certains articles de la mention "sauf clause contraire" n'autorise par conséquent aucune interprétation *a contrario* et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes » (nous soulignons).

<sup>1173</sup> G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 1002, *Supplétif* (sens 1).

<sup>1174</sup> Ch. LARROUMET, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G* 1997. I. 4011, spéc. n° 17 : « les principes d'Unidroit ne peuvent que compléter le droit applicable au contrat international et à condition que ce droit applicable l'autorise, c'est-à-dire que les principes ne s'appliqueront que dans la mesure où ils interviennent dans le domaine des dispositions du droit applicable qui sont supplétives ».

caractère impératif ou d'ordre public est explicite, ou que les Principes Unidroit prévoient intrinsèquement et formellement leur auto-exclusion.

\*

570. **Conclusion Section 2** – Le processus opératif de contractualisation du droit non-étatique requiert, dans un premier temps, le choix de la loi applicable au contrat. L'internationalité du contrat, dont les critères d'identification demeurent discutés, permet au principe d'autonomie de la volonté de produire son effet maximal, les situations interne et intra-européenne le limitant car maintenant l'impérativité des règles de l'ordre juridique dans lequel le contrat est localisé. Dans le second temps du processus de contractualisation, la liberté contractuelle, octroyée par la loi compétente, autorise l'intégration ou incorporation du droit non-étatique dans le contrat, sous forme de stipulations contractuelles. L'étude des dimensions potentiellement problématiques de cette contractualisation du droit non-étatique atteste sa conformité juridique, le processus ne réalisant aucune fraude, telle que définie en droit international privé et en droit civil. Quant à sa faisabilité et son efficacité, les problématiques considérées de l'interprétation du contrat, de l'établissement de la teneur du droit non-étatique et du conflit avec la *lex contractus* étant connues du droit positif, la convocation de l'existant permettant de lever les obstacles.

571. **Conclusion Chapitre 2** – L'application du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés résulte du contrat. En l'état actuel du droit positif, le droit non-étatique doit être contractualisé, c'est-à-dire intégré ou incorporé dans le contrat. Ce processus de contractualisation met successivement en œuvre le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé, permettant de choisir la loi applicable, et l'autonomie de la volonté en droit interne autorisant la contractualisation de la manifestation du droit non-étatique considérée. Conforme au droit positif, cette contractualisation est limitée par l'application des règles impératives de la *lex contractus*, requérant une attention particulière à l'ordre juridique désigné. Afin de réduction de cette dimension potentiellement problématique, l'introduction, circonscrite, du contrat sans loi est concevable.

572. **Conclusion Titre 4** – Dans la justification de l'application du droit non-étatique, deux fondements s'opposent : la théorie institutionnelle et le contrat. La valeur explicative de la théorie institutionnelle est jugée insuffisante, limitée aux rapports internes d'une organisation considérée, rapports dont l'existence de contrats conclus rend par ailleurs compte. La validité du fondement contractuel est attestée, l'application du droit

non-étatique résulte d'une contractualisation, c'est-à-dire d'une intégration dans le contrat : le droit non-étatique produit effet dans le cadre impératif de la *lex contractus* choisie par les parties, ou désignée par les règles de conflit de lois.

**573. Conclusion de la Deuxième Partie** – L'étude de l'application du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés se propose en deux temps. Le premier s'attache à la réception de ce droit, par l'arbitrage international et l'ordre juridique étatique : fréquemment appliqué par l'arbitre, le droit non-étatique est ponctuellement appliqué par le juge et transposé par l'ordre juridique. Le deuxième temps de l'investigation examine les mécanismes justifiant l'application du droit non-étatique : permettant les jeux du principe d'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, le contrat seul fonde l'application du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés, quels que soient le type de rapports et le texte non-étatique considérés. Pour être appliqué, le droit non-étatique doit être contractualisé. La pertinence de la notion de droit non-étatique, établie en première partie, est ici confortée par l'identité de traitement du droit non-étatique par le juge et l'arbitre, et par l'analyse de son application, reposant sur le contrat.

## Troisième Partie – Étude des conflits de normes produits par le droit non-étatique

574. Le droit non-étatique a, jusqu'alors, été observé *in abstracto*, sans considération du contenu des règles étudiées. La nature de l'analyse évolue : cette troisième et dernière partie réalise une étude *in concreto* du droit non-étatique, centrée sur les conflits de normes générés par les règles non-étatiques dans les rapports internationaux privés.

575. Deux buts sont ici assignés : le premier vise à compléter l'étude du droit non-étatique en l'examinant sous l'angle des conflits de normes qu'il génère, ceci impliquant la caractérisation de ces conflits, l'analyse des techniques employées pour les résoudre, et l'évaluation des solutions adoptées<sup>1175</sup>.

Le second but s'attache à l'analyse des fonctions du droit international privé dans la résolution, voire la régulation, de ces conflits, ce droit étant potentiellement impuissant face à l'émergence de situations comportant des éléments d'extranéité, et néanmoins irréductibles à des situations *stricto sensu* internationales<sup>1176</sup>. Les développements suivants éprouvent en conséquence la contribution du droit international privé à la problématique du conflit de normes.

---

<sup>1175</sup> Dans les vastes problématiques de conflit de normes et de coordination entre ordres juridiques, les ordres juridiques non-étatiques ne sont pas systématiquement convoqués (J.-S. BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen : approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, Dalloz, Méthodes du droit, 2013, n° 20, p. 20 ; B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso, Forum, 2013) ou sont rapidement délaissés (P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. nos 46 et s., p. 64 et s., et nos 52 et s., p. 72 et s.), le premier but, ici assigné, constitue donc un champ d'investigation fécond. Outre l'ouvrage fondateur de Santi ROMANO (*L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002, réédition), les conflits de normes et rapports entre ordres juridiques, y compris non-étatiques, sont toutefois l'objet d'une attention soutenue depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle : F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 415 et s. ; J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 85 et s. ; M. VAN DE KERCHOVE, « La diversité des rapports entre ordres juridiques : l'exemple des ordres sportifs et ecclésiastiques », in *Mélanges Jean-François PERRIN. Pour un droit pluriel*, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 235 et s. Pour une récente étude d'ensemble : B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Hors collection, 1<sup>re</sup> éd., 2016.

<sup>1176</sup> Le droit international privé « déclare forfait devant les configurations de conflits de normes qui n'opposent pas des droits nationaux étatiques » (H. MUIR WATT, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *RIDE*, 2013/1 (t. XXVII), p. 59 et s., spéc. n° 8, p. 65), et, en retour, par effet de *feed-back*, parmi les « nombreuses théories du droit au-delà de l'État (ou de l'autorité transnationale) [touchant] de très près des questions de conflit de normes », « peu s'intéressent directement au droit international privé, sans doute parce que celui-ci est trop enraciné dans un paradigme étatique » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 582-26, p. 712). Rapp., en faveur d'une reconsidération du droit international privé comme outil de gouvernance globale : H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory*, 2011, 2(3), p. 347 et s.

576. L'expression *conflit de normes* est privilégiée, afin de distinguer ce conflit du conflit de lois<sup>1177</sup>, caractérisé par une concurrence abstraite de lois étatiques<sup>1178</sup> se revendiquant applicables à une même question de droit<sup>1179</sup>. Cette concurrence abstraite entre lois étatiques traduit la représentation du conflit de lois dans une conception « savigniao-bartinienne »<sup>1180</sup>, mais se révèle insuffisante s'agissant de caractériser un conflit de normes<sup>1181</sup>. Cette concurrence abstraite, ici reformulée entre loi étatique et droit non-étatique, est susceptible d'un résultat identique, que l'une ou l'autre des deux normes soit appliquée : le droit français et les Principes Unidroit, par exemple, excluent tous deux l'erreur sur la valeur, il importe alors peu que la prétention du plaideur soit rejetée sur le fondement du droit français ou de ces Principes<sup>1182</sup>. À la différence du conflit de lois, centré sur la revendication abstraite des lois à s'appliquer et exprimant un « désintérêt de principe » à la solution concrète fournie au litige<sup>1183</sup>, le conflit de normes suppose de considérer la revendication des normes à s'appliquer *et* leur contenu substantiel. À

---

<sup>1177</sup> Sur les différentes acceptions de l'expression « conflit de normes » : P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Manuel, 3<sup>e</sup> éd., 2015, nos 269 et s., p. 225 et s., qui distingue les conflits « entre normes d'un même ordre juridique » (conflits de lois dans le temps, conflits entre loi générale et loi spéciale, conflits internes de lois, conflits entre normes hiérarchisées) et les conflits « entre normes d'ordres juridiques différents » (conflits internationaux de lois et conflit entre droit étatique et droit supranational). Rapp. R. MICHAELS et J. PAUWELYN, « Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law », *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2012, n° 22/3, p. 349 et s.

<sup>1178</sup> Sur les différentes conceptions du conflit de lois où s'opposent revendication concrète et concurrence abstraite des lois : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, nos 333 et s., p. 382 et s.

<sup>1179</sup> L'expression « question de droit » est entendue au sens restrictif et concerne tous les points du litige : « tout litige, interne ou international, se compose d'une ou plusieurs questions de droit substantiel ». « C'est à propos de chaque question de droit que se pose le problème de droit international privé » (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 83, p. 74, souligné par les auteurs).

<sup>1180</sup> Expression empruntée à M. Bertrand ANCEL (« Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 1 et s., spéc. p. 1, note 3). Comp. pour une remise en cause de cette association (P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 343 et s.), la doctrine bilatéraliste continentale post-savignienne se caractérisant « par son infidélité à la pensée de SAVIGNY » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 343, p. 388).

<sup>1181</sup> Un constat similaire, regrettant le « modèle dogmatique » auquel se réfère le conflit de lois, considère que « seules les normes nationales de droit privé peuvent donner lieu à un conflit de lois » et ajoute que « seules [ces normes] peuvent également le résoudre » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 582-2, spéc. p. 699).

<sup>1182</sup> Comp. P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 89, p. 77 : « Il est certain que l'intérêt pratique du choix entre des règles identiques est considérablement réduit. Il paraît même inexistant [...] En fait, cette recherche est presque toujours utile [...] car le régime procédural de la loi étrangère devant le juge français est particulier [...] d'autre part, il est en général *plus commode* de rechercher systématiquement la loi compétence : pour l'appliquer, il suffit d'en connaître la teneur » (souligné par les auteurs).

<sup>1183</sup> Ce désintérêt de principe s'exprime sous divers vocable en doctrine : est évoquée « la neutralité ou [le] caractère "aveugle" de la règle de conflit bilatérale » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 348, spéc. p. 401), son « indifférence » à l'égard du « contenu respectif » de « la loi de l'autorité saisie et [des] lois étrangères », « donc à la solution de fond qui résultera de sa mise en œuvre » (B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 165, spéc. p. 147, nous soulignons).

strictement parler, le conflit existe si deux normes, se revendiquant applicables, ne fournissent pas la même solution à la question de droit considérée.

577. La contrariété de deux normes ne suffit cependant pas à générer un conflit : le droit non-étatique produit effet, en dominante, dans le large champ de la liberté contractuelle, où les règles supplétives de volonté sont de principe, réduisant *de facto* les situations de conflit. Un conflit droit français / Principes Unidroit quant à l'admission de la révision pour imprévision ne constitue pas un conflit de normes, tel qu'entendu ici, car la solution retenue par la Cour de cassation est une règle supplétive, laquelle s'efface en cas de manifestation de volonté contraire<sup>1184</sup>. Un conflit de normes n'existe pas nécessairement dès la contrariété entre deux règles, encore faut-il que celles-ci revendiquent impérativement leur application. Dans l'acception proposée pour cette investigation, le conflit de normes présente trois caractéristiques : des normes se revendiquent applicables, cette revendication revêt un caractère impératif, le contenu matériel de ces normes diffère. Le conflit de normes étudié ici, reformulé, est un conflit entre deux normes, étatique et non-étatique, se revendiquant impérativement applicables à une question de droit, laquelle reçoit une solution différente.

578. L'emploi du pluriel pour désigner les conflits de normes en indique l'existence de divers types : le droit non-étatique entre potentiellement en conflit avec les ordres juridiques étatiques, avec l'ordre juridique de l'Union européenne, avec l'ordre juridique du Conseil de l'Europe. Quel qu'en soit le type, ces conflits sont structurellement identiques, deux normes sont en *conflit* au sens ici retenu, mais, selon le type, objectifs poursuivis et modalités de résolution divergent : il convient conséquemment de distinguer selon l'ordre juridique appelé à trancher ce conflit.

579. Lorsque l'ordre juridique étatique est saisi, le juge résout ce conflit à l'aide des outils dont il dispose, en appliquant, par exemple, une règle de conflit de lois ou une règle impérative au titre de loi de police. La méthode adoptée et la solution apportée sont nécessairement variables, tributaires de l'ordre juridique exprimant sa position. En d'autres termes, « il régleme la situation privée transfrontière *pour son compte propre* mais

---

<sup>1184</sup> Les Principes Unidroit, autorisent la révision pour imprévision (Principes Unidroit, 2010, art. 6.2.1 et s.), le droit français la refuse depuis l'arrêt *Canal de Craponne* (Cass., civ., 6 mars 1876, *GAJC*, n° 165. Comp. Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Soffimat*, D. 2010. 2481, note D. MAZEAUD, 2485, note Th. GENICON, et 2011. 472, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2010. 782, obs. B. FAGES, et 2011. 87, obs. P. DEUMIER ; *Deffrénois* 2011. 811, obs. J.-B. SEUBE ; *JCP G* 2011. 63, obs. J. GHESTIN ; *RDC* 2011. 34, obs. E. SAVAUX). La réforme introduite par l'ordonnance n° 2016-131 a introduit la révision pour imprévision au nouvel art. 1195 C. civ., dont le caractère supplétif est souligné (O. DESHAYES, Th. GENICON, Y.-M. LAITIER, *Réforme du droit ds contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016, p. 394 et s.).



en espérant que la qualité de son intervention puisse engendrer des solutions [...] acceptables par la communauté des États concernés »<sup>1185</sup>. Le conflit de normes est donc tranché *in concreto* par un ordre juridique regardant les choses « d'en bas »<sup>1186</sup>.

580. Lorsque le conflit de normes est considéré par l'ordre juridique de l'Union européenne ou celui du Conseil de l'Europe, la méthode de résolution du conflit est précisément identifiée : le contrôle opéré est un contrôle de proportionnalité au droit européen, confinant ponctuellement au contrôle de conformité, voire de légalité. Ces ordres juridiques supra-étatiques opèrent « d'en haut »<sup>1187</sup> et réalisent une « coordination centralisées des ordres juridiques »<sup>1188</sup>, qu'ils soient étatiques ou non. Retenue par l'un de ces ordres juridiques supra-étatiques, la solution s'impose dans l'ensemble de l'espace appréhendé par cet ordre : l'arrêt *Bosman*, par exemple, a entraîné une modification des règles non-étatiques du football, régissant les transferts internationaux, en raison d'une contrariété au droit de l'Union européenne, à l'époque communautaire. Formulée par un ordre juridique étatique, il est peu probable qu'une solution similaire ait eu un tel impact<sup>1189</sup>.

581. Au regard de ces différences de modalités de résolution, et des effets produits, sont conséquemment étudiés les conflits de normes du point de vue de l'ordre juridique étatique (Titre 5), puis des ordres juridiques supra-étatiques (Titre 6).

---

<sup>1185</sup> L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, p. 165 et s., spéc. n° 5, p. 170 (nous soulignons).

<sup>1186</sup> *Ibid.* Comp. sur le traitement des conflits droit non-étatique / règle impérative par l'arbitre : *supra* P2, T3, Chap. 5, Sect. 2, §2, B).

<sup>1187</sup> *Ibid.*, spéc. n° 5, p. 170-171. Rapp. J.-S. BERGÉ, « Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire : de l'incomplétude à la cohérence », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PU Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes, 2009, p. 339 et s., spéc. n° 13, p. 349 : la Cour de justice « a développé une vue panoramique des situations juridiques qui la place dans une position privilégiée par rapport au juge national » ; S. BILLARANT, « Une révolution européenne en droit international privé ? Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit international privé à la lumière du statut des personnes », in L. BURGORGUE-LARSEN, É. DUBOUT, A. MAITROT DE LAMOTTE, S. TOUZÉ (dir.), *Les interactions normatives droit de l'Union européenne et droit international*, Pedone, Cahiers Européens, n° 2, 2012, p. 307 et s., spéc. p. 336 : « La Cour [de justice] observe le conflit de lois par le haut, jouissant ainsi d'une "vue panoramique" que la structure fédérative de l'Union européenne lui offre ».

<sup>1188</sup> L. D'AVOUT, *ibid.*

<sup>1189</sup> Comp. *supra* n° 365, l'affaire *Krabbe*.

## Titre 5 – Le conflit de normes du point de vue de l'ordre juridique étatique

582. Dans le premier temps de l'examen, l'ordre juridique étatique a la possibilité d'exprimer son point de vue sur le conflit de normes, donc de le résoudre<sup>1190</sup> : l'ordre juridique étatique considéré reconnaît sa compétence et s'attache, par l'intermédiaire du juge, à la résolution du conflit de normes (Chapitre 1).

583. Si l'expression du point de vue d'un ordre juridique étatique conduit, en toutes situations, à une solution du conflit de normes en faveur du droit étatique, voire de la *lex fori*, l'observation indique cependant que les modalités de résolution du conflit de normes, et par extension la solution retenue, dépendent du juge ou de l'arbitre saisi : le juge français ne traite pas nécessairement le conflit de normes comme ses homologues suisse ou canadien, le juge français ne traite pas, en outre, nécessairement le conflit de normes comme un arbitre de la Chambre de commerce internationale ou du Tribunal arbitral du sport. Les modalités de traitement du conflit de normes étant fonction de l'entité saisie, il est possible que les parties attribuent compétence à un juge ou un arbitre particulier, *dans l'objectif de modifier la solution du conflit de normes*. Les acteurs du sport, par exemple, confient, dans la quasi-totalité des situations, leurs litiges au Tribunal arbitral du sport afin d'être jugés selon leurs règles propres, lesquelles relèvent d'un droit non-étatique. La possibilité d'une gestion du conflit de normes par les parties invite conséquemment à l'examen des outils juridiques permettant d'attribuer compétence à l'entité de leur choix, et à l'analyse des conséquences d'une telle orientation (Chapitre 2).

---

<sup>1190</sup> L'expression « point de vue exprimé par l'ordre juridique » se subdivise, selon M. Pierre MAYER, entre point de vue abstrait, exprimé dans des règles, et point de vue concret, exprimé dans des décisions, notamment des jugements. Cette distinction n'occulte cependant pas le « point de vue concret virtuel imputable à un ordre juridique » quand celui-ci exprime « la position qu'il adopterait au sujet d'une situation privée particulière si celle-ci était soumise à son pouvoir de décision » (P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n° 4, p. 26).

584. L'étude du conflit de normes entre droit non-étatique et ordre juridique étatique requiert l'analyse, préalable, de sa structure, c'est-à-dire des éléments le composant, indicatrice d'éléments de réponse sur l'issue du litige : lorsque, première situation, le conflit se réalise entre une règle non-étatique, supposée applicable, et une règle impérative au sens du droit interne, la « loi » de l'ordre juridique étatique doit être applicable à la situation considérée. Dans un contexte international, cette application n'est pas assurée, dépendant du résultat fourni par les règles de conflit de lois. La règle impérative de l'ordre juridique est susceptible d'être écartée au profit d'une loi plus libérale, et le conflit résolu en faveur du droit non-étatique<sup>1191</sup>. Lorsque, seconde situation, un conflit se réalise entre une règle non-étatique et une règle de l'ordre juridique étatique se revendiquant internationalement impérative, le conflit est résolu en faveur de la règle étatique. L'analyse de la structure du conflit de normes (Section 1) permet d'opérer une première sélection des modalités de résolution, plurielles, selon l'impérativité des règles de l'ordre juridique étatique considéré (Section 2).

### Section 1 – La structure du conflit de normes : règle non-étatique versus règle étatique impérative

---

585. Une règle non-étatique et une règle étatique impérative sont ici les deux éléments constitutifs du conflit de normes. Un simple rappel de la définition proposée de la notion de droit non-étatique suffit à cerner le premier élément structurel de ce conflit : « ensemble des règles écrites et unilatéralement élaborées par des acteurs non-étatiques, privés et/ou publics, ayant vocation à s'appliquer eu égard à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques »<sup>1192</sup>.

586. En raison de leur impact sur l'issue du conflit de normes, les règles étatiques impératives, second élément structurel de ce conflit, appellent développement, et ce, du point de vue de l'ordre juridique étatique (§1). L'influence de l'ordre juridique de l'Union européenne modifie la démarche d'identification de ces règles, privilégiant la protection d'intérêts d'une nature autre (§2).

---

<sup>1191</sup> Sur l'importance de choisir une loi octroyant une liberté importante aux parties : *supra* nos 539 et s.

<sup>1192</sup> Sur la définition du droit non-étatique : *supra* nos 134 et s.

## §1 – L'identification d'une règle impérative du point de vue de l'ordre juridique étatique : de l'impératif à l'internationalement impératif

587. Au sens du droit interne, une règle impérative est une règle à laquelle « la volonté individuelle ne peut déroger », elle désigne « un texte législatif ou réglementaire dont les dispositions d'ordre public l'emportent sur toute volonté contraire que les particuliers auraient exprimée dans un acte juridique »<sup>1193</sup>. Impérative dans les rapports internes de l'ordre juridique étatique considéré, cette règle peut exceptionnellement être imposée dans les rapports internationaux privés, lorsque le juge saisi estime qu'elle poursuit un objectif d'une importance particulière, au point de déroger à la loi normalement applicable. La perturbation méthodologique est précisément identifiée : résister à l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois<sup>1194</sup>.

588. Depuis les célèbres « précisions » de Phocion FRANCESKAKIS sur les « lois d'application immédiate »<sup>1195</sup>, ces règles internationalement impératives ont été étudiées sous des vocables divers, sans que la réalité désignée soit nécessairement différente<sup>1196</sup>. Il semble qu'un consensus se soit progressivement établi autour de l'expression *loi de police*, dont les critères d'identification sont cependant imprécis. Du point de vue de l'ordre juridique étatique, une incertitude subsiste sur les intérêts, publics et/ou privés, à protéger

---

<sup>1193</sup> G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 523, *Impératif*. Rappr. p. 720, *Ordre public* (sens I) et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « L'ordre public en droit privé interne », in *Mélanges Henri CAPITANT*, Dalloz, 1939, p. 381 et s., spéc. p. 385 et s.

<sup>1194</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 552-553, p. 648-651 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n<sup>o</sup> 178, p. 163 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n<sup>o</sup> 124, p. 99.

<sup>1195</sup> Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966. 1. Rappr. J.-P. KARAQUILLO, *Étude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, PUF, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges, 1977.

<sup>1196</sup> Les textes mentionnent les « lois de police » (Règl. Rome 1, art. 9 ; Conv. de Rome 1980, art. 7) et des « dispositions impératives dérogatoires » (Règl. Rome 2, art. 16). Sans prétendre à l'exhaustivité, sont, par ailleurs, évoquées en doctrine des « espèces de lois dont la nature spéciale » et des « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires » en présence desquelles « le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l'application du droit étrangers » (F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Éditions Panthéon-Assas, Les Introuvables, 2002, §349, spéc. p. 35), des « lois d'application nécessaire » (G. SPERDUTI, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1977. 257), des « dispositions internationalement impératives » (J.-M. JACQUET, « La fonction supranationale de la règle de conflit de loi », *Rec. cours La Haye*, t. 292, 2001, pp. 147-248, spéc. p. 208 et s.). Comp. pour une distinction au sein des « règles d'applications nécessaire » : P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, nos 123 et s., p. 98 et s., spéc n<sup>o</sup> 135, p. 106-107.

(A). L'absence de formalisation de cette notion jugée « fuyante »<sup>1197</sup> conduit à une approche casuistique des lois de police (B).

## A – Lois de police : protection d'intérêts publics et/ou d'intérêts privés

589. L'orientation des premières définitions des lois de police vise la protection des intérêts publics d'un État considéré : elles sont relatives à « l'organisation étatique »<sup>1198</sup>, à la « sauvegarde de l'organisation politique sociale et économique du pays. Leur caractère distinctif réside dans cette idée d'organisation »<sup>1199</sup>. La jurisprudence n'a cependant pas érigé cette protection des intérêts publics ou étatiques en critère d'identification des lois de police : des intérêts privés sont protégés par le mécanisme des lois de police<sup>1200</sup>, révélant des lois de police de « deuxième génération »<sup>1201</sup>, dont la finalité est clairement la protection d'intérêts privés<sup>1202</sup>.

590. L'article 9 §1 du règlement Rome 1 apparaît actuellement opposé à une telle protection : « Une loi de police est 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 »<sup>1203</sup>. Au vu de cet article, l'identification d'une loi de

---

<sup>1197</sup> L. D'AVOUT, « Les lois de police », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 91 et s., spéc. p. 93.

<sup>1198</sup> Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions... », *op. cit.*, spéc. p. 12-13 : « on confie à cette catégorie tous les cas dans lesquels il n'y va pas seulement des intérêts particuliers, ni même de l'intérêt commun en tant que somme des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique » (souligné par l'auteur).

<sup>1199</sup> Ph. FRANCESKAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Trav. Com. fr. DIP (1966-1969)*, Dalloz, 1970, p. 149 et s., spéc. p. 165 (nous soulignons).

<sup>1200</sup> Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, *Agintis*, JCP G 2008. II. 10000, note L. D'AVOUT ; D. 2008. Jur. 753, note W. BOYAULT et S. LEMAIRE ; *ibid.* Pan. 1510, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Gaz. Pal.*, 22 mars 2008, obs. M.-L. NIBOYET ; RDI 2007. 51, obs. O. GUÉRIN ; *ibid.* 2008. 38, obs. C. CHARBONNEAU ; RTD com. 2008. 456, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Rev. crit. DIP* 2009. 728, note M.-E. ANCEL. Comp. sur le refus de reconnaître le caractère de loi de police à l'art. L132-8 C. com. : Cass., com., 13 juil. 2010, n° 10-12.154, *Transbidaso*, D. 2010. 2339, obs. X. DELPECH, note V. DA SILVA ; *ibid.* 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; RTD com. 2010. 779, obs. B. BOULOC ; JCP G 2010. 972, note D. BUREAU et L. D'AVOUT ; JDI 2011. 91, note F. JAULT-SESEKE ; RD transp. 2010. Etude 12, obs. C. LEGROS, Comm. 183, obs. C. PAULIN, et Comm. 184, obs. Ph. DELEBECQUE.

<sup>1201</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 554, p. 651.

<sup>1202</sup> *Ibid.*, t. II, *Partie spéciale*, n° 911-2, p. 427 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 126, p. 100 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1986, n° 652, p. 321.

<sup>1203</sup> Rapp. Règl. Rome 1, Préambule, considérant n° 37 « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police ».

police requiert la réunion de deux critères : le respect de la règle impérative doit être jugé *crucial* et évalué assurer la protection des *intérêts publics* de l'État concerné, au sein desquels, à titre illustratif, son organisation politique, sociale ou économique. Dans une stricte interprétation, « la notion se “publicise” et se rétrécit ainsi considérablement ; elle devient presque peau de chagrin, de nature à remettre en cause les pratiques nationales préexistantes »<sup>1204</sup>.

591. Trois observations pondèrent cette approche : en premier lieu, il semble que la définition du règlement Rome 1 ait pour fonction de « clarifier un concept qui reste obscur même pour de nombreux juristes »<sup>1205</sup>, et ne cherche pas à restreindre l'utilisation des lois de police par l'introduction d'un critère d'identification fondé sur l'« intérêt public »<sup>1206</sup>. Une stricte opposition entre intérêt public et intérêt privé peut, en deuxième lieu, être questionnée : elle apparaît plus de forme que de fond, la protection de l'intérêt privé peut être conjuguée avec celle de l'intérêt public, voire comprise dans celui-ci<sup>1207</sup>. Une objection, dont l'importance n'est pas la moindre, s'énonce en troisième lieu : toutes les règles en vigueur dans un ordre juridique étatique concourent à son organisation politique, économique ou sociale<sup>1208</sup> : retenir la qualification de loi de police sur le fondement de l'intérêt public, au motif que la règle en cause concerne l'organisation de

---

<sup>1204</sup> L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165, spéc. n° 11. Rappr. la distinction opérée, à titre conclusif, entre exception d'ordre public, « au service du seul intérêt des parties à ne pas voir leur système axiologique heurté », et loi de police, servant « les seuls intérêts étatiques à la réalisation d'une politique législative donnée » (B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2008, n° 826, p. 421).

<sup>1205</sup> C. HAHN, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II – L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *Trav. Com. fr. DIP (2006-2008)*, Pedone, Droit international privé, 2009, p. 187 et s., p. 187 et s., spéc. p. 194.

<sup>1206</sup> En faveur d'une inclusion des lois de police protégeant les « intérêt individuels de protection » : S. FRANCO et F. JAULT-SESEKE, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 357 et s., spéc. p. 363 et s. et 366 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011. 207, spéc. n° 50, p. 245 ; A. CINAY-CYTERMANN, « Variations autour de la qualification de loi de police et de sûreté dans les contrats internationaux », in *Mélanges Nicole DECOOPMAN. Les frontières du droit*, CEPRISSA, 2014, p. 141 et s., spéc. p. 158.

<sup>1207</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 561-1, spéc. p. 611 *in fine* : « il n'est pas absolument certain que la distinction entre les lois protectrices de droit privé et les lois d'organisation socio-économique soit totalement convaincante. Par exemple, au-delà de la finalité de protection de la partie faible (droit privé), le droit de la consommation peut être lu comme destiné à donner confiance au consommateur et relancer l'économie toute entière (droit public).

<sup>1208</sup> Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, t. 139, 1973, pp. 269-386, spéc. p. 328-329 ; V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN, Joly, 1990, nos 355 et s., p. 171 et s. Rappr. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 720, *Ordre public* (sens I et II) : les définitions de l'ordre public au sens du droit privé (« ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles [...] à la marche de l'économie [...] ou même la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux ») et du droit international privé (« ensemble de principes [...] considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux ») attestent de cette proximité d'objectif et de l'impertinence du critère retenu.

l'État, ou s'avère cruciale pour celui-ci, revient à dégager un critère dépourvu « de toute portée »<sup>1209</sup>. Il ressort de ces trois observations que la considération de la protection de l'intérêt public ou de l'intérêt privé ne constitue pas un critère d'identification formel et opérant, conduisant conséquemment à une approche casuistique des lois de police.

## **B – L'identification casuistique des lois de police**

592. Il apparaît que les critères de qualification retenus par le règlement Rome 1 relèvent du guide à disposition du juge, la définition des lois de police dessinant une « orientation générale »<sup>1210</sup>, construite autour de l'idée d'assurer la protection d'intérêts collectifs dans les relations internationales privées. M. Pierre GOTHOT souligne qu'il est impossible de classer les lois de police « car ce n'est ni la matière ni l'objet qu'elles visent qui les caractérisent, mais bien la fonction qu'elles remplissent dans l'État »<sup>1211</sup>. Par ailleurs, il est admis que toute règle impérative d'un État n'accède pas au rang de loi de police. Le considérant n° 37 du règlement Rome 1 précise que des « circonstances exceptionnelles » sont requises, et que « la notion de lois de police devrait être distinguée de celle de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ».

593. L'appréciation du juge saisi du litige, par nature subjective, est centrale dans la qualification des lois de police, elle s'opère *in concreto*, au cas par cas. Tout raisonnement conduisant à qualifier abstraitement et *a priori* une règle impérative de loi de police doit, selon certains auteurs, être écarté : M. Gian Paulo ROMANO évalue « l'inexactitude de l'impression, parfois suggérée, qu'il y aurait, en matière contractuelle, deux ensembles, parfaitement étanches, de règles ontologiquement distinctes : la “disposition impérative (de façon interne)””, d'une part, et la “loi de police””, d'autre part ; la règle est la même »<sup>1212</sup>. La différence entre règle impérative au sens du droit interne et loi de police n'est pas de nature mais de degré, selon la formule d'YVON LOUSSOUARN<sup>1213</sup>. De surcroît, la qualification retenue dans un litige particulier n'institue pas la règle impérative en loi de

---

<sup>1209</sup> V. HEUZÉ, *ibid.*, n° 361, p. 174.

<sup>1210</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, Traité, 1993, n° 254, spéc. p. 428.

<sup>1211</sup> P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971. 1, 209 et 415, spéc. p. 234. Rapp. proposant de recentrer la définition de loi de police sur la notion de « politique législative » : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011. 207, spéc. nos 24 et s., p. 223 et s.

<sup>1212</sup> G. P. ROMANO, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007. 473, spéc. n° 16, p. 480-481.

<sup>1213</sup> Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, t. 139, 1973, pp. 269-386, spéc. p. 328 : « il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois [...] il existe entre les lois de police et les lois une simple différence de degré, ce qui rend le clivage beaucoup plus difficile » (souligné par l'auteur).

police, ce que M. Bernard AUDIT confirme : « On peut également craindre qu'une fois une disposition appliquée comme loi de police dans une affaire où les rattachements à l'État du for justifiaient effectivement cette solution, elle fasse figure de précédent en toute circonstance internationale »<sup>1214</sup>. Un raisonnement *in concreto* doit s'opérer pour chaque litige.

594. Dans le cadre d'un conflit de normes, une attribution systématique de la qualité de loi de police signifie la négation même de la possibilité d'une application du droit non-étatique souhaitée par les parties. La recherche d'un point d'équilibre entre la règle non-étatique applicable et l'impérativité de la règle édictée par le for suppose la prise en compte de deux paramètres, présidant à la qualification de loi de police, lesquels reposent sur une appréciation subjective et une démarche unilatérale ou fonctionnelle<sup>1215</sup>. La première dimension de l'évaluation vise l'importance, le caractère « crucial », de la règle impérative. Dans l'ombre du silence, fréquent, du législateur<sup>1216</sup>, existe un faisceau d'indices : l'objectif de la loi, son caractère d'ordre public, son champ d'application<sup>1217</sup> et les sanctions de sa violation<sup>1218</sup> constituent des paramètres, non exhaustifs, à prendre en considération pour l'apprécier et caractériser une loi de police. La proximité for-situation est la seconde dimension à considérer, ce que l'article 7 §1 de la Convention de Rome prévoit expressément à propos des lois de police étrangères : « il pourra être donné effet

---

<sup>1214</sup> B. AUDIT, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 25 et s., spéc. n° 1, p. 25 : le danger est cependant de passer dans un cas donné par un syllogisme unique de déterminations abstraites – un rattachement désigné *a priori*, voire la simple qualification de loi de police de la disposition en cause – à la conclusion de son application ».

<sup>1215</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 553, p. 650-651.

<sup>1216</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 124, p. 99 : « dans la grande majorité des cas le législateur qui les a édictées ne s'est pas prononcé sur leur nature ». Rapp. F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Éditions Panthéon-Assas, Les Introuvables, 2002, §349, spéc. p. 37 : « pour savoir si une loi rentre dans les cas exceptionnels, il faut avant tout rechercher l'intention du législateur. S'il l'a exprimée formellement, cette déclaration suffit ; car elle a le caractère d'une loi sur la collision, à laquelle on doit toujours une complète obéissance. Mais comme *de semblables déclarations existent rarement*, nous devons nous reporter aux différences que présente la nature des lois absolues » (nous soulignons).

<sup>1217</sup> Comp. à propos des lois précisant leur champ d'application : elles sont « sans plus, à respecter », le problème « reste identiquement le même, qu'il existe ou non de semblables règles écrites » (Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966. 1, p, spéc. p. 9-10).

<sup>1218</sup> En ce sens : CA Paris, pôle 5, ch. 8, 25 oct. 2011, n° 10/24023 : « la nature pénale de la sanction que les pouvoirs publics ont souhaité attacher à la méconnaissance de l'article 330-3 du code du commerce atteste que le respect de cette disposition est jugé crucial pour la sauvegarde des intérêts publics, et en tout cas de l'intérêt public économique », *RDC* 2012/2. 563, note J.-B. RACINE. Mais « qu'un texte soit sanctionné pénalement ne veut pas dire *ipso facto* qu'il défend un intérêt "crucial", particulièrement en matière internationale. Tout au plus peut-il s'agir d'un indice (c'est néanmoins assurément dans ce sens que l'a conçu la cour d'appel de Paris) » (J.-B. RACINE, *op. cit.*, spéc. p. 565). Rapp. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 911, spéc. p. 425 : « la présence de sanctions pénales pourrait constituer un fort indice d'impérativité ».



aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit »<sup>1219</sup>. Afin d'identifier l'impérativité internationale d'une règle, M. ROMANO rejette l'impérativité en tant que qualité figée d'une loi et se base sur le principe suivant : plus la proximité entre un ordre juridique et la situation est forte, plus les règles impératives de cet ordre juridique ont vocation à s'appliquer. Réciproquement, l'absence de toute proximité entre l'ordre juridique et la situation conduit à diminuer la vocation de ses règles à s'appliquer<sup>1220</sup>. Lorsque ces deux critères, règle d'une importance particulière et proximité for-situation, sont satisfaits, l'application de la règle impérative au titre de loi de police est admissible dans le litige considéré. Ceci suppose que le juge prenne en compte un certain nombre de paramètres, d'objectifs et de considérations politiques, lesquels, évolutifs, le conduisent à considérer des intérêts nouveaux, depuis l'avènement du droit européen.

## §2 – L'influence de l'intérêt européen sur l'identification des lois de police

595. L'intérêt européen modifie à deux niveaux l'identification des lois de police : cet intérêt peut conduire à révéler l'impérativité internationale d'une règle (A) ou, au contraire, à l'écarter, afin de privilégier d'autres objectifs (B).

### A – L'impérativité internationale découverte par la prise en compte de l'intérêt européen

596. La mise en tension des arrêts *Allium* et *Ingmar* permet de démontrer la découverte d'une impérativité internationale par la prise en compte de l'intérêt européen.

597. Dans l'arrêt *Allium*, la Cour de cassation française refuse de qualifier de loi de police la loi sur les agents commerciaux, en présence d'un contrat exécuté en Europe et en Israël, et dont la clause d'*electio juris* désigne la loi de l'État de New York<sup>1221</sup>. Du point

---

<sup>1219</sup> Rapp. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 912, spéc. p. 429 : il convient de « se demander si la réalisation de l'objectif [de la loi de police] requiert l'application de la loi en l'espèce, compte tenu des liens qu'elle entretient avec la situation litigieuse ».

<sup>1220</sup> G. P. ROMANO, « Le choix des Principes... », *op. cit.*, spéc. n° 15, p. 480 ; A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace : réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *Rev. crit. DIP* 1999. 31, spéc. nos 7 et s. : « le *facteur de rattachement* qui déclenche l'intervention [de la loi de police] présente le plus souvent un caractère territorial (résidence ou établissement d'une partie, localisation d'un fait ou d'un acte, situation d'un bien) » (souligné par l'auteur). Comp. nos 13 et s. sur les limites d'un facteur de rattachement territorial conduisant à une application de la loi du for.

<sup>1221</sup> Cass., com., 28 nov. 2000, n° 98-11.335, *Allium*, *JDI* 2001.511, note J.-M. JACQUET ; *D. Aff.* 2001. 305, note E. CHEVRIER, *JCP G* 2001. II. 10527, note L. BERNARDEAU. Comp. pour une solution identique dans le cadre d'un litige intra-européen, dont la portée le dépasse potentiellement en raison de la généralité de la formule : Cass., com., 5 janv. 2016, n° 14-10.628, *Arvelor Mittal*, *AJCA* 2016. 162, obs. C.

de vue de l'ordre juridique français, la disposition concernée constitue une « loi protectrice d'ordre public interne » et non « une loi de police applicable dans l'ordre international »<sup>1222</sup>. Le juge français considère, dans cette situation, que la protection de l'intérêt public et/ou de l'intérêt privé ne justifie pas l'intervention d'une loi de police.

598. En présence d'un litige similaire, l'arrêt *Ingmar* de la Cour de justice indique qu'une clause *d'electio juris*, désignant le droit californien, doit être écartée au profit de l'application d'une directive européenne, protectrice de l'agent commercial, « dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre [et] que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays »<sup>1223</sup>.

599. Afin d'identifier cette loi de police européenne, selon l'expression consacrée<sup>1224</sup>, l'arrêt *Ingmar* réalise, en première analyse, une application classique des lois de police : le respect de la disposition est jugé d'une importance particulière et une proximité « for européen »-situation est caractérisée, en raison de l'exécution du contrat sur ce territoire. Dans cette situation, il semble cependant que l'intérêt protégé ne soit ni l'intérêt étatique, ni l'intérêt privé : la Cour de justice évoque un point « essentiel *pour l'ordre juridique communautaire* »<sup>1225</sup>, un « objectif » de protection de « la liberté d'établissement », d'une « concurrence non faussée dans le marché intérieur » et « la réalisation [des] objectifs du traité »<sup>1226</sup>. La Cour entend donc protéger des intérêts

---

NOURRISAT ; *RTD. com.* 2016. 589, obs. Ph. DELEBECQUE : « la loi du 25 juin 1991 [...] loi protectrice d'ordre public interne, [n'est] pas une loi de police applicable dans l'ordre international ».

<sup>1222</sup> *Ibid.* : « « la loi du 25 juin 1991, codifiée dans les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne [...], n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international ».

<sup>1223</sup> CJCE, 9 nov. 2000, n° C-381/98, *Ingmar*, spéc. nos 25 et 26, *Rev. crit. DIP* 2001. 107, note L. IDOT ; *JCP* 2001. II. 1159, note L. BERNARDEAU ; *JDI* 2001. 511, note J.-M. JACQUET ; *LPA*, 22 juin 2001, p. 10, note C. NOURISSAT.

<sup>1224</sup> Malgré la formule de l'arrêt *Ingmar*, « les articles 17 et 18 de la directive [...] doivent trouver application », la directive ne peut pas être *stricto sensu* appliquée à un rapport international entre personnes privées (CJCE, 26 fév. 1986, n° 152/84, *Marshall*, spéc. point 48 ; 14 juil. 1994, n° C-91/92, *Faccini Dori*, spéc. point 20 ; 19 janv. 2010, n° C-555/07, *Kücükdeveci*, spéc. point 46), seule la loi de transposition est appliquée et doit conséquemment être qualifiée de loi de police. L'expression lois de police européenne témoigne d'un raccourci, certes évocateur, mais techniquement inapproprié, ne conviendrait-il pas d'évoquer des lois de police de « transposition » ? (L. D'AVOUT : « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *D.* 2014. 60, spéc. n° 6). Comp. pour une analyse de l'arrêt *Ingmar* sous le prisme de l'ordre public (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe, in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Défrénois, Les Mélanges, 2005, p. 365 et s., spéc. p. 398-399) dont « l'avantage [...] est d'éviter de dénaturer la notion de directive, dont le propre, en droit de l'Union, est de poser, comme l'ordre public international, un cadre à l'intérieur duquel la liberté du législateur national a la place de s'épanouir et non une règle s'imposant directement aux particuliers impliqués dans la matière couverte » (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 183, p. 173).

<sup>1225</sup> CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, *op. cit.*, spéc. n° 25 (nous soulignons).

<sup>1226</sup> *Ibid.*, spéc. n° 24. Pour une évaluation critique de ces arguments : L. IDOT, *op. cit.*, spéc. nos 14 et s.

européens par l'application du mécanisme des lois de police<sup>1227</sup>. L'explicitation de cet intérêt européen ne relève pas de l'évidence, il n'apparaît pas, dans la formulation retenue, que la Cour de justice se fonde prioritairement sur la protection de l'agent commercial : les « objectifs du traité » sont protégés « à travers la catégorie des agents commerciaux »<sup>1228</sup>. La protection des agents commerciaux serait alors le moyen de parvenir à une fin autre, singulièrement la protection de la liberté d'établissement et de la concurrence non faussée<sup>1229</sup>.

600. Ces deux arrêts indiquent que, dans des litiges similaires, l'impérativité internationale d'une disposition peut être refusée par un juge étatique ou révélée par la prise en compte de l'intérêt européen. La Cour de justice, empruntant ce mécanisme traditionnellement utilisé par les juridictions étatiques<sup>1230</sup>, crée-t-elle une nouvelle, et alors troisième ?, génération de lois de police destinées à protéger les intérêts européens ? Ainsi conçu, et en raison de l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour de justice<sup>1231</sup>, l'intérêt européen modifie le processus d'identification des lois de police : à la sauvegarde de l'intérêt public, centrée sur l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays (article 9 §1, Rome 1), la cohérence suppose que soit ajoutée la sauvegarde de l'intérêt européen. En raison de la généralité des objectifs du traité, l'intérêt européen, cependant, conduit potentiellement à qualifier toutes les directives, même d'harmonisation minimale, de lois de police<sup>1232</sup>, entraînant une modification en profondeur de leurs modalités

---

<sup>1227</sup> M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *Rec. Cours La Haye*, vol. 253, 1995, pp. 9-282, spéc. n° 78, p. 138 : « le droit communautaire ne sert pas à arbitrer les intérêts concurrents des États membres. Il poursuit des valeurs propres, prenant en compte les intérêts des opérateurs économiques dans un premier temps et plus globalement ensuite ceux des citoyens ou de la collectivité ».

<sup>1228</sup> CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, *op.cit.*, spéc. point 25.

<sup>1229</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 566, spéc. p. 667 : « ce sont ici des objectifs européens qui présideraient à la qualification [de loi de police] », « c'est l'objectif poursuivi, en termes de concurrence, qui importerait ici (il s'agirait d'une loi de police non parce qu'elle protège l'agent commercial, mais parce que l'harmonisation évite la distorsion de concurrence entre États) ».

<sup>1230</sup> Sur la justification de cet emprunt : S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre juridique communautaire », *Trav. Com. fr. DIP (2002-2004)*, Pedone, 2005, p. 65 et s., spéc. p. 70 : « C'est précisément parce que l'ordre communautaire évolue par les ordres nationaux et leurs concepts que les mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police ont une place dans l'ordre communautaire ».

<sup>1231</sup> Sur l'autorité des arrêts de la Cour de justice : J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Cours, 8<sup>e</sup> éd., 2015, nos 1201 et s., p. 770 et s. Comp. J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges Marcel WALINE*, t. 1, *Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, p. 152 et s.

<sup>1232</sup> Pour une critique de cette approche : D. ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois)*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2006, nos 403 et s., p. 385 et s.

d'identification par le juge<sup>1233</sup>, et privant conséquemment le principe d'autonomie d'effet dans de nombreuses hypothèses<sup>1234</sup>.

## **B – L'identification des lois de police potentiellement perturbée par l'existence du contrôle de proportionnalité**

601. Identifiée par référence aux intérêts étatiques, privés, voire européens, l'application d'une loi de police n'est pas nécessairement assurée dans le cadre européen, en raison de l'existence d'un contrôle de proportionnalité développé par la Cour de justice, lequel conduit le juge à modifier son raisonnement dans l'identification des lois de police<sup>1235</sup>.

602. Ce contrôle de proportionnalité des lois de police tend à éviter toute entrave excessive aux libertés de circulation, d'établissement ou de prestation de service au sein du marché intérieur<sup>1236</sup>. Dans de nombreux arrêts<sup>1237</sup>, dont les célèbres affaires *Arblade*<sup>1238</sup> et

---

<sup>1233</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 566, spéc. p. 667 : « la définition classique des lois de police proposée dans l'arrêt *Arblade*, et empruntée pour l'essentiel à Francescakis, semble désormais dépassée ».

<sup>1234</sup> Comp. la formule de l'art. 3 §5, *in fine* rejetée, de la proposition de Règlement Rome 1 du 10 déc. 2015 : « Le choix par les parties de la loi d'un État non membre ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire lorsqu'elles seraient applicables au cas d'espèce ». Sur la question P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2006. 331, spéc. n° 10.

<sup>1235</sup> Sur le contrôle de proportionnalité : M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *Rev. Cours La Haye*, vol. 253, 1995, pp. 9-282, spéc. nos 76 et s., p. 134 et s. ; É. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2004, p. 117 et s., spéc. p. 126 et s. ; S. POILLOT-PERUZETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre juridique communautaire », *Trav. Com. fr. DIP (2002-2004)*, Pedone, 2005, p. 65 et s., spéc. p. 72 et s. ; S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2005, p. 544 s. ; H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 303 et s. ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », *ibid.*, p. 475 et s. ; D. ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois)*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2006, nos 99 et s., p. 101 et s. ; A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, Thèses, 2014.

<sup>1236</sup> L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. crit. DIP* 1993. 401, spéc. p. 417 : « Tout en n'en interdisant pas de manière absolue l'applicabilité, [les principes du droit communautaire] constituent une sorte de filtre au travers duquel les principes d'ordre public international et les lois d'application immédiate, tout comme les règles de conflit, doivent être examinés pour en vérifier la "compatibilité communautaire" (intérêt général, indispensabilité, proportionnalité et non duplication). La rigueur de ce filtre peut dépendre de plusieurs facteurs, dont l'un pourrait certainement être la "localisation" de la prestation du service ».

<sup>1237</sup> Sur les prémices du contrôle de proportionnalité : CJCE, 20 fév. 1979, n° 120/78, *Reve-Zentral* ; CJCE, 28 mars 1996, n° C-272/94, *Guiot*.

*Mazçoleni*<sup>1239</sup>, ce contrôle s'articule autour d'un principe et d'une exception : les lois de police des États-membres ne doivent causer aucune restriction à ces libertés, elles seront, le cas échéant, écartées. C'est signifier que l'impérativité d'une loi de police étatique peut être « refusée »<sup>1240</sup>. Exceptionnellement, les lois de police étatiques pourront être appliquées par les États-membres, à condition d'être justifiées, *proportionnées*, à l'objectif poursuivi par l'État concerné. La Cour de justice admet donc, et plus généralement, des atteintes aux libertés mentionnées, à condition qu'elles soient proportionnées à l'objectif visé.

603. L'existence d'un contrôle de proportionnalité modifie la démarche du juge dans l'identification des lois de police car, au-delà des intérêts protégés, qu'ils soient étatiques, privés, ou encore européens, il doit interroger l'effet de la loi de police sur les libertés européennes<sup>1241</sup>, ceci supposant d'analyser le type de rapport international<sup>1242</sup>. Lorsque ce rapport n'affecte pas le marché intérieur, le contrôle de proportionnalité n'a aucune vocation à s'appliquer : le juge étatique peut souverainement appliquer une loi de police excluant la loi choisie ou objectivement désignée. Lorsque le rapport international affecte le marché intérieur, en raison, par exemple, de l'exécution du contrat sur le territoire européen, et en cas d'intervention de la Cour de justice, le contrôle de proportionnalité s'applique et doit être considéré<sup>1243</sup>.

---

<sup>1238</sup> CJCE, 23 nov. 1999, n° C-369/96, *Arblade*, *Rev. crit. DIP* 2000. 710, note M. FALLON ; *RSC* 2000. 248, obs. L. IDOT ; *RTD eur.* 2000. 727, chron. J.-G. HUGLO ; *JDI* 2000. 493, obs. M. LUBY ; *AJDA* 2000. 307, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. DE BERGUES.

<sup>1239</sup> CJCE, 15 mars 2001, n° C-165/98, *Mazçoleni*, *Rev. crit. DIP* 2001. 495, note É. PATAUT ; *JDI* 2002. 578, obs. M. LUBY ; *RTD euro.* 2003. 542, obs. P. RODIÈRE.

<sup>1240</sup> É. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2004, p. 117 et s., spéc. p. 122 et s.

<sup>1241</sup> *Ibid.*, spéc. p. 130 et s.

<sup>1242</sup> Pour une distinction basée sur l'internationalité générée : J.-M. JACQUET, *op. cit.* (note sous l'arrêt *Unamar*), spéc. n° 21 et inspirée de la distinction de J.-S. BERGÉ, « Internationalité en droit communautaire et en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP (2004-2006)*, Pedone, 2008, p. 29 et s.

<sup>1243</sup> À supposer que la qualification de loi de police soit retenue, le contrôle de proportionnalité ajoute une incertitude, l'arrêt *Unamar* en atteste particulièrement (CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, *Unamar*, *D.* 2014. 60, note L. D'AVOUT ; *ibid.* 893, obs. D. FERRIER ; *ibid.* 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 1967, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *RDC* 2014. 80, obs. P. DEUMIER ; *JDI* 2014. 625, note J.-M. JACQUET ; *JCP* 2013. 1287, obs. C. NOURISSAT ; *Rev. UE* 2014. 376, obs. V. PIRONON). L'opposition se réalise entre les lois de deux États-membres, l'une et l'autre issues d'une transposition de la directive sur les agents commerciaux : la loi bulgare, contractuellement choisie par les parties s'oppose à la loi belge, invoquée au titre de loi de police. Le juge belge peut-il écarter la loi bulgare, volontairement désignée par les cocontractants, en raison du régime de protection instauré par le droit belge ? La Cour de justice souligne que « l'existence d'une "loi de police" [...] doit être interprétée de manière stricte » (point 49). Elle indique encore la nécessité de démontrer « l'intérêt particulier que l'État membre accorde à cette catégorie de ressortissants », conduisant, en l'espèce, à une « protection plus grande des agents commerciaux » (point 50). La Cour achève ses préconisations en observant, qu'à la différence de l'arrêt *Ingmar*, la loi choisie par les parties, et potentiellement écartée, est la loi « d'un autre État-membre qui, selon tous les intervenants et de l'avis de la juridiction de renvoi, a correctement transposé la directive » (point

604. Dans cette situation, il est possible que le juge refuse le qualificatif de loi de police à une règle impérative du for. Anticipant le contrôle de proportionnalité, le juge questionne en amont l'effet d'une loi de police sur les intérêts européens, précisément l'entrave potentielle aux libertés européennes liée à son application. Aucun arrêt, refusant le qualificatif de loi de police à une règle du for, ne fait explicitement état d'une telle prise en compte, mais cela ne signifie pas que l'existence du contrôle de proportionnalité n'ait pas été considérée par le juge étatique<sup>1244</sup>. Ce raisonnement par anticipation, lié à l'existence du contrôle de proportionnalité, modifie donc, potentiellement, le processus d'identification des lois de police. Ceci conforte le diagnostic, établi depuis l'arrêt *Ingmar*, de lois de police à « géométrie variable »<sup>1245</sup>, et la nécessaire approche *in concreto* du contentieux relatif aux lois de police.

\*

---

51). La Cour de justice admet qu'un État-membre puisse écarter, par la technique des lois de police, la loi d'un autre État-membre, ceci afin que l'agent commercial bénéficie d'un régime estimé plus protecteur : « uniquement si la juridiction saisie constate *de façon circonstanciée que*, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'État du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives » (point 59). Au regard de la structure du raisonnement, un triptyque principe-modalité-tempérament, la solution ne relève pas, en l'espèce, de l'évidence. Deux arguments militent pour une solution autre, respectant le choix des parties : la Cour de justice souligne que la Bulgarie a « correctement transposé la directive », un courant doctrinal défend, par ailleurs, l'exclusion des lois de police dans les domaines harmonisés (M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 786, spéc. p. 418 : « si la loi étrangère applicable au contrat est une des lois d'un pays de l'Union, la protection de l'agent commercial y sera tout aussi forte qu'en France, et l'on n'aura pas à invoquer la loi du 25 juin 1991 à titre de loi de police » ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 475 et s., spéc. p. 479 : « dans les domaines harmonisés par des directives même minimales, le principe d'équivalence des législations, cependant différentes dans leur contenu [...] justifie que soient encore écartées les dispositions impératives de l'État d'accueil qui auraient pour effet d'empêcher l'application des règles de l'État membre d'établissement du fournisseur ». Comp. H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 303 et s., spéc. p. 321 : « dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation totale [...] il semble ne plus y avoir de place pour le test d'équivalence car toutes les législations sont en réalité identiques [...] en présence d'harmonisation partielle ou d'harmonisation minimale, l'équivalence ne serait plus présumée mais devrait être prouvée comme il n'y a aucune harmonisation »). Ainsi, le contrôle de proportionnalité met *potentiellement* en cause la qualification retenue par le juge étatique : confirmée dans l'arrêt *Unamar*, elle pourrait être refusée dans litige similaire concernant un domaine harmonisé par une directive.

<sup>1244</sup> Rappr. l'arrêt *DFC* atteste potentiellement d'un tel raisonnement par anticipation, concluant à la qualification de loi de police : la Cour de cassation indique que la loi de police poursuit « des motifs impérieux d'intérêt général » (Cass., com., 14 janv. 2004, n° 00-17. 978, *RTD civ.* 2004. 353, obs. R. PERROT ; *RTD com.* 2004. 845, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RJ com.* 2004. 302, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; *DMF* 2004. 723, note G. MECARELLI ; *D.* 2005. 1192, obs. P. COURBE et H. CHANTELOUP), traduisant, la considération du contrôle de proportionnalité de la loi de police étatique au droit européen, lors de la décision du juge (en ce sens : S. POILLOT-PERUZZETTO, *ibid.* ; P. COURBE et H. CHANTELOUP, *ibid.*).

<sup>1245</sup> L. IDOT, *Rev. crit. DIP* 2001. 107, spéc. n° 11 (note sous l'arrêt *Ingmar*).

605. **Conclusion Section 1** – Les règles impératives constituent l'une des composantes du conflit de normes étudié. Impératives au sens du droit interne, ces règles peuvent devenir internationalement impératives, recevant alors le qualificatif de lois de police. Leur identification, casuistique, apparaît potentiellement problématique : les lois de police protègent traditionnellement l'intérêt public et/ou l'intérêt privé, sous réserve de la publicisation opérée par le règlement Rome 1. La protection de l'intérêt européen modifie cette identification, conduisant alternativement à reconnaître l'impérativité internationale d'une disposition étatique (arrêt *Ingmar*) ou à la désactiver pour éviter toute entrave aux libertés européennes, et ce, en raison de l'existence du contrôle de proportionnalité développé par la Cour de justice.

## **Section 2 – La résolution du conflit de normes : étude des techniques employées par l'ordre juridique étatique**

---

606. L'objectif de cette section est de montrer que, du point de vue de l'ordre juridique étatique, le conflit de normes<sup>1246</sup> est, dans tous les cas, résolu en faveur d'un droit étatique, et, en dominante, en faveur des règles de l'ordre juridique saisi du litige. Cette résolution *in favorem* est justifiée par les mécanismes de droit international privé utilisés, lesquels favorisent l'application des lois étatiques, voire de la *lex fori*.

607. Une précision liminaire s'impose : il est rarissime qu'un ordre juridique étatique exprime son point de vue sur un conflit de normes, et ce pour trois raisons. Premièrement, le droit non-étatique produit fréquemment effet dans le cadre de la liberté contractuelle et/ou dans des domaines peu ou pas réglementés par l'ordre juridique étatique, la probabilité est donc faible qu'une loi étatique entre en contradiction avec une réglementation non-étatique se revendiquant, elle aussi, impérative<sup>1247</sup>. Deuxièmement, le contentieux du conflit de normes est parfois inexistant, les codes de conduite en attestent<sup>1248</sup>. Troisièmement, quand il existe, ce contentieux, est fréquemment confié à

---

<sup>1246</sup> Sur la définition et les caractéristiques du conflit de normes : *supra* nos 576 et s.

<sup>1247</sup> Il a été précédemment montré que droit non-étatique produit fréquemment effet dans des domaines délaissés par le législateur, traduisant l'absence de réglementation impérative de l'activité (*supra* nos 67 et s., et 78 et s.). Par ailleurs, en matière d'arbitrage international, MM. SERAGLINI et ORTSCHIEDT indiquent que « [les droits étatiques] réservent seulement le respect des règles et principes qu'ils estiment relever de leur ordre public international ; or, pour la plus part, leur ordre public international n'est, le plus souvent, pas concerné par l'application de la *lex mercatoria* » (*Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, n° 882, spéc. p. 802, nous soulignons).

<sup>1248</sup> En 2002, M. André SOBCZAK affirme que « peu de litiges à propos des codes de conduite ont été portés devant les tribunaux dans les États de l'Union européenne [...] on peut cependant s'attendre à une multiplication des procès concernant les codes de conduite [...] puisqu'ils renforcent les droits des salariés par rapport à la réglementation étatique » (*Réseaux de sociétés et Codes de conduites : un nouveau modèle de régulation*

l'arbitre, les champs d'activités du commerce international et du sport l'illustrent<sup>1249</sup>. Ainsi, seules quelques activités, voire quelques situations, sont doublement réglementées de façon impérative par le droit non-étatique et un ordre juridique étatique, appelant potentiellement la gestion d'un conflit de normes par le juge.

608. L'activité d'agent sportif, ou encore agent de joueurs, présente une première situation concrète de conflit de normes : nombre de fédérations sportives internationales réglementent cette activité<sup>1250</sup>, laquelle est, par ailleurs, réglementée par les ordres juridiques étatiques selon trois méthodes, l'édition d'un cadre législatif spécial, cas de la France, l'application du régime relatif aux placements privés de main-d'œuvre, l'application du droit commun des contrats<sup>1251</sup>. Il est alors concevable qu'un requérant invoque une violation du droit étatique et qu'un autre invoque le respect de la réglementation non-étatique.

Le sportif professionnel est, lui aussi, soumis à ces deux types de réglementation : travailleur subordonné, les dispositions du Code du travail doivent lui être appliquées, compétiteur licencié, les règlements élaborés par les fédérations doivent être observés<sup>1252</sup>. Il est possible que ces deux types de réglementation revendiquent leur application et génèrent potentiellement un conflit de normes<sup>1253</sup>.

---

*des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2002 p. 307). Rappr. M.-A. MOREAU, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. soc.* 2009/1. 93, spéc. p. 100 : « il n'y a à l'heure actuelle à notre connaissance aucun contentieux lié aux [accords-cadres internationaux] ».

<sup>1249</sup> Sur la réception du droit non-étatique par l'arbitrage : *supra* nos 223 et s. Sur l'utilisation des clauses compromissaires : *infra* nos 677 et s.

<sup>1250</sup> Les fédérations sportives internationales de handball (IHF), de rugby (IRB), d'athlétisme (IAAF), de cyclisme (UCI), de basket-ball (FIBA) et de football (FIFA) ont édicté des règles concernant l'activité des agents sportifs au niveau international ou national (F. LAGARDE, « Tour d'horizon des réglementations (publiques et privées) applicables à l'activité d'agent sportif », in J.-P. KARAQUILLO et F. LAGARDE (dir.), *Agent sportif*, Juris Editions, Hors-séries Juris, 2012, nos 103 et s., p. 49 et s., spéc. nos 121 et s., p. 54 et s. ; J.-P. KARAQUILLO, « Agent sportif », in J.-P. KARAQUILLO et Ch. DUDOGNON (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, Juris corpus, 1<sup>re</sup> éd., 2013 p. 21 et s., spéc. p. 21-22 ; *Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne*, 2009, p. 73 et s.). Cette réglementation est hétérogène, « il n'y a rien ainsi rien de comparable entre l'actuel règlement de la FIFA sur les agents de joueurs, qui est une réglementation très détaillée ayant vocation à être reprise par l'ensemble des fédérations nationales affiliées, et les règlements de l'IRB ou de l'IAAF, qui se contentent d'édicter quelques principes généraux à l'attention de leurs fédérations nationales » (F. LAGARDE, *ibid.*, spéc. n° 122, p. 55).

<sup>1251</sup> F. LAGARDE, *ibid.*, spéc. nos 116 et s., p. 53 et s. ; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 748, p. 371, spéc. note 5 ; *Étude sur les agents sportifs...*, *ibid.*, p. 69 et s.

<sup>1252</sup> J.-R. COGNARD, *Contrats de travail dans le sport professionnel*, Juris Éditions, Hors-séries Juris, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 55 et s., p. 18 et s. ; G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 286 et s., p. 199 et s., spéc. n° 305, p. 215.

<sup>1253</sup> La sentence *Al Khor*, étudiée *supra* n° 303, témoigne d'un conflit similaire entre application d'un règlement FIFA et application du droit qatari du travail, *in fine* résolu en faveur du règlement FIFA par le Tribunal arbitral du sport.



Les codes de conduite des entreprises, dont M. André SOBCZAK affirme qu'ils renforcent la réglementation étatique<sup>1254</sup>, sont encore susceptibles de produire ce type de conflits, entre l'un de ces codes, d'origine non-étatique, et le droit étatique.

609. Du point de vue de l'ordre juridique étatique, les règles édictées concernant les agents sportifs et les salariés sont impératives, mais pas nécessairement internationalement impératives, ce qui revient à dire qu'elles ne sont pas nécessairement des lois de police. L'hypothèse peut être formulée : les techniques de résolution des conflits de normes ne sont pas identiques selon le type d'impérativité de la règle considérée. Inscrit dans un contexte inter- ou transnational, ce conflit peut, dans l'abstrait, être résolu de diverses façons, du point de vue de l'ordre juridique étatique : recourir aux règles de conflit de lois, aux lois de police, voire aux règles de conflit de lois dites protectrices, en raison de la réglementation des contrats de travail par des acteurs non-étatiques (§1).

610. Quelle que soit la situation, seule s'observe une résolution du conflit en faveur des lois étatiques, s'expliquant par l'utilisation des mécanismes du droit international privé, et conduisant, de surcroît, au rejet du conflit de normes, voire à sa négation. L'absolu de ce constat invite à rechercher par quels mécanismes une revendication du droit non-étatique dans le cadre du conflit de normes est concevable et possible. Ceci implique d'élargir le point de vue de l'ordre juridique, sans que cela n'apparaisse suffisant pour modifier les solutions actuellement apportées à ces conflits de normes (§2).

## **§1 – L'utilisation des mécanismes du droit international privé : vers la négation du conflit de normes**

611. Afin de démontrer la fermeture des mécanismes du droit international privé et leur inadéquation à résoudre les conflits de normes, sont successivement analysés les règles de conflits de lois (A) et les mécanismes dérogatoires : lois de police et règles de conflit de lois protectrices (B).

### **A – Essai de résolution du conflit de normes par l'utilisation des règles de conflit de lois**

612. Les rapports entre conflit de normes et règles de conflit de lois n'ont, à notre connaissance, jamais été explicitement énoncés par les juridictions étatiques.

---

<sup>1254</sup> A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et Codes...*, *op. cit.*, p. 307.

L'encadrement de l'activité d'agent sportif établit potentiellement un tel rapport (1.), lequel permet d'évaluer l'orientation retenue et ses conséquences (2.).

### 1. – Analyse d'une situation initiale : l'activité d'agent sportif

613. L'arrêt *La Marsa* constitue le point de départ de l'investigation<sup>1255</sup> : en l'espèce, un club tunisien charge un agent sportif de négocier le transfert de l'un de ses joueurs vers un club français. Le transfert acté, le club tunisien refuse de payer l'agent, et ce pour deux motifs : un défaut d'agrément de l'agent par la fédération internationale de football (FIFA), agrément autorisant l'exercice de cette activité, et un défaut d'accréditation délivrée par le club français. L'argumentation du club tunisien, pour réclamer la nullité du contrat et justifier le non-paiement des sommes à l'agent, relève, à l'analyse, d'une violation du droit non-étatique, ici le règlement FIFA.

614. Cette violation du droit non-étatique n'est pas considérée : la Cour de cassation applique l'article 4 de la Convention de Rome, affirmant que : « en l'absence de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et qu'il est présumé présenter les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ». Le débiteur établi en France, la Cour approuve les juges du fond dans l'application de la loi française, laquelle exige la détention d'une licence d'agent sportif, et la prononciation de la nullité du contrat conclu<sup>1256</sup>.

615. Au strict plan du conflit de lois, l'arrêt *La Marsa* n'appelle pas de réflexion particulière. La Cour développe un raisonnement classique de droit international privé : en l'absence de choix des parties, elle détermine la *lex contractus* et rejette conséquemment l'argumentaire du pourvoi, lequel soutient l'application de la loi tunisienne, afin que ne soit pas appliquée la loi française exigeant le titulariat d'une licence pour exercer l'activité d'agent sportif<sup>1257</sup>. La pertinence d'un recours à la Convention de Rome s'interroge néanmoins : s'agissant de l'activité d'agent sportif, il semble que la Convention de la Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation soit à

---

<sup>1255</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 18 juil. 2000, n° 98-19.602, *La Marsa*, *JDI* 2001. 97, note É. LOQUIN et G. SIMON ; *D.* 2002 somm. 1391, obs. B. AUDIT ; *Droit & patrimoine*, 2001, n° 99, p. 114, obs. D. MAINGUY.

<sup>1256</sup> Loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, art. 15-2 (aujourd'hui abrogée).

<sup>1257</sup> Selon le pourvoi : « la loi du contrat régissant les rapports des parties était, non pas la loi du for, mais la loi tunisienne, dès lors que le lieu où avait été formulée l'offre de contracter était la Tunisie », argument jugé « inhabituel » selon M. Bernard AUDIT (*op. cit.*, obs. sous l'arrêt *La Marsa*).

privilégier<sup>1258</sup>. Précisons que, dans l'application de la Convention de la Haye, le rattachement de principe demeure le pays d'établissement de l'intermédiaire (article 6, alinéa 1<sup>er</sup>), celui-ci pouvant être écarté au profit du lieu d'exécution de la prestation, en cas d'établissement du représenté dans ce pays (alinéa 2). Au regard des faits d'espèce, l'utilisation de la Convention de La Haye conduisait aussi à désigner la loi française.

616. Au plan de la considération du droit non-étatique, la Cour de cassation choisit de ne pas se prononcer sur la violation du règlement FIFA invoquée par le club tunisien, celle-ci étant expressément relevée dans les motifs de l'arrêt. La Cour choisit encore de ne pas se prononcer explicitement sur le caractère impératif, d'ordre public, de la législation française sur les agents sportifs. De ce silence résultent deux possibilités d'interprétation, intéressant directement le droit non-étatique.

617. À supposer qu'un caractère supplétif soit attribué à la loi du 16 juillet 1984, le règlement FIFA ne doit pas être écarté du litige, lequel est applicable en raison de l'organisation du système fédéral sportif : affiliées à la fédération internationale de football, les fédérations nationales sont tenues de transposer le règlement FIFA sur les agents sportifs, eux-mêmes affiliés aux fédérations nationales, les clubs et les agents sportifs sont donc *in fine* tenus de respecter ce règlement FIFA. L'attente, en conséquence, est que le règlement FIFA soit, si ce n'est appliqué, *a minima* considéré. Le juge n'a pas prolongé le raisonnement, se satisfaisant d'appliquer la *lex contractus*. En présence d'une règle supplétive, voire d'une absence de réglementation de la *lex contractus*, ce raisonnement du juge ne peut être promu, faisant primer une règle supplétive de la *lex contractus* sur une stipulation contractuelle, excluant donc un droit non-étatique, pourtant imposé aux parties.

618. La deuxième interprétation possible, dont la probabilité apparaît plus élevée, est que le juge ait considéré le caractère impératif de la législation française, en raison, notamment, des sanctions pénales existantes<sup>1259</sup>. Ainsi conçue, l'application d'une disposition impérative de la *lex contractus* désignée ne souffre aucune dérogation, il est

---

<sup>1258</sup> L'art. 1<sup>er</sup> de la Convention de La Haye de 1978 retient une conception extensive de la notion d'intermédiaire, autorisant ainsi son extension à l'activité d'agents sportifs (B. AUDIT, *op. cit.*, note sous l'arrêt *La Marsa* ; D. MAINGUY, *op. cit.* ; É. LOQUIN et G. SIMON, *op. cit.*). La doctrine hésite à qualifier l'activité d'agent sportif de contrat de courtage ou de contrat de mandat (J.-P. KARAQUILLO, « Exercice de l'activité d'agent sportif », in J.-P. KARAQUILLO et F. LAGARDE (dir.), *Agent sportif*, Juris Editions, Hors-séries Juris, 2012, n<sup>os</sup> 61 et s., p. 30 et s., spéc. n<sup>os</sup> 63 et s., p. 31 et s. ; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n<sup>o</sup> 759, spéc. p. 378 ; G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n<sup>os</sup> 413 et 414, p. 292-293).

<sup>1259</sup> À la date du litige : loi n<sup>o</sup> 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, art. 15-2 IV (aujourd'hui abrogée). Comp. *infra* n<sup>o</sup> 631 sur le caractère de loi de police prêtée à la réglementation des agents sportifs.

logiquement compréhensible que le droit non-étatique n'ait pas été considéré, ne s'exprimant que dans le cadre impératif fixé par la *lex contractus*. Observons néanmoins que cette mise à l'écart du droit non-étatique modifie, en l'espèce, l'issue du litige : la loi française, exigeant le titulariat d'une licence pour exercer l'activité d'agent sportif, retient la nullité du contrat, le règlement FIFA, exigeant aussi une licence, prévoit des sanctions financières ou d'ordre sportif<sup>1260</sup>.

619. Au plan du conflit de normes, l'activité d'agent sportif est un révélateur potentiel : depuis l'arrêt *La Marsa*, la FIFA a modifié son règlement, lequel ne subordonne plus l'exercice de l'activité d'agent sportif au titulariat d'une licence, se satisfaisant d'une exigence unique : l'enregistrement de l'agent auprès de la fédération sportive nationale concernée<sup>1261</sup>. La particularité de l'encadrement de l'activité d'agent sportif par le droit français est une exception, la majorité des pays ne réglementent pas et ne conditionnent donc pas l'accès à cette activité<sup>1262</sup>. En raison de l'incertitude des rattachements de la règle de conflits, il était possible, dans l'arrêt *La Marsa*, de désigner une loi ne réglementant pas l'activité d'agent sportif, obligeant le juge à considérer le règlement FIFA. Il est de surcroît concevable, dans une situation similaire, qu'un club argue du défaut d'agrément de l'agent au regard de la loi française, et que l'agent sportif affirme avoir respecté le nouveau règlement FIFA. Un conflit de normes entre une loi étatique et une règle non-étatique apparaît ainsi, ouvrant le questionnement : la règle de conflit de lois est-elle adaptée pour traiter ce conflit ?

## 2. – La fermeture des règles de conflit de lois au conflit de normes

620. L'utilisation de la règle de conflit de lois conduit à fixer un cadre pour résoudre le conflit de normes, ce cadre dépendant lui-même du rattachement de la règle de conflit de lois. La Convention de Rome retient, notamment, que « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits » (article 4 §1), lesquels

---

<sup>1260</sup> Les éditions du règlement FIFA sur les agents de joueurs de 2001 (art. 14 et s.) et 2008 (art. 33 et s.) prévoient des sanctions identiques à l'égard des agents (« blâme ou avertissement », « amende », « suspension de la licence », « retrait de la licence », etc.), des clubs (« interdiction de transfert », « déduction de points », « relégation forcée dans une catégorie inférieure », etc.) et des joueurs (« suspension de match », etc.).

<sup>1261</sup> Règlement FIFA sur la collaboration avec les intermédiaire, art. 4. Selon cet article, le contrôle exercé est réduit au strict minimum : « l'association devra au minimum avoir estimé que la réputation de l'intermédiaire en question est irréprochable » (art. 4.1). Ce règlement FIFA, « entré en vigueur » le 1<sup>er</sup> avr. 2015, implique que « le précédent système d'octroi de licences est abandonné et toute licence existante perd immédiatement sa validité » (art. 11.2). Sur cette réforme : R. BOUNIOL, « Quel avenir pour le statut des agents sportifs ? », *Cah. dr. sport*, 2015, n°41, p. 43 et s., spéc. p. 44 ; « Droit du sport », *D.* 2015. 394, spéc. p. 404 obs. F. LAGARDE.

<sup>1262</sup> *Supra* n° 608 et les références citées.

sont présumés être établis avec « le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a [...] sa résidence principale » (article 4 §2), sous réserve de la clause d'exception (article 4 §5). Un système similaire de rattachements en cascade est actuellement consacré par le règlement Rome 1, et encore partagé par la Convention de La Haye de 1978, laquelle privilégie la loi de l'établissement de l'intermédiaire, sauf si le contrat est exécuté dans le pays d'établissement de l'intermédiaire<sup>1263</sup>. Ces divers rattachements, applicables à une infinie diversité de faits d'espèce, conduisent potentiellement à appliquer une loi qui ne réglemente pas l'activité d'agent sportif : l'application de la législation impérative française, par exemple, est conditionnée au résultat fourni par la règle de conflit de lois. Au plan du conflit de normes, il n'y a pas réciprocité : l'exclusion de la loi française ne garantit pas l'application du droit non-étatique via les règles de conflit de lois.

621. Le sens conféré à l'expression « conflit de lois » justifie, en première analyse, la mise à l'écart du droit non-étatique : renvoyant à une concurrence abstraite de lois étatiques dans une conception bilatéraliste, ce conflit de lois ne permet pas de considérer la prétention des règles non-étatiques<sup>1264</sup>. Cependant, et ce en incluant la défense d'une autre acception de l'expression de conflit de lois, l'assimilant à un conflit de systèmes juridiques<sup>1265</sup>, ceci ne justifie pas la mise à l'écart du droit non-étatique par la règle de conflit de lois. Rien n'interdit de considérer que les règles non-étatiques revendiquent abstraitement leur application à un rapport international privé : la question se résume à la concrétisation, ou non, de l'application de cette règle.

622. La mise à l'écart du droit non-étatique par la règle de conflit est relative à la structure même de cette règle, au *rattachement* retenu. Ces rattachements sont spatialement situés, se référant au lieu d'exécution de la prestation, à l'établissement du débiteur, etc. La règle de conflit de lois a une fonction localisatrice, dont l'objectif est de soumettre « chaque relation privée » à « la loi du pays où elle est objectivement localisée »<sup>1266</sup>. Liés au

---

<sup>1263</sup> *Supra* n° 615.

<sup>1264</sup> L'expression conflit de lois est objet de « redoutables ambiguïtés » (Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, n° 2, p. 2) et désigne, selon les conceptions défendues, une concurrence abstraite ou une revendication concrète (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 333 et s., p. 382 et s.). À propos de la méthode de la référence à l'ordre juridique étranger compétent, M. Paulo PICONE regrette « la tendance à considérer comme équivalentes, et donc interchangeable, les expressions “application” dans le for “de règles matérielles étrangères”, d’une “loi étrangère”, ou d’un “ordre juridique étranger” (« Les méthodes de la coordination entre ordres juridiques en droit international privé : cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 276, 1999, pp. 9-296, spéc. n° 35, p. 120, souligné par l'auteur).

<sup>1265</sup> D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008.

<sup>1266</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 1993, n° 265, spéc. p. 446.

modèle westphalien et à la division du monde en États souverains, ces rattachements, « calqués sur les attributs de l'État (localisation dans un territoire ; allégeance par la seule nationalité ou le domicile) », conduisent nécessairement à l'application d'une loi étatique<sup>1267</sup>. Ceci est à rapprocher de ce qui a été précédemment énoncé quant à la fermeture des règles de conflit de lois au pluralisme juridique, induite par une fermeture généralisée des ordres juridiques étatiques à ce même pluralisme<sup>1268</sup>.

623. Il a aussi été démontré *supra* que le droit non-étatique revendique une application à la nature de l'activité déployée, indépendamment de la localisation territoriale de celle-ci<sup>1269</sup>. À supposer qu'une situation soit localisée dans un ordre juridique non-étatique, qu'il soit mercatique, sportif, ou autre, les rattachements retenus par les règles de conflit de lois sont incapables de désigner cet ordre juridique non-étatique<sup>1270</sup>. Au plan du conflit de normes, la fonction localisatrice des règles de conflit de lois n'a conséquemment aucune pertinence<sup>1271</sup>. L'appréhension des conflits de normes suppose d'adopter d'autres rattachements, modifiant en profondeur les fonctions et les pratiques de la règle de conflit de lois<sup>1272</sup>.

624. L'application de la règle de conflit de lois fournit un cadre impératif quant à la résolution de ce conflit de normes : le droit non-étatique s'applique *si et seulement si* la *lex contractus* désignée ne comporte aucune règle impérative. Cette utilisation de la règle de conflit de lois, pour résoudre, par exemple, un conflit de normes droit français / règlement FIFA, réalise une quasi-négation de ce conflit : la règle de conflit de lois a pour effet de situer le conflit de normes dans le cadre impératif qu'elle a elle-même fixé.

---

<sup>1267</sup> H. MUIR WATT, « Rapport de synthèse – L'avenir de la discipline : quelles perspectives méthodologiques ? », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 237 et s., spéc. n° 15, p. 242 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n° 582-14, p. 705.

<sup>1268</sup> Sur la fermeture des ordres juridiques étatiques et la fermeture corrélative des règles de conflit de lois : *supra* nos 371 et s.

<sup>1269</sup> Sur l'application du droit non-étatique à l'activité considérée au détriment de sa localisation : *supra* nos 159 et s.

<sup>1270</sup> Rappr. P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 125 et s., spéc. n° 32, p. 144 : « en aucun cas le juge ne nous paraît pouvoir recourir [à la *lex mercatoria*] en se fondant simplement sur une localisation objective du contrat » ; D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992, nos 1008 et s., p. 666 et s.

<sup>1271</sup> À propos de la *lex mercatoria*, M. Dominique BUREAU et M<sup>me</sup> Horatia MUIR WATT relèvent que « la technique du conflit de lois » ne permet pas de résoudre, « sur un plan systématique », « les questions de champ d'application et de critères de règlement de conflits » (*Droit international privé, op. cit.*, n° 582-18, p. 707, nous soulignons).

<sup>1272</sup> Sur l'avenir de la méthode conflictuelle dans un contexte transnational : R. MICHAELS, « Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization », *Duke Law School Legal Studies, Research Paper Series*, n° 74, 2005.

625. À l'issue de cette réflexion, l'utilisation de la règle de conflit de lois dans la résolution du conflit de normes apparaît peu satisfaisante. Cette règle de conflit de lois, en raison de l'incertitude de sa solution, ne satisfait pas nécessairement l'intérêt étatique, lequel tient à un traitement optimal et prévisible des relations internationales privées<sup>1273</sup>. L'intérêt des acteurs non-étatiques, à savoir que soit assuré le respect des règles édictées, voire assainie l'activité d'agent sportif, ne l'est pas non plus, en raison de la fonction localisatrice de la règle de conflit de lois. Cette inadéquation résulte des fondements de la règle de conflit de lois : construite en contemplation d'un monde divisé en États souverains, confère le modèle westphalien, elle se révèle impuissante à traiter des conflits aux configurations diverses, ne relevant pas exclusivement de conflits entre lois étatiques.

## **B – Essai de résolution du conflit de normes par l'utilisation de mécanismes dérogatoires à la règle de conflit de lois**

626. L'appréciation de l'adéquation des outils du droit international privé à la résolution du conflit de normes suppose encore l'étude de deux mécanismes, les lois de police et les règles de conflit de lois protectrices, les unes et les autres modifiant la représentation traditionnelle de la règle de conflit de lois, abstraite, indirecte et neutre<sup>1274</sup>.

627. Lois de police et règles de conflit protectrices ne sont pas nécessairement distinguées en doctrine : des auteurs considèrent que ces règles de conflit conservent les « caractéristiques essentielles de la méthode des lois de police »<sup>1275</sup> et ne constituent qu'une « clause spéciale d'application des lois de police »<sup>1276</sup>. Nonobstant, deux motifs président au maintien de cette distinction, l'application des lois de police en cas de défaillance des règles de conflit protectrices<sup>1277</sup>, et la divergence des raisonnements

---

<sup>1273</sup> Rappr. B. RÉMY, « Des notions de prévisibilités en matière de conflit de lois : qui de la poule ? Qui de l'œuf ? », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 791 et s.

<sup>1274</sup> Sur ces « phénomènes d'altération de la méthode conflictuelle classique » : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 518 et s., p. 605 et s.

<sup>1275</sup> P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996, p. 513 et s., spéc. n° 23, p. 527 : « malgré la formulation bilatérale, les caractéristiques essentielles de la méthode des lois de police sont conservées », la loi désignée « n'est rendue applicable que si elle a pour objet de protéger [...] cette dépendance de l'applicabilité par rapport au contenu est inexistante dans la méthode du conflit de lois ».

<sup>1276</sup> P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287, spéc., p. 316, note 76.

<sup>1277</sup> En faveur d'une application des lois de police en cas de défaillance de la règle de conflit protectrices : Cass., 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, n° 03-15.637, *Rev. crit. DIP* 2007. 85, note D. COCTEAU-SENN ; *D.* 2006. Jur. 2798, note M. AUDIT ; *D.* 2007. Pan. 1754, obs. P. COURBE, et Pan. 2567, obs. S. BOLLÉE ; *RTD com.* 2006. 644, obs. D. LEGEAS ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *D.* 2006. 2464. Comp. pour un refus de l'application des lois de police par l'art. 7 de la Convention de Rome : BGH, 26

proposés : les règles de conflit de lois protectrices imposent une comparaison loi choisie / loi objectivement applicable, comparaison inconnue du mécanisme des lois de police, immédiatement applicables<sup>1278</sup>. En référence au conflit de normes, l'étude des lois de police (1.) précède celle des règles de conflit de lois protectrices (2.).

### **1. – La fermeture des lois de police au conflit de normes : une défense exclusive des intérêts étatiques**

628. Un jugement du tribunal de grande instance de Paris (TGI) initie l'investigation<sup>1279</sup> : en l'espèce et selon les termes du jugement, un « contrat de supervision » et un « contrat séparé », le second relevant d'une « mission spécifique »<sup>1280</sup>, sont signés entre un agent sportif de nationalité suisse et un club français. Ce club refuse le paiement des sommes promises à l'agent pour non titulariat d'une licence autorisant l'exercice de cette activité, invoque la nullité du contrat et l'application du droit français. L'agent sportif réclame paiement de sa prestation, invoquant l'application du droit brésilien au « contrat spécifique ».

629. Le TGI retient, dans un premier temps, la qualification de loi de police en ces termes : « Attendu que la loi du 16 juillet 1984, dans ses articles 15-2 et 15-3, régit les activités d'agent sportif rattachées à l'ordre juridique français ; que ce dispositif législatif saisit également les relations juridiques comportant un élément international ; Qu'ainsi, élaborée en vue de réguler dans un but de protection sociale la profession d'agent sportif, elle a les traits d'une loi de police et de sûreté ». Le tribunal applique, dans un second temps, la Convention de Rome pour déterminer la loi applicable au « contrat spécifique », et conclut à l'application de la loi française<sup>1281</sup>.

---

oct. 1993, *Iprax*, 1994. 449 ; BGH, 19 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 610, note P. LAGARDE. Sur la question : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 957, p. 486-487.

<sup>1278</sup> Les règles de conflit de lois protectrices pourraient être, à première vue, comparées à l'exception d'ordre public : le juge opère également une comparaison loi désignée / loi du for, mais la distinction entre ces notions se réalise dans les effets : les règles de conflit protectrices écartent la *loi choisie* et se réfèrent à une autre règle de conflit pour déterminer la loi objective applicable ; l'exception d'ordre public écarte la loi étrangère *désignée* par la règle de conflit et substitue la loi du for.

<sup>1279</sup> TGI Paris, 4<sup>e</sup> ch., 11 sept. 2007, n° 04-12068, *D.* 2008. 2483, note. J.-P. KARAKUILLO.

<sup>1280</sup> *Ibid.* : « un contrat de supervision est signé entre les parties, moyennant une rémunération annuelle de 100 000 dollars, des missions ponctuelles et distinctes pouvant être confiées à [l'agent sportif] pour la recherche d'un joueur », est par ailleurs conclue une « une mission spécifique portant sur l'engagement de Ronaldinho au sein du club PSG ».

<sup>1281</sup> *Ibid.* : « le contrat de supervision conclu entre [l'agent] et [le club] vise spécifiquement l'application de la loi française ; que le contrat séparé du 3 mars 2000 n'en est pas détachable, puisqu'en préambule, il se réfère expressément à la mission effectuée par [l'agent] pour le compte du [club] ; que ce contrat séparé s'inscrit bien dans le cadre plus général du contrat de supervision, pour lequel les parties ont visé l'application de la loi française ».



630. Au plan du conflit de lois, au-delà de l'application, discutable à l'identique, de la Convention de Rome en lieu et place de la Convention de La Haye de 1978, le raisonnement du tribunal étonne, lequel reconnaît explicitement que « le contrat séparé [...] n'est pas détachable [...] du contrat de supervision » : soit le juge considère la loi française de police, et le détour par la méthode conflictuelle est inutile, soit le juge utilise les règles de conflit de lois pour déterminer la loi compétente, le respect de la réglementation française dépendant alors du résultat de la méthode conflictuelle<sup>1282</sup>.

631. La réglementation française des agents sportifs élevée au rang de loi de police, la précision du critère de son application, voire l'existence d'un critère *stricto sensu*, s'interroge : l'arrêt *La Marsa* refuse le qualificatif de loi de police, bien que le contrat semble avoir été exécuté en France par un agent établi dans ce même pays, le jugement du TGI retient ce qualificatif, en présence d'un contrat probablement exécuté au Brésil par un agent « de nationalité suisse »<sup>1283</sup>, et la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme encore que « tout ressortissant français, quel que soit son lieu d'établissement, doit, avant d'exercer l'activité d'agent sportif, satisfaire à des formalités nécessaires à l'obtention d'un agrément »<sup>1284</sup>. La mise en tension de ces solutions atteste d'un critère d'applicabilité, dont il semble qu'il soit fondé sur l'exercice de l'activité en France, et dont il est certain qu'il est largement interprété<sup>1285</sup>.

632. Ce critère d'applicabilité retenu, il est concevable qu'un agent sportif, établi à l'étranger, soit soumis à la réglementation française, dont les exigences sont particulièrement strictes. Assoupli à l'égard des « ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen »<sup>1286</sup>, le droit français maintient un cadre impératif, allant d'une déclaration préalable auprès de la fédération sportive nationale compétente, au plafonnement de la rémunération de l'agent<sup>1287</sup>. Cette soumission de l'agent sportif à une réglementation plus

---

<sup>1282</sup> J.-P. KARAQUILLO, *op. cit.* (obs. sous TGI Paris, 11 sept. 2007).

<sup>1283</sup> TGI Paris, 11 sept. 2007, *op. cit.*, selon les termes du jugement, la « mission de supervision » porte « sur le Brésil et l'Amérique du Sud », le joueur est de nationalité brésilienne et évolue au club de « Porto Alegre au Brésil ».

<sup>1284</sup> Cass., crim., 24 janv. 2006, 04-85.016, *D.* 2006. 2649, note J.-P. KARAQUILLO ; *D.* 2007. 2346, obs. F. PEYER.

<sup>1285</sup> A. PINNA, « La prestation internationale de service d'agent sportif », *RDAI*, 2005/3, p. 333 et s., spéc. nos 24 et 25, p. 343-344 : « l'exercice de l'activité se fait en France du moment que l'agent s'emploie à faire franchir au joueur la frontière française dans un sens ou dans l'autre ».

<sup>1286</sup> C. sport, art. L222-15.

<sup>1287</sup> *Ibid.* et art. L222-17. Sur la question, évoquant un « contrat sous surveillance » (G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 415 et s., p. 293 et s.) où le rôle des fédérations sportives apparaît majeur (A. MARQUE, « Contrôle de l'activité d'agent sportif », in J.-P. KARAQUILLO et F. LAGARDE (dir.),

stricte que dans son pays d'origine conduit potentiellement à une intervention de la Cour de justice, en raison de l'entrave aux libertés européennes de circulation, d'installation et de prestation de service. Un rapprochement peut s'opérer avec les arrêts *Centros*<sup>1288</sup> et *Inspire Art*<sup>1289</sup>, notamment, dans lesquels la Cour de justice entend promouvoir la liberté d'établissement des sociétés en favorisant la loi, déréglementée, du pays de constitution<sup>1290</sup>.

633. Au plan du conflit de normes, à la différence de l'arrêt *La Marsa*, le règlement de la fédération internationale de football (FIFA) n'est pas en l'espèce invoqué, le TGI ne s'en préoccupe donc pas. Rien n'interdit de considérer, cependant, que la technique des lois de police soit utilisée pour faire échec à l'application d'une loi étrangère ou à celle d'un droit non-étatique. L'unilatéralisme des lois de police permet, dans une certaine mesure, d'appréhender le conflit de normes, mais assure exclusivement la protection des intérêts étatiques, ceci expliquant la systématisme de la résolution du conflit au profit du droit étatique, voire de la *lex fori* en raison de la faveur accordée aux lois de police du for par le règlement Rome 1. La probabilité que persiste cette résolution en faveur du droit étatique est grande, l'activité d'agent sportif étant susceptible, dans l'avenir, d'une mise en œuvre de l'article 9 §3 du règlement Rome 1 relatif aux lois de police étrangères. Un juge étranger pourra, selon les termes de cet article, « donner effet » à la législation française, celle-ci rendant « l'exécution du contrat illégale », pour cause de défaut de licence, entraînant la nullité du contrat<sup>1291</sup>. *In fine*, quelle que soit la nature des règles potentiellement mobilisables par le litige, la technique des lois de police empêche la révélation du conflit de normes, confinant à sa négation.

---

*Agent sportif*, Juris Editions, Hors-séries Juris, 2012, n<sup>os</sup> 78 et s., p. 38 et s.). Sur les types de réglementation de la profession d'agent sportif : *supra* n<sup>o</sup> 608 et les références citées.

<sup>1288</sup> CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*, *AJDA* 1999. 798, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. DE BERGUES ; *D.* 1999. 550, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés* 1999. 386, note G. PARLEANI ; *Dr. soc.* 2003. 859, chron. S. VAN RAEPENBUSCH ; *Rev. crit. DIP* 2003. 373, étude T. BALLARINO ; *RTD com.* 2000. 224, obs. G. JAZOTTES ; *RTD eur.* 1999. 729, chron. J.-G. HUGLO ; *ibid.* 2000. 727, chron. J.-G. HUGLO ; *Bull. Joly* 1999. 705, note J.-Ph. DOM ; *JCP E* 1999. 1285, obs. Y. REINHARD ; *JDI* 2000. 484, obs. M. LUBY. Comp. CJUE, 10 déc. 2015, aff. C-594/14, *Kornhass*, *Europe* 2016. comm. 84, obs. L. IDOT ; *JCP G* 2016. 241, obs. M. MENJUCQ ; *Bull. Joly* 2016. 152, note F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE ; *JCP G* 2016. 304, obs. L. D'AVOUT : autorise, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, l'application du droit allemand au dirigeant étranger d'une société de droit étranger.

<sup>1289</sup> CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art*, *Rev. crit. DIP* 2004. 151, note H. MUIR WATT ; *D.* 2004. 491, note É. PATAUT ; *ibid.* 2003. 2874, M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés* 2004. 135, note J.-P. DOM ; *JCP G* 2004. II. 10002, note M. LUBY ; *JCP E* 2004. 252, note V. MAGNIER ; *RTD eur.* 2004. 533, C. PRIETO.

<sup>1290</sup> Sur la question J. HEYMANN, « De la mobilité des sociétés dans l'Union. Réflexions sur le droit d'établissement », in *Mélanges Bernard AUDIT. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 425 et s. ; M. MENJUCQ, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Mélanges Yves GUYON. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2003, p. 831 et s.

<sup>1291</sup> Pour un constat similaire formulé sous l'empire de la Convention de Rome et la Convention de La Haye de 1978 : B. AUDIT, *D.* 2002. 1391 (obs. sous Cass., 1<sup>re</sup>, 18 juil. 2000, n<sup>o</sup> 98-19.602, *La Marsa*).

## 2. – Une ouverture potentielle et relative des règles de conflit de lois protectrices au conflit de normes

634. La Convention de Rome et le règlement Rome 1 ont créé des règles de conflit destinées à protéger les parties dites « faibles », singulièrement les consommateurs, les assurés et les salariés, dont la position dans le rapport contractuel avec un professionnel ou un employeur est estimée défavorable<sup>1292</sup>. Ces règles de conflit de lois protectrices autorisent un libre choix de loi, par principe, mais, et là est leur spécificité, ce choix ne peut priver le consommateur, l'assuré ou le salarié, de la protection que la loi objectivement applicable lui accorde. Ceci oblige le juge saisi à établir la protection accordée par la loi choisie, et à la comparer avec celle de la loi objectivement applicable, pour exemple : la loi du lieu où le travail est habituellement effectué. L'affaire *Gabbiano* en atteste : excluant la loi italienne choisie par les parties, la Cour de cassation retient l'application de la loi française au contrat de travail d'un sportif professionnel, en raison de son exécution habituelle dans ce pays et des dispositions évaluées plus favorables à son égard<sup>1293</sup>.

635. La démarche comparative « globale »<sup>1294</sup>, opérée entre loi désignée et loi objectivement applicable, présente l'intérêt de considérer des règles de natures différentes, telles les lois et les conventions collectives en vigueur dans l'ordre juridique désigné par les parties<sup>1295</sup>. Cette démarche, appréciant le terme « loi » *lato sensu*, apparaît opportune : elle ne circonscrit pas l'analyse aux règles édictées par le législateur, autorisant la considération de l'ensemble des règles produisant effet au sein de l'ordre juridique désigné par les parties, qu'elles soient étatiques ou non.

---

<sup>1292</sup> La notion de partie faible n'est pas définie par le règlement Rome 1 : au-delà des trois types d'acteurs mentionnés, la doctrine s'interroge sur le sort de l'emprunteur, du locataire, de la caution profane, voire des professionnels en situation de « dépendance économique » (O. BOSKOVIC, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2175, spéc. n° 2).

<sup>1293</sup> Cass., soc., 12 mars 2008, n° 01-44.654, *Gabbiano*, *RDT* 2008. 326, obs. E. SERVERIN.

<sup>1294</sup> L'approche « globale » des lois désignées et objectivement applicables mentionnée par la Cour de cassation (Cass., soc., 12 nov. 2002, nos 99-45.821 et 99-45.888, *Briant*) induit potentiellement en erreur : « ce qui est soumis à une comparaison “globale” en l'espèce (qui concernait le régime du licenciement d'un salarié), c'est chaque règle indemnitaire (“ayant le même objet ou se rapportant à la même cause”) et non pas l'ensemble du système d'indemnisation du licenciement. *L'approche voulue est donc bien analytique* » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 942, spéc. p. 472, note 3, nous soulignons). La Cour de cassation « semble préconiser une comparaison analytique, très favorable au salarié, qui revient à faire bénéficier celui-ci de toute disposition indemnitaire prévue par l'une des lois en présence et qui ne trouve pas son équivalent dans l'autre loi, au prix d'un évident dépeçage fonctionnel de la loi applicable » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 942, spéc. p. 472).

<sup>1295</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 923, p. 829 : « il faut inclure dans la “loi” appelée à se substituer à celle choisie les dispositions issues de conventions collectives de travail (particulièrement nombreuses dans le cas de la France) ».

636. Cette approche « globale » conduit à « dévier »<sup>1296</sup> ou élargir le regard du juge sur des règles non-étatiques, elle l’invite à adopter un point de vue autre. Cette orientation n’est, en soi, pas une nouveauté : en présence d’« accords atypiques » [...] qui se situent en marge du droit des conventions et accords collectifs de travail »<sup>1297</sup>, la Cour de cassation affirme « qu’un accord conclu avec les représentants du personnel n’a que *la valeur d’un engagement unilatéral de l’employeur et ne peut s’appliquer que s’il est plus favorable au salarié* que les dispositions de la convention collective »<sup>1298</sup>. Reformulé dans les termes de notre étude, la Cour autorise l’application d’une règle non-étatique, à condition qu’une protection évaluée plus favorable soit accordée au salarié. Le résultat attendu des règles de conflit de lois protectrices étant d’assurer un « seuil minimum de protection » du salarié, fixé par la loi objectivement applicable<sup>1299</sup>, le choix des parties doit produire effet à niveau de protection du salarié égal ou supérieur au standard minimum retenu, il importe peu que cette protection soit octroyée par une règle non-étatique<sup>1300</sup>.

637. Au plan du conflit de normes, l’analyse indique que les règles de conflit de lois protectrices ne sont pas, par nature, fermées au droit non-étatique, autorisant potentiellement la résolution d’un conflit en sa faveur, à condition que ce droit non-étatique octroie une protection de nature et de degré égale ou supérieure au salarié. Cette approche connaît cependant une limite : à supposer que la considération du juge porte sur des règles de nature différente, elle s’opère *au sein de l’ordre juridique étatique désigné par la règle de conflit de lois protectrice*. Qu’une règle non-étatique soit considérée requiert que cet ordre l’ait expressément accueillie, ou autorisée à produire effet en son sein. Au regard de la

---

<sup>1296</sup> Expression empruntée à M. Louis D’AVOUT (« Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, p. 165 et s., spéc. n° 25, p. 191).

<sup>1297</sup> G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1998. 89.

<sup>1298</sup> Cass., soc., 19 nov. 1997, nos 95-43945 et 95-44167, *Dr. soc.* 1998. 89, obs. G. COUTURIER (nous soulignons). Rapp. G. COUTURIER, « La Charte du football professionnel : nature et validité de la charte », in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs : l’exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 61 et s., spéc. p. 74 « le principe de faveur, en effet, a une portée très générale. Il s’applique assurément aux rapports entre loi et convention collective, *mais aussi aux rapports entre des règles ayant toutes sortes d’autres sources*. C’est ce qu’exprime la formule visant “le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c’est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application” » (nous soulignons).

<sup>1299</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 944, p. 473.

<sup>1300</sup> Rapp. T. SCHULTZ, « Postulats de justice en droit transnational et raisonnements de droit international privé. Premier balisage d’un champ d’étude », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Lexisnexis, 2013, p. 417 et s., spéc. n° 5, p. 431 : sans doute convient-il de dépasser « l’obstacle épistémologique créé par le postulat que la justice ne peut être trouvée que dans le droit étatique ».

fermeture dominante de l'ordre juridique étatique au pluralisme<sup>1301</sup>, il est actuellement peu probable qu'une règle non-étatique soit considérée par le juge : il semble qu'une résolution des conflits de normes en faveur du droit non-étatique appelle une émancipation de cette nécessaire intervention de l'ordre juridique étatique.

## §2 – Étude de techniques et méthodes alternatives de résolution des conflits de normes

638. Trois observations ont été adressées aux méthodes du droit international privé : les règles de conflit de lois ne sont pas configurées pour appréhender ces conflits de normes, ne pouvant traiter que des conflits de lois étatiques. Les lois de police, destinées à protéger les politiques législatives d'une importance particulière, semblent *a priori* inadéquates. Les règles de conflit de lois protectrices, enfin, fournissent un poste d'observation du conflit de normes, lorsque le juge accepte de se livrer à une analyse comparative de l'ensemble des règles, étatiques ou non, produisant potentiellement effet dans la situation considérée.

639. Concevoir une méthode alternative de résolution des conflits de normes, du point de vue de l'ordre juridique étatique, invite à formuler deux remarques préliminaires, ayant forme d'avertissements.

La première postule que le point de vue de l'ordre juridique étatique sur le conflit de normes ne se réduit pas à la considération de ses intérêts propres et/ou de ses règles propres. D'ordre épistémologique, cette posture implique d'approcher l'ordre juridique étatique comme un système, interagissant nécessairement avec son environnement. Cette conception se distingue clairement de celle d'un ordre juridique clos, replié sur lui-même, s'opposant au non-identique et l'excluant : l'ordre juridique étatique est ouvert<sup>1302</sup>. En position d'intermédiation de l'ordre juridique étatique sur la scène internationale, le juge doit « sortir en quelque sorte de lui-même pour se représenter comme un rouage dans un plus vaste ensemble »<sup>1303</sup>. De l'adoption de cette posture et du point de vue de l'ordre juridique étatique, il résulte que les conflits de normes, inscrits dans une perspective transnationale et systémique ne sont pas réductibles aux conflits de lois étatiques, *stricto sensu* : la représentation du conflit est au cœur de la problématique.

La seconde remarque tient à l'admission, par l'ordre juridique étatique et l'intermédiaire du juge, de l'existence de conflits de normes, lesquels sont à révéler

---

<sup>1301</sup> *Supra* nos 361 et s.

<sup>1302</sup> Sur l'ouverture et la fermeture du système : E. MORIN, *La méthode*, t. I, *La Nature de la Nature*, Points, Essais, 1981, p. 134 et p. 197 et s.

<sup>1303</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 917, spéc. p. 445, *in fine*.

explicitement lors des litiges, ce que les outils traditionnels du droit international privé ne permettent pas. Ceci suppose que la méthode conflictuelle ne soit pas la référence quasi-mécanique, laquelle recherche l'existence d'un lien entre une loi étatique et la situation selon les directives du principe de proximité<sup>1304</sup> : les activités exercées sur la scène internationale sont en effet pluri-réglées, par les États, l'Union européenne et les acteurs non-étatiques, la recherche d'une loi applicable, fondée sur un principe de proximité, ne peut conséquemment conduire à une appréhension du conflit de normes, quand il convient précisément de déterminer... comment l'appréhender.

640. Hypothèse est faite que deux principes directeurs fondent une méthode de résolution du conflit de normes, lesquels conduisent à l'examen des deux éléments en tension dans ce conflit : la loi étatique et le droit non-étatique.

Le premier principe directeur est de considérer la revendication des lois étatiques à s'appliquer. Le conflit de normes ne la supprime pas : dans une conception bilatéraliste, initiée par les travaux de SAVIGNY, l'élément d'extranéité implique une concurrence abstraite entre des lois étatiques, qu'il convient d'arbitrer. La méthode conflictuelle, en principe, s'utilise : les règles de conflit de lois désignent la loi compétente, il est possible que les mécanismes dérogatoires que sont l'ordre public et les lois de police corrigent, exceptionnellement, le résultat obtenu.

Le second principe directeur est de considérer la revendication du droit non-étatique à s'appliquer. Au regard de l'incapacité de la méthode conflictuelle à satisfaire ce second principe, la recherche d'une technique permettant cette considération du droit non-étatique est à entreprendre. Une distinction précédemment rencontrée, entre internationalité juridique et internationalité économique, doit alors être préalablement écartée. Selon cette distinction en effet, l'internationalité juridique, laquelle concerne exclusivement les rapports entre ordres juridiques étatiques, implique un traitement par la règle de conflit de lois, l'internationalité économique appelant un traitement selon la technique des règles matérielles de droit international privé<sup>1305</sup>. Cette distinction assigne

---

<sup>1304</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 196, 1986, pp. 9-238.

<sup>1305</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 550, spéc. p. 644-645 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Grands arrêts, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n° 44, spéc. n° 12, p. 400 : « L'arrêt *Galakis* introduit en effet le principe d'une répartition en deux classes des relations internationales; il invite à distinguer, d'une part, celles qui, participant à la vie sociale de plusieurs ordres internes, ne sont pas indépendantes des milieux nationaux que s'efforcent d'organiser les lois étatiques et, d'autre part, celles qui, pour ainsi dire matériellement délocalisées, se développent en dehors de ces ordres et sociétés étatiques. Pour les premières, les conflits de lois sont une réalité qu'il revient à la méthode conflictuelle de maîtriser; pour les secondes, le conflit de lois n'existe pas car, évoluant au dehors des ordres internes, elles n'engagent ni ne compromettent les intérêts réglés par les lois que chaque État se donne; il leur suffit d'obéir à des règles spécialement élaborées en considération des données et des besoins du milieu international ».

un traitement différent à ces deux types de situation, ce qui, transposé à notre problématique, conduit potentiellement à appliquer une loi étatique dans une situation du premier type relevant de l'internationalité juridique, et une règle non-étatique dans une situation du second type relevant de l'internationalité économique. Au-delà de la distinction problématique de ces deux types d'internationalité<sup>1306</sup>, l'objectif ici n'est pas de résoudre en amont le conflit droit étatique / droit non-étatique, en restreignant, *a priori*, l'application de ces droits à des situations-types, mais d'identifier une technique ou méthode permettant d'appréhender ce conflit sur des bases renouvelées.

641. Deux champs d'investigation sont successivement explorés : la prise en considération (A) et une méthode prospective introduisant une dimension unilatérale dans la résolution du conflit de normes (B).

### **A – La technique de la prise en considération à l'épreuve du conflit de normes : un apport peu probant**

642. Cette première technique consiste à « assurer la relevance de normes *qui ne peuvent pénétrer l'ordre juridique du for en tant que telles* ». Elle permet de « donner un effet médiat à une norme qui, effective certes dans son ordre d'origine, ne remplit pas les conditions d'efficacité posées par l'ordre juridique d'accueil »<sup>1307</sup>. Deux paramètres justifient l'utilisation de cette technique : la norme est « structurellement dépourvue des caractéristiques appropriées pour régir un rapport de droit privé », ou elle est « inapplicable selon les critères de rattachement du for »<sup>1308</sup>. L'intérêt de cette technique est donc de permettre à des normes, en principe non-reçues par l'ordre juridique étatique, d'être intégrées dans le processus de décision du juge saisi du litige<sup>1309</sup>.

---

<sup>1306</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *ibid.*, spéc. p. 645 : « on concèdera cependant que pareil raisonnement est loin d'évacuer toute difficulté, l'application de la définition même de l'internationalité matérielle aux situations concrètes laissant encore subsister quelques incertitudes ». Rapp. P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 125 et s., spéc. n° 33, p. 145 : « [pour les partisans de la *lex mercatoria*], le seul fait qu'un contrat mette en jeu les intérêts du commerce international suffit à l'enraciner dans la *lex mercatoria* et exclut par la même en principe toute application autre que subsidiaire des ordres étatiques [...] accepter cette volonté d'application (à tout le moins envahissante !) de la *lex mercatoria*, ce serait retirer tout leur sens aux règles de conflit de lois élaborées en matière de contrats ».

<sup>1307</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 436-1, spéc. p. 508 (souligné par les auteurs) ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, nos 144-145, p. 112-113.

<sup>1308</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *ibid.*

<sup>1309</sup> M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, Manuels, 5<sup>e</sup> éd., 2015, n° 243, p. 182 : « Il y a prise en considération de la loi étrangère quand l'énoncé de celle-ci conditionne l'effet juridique posé par une règle matérielle d'un autre système juridique, généralement le droit du for. Il en est ainsi quand la responsabilité de l'un des contractants est écartée par l'application de la règle de droit français sur la force majeure (règle matérielle du for) prenant en compte la circonstance

643. Une première limite de cette technique est relative à son champ d'application : la doctrine pense exclusivement la prise en considération de normes publiques, singulièrement des lois étrangères et des jugements étrangers. Les quelques études approfondissant le sujet excluent d'ailleurs explicitement les règles non-étatiques<sup>1310</sup>, ceci invitant à vérifier si la technique de la prise en considération, en la matière, est opératoire et opérationnelle.

644. La prise en considération à l'égard du droit non-étatique userait du processus suivant : la loi compétente est premièrement déterminée, puis le droit non-étatique pris en considération, sans application *stricto sensu*. Une telle prise en considération permet, par exemple, de considérer la violation d'une norme technique, d'un code de conduite, ou encore du règlement d'une fédération sportive internationale, et ce afin de caractériser une faute au sens de la loi compétente, entraînant la responsabilité de l'auteur de la violation<sup>1311</sup>. Il est ainsi concevable que le juge, en considération du règlement d'une fédération sportive internationale, engage la responsabilité d'un agent sportif non titulaire d'une licence, laquelle constitue une faute au sens de la *lex contractus*, et génère un préjudice pour le club, dont le risque notable de sanction par les instances sportives<sup>1312</sup>.

645. Une seconde limite de cette technique apparaît en présence du conflit de normes : la prise en considération opère dans le cadre fixé par la loi compétente, laquelle prévoit les conditions de la prise en considération. Cette technique alors, « disqualifie la norme étrangère en simple fait » et « neutralise incontestablement [sa] normativité en choisissant délibérément de conserver la maîtrise tant de ses conditions d'entrée que des effets déployés dans l'ordre juridique du for »<sup>1313</sup>. La prise en considération intervient toujours postérieurement à la détermination de la loi applicable, lorsqu'aucune prise en

---

qu'une loi étrangère a interdit au contractant d'accomplir la prestation attendue (une mesure de boycott ou d'embargo, par exemple). La solution matérielle (l'exonération de responsabilité de l'une des parties) est fournie par la norme du for mais la notion cadre qui conditionne cette solution (la force majeure) est tributaire du contenu d'une norme étrangère (une interdiction faite à l'un des cocontractants) ».

<sup>1310</sup> E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008, n° 9, p. 9 : la « problématique » de la prise en considération du droit non-étatique « mériterait qu'un examen spécial lui soit consacré ».

<sup>1311</sup> C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2015, n° 304, p. 194.

<sup>1312</sup> Rapp., pour un exemple de prise en considération des règles du jeu en matière de responsabilité civile : Cass., ass., 29 jun 2007, n° 06-18.141, *Société La Sauvegarde c. Marcos*, RTD civ. 2007. 782, obs. P. JOURDAIN ; D. 2007. 2408, note J. FRANÇOIS ; RLDC 2007. 2690, chron. M. MEKKI ; D. 2007. pan. 2903, obs. Ph. BRUN ; JCP 2007. II. 10150, note J.-M. MARMAYOU : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle était tenue de relever l'existence d'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu commise par un ou plusieurs joueurs, même non identifiés, la cour d'appel a violé [l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil] » (nous soulignons).

<sup>1313</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 436-1, spéc. p. 508.



considération du droit non-étatique ne figure dans la loi désignée, ce droit demeure hors du litige. Au plan du conflit de normes, lorsque la loi compétente contient une règle impérative, la résolution est conséquemment prononcée en sa faveur. Au regard de l'apport circonscrit et relatif de cette technique de la prise en considération, l'investigation se prolonge par l'étude d'une méthode alternative, relevant du droit prospectif.

## **B – Proposition d'une méthode prospective renouvelant l'appréhension des conflits de normes**

646. Les techniques et méthodes étudiées jusqu'à lors produisent des résultats contrastés : l'appréhension du conflit de normes par les règles de droit international privé n'est pas satisfaisante, à l'exception conditionnée des règles de conflit de lois protectrices, et l'analyse de la prise en considération en a indiqué les limites. Une proposition de méthode est ici présentée, laquelle permet au juge de se représenter le conflit de normes (1.), le conduisant potentiellement à fonder sa résolution sur des bases renouvelées (2.).

### **1. – Une représentation du conflit de normes entre règles de conflit de lois et unilatéralisme**

647. Les principes directeurs exposés *supra*<sup>1314</sup> entendent considérer une double revendication dans l'appréhension des conflits de normes par l'ordre juridique étatique : celle des lois étatiques et celle du droit non-étatique, à s'appliquer.

648. Le traitement des lois étatiques dans le cadre du conflit de normes ne présente pas de difficulté : ce conflit de normes n'occulte pas l'existence d'un conflit *de lois*, lequel est résolu par application des règles de conflit de lois. L'accueil du droit non-étatique dans le cadre du conflit de normes, en raison de son exclusion par la méthode conflictuelle, et de la négation du conflit en résultant, constitue *a contrario* une difficulté majeure. Le projet de l'investigation est de rechercher, hors du conflit de lois traditionnel, une alternative permettant de considérer la revendication du droit non-étatique à s'appliquer.

649. L'adoption d'une démarche unilatéraliste est une solution potentielle, des auteurs considérant que : « l'approche unilatéraliste permet [...] d'aborder le débat du pluralisme juridique global tel qu'il se cristallise sur le terrain du droit international privé, sans embarras théorique majeur : les systèmes sont ouverts naturellement à la juridicité des autres systèmes, prêts à accueillir leurs normes en tant que telles (accompagnées de tous les éléments de leur juridicité et, donc, des limites de leur propre domaine

---

<sup>1314</sup> Sur ces principes directeur du conflit de normes : *supra* n° 639.

d'application), sans pour autant *devoir* y faire droit»<sup>1315</sup>. L'introduction d'une telle démarche, permettant l'expression du droit non-étatique, ne bouleverse d'ailleurs pas l'existant du droit international privé, le mécanisme des lois de police étrangères répond aux mêmes caractéristiques : une démarche unilatérale et une ouverture de l'État à d'autres normes<sup>1316</sup>, ce qui est précisément l'objectif ici recherché.

650. L'unilatéralisme, avant que le droit international privé ne l'oppose au bilatéralisme<sup>1317</sup>, relève d'une conception de la règle de droit selon laquelle les règles de droit ont un domaine d'application spatialement limité<sup>1318</sup>. Dans une ancienne conception, cette limite du champ d'application des règles de droit, explicite ou implicite, résultait de la souveraineté de chaque État<sup>1319</sup>. Dans une conception moderne de l'unilatéralisme, elle

---

<sup>1315</sup> S. FRANCO, « Unilatéralisme *versus* bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 49 et s., spéc. p. 79 (souligné par l'auteur). Selon M. Didier BODEN, « la théorie pluraliste, en droit international privé, porte le nom d'*unilatéralisme* » car « elle présente le droit international privé en termes de règles imposant *unilatéralement* l'application des normes de l'ordre juridique d'accueil aux situations qui entrent dans leur champ d'application (*unilatéralement* délimité) et [...] d'autre part, de règles de réception *unilatérale* des normes étrangères dont le champ d'application a été *unilatéralement* délimité par leur ordre juridique d'origine » (« Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. phil. dr.*, t. 49, 2005, p. 275 et s., spéc. n° 15, p. 298 (B.37), souligné par l'auteur). À titre comparatif, attestant d'un renouvellement des démarches unilatéralistes, M<sup>me</sup> Johanna GUILLAUMÉ, sans considération du droit non-étatique, propose « une méthode fonctionnaliste », inspirée du mouvement à l'œuvre outre-Atlantique, où les rapports traditionnels entre intérêts étatiques et intérêts privés sont cependant inversés : la satisfaction des intérêts privés est de principe, la protection des intérêts étatiques est seulement érigée en limite (*L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2011, n°s 822 et s., p. 335 et s. Comp., pour une critique de cette proposition : Y. LEQUETTE, *RTD civ.* 2012. 188, spéc. p. 189-190).

<sup>1316</sup> Sur les lois de police étrangères et l'ouverture du for à ces règles étrangères : P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981. 277, spéc. n°s 44 et s., p. 318 et s.

<sup>1317</sup> Sur l'opposition unilatéralisme / bilatéralisme : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n°s 329 et s., p. 379 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n°s 119 et s., p. 95 et s. ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n°s 170 et s., p. 152 et s.

<sup>1318</sup> Divers courants unilatéralistes sont recensés, dans une étude approfondie consacrée à cette théorie (*L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Schulthess, 2014), M. Gian Paulo ROMANO en distingue trois types : « l'unilatéralisme allemand » (n°s 9 et s., p. 23 et s.), « l'unilatéralisme français et les doctrines de PILENKO et QUADRI » (n°s 66 et s., p. 152 et s.), et, enfin, « l'unilatéralisme américain » (n°s 140 et s., p. 280 et s.). Outre les références citées précédemment : P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n°s 127 et s., p. 138 et s. ; H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, Thèse, Université Paris 1, 1985, n°s 58 et s., p. 86 et s. et n°s 94 et s., p. 135 et s. ; P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971. 1, 209 et 415.

<sup>1319</sup> Cette ancienne conception de l'unilatéralisme, associée à l'idée de souveraineté des États, est notamment défendue par Alexander NIEDNER, Julius SCHNELL et Jean-Paulin NIBOYET. Selon la formule de VON BAR : « imposer une compétence à qui n'en veut pas, ce n'est pas le traiter en égal, c'est revendiquer une espèce de supériorité ou s'attribuer un droit supernational [...] comme tous les États sont

résulte de la nature des règles, les règles de droit étant issues de l'expérience et destinées à un groupe social particulier : toute règle juridique, attachée à ce groupe social, créée pour des destinataires identifiés ou identifiables<sup>1320</sup>, « renferme au moins implicitement ses propres limites d'efficacité »<sup>1321</sup>. En d'autres termes, la règle constitue un commandement pour l'action, elle doit conséquemment déterminer à qui elle s'adresse et délimiter son domaine d'application dans l'espace<sup>1322</sup>.

651. Selon l'approche unilatéraliste, le juge doit, en présence d'un conflit de lois, déterminer l'ensemble des lois revendiquant leur application à la situation considérée. Ceci produit potentiellement des « vrais » et « faux » conflits<sup>1323</sup>, objets d'une simple mention,

---

égaux et doivent se respecter les uns les autres, il ne peut y avoir de compétence imposée » (P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.* n° 120, p. 96).

<sup>1320</sup> Selon la métaphore employée, « une loi ne se conçoit pas plus sans sphère d'application qu'une étoffe sans surface ou, pour arriver au point essentiel, qu'un concept sans "extension" » (P. LEPAULLE, « Nature et méthode du droit international privé », *JDI* 1936. 284, spéc. p. 286 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 121, p. 96 ; P. MAYER, « Le phénomène... », *op. cit.*, spéc. n° 129, p. 140).

<sup>1321</sup> R. QUADRI, *Lezione di diritto internazionale privato*, Liguori, 3<sup>e</sup> éd., 1931, p. 199, cité par P. GOTHOT, « Le renouveau... », *op. cit.*, spéc. p. 19. Par opposition, le bilatéralisme conçoit la règle de droit comme une proposition abstraite, hypothétique et permanente (P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1973, nos 50 et s., p. 36 et s.). La règle de droit attache un effet juridique à une situation en vertu d'une relation de causalité. La règle est conséquemment adoptée indépendamment de toute « considération relative à l'identité ou à la localisation spatiale de ses destinataires » (P. MAYER, « Le phénomène... », *op. cit.*, spéc. n° 133, p. 146). La conception la plus radicale affirme que « lorsque le parlement adopte une règle, il ne se demande pas à qui elle va s'appliquer ; il l'adopte parce qu'il la trouve bonne — autrement dit, il estime que son effet juridique convient à l'hypothèse qu'elle définit » (*ibid.* Comp. P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 121, spéc. p. 97 : « bien sûr, c'est en pensant aux relations de la vie interne que le législateur a élaboré le contenu de la règle. Mais ce modèle, à défaut d'un autre mieux adapté, peut et doit être appliqué à toute situation soumise au juge », souligné par les auteurs). Cette conception radicale du bilatéralisme affirme encore que l'ordre juridique étatique n'a aucun intérêt à l'application de sa loi en présence d'une situation internationale (P. MAYER, « Le phénomène... », *op. cit.*, spéc. n° 142, p. 155-156), sauf cas exceptionnelle des lois de police. Cette déconnexion totale entre la loi, ses destinataires et l'intérêt étatique relatif à son application ne fait pas consensus, et conduit, selon certains, « à faire peu de cas du rôle de la démocratie et de l'engagement de la société civile » (A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, pp. 9-526, spéc. n° 57, p. 103 ; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, « Diversification spécialisation flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 287, 2000, pp. 9-426, spéc. n° 108, p. 161).

<sup>1322</sup> P. GOTHOT, *ibid.* Comp. pour une critique de la règle de droit en tant que « commandement » : P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. nos 130 et s., p. 142 et s.

<sup>1323</sup> Selon le vocabulaire employé par la doctrine, un « vrai » conflit est caractérisé quand deux lois revendiquent leur application. Pour trancher ce conflit, Jean-Paulin NIBOYET propose, pour exemple, d'appliquer la loi que désignerait la règle de conflit du for si elle était bilatérale, ce qui constitue « une faiblesse » de l'unilatéralisme et conduit à utiliser une règle de rattachement de structure bilatérale (P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 120, p. 96. Comp. D. BODEN, « Le pluralisme... », spéc. n° 15, p. 292 (B.29) : propose d'appliquer la loi du for si elle revendique son application et, « la norme la plus effective, c'est-à-dire celle qui relève de l'ordre juridique étranger au sein duquel la norme de l'ordre juridique d'accueil qu'il s'agit d'élaborer a le plus de chance de devoir, à son tour, requérir qu'on lui donne effet », si seules des lois étrangères revendiquent leur application). Les « faux » conflits sont illustrés quand aucune

le conflit de normes ici considéré les relativisant : ce conflit de normes oppose une règle étatique et une règle non-étatique, de cette opposition il résulte qu'une règle sera nécessairement appliquée à la situation, l'hypothèse d'un « faux » conflit est irrecevable, seule l'hypothèse d'un « vrai » conflit est à explorer, celle d'une concurrence entre deux règles, dont la résolution est précisément recherchée.

652. Convoquer l'unilatéralisme présente l'intérêt d'une appréhension du conflit de lois selon ses directives : concrètement, considérer la volonté exprimée par l'ordre juridique étranger quant à l'application de sa loi propre<sup>1324</sup>. Transposée au droit non-étatique, cette logique unilatéraliste permet une prise en compte de la volonté d'un ordre juridique non-étatique ou, pour ne pas entrer dans les débats relatifs à l'existence de ces ordres<sup>1325</sup>, une considération de la volonté d'une règle non-étatique à s'appliquer, considération n'impliquant pas application<sup>1326</sup>. L'unilatéralisme, tel que conçu ici, est un « unilatéralisme d'ouverture »<sup>1327</sup>, non centré sur la loi du for ou les lois étrangères, considérant exclusivement la vocation des règles non-étatiques à s'appliquer, le traitement des règles étatiques relevant de la méthode conflictuelle classique.

653. Une telle démarche unilatéraliste autorisant la considération de la revendication du droit non-étatique, il convient encore de déterminer le ou les critères à retenir pour une prise en compte de cette revendication. Les débats relatifs à l'unilatéralisme indiquent que s'adresse à cette approche une critique récurrente, relative à la difficulté, quasi-insurmontable pour le juge, de déterminer la vocation de l'ensemble des

---

loi ne revendique son application à la situation. La doctrine propose alors d'appliquer, par défaut, la loi du for alors qu'elle ne revendique pas son application (P. MAYER et V. HEUZÉ, *ibid.*).

<sup>1324</sup> Pour un exposé comparatif des conséquences d'une approche moniste ou pluraliste : D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. phil. dr.*, t. 49, 2005, p. 275 et s., spéc. n° 15, p. 283 et s.

<sup>1325</sup> L'approche « pluraliste-unilatéraliste » témoigne d'une acception large de la notion d'ordre juridique : « Il y a autant de juridicités qu'il y a d'ordres juridiques. Chacun ne tient sa juridicité que de lui-même. À cet égard, il est indifférent que les normes d'un ordre (ou cet ordre tout entier) ne sont pas considérées comme juridiques par tel ou tel autre ordre. Par ailleurs, la décision de donner effet à des normes externes (chez Santi ROMANO : la décision de les rendre *relevantes*) ne dépend que de l'ordre juridique d'accueil » (D. BODEN, *ibid.*, spéc. n° 15, p. 284 (B.3)). Sur le débat relatif à l'existence d'ordres juridiques non-étatiques : *supra* n°s 108 et s.

<sup>1326</sup> S. FRANCO, « Unilatéralisme *versus* bilatéralisme... », *op. cit.*, spéc. p. 79 : « L'unilatéralisme peut naturellement envisager l'application d'une règle non-étatique dans la mesure où elle comprend un commandement pour l'action des individus », cela « ne veut pas dire qu'il faille l'appliquer : simplement, il n'existe pas d'obstacle à la reconnaissance du caractère juridique d'une norme non étatique » (*ibid.*, note 94).

<sup>1327</sup> Formule empruntée à M. Louis D'AVOUT (*Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Recherches juridiques, 2006, n° 259, p. 362) dont l'esprit, celui d'un « unilatéralisme internationaliste d'ouverture et non nationaliste de repli » (souligné par l'auteur), coïncide avec le sens de notre propos.

lois à s'appliquer à la situation objet de son analyse<sup>1328</sup>. Cette dimension problématique s'amointrit, s'agissant du droit non-étatique : admettre que ce droit revendique son application suppose qu'il ait été contractualisé, accepté par les parties, ou qu'une manifestation de volonté incite à conclure à la vocation de ce droit à s'appliquer<sup>1329</sup>. Le critère de la nature de l'activité déployée conduit potentiellement, de surcroît, à identifier et préciser les manifestations du droit non-étatique se revendiquant applicables : il est concevable qu'un juge reconnaisse, à titre d'exemples, la revendication d'un règlement de la fédération internationale de football à s'appliquer, à propos de l'exercice de l'activité d'agent sportif, *dans le domaine du football*, ou la revendication d'un code de conduite édicté par une société-mère dans le cadre de relations contractuelles entre les filiales. Le concours des parties, enfin, est susceptible de sollicitation, indiquant au juge la revendication d'une règle non-étatique.

654. Synthétisons, pour conclure : la reconnaissance de la vocation de la règle non-étatique à s'appliquer créant un conflit de normes, le juge a la possibilité de confronter la loi étatique, dont la compétence a été établie par la règle de conflit de lois, à la règle non-étatique, dont la revendication a été déterminée dans une approche unilatéraliste. Cette méthode prospective, conjuguant bilatéralisme, s'agissant de l'application de la loi étatique, et unilatéralisme, s'agissant de l'application du droit non-étatique, permet au juge une représentation *autre* du conflit de normes. Examinons, à fin d'évaluation, ce qu'il en est de sa résolution.

## **2. – Résolution du conflit de normes : principes et exceptions de la méthode proposée**

655. L'objectif étant d'apprécier l'adéquation de cette méthode de résolution du conflit de normes par l'ordre juridique, deux situations sont considérées.

656. Lorsqu'un conflit de normes intervient entre une règle non-étatique et la *lex fori*, désignée par une règle de conflit de lois, ou imposée par la technique des lois de police, sa résolution ne présente pas de difficulté, au bénéfice de la règle étatique impérative. Du point de vue de l'ordre juridique étatique, au nom de quoi privilégier les

---

<sup>1328</sup> MM. MAYER et HEUZÉ indiquent : « la règle ordonne, mais étant abstraite, elle ne peut ordonner que dans l'abstrait ; elle se contente [...] de poser une relation de cause à effet entre une hypothèse de fait et un certain effet juridique. Cette relation, étant posée sans avoir égard à une quelconque localisation des questions auxquelles elle est susceptible d'être appliquée, a une vocation spatiale *universelle* » (*Droit international privé, op. cit.*, n° 121, p. 96, souligné par les auteurs). Déterminer la « volonté d'application » des lois « n'est rien d'autre qu'une vue de l'esprit » (S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, Recherches juridiques, 2004, n° 48, p. 34, note 125).

<sup>1329</sup> *Supra* nos 450 et s.

intérêts d'acteurs non-étatiques, et délaissier la *lex fori*? Le juge n'est pas un « for neutre », il rend la justice au nom d'un État, d'un ordre juridique étatique<sup>1330</sup>. Cette dévolution l'incite *a priori*, par principe et mission, à résoudre le conflit de normes au profit du droit étatique : le juge est garant du respect de l'impérativité de la *lex fori* lorsqu'elle est désignée par la règle de conflit ou appliquée au titre de loi de police.

L'application du droit non-étatique est exceptionnellement réalisée par référence au « principe de faveur »<sup>1331</sup>, c'est-à-dire, en cas de disposition *in favorem*, par exemple lorsque la protection du salarié est renforcée, par le code de conduite d'une société ou encore le règlement d'une fédération sportive<sup>1332</sup>. Ce principe de faveur, selon M<sup>me</sup> Pascale DEUMIER, « préfigure peut-être un modèle en devenir pour les nouveaux types de conflits normatifs dans lesquels une protection est en jeu »<sup>1333</sup>. Autorisons-nous, à ce propos, une observation : l'utilisation du principe de faveur, dans son développement potentiel, devra se garder d'une évolution confinant à la surprotection : la loi étatique est le résultat d'un arbitrage opéré par les élus du peuple, une recherche d'équilibre entre intérêts divergents, opposés, voire antagonistes. Une mise en cause dominante de cet arbitrage par le principe de faveur est susceptible de rompre l'équilibre évalué satisfaisant par le législateur et de produire des effets non attendus : un traitement *in concreto* de chaque situation, ignorant une approche globale des conflits de normes, empêchant l'édiction de principes directeurs de résolution<sup>1334</sup>, et, par ailleurs, une réticence des

---

<sup>1330</sup> Sur cette vision du juge en tant qu'organe institué par l'État : P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378spéc. n° 222, p. 238-239. Comp. pour une remise en cause de cette position du juge dans un contexte de « privatisation » et/ou de contractualisation de la justice étatique : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 119, p. 144-145. À titre comparatif, l'arbitre, même si une certaine appartenance à des ordres juridiques lui est parfois attribuée (*supra* n°s 247 et s.), pourrait constituer ce « for neutre », expliquant le traitement différent du droit non-étatique, des lois de police et, plus généralement, des règles impératives étatiques.

<sup>1331</sup> Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Mélanges Gérard LYON-CAEN. Les transformations du droit du travail*, Dalloz, 1989, p. 243 et s. ; A. JEAMMAUD, « Le Principe de faveur : enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999. 115 ; N. MERLEY et S. LAULOM, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009. 219.

<sup>1332</sup> C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2015, n° 291, p. 188-189. Soulignons, dans l'hypothèse d'une règle non-étatique plus favorable, que la preuve de ce caractère doit ou devrait incomber à celui qui l'invoque (rapp. P. BERLIOZ, « La clause d'exception », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 189 et s., spéc. p. 202, citant l'arrêt Cass., soc., 14 mars 2007, n° 05-44.994, lequel rejette le pourvoi au motif que « le salarié se bornait à demander l'application de la loi française en ses dispositions impératives sans prétendre qu'elle était plus favorable que les lois étrangères »).

<sup>1333</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Manuels, 3<sup>e</sup> éd., 2015, n° 312, spéc. p. 259.

<sup>1334</sup> Réflexion inspirée de la « législation des intérêts », déplorée par M. Bruno OPPETIT qui, inspiré des écrits de Max WEBER sur la rationalisation du droit, met en garde : « un droit matériel ne saurait, sans conduire à la négation même de l'idée de droit, dépendre exclusivement de faits variables et contingents ». Il regrette que « bon nombre de lois », et le risque n'est pas exclu, selon nous, que le raisonnement des juges soit impacté, « s'assignent exclusivement la satisfaction d'intérêts purement matériels, sans souci

employeurs et des entreprises à s'engager dans l'édition de codes de conduites, chartes et autres documents estimés favorables aux salariés, conduisant, *in fine*, à diminuer le seuil de protection accordé<sup>1335</sup>.

657. Lorsqu'un conflit de normes intervient entre une loi étrangère et une règle non-étatique, deuxième situation, le degré d'incertitude, quant à la décision du juge, augmente : doit-il assurer le respect de la loi étrangère ou assurer la protection des intérêts d'acteurs non-étatiques, constitués sous le statut d'association ou de société de droit étranger ? L'argument relatif aux liens entre le juge et l'ordre juridique l'instituant est ici impertinent, la *lex fori* étant, par hypothèse, inapplicable. L'application de la loi étrangère, au-delà de la technique des lois de police étrangères, relève potentiellement du droit non-étatique, lequel prévoit, ponctuellement, son effacement au profit des règles étatiques<sup>1336</sup>. La courtoisie internationale milite encore pour une application de la loi étrangère, bien que ce fondement soit objet de critiques, ne constituant pas « une base sérieuse pour le droit international privé »<sup>1337</sup>. Le droit non-étatique peut, éventuellement, faire valoir le principe de faveur susceptible, dans cette situation, d'être mobilisé.

658. En conclusion de ces directives de résolution du conflit de normes, une prévisibilité des solutions, impératif majeur du droit international privé, est à considérer. La résolution d'un conflit entre *lex fori* et droit non-étatique est grandement prévisible, en raison de la faveur de principe accordée à cette *lex fori*<sup>1338</sup>. S'agissant d'un conflit entre loi

---

*d'objectifs plus élevés* » (*Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1<sup>re</sup> éd., 1999, n° 88, p. 106). Ce risque est redouté à propos des « rapports transnationaux » : « la multiplicité de régimes spéciaux et fragmentés recherchant chacun l'autonomie » pourrait conduire à « perdre de vue une vision d'ensemble » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n° 582-22, p. 709-710).

<sup>1335</sup> Rappr. les réflexions à l'occasion de l'affaire *Nike*, la doctrine redoutant une absence de communication des entreprises et un effet de glaciation (*chilling effect*) (F.-G. TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression : considérations à partir de l'arrêt *Nike v/ Kasky* », *Rev. soc.* 2004. 261, spéc. n° 7).

<sup>1336</sup> Règl. FIFA sur la collaboration avec les intermédiaires, art. 1.2 : « Les associations sont tenues de mettre en œuvre et de faire respecter au moins ces exigences et standards minimaux conformément aux tâches conférées par le présent règlement, sous réserve des lois obligatoires et autres normes législatives nationales applicables auxquelles sont sujettes les associations » (nous soulignons).

<sup>1337</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n° 69, p. 62. La notion de courtoisie internationale est historiquement associée à la doctrine hollandaise du XVII<sup>e</sup> siècle, radicalisant le territorialisme de D'ARGENTRÉ : les statuts, réel et personnel, sont dépourvus d'autorité en dehors des limites de l'État les ayant instaurés. Liée à l'idée de souveraineté, cette doctrine implique que les lois, les actes publics et les jugements d'un État ne peuvent s'imposer à un autre. La loi étrangère ne pouvant être imposée au souverain, son application est *consentie* en vertu de la courtoisie internationale, convoquant l'utilité voire l'équité et l'esprit de convenance réciproque résultant de l'application de cette loi étrangère (P. MAYER et V. HEUZÉ, *ibid.*, n° 68, p. 61-62 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 357, spéc. p. 409-410 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 141, spéc. p. 127).

<sup>1338</sup> Rappr. P. DEUMIER « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant (t. XIII), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 113 et s., spéc. p. 127 : « Le conflit réel

étrangère et droit non-étatique, l'exploration ne permet pas de dégager un argument décisif quant à l'accord de privilège à l'une ou l'autre des normes en conflit. Sur cette dimension de la prévisibilité, gageons que le caractère impératif de la loi étrangère, désignée par la règle de conflit, voire convoquée au titre de loi de police étrangère, conduise à l'application de cette loi.

659. Ces directives de résolution indiquent que le conflit de normes, du point de vue de l'ordre juridique étatique, est en dominante résolu en faveur des règles impératives étatiques, observation confortant et confirmant le constat précédent : le droit non-étatique s'exprime dans le cadre fixé par la loi applicable et, plus généralement, au regard de la liberté octroyée par les ordres juridiques étatiques. Ceci est, probablement, un facteur explicatif majeur du fait que les acteurs de la scène internationale veuillent s'émanciper du cadre impératif posé par les ordres juridiques étatiques. La résolution du conflit de normes, *in fine*, n'est peut-être pas qu'une question de normes en conflit : hypothèse est faite que la fonction empliée par le juge, voire l'arbitre, est non négligeable dans le traitement de ce conflit, fonction encore à étudier.

\*

660. **Conclusion Section 2** – L'étude des mécanismes du droit international privé indique, en dominante, et du point de vue de l'ordre juridique étatique, une négation du conflit de normes plutôt que sa résolution : les règles de conflit de lois conduisent exclusivement à l'application d'une loi étatique, les lois de police privilégient la *lex fori*, seules s'ouvrent potentiellement au droit non-étatique les règles de conflit de lois protectrices. La technique de la prise en considération, option alternative, présente deux obstacles : elle instaure un rapport de subordination du droit non-étatique à la loi désignée, elle ne permet pas l'application *stricto sensu* du droit non-étatique. La méthode prospective proposée, conjuguant deux approches dans le traitement des normes en tension, respectivement les règles du droit international privé, bilatéralistes, s'agissant des lois étatiques, et l'unilatéralisme s'agissant du droit non-étatique, construit une représentation autre du conflit de normes, dont la résolution favorise, en principe, les lois étatiques impératives et, exceptionnellement, le droit non-étatique.

---

existe donc entre une norme de droit souple et une norme impérative ou une valeur essentielle du droit de l'ordre étatique. *Nul ne doute de l'issue du conflit : recevoir le droit souple ne veut pas dire le recevoir aveuglément* » (nous soulignons). Sur l'application statistiquement privilégiée de la *lex fori* : P. CARLIER, *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*, Thèse, Université Lille 2, 2008, nos 61 et s., p. 45 et s.



661. **Conclusion Chapitre 1** – Étudié du point de vue de l'ordre juridique étatique, le conflit de normes oppose une règle étatique impérative et une règle non-étatique, revendiquant son application à la situation considérée. Exceptionnel, le plus fréquemment non révélé par le juge, ce conflit est, en l'état du droit positif, résolu, dans tous les cas, en faveur des règles étatiques impératives. La fermeture du droit international privé au droit non-étatique explique cette solution. La méthode prospective proposée, autorisant une appréhension autre du conflit de normes, permet au juge une considération du droit non-étatique et une éventuelle résolution du conflit, en sa faveur.

## Chapitre 2 – Gestion du conflit de normes par les parties

662. En l'état actuel du droit positif, du point de vue de l'ordre juridique étatique, tout conflit de normes est résolu en faveur d'une règle étatique impérative, désignée par la règle de conflit de lois, voire de la *lex fori* en recourant au mécanisme des lois de police. Est ici en question non pas l'expression par l'ordre juridique étatique d'un point de vue, mais le résultat, quelle que soit la situation, produit par ce point de vue : l'application d'une loi étatique.

663. Face à cette résolution à l'identique du conflit de normes en faveur du droit étatique, les acteurs de la scène internationale cherchent à se soustraire à la compétence de l'ordre juridique étatique considéré, voire de tous les ordres juridiques étatiques, afin de bénéficier de modalités de résolution autres du conflit de normes. L'objectif stratégique visé, modifier la résolution du conflit de normes, corrélativement optimiser l'expression du droit non-étatique, invite à l'étude d'une gestion du conflit de normes, *à l'initiative des parties*.

664. Les effets attendus, les conditions de faisabilité et les techniques mobilisées dans cette gestion du conflit de normes sont analysés et évalués (Section 1), les conséquences de cette orientation libérale, quant à l'impérativité des lois et les fonctions de la volonté sont ensuite examinées (Section 2).

### Section 1 – Effets attendus et techniques de soustraction d'un conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique

---

665. Un pluralisme de méthodes s'exprime dans la gestion des relations internationales privées<sup>1339</sup>. Ce pluralisme, au-delà de son observation abstraite, s'apprécie au regard de l'ordre juridique saisi : « si l'on veut décrire une réalité objective, il faut se placer du point de vue de l'ordre juridique dont le juge est saisi, et retenir comme majeure du syllogisme judiciaire la loi qu'appliquerait ce juge »<sup>1340</sup>. La « saisine d'un juge » constitue le « point de départ obligé du raisonnement en droit international privé »<sup>1341</sup>. Il en résulte

---

<sup>1339</sup> H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, pp. 75-148.

<sup>1340</sup> P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378, spéc. n° 98, p. 111 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 55-1, p. 73.

<sup>1341</sup> P. MAYER, *ibid.*, nos 98 et s., p. 111 et s. : « Curieusement, les situations internationales ne peuvent être appréhendées qu'en passant par l'hypothèse d'un contentieux, même si celui-ci ne paraît pas probable : en

que le traitement des relations internationales privées est en dépendance stricte de l'ordre juridique exprimant son point de vue. Par extension, la solution du conflit de normes dépend de l'ordre juridique exprimant son point de vue, concrètement incarné par le juge ou l'arbitre saisi de ce conflit<sup>1342</sup>.

666. L'existence d'une dimension de subjectivité indique que la solution du conflit de normes n'est pas prédéterminée : le juge ou l'arbitre influe nécessairement sur la solution, selon le traitement mis en œuvre. L'effet attendu d'une stratégie de soustraction d'un conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique considéré est analysé (§1), avant examen des techniques permettant de réaliser cette soustraction (§2).

### §1 – Effet attendu de la soustraction du conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique : une modification de la solution

667. Sont ici recherchés et analysés les facteurs explicatifs de la diversité de résolutions du conflit de normes, s'agissant d'un juge (A) puis d'un arbitre (B).

#### A – Facteurs explicatifs du traitement situé du conflit de normes par le juge saisi

668. Le premier facteur explicatif est relatif à la conception privilégiée du conflit de lois, subordonnant le choix de méthodes de traitement des relations internationales privées, méthode souverainement adoptée par chaque ordre juridique étatique. Une conception bilatéraliste ne conduit pas *nécessairement* le juge aux mêmes résultats qu'une conception fonctionnaliste<sup>1343</sup>, laquelle se centre : « sur la réalisation des intérêts des États que sur la satisfaction des intérêts privés »<sup>1344</sup>, n'accordant conséquemment pas la primauté au droit non-étatique.

---

recherchant amiablement le contenu de leurs droits et obligations respectifs, deux personnes, même dotées de l'esprit le plus conciliant, devront faire la supposition qu'un litige les oppose devant un certain juge, pour savoir quelle règle gouverne leur relation. Sinon, rien ne pourra justifier leur conviction que c'est telle loi plutôt que telle autre qui doit s'appliquer » (n° 99, p. 111-112).

<sup>1342</sup> L'affaire *Rougeron* illustre particulièrement les différents traitements d'une même situation : le juge suisse octroie, sur le fondement de la loi suisse, une part importante de succession à l'enfant du *de cuius* ; le juge français considère, au contraire, et en vertu de la loi américaine désignée par les règles de conflit de lois, que ses droits dans la succession sont réduits (sur cette affaire : M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, Manuels, 5<sup>e</sup> éd., 2015, n° 407, p. 298).

<sup>1343</sup> Sur l'opposition entre bilatéralisme, dominant en Europe, et fonctionnalisme, pratiqué outre-Atlantique : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 346 et s., p. 399 et s.

<sup>1344</sup> *Ibid.*, n° 353, p. 404, « les intérêts privés ne sont pas ignorés, mais selon CURRIE sont “subsumés” sous ceux des États ; assurer la réalisation des politiques législatives, c'est donc assurer l'épanouissement des intérêts privés abrités démocratiquement par les divers législateurs » (n° 358, spéc. p. 418).

669. À supposer que la méthode conflictuelle soit adoptée par une communauté d'États, un deuxième facteur explicatif est la diversité des rattachements retenus. L'actualité de ce constat, déjà souligné par les doctrines italiennes au cours du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1345</sup>, n'est pas démentie, la célèbre opposition entre personnalisme et territorialisme en rend compte<sup>1346</sup>. Le traitement des relations internationales privées est encore, pour partie, indépendant et particulariste<sup>1347</sup>. Par extension, le conflit de normes est objet d'un même traitement, tributaire de l'ordre juridique exprimant son point de vue.

670. Bien qu'un processus d'harmonisation des règles de conflit de lois soit à l'œuvre sous l'impulsion de la Conférence de La Haye et de l'Union européenne, un troisième facteur explicatif tient au fonctionnement de chaque mécanisme<sup>1348</sup>. Les lois de police, dont le régime est harmonisé par divers règlements européens, en offrent un exemple topique et actuel. Le traitement de ces lois de police par le juge saisi implique, en effet, de distinguer lois de police du for, dont l'application est de principe<sup>1349</sup>, et lois de police étrangères, dont l'utilisation est exceptionnelle et limitée aux lois de police du lieu d'exécution du contrat<sup>1350</sup>. Au plan du conflit de lois, il en résulte que l'application des lois

---

<sup>1345</sup> R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, pp. 243-469, spéc. p. 280 : « ce rattachement est à l'œuvre de l'ordre juridique qui se propose de régler le rapport en question ; il n'est pas inné dans le rapport matériel [...] Le lien entre le rapport de fait et un ordre juridique quelconque n'est pas une particularité propre du rapport, mais *c'est une qualité qui dérive pour lui de l'ordre juridique qui s'en propose le règlement* ».

<sup>1346</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 153, spéc. p. 135 : « quand bien même la plupart des systèmes de conflit de lois s'expriment sous la forme de règles enchaînant une catégorie et un rattachement, leur contenu n'est pas le même. Il dépend toujours au premier chef de l'orientation principale de chacun au regard de l'opposition traditionnelle entre territorialisme et personnalisme, qui demeure sous-jacente. Cela est évident pour les rattachements ».

<sup>1347</sup> Rapp. É. BARTIN, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI* 1897 225, 466 et 720, reproduit dans *Un siècle d'étude du droit international. Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Lexisnexus, Traité, 2006, p. 181 et s. ; B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 305, 2003, pp. 9-488.

<sup>1348</sup> En raison de cette harmonisation, une théorisation du droit international privé spécial de l'Union européenne est appelée de ses vœux par la doctrine (H. MUIR WATT, « Rapport de synthèse – L'avenir de la discipline : quelles perspectives méthodologiques ? », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 237 et s., spéc. nos 19 et s., p. 244 et s.) et des propositions voient le jour (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 620 et s., p. 5 et s.), parfois nommées « Rome 0 » (R. WAGNER, « Do We Need a Rome 0 Regulation? », *Netherlands International Law Review*, 2014, vol. 61, n° 2, p. 225 et s.). Comp. M. FALLON, « Les conditions d'un code européen de droit international privé », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 1 et s.

<sup>1349</sup> Règl. Rome 1, art. 9 §2 : « les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ».

<sup>1350</sup> *Ibid.*, art. 9 §3 : « Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application » (nous soulignons). Cette hostilité à l'égard des lois de police étrangères a été mise en lumière quand

de police est conditionnée à la compétence du juge saisi : il applique les lois de police de son for et délaisse les lois de police étrangères. L'appréciation de M. Louis D'AVOUT est sans équivoque : « La discrimination ici à l'œuvre suscite les plus vives réserves, car elle accentue l'impact de l'aléa de la compétence judiciaire sur l'application des lois de police »<sup>1351</sup>. Au plan du conflit de normes, la mise à l'écart potentielle de ces lois de police augmente corrélativement la place occupée par le droit non-étatique.

671. Un quatrième facteur explicatif du traitement particulier du conflit de normes par le juge résulte de la réception du droit non-étatique, dont l'investigation a montré que la probabilité de son effectivité est faible<sup>1352</sup>. Corrélativement, au regard des obstacles auxquels se heurte cette réception, il est peu probable que le conflit de normes soit tranché en faveur du droit non-étatique.

672. Ces facteurs explicatifs rendent compte d'un traitement des relations internationales privées, et par extension des conflits de normes, en dominante indépendant par chaque ordre juridique étatique, *via* l'intermédiation, nécessairement subjective, de l'acteur qu'est le juge dans la situation considérée. Ce traitement particulariste conforte l'idée que l'entité saisie est un déterminant majeur de la résolution du conflit de normes, idée que ne dénonce pas le constat dressé en matière d'arbitrage.

## **B – Facteurs explicatifs du traitement situé du conflit de normes par l'arbitre**

673. La particularité du traitement *ad hoc* du conflit de normes s'accroît devant l'arbitre. Un premier facteur explicatif est énoncé : « le vide [des droits nationaux et des règlements d'arbitrage] conduit à des pratiques très diverses chez les arbitres internationaux, variant selon les affinités de chacun »<sup>1353</sup>. Attestent notamment de cette diversité de pratiques les méthodes de détermination de la loi étatique applicable, ou

---

l'Allemagne et le Royaume-Uni ont décidé, via la réserve autorisée, de ne pas être soumis à l'article 7 §2 de la Convention de Rome. À titre comparatif, d'autres pays acceptent d'appliquer les lois de police étrangères comportant un lien étroit avec le litige (Convention de Mexico, art. 11, C. civ. québécois, art. 3079, LDIP suisse, art. 19). Pour une étude d'ensemble : P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI*. 1981. 277.

<sup>1351</sup> L. D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165, spéc. n° 12. Comp. pour un exemple de *prise en considération* d'une loi de police étrangère en application de l'art. 7 §2 de la Convention de Rome : Cass., com., 16 mars 2010, n° 08-21.511, *RTD com.* 2010. 457, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2010. 530, note D. BUREAU et L. D'AVOUT ; *RLDA* 2010, n° 51, p. 63, obs. C. NOURISSAT ; *D.* 2010. 2323, obs. S. BOLLÉE.

<sup>1352</sup> Sur la réception du droit non-étatique par l'ordre juridique français : *supra* nos 323 et s.

<sup>1353</sup> Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, n° 884, p. 804.

encore les méthodes d'application du droit non-étatique<sup>1354</sup>. Soulignons, de surcroît, l'influence d'une doctrine invitant les arbitres à s'écarter, voire délaïsser les droits étatiques, M. Philippe FOUCHARD le proposant, le prescrivant, sans ambiguïté : « L'arbitre ne rendant pas la justice au nom d'un État, il ne devrait considérer que la volonté des parties, et écarter toute préoccupation ou toute contrainte socio-économique d'origine ou de nature étatique. Pour lui, l'ordre public étatique, les réglementations impératives et autres lois de police ne devraient pas affaiblir la force obligatoire des contrats internationaux »<sup>1355</sup>.

674. Un deuxième facteur explicatif tient au traitement des lois de police par l'arbitre, dont il n'est pas nécessaire d'entrer dans le détail, quelques brèves observations suffisant à indiquer la non prévisibilité des solutions potentiellement apportées au conflit de normes. L'incertitude résulte de l'absence de méthode consensuelle quant à l'application des lois de police, et le fait est que leur application est une problématique du contentieux arbitral<sup>1356</sup>. Les arbitres ne refusent pas l'utilisation des lois de police, elles sont fréquemment prises en considération, ou appliquées, les lois de police des ordres juridiques supra-étatiques et de la *lex contractus* choisie par les parties constituant des exemples topiques d'application. Il est encore admis que les lois de police du lieu d'exécution du contrat puissent être appliquées, voire une autre loi de police, par exemple celle du lieu d'établissement du débiteur<sup>1357</sup>. Il a par ailleurs été montré *supra* que les

---

<sup>1354</sup> *Ibid.*, respectivement nos 885 et s., p. 806 et s. et nos 892 et s., p. 811 et s. Sur l'application du droit non-étatique par l'arbitre : *supra* nos 223 et s.

<sup>1355</sup> Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Mélanges Gérard FARJAT. Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, Frison-Roche, 1999, p. 381 et s., spéc. n° 32, p. 393.

<sup>1356</sup> Sur l'ensemble de la question : Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1999, p. 233 et s. ; Y. DERAÏNS, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale » in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 219 et s. ; I. FADLALLAH, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *Rec. cours La Haye*, vol. 249, 1994, pp. 369-430, spéc. nos 68 et s., p. 417 et s. ; G. CORDERO-MOSS, « Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration », *Rec. cours La Haye*, vol. 372, 2015, pp. 129-326, spéc. p. 169 et s.

<sup>1357</sup> L'absence de for de l'arbitre le conduit à considérer toutes les lois de police comme *étrangères* (Ch. SERAGLINI, *ibid.*, n° 3, spéc. p. 3 ; P. MAYER, « Les lois de police », *Trav. Com. fr. DIP (1985 – Journées du cinquantenaire)*, CNRS, 1988, p. 105 et s., spéc. p. 113). Cette position de l'arbitre suscite un débat idéologique quant à sa fonction, doit-il assurer la protection des intérêts d'un État ? (Ch. SERAGLINI, *ibid.*, n° 6, spéc. p. 5), conduisant à s'interroger sur les motifs de prise en compte des lois de police par l'arbitre, parmi lesquels on recense : les attentes légitimes des parties (Y. DERAÏNS, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986. 375, spéc. nos 12 et s., p. 381 et s. ; I. FADLALLAH, *ibid.*, spéc. n° 68, p. 417), les attentes de la communauté du commerce international ou *societas mercatorum* (Y. DERAÏNS, *JDI* 1990. 1039, spéc. 1045 (note sous CCI n° 6142)), la défense des intérêts du commerce international (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Traités, 1996, n° 1535, p. 876), la morale de l'arbitre (P. MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 379 et s., spéc. nos 14 et s., p. 387 et s.), la recherche d'efficacité de la sentence et, plus généralement de l'arbitrage (P. MAYER,

arbitres excluent fréquemment les lois de police du litige : ils refusent soit le qualificatif de loi de police, soit l'application de la loi de police considérée<sup>1358</sup>.

675. Un troisième facteur explicatif est lié à la singularité de certains domaines d'activité, avec laquelle il convient de composer, et dont M. Éric LOQUIN indique, à titre d'exemple, que : « L'ordre juridique sportif dispose de ses propres règles de conflits de normes (et non pas forcément de lois) qui rendent applicables tantôt les règles matérielles de l'ordre juridique sportif, tantôt les lois des États concernées par la relation »<sup>1359</sup>. Ceci est à rapprocher de ce qu'énoncent MM. BUY, MARMAYOU, PORACCHIA et RIZZO, une : « hiérarchie des normes selon le droit sportif transnational », établie par l'action du Tribunal arbitral du sport et divergente du droit français et européen<sup>1360</sup>. Rappelons que ce centre d'arbitrage n'hésite pas à écarter un choix de loi exprès au profit d'un règlement de la fédération internationale de football<sup>1361</sup>, et qu'il réalise ponctuellement une négation du conflit de normes en affirmant que, à propos de la « nationalité sportive »<sup>1362</sup> : « on est donc en présence de deux ordres juridiques différents, l'un de droit public, l'autre de droit privé, qui ne se recoupent pas et n'entrent pas en conflit »<sup>1363</sup>. Le Tribunal arbitral du sport accorde la primauté au règlement d'une fédération sportive internationale, excluant une règle impérative du droit français, en violation de celui-ci, bien que le contrôle antidopage litigieux ait été réalisé sur le territoire français<sup>1364</sup>. En l'espèce, l'arbitre rejette le caractère d'ordre public de la disposition française et confirme l'efficacité de la sanction prise par la fédération internationale de cyclisme (UCI). Le conflit de normes, opposant le règlement UCI au droit français, est donc résolu en faveur du droit non-étatique<sup>1365</sup>, la probabilité est maximale qu'un juge français eût retenu une solution différente.

---

« L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publication CCI 440/1, 1986, p. 47 et s., spéc. p. 49 ; J.-Ch. POMMIER, « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », *JDI* 1992. 5, spéc. n° 36, p. 35 ; Y. DERAIS, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *JDI* 1993. 829, spéc. n° 29, p. 846).

<sup>1358</sup> Sur la mise à l'écart des règles impératives par l'arbitre : *supra* nos 310 et s.

<sup>1359</sup> É. LOQUIN, *JDI* 2007. 216, spéc. p. 229 (obs. sous TAS, 2004/A/791, 28 oct. 2005, *Le Havre AC c. FIFA, Newcastle United & Charles N'Zogbia*).

<sup>1360</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, nos 306 et s., p. 155 et s.

<sup>1361</sup> TAS, 2014/A/3505, 3 déc. 2014, *Al Khor SC c. C.* : *supra* n° 303.

<sup>1362</sup> Sur la nationalité sportive : G. SIMON (dir.), *Sport et nationalité*, Lexisnexis, Travaux du CREDIMI, 2014 ; J. GUILLAUMÉ, « L'autonomie de la nationalité sportive », *JDI* 2011. 313.

<sup>1363</sup> TAS, 92/80, 25 mars 1993, *B. / Fédération Internationale de Basketball*, spéc. n° 13, *JDI* 2001. 242, obs. G. SIMON.

<sup>1364</sup> Selon les dispositions du Code de la santé publique à l'époque en vigueur, aujourd'hui transférées dans le Code du sport, seul le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage et les fédérations sportives nationales agréées peuvent réaliser un contrôle antidopage. Si une fédération sportive internationale souhaite réaliser un tel contrôle, il doit être réalisé par l'intermédiaire de la fédération nationale concernée.

<sup>1365</sup> TAS, 2002/A/431, 23 mai 2003, *UCI / R. & FFC*, spéc. nos 23 et s., *JDI* 2005. 1309, obs. É. LOQUIN : « Il est difficile de suivre la sentence lorsqu'elle expose que "le caractère impératif d'ordre public de l'article L. 3634-1 du Code la santé publique, en ce sens qu'il aurait pour objet de protéger la liberté

676. La recherche de ces facteurs explicatifs indique que la résolution de ce conflit de normes reste dépendante de l'entité saisie, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un arbitre. Il est possible que les parties, informées de cette diversité de traitements, souhaitent orienter la solution du conflit de normes, en attribuant compétence à l'entité de leur choix. Examinons les modalités potentiellement disponibles concrétisant une telle volonté.

## §2 – Techniques de soustraction du conflit de normes à la compétence de l'ordre juridique étatique

677. Eu égard à une telle visée, les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissaires, encore nommées clauses d'arbitrage, apparaissent potentiellement fonctionnelles. L'objectif n'est pas de réaliser une étude approfondie du régime juridique de ces clauses, il s'agit de déterminer en quoi elles permettent de soustraire le conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique, et d'en évaluer l'efficacité. Dans cette problématique du conflit de normes, la production d'effets des clauses attributives de juridiction (A) puis celle des clauses d'arbitrage (B) est analysée.

### A – Les clauses attributives de juridiction : une efficacité de principe

678. Une clause attributive de juridiction, ou clause d'élection de for, autorise les parties à attribuer compétence à la juridiction qu'elles désignent<sup>1366</sup>. La possibilité de choisir, la liberté d'élire le juge compétent est favorablement accueillie, en raison des dimensions d'anticipation, de prévisibilité, de suppression des procédures concurrentes, de nécessités du commerce international, de neutralité et d'expertise du juge<sup>1367</sup>.

---

individuelle fondamentale des sportifs contre les contrôles qui ne seraient pas diligentés sur le territoire français par les autorités publiques françaises ou les fédérations nationales qui en sont les délégataires, n'est nullement établi". Les contrôles anti-dopage supposent des atteintes à l'intimité et au corps de ceux qui les subissent et le droit français, pour cette raison, interdit que des pouvoirs privés, les fédérations internationales, puissent imposer ces atteintes sur le territoire français à des particuliers. Seuls les pouvoirs publics ou les délégataires de missions de service publics que sont les fédérations nationales, peuvent imposer de telles coercitions [...] Les règles françaises sont impératives et s'imposent sur le territoire français, même dans les relations sportives internationales en tant que loi de police (É. LOQUIN, *ibid.*, spéc. p. 1311).

<sup>1366</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 179, *Clause – Attributive de juridiction*.

<sup>1367</sup> Parmi de nombreuses références : B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 452, p. 402 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 142, spéc. p. 176. À ces considérations pragmatiques, sans doute convient-il d'ajouter des considérations doctrinales, historiquement influentes, insistant davantage sur l'importance de la loi appliquée que sur le juge compétent. Liée à l'universalisme des règles de conflits de lois prônée par la théorie savignienne, cette conception relègue le juge au second plan car il apporte systématiquement la même solution à la question de droit, quel que soit l'État au nom duquel il siège (F.



Dans la problématique du conflit de normes, un autre type d'effet est prêté aux clauses attributives de juridiction : influencer sur le traitement de ce conflit en raison notable du traitement réservé aux lois de police. Il a été montré précédemment en quoi et comment la compétence du juge conditionne l'application des lois de police : l'ordre juridique étatique saisi privilégie l'application de ses lois de police en exclusion des lois de police étrangères. Analysons l'effet des clauses attributives de juridiction *in concreto*, en proposant une situation exemplaire, et supposons qu'un litige relatif à l'activité d'agent sportif échappe à la compétence de l'ordre juridique français. Il est peu probable que la loi de police française relative à cette activité soit appliquée par le juge étranger au titre de loi de police étrangère<sup>1368</sup>, et hautement probable que le litige soit tranché en vertu de la loi choisie ou désignée. Or, en l'absence de réglementation spécifique de cette activité, la possibilité existe que le règlement d'une fédération sportive internationale produise *in fine* effet, sous réserve de sa contractualisation ou de réception par l'ordre juridique du juge saisi. Résolu en faveur du droit français lorsque le juge de cet ordre juridique étatique est saisi, le conflit de normes, en l'espèce, est résolu différemment.

679. La production d'effets des clauses attributives de juridiction s'articule autour d'un principe d'efficacité et de limites faisant ponctuellement obstacle à leur fonctionnalité. La mention des trois régimes potentiellement applicables entend rendre compte ici de ce principe : selon le droit commun français, fixé par l'arrêt *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*<sup>1369</sup>, la clause attributive de juridiction est efficace lorsqu'elle est insérée dans un contrat international et ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française<sup>1370</sup>. La conception du règlement Bruxelles I-*bis* s'inscrit dans une logique similaire : une efficacité de principe des clauses attributives de juridiction, rencontrant une limite exclusive, l'existence de compétences impératives. La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for retient, elle aussi,

---

C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Éditions Panthéon-Assas, Les Introuvables, 2002, §348, p. 30 : « la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé ». Comp. pour une approche critique, inspirée de la démonstration de M. Pierre MAYER selon laquelle les règles de compétence internationale ont pour objet le pouvoir de juridiction des États (« Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979. 1) : V. HEUZÉ, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 295 et s.

<sup>1368</sup> L'application de l'art. L222-7 C. sport au titre de loi de police pourrait être envisagée : *supra* n° 633.

<sup>1369</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1985, n° 84-16.338, *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*, *Rev. crit. DIP* 1986. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1986. IR. 265, obs. B. AUDIT ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GADIP*, n° 72.

<sup>1370</sup> Sur le droit commun des clauses attributives de juridiction en matière contractuelle : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 858 et s., p. 361 et s.

une efficacité de principe des clauses attributives de juridiction<sup>1371</sup>, seules les compétences impératives sont encore de nature à lui faire échec<sup>1372</sup>.

680. À l'exclusion des compétences impératives, les clauses attributives de juridiction produisent donc effet. Approfondissant l'investigation, deux questions retiennent l'attention : l'existence d'une loi de police, applicable au fond du litige, met-elle en cause cette efficacité ? La présence d'une partie dite faible met-elle en cause cette efficacité ?

681. Lorsqu'une loi de police est applicable au fond du litige, un cocontractant a la possibilité de contester l'efficacité de la clause en saisissant un autre juge, non désigné par la clause. Commentant la Convention de La Haye, M. Bernard AUDIT affirme que les tribunaux saisis malgré la clause d'élection de for : « seront naturellement plus ouverts à l'application de dispositions de leur propre droit qui s'opposeraient à l'effet de la clause. C'est même ce sur quoi comptera fréquemment la partie saisissant un tribunal “non élu”, et l'on peut penser que celui-ci n'aura effectivement aucune inhibition à donner effet à une disposition restrictive de son propre droit, s'il estime que les intérêts poursuivis par sa loi sont engagés »<sup>1373</sup>. En droit commun, l'arrêt *Monster Cable* énonce cependant : « la clause attributive de juridiction [doit] être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige »<sup>1374</sup>. Le règlement

---

<sup>1371</sup> L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for : beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. crit. DIP* 2010. 37, spéc. n° 29, spéc. p. 71 : « Globalement, les solutions retenues par la Convention apparaissent donc protectrices de la force obligatoire des accords d'élection de for et représentent un véritable progrès par rapport aux solutions généralement retenues en droit commun ».

<sup>1372</sup> Les compétences impératives ne sont pas énumérées par la Convention de La Haye mais correspondent aux matières expressément exclues par l'art. 1 §2, des matières supplémentaires pouvant être exclues du champ d'application de la convention par un État-signataire en vertu de l'art. 21 (C. KESSEDIAN, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006/3. 813, spéc. nos 29 et s., p. 828 et s. ; B. AUDIT, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 171 et s, spéc. p. 182-183 ; L. USUNIER, *ibid.*, spéc. n° 23, p. 65).

<sup>1373</sup> B. AUDIT, *ibid.*, spéc. p. 185-186.

<sup>1374</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*, *D.* 2009. 200, note F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 2008. 2790, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.* 2009. 684, chron. A. HUET ; *ibid.* 1557, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 2384, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *RTD com.* 2009. 646, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2008. II. 10187, note L. D'AVOUT ; *JDI* 2009. 599, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, « L'impérativité désactivée ? », *Rev. crit. DIP* 2009. 1 ; H. GAUDEMET-TALLON, « La clause attributive de juridiction : un moyen d'échapper aux lois de police ? » in *Liber Amicorum Kurt SIEHR. Convergence and divergence in Private international law*, Eleven International Publishing, 2010, p. 707 s. ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 345 et s. Au-delà d'une opposition doctrinale, aujourd'hui dépassée (en faveur d'une corrélation loi de police/compétence du juge : P. HÉBRAUD, « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Rev. crit. DIP* 1968.

Bruxelles I-*bis* et la Convention de la Haye confirment cette orientation, en principe, le juge non élu a l'obligation de se dessaisir<sup>1375</sup>.

Un cocontractant a, par ailleurs, la possibilité de contester l'efficacité de la clause attributive de juridiction devant le juge élu, en arguant de l'application d'une loi de police

---

205. spéc. n° 18, p. 236. Comp., opposé à cette corrélation : H. GAUDEMET-TALLON, « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges Gabriel MARTY*, Presses Universitaires de Toulouse, 1978, p. 531 et s., spéc. p. 552 ; A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, Thèse, Université de Strasbourg, 1980, nos 199 et s., p. 386 et s. ; Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, Thèse, Université Paris 10, 2000, n° 242, p. 191. Rapp. É. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1999, nos 196 et s., p. 133 et s.), soulignons, à titre comparatif, que plusieurs cours fédérales américaines ont accepté le jeu des clauses d'élection de for au détriment des lois de police nationales dans l'affaire *Lloyd's* (H. MUIR WATT, « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. DIP* 2002. 509, spéc. nos 8 et s.). La Cour de justice fédérale allemande affirme que les juges disposent d'une *faculté* de priver une clause attributive de juridiction d'effet au motif que la loi de police applicable au fond risquerait de ne pas être appliquée par le juge désigné (BGH, 5 sept. 2012, *Rev. crit. DIP* 2013. 890, note F. JAULT-SESEKE). En Belgique, à propos des agents commerciaux, l'article 27 de la loi du 13 avril 1995 prévoit la compétence exclusive des juridictions belges dès lors que l'agent est établi en Belgique (A. NUYS, « L'application des lois de police dans l'espace : réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *Rev. crit. DIP* 1999. 31, spéc. n° 3). Une tentative de rapprochement de ces solutions peut cependant être envisagée : la Cour fédérale allemande octroie une *faculté* aux juges du fond, les clauses attributives de juridiction *pourraient* donc produire effet en présence d'une loi de police applicable au fond du litige. De surcroît, point essentiel, l'arrêt *Monster Cable* est relatif à l'application d'une loi de police étatique, singulièrement l'(ex)article L442-6 du Code de commerce, dont la création date de la loi – dite *Galland* – n° 66-588 du 1<sup>er</sup> juil. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales (Ch. JAMIN, *RTD. civ.* 1966. 1009). Les solutions allemande et belge sont fondées sur le respect d'une loi de police de transposition, issue d'une directive européenne relative à la protection des agents commerciaux dont l'impérativité fut notamment reconnue par la Cour de Justice dans l'arrêt *Ingmar*. La motivation des juges allemands, particulièrement axée sur l'origine supra-étatique de la protection, conduit à envisager l'instauration de solutions différentes selon l'origine de la loi de police en cause. Cette distinction conduirait à affirmer que la Cour de cassation admet le jeu des clauses attributives de juridiction en présence d'une loi de police étatique (arrêt *Monster Cable*) mais qu'elle ne s'est pas encore prononcée sur l'efficacité d'une telle clause face à une loi de police *d'origine européenne*. Ce débat, à peine engagé, reste ouvert.

<sup>1375</sup> L'article 6 c) de la Convention de la Haye indique que le juge non-élu n'est pas tenu de surseoir à statuer ou de se dessaisir quand « donner effet à l'accord [...] serait *manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi* ». Cette contrariété manifeste vise-t-elle, cependant, le non-respect d'une loi de police du juge saisi ? La doctrine semble en douter (C. KESSEDJIAN, « La Convention... », *op. cit.*, spéc. n° 43, p. 834 : « On peut simplement souligner qu'avec toutes les limitations au champ d'application matériel et toutes les autres précautions prises, l'interprète a du mal à imaginer quels pourraient être les cas dans lesquels l'ordre public pourrait jouer » ; L. USUNIER, « La Convention... », *op. cit.*, spéc. n° 23 : « Le juge saisi au mépris d'un accord, en particulier, doit pouvoir refuser de donner effet à l'accord, quand bien même le juge élu le tiendrait pour valable, s'il porte atteinte à l'une de ses compétences impératives (évidemment définies par sa propre *lex fori*). *La difficulté soulevée par cette hypothèse est cependant pratiquement écartée par les très nombreuses exclusions prévues par l'article 2 de la Convention, qui rendent celle-ci inapplicable dans toutes les matières susceptibles d'être le siège de compétences impératives* », nous soulignons), et la logique de l'arrêt *Monster Cable* renforce ce doute. Admettre une telle solution conduirait à anticiper la solution au fond du litige et mettrait en cause un principe fondamental du droit international privé, la distinction entre compétence législative et compétence juridictionnelle (Pour une étude d'ensemble : J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 156, 1977, pp. 227-376. Comp. sur l'inaptitude de ce principe à justifier la solution retenue par l'arrêt *Monster Cable* : D. BUREAU et H. MUIR WATT, « L'impérativité désactivée ? », *op. cit.*, spéc. n° 6).

étrangère. La probabilité que la clause attributive soit privée d'effet est faible, l'article 25 du règlement Bruxelles I-*bis* confère une compétence exclusive au juge désigné par la clause, et MM. AUDIT et D'AVOUT affirment : « il n'y a pas lieu de tenir compte, en principe, du fait que certaines règles impératives d'un autre ordre juridique pourraient être applicables [au rapport litigieux] »<sup>1376</sup>. L'article 3 de la Convention de la Haye confère aussi une compétence exclusive au juge élu, M. Bernard AUDIT évalue : « les chances apparaissent assez faibles qu'un accord qu'il considère en principe comme valable soit privé d'effet pour comploter à une loi étrangère présentée comme une loi de police par la partie qui conteste cette validité »<sup>1377</sup>.

682. Cet aperçu comparatif confirme le principe d'efficacité des clauses attributives de juridiction en présence d'une loi de police. Dans une situation de conflit de normes mettant en jeu des règles impératives, potentiellement qualifiées de lois de police, l'efficacité des clauses attributives de juridiction permet de soustraire ce conflit à la compétence d'un ordre juridique étatique et d'en proposer une gestion et une résolution autre. Une conclusion à l'identique s'établit-elle en présence de parties dites faibles ?

683. Cette dimension des parties dites faibles, les salariés en particulier, retient singulièrement l'attention dans le cadre de la recherche : les rares situations de conflit de normes attestent de rapports juridiques non équilibrés, par exemples entre un sportif et sa fédération, ou un salarié et la société qui l'emploie. S'observe alors une gestion du conflit de normes non nécessairement voulue par les parties, mais stratégiquement et unilatéralement imposée par celle dont le degré de pouvoir d'action est le plus élevé, ou le degré de dépendance moindre, dans une relation qualifiée de dominance. Dans ce type de situations, les clauses attributives de juridiction sont-elles efficaces ?

684. Précisons d'emblée que la Convention de La Haye du 30 juin 2005 écarte expressément les contrats de travail de son champ d'application. En droit commun, l'efficacité des clauses attributives de juridiction est incertaine, en raison d'une jurisprudence dont l'orientation n'est pas précisément fixée. La question demeure en effet

---

<sup>1376</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 628, p. 550.

<sup>1377</sup> B. AUDIT, « Observations... », *op. cit.*, spéc. p. 185 ; L. USUNIER, « La Convention... », *op. cit.*, spéc. n° 23, note 98 : « la solution retenue par la Convention s'explique peut-être également par le constat du relatif recul des revendications étatiques de compétence impérative, qui s'est notamment illustré dans l'époque récente à l'occasion de litiges mettant en cause une loi de police du *for exclu*. La tendance, déjà visible aux États-Unis, dont les juges sont pourtant friands d'unilatéralisme, s'est récemment manifestée en France [...] ce qui paraît confirmer *a posteriori* l'option retenue par les auteurs de la Convention de ne prévoir aucune limite à la force obligatoire des accords d'élection de *for fondée sur l'applicabilité au litige d'une loi de police du for exclu* » (nous soulignons).

posée : la compétence des prud'hommes constitue-t-elle, ou non, une règle internationalement impérative<sup>1378</sup> ? Le règlement Bruxelles I-*bis* consacre un régime autonome de protection du salarié : selon l'article 23, les clauses attributives de juridiction sont strictement encadrées, ne peuvent être conclues que postérieurement à la naissance du litige, et doivent « permettre au travailleur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section ».

685. L'examen des limites posées aux clauses attributives de juridiction en indique, en creux, l'efficacité de principe : « on peut donc penser que *la seule vraie raison en matière économique de ne pas admettre la modification des règles de compétence juridictionnelle concerne le cas où celles-ci tendent à assurer la protection d'une partie faible* »<sup>1379</sup>. La possibilité existe d'une insertion de telles clauses pour soustraire un conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique. La résolution la plus fréquente de ce conflit, par le juge et en faveur du droit étatique de l'ordre juridique considéré invite cependant à poursuivre l'investigation, en considérant l'option d'une soustraction de ce conflit de normes à l'ensemble des juridictions étatiques.

---

<sup>1378</sup> La Cour de cassation affirme, semble-t-il en dernier lieu, « qu'une clause attributive de compétence incluse dans un contrat de international ne peut faire échec aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du code du travail applicables dans l'ordre international » (Cass., soc., 29 sept. 2010, n° 09-40.688, *Cah. soc. barreau Paris* 2010, n° 224, p. 339, obs. F.-J. PANSIER ; *Procédures* 2010, comm. n° 397, note R. PERROT ; *Dr. ouvrier* 2010, p. 665, note V. LACOSTE-MARY ; *JDI* 2011. 134, note J. BURDA ; *JCP S* 2011. 1036, note J.-Ph. TRICOIT ; *RDT* 2011. 271, note F. JAULT-SESEKE ; *RDC* 2011/2. 563, note P. DEUMIER). La généralité de la formule conduit certains à défendre la consécration générale d'un caractère internationalement impératif de cette règle (Ph. GUEZ, « La paralysie des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de travail en droit commun des conflits de juridictions », *Gaz. Pal.*, 11 août 2011, n° 223, p. 5 et s., spéc. p. 7 : « l'arrêt du 29 septembre 2010 marque la fin de cette période de turbulence jurisprudentielle. La chambre sociale y opère un net abandon de sa jurisprudence du 30 janvier 1991. Cette décision, qui a les honneurs du Bulletin, affirme clairement le caractère internationalement impératif de l'article R. 1412-1 du Code du travail sans distinguer parmi les options de compétence offertes par ce texte, celles qui présenteraient un rattachement "fort" ou "faible" avec l'ordre juridictionnel français »). Selon d'autres, cette règle ne souffre aucune dérogation uniquement quand l'activité est pratiquée en France (J. BURDA, *ibid.*, spéc. p. 137 : « Lorsque le travail est exécuté hors de France, mais en un lieu déterminé, les clauses attributives de juridiction demeurent valables dès lors qu'elles sont suffisamment claires et précises. En revanche, ces clauses deviennent inopposables au salarié lorsque le travail s'effectue à l'étranger en dehors de tout établissement. Il en va de même lorsque le travail est accompli, en France, dans un établissement ou à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement. La juridiction prud'homale compétente est alors celle du lieu de travail ou du domicile du salarié en France. Dans son arrêt du 29 septembre 2010, la Cour de cassation s'est inscrite dans la droite ligne de cette dernière situation. »), certains regrettent enfin une occasion manquée de clarifier la jurisprudence (P. DEUMIER, *ibid.*, spéc. p. 565-566). La doctrine propose de distinguer selon l'intensité des liens entre la France et le contrat pour déterminer l'impérativité de la règle (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 937, spéc. p. 467 ; B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, n° 455, spéc. p. 406). Comp. É. PATAUT, *Principe de souveraineté...*, *op. cit.*, nos 200 et s., p. 135 et s.

<sup>1379</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 868, p. 373-374 (nous soulignons).

## B – Les clauses d'arbitrage : une efficacité de principe

686. Une clause d'arbitrage, ou clause compromissoire, autorise les parties à recourir à l'arbitrage avant la survenance d'un litige<sup>1380</sup>. Au-delà des intérêts précédemment évoqués de ce mode alternatif de résolution des litiges<sup>1381</sup>, la clause compromissoire permet de soustraire le conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique, conflit de normes dont le traitement relève alors de l'arbitre<sup>1382</sup>.

687. Les clauses d'arbitrage bénéficient, elles aussi, d'une efficacité de principe, laquelle s'illustre par l'arbitrabilité généralisée des litiges<sup>1383</sup> et par le principe compétence-compétence, principe dont l'un des effets est de permettre à l'arbitre de statuer prioritairement sur sa propre compétence (effet positif), et dont un autre effet impose aux juges de se dessaisir, hormis nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage (effet négatif)<sup>1384</sup>.

688. Ces données précisées, rappelons l'objectif indiqué *supra*, non pas réaliser une étude générale de l'efficacité des clauses d'arbitrage, mais déterminer si celles-ci sont productrices d'effets en présence d'un conflit de normes. À l'identique du processus d'examen des clauses attributives de juridiction, l'efficacité des clauses d'arbitrage est tenue pour acquise, seules les limites en sont questionnées.

689. Il convient, premièrement, de souligner l'inarbitrabilité spéciale de certains litiges, notamment des décisions disciplinaires ayant le caractère d'acte administratif, c'est-à-dire les décisions prises par les fédérations sportives délégataires d'une mission de

---

<sup>1380</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 179, *Clause – Compromissoire*. Comp., le compromis permet de recourir à l'arbitrage une fois le litige survenu (*ibid.*, p. 216, *Compromis*).

<sup>1381</sup> Sur les avantages de l'arbitrage avancé par la doctrine : *supra* n° 49 et les références citées.

<sup>1382</sup> Sur les facteurs explicatifs du traitement spécifique du conflit de normes par l'arbitre : *supra* nos 673 et s.

<sup>1383</sup> P. LEVEL, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992/2. 213 ; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *Rec. cours La Haye*, vol. 296, 2002, pp. 25-253, spéc. nos 18 et s., p. 45 et s. ; « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI* 1994. 899 ; Ch. JARROSSON, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ. Com.*, 1996, p. 1 et s. ; J.-F. POUURET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, spéc. nos 326 et s., p. 297 et s. Comp. CA Paris, 20 janv. 1989, *Rev. arb.* 1989. 280, obs. L. IDOT : « le caractère contractuel et privé de l'arbitrage interdit à la juridiction arbitrale, dans les matières régies par des dispositions impératives, de sanctionner une violation de l'ordre public, une telle prérogative appartenant aux seuls tribunaux de l'État ».

<sup>1384</sup> Sur le principe compétence-compétence : M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, 2013 ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, nos 159 et s., p. 181 et s. et nos 670 et s., p. 587 et s.

service public et par l'Agence française de lutte contre le dopage<sup>1385</sup>. Établie lors d'un avis consultatif, la position du Conseil d'État, bien qu'ultérieurement tempérée<sup>1386</sup>, s'oppose donc à la compétence de principe du Tribunal arbitral du sport octroyée par le Code mondial antidopage<sup>1387</sup>.

690. La question précédemment posée fait à nouveau et par ailleurs saillance : est-il possible de soustraire le conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique en présence d'une loi de police ? L'arrêt *Doga* apporte une réponse positive, la Cour de cassation affirmant 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 »<sup>1388</sup>. La clause compromissoire produit conséquemment effet.

691. La dimension des parties « faibles » retient encore et enfin l'attention, la gestion du conflit de normes étant potentiellement déléguée à l'arbitre, le plus fréquemment dans le domaine des activités sportives<sup>1389</sup>. Au-delà des arguments promouvant l'opportunité de confier la résolution de ces conflits à l'arbitre<sup>1390</sup>, la question de l'efficacité des clauses compromissoires en présence de parties faibles se pose<sup>1391</sup>.

---

<sup>1385</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2007*, p. 54-55 : « De même, dans le projet de loi autorisant la ratification de la convention internationale contre le dopage dans le sport, le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable dans la mesure où l'une des clauses du code mondial antidopage dont la convention faisait application, établissait une compétence exclusive au bénéfice du tribunal arbitral du sport dans les cas de dopage impliquant des sportifs français de niveau international engagés, sur le territoire français, dans des compétitions sportives de niveau national, régional ou départemental. *L'attribution d'une telle compétence porterait en effet atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, dans la mesure où elle conduirait à soumettre au contrôle d'une autorité internationale, de surcroît non établie par un accord intergouvernemental, les décisions d'autorités nationales investies par la loi de prérogatives de puissance publique, qu'il s'agisse des instances disciplinaires des fédérations sportives ou de l'Agence française de lutte contre le dopage* » (nous soulignons).

<sup>1386</sup> L'assouplissement de la position du Conseil d'État se réalise au stade de la qualification de l'acte : le juge refuse de qualifier d'acte administratif la décision prise par la fédération française délégataire pour sanctionner un sportif à l'occasion de sa participation à une compétition internationale tenue à l'étranger (CE, 19 mars 2010, n° 318549, *Chotard*, *AJDA* 2010. 1443, note J.-C. LAPOUBLE ; *Jurisport* 2010, n° 99, p. 11, obs. G. DURAND). Qualifiée d'acte de droit privé, la sanction pour dopage peut donc faire l'objet d'un arbitrage du Tribunal arbitral du sport.

<sup>1387</sup> CMA, 2015, art. 13.

<sup>1388</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *Doga*, *D.* 2010. 1797, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2884, note M. AUDIT et O. CUPERLIER ; *ibid.* 2540, obs. N. DORANDEU ; *ibid.* 2933, obs. Th. CLAY ; *Rev. crit. DIP* 2010. 743, note D. BUREAU et H. MUIR WATT ; *RTD com.* 2011. 667, obs. P. DELEBECQUE ; *ibid.* 2012. 525, obs. É. LOQUIN ; CA Paris, 18 mars 2014, n° 12/13601, *Sept de cœur*, *D.* 2014. 2541, obs. T. CLAY ; CA Paris, 1<sup>er</sup> juil. 2014, *Scamark*, n° 13/09208, *JCP G* 2014. 1018, note N. MATHEY ; *D.* 2014. 2541, obs. T. CLAY. Comp. antérieurement pour des solutions similaires : CA Paris, 29 mai 1991, *Ganz*, *Rev. arb.* 1991. 478, note L. IDOT ; CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *Rev. arb.* 1993. 645, note Ch. JARROSSON ; *RTD. com.* 1993. 494, obs. É. LOQUIN et J.-Cl. DUBARRY.

<sup>1389</sup> Sur l'existence de clauses d'arbitrage imposées en matière sportive : *supra* nos 410-411 et s.

<sup>1390</sup> En faveur de l'arbitrage : É. LOQUIN, « L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux », in M.-A. MOREAU, H. MUIR WATT et P. RODIÈRE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2010, p. 223 et s., spéc. p. 231 et s. Comp. H. MOTULSKY, « L'arbitrage et les conflits du travail », in *Écrits – Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz,

692. À supposer qu'un contrat de travail soit visé, et que les juridictions prud'homales françaises bénéficient d'une compétence exclusive : l'arbitrabilité est à la discrétion du salarié, lequel demeure libre de saisir ces juridictions ou de recourir à l'arbitrage contractuellement prévu<sup>1392</sup>. Une première limite à la gestion du conflit de normes par les parties apparaît, elle concerne potentiellement certains litiges soumis au Tribunal arbitral du sport : un sportif professionnel exerçant sa profession en France ou domicilié dans ce pays, en tant que salarié<sup>1393</sup>, a la possibilité de contester l'efficacité de la clause d'arbitrage<sup>1394</sup>.

Plus généralement, l'arbitrabilité des contrats de travail demeure incertaine et non résolue par la jurisprudence : qu'en est-il lorsque le juge français ne bénéficie d'aucune compétence exclusive ? Qu'en est-il encore lorsqu'un droit étranger intéressé au litige refuse l'arbitrage des contrats de travail ? Le juge français doit-il en tenir compte ? Ces interrogations continuent de questionner et font l'objet de propositions doctrinales variées<sup>1395</sup>. Retenons ici que les contrats de travail limitent potentiellement l'efficacité des clauses d'arbitrage, et impactent conséquemment toute tentative de gestion du conflit de normes.

---

2010 (réédition), p. 113 et s., spéc. n° 1, p. 113 : « l'arbitrage suppose un équilibre des forces et que partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie ».

<sup>1391</sup> Sur l'arbitrage et les parties faibles : Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, nos 651-653, p. 555 et s. ; É. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Trav. Com. fr. DIP (2004-2006)*, Pedone, 2008, p. 135 et s. ; « L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux », in M.-A. MOREAU, H. MUIR WATT et P. RODIÈRE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2010, p. 223 et s., spéc. p. 224 et s. ; K. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *Cab. arb.* 2007/2, p. 22 et s. ; F. VALENCIA, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007. 45 ; Ch. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Cab. arb.*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 49 et s. ; A. SINAY-CYTERMANN, « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissaires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation internationale », *Rev. crit. DIP* 2009. 427 ; M. DE FONTMICHÉL, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, Recherches juridiques, 2011, nos 29 et s., p. 22 et s.

<sup>1392</sup> Cass., soc., 16 fév. 1999, n° 96-40.643, *Dr. soc.* 1999. 632, note M.-A. MOREAU ; *Rev. crit. DIP* 1999. 745, note F. JAULT-SESEKE : « la clause compromissaire 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, peu important la loi régissant le contrat de travail ». Rapp. Cass., soc., 4 mai 1999, n° 97-41.860 ; Cass., soc., 9 oct. 2001, n° 99-43.288, *Rev. arb.* 2002. 347, note Th. CLAY ; Cass., soc., 28 juin 2005, n° 03-45.042, *Rev. crit. DIP* 2006. 159, note F. JAULT-SESEKE ; *D.* 2005. 3050, obs. Th. CLAY ; *JCP* 2005. I. 179, obs. J. BÉGUIN ; Cass., soc., 12 mars 2008, n° 01-44.654.

<sup>1393</sup> J.-R. COGNARD, *Contrats de travail dans le sport professionnel*, Juris Éditions, Hors-séries Juris, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 55 et s., p. 18 et s. ; G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, nos 286 et s., p. 199 et s.

<sup>1394</sup> Comp., en faveur d'une efficacité de l'arbitrage, fondée sur une convention collective ou un accord sectoriel : J. BARTHÉLÉMY, « L'arbitrage des conflits de travail : une solution pour le sport », *Jurisport*, 2013, n° 129, p. 27 et s.

<sup>1395</sup> F. VALENCIA, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007. 45 ; K. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *Cab. arb.* 2007/2, p. 22 et s. ; Ch. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Cab. arb.*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 49 et s., spéc. nos 23 et s.



693. Par ailleurs, à supposer que l'une des parties soit qualifiée de « partie faible », la clause d'arbitrage est encore potentiellement privée d'effet. Un rapprochement peut être opéré entre consommateurs et sportifs amateurs, les uns et les autres concluant des contrats d'adhésion dans lesquels sont insérées des clauses d'arbitrage par référence<sup>1396</sup>. La problématique du coût de l'arbitrage, évoquée à propos des consommateurs<sup>1397</sup>, est transposable aux sportifs amateurs<sup>1398</sup>, les uns et les autres sont, dans une perspective plus large, en situation d'infériorité vis-à-vis du professionnel ou de la fédération sportive.

Dans l'acception de ce rapprochement, la certitude n'est pas absolue que la clause d'arbitrage soit privée d'effet. Selon la formule de la Cour de cassation : « 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 de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige »<sup>1399</sup>. À l'analyse : « la Cour de cassation semble [...] inviter à distinguer les cas où le litige est arbitral et ceux où il ne l'est pas, *sans toutefois fournir la clé de cette répartition* [...] Ce sont probablement les règles revêtant la nature de loi de police, françaises ou éventuellement étrangères, qui permettront de déterminer quels litiges sont arbitraux et lesquels ne le sont pas »<sup>1400</sup>. Il est pourtant relevé que l'arbitre, pour déterminer sa

---

<sup>1396</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, *op. cit.*, n° 752, spéc. p. 576 : « la licence étant délivrée par les fédérations nationales, et parfois internationales, pour autoriser les compétiteurs à participer aux épreuves sportives qu'elles organisent, ces derniers s'engagent, en contrepartie, à respecter *l'ensemble des réglementations fédérales applicables*. C'est pourquoi ils sont réputés avoir accepté indirectement la clause arbitrale contenue dans les textes de leur fédération internationale. Les clauses arbitrales prévoyant la juridiction du TAS se déduisent en définitive *par référence* aux règlements des fédérations internationales et du CIO » (nous soulignons).

<sup>1397</sup> K. SACHS, « La protection... », *op. cit.*

<sup>1398</sup> Comp. G. SIMON, « L'arbitrage des conflits sportifs », *Rev. arb.*, 1995/2, p. 185 et s., spéc. p. 186 ; F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007.

<sup>1399</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, n° 95-11.429, *Jaguar*, *Rev. arb.* 1997. 537, note. E. GAILLARD ; *Rev. crit. DIP* 1998. 87, note V. HEUZÉ ; *RTD. com.* 1998. 330, obs. É. LOQUIN. Rapp. Cass., 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Rado*, *RTD. com.* 2004. 447, obs. É. LOQUIN ; *JCP G* 2004. I. 134, obs. Ch. SERAGLINI ; *Rev. arb.* 2005. 125, note. X. BOUCOBZA ; *D.* 2004. 2458, note I. NAJJAR ; *D.* 2005. 3050, obs. Th. CLAY.

<sup>1400</sup> Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 653, spéc. p. 559. Comp. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, Manuels, 5<sup>e</sup> éd., 2015, n° 452, p. 319 : « le simple fait pour le consommateur de devoir aller à l'arbitrage pour contester la clause risque de le priver d'accès à la justice », sous cet angle, la question pourrait être posée sur le fondement de l'article 6 de la CEDH (F. VALENCIA, « Parties faibles... », *op. cit.*, spéc. nos 19 et s., p. 62 et s.). Soulignons, à ce titre, qu'une ordonnance du TGI de Paris (4<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 5 mars 2015, *Frédéric X. / Facebook Inc.*, RG n° 12/12401, *D.* 2015. 2214, J. LARRIEU), confirmée par la cour d'appel de Paris (pôle 2, ch. 2, 12 fév. 2016, n° 15/08624, *D.* 2016. 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *RTD. civ.* 2016. 310, note L. USUNIER) répute non écrite la clause attributive de compétence au profit des juridictions californiennes imposées par la société Facebook. Cette clause constitue « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » et « une entrave sérieuse pour un utilisateur français à l'exercice de son action en justice » (nous soulignons). Ceci fournit potentiellement un argument autre pour

compétence : « jouit d'une très grande liberté d'action »<sup>1401</sup>, liberté confirmée par la jurisprudence du Tribunal arbitral du sport, lequel pose une présomption générale de connaissance et d'efficacité des règlements sportifs, donc de la clause d'arbitrage, à l'égard des sportifs<sup>1402</sup>, et ce incluant les mineurs<sup>1403</sup>. La probabilité est conséquemment élevée que l'arbitre retienne sa compétence, la sentence arbitrale, tranchant le conflit de normes, sera potentiellement analysée par l'ordre juridique étatique, en cas de demande d'annulation ou d'*exequatur*.

\*

694. **Conclusion Section 1** – L'effet attendu de la soustraction d'un conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique est d'influer sur le traitement et la solution apportée à ce conflit de normes. Une telle soustraction est permise en raison de l'efficacité de principe des clauses attributives de juridictions et des clauses d'arbitrage, seule la présence de parties dites faibles limite ponctuellement l'efficacité de ces clauses. Une gestion du conflit de normes à l'initiative des parties est donc permise.

## **Section 2 – Effets produits par la soustraction d'un conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique**

---

695. Le principe est admis qu'un conflit de normes puisse être soustrait à la compétence d'un ordre juridique étatique, via les outils du droit international privé, lequel impacte alors la gestion et la résolution de ce conflit. Cette soustraction n'est d'évidence pas sans conséquences : le conflit de normes, résolu pendant l'instance directe, est susceptible de faire à nouveau saillance lors de l'instance indirecte (§1). Le contrôle limité, voire minimal, des juridictions étatiques exercé sur les jugements étrangers et les sentences arbitrales, conduit à questionner l'impérativité des lois et les fonctions de l'autonomie dans la problématique du conflit de normes (§2).

---

contester l'efficacité des clauses d'arbitrage, à supposer que soient réalisés les rapprochements clause d'arbitrage / clause attributive de juridiction et sportif amateur / consommateur.

<sup>1401</sup> Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *ibid.*, n° 653, spéc. p. 560.

<sup>1402</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n° 668, p. 276.

<sup>1403</sup> CAS, 2010/A/2268, 15 sept. 2011, *I. v. Fédération internationale de l'automobile*, spéc. n° 70 : « It is inconceivable that an athlete – whatever his age – might take part in an international competition sanctioned by an international federation without, at the same time, submitting to the sporting rules duly adopted and duly published (in particular on the Internet, as is the case here) by that international federation. Sport requires for all competitors a level playing field, both in a literal and in a metaphorical sense, without which it would not be true sport », *JDI* 2012. 381, obs. É. LOQUIN.

## §1 – Le contrôle *ex post* de l'ordre juridique étatique d'accueil

696. L'expression latine « *ex post* » constitue l'intervention sur un phénomène quelconque après son avènement<sup>1404</sup>. Dans une situation de soustraction du conflit de normes, cette intervention *ex post* signifie que ce conflit a été résolu, la problématique est celle de l'efficacité du jugement étranger ou de la sentence arbitrale, du point de vue d'un ordre juridique étatique. L'ordre juridique d'accueil exerce un contrôle sur la décision prise par un ordre juridique autre, ce contrôle *ex post* confronte le point de vue adopté, dont rend compte le jugement étranger ou la sentence arbitrale, au point de vue de l'ordre juridique d'accueil, lequel accepte ou refuse cette décision<sup>1405</sup>. Le résultat de ce contrôle privant potentiellement d'efficacité la solution apportée au conflit de normes, il convient d'en déterminer précisément l'intensité. Deux situations-types, dont les modalités ne sont pas identiques, sont analysées : le contrôle des jugements étrangers (A) puis celui des sentences arbitrales (B).

### A – Le contrôle des jugements étrangers : une improbable mise en cause du jugement résolvant le conflit de normes

697. Pour préciser la possibilité, les conditions de faisabilité et le type de contrôle exercé sur un jugement étranger, une distinction est opérée entre les solutions retenues dans le cadre du droit européen, le cadre conventionnel, et par le droit commun français<sup>1406</sup>.

---

<sup>1404</sup> S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Locutions latines juridiques*, Dalloz, À savoir, 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 28, *Ex post facto* : « Après ou d'après le fait ». L'*ex post* s'oppose à l'*ex ante*, lequel implique une intervention antérieure à la réalisation d'un phénomène (p. 68-69, *Post factum* et *Post hoc*).

<sup>1405</sup> Selon la distinction opérée par M. Pierre MAYER, les jugements constituent des décisions, lesquelles relèvent de la méthode du conflit de juridictions (*La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1973, n<sup>os</sup> 84 et s., p. 58 et s.), il en résulte que « la question prend donc la forme simple d'une *alternative* entre l'acceptation ou le rejet de l'efficacité d'une norme, dont l'identité est au départ connue. La réponse dépend de la conformité du jugement à un certain nombre de conditions posées par la règle de droit international privé du for » (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, n<sup>o</sup> 373, spéc. p. 266, souligné par les auteurs ; P. MAYER, *ibid.*, n<sup>os</sup> 129 et s., p. 94 et s.). Le droit positif assimile les sentences arbitrales à des décisions par le biais d'une fiction et implique donc un recours à la méthode du conflit de juridictions (S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, Recherches juridiques, 2004, n<sup>os</sup> 234 et s., p. 166 et s.).

<sup>1406</sup> Sur la difficulté de distinguer ces deux régimes : É. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », in *Mélanges Jacques NORMAND. Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 365 et s.

698. Dans le cadre du droit européen, lorsque le jugement d'un État-membre doit être reconnu par un autre État-membre<sup>1407</sup>, le règlement Bruxelles I-*bis* consacre une efficacité, une reconnaissance et une exécution de principe du jugement considéré<sup>1408</sup>. Quelques exceptions limitent cette conception libérale, dont notamment la violation de l'ordre public de l'État d'accueil<sup>1409</sup>. M. Dominique BUREAU et M<sup>me</sup> Horatia MUIR WATT soulignent que « le contrôle de la régularité [du jugement étranger] au regard de la conformité à l'ordre public des autres États concernés permettra de neutraliser *les effets* d'une désignation qui tendait à contourner les dispositions d'une loi de police nationale par le choix d'un juge étranger moins enclin que le for évincé à leur donner effet »<sup>1410</sup>. Cette proposition est toutefois immédiatement pondérée par la « réduction sensible de la portée de l'ordre public de fond » dans « les rapports intra-européens » et l'existence du contrôle de proportionnalité<sup>1411</sup>. L'ordre public des États-membres a pour vocation première d'être opposé aux jugements d'États-tiers à l'Union européenne, afin de protéger : « les droits fondamentaux et les valeurs portées par les lois de police d'origine européenne »<sup>1412</sup>. Il est conséquemment très peu probable que le jugement d'un État-membre, résolvant un conflit de normes dans l'exclusion d'une règle impérative de l'ordre juridique d'accueil, soit privé d'efficacité par cet ordre juridique.

699. La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for édicte des règles jugées « favorables à l'exequatur des décisions rendues sur le fondement d'un accord d'élection de for »<sup>1413</sup>. Parmi les motifs de refus, énumérés à l'article 9 de la Convention<sup>1414</sup>, la réserve visant l'ordre public semble constituer le seul motif au nom

---

<sup>1407</sup> Conv. La Haye, 30 juin 2005, art. 26 §6 b) : « La présente Convention n'affecte pas l'application des règles d'une Organisation régionale d'intégration économique partie à cette Convention, que ces règles aient été adoptées avant ou après cette Convention : b) en ce qui a trait à la reconnaissance ou l'exécution de jugements entre les États membres de l'Organisation régionale d'intégration économique » ; L. USUNIER, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for : beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. crit. DIP* 2010, 37, spéc. n° 17.

<sup>1408</sup> Pour une étude d'ensemble : M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2013.

<sup>1409</sup> Sur l'ensemble de la question : B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 7<sup>e</sup> éd., 2014, nos 643 et s., p. 563 et s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014, nos 476 et s., p. 325 et s.

<sup>1410</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 868, spéc. p. 374 (nous soulignons).

<sup>1411</sup> *Ibid.*, n° 868, p. 374, spéc. note 2.

<sup>1412</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 274, spéc. p. 313 : « Bien que de tels contenus aient vocation, pour l'essentiel, à être opposés aux jugements émanant d'États tiers, il n'en reste pas moins que dans les rapports intra-européens, des conflits d'interprétation comme des conflits de droits pourraient nourrir cette rubrique ».

<sup>1413</sup> L. USUNIER, « La Convention... », *op. cit.*, spéc. n° 31.

<sup>1414</sup> Les commentateurs de la Convention jugent que « les exceptions énoncées aux c, d et e de l'article 9 se recourent [...] assez largement » (L. USUNIER, *ibid.*, spéc. n° 33 ; C. KESSEDIAN, « La Convention... », *op. cit.*, spéc. n° 59).

duquel l'ordre juridique d'accueil pourrait s'opposer à l'efficacité du jugement d'un autre État-signataire méconnaissant l'une de ses règles impératives<sup>1415</sup>.

700. En droit commun, selon le régime institué, résultant de la combinaison des arrêts *Munzer-Bachir-Cornelissen*<sup>1416</sup> sont observables trois conditions : la subordination de la compétence indirecte du juge étranger à l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et ce juge, la conformité du jugement à l'ordre public international, de fond et de procédure, et l'absence de fraude à la loi<sup>1417</sup>. Parmi ces conditions, et malgré l'abandon du contrôle de la loi appliquée, « compétence d'après les *règles françaises* de conflit », depuis l'arrêt *Cornelissen*, l'exception d'ordre public autorise potentiellement le refus de l'efficacité du jugement étranger, ce qu'expliquent MM. MAYER et HEUZÉ : « l'abandon du contrôle de la loi appliquée ne pourra donc être qu'apparent puisqu'il conduira à confier à l'exception d'ordre public un rôle équivalent »<sup>1418</sup>, l'ordre public constitue « un rempart contre la production normative étrangère (loi ou jugement) »<sup>1419</sup>.

701. L'ordre juridique d'accueil a donc la possibilité de sanctionner le non-respect d'une règle impérative, en refusant de reconnaître et/ou d'exécuter le jugement étranger, notamment sur le fondement de l'ordre public. Une limite d'ordre général existe cependant : l'actualisation de cette possibilité suppose que la reconnaissance et l'exécution du jugement étranger soient contestées dans l'ordre juridique dont la règle impérative a été méconnue. Or, la réalisation de ce contrôle *ex post* est aléatoire : les suites de l'arrêt *Monster Cable*, situation où la loi de police française n'a pas été appliquée, indiquent qu'aucune demande en ce sens n'a été formulée<sup>1420</sup>. Une autre situation, inspirée de l'arrêt *La Marsa*, le confirme : supposons qu'un agent de joueurs français effectue une prestation pour un club tunisien, et que ce club refuse de le payer pour défaut de licence.

---

<sup>1415</sup> B. AUDIT, « Observations... », *op. cit.*, spéc. p. 186.

<sup>1416</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1964, *Munzer*, *Rev. crit. DIP* 1964. 344, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1964. 302, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1964. II. 13590, note M. ANCEL ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GADIP*, n° 41. Cass., 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1967, *Bachir*, *Rev. crit. DIP* 1968. 98, note P. LAGARDE ; *JDI* 1969. 102, note B. GOLDMAN ; *D.* 1968. 95, note E. MEZGER ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *GADIP*, n° 45. Cass., 1<sup>re</sup>, 20 fév. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, *D.* 2007. 1195, note L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, *Rev. crit. DIP* 2007. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *JDI* 2007. 1195, obs. F.-X. TRAIN, *D.* 2007. 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

<sup>1417</sup> Sur l'ensemble de la question : D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 263 et s., p. 301 et s.

<sup>1418</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 404, p. 288. Comp. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 280, spéc. p. 321, le contrôle de la loi appliquée « pouvait servir à tout le moins à garantir le domaine d'application impérative de la loi du for ».

<sup>1419</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 169 et s., spéc. n° 1, p. 170.

<sup>1420</sup> M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 345 et s., spéc. p. 348 et s.

Considérons que, saisi du litige, le juge tunisien applique son droit international privé excluant la loi de police française, voire que le litige soit *in fine* tranché en faveur de l'agent sportif invoquant le règlement de la fédération internationale de football<sup>1421</sup>. Condamné à payer les sommes dues à l'agent sportif, quel est le degré de probabilité que ce club tunisien conteste, en France, l'efficacité du jugement ? Et quand bien même, de quelles contraintes potentielles dispose l'ordre juridique français pour s'opposer au paiement des sommes par le club tunisien ? L'observation des situations concrètes relativise la fonction du contrôle *ex-post* à l'égard des jugements étrangers : lorsqu'un conflit de normes est soustrait à la compétence d'un ordre juridique étatique, la probabilité est peu élevée d'une mise en cause de la solution retenue<sup>1422</sup>.

702. Le contrôle *ex post* ne confère d'ailleurs pas à l'ordre juridique d'accueil entière latitude dans la révision de la solution du conflit de normes. Une alternative strictement binaire s'offre à un ordre juridique saisi d'une telle contestation : accepter ou refuser le point de vue exprimé par le jugement étranger. En raison des limites quantitatives et qualitatives du contrôle exercé sur les jugements étrangers, la probabilité apparaît faible d'une mise en cause de la soustraction d'un conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique. Reconnaître une efficacité de principe aux clauses attributives de juridiction est une orientation qualifiée de libérale, dont tous les effets ne sont pas encore précisément perçus. L'étude suivante du contrôle des sentences arbitrales conforte ces conclusions.

## **B – Une efficacité de principe des sentences arbitrales confortée par le contrôle de l'ordre juridique d'accueil**

703. En matière d'arbitrage international, la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères est le texte de référence. L'article VII §1 de cette Convention consacre la règle du traitement le plus favorable : lorsque la législation d'un État ou d'une convention internationale sont évaluées plus favorables à la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, cette

---

<sup>1421</sup> Rappelons que la FIFA n'exige plus le titulariat d'une licence pour exercer l'activité d'agent sportif, il est donc envisageable qu'un agent sportif invoque le règlement FIFA pour obtenir paiement des sommes dues par le club, le litige soulèverait alors un conflit de normes tel qu'exposé précédemment (*supra* nos 613 et s.). Il n'est cependant pas certain que le jugement tunisien soit rendu sur le fondement du règlement FIFA car l'étude des solutions retenues par les juges étatiques témoigne cependant d'un rejet de principe de ces règlements FIFA et d'une réception très ponctuelle (*supra* nos 323 et s.). Comp. à propos de l'arrêt *La Marsa*, M. Bernard AUDIT relève que « les règlements de la FIFA sont très probablement applicables en Tunisie » (*D.* 2002. 1391)).

<sup>1422</sup> Rapp. M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Une impérativité active... », *op. cit.*, spéc. p. 351 : à propos du « sacrifice des lois de police françaises au cas d'espèce », « [l'enseignement] est simple à formuler : le sacrifice est définitif ».

règle prévaut<sup>1423</sup>. Une attention est ici singulièrement portée au droit français de l'arbitrage international, en raison de son orientation libérale quant à l'efficacité des sentences arbitrales<sup>1424</sup>.

704. L'interdiction de réviser la sentence arbitrale au fond<sup>1425</sup> implique qu'échappe au contrôle du juge étatique la décision de l'arbitre, quant à la détermination et la mise en œuvre de la règle de droit<sup>1426</sup>. Il convient donc de se référer aux motifs énumérés par l'article 1520 du Code de procédure, pour identifier les situations dans lesquelles le juge français peut annuler la sentence, refuser de la reconnaître ou d'accorder l'*exequatur*. Dans l'ensemble de ces motifs, la contrariété à l'ordre public international français apparaît seule susceptible de priver cette sentence d'efficacité, ceci supposant que la résolution du conflit de normes ait exclu une règle impérative de l'ordre juridique français.

705. L'ordre public constitue donc, *a priori*, « un instrument de défense des lois de police dans l'arbitrage »<sup>1427</sup>, et permet d'assurer le respect d'une loi de police française, voire d'une loi de police étrangère<sup>1428</sup>. Il n'y a pas lieu, cependant, de valoriser excessivement le rôle conféré à l'ordre public international français : la violation doit être « flagrante, effective et concrète », elle doit, selon la formule fréquemment employée, « crever les yeux »<sup>1429</sup>. Critiqué<sup>1430</sup>, marginal<sup>1431</sup> et, semble-t-il, objet d'un certain recul<sup>1432</sup>,

---

<sup>1423</sup> J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, nos 888 et s., p. 872 et s. ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013, n° 987, p. 902.

<sup>1424</sup> Sur l'évolution de la jurisprudence française vers un libéralisme toujours plus marqué : P. MAYER, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008 p. 459 et s., spéc. nos 5 et s., p. 461 et s. Comp. pour une étude approfondie du traitement des lois de police au stade du contrôle de la sentence dans une perspective comparatiste : L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *Rec. cours La Haye*, vol. 315, 2005, pp. 265-501, spéc. nos 41 et s., p. 327 et s.

<sup>1425</sup> Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *ibid.*, n° 969, p. 880.

<sup>1426</sup> CA Paris, 24 nov. 2005, *Rev. arb.* 2006. 717, note S. BOLLÉE ; CA Paris, 18 nov. 2010, *Rev. arb.* 2011. 567. Comp., à propos des jugements étrangers, D. HOLLEAUX, « Les conséquences de la prohibition de la révision », *Trav. Com. fr. DIP (1980-1981)*, CNRS, 1981, p. 53 et s.

<sup>1427</sup> Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 980, spéc. p. 890-891 ; Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, nos 306 et s., p. 150 et s. ; P. MAYER, « L'étendue du contrôle... », *op. cit.*, spéc. n° 1, p. 459.

<sup>1428</sup> La conception française de l'ordre public international, focalisées sur « l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international » (CA Paris, 27 oct. 1994, *Rev. arb.* 1994. 709 ; CA Paris, 14 juin 2001, *Rev. arb.* 2001. 772, note Ch. SERAGLINI), semble *a priori* s'opposer à toute sanction de la méconnaissance des lois de police étrangères. Comp., pour un contrôle de la sentence considérant les lois de police étrangères : J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1999, nos 914 et s., p. 509 et s. ; Ch. SERAGLINI, *Lois de police...*, *op. cit.*, nos 356 et s., p. 173 et s.

<sup>1429</sup> CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*, *JDI* 2005. 357, note A. MOURRE ; *Rev. Lamy conc.*, fév./avr. 2005. 68, note E. BARBIER DE LA SERRE et C. NOURISSAT ; *JCP G* 2005. II. 10038, note G. CHABOT ; *RTD com.*

2005. 263, obs. É. LOQUIN ; *Rev. arb.* 2005. 529, note L.-G. RADICATI DI BROZOLO ; *Rev. crit. DIP* 2006. 104, note S. BOLLÉE ; Ch. SERAGLINI, « L'Affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation) », *Cab. arb.*, vol. III, *Gaz. Pal.* 2006. 87. CA Paris 23 mars 2006, *Cytec*, *Rev. arb.* 2007. 97, obs. S. BOLLÉE ; *RTD eur.* 2008. 313, obs. L. IDOT et Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Cytec*, *D.* 2008. AJ. 1684, obs. X. DELPECH, Pan. 2560, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, et 2008. 3111, obs. Th. CLAY ; *RTD com.* 2008. 518, obs. É. LOQUIN ; *LPA*, 23 mars 2009, n° 61, p. 8, note A. MALAN ; *Rev. arb.* 2008. 473, note I. FADLALLAH ; *JDI* 2008. 1107, note A. MOURRE ; *JCP* 2008. I. 164, spéc. n° 8, obs. Ch. SERAGLINI, et Actu. 430, obs. J. ORTSCHIEDT.

<sup>1430</sup> Parmi les critiques adressées au contrôle minimaliste des juridictions françaises (P. MAYER, « L'étendue du contrôle... », *op. cit.*, spéc. nos 10 et s., p. 465 et s. ; V. HEUZÉ, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011. 2880 ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 982, p. 891 et s.), le fondement de cette orientation, basé sur la prohibition de la révision des sentences par le juge étatique, est particulièrement fustigé : révision au fond et contrôle de la sentence ne poursuivent pas les mêmes objectifs et modalités (L.-Ch. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007. 177, spéc. nos 29 et s., p. 200 et s. ; Ch. SERAGLINI, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Cab. arb.*, vol. V, Pedone, 2011, p. 198 et s., spéc. nos 15 et s. ; P. MAYER, *ibid.*, spéc. n° 14, p. 469-470), l'argument serait donc « hors de propos dans le cadre des griefs visés à l'article 1520 du Code de procédure civile » (Ch. SERAGLINI, *ibid.*, spéc. n° 16. Comp. pour une utilisation de cet argument pour rejeter tout contrôle approfondi de la sentence : Cass., 1<sup>re</sup>, 25 oct. 2005, n° 02-13.252 : « sous couvert de violation de l'ordre public international non fondé en l'espèce, le grief du troisième moyen ne tend [...] qu'à une révision au fond de la sentence, interdite au juge de l'annulation »). Est par ailleurs critiquée, l'autonomie des parties dans la sphère internationale, notamment défendue par M. Luca RADICATI DI BROZOLO (« Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *Rev. crit. DIP* 2003. 1, spéc. nos 25 et s. ; « Arbitrage commercial international... », spéc. nos 90 et s., p. 384 et s.) : la promotion de l'arbitrage par les États, la *favor arbitrandum*, n'implique pas que l'ordre public soit systématiquement écarté au risque d'affaiblir l'effectivité des règles impératives (P. MAYER, *ibid.*, spéc. n° 13, p. 468-469 ; A. MALAN, *LPA*, 26 mars 2009, n° 61, p. 8 et s., obs. sous Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, *Cytec*). Au regard de ces critiques, interrogations et propositions se poursuivent (L.-Ch. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public... », *op. cit.*, spéc. nos 49 et s., p. 211 et s. ; P. MAYER, *ibid.*, spéc. nos 21 et s., p. 474 et s. ; Ch. SERAGLINI, *ibid.*, spéc. nos 23 et s. ; Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 984, p. 896 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for (remarques en marge des solutions françaises envisagées sous le rapport de l'ordre public substantiel) », *JDI* 2014/3. 813 ; A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, nos 1452 et s., p. 732 et s. ; M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, nos 1083 et s., p. 437 et s.). Ces trois éléments contrastent avec les arguments favorables au contrôle minimaliste des sentences arbitrales : l'action de la Commission européenne, des autorités nationales de concurrence et des juges étatiques assure(ait) le respect des règles impératives, notamment dans le cadre européen (A. MOURRE, *JDI* 2005. 357, spéc. p. 374, obs. sous CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*).

<sup>1431</sup> Une approche comparatiste montre que plusieurs juridictions étrangères « ont clairement indiqué qu'elles entendaient opérer un contrôle approfondi du respect par la sentence de l'ordre public international » (Ch. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage...*, n° 983, p. 894), la Belgique et les Pays-Bas opèrent un tel contrôle, à la différence de l'Italie et les États-Unis (A. MALAN, *ibid.*, obs. sous l'arrêt Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, *Cytec*).

<sup>1432</sup> Un mouvement jurisprudentiel récent, sous l'impulsion de la cour d'appel de Paris, semble avoir abandonné le critère de flagrance pour caractériser une atteinte à l'ordre public et retient seulement une violation « effective et concrète » (CA Paris, 17 janv. 2012, *Rev. arb.* 2012. 569, note M.-L. NIBOYET ; CA Paris, 26 fév. 2013, *Rev. arb.* 2014. 82, note P. DUPREY et C. FOUCHARD ; CA Paris, 4 mars 2014, *Rev. arb.* 2014. 955, note J.-Ch. DELANOY ; CA Paris, 9 sept. 2014, *Rev. arb.* 2015. 543, note A. DE FONTMICHEL ; *RTD. com.* 2015. 67, obs. É. LOQUIN ; CA Paris, 25 nov. 2014, *Rev. arb.* 2015. 555, note C. FOUCHARD ; CA Paris, 7 avr. 2015, *Rev. arb.* 2015. 797, note D. COHEN. Comp. CA Paris, 20 janv. 2015, *Rev. arb.* 2015. 273 : atteinte « manifeste et concrète » et CA Paris, 24 fév. 2015, *Rev. arb.* 2015. 283 : atteinte « manifeste, effective et concrète »).



arbitrales, et à la conclusion d'une faible probabilité de leur mise en cause, au motif qu'une loi de police de l'ordre juridique français, le cas échéant d'un autre ordre juridique, n'a pas été appliquée. M. Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES le résume ainsi : « l'étude [de la] jurisprudence permet de dégager deux grandes précisions sur le contenu de l'ordre public international substantiel [...] : 1° la simple violation, par la sentence arbitrale, d'une règle française d'ordre public interne ne suffit pas à caractériser la contrariété à l'ordre public international ; 2° la simple violation, par la sentence arbitrale, d'une loi de police française ne suffit pas à caractériser la contrariété à l'ordre public international »<sup>1433</sup>.

706. La mise en cause d'une sentence dont la résolution du conflit de normes exclut une règle impérative provient potentiellement du droit européen, sous l'impulsion de la Cour de justice : l'arrêt *Eco Swiss* affirme que les règles impératives du droit européen, en l'espèce relatives au droit de la concurrence, intègrent l'ordre public des États-membres, mais que chaque État demeure libre, au nom de l'autonomie procédurale, de déterminer les conditions pour donner effet à cette exception d'ordre public<sup>1434</sup>. L'arrêt *Thalès*, recourant à cette liberté, pose des conditions particulièrement strictes pour que l'exception d'ordre public soit invoquée à l'encontre d'une sentence arbitrale<sup>1435</sup>. Une incertitude émerge actuellement de l'arrêt *Claro*, par lequel la Cour de justice limite l'autonomie procédurale des États-membres au nom d'un impératif d'effectivité du droit communautaire<sup>1436</sup>. La solution de l'arrêt *Claro*, retenue en référence au droit de la consommation, peut-elle être généralisée<sup>1437</sup> ? L'arrêt *Cytec* atteste du refus des juridictions françaises de transposer cette solution au droit de la concurrence, et confirme l'orientation de l'arrêt *Thalès* : pour être sanctionnée, la violation de l'ordre public doit être « flagrante, effective et concrète ».

---

<sup>1433</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La sentence arbitrale... », *op. cit.*, spéc. n° 4.

<sup>1434</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° C-126/97, *Eco Swiss*, spéc. pt 41 et 48, *Rev. arb.* 1999/3, note L. IDOT ; *JDI* 2000.505, C. PRIETO ; *RTD. com.* 2000.232, S. POILLOT-PERUZZETTO. Comp., à propos du droit de la concurrence communautaire et italien : TFS, 8 mars 2006, *Tensacciai c. Terra Armata*, *Rev. arb.* 2006. 763, note L. G. RADICATI DI BROZOLO ; *Concurrences* 2006, n° 3, p. 10, obs. C. BOVET et *alii.* : « les dispositions du droit de la concurrence, quel qu'il soit, ne font pas partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique ».

<sup>1435</sup> Selon certains, l'arrêt *Thalès* serait contraire à la solution retenue par l'arrêt *Eco Swiss* (Ch. SERAGLINI, *op. cit.*, spéc. nos 18 et s., obs. sous l'arrêt *Thalès*), ce que d'autres auteurs réfutent (S. BOLLÉE, *op. cit.*, spéc. n° 4, obs. sous l'arrêt *Thalès*).

<sup>1436</sup> En l'espèce, la Cour de justice affirme, au détriment de la loi espagnole, que la directive sur les clauses abusives « implique qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation » (CJCE, 26 oct. 2006, n° C-168/05, *Claro*, spéc. point 39).

<sup>1437</sup> Explicitement en ce sens : A. MOURRE, *JDI* 2007. 581, spéc. p. 590 et s. (obs. sous l'arrêt *Claro*) ; Ch. SERAGLINI, *op. cit.*, spéc. n° 17 (obs. sous l'arrêt *Thalès*).

707. Soulignons les possibilités, potentiellement croissantes et continues, offertes par le droit de la concurrence pour s'opposer à l'efficacité des sentences arbitrales, dont l'affaire *Pechstein* témoigne. En l'espèce, consécutivement à la sanction d'une athlète convaincue de dopage par la fédération internationale de patinage, sanction confirmée par le Tribunal arbitral du sport<sup>1438</sup>, le Tribunal fédéral suisse rejette, à deux reprises, les recours formés contre cette sentence<sup>1439</sup>. La cour d'appel de Munich prive cependant cette sentence d'efficacité, au motif que la clause compromissaire, imposée aux sportifs, constitue un abus de position dominante, contraire à l'ordre public allemand<sup>1440</sup>. Cette décision de la cour d'appel munichoise est *in fine* censurée par la Cour fédérale allemande, laquelle affirme que la clause compromissaire ne caractérise par un tel abus de position dominante<sup>1441</sup>.

L'affaire *Wilhelmsbaven* illustre un autre type de refus, cette fois-ci non mis en cause par la Cour fédérale allemande. En l'espèce, un club allemand conteste diverses sanctions prises par la fédération internationale de football (FIFA), et validées par le Tribunal arbitral du sport<sup>1442</sup>. Le juge allemand rejette, en première instance, cette demande au motif que la sentence n'a pas été contestée devant le Tribunal fédéral suisse. La cour d'appel de Brême refuse *in fine* de reconnaître la sentence du Tribunal arbitral du sport, sur le fondement de l'ordre public allemand, pour contrariété au droit européen protégeant la libre circulation des travailleurs<sup>1443</sup>.

708. Ces deux affaires illustrent les divergences d'appréciation dans les solutions apportées aux conflits de normes : dans l'affaire *Pechstein*, l'arbitre retient sa compétence sur le fondement de la clause compromissaire insérée dans un règlement de la fédération sportive internationale, c'est-à-dire sur le fondement d'une règle non-étatique<sup>1444</sup>, laquelle n'est pas contestée lors de l'instance arbitrale. La cour d'appel allemande refuse *ex post* cette solution, consacrant la primauté du droit étatique, avant que la Cour fédérale infirme

---

<sup>1438</sup> CAS, 2009/A/1912&1913, 25 nov. 2009, *P. v. International Skating Union (ISU) & DESG v. ISU*.

<sup>1439</sup> TFS, 1<sup>re</sup> ch. civ., 10 févr. 2010, n° 4A\_612/2009, *C. Pechstein c. International Skating Union et Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft*; TFS, 1<sup>re</sup> ch. civ., 28 sept. 2010, n° 4A\_144/2010, *C. Pechstein c. International Skating Union*.

<sup>1440</sup> OLG Munich, 15 janv. 2015, *Claudia Pechstein c. International Skating Union*, *Rev. arb.* 2015. 909, note M. MAISONNEUVE; *LPA*, 4 juil. 2016, p. 10, obs. J.-M. MARMAYOU.

<sup>1441</sup> BGH, 7 juin 2016, n° 97/16.

<sup>1442</sup> CAS, 2009/A/1810&1811, 5 oct. 2009, *SV Wilhelmsbaven v. Club A. Excursionistas & Club A. River Plate*.

<sup>1443</sup> OLG Brême, 31 déc. 2014, *SV Wilhelmsbaven c. FIFA et DFB*.

<sup>1444</sup> CAS, 2009/A/1912&1913, *op. cit.*, spéc. n° 2 et 3 : « Article 13.2.1 of the [International Skating Union] ADR reads as follows: “In cases arising from an International Event or in cases involving International-Level Skaters, the decision of the ISU Disciplinary Commission may be appealed exclusively to CAS in accordance with the provisions applicable before such court. [...]”. ; The jurisdiction of the CAS has been explicitly recognised by the parties in their briefs and in the Order of Procedure they have signed. ».

cette décision. Dans l'affaire *Wibelmshaven*, du point de vue de l'arbitre, une disposition d'un règlement de la FIFA, prévoyant un régime spécial pour les joueurs évoluant dans le cadre de l'Union européenne, doit être écartée au profit de la disposition de principe de ce règlement<sup>1445</sup> : le conflit de normes est donc, en l'espèce, résolu au profit d'une règle non-étatique, laquelle ne prend pas en compte les impératifs du droit européen. Du point de vue de l'ordre juridique allemand, le juge refuse de donner effet à cette décision, en raison de la nationalité italienne du joueur concerné, qu'il estime dès lors protégé par les dispositions du droit européen.

709. Ces deux affaires illustrent, encore et par ailleurs, l'indépendance des points de vue adoptés par les ordres juridiques étatiques lors du contrôle des sentences arbitrales : dans l'affaire *Pechstein*, l'arbitre confirme une sanction, l'ordre juridique suisse refuse d'annuler la sentence, et l'ordre juridique allemand accepte finalement cette sanction après l'avoir initialement refusée. L'affaire *Wibelmshaven* atteste aussi cette indépendance des points de vue exprimés, rien ne garantit qu'un autre ordre juridique eût exprimé pareil refus dans une affaire similaire. La portée du refus est donc strictement circonscrite à l'ordre juridique auteur de cette décision, la sentence arbitrale est susceptible de produire effet dans d'autres ordres juridiques. Questionnons alors, quant à l'impérativité des lois, les effets produits, conséquents de ce contrôle *ex post*.

## §2 – Effets produits par le contrôle *ex post* à l'égard de l'impérativité des lois

710. Le contrôle *ex post* des ordres juridiques étatiques, sur les jugements étrangers et les sentences arbitrales, est, en premier lieu, circonstanciel : l'une des parties évalue le résultat obtenu et conclut à son intérêt, à contester la décision ou à ce que soit reconnue ou exécutée ladite décision. Il n'est donc pas certain qu'un ordre juridique étatique, notamment celui dont la règle impérative a été violée, soit saisi de telles demandes.

Le contrôle *ex post* des ordres juridiques étatiques, lors de l'instance indirecte, est, en second lieu, d'une intensité variable, approfondi ou minimal, visant en particulier la violation des règles impératives.

Conjugué de l'efficacité de principe des clauses attributives de juridiction et des clauses d'arbitrage, ce contrôle, circonstanciel et d'intensité variable, invite à questionner les conséquences de cette orientation libérale quant à l'impérativité des lois (A) et à en analyser les causes (B).

---

<sup>1445</sup> Sur la mise à l'écart de la disposition du règlement FIFA du statut et du transfert des joueurs, annexe 4, art. 6, §3 au profit des articles 4 et 5 de la même annexe : CAS, 2009/A/1810&1811, *op. cit.*, spéc. nos 43 et s., spéc. n° 46 : « The fact that the criterion of nationality is irrelevant goes back to the rational and the history of the provision itself, and has been confirmed by the CAS ».

## A – Le développement d’une impérativité dynamique

711. Évoquer une dynamique de l’impérativité entend signifier que celle-ci s’exprime dans certaines hypothèses et s’éclipse dans d’autres : l’impérativité ne s’exprime quasiment plus antérieurement à l’instance, en raison de l’efficacité des clauses d’élection de for et d’arbitrage, il est possible qu’elle s’exprime dans le cours de l’instance, en fonction du traitement réservé aux lois de police par le juge ou l’arbitre, elle s’exprime enfin postérieurement à l’instance, lors du contrôle exercé par l’ordre juridique d’accueil.

712. Cette dynamique de l’impérativité est particulièrement caractérisée par le contrôle *ex post*, lequel génère un « contentieux de l’efficacité »<sup>1446</sup>, se développant postérieurement à l’instance directe : quel que soit le sens et la nature de la décision, jugement ou sentence arbitrale, « la multiplicité de centres décisionnels dans le monde » permet aux acteurs de la scène internationale, citoyens ou opérateurs économiques, de « les jouer les uns contre les autres »<sup>1447</sup>. Dans une problématique de conflit de normes, les affaires *Pechstein* et *Wilhelmshaven* sont exemplaires : la sanction de la fédération internationale est confirmée par le Tribunal arbitral du sport, et à nouveau confirmée par l’ordre juridique suisse dans l’affaire *Pechstein*. Ces décisions sont contestées au sein de l’ordre juridique allemand, lequel soit s’oppose, soit admet leur efficacité.

713. Cette pluralité de points de vue et de regards portés sur les situations dans le concret de l’action appelle une observation sur l’organisation ou l’absence d’organisation des interactions entre les différents systèmes : il est suggéré que les « divers champs normatifs spéciaux » réfléchissent « sur leur propre coordination avec d’autres ensembles sous peine de sombrer dans le désordre et l’hégémonie de la force »<sup>1448</sup>. Une non reconnaissance des sentences du Tribunal arbitral du sport et des sanctions des fédérations sportives internationales par des ordres juridiques étatiques produit potentiellement des effets non souhaitables pour le mouvement sportif. À ce titre, le Tribunal arbitral du sport s’est ému du refus de la cour d’appel de Munich dans l’affaire

---

<sup>1446</sup> L’affaire *Chevron-Texaco* offre une illustration de ce « contentieux de l’efficacité » : l’exécution d’un jugement équatorien, ultérieurement confirmé par la Cour suprême de l’Équateur, condamnant la société *Chevron*, a notamment été demandée en Argentine, au Brésil et au Canada contre des filiales de la société *Chevron* (H. MUIR WATT, « *Chevron*, l’enchevêtrement des fors », *Rev. crit. DIP* 2011. 339 ; *Rev. crit. DIP* 2014. 397 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 122-1, p. 149 et s. Comp. K. MARTIN-CHENUT et C. PERRUSO, « L’affaire *Chevron-Texaco* et l’apport des projets de Conventions *Ecocrimes* et *Ecocide* à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales », in L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l’écocide : le droit pénal au secours de l’environnement*, Bruylant, 2015, p. 67 et s.).

<sup>1447</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *ibid.*, n° 582-20, p. 708.

<sup>1448</sup> *Ibid.*, n° 582-23, p. 710.

*Pechstein*, en indiquant notamment que : « le fait que des tribunaux étatiques puissent ouvrir à nouveau des affaires impliquant leurs athlètes nationaux pourrait mettre en danger non seulement l'efficacité sur le plan international mais aussi l'harmonie des décisions rendues dans le cadre d'affaires disciplinaires relatives au sport [...] Le risque de décisions contradictoires serait également plus élevé, avec des athlètes qui seraient capables de concourir dans certains pays mais pas dans d'autres. *Ceci affecterait la crédibilité du sport de manière générale* »<sup>1449</sup>.

714. Par ailleurs, cette dynamique de l'impérativité rend incertaine l'application des règles impératives, qu'elles soient d'origines étatique, européenne ou non-étatique, et tend à les transformer en « règles d'application semi-nécessaire » selon l'expression, fréquemment usitée, de M. Luca RADICATI DI BROZOLO<sup>1450</sup>. Ce constat, anticipé par M. François RIGAUX, rend compte de l'émergence d'un « système de relativité générale », dans lequel les couples conceptuels devenus classiques, tels impératif/supplétif, interne/international, public/privé, perdent de leur pertinence et/ou requièrent d'être pensés à nouveau<sup>1451</sup>.

715. *In fine*, il apparaît que ce système de relativité générale bénéficie aux citoyens, aux opérateurs privés, et, dans le cadre de cette investigation, au système sportif. Ces acteurs utilisent la diversité et la pluralité des législations nationales, des fors et des outils

---

<sup>1449</sup> TAS, communiqué, 27 mars 2015, p. 2 (nous soulignons). Comp. le communiqué publié le 7 juin 2016 suite à l'arrêt de la Cour suprême allemande.

<sup>1450</sup> L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *Rev. crit. DIP* 2003. 1.

<sup>1451</sup> Fr. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, pp. 9-407, spéc. p. 20 (« avant-propos »). Sans prétendre à la satisfaction de ce besoin perçu de conceptualisation, une dimension d'analyse rend potentiellement compte de cette évolution du statique au dynamique à propos du couple supplétif/impératif, et ce en référence aux pensées hégélienne et kantienne. HEGEL perçoit l'État comme « tout-puissant » : « Le "droit de l'État" va l'emporter sur tous les droits subjectifs des particuliers. L'État détient le droit suprême contre ceux des particuliers [...] Nous sommes loin de Hobbes, Locke et Kant. L'État n'est plus un produit du *contrat* social, mais il résulte d'un *dépassement* de l'individu sur lui-même. L'individualisme s'est surmonté. L'État, d'instrument au service des individus, est devenu comme la cité grecque une réalité autonome » (M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2001 (réédition), n° 97, spéc. p. 125-126, souligné par l'auteur. Rapp. B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1<sup>re</sup> éd., 1999, n° 20, spéc. p. 31 : « Hegel, après plusieurs retournements dialectiques, débouche au terme de sa *Philosophie du Droit* sur la conclusion que la fin du droit n'est plus le profit de l'individu, mais le service de la communauté : le droit de l'État prime les droits subjectifs des particuliers [...] il est devenu la plus haute des réalités, "en soi et pour soi", même si l'État n'est pas conçu comme oppressif et s'il intègre les libertés individuelles plus qu'il ne les détruit »). KANT distingue les impératifs hypothétiques/problématiques, lesquels « dépendent d'une fin à poursuivre », des impératifs catégoriques, « inconditionnellement obligatoires » (Ch. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2012, n°30, spéc. p. 116 et p. 120-121). Dans les relations internationales privées, au regard du couple supplétif/impératif, l'impératif catégorique déclinant, voire disparaissant, seul l'impératif « problématique » serait encore à l'œuvre et dont la gestion constituerait un nouvel enjeu.

juridiques à leur disposition. En une phrase, « l'autorité [du droit étatique] s'efface au profit de la volonté privée dans le champ même où il a facilité la privatisation des normes applicables en donnant aux acteurs privés les outils permettant de les mettre en concurrence »<sup>1452</sup>. Ce mouvement, *en tendances*, s'oriente de l'absolu au relatif, de l'universel et l'intemporel au circonstanciel et situé : des sujets, pensant et projetant, choisissent le système de contraintes les obligeant<sup>1453</sup>. Cette synthèse est une invitation à considérer les fonctions et l'impact du droit international privé, quant à cette impérativité dynamique.

## B – Droit international privé et dynamique de l'impérativité

716. Cette dynamique de l'impérativité s'explique, au moins partiellement, par la libéralisation progressive du droit international privé, libéralisation notamment caractérisée par la promotion de l'autonomie de la volonté, laquelle : « marque d'une empreinte nouvelle le droit des conflits de lois », dans ses méthodes, ses fonctions, voire sa nature même<sup>1454</sup>. L'une des évolutions majeures se situe au plan des fonctions attribuées à l'autonomie de la volonté : instrument de la résolution du conflit de lois, elle tend à devenir un outil de gestion du pluralisme juridique et ne peut être réduite, ou limitée, à un strict choix de loi<sup>1455</sup>.

717. Cette gestion du pluralisme juridique confère deux fonctions au droit international privé : la première est d'assurer l'efficacité des règles voulues par les parties, ceci s'illustrant avec acuité dans le cadre de cette recherche : les règles non-étatiques, *ab initio* pourvues d'une applicabilité relative, deviennent applicables et efficaces par l'intermédiation du droit international privé. La deuxième fonction de ce droit est de renforcer cette efficacité des règles non-étatiques, par la mise à l'écart des règles impératives, via la combinaison des choix de loi et de for, judiciaire ou arbitral, sans

---

<sup>1452</sup> H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », *Revue internationale de droit économique*, 2010/1, p. 104 et s., spéc. p. 107.

<sup>1453</sup> Sur la dimension philosophique, ceci traduit une évolution de l'*allo-* et de l'*hétéro-*, ce qui s'impose de l'extérieur, vers l'*auto-* (détermination du sujet) et le co- (intersubjectivité : décider ensemble du système de contraintes (pré-existant) que l'on s'oblige à respecter.

<sup>1454</sup> D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle dans les conflits de lois », in *Mélanges François TERRÉ. L'avenir du droit*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 285 et s., spéc. n° 2, p. 286.

<sup>1455</sup> H. MUIR WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 77 et s., spéc. p. 79 : « à la périphérie du conflit de lois, les clauses de choix contractuels de for, le régime de l'arbitrage commercial international et les conditions de circulation des jugements et des sentences ont fait l'objet d'une libéralisation progressive, conférant à l'autonomie des parties une portée qui dépasse largement le seul choix de la loi applicable au contrat. Or, loin d'intervenir à la marge, cette dernière évolution est en réalité emblématique du déclin du modèle libéral dans un environnement globalisé, au profit de l'avènement d'un schéma néolibéral dès lors que l'on dépasse les frontières du seul ressort national » (nous soulignons).

ignorer l'impact de l'allègement progressif du contrôle *ex post* exercé par les ordres juridiques étatiques à l'encontre des décisions.

718. L'évolution du droit international privé apparaît donc comme la cause première de cette dynamique de l'impérativité. Cette orientation dominante des ordres juridiques étatiques à l'égard du traitement des rapports internationaux privés est une orientation politique, laquelle révèle la dimension politique du droit international privé. M. Dominique BUREAU et M<sup>me</sup> Horatia MUIR WATT évoquent une « contractualisation » et une « délégation » des modes de résolution des litiges au bénéfice des parties, chacune « de toute évidence n'est pas neutre du point de vue de la gouvernance globale »<sup>1456</sup>. Cette « contractualisation » se concrétise par le développement des clauses attributives de juridiction, et encore plus de l'arbitrage, développement fréquemment nommé *favor arbitrandum*, tendant à libéraliser l'arbitrabilité des litiges et le contrôle *ex post* à l'égard de ces sentences. À titre d'exemple, M. Antonio RIGOZZI évoque : « le soutien presque inconditionnel manifesté par le Tribunal fédéral à l'égard du [Tribunal arbitral du sport] »<sup>1457</sup>. Ce processus rend compte d'une évolution de conception, celle d'une autonomie concédée par l'État, selon un modèle libéral, à une autonomie « facteur de concurrence normative » dans un cadre néolibéral<sup>1458</sup>. L'impact de cette orientation est pondéré par la régulation et le contrôle des ordres juridiques supra-étatiques de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'Homme, objets de l'examen suivant.

\*

719. **Conclusion Section 2** – La soustraction du conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique a pour effet un développement du contrôle *ex post* des jugements étrangers et des sentences arbitrales, contrôles dont l'intensité décroît. Ce contrôle exercé par l'ordre juridique d'accueil met exceptionnellement en cause la résolution, par un autre for, judiciaire ou arbitral, du conflit de normes. Une dynamique de l'impérativité s'observe, à laquelle le droit international privé contribue.

---

<sup>1456</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n° 145, p. 178.

<sup>1457</sup> A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, n° 1462, p. 743.

<sup>1458</sup> H. MUIR WATT, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2009, p. 77 et s. ; « Économie de la justice arbitrage international : réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation », *Rev. arb.* 2008/3. 389.

720. **Conclusion Chapitre 2** – Exprimer une gestion du conflit de normes à l’initiative des parties implique une soustraction de ce conflit à la compétence d’un ordre juridique étatique, dont l’effet attendu est une modification de la solution par les juges et les arbitres, autorisant une expression du droit non-étatique. L’efficacité de principe des clauses d’élection de for et d’arbitrage, renforcée par la faible intensité du contrôle exercé par les ordres juridiques étatiques sur les jugements étrangers et les sentences arbitrales, facilitent un tel processus, dont émerge une impérativité dynamique.

721. **Conclusion Titre 5** – La résolution, par un ordre juridique étatique, d’un conflit de normes opposant une règle étatique impérative et une règle non-étatique revendiquant son application à la situation considérée, est, en dominante, favorable au droit étatique ou à la *lex fori*. Ceci explique que les acteurs de la scène internationale cherchent à soustraire ce conflit à la compétence de l’ordre juridique étatique, à fin de bénéficier d’un traitement autre du conflit de normes, par un juge étranger et plus encore un arbitre, dont il apparaît que la décision n’est qu’exceptionnellement mise en cause lors de l’instance indirecte. Cette dynamique tend à relativiser l’impérativité des lois.



## Titre 6 – Le conflit de normes du point de vue des ordres juridiques supra-étatiques

722. Conformément à la définition retenue, il y a conflit de normes dans une situation où deux normes se revendiquent impérativement applicables et dont le contenu matériel diffère<sup>1459</sup>. Appréhendé par les ordres juridiques étatiques, il est possible que ce conflit de normes soit résolu par les ordres juridiques supra-étatiques, via leur juridiction respective, singulièrement la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme.

723. L'étude conjointe de ces deux juridictions peut *a priori* surprendre mais, outre la mention d'un « ordre juridique européen »<sup>1460</sup> les regroupant, l'action de ces juridictions encadre la production normative des acteurs non-étatiques par l'existence d'un contrôle *direct* de la Cour de justice et d'un contrôle *indirect* de la Cour européenne des droits de l'Homme.

724. La structure du conflit de normes, qu'il soit présenté à un ordre juridique étatique ou supra-étatique, n'est pas modifiée, seules diffèrent les modalités de résolution : n'existe ici aucun recours aux règles et méthodes du droit international privé, le droit non-étatique est confronté aux règles impératives de ces ordres juridiques supra-étatiques, la résolution du conflit de normes prend la forme d'un *contrôle de proportionnalité*. Une atteinte aux règles de ces ordres juridiques supra-étatiques est admise, à condition qu'elle soit proportionnée aux objectifs poursuivis par la règle non-étatique.

725. Les conflits de normes résolus par les ordres juridiques supra-étatiques sont quantitativement limités, et, de manière générale, il est rare que la Cour de justice ou la Cour européenne des droits de l'Homme interagissent avec le droit non-étatique. Mentionnons un arrêt dans lequel la Cour de justice affirme, et ce : « afin de déterminer le lieu de livraison au sens [du règlement Bruxelles I] », que : « la juridiction nationale doit prendre en compte tous les termes et toutes les clauses pertinents de ce contrat, *y compris, le cas échéant, les termes et les clauses généralement reconnus et consacrés par les usages du commerce*

---

<sup>1459</sup> Pour un exposé de la structure du conflit de normes : *supra* nos 576 et s.

<sup>1460</sup> M. DELMAS-MARTY, « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000. 421, spéc. p. 421 : « L'existence des deux cours européennes, celle de Strasbourg pour les droits de l'homme et celle de Luxembourg pour la Communauté européenne, symbolise d'ailleurs la dualité des facteurs d'« européanisation » de l'ordre juridique ».

*international, tels que les Incoterms*, pour autant qu'ils sont de nature à permettre d'identifier, de manière claire, ce lieu »<sup>1461</sup>.

726. En raison de la rareté du contentieux, une attention particulière est portée à l'activité sportive, laquelle est un exemple topique de l'impact de règles non-étatiques sur le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'Homme. M. Franck LATTY considère que : « plus la norme fédérale s'éloigne de la chose sportive *stricto sensu* pour porter sur la nationalité des athlètes, leurs contrats de travail, etc., plus elle a de chances de venir rencontrer, et le cas échéant heurter, un ordre juridique d'émanation publique »<sup>1462</sup>. Sont étudiés les conflits de normes des points de vue de l'Union européenne (Chapitre 1) et du Conseil de l'Europe, en particulier la Convention européenne des droits de l'Homme (Chapitre 2).

---

<sup>1461</sup> CJUE, 9 juin 2011, n° C-87/10, *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*, spéc. points 21 et 22, *D.* 2011. 1694, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2434, obs. L. D'AVOUT ; *D.* 2012. 1144, obs. Cl. WITZ ; *RTD com.* 2011. 813, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *JCP G* 2011. 1002, note D. MARTEL ; *RLDA* 2011, n° 64, p. 63, obs. C. RADTKE.

<sup>1462</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 150. Comp. pour le contrôle de la légalité d'un code de conduite, adopté par une société pour se conformer aux exigences de la loi américaine *Sarbanes Oxley* : Cass., soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, *Dassault*, où la Cour retient, en l'espèce, l'illicéité du code de conduite.

## Chapitre 1 – L'ordre juridique de l'Union européenne : un contrôle direct du droit non-étatique

727. La dimension économique de l'Union européenne, antérieurement Communauté, entraîne nécessairement l'établissement de liens avec le droit non-étatique et le droit européen : la promotion de libertés plurielles, dont notamment la libre circulation des travailleurs, conduit la Cour de justice à développer une approche européenne du droit non-étatique et, par extension, du conflit de normes. Cette approche du droit non-étatique propose quelques arrêts, que l'on qualifiera ici de « grands arrêts », contrastant avec le peu de mentions du droit non-étatique par les textes européens : le sport, cependant, fait l'objet d'une compétence d'appui de l'Union européenne<sup>1463</sup>. Au gré des litiges, la Cour de justice exerce et construit un contrôle des règles non-étatiques (Section 1), contrôle dont les modalités sont progressivement modifiées afin d'accroître son ampleur (Section 2).

### Section 1 – Le contrôle des règles non-étatiques par la Cour de justice de l'Union européenne

---

728. Les modalités du contrôle des règles non-étatiques précisées (§1), la Cour de justice, contribuant à l'objectif de réalisation du marché intérieur, résout de nombreux conflits de normes entre droit européen et droit non-étatique (§2).

#### §1 – Modalités du contrôle du droit non-étatique par la Cour de justice

729. Les principes fondateurs du contrôle des règles non-étatiques sont établis en 1974 par l'arrêt *Walrave et Koch* : en l'espèce, une règle édictée par la fédération internationale de cyclisme (UCI), énonçant que, dans le cadre d'un championnat du monde : « l'entraîneur doit être de la même nationalité que son coureur », est contestée par deux ressortissants néerlandais, lesquels estiment cette règle incompatible avec le principe de non-discrimination et les libertés de circulation protégés par le droit européen<sup>1464</sup>. Cette situation offre l'opportunité à la Cour de justice de fixer les modalités du contrôle opéré quant aux règles sportives et, par extension, les règles non-étatiques

---

<sup>1463</sup> La réglementation européenne du sport est encore marginale et dominée par la *soft law* (F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 277, p. 135). L'article 6 TFUE dispose cependant que « L'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres. Les domaines de ces actions sont, dans leur finalité européenne : e) l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport », compétence d'attribution explicitée à l'article 165 TFUE.

<sup>1464</sup> CJCE, 12 déc. 1974, n° 36/74, *Walrave et Koch*, spéc. points 1 à 3.

(A). Ces modalités sont postérieurement confirmées, nonobstant l'introduction d'un contrôle de proportionnalité (B).

## **A – Les fondements du contrôle : l'arrêt *Walrave et Koch***

730. Trois principes opérationnels résultent de l'arrêt *Walrave et Koch* : la différenciation opérée selon la nature des règles non-étatiques (1.) et la nécessaire localisation du rapport juridique sur le territoire européen (2.) précisent l'objet du contrôle. Par ailleurs, la volonté de la Cour de justice de contrôler la production normative d'acteurs privés ou non-étatiques confère à ce contrôle un vaste champ d'application (3.).

### **1. – Un contrôle exclusivement porté sur les règles non-étatiques économiques**

731. L'arrêt énonce premièrement que : « l'exercice des sports ne relève du droit communautaire que dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 du Traité »<sup>1465</sup>, établissant une claire différence entre les règles des activités d'ordre économique se déployant dans le contexte sportif, soumises aux dispositions du droit européen, et les règles régissant l'activité strictement sportive, par principe exclues dudit Traité<sup>1466</sup>. La différenciation s'opère selon la nature économique ou non-économique des règles non-étatiques.

732. Au regard de son statut de critère départiteur, et de l'absence de précisions dans l'arrêt *Walrave et Koch*, cette notion d'« activité économique » requiert approfondissement. Le désormais célèbre arrêt *Höfner* indique que la finalité de l'activité permet de déterminer sa nature économique<sup>1467</sup> : pour être ainsi qualifiée, la règle non-étatique doit être évaluée en dominante d'ordre économique, c'est-à-dire relevant d'une activité particulière de nature économique, activité participant d'un projet autre, se conjuguant avec des activités de types différents concourant ensemble à une action plus globale. Le champ d'action dans lequel cette règle est déployée, qu'il soit sportif ou autre, n'importe pas. La compréhension de la notion d'activité économique est précisée en

---

<sup>1465</sup> CJCE, 12 déc. 1974, n° 36/74, *Walrave et Koch*, spéc. point 4.

<sup>1466</sup> Les règles strictement sportives sont parfois qualifiées de « purement sportives » : G. AUNEAU, « L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives », *RTD. euro.* 2007. 361 ; Ph. ICARD, « La spécificité du sport menacée ? », *D.* 2007. 635.

<sup>1467</sup> CJCE, 23 avr. 1991, n° C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz c. Macrotron*, M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n° 37, p. 186 et s., obs. J.-P. VIENNOIS.

creux, lorsque la Cour de justice précise la définition des règles non-économiques : il s'agit, *a minima* dans le champ de l'action sportive, de règles justifiées par des « motifs non économiques, tenant au caractère et au cadre spécifique de certaines rencontres », « intéressant uniquement le sport, et, en tant que telle, étrangère à l'activité économique »<sup>1468</sup>.

733. Saisi d'un litige concernant le droit non-étatique, ceci suppose que le juge procède préalablement à la qualification de la règle, la finalité est-elle, ou non, économique ?, qualification déterminant les modalités du contrôle. Deux qualifications sont possibles, chacune entraînant un régime distinct : lorsque la qualification de « règle économique » est retenue, la règle considérée est confrontée aux dispositions du droit européen, et est alors susceptible d'être déclarée incompatible. Lorsque la qualification de « règle économique » est refusée, cette règle non-étatique n'est pas soumise à examen, écartant le risque de mise en cause.

734. La Cour de justice cependant, dès l'arrêt *Walrave et Koch*, entend encadrer strictement la qualification de règle non-économique, précisant que : « *cette restriction du champ d'application des dispositions en cause doit cependant rester limitée à son objet propre* »<sup>1469</sup>. La Cour indique le caractère exceptionnel de cette qualification, et, il « appartient à la juridiction nationale de qualifier, *au regard de ce qui précède*, l'activité soumise à son appréciation et de décider en particulier, si, dans le sport en cause, entraîneur et coureur constituent ou non une équipe »<sup>1470</sup>.

## **2. – La localisation du rapport juridique sur le territoire européen : condition du contrôle par la Cour de justice**

735. L'arrêt *Walrave et Koch* indique, deuxième principe opérationnel autorisant le contrôle d'une règle non-étatique, qualifiée d'économique, que le rapport juridique, entendu *lato sensu*, doit produire effet sur le territoire de la communauté : « attendu que la règle de non-discrimination, du fait qu'elle est impérative, s'impose pour l'appréciation de tous rapports juridiques, dans toute la mesure où ces rapports, en raison soit du lieu où ils sont établis, soit du lieu où ils produisent leurs effets, peuvent être localisés sur le territoire de la Communauté »<sup>1471</sup>.

---

<sup>1468</sup> CJCE, *op. cit.*, *Walrave et Koch*, spéc. point 8 ; CJCE, 14 juil. 1976, aff. 13/76, *Donà*, spéc. p. 14 ; CJCE, 15 déc. 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, spéc. points 76 et 127.

<sup>1469</sup> CJCE, *ibid.*, *Walrave et Koch*, spéc. point 9 (nous soulignons).

<sup>1470</sup> *Ibid.*, spéc. point 10 (nous soulignons).

<sup>1471</sup> *Ibid.*, spéc. point 28.

736. L'appréciation de cette localisation du rapport juridique relève des juridictions nationales, « en considération des circonstances de chaque cas particulier », leur permettant de « tirer [...] les conséquences d'une éventuelle violation de la règle de non-discrimination »<sup>1472</sup>, prévue par le droit européen. La localisation du rapport juridique fait potentiellement l'objet d'une interprétation extensive, en atteste la proposition de M. Franck LATTY, s'appuyant sur les arrêts *Prodest*<sup>1473</sup> et *Boukhalifa*<sup>1474</sup> : « un sportif concourant dans des compétitions se déroulant en dehors du territoire communautaire pourra même se prévaloir du traité »<sup>1475</sup>.

### **3. – Le projet explicite de la Cour de justice : contrôler la production normative des acteurs privés et non-étatiques**

737. La Cour de justice précise encore, en troisième principe fondateur, que l'origine, publique, privée ou non-étatique, de la règle contrôlée n'importe pas : « la protection [des] discriminations s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également *aux réglementations d'une autre nature* visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services »<sup>1476</sup>. Cette formulation appelle généralisation : toute règle, quelle que soit son origine, est potentiellement objet de contrôle de la Cour de justice. En conséquence, toutes les règles non-étatiques étudiées dans le cadre de cette investigation peuvent être confrontées aux dispositions du droit européen.

738. Cet énoncé laisse entendre que la Cour de justice veuille s'ériger en contre-pouvoir de l'action des acteurs privés et non-étatiques. Elle rejette effectivement tout argument liant l'autonomie privée aux libertés de circulation : cette autonomie privée ne figure pas parmi les principes susceptibles de justifier une entrave à la circulation<sup>1477</sup>. M. Franck LATTY apprécie : « la marge d'autonomie que les ordres juridiques étatiques laissent aux organisations de droit privé pour s'autoréguler est d'autant rétrécie par l'ordre juridique communautaire qui récupère cet espace de liberté »<sup>1478</sup>. La Cour affirme encore, dans l'arrêt *Bosman*, étudié *infra*, que : « le principe de subsidiarité, dans l'interprétation que

---

<sup>1472</sup> *Ibid.*, spéc. point 29.

<sup>1473</sup> CJCE, 12 juil. 1984, n° 237/83, *Prodest*, spéc. point 6.

<sup>1474</sup> CJCE, 30 avr. 1996, n° C-214/94, *Boukhalifa*, spéc. point 22.

<sup>1475</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 701.

<sup>1476</sup> *Ibid.*, spéc. point 17 (nous soulignons).

<sup>1477</sup> A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, Thèses, 2014, nos 746 et s., p. 290 et s., spéc. n° 748, p. 290.

<sup>1478</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 701.

lui donne le gouvernement allemand, à savoir que l'intervention des autorités publiques, et notamment de celles communautaires, dans la matière en cause doit être limitée au strict nécessaire, *ne peut avoir pour effet que l'autonomie dont disposent les associations privées pour adopter des réglementations sportives limite l'exercice des droits conférés par le Traité aux particuliers* »<sup>1479</sup>. Elle estime, et ce dès l'arrêt *Walrave et Koch*, que les protections accordées par le droit européen, « objectifs fondamentaux de la Communauté », seraient compromises « si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public »<sup>1480</sup>. M. Frédéric BUY analyse : « on se situe bien dans la logique d'une négation de l'autonomie de l'ordre juridique sportif »<sup>1481</sup>.

739. Synthétisons les informations issues de la jurisprudence *Walrave et Koch* : une règle non-étatique, quelle que soit son origine, produisant effet sur le territoire européen et obtenant la qualification de règle économique, est soumise aux dispositions du droit européen. La caractérisation de ces paramètres situationnels relève d'une appréciation *in concreto* des juges, lesquels, en l'occurrence, ont retenu que : « la [règle de non-discrimination prévue par le Traité] ne concerne pas la composition d'équipes sportives, en particulier sous forme d'équipes nationales, la formation de ces équipes étant une question intéressant uniquement le sport »<sup>1482</sup>. Le règlement d'une fédération sportive internationale, relatif à la composition d'équipes sportives, potentiellement exclusivement les équipes sportives nationales, ressortit à une règle non-économique, n'entravant pas les libertés européennes. Le conflit de normes est donc, dans la situation considérée, résolu en faveur du droit non-étatique, de nombreux arrêts, postérieurs à l'arrêt *Walrave et Koch* indiquent que tel n'est pas toujours le cas.

## **B – Confirmation des modalités de contrôle et introduction du contrôle de proportionnalité : les arrêts *Donà* et *Bosman***

740. En 1976, l'arrêt *Donà* confirme, dans une formulation quasi-identique<sup>1483</sup>, l'orientation de l'arrêt *Walrave et Koch* : « l'exercice des sports relève du droit

---

<sup>1479</sup> CJCE, 15 déc. 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, spéc. point 81 (nous soulignons).

<sup>1480</sup> CJCE, *op. cit.*, *Walrave et Koch*, spéc. point 18.

<sup>1481</sup> F. BUY, *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, PUAM, Centre de droit du sport, 2002, n° 413, p. 278.

<sup>1482</sup> CJCE, *op. cit.*, *Walrave et Koch*, spéc. point 8 (nous soulignons).

<sup>1483</sup> M. Franck LATTY relève que : « la formule négative (“ne relève du droit communautaire que”) a été utilisée dans les arrêts [*Walrave et Koch*] et [*Meca-Medina et Majcen*]. Les autres arrêts “sportifs” de la Cour ont employé la forme affirmative (“l'exercice des sports relève du droit communautaire dans la mesure [...]”) » (*La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 698, note 20, souligné par l'auteur).

communautaire dans la mesure où il constitue une activité économique », des restrictions aux libertés de circulation des personnes et des services sont permises pour « des motifs non économiques [...] intéressant donc uniquement le sport en tant que tel », exception à interpréter strictement<sup>1484</sup>. La volonté de contrôler la production normative des acteurs privés, et l'interprétation *in concreto* du conflit de normes par les juridictions nationales sont, de surcroît, réitérées<sup>1485</sup>. En l'espèce, le règlement d'une fédération sportive nationale, réservant exclusivement aux ressortissants italiens, professionnels ou semi-professionnels, le droit de participer à des compétitions, est jugé incompatible avec les libertés de circulation défendues par le droit européen<sup>1486</sup>. Le conflit de normes est conséquemment résolu en faveur de ce droit européen.

741. Au-delà de cette première condamnation, « relativement inaperçue »<sup>1487</sup>, un « véritable séisme »<sup>1488</sup>, provoquant un « tohu-bobu médiatique »<sup>1489</sup>, survient en 1995, lors de l'arrêt *Bosman*, lequel marque, dans l'histoire du sport professionnel, une évolution sans précédent<sup>1490</sup>. La situation requiert description. Un footballeur belge, salarié d'un club belge, voit son transfert auprès d'un club français refusé, car les règlements de la fédération européenne de football (UEFA) et des fédérations nationales posent deux restrictions : le nécessaire versement au club d'origine, par le club d'accueil, d'une indemnité de transfert, de promotion ou de formation, les clubs ne pouvant pas, par ailleurs, présenter aux compétitions plus de trois joueurs étrangers selon les « clauses de nationalité »<sup>1491</sup>. Le footballeur assigne le club belge et sa fédération nationale en invoquant une violation des règles de libre circulation des travailleurs et du droit de la concurrence, le processus conduisant à une saisie, à titre préjudiciel, de la Cour de justice.

742. Le 15 décembre 1995, référence faite au contrôle instauré par l'arrêt *Walrave et Koch*<sup>1492</sup>, la Cour indique, à propos de la première restriction fondée sur les indemnités de transfert, que : « lesdites règles constituent une entrave à la libre circulation des

---

<sup>1484</sup> CJCE, 14 juil. 1976, aff. 13/76, *Donà*, spéc. points 12, 14 et 15.

<sup>1485</sup> *Ibid.*, spéc. points 17 et 16.

<sup>1486</sup> *Ibid.*, spéc. point 19.

<sup>1487</sup> C. MIÈGE et J.-Ch. LAPOUBLE, *Sport et organisations internationales*, Economica, Sport, 2003, p. 77.

<sup>1488</sup> F. BUY et J.-C. BODA, « Les 20 ans de l'arrêt Bosman », *JCP G* 2015. 1441, spéc. n° 3.

<sup>1489</sup> G. PARLÉANI, « Un an après l'arrêt Bosman : que faire du “foot” en droit communautaire ? », *JCP E* 1997. 675, spéc. n° 1.

<sup>1490</sup> Pour une analyse économique de cet arrêt et ses conséquences : J.-J. GOUGUET (dir.), *Le sport professionnel après l'arrêt Bosman : une analyse économique internationale*, Presses Universitaires de Limoges et du Limousin, 2004.

<sup>1491</sup> CJCE, 15 déc. 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, spéc. points 6 à 24 et points 25 à 27.

<sup>1492</sup> À l'instar de l'arrêt *Donà*, l'orientation de l'arrêt *Walrave et Koch* est confirmée par l'arrêt *Bosman* : la distinction règles économiques / règles non-économiques (CJCE, *ibid.*, point 73), la stricte interprétation de la notion de règles non-économiques (pt. 76) et la volonté de contrôler la production normative des acteurs non-étatiques (pt. 82 à 84) sont, notamment, mentionnées.



travailleurs »<sup>1493</sup>. Ces « entraves à la libre circulation des travailleurs » rappelées, une formule inédite est introduite par la Cour, laquelle énonce : « *il n'en irait autrement que si ces règles poursuivaient un objectif légitime compatible avec le Traité et se justifiaient par des raisons impérieuses d'intérêt général.* Mais encore faudrait-il, en pareil cas, que l'application desdites règles soit propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »<sup>1494</sup>. L'arrêt *Bosman* consacre explicitement le contrôle de proportionnalité, permettant aux règles non-étatiques de produire effet, à condition que l'atteinte soit proportionnée, ce que, dans la situation considérée, la Cour rejette<sup>1495</sup>. Quant à la seconde restriction, fondée sur les « clauses de nationalité », la Cour de justice indique que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité : « s'oppose à ce que les clauses contenues dans les règlements des associations sportives limitent le droit des ressortissants d'autres États membres de participer, en tant que joueurs professionnels, à des rencontres de football », et refuse toute justification visant à considérer que cette règle cause une atteinte proportionnée aux libertés protégées<sup>1496</sup>.

743. L'arrêt *Bosman* présente encore un nouvel élément, d'une nature autre : bien que la Cour de justice se soit référée au contrôle initié par l'arrêt *Walrave et Koch*, observons que mention n'est pas faite de l'une des modalités de ce contrôle, l'appréciation du juge national<sup>1497</sup>. La Cour se dispense, dans cette situation, du renvoi au juge national pour l'appréciation des faits d'espèce. Or, il est admis, depuis l'arrêt *Rewe*, que : « c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct du droit communautaire »<sup>1498</sup>. Qualifiée de « dérive » quant à la fonction préjudicielle prêtée à la Cour, l'« interprétation exagérément concrète, qui préjuge largement la solution du cas d'espèce »<sup>1499</sup>, conduit à affirmer que la Cour de justice : « n'est pas loin d'opérer un authentique contrôle de légalité [des règles non-

---

<sup>1493</sup> *Ibid.*, spéc. point 100 : « dès lors qu'elles prévoient qu'un joueur professionnel de football ne peut exercer son activité au sein d'un nouveau club établi dans un autre État membre si ce club n'a pas payé à l'ancien l'indemnité de transfert dont le montant a été convenu par les deux clubs ou déterminé conformément aux règlements des associations sportives, lesdites règles constituent une entrave à la libre circulation des travailleurs ».

<sup>1494</sup> *Ibid.*, spéc. point 104 (nous soulignons).

<sup>1495</sup> Le contrôle de proportionnalité permet de considérer que la régularité de la mesure est « incontestable » (G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 79, spéc. p. 60), l'arrêt *Bosman* rejette cependant « l'existence de justifications » (CJCE, *op. cit.*, spéc. points 105 à 114). La proportionnalité, telle que pratiquée par la Cour de justice, ne saurait cependant être limitée à ce seul contrôle, pour une étude approfondie : A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, Thèses, 2014.

<sup>1496</sup> CJCE, *op. cit.*, *Bosman*, spéc. point 119 et points 130 à 137.

<sup>1497</sup> La Cour mentionne exclusivement le rôle du juge dans l'appréciation de l'opportunité de la question préjudicielle (CJCE, *op. cit.*, *Bosman*, spéc. point 59).

<sup>1498</sup> CJCE, 16. déc. 1976, n° 33/76, *Rewe*, spéc. point 5.

<sup>1499</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2001, n° 574, p. 694-695.

étatiques] »<sup>1500</sup>. Les arrêts ultérieurs réintroduisant le rôle des juridictions nationales<sup>1501</sup>, il est permis de supposer que : « l'importance des enjeux et la nécessité d'imposer le respect du droit communautaire [...] ont conduit la Cour à empiéter sur la fonction du juge national »<sup>1502</sup>.

744. Bien que les prémisses de telles affirmations soient présentes dans les arrêts *Walrave et Koch* et *Donà*, leur mise en exergue dans l'affaire *Bosman* rend explicite le fait que les acteurs non-étatiques, bénéficiant d'un pouvoir de réglementation collective, sont comptables des libertés européennes<sup>1503</sup>, et que les « spécificités », réelles ou supposées, de l'activité déployée n'autorisent pas à s'affranchir de ces libertés. Par ailleurs, il semble que l'arrêt *Bosman* ait contribué au développement du « réflexe Cour de justice »<sup>1504</sup>, grâce auquel les plaideurs invoquent fréquemment les libertés européennes pour obtenir gain de cause lors des litiges. Ceci, pour autant, n'épuise pas le contentieux relatif au droit non-étatique, lequel conduit la Cour à étendre le champ d'application du droit de l'Union européenne.

## §2 – L'extension progressive du champ d'application du droit européen : contribution à la réalisation du marché intérieur

745. Consécutive à l'arrêt *Lehtonen*, lequel consacre une solution similaire à l'arrêt *Bosman* à l'encontre des règles gouvernant les transferts dans le basketball, dans un renvoi à l'appréciation du juge national<sup>1505</sup>, l'extension du champ d'application du droit européen

---

<sup>1500</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 705.

<sup>1501</sup> CJCE, 11 avr. 2000, n° C-51/96, *Delière*, spéc. point 59 ; CJCE, 13 avr. 2000, n° C-176/96, *Lehtonen*, spéc. point 59.

<sup>1502</sup> F. LATTY, *La lex sportiva...*, *op. cit.*, p. 705.

<sup>1503</sup> Comp. la Cour de justice affirme, dans l'arrêt *Angonese* que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité s'applique aux conditions de travail fixées par un employeur privé (CJCE, 6 juin 2000, n° C-281/98, *Angonese*, spéc. points 30 et s., spéc. point 36).

<sup>1504</sup> Formule empruntée à M. Frédéric BUY qui utilise l'expression de « réflexe CEDH » dans un sens similaire (« Introduction », in J. GUILLAUMÉ et N. DERMIT-RICHARD (dir.) *Football et droit*, Institut Universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2012, p. 13 et s., spéc. p. 15). Rapp. F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 706 : « Force est de constater que la stratégie juridictionnelle déployée par J.-M. Bosman – sur les conseils semble-t-il de syndicats de joueurs professionnels – et suivie depuis par plusieurs sportifs, a été payante. Plutôt que de maintenir le différend devant le juge national dont la décision, quelle qu'en soit l'issue, n'aurait eu qu'une portée limitée, le joueur a tout fait pour que le juge belge élève le contentieux au niveau communautaire afin de faire déclarer, par voie préjudicielle, l'illicéité des réglementations sportives. Car sous couvert d'interprétation du Traité C.E., tel est bien le résultat auquel aboutit l'arrêt *Bosman* ».

<sup>1505</sup> En l'espèce, un requérant finlandais conteste les règles édictées par la fédération sportive belge, inspirées de celle de la fédération internationale, pour violation du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et de la libre circulation des travailleurs. La Cour indique que : « à première vue, une telle réglementation doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi [...] »

à l'égard des règles non-étatiques s'actualise, notamment dans le domaine des libertés de circulation des travailleurs et des services (A). Par ailleurs, le droit de la concurrence atteste d'un dialogue préventif de l'expression litigieuse du conflit de normes (B).

## **A – La protection des libertés de circulation : une application généralisée du droit européen**

746. L'arrêt *Delière* réalise, en 2000, une première extension du champ d'application du droit européen : en l'espèce, une judoka belge conteste les règles édictées par une fédération sportive, l'Union européenne de judo, limitant le nombre de sportifs autorisés à concourir pour une compétition nationale. La Cour de justice affirme que les sportifs *amateurs* peuvent réaliser une activité économique<sup>1506</sup>, dont la qualification, en l'espèce, est probable, bien que relevant de l'appréciation du juge national<sup>1507</sup>. Les affaires *Walrave et Koch*, *Donà*, *Bosman* et *Lehtonen* concernant jusqu'à lors des sportifs professionnels ou semi-professionnels, la Cour de justice : « [s'empare] de la notion de “sport amateur de haut niveau” qu'elle assimile à une prestation de service »<sup>1508</sup>, et étend donc le champ d'application du droit européen. Cependant, elle précise que les règles édictées par la fédération sportive : « ne peuvent [...] en elles-mêmes être regardées comme constitutives d'une restriction à la libre prestation des services », protégée par le droit européen<sup>1509</sup>. La règle non-étatique n'est donc pas, ici, jugée contraire à ce droit européen.

747. La deuxième extension du champ d'application du droit européen est réalisée par une série d'arrêts, dans lesquels la Cour de justice reconnaît l'effet direct des accords conclus entre l'Union européenne et des États tiers<sup>1510</sup>. Cette jurisprudence permet, en

---

Toutefois, *il appartient à la juridiction nationale de vérifier dans quelle mesure des raisons objectives [...] justifient une telle différence de traitement* (CJCE, 13 avr. 2000, n° C-176/96, *Lehtonen*, spéc. points 58 et 59, nous soulignons). Elle conclut que : « l'article 48 du traité s'oppose à l'application de règles édictées dans un État membre par des associations sportives qui interdisent à un club de basket-ball, lors des matchs du championnat national, d'aligner des joueurs en provenance d'autres États membres qui ont été transférés après une date déterminée lorsque cette date est antérieure à celle qui s'applique aux transferts de joueurs en provenance de certains pays tiers, à moins que des raisons objectives, intéressant uniquement le sport en tant que tel ou tenant à des différences existant entre la situation des joueurs provenant d'une fédération appartenant à la zone européenne et celle des joueurs provenant d'une fédération n'appartenant pas à ladite zone, ne justifient une telle différence de traitement » (*ibid.*, spéc. point 60).

<sup>1506</sup> CJCE, 11 avr. 2000, n° C-51/96, *Delière*, spéc. point 46 : « la simple circonstance qu'une association ou fédération sportive qualifie unilatéralement d'amateurs les athlètes qui en sont membres n'est pas par elle-même de nature à exclure que ceux-ci exercent des activités économiques au sens de l'article 2 du traité ».

<sup>1507</sup> *Ibid.*, spéc. points 56, 57 et 59.

<sup>1508</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, *op. cit.*, n° 103, p. 77.

<sup>1509</sup> CJCE, *op. cit.*, *Delière*, spéc. point 64.

<sup>1510</sup> CJCE, 29 janv. 2002, n° C-162/00, *Pokrzyżonowicz-Meyer*, spéc. point 45 ; CJCE, 8 mai 2003, n° C-438/00 *Kolpak*, spéc. point 30. Rappr. CE, 30 déc. 2002, n° 219646, *Malaja*, Dr. soc. 2003 331, obs. J.-Ph. LHERNOULD ; *AJDA* 2003. 388, obs. F. LAGARDE ; *RTD. euro.* 2004. 423, note G. AUNEAU.

2003, à un handballeur slovaque de contester, avec succès, la règle édictée par une fédération sportive allemande, laquelle énonce que les clubs allemands sont autorisés, lors des compétitions, à aligner un nombre limité de joueurs originaires de pays tiers, non membres des Communautés européennes<sup>1511</sup>. L'arrêt *Simutenkov*, dans une affaire similaire en 2005, marque une nouvelle évolution, supprimant, selon la qualification de l'acte conclu entre l'Union européenne et le pays tiers, toute distinction : lorsqu'une disposition relative à la libre circulation des travailleurs est insérée dans l'acte, les ressortissants de ces pays tiers, séjournant régulièrement dans un État-membre, peuvent en demander le bénéfice<sup>1512</sup>.

748. Après les sportifs amateurs et l'assimilation à des européens des travailleurs tiers à l'Union européenne, une troisième extension est opérée en 2010 par l'arrêt *Bernard*, relatif à la formation des jeunes sportifs. Un footballeur dit « espoir », désirant quitter son club de formation français pour rejoindre un club anglais, est conjointement assigné avec ce club britannique par le club français, dans le but d'obtenir des dommages-intérêts en raison de la violation de la charte du football professionnel, laquelle prévoit la signature du joueur « espoir » avec son club formateur. La Cour de justice reconnaît la validité du système garantissant une indemnisation du club formateur, lorsqu'un joueur signe un contrat avec un autre club : « à condition que ce système soit apte à garantir la réalisation dudit objectif et qu'il n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif », ajoutant toutefois, au regard du contrôle de proportionnalité, que le montant des dommages-intérêts ne doit pas être : « sans rapport avec les coûts réels de la

---

<sup>1511</sup> CJCE, *ibid.*, *Kolpak*, spéc. point 58 : « l'article 38, paragraphe 1, premier tiret, de l'accord d'association Communautés-Slovaquie doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application à un sportif professionnel de nationalité slovaque, régulièrement employé par un club établi dans un État membre, d'une règle édictée par une fédération sportive du même État, selon laquelle les clubs ne sont autorisés à aligner, lors des matches de championnat ou de coupe, qu'un nombre limité de joueurs originaires de pays tiers qui ne sont pas parties à l'accord sur l'EEE ».

<sup>1512</sup> En l'espèce, un footballeur russe, salarié d'un club espagnol, conteste la règle édictée par la fédération sportive limitant le nombre de joueurs originaires d'États tiers, non parties à l'accord sur l'Espace économique européen, autorisés à participer aux compétitions organisées à l'échelle nationale. Après avoir réaffirmé l'effet direct de l'accord « Communautés-Russie » (CJCE, 12 avr. 2005, n° C-265/03, *Simutenkov*, spéc. point 29), la Cour indique que la règle de la fédération sportive est incompatible avec les libertés de circulation (*ibid.*, spéc. point 41). Rappr. CJCE, 25 juil. 2008, n° C-152/08, *Kabveci*, spéc. point 32 : « l'interdiction de toute discrimination à l'égard des travailleurs turcs appartenant au marché régulier de l'emploi des États membres en ce qui concerne la rémunération et les autres conditions de travail [...] doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à l'application à un sportif professionnel de nationalité turque, régulièrement employé par un club établi dans un État membre, d'une règle édictée par une fédération sportive du même État, selon laquelle les clubs ne sont autorisés à aligner, dans les compétitions organisées à l'échelle nationale, qu'un nombre limité de joueurs originaires d'États tiers qui ne sont pas parties à l'accord sur l'Espace économique européen ».

formation»<sup>1513</sup>. La Cour de cassation refusera que le footballeur indemnise son club formateur<sup>1514</sup>.

## **B – La protection du droit de la concurrence : un dialogue préventif du conflit de normes entre la Commission européenne et les acteurs non-étatiques**

749. Participant du processus de construction du marché intérieur, dont la philosophie de l'action énonce, dès le préambule du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, « l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence », le droit de la concurrence européen rencontre fréquemment le droit non-étatique. L'originalité ici, quant aux conflits de normes, tient à une mise en retrait relative de la Cour de justice et une intervention plus fréquente de la Commission européenne, laquelle privilégie la voie du dialogue avec les acteurs non-étatiques<sup>1515</sup>. Sa mission est de surveillance, le but étant qu'une entreprise ne fausse pas la concurrence, selon la définition extensive retenue par la Cour de justice<sup>1516</sup>. Quelques situations, jugées exemplaires, en rendent compte.

750. Dans l'affaire *ENIC*, une société d'investissement détenant des participations dans plusieurs clubs de football conteste un règlement de la fédération européenne de football (UEFA) interdisant la multipropriété des clubs, ceci afin d'éviter que les résultats des compétitions ne soient faussés. Selon la société, ce règlement de l'UEFA limitant les possibilités d'investissement est contraire au droit de la concurrence européen. La Commission, bien que l'UEFA constitue une association d'entreprises et que la règle édictée relève du champ d'application du droit européen, rejette la plainte de la société d'investissement, considérant la règle justifiée par la nécessité de garantir l'intégrité des compétitions<sup>1517</sup>.

---

<sup>1513</sup> CJUE, 16 mars 2010, n° C-325/08, *Bernard*, spéc. points 49 et 50, *D.* 2010. 1189 et 1917, note F. BUY ; *AJDA* 2010. 937, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *RDT* 2011. 61, obs. S. ROBIN-OLIVIER, D. MARTIN et I. OMARJEE ; *JCP S* 2010. 1216, obs. F. MANDIN ; *RLD sport* 2010, n° 75, obs. A. DURAND.

<sup>1514</sup> Cass., soc. 6 oct. 2010, n° 07-42.023, *RDT* 2008. 729, obs. D. JACOTOT.

<sup>1515</sup> Pour des interventions de la Cour de justice sur le droit non-étatique et le droit de la concurrence : *infra* nos 749 et s.

<sup>1516</sup> CJCE, 23 avr. 1991, n° C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz c. Macrotron*, spéc. point 21, M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n° 37, p. 186 et s., obs. J.-P. VIENNOIS : « dans le contexte du droit de la concurrence [...] la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ». Sur la qualification d'entreprise et d'association d'entreprises à l'égard des acteurs non-étatiques du sport, clubs, fédérations nationales et internationales : TPICE, 26 janv. 2005, n° T-193/02, *Piau*, spéc. points 69 à 72.

<sup>1517</sup> Commission, 27 juin 2002, IP/02/942.

751. La fédération internationale de l'automobile (FIA) se réservait au XX<sup>e</sup> siècle la propriété de l'ensemble des droits médiatiques lors des compétitions. Elle accepte cependant de modifier son règlement suite aux plaintes déposées auprès de la Commission, laquelle clôtura la procédure en indiquant que les dispositions nouvelles du règlement de cette fédération limitent les risques d'abus<sup>1518</sup>.

752. La fédération internationale de football (FIFA), elle aussi, a modifié son règlement relatif au statut des agents de joueur, suite aux diverses plaintes contestant le dispositif existant. Était notamment mis en cause le caractère anticoncurrentiel de l'interdiction faite aux joueurs et aux clubs d'avoir recours aux services d'agents non agréés par la FIFA. Cette fédération, acceptant de modifier ses dispositions réglementaires après communication des griefs, la Commission valide le nouveau règlement, reconnaît « le droit de réglementer la profession dans un but déontologique à condition que l'accès reste ouvert et non discriminatoire », et précise que le caractère obligatoire de la licence ne constitue pas un obstacle, se justifiant par « la nécessaire moralisation de la profession d'agents de joueurs »<sup>1519</sup>.

753. Ces « enquêtes dialogues »<sup>1520</sup> indiquent qu'un conflit de normes ne produit pas nécessairement un contentieux devant la Cour de justice, il est possible d'anticiper son existence et d'en concevoir la résolution, dans un dialogue préventif entre la Commission européenne et les acteurs non-étatiques. Ceci rend compte de la volonté de l'ordre juridique de l'Union européenne de contrôler la production normative des acteurs non-étatiques, assurant, parallèlement à la Cour de justice, une fonction de contre-pouvoir. S'analyse encore une autre volonté, dans l'action de la Commission européenne, de coordination, ici anticipée, des dispositifs et des systèmes, voire des ordres juridiques, attestant une réflexion à l'œuvre, celle des « divers champs normatifs spéciaux [...] sur leur propre coordination avec d'autres ensembles sous peine de sombrer dans le désordre et l'hégémonie de la force »<sup>1521</sup>.

---

<sup>1518</sup> Commission, 30 oct. 2001, IP/01/1523.

<sup>1519</sup> Commission, 18 avr. 2002, IP/02/585. Un recours en annulation contre cette décision et le pourvoi ultérieurement formé furent rejetés (TPICE, 4<sup>e</sup> ch., 26 janv. 2005, n<sup>o</sup> T-193/02, *Piau c. Commission*, *Rev. Lamy dr. aff.*, 2005, n<sup>o</sup> 80, p. 18, note A. DURAND ; *Rev. Lamy conc.*, 2006, n<sup>o</sup> 6, n<sup>o</sup> 487, p. 119, note V. SÉLINSKY et F. RIZZO ; CJCE, 23 fév. 2006, n<sup>o</sup> C-171/05 P, *Piau c. Commission et FIFA*). Le nouveau règlement FIFA sur les agents de joueurs, applicable depuis le 1<sup>er</sup> avr. 2015, pourrait heurter certaines dispositions du droit de l'Union européenne, pour une étude d'ensemble : J.-M. MARMAYOU, « La compatibilité du nouveau règlement FIFA sur les intermédiaires avec le droit européen », *Cah. dr. sport*, 2015, n<sup>o</sup> 41, p. 15 et s.

<sup>1520</sup> G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n<sup>o</sup> 81, p. 62.

<sup>1521</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n<sup>o</sup> 582-23, p. 710. Rapp. pour divers exemples de « coordination des règles » entre « l'ordre juridique sportif » et « l'ordre juridique étatique » : J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 85 et s., et de « méthode d'articulation » entre « le dialogue, la force ou le droit » F.

\*

754. **Conclusion Section 1** – La Cour de justice, dans l’instauration d’un contrôle des règles non-étatiques, et l’étendue progressive de son champ d’application, considère que, quel que soit le domaine d’activités, toute règle non-étatique, qualifiée d’économique et produisant effet sur le territoire européen, est soumise aux dispositions du droit européen. Une entrave à ce droit européen est potentiellement tolérée, lorsqu’elle est jugée proportionnée à l’objectif poursuivi, l’appréciation de cette proportionnalité relevant des juridictions nationales. Fréquent en droit de la concurrence, un dialogue préventif entre Commission européenne et acteurs non-étatiques anticipe, en présence d’un conflit de normes, le contentieux potentiel devant la Cour de justice.

## **Section 2 – L’extension du contrôle de la Cour de justice de l’Union européenne à l’ensemble des règles non-étatiques**

---

755. La différenciation règles économiques / règles non-économiques et l’anticipation de la résolution du conflit de normes, selon la nature de la règle en cause, ont été posées. En 2006, l’arrêt *Meca-Medina* obscurcit, voire détruit, ces repères, instaurant des modalités nouvelles de contrôle par la Cour de justice (§1), la portée de cette évolution s’appréciant dans le cadre du conflit de normes (§2).

### **§1 – L’arrêt *Meca-Medina* : des modalités nouvelles de contrôle par la Cour de justice**

756. La description des faits d’espèce et de la solution retenue dans l’arrêt *Meca-Medina* (A) autorise analyse et évaluation des effets produits quant au contrôle exercé sur les règles non-étatiques (B).

#### **A – L’affaire *Meca-Medina* : un contrôle confrontant chaque règle non-étatique à chaque liberté protégée par le droit européen**

757. En 1998, deux nageurs espagnols sont contrôlés positifs à une substance dopante, la nandrolone, le taux contenu dans les échantillons étant supérieur aux taux autorisés par le Comité international olympique (CIO) et la fédération internationale de natation (FINA). Suspendus pour quatre années, ces nageurs portent le litige devant le

---

BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, nos 20 et s., p. 34 et s.

Tribunal arbitral du sport, lequel confirme le principe et la nature de la sanction, réduisant la période de suspension à deux ans<sup>1522</sup>. Une nouvelle demande est formée devant la Direction générale de la concurrence de la Commission, au motif que les règles antidopage édictées sont contraires à la libre prestation de service et aux règles concurrentielles de l'Union européenne<sup>1523</sup>. Se heurtant à un refus, les deux sportifs saisissent le Tribunal de première instance des communautés européennes, lequel, après une longue démonstration sur la qualification des règles non-étatiques, rejette la demande<sup>1524</sup>. Un ultime recours devant la Cour de justice est formé, laquelle se prononce, pour la première fois hors d'un recours préjudiciel, sur une affaire de dopage.

758. L'introduction de l'arrêt est un rappel, devenu classique, de la différenciation opérée par l'arrêt *Walrave et Koch* : « l'exercice des sports relève du droit communautaire dans la mesure où il constitue une activité économique »<sup>1525</sup>, les « dispositions du traité ne concernent pas les règles qui portent sur des questions intéressant uniquement le sport et, en tant que telles, étrangères à l'activité économique »<sup>1526</sup>. La Cour souligne : « au vu de l'ensemble de ces considérations, il ressort que *la seule circonstance qu'une règle aurait un caractère purement sportif ne fait pas pour autant sortir la personne qui exerce l'activité régie par cette règle ou l'organisme qui a édicté celle-ci du champ d'application du traité* »<sup>1527</sup>.

759. Le propos précise que chaque liberté doit faire l'objet d'un examen spécifique quant à ses conditions d'application<sup>1528</sup>. La Cour affirme ainsi : « à supposer même que ces règles [non-étatiques] ne constituent pas des restrictions à la *libre circulation* parce qu'elles portent sur des questions intéressant uniquement le sport et sont, en tant que telles, étrangères à l'activité économique [...] cette circonstance n'implique ni que l'activité sportive concernée échappe nécessairement au champ d'application des articles 81 CE et 82 CE, ni que lesdites règles ne rempliraient pas les conditions d'application propres auxdits articles »<sup>1529</sup>. Et la Cour de conclure qu'une règle peut être : « considérée comme purement sportive au regard de l'application des articles [relatifs aux libertés de circulation] », cela ne dispense pas de vérifier « si cette réglementation répondait *aux conditions d'application propres* [des articles relatifs à la concurrence] »<sup>1530</sup>. La Cour impose

---

<sup>1522</sup> CAS, 99/A/234 & 235, 29 fév. 2000, *Meca-Medina c. FINA*, non publié.

<sup>1523</sup> Soulignons l'originalité de recours, lequel assimile les articles 49 (libre prestation de service), 81 et 82 (règles de concurrence) du Traité aux règles antidopage...

<sup>1524</sup> TPICE, 30 sept. 2004, n° T-313/02, *Meca-Medina et Majcen*.

<sup>1525</sup> CJCE, 18 juill. 2006, n° C-519/04 P, *Meca-Medina*, spéc. point 22.

<sup>1526</sup> *Ibid.*, spéc. points 25 et 26.

<sup>1527</sup> *Ibid.*, spéc. point 27 (nous soulignons).

<sup>1528</sup> *Ibid.*, spéc. points 28, 29 et 30.

<sup>1529</sup> *Ibid.*, spéc. point 31 (nous soulignons).

<sup>1530</sup> *Ibid.*, spéc. point 33 (nous soulignons).



donc un contrôle nouveau, distinct, isolant *chaque liberté européenne*, dont la vérification des « conditions d'application propres », qu'il s'agisse de la libre circulation des travailleurs, de la libre circulation des prestations, ou encore des dispositions relatives à la concurrence, devient indépendante.

## **B – L'introduction d'un contrôle nouveau : fin d'une différenciation de nature entre règles non-étatiques**

760. Cette formulation inédite de la Cour de justice de l'Union européenne est l'objet d'un consensus doctrinal quant à sa signification, une discussion existe cependant quant à l'opportunité de cet arrêt, et l'évolution qu'il consacre<sup>1531</sup>.

761. L'effet premier de cet arrêt est l'abandon de la différence établie entre règle économique et règle non-économique. Les réactions, jugements de valeur ou analyses, sont nombreuses : M. François ALAPHILIPPE exprime « un sérieux recul – sinon un effacement – du principe traditionnel »<sup>1532</sup>, M. Philippe ICARD s'étonne d'un « revirement jurisprudentiel inattendu »<sup>1533</sup>, M. Gérard AUNEAU considère « une évolution jurisprudentielle majeure en rupture avec les décisions précédentes », ajoutant que « cette démarche [traduit] l'orientation des magistrats du Luxembourg considérant qu'*a priori* toutes les règles sportives sont de nature économique »<sup>1534</sup>. M. Gianni INFANTINO regrette cette évolution, la différenciation ayant : « l'avantage de la cohérence puisqu'elle part de l'idée que si le traité CE ne s'applique qu'aux “activités économiques” au sens de l'article 2 [...] une règle sportive de nature non économique ne tombe pas sous le coup du

---

<sup>1531</sup> G. AUNEAU, « L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives », *RTD. euro.* 2007. 361 ; Ph. ICARD, « La spécificité du sport menacée ? », *D.* 2007. 635 ; Fr. ALAPHILIPPE, « Normes sportives et droit communautaire de la concurrence (à propos d'un récent arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes) », *RJES*, 2006, n° 80, p. 7 et s. ; G. INFANTINO, « Meca-Medina : un pas en arrière pour le modèle sportif européen et la spécificité du sport », *RJES*, 2006, n° 81, p. 111 et s. ; C. MIÈGE, « Contrôle d'une réglementation anti-dopage au regard des règles communautaires de concurrence », *JCP G* 2006. II. 10194 ; J. ZYLBERSTEIN, « Inquietant arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Meca-Medina (ou comment deux nanogrammes de nandrolone pourraient bouleverser le sport européen) », *Cahiers de droit du sport*, 2007, n° 7, p. 174 et s. ; « Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina », *Cahiers de droit européen*, vol. 43, n° 1-2, 2007, p. 213 et s. ; F. LATTY, « L'arrêt, le livre blanc et le traité : la *lex sportiva* dans l'ordre juridique communautaire développements récents », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2008, n° 514, p. 43 et s.

<sup>1532</sup> Fr. ALAPHILIPPE, *ibid.*, spéc. p. 14.

<sup>1533</sup> Ph. ICARD, « La spécificité... », *op. cit.*, spéc. p. 636.

<sup>1534</sup> G. AUNEAU, « L'approche contrastée... », *op. cit.*, spéc. p. 372 : « la Cour semble manifester une volonté ferme de redéfinir le cadre d'analyse des questions sportives afin de stopper le mouvement officialisé par le TPI visant à accorder à la réglementation sportive une totale indépendance envers les règles communautaires » (nous soulignons). Comp. G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012, n° 89, p. 66 : l'arrêt *Meca-Medina* « égratigne légèrement cette dichotomie ».

traité CE pris dans son intégralité, ce qui clôt le débat »<sup>1535</sup>. M. Franck LATTY en déduit que : « la Cour condamne d'emblée toute possibilité d'exception sportive dans le domaine du droit de la concurrence, laquelle se situe par définition *au stade de l'applicabilité* »<sup>1536</sup>.

762. Actée, cette indifférenciation de nature des règles non-étatiques produit nécessairement des différences dans leur contrôle : la Cour s'autorise à vérifier la conformité à chaque liberté européenne de chaque règle non-étatique, incluant dorénavant les règles d'ordre non-économique. Le contrôle est opéré *in concreto*, tel que l'énonce l'arrêt *Meca-Medina* : « la compatibilité d'une réglementation avec les règles communautaires de la concurrence ne peut être appréciée de façon abstraite »<sup>1537</sup>.

M. Philippe LÉGER, avocat général, questionne l'opportunité de ce contrôle, voire les ressources de compétence de la Cour, considérant, dans ses conclusions : « qu'il n'appartient pas à la Cour [...] de se prononcer sur le caractère scientifiquement justifié ou non d'une règle adoptée par le CIO dans le cadre de la lutte contre le dopage »<sup>1538</sup>.

Par ailleurs, la multiplication des contrôles *in concreto* au regard de chaque liberté européenne conduit potentiellement à qualifier différemment une même règle non-étatique, ce que regrette M. Gianni INFANTINO : « la CJCE semble considérer qu'il est possible qu'une règle sportive soit non économique (et hors du champ d'application de la législation sur la libre circulation), tout en étant susceptible d'enfreindre les articles 81 et 82 du traité CE, bien que ces deux dispositions ne concernent que les rapports économiques de concurrence » et de conclure : « il est vraiment très difficile de trouver une logique à ce raisonnement »<sup>1539</sup>. M. ALAPHILIPPE considère cependant « qu'il est naturel que lorsque la régularité d'une norme, sportive ou autre, est contestée au regard des articles 81 et 82 CE, la réponse n'ait pas lieu d'être déduite de celle qui serait donnée à la même question envisagée au regard des articles 39 et 49 CE »<sup>1540</sup>.

763. Observons *in fine* que contrôler ne signifie pas condamner : en l'espèce, le deuxième moyen, relatif à une restriction de concurrence causée par la réglementation antidopage, est rejeté par la Cour au terme d'un examen approfondi<sup>1541</sup>. L'arrêt *Meca-Medina* introduit certes une dimension nouvelle quant au contrôle instauré par la Cour de justice, évolution plus que révolution, l'évaluation de sa portée en atteste.

---

<sup>1535</sup> G. INFANTINO, « Meca-Medina : un pas en arrière... », *op. cit.*, spéc. p. 121.

<sup>1536</sup> F. LATTY, « L'arrêt, le livre... », *op. cit.*, spéc. p. 47 (nous soulignons).

<sup>1537</sup> CJCE, 18 juill. 2006, n° C-519/04 P, *Meca-Medina*, spéc. point 42.

<sup>1538</sup> Conclusions, spéc. point 38.

<sup>1539</sup> G. INFANTINO, « Meca-Medina : un pas en arrière... », *op. cit.*, spéc. p. 121.

<sup>1540</sup> F. ALAPHILIPPE, « Normes sportives... », *op. cit.*, spéc. p. 11-12.

<sup>1541</sup> CJCE, 18 juill. 2006, n° C-519/04 P, *Meca-Medina*, spéc. points 40 et s.

## §2 – Impact de l’arrêt *Meca-Medina* sur l’efficacité des règles non-étatiques

764. La portée de l’arrêt *Meca-Medina* s’apprécie sur deux dimensions, l’une et l’autre s’exprimant en terme de crainte : celle *a priori* d’un développement du contentieux (A) et celle d’une réduction, voire d’une condamnation, de l’autonomie des acteurs non-étatiques (B).

### A – La crainte infondée d’un développement du contentieux relatif au droit non-étatique

765. En 2006, au lendemain de l’arrêt *Meca-Medina*, les commentateurs anticipent une augmentation du contentieux, dont les propos de M. INFANTINO et M. ALAPHILLIPE sont représentatifs. Le premier considère que « la position adoptée par la CJCE risque d’ouvrir une “boîte de Pandore” de problèmes juridiques », « presque toutes les mesures disciplinaires sportives pour quelque infraction que ce soit (telles que dopage, match truqué, pari, mauvaise conduite, etc.) sont susceptibles d’être considérées comme relevant des conditions d’exercice d’une activité sportive (au sens où de telles mesures peuvent empêcher quelqu’un de travailler). Par conséquent, toute mesure disciplinaire (notamment celles imposant de lourdes sanctions) pourrait, semble-t-il, être dorénavant contestée sous l’angle du droit communautaire de la concurrence »<sup>1542</sup>. Le second questionne : « était-il bien utile d’offrir à des sportifs sanctionnés pour dopage une nouvelle voie contentieuse dès l’instant où ils se prévalaient de la qualité de professionnels et avançaient que la sévérité de la réglementation qui leur avait été appliquée était inspirée par des arrière-pensées économiques ? »<sup>1543</sup>. Ceci est à rapprocher du « réflexe Cour de justice » précédemment évoqué, dont les prémisses sont observables dans l’arrêt *Deliège*, situation dans laquelle une judoka belge conteste, sans succès, les règles d’une fédération sportive limitant le nombre de sportifs autorisés à concourir lors d’une compétition nationale.

766. Onze années écoulées autorisent en 2017 l’évaluation de ces craintes, concluant à leur nécessaire relativisation : le contentieux du droit non-étatique devant la Cour de justice de l’Union européenne n’a subi aucune inflation. L’arrêt *Meca-Medina* n’a pas été confirmé<sup>1544</sup>, aucun arrêt significatif, tranchant un conflit de normes entre droit

---

<sup>1542</sup> G. INFANTINO, « Meca-Medina : un pas en arrière... », *op. cit.*, spéc. p. 120.

<sup>1543</sup> Fr. ALAPHILLIPE, « Normes sportives... », *op. cit.*, spéc. p. 14.

<sup>1544</sup> P. ROCIPON, « L’Union européenne et le sport, panorama d’une relation tourmentée », *JS*, 2015, n° 159, p. 23 et s., spéc. p. 26 : l’arrêt *Meca-Medina* « n’a pas été confirmé depuis et il sera donc intéressant d’étudier les prochaines espèces portées devant la Cour de justice, notamment afin de déterminer si cet élargissement de l’application du droit de l’UE au sport (le sport relève du droit de l’UE dans son ensemble et non plus seulement dans ses dimensions économiques) se limite au domaine de la libre concurrence ou doit être envisagé plus globalement ».

non-étatique et droit européen de la concurrence n'a été rendu<sup>1545</sup>. S'agissant de libre circulation des travailleurs, l'arrêt *Bernard* rappelle, en se fondant certes sur l'arrêt *Meca-Medina*, que : « l'exercice des sports relève du droit de l'Union dans la mesure où il constitue une activité économique »<sup>1546</sup>, mais ne reprend pas la formule inédite de 2006, affirmant qu'aucune règle non-étatique n'échappe « d'emblée »<sup>1547</sup> à l'emprise du traité.

767. Rien n'est moins certain actuellement que l'arrêt *Meca-Medina* constitue « le grand arrêt »<sup>1548</sup> de la Cour de justice sur le contrôle des règles non-étatiques. Il est possible que l'un des facteurs explicatifs de l'intérêt doctrinal qu'il a suscité soit la réitération de la volonté de la Cour de contrôler la production normative des acteurs non-étatiques, perçue comme menaçant l'autonomie, réelle ou supposée, de ces acteurs.

## **B – Le refus d'une autonomie de principe des acteurs non-étatiques réitéré par l'arrêt *Meca-Medina***

768. Le champ des activités sportives est un terrain privilégié de la revendication, celle d'une « spécificité » ... du sport, d'une « exception » ... sportive, allant jusqu'à une autonomie à l'égard des États, de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1549</sup>. Cette spécificité est définie comme « l'ensemble des aspects singuliers et essentiels du sport, qui le distinguent fondamentalement de tout autre secteur d'activités et de services »<sup>1550</sup>.

---

<sup>1545</sup> L'arrêt CJUE, 4 oct. 2011, n° C-403/08 et C-429/08, *Premier League* juge qu'un contrat entre une ligue professionnelle de football et un radiodiffuseur qui assure une répartition territoriale des droits concédés est une restriction à la libre concurrence mais ne se prononce nullement sur une réglementation non-étatique.

<sup>1546</sup> CJUE, 16 mars 2010, n° C-325/08, *Bernard*, spéc. point 27.

<sup>1547</sup> CJCE, *op. cit.*, *Meca-Medina*, spéc. point 33.

<sup>1548</sup> F. LATTY, « L'arrêt, le livre... », *op. cit.*, spéc. p. 52 : « Interrogé à ce sujet lors d'un colloque récent, le juge français nommé à la CJCE postérieurement à l'arrêt *Meca-Medina* a relativisé l'importance de celui-ci : simple arrêt de chambre, rendu à l'occasion d'un recours contre une décision de rejet de plainte, par opposition à un recours de pleine juridiction contre des sanctions ou une réponse à une question préjudicielle, *Meca-Medina* ne constituerait pas le grand arrêt de la Cour sur l'application au sport du droit de la concurrence » (souligné par l'auteur).

<sup>1549</sup> Sur les prémices de cette spécificité du sport : *supra* nos 71 et s.

<sup>1550</sup> J. ZYLBERSTEIN, « Que reste-t-il de la spécificité du sport en droit communautaire ? », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, n° 312, p. 18 et s., spéc. p. 18 : « son caractère polymorphe – le sport remplit à la fois des fonctions sociale, éducative, récréative, culturelle et de santé publique – son organisation pyramidale, les valeurs morales dont il est le véhicule, et la dépendance sportive réciproque entre les équipes ou les athlètes concurrents sont autant d'expressions de cette spécificité ». Comp. G. AUNEAU, « L'approche contrastée... », *op. cit.*, spéc. p. 361 : « lorsque ces particularismes se présentent à des degrés variables comme des spécificités, ils ne remettent pas en cause la règle de droit commun. Dans d'autres cas ils apparaissent comme s'opposant aux règles établies – on parle alors d'exception ».

769. Pour asseoir cette spécificité, exception ou autonomie, du sport, la doctrine porte, en étendards notables, la « Déclaration de Nice » : « Le Conseil européen souligne son attachement à l'autonomie des organisations sportives et à leur droit à l'auto-organisation », le Livre blanc sur le sport : « la Commission reconnaît l'autonomie des organisations sportives et des structures représentatives sportives (telles que les ligues) », et, en particulier, l'article 165 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « l'Union contribue à la promotion des enjeux européens du sport, *tout en tenant compte de ses spécificités*, de ses structures fondées sur le volontariat ainsi que sa fonction sociale et éducative »<sup>1551</sup>. Au regard de ces textes, il est compréhensible que la doctrine ait craint la fin de cette attribution de spécificité ou d'exception, consécutivement à l'arrêt *Meca-Medina*, exprimant : « un pas en arrière pour [...] la spécificité du sport »<sup>1552</sup> et une « spécificité du sport menacée »<sup>1553</sup>.

770. Cette spécificité, nonobstant les discours, apparaît relative : les textes considérés mentionnent certes les « spécificités du sport », mais la « Déclaration de Nice » et le Livre blanc évoquent aussi, et respectivement : « le respect des législations nationales et communautaires », ou encore « une autoréglementation [...] respectueuse du droit communautaire »<sup>1554</sup>. La Cour de justice n'a jamais affirmé, ni même suggéré, qu'elle entendait exclure le contentieux sportif de sa compétence et lui octroyer un régime dérogatoire généralisé. Depuis l'arrêt *Walrave et Koch*, la Cour exprime continûment sa volonté de contrôler la production normative des acteurs non-étatiques, l'interprétation d'une règle non-économique devant être strictement limitée « à son objet propre », ce que l'arrêt *Meca-Medina* confirme explicitement : « les dispositions communautaires en matière de libre circulation des personnes et de libre prestation des services ne s'opposent pas à des réglementations ou pratiques justifiées par des motifs non économiques, tenant au caractère et au cadre spécifiques de certaines rencontres sportives [...] cette restriction du champ d'application des dispositions en cause doit rester limitée à son objet propre. Dès lors, *elle ne peut être invoquée pour exclure toute une activité sportive du champ d'application du traité* »<sup>1555</sup>.

771. Cela dit, autorisons-nous à mettre en question que le « changement » porté par l'arrêt *Meca-Medina* soit « considérable », et que « la Cour s'approprie l'ensemble du

---

<sup>1551</sup> Pour un « panorama des affirmations du concept d'autonomie du sport par les autorités publiques » : J.-L. CHAPPELET, *L'autonomie du sport en Europe*, Conseil de l'Europe, Politiques et pratiques sportives, 2010, p. 16 et s.

<sup>1552</sup> G. INFANTINO, « Meca-Medina : un pas en arrière... », *op. cit.*

<sup>1553</sup> Ph. ICARD, « La spécificité... », *op. cit.*

<sup>1554</sup> F. LATTY, « L'arrêt, le livre... », *op. cit.*, spéc. p. 48.

<sup>1555</sup> CJCE, *op. cit.*, *Meca-Medina*, spéc. point 26 (nous soulignons).

contentieux sportif »<sup>1556</sup>. Il semble que la doctrine revendiquant, promouvant la spécificité sportive confère une importance excessive à la différenciation opérée par l'arrêt *Walrave et Koch*, laquelle a toujours été strictement interprétée comme toute exception et selon l'adage : « les exceptions sont d'interprétation stricte ». M. Julien ZYLBERSTEIN le confirme : « les institutions communautaires ont pendant longtemps traité le sport de façon modulée », « sans toutefois lui octroyer un régime général d'exemption comme en bénéficie l'industrie culturelle »<sup>1557</sup>. Cette spécificité sportive revendiquée ne relève pas d'une règle juridique ou d'un principe directeur orientant le droit positif et offrant une base de réflexion au juge<sup>1558</sup>, ceci expliquant potentiellement que d'aucuns la qualifient d'« aussi irréaliste que surannée »<sup>1559</sup> et s'interrogent « faut-il dès lors considérer que la notion même de spécificité du sport devrait être rangée définitivement au rang des attirails inutiles ou des formulations incantatoires dont les textes officiels sont parfois encombrés ? Il est sans doute encore trop tôt pour l'avouer, même si bien des indices tendent à le montrer... »<sup>1560</sup>.

\*

772. **Conclusion Section 2** – L'arrêt *Meca-Medina* modifie les critères de contrôle des règles non-étatiques et instaure des modalités nouvelles : toute règle non-étatique, quels que soient le domaine d'activités considéré et la nature, économique ou non, de cette règle, est objet potentiel de contrôle au regard de chaque liberté protégée par le droit européen. La crainte, consécutive à cet arrêt de 2006, d'un développement des conflits de normes droit européen / droit non-étatique ne s'est pas actualisée. L'action de la Cour de justice de l'Union européenne rend compte d'une volonté de contrôle de la production normative des acteurs non-étatiques, dans une absence de considération de toute « spécificité ».

773. **Conclusion Chapitre 1** – La Cour de justice de l'Union européenne contrôle les règles non-étatiques afin qu'elles n'entraient pas, de manière disproportionnée, les libertés protégées par le droit européen. S'observe une évolution des critères et des modalités de ce contrôle, d'une différenciation initiale de nature des règles non-étatiques, conduisant à une absence de contrôle des règles non-économiques, à un contrôle

---

<sup>1556</sup> Ph. ICARD, « La spécificité... », *op. cit.*, spéc. p. 636.

<sup>1557</sup> J. ZYLBERSTEIN, « Que reste-t-il de la spécificité... », *op. cit.*, spéc. p. 18.

<sup>1558</sup> Comp. M. FONTENEAU, « L'exception sportive en droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 21 août 2001, n° 233, p. 16 et s.

<sup>1559</sup> C. MIÈGE, « Contrôle d'une réglementation... », *op. cit.*

<sup>1560</sup> C. MIÈGE, « Existe-t-il (encore) une spécificité du sport au regard du droit de l'Union européenne ? », *Cab. dr. sport*, 2016, n° 44, p. 38 et s., spéc. p. 42.

généralisé des règles non-étatiques. Ce contrôle de la Cour de justice entend assurer une fonction de contre-pouvoir à la production normative des acteurs non-étatiques, et à leur autonomie, réelle ou supposée.

## Chapitre 2 – La Convention européenne des droits de l'Homme : un contrôle indirect du droit non-étatique

774. Opérer un rapprochement entre droit non-étatique et Convention européenne des droits de l'Homme est susceptible de surprendre, car cette Convention EDH, *via* la Cour éponyme située à Strasbourg, n'a pas pour fonction de contrôler la production normative des acteurs non-étatiques. Sa mission est « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles » (article 19), c'est-à-dire : « rendre des arrêts [...] sur le point de savoir si *les États parties* aux litiges dont elle est saisie ont ou n'ont pas commis de violation des droits de l'Homme garantis par la CEDH elle-même ou par les protocoles qui l'ont complétée à partir de 1952 »<sup>1561</sup>. Bien que préside « une conception singulièrement extensive de la notion de "loi", qu'elle entend dans son acception matérielle et non formelle », désignant « l'ensemble du droit en vigueur, qu'il soit législatif, réglementaire ou jurisprudentiel »<sup>1562</sup>, une règle non-étatique ne peut être l'objet d'un contrôle direct de la Cour EDH, ne constituant pas une « loi » au sens de cette Convention.

775. La production normative des acteurs non-étatiques, cependant, peut faire l'objet d'un *contrôle indirect* dans deux situations-types : lorsque des règles non-étatiques sont créées par des structures juridiques, associations et/ou sociétés, relevant des États-signataires, par exemple les règles des fédérations sportives internationales, ou lorsque des règles non-étatiques sont transposées par l'action de ces États, le Code mondial antidopage en étant une représentation topique<sup>1563</sup>. Il est alors possible que la Cour de Strasbourg se prononce indirectement sur un conflit de normes opposant une règle non-étatique aux dispositions de la Convention EDH<sup>1564</sup>. Des affaires sont pendantes devant

---

<sup>1561</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 2 (nous soulignons).

<sup>1562</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Droit fondamental, 12<sup>e</sup> éd., 2015, n° 133, p. 205. Le défendeur, contre lequel est dirigé une requête, ne peut d'ailleurs être qu'un État signataire de la Convention EDH (J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2012, n° 1025, p. 977).

<sup>1563</sup> Sur la création du droit non-étatique par les associations et les sociétés : *supra* nos 96 et s., et sur la transformation de règles non-étatiques en droit étatique : *supra* nos 362 et s.

<sup>1564</sup> En raison de l'effet direct de la Convention EDH, la Cour de Strasbourg n'est pas la seule juridiction à pouvoir connaître des conflits de normes : « il faut au contraire savoir que, en matière de CEDH, le premier juge européen est aussi le juge interne qui ne lui a jamais refusé l'effet direct et qui, après quelques années de tâtonnements, a appris à la mettre en œuvre de manière de plus en plus audacieuse, allant même parfois jusqu'à l'appliquer d'office » (J.-P. MARGUÉNAUD, « Sport et Convention européenne des droits de l'homme », *RJES*, 2006, n° 66, p. 9 et s., spéc. p. 11), « la question de la légalité européenne d'une règle [sportive] peut être ainsi directement posée à l'occasion d'un procès » (F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 301, p. 151 ).



cette juridiction, relevant potentiellement d'une telle problématique, et dont la description de deux d'entre elles l'explique.

776. Dans l'affaire *FNASS et autres c. France*, des requérants, dont des sportifs professionnels, contestent deux points de la législation française, reproduisant les dispositions du Code mondial antidopage. Le premier tient à l'obligation qui leur est faite de fournir un emploi du temps, obligation visant à ménager la possibilité de contrôles antidopage inopinés, laquelle constitue, selon les requérants, une intrusion injustifiée dans leur vie privée familiale, protégée par l'article 8 de la Convention EDH. Le second point est relatif à la contrainte liée de localisation permanente, le dispositif étant considéré par les requérants inconditionné et dépourvu de limites géographiques et temporelles, et conséquemment supposé contraire à la liberté d'aller et venir protégée par l'article 2 de la Convention<sup>1565</sup>. Dans l'affaire *Longo et Ciprelli c. France*, les requérants, appartenant au cyclisme professionnel, se plaignent aussi de cette obligation de localisation, en raison de l'appartenance à un « groupe cible », estimant le dispositif contraire au droit au respect de la vie privée et familiale<sup>1566</sup>.

777. L'hypothèse que certaines lois étatiques, inspirées d'un droit non-étatique, portent atteinte aux dispositions de la Convention EDH ne peut être négligée. L'examen démontrant une contrariété potentielle (Section 1), les conséquences de l'éventuelle condamnation d'un État-signataire par la Cour européenne des droits de l'Homme sont étudiées (Section 2).

## **Section 1 – La contrariété du droit non-étatique aux libertés protégées par la Convention européenne des droits de l'Homme**

---

778. L'investigation est d'évidence circonscrite : toutes les manifestations du droit non-étatique ne sauraient, dans le cadre de cette étude, être passées au crible des droits de l'Homme, la probabilité apparaît *a priori* faible que les Principes Unidroit et les Incoterms puissent causer une atteinte aux droits fondamentaux protégés par la Convention EDH. Les deux affaires décrites, *FNASS* et *Longo*, s'inscrivent dans le contexte de la lutte contre le dopage, champ d'exploration fécond dans lequel le propos est situé.

779. En référence à divers avis doctrinaux et décisions de justice, il est discutable de supposer que le Code mondial antidopage, le programme mondial de lutte contre le

---

<sup>1565</sup> *Fédération Nationale des Syndicats Sportifs (FNASS) et autres c. France*, n° 48151/11, requête communiquée au gouvernement français le 26 juin 2013.

<sup>1566</sup> *Longo et Ciprelli c. France*, n° 77769/13, requête communiquée au gouvernement français le 18 juin 2014.

dopage, ainsi que les lois étatiques adoptées en contemplation soient contraires aux droits fondamentaux protégés par la Convention EDH (§1). Une analyse et une évaluation de ces textes autorisent néanmoins à considérer leur contrariété à l'égard de certains droits fondamentaux, dont, en particulier, celle du Code mondial antidopage, objet principal de l'observation (§2).

## §1 – Un programme mondial de lutte contre le dopage *a priori* conforme aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme

780. L'étude d'arrêts et de sentences arbitrales indique la conformité du Code mondial antidopage aux dispositions de la Convention EDH (A), conformité confortée par les prises de positions doctrinales (B).

### A – Une conformité affirmée par la jurisprudence : Conseil d'État, Cour de cassation, Tribunal arbitral du sport

781. Deux arrêts du Conseil d'État retiennent particulièrement l'attention. Ayant donné lieu à la saisie de la Cour EDH dans l'affaire *FNASS*, un premier arrêt conduit le juge administratif à apprécier la légalité de l'ordonnance du 14 avril 2010 transposant le Code mondial antidopage. Est notamment énoncé, « eu égard aux nécessités de la lutte contre le dopage », que : « l'obligation de fournir des renseignements précis et actualisés sur leur localisation afin de permettre l'organisation de contrôles, notamment inopinés » ne fait : « pas obstacle à la liberté d'aller et de venir des sportifs », et ne porte pas atteinte : « au droit au respect de la vie privée et familiale de ces derniers, garanti par l'article 8 de [la Convention EDH] ». Le juge évalue ces atteintes : « nécessaires et proportionnées aux objectifs d'intérêt général poursuivis par la lutte contre le dopage, notamment la protection de la santé des sportifs ainsi que la garantie de l'équité et de l'éthique des compétitions sportives »<sup>1567</sup>.

Dans un second arrêt, lié à l'affaire *Longo*, le Conseil d'État refuse de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité pour des motifs similaires : « si le dispositif ainsi défini se révèle contraignant pour ces sportifs, notamment en les soumettant à l'obligation de fournir des renseignements précis et actualisés sur leur localisation, les dispositions législatives en cause sont justifiées par les nécessités de la lutte contre le dopage, qui implique notamment de pouvoir diligenter des contrôles inopinés [...] ces dispositions ne portent à la liberté personnelle des sportifs et au respect de leur vie privée, protégés par

---

<sup>1567</sup> CE, 24 fév. 2011, n° 340122, *FNASS*, *JCP G* 2011. 564, note P. COLLOMB ; *Cab. dr. sport*, 2011, n° 23, p. 79, note J.-C. LAPOUBLE ; *Cab. dr. sport*, 2011, n° 24, p. 68, note F. COLIN ; *D.* 2012. 704, obs. Ch. DUODOGNON.

les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, que des atteintes nécessaires et proportionnées aux objectifs d'intérêt général poursuivis par la lutte contre le dopage, notamment la protection de la santé des sportifs ainsi que la garantie de l'équité et de l'éthique des compétitions sportives »<sup>1568</sup>.

782. La Cour de cassation, par ailleurs, refuse aussi de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité, fondée sur l'inconstitutionnalité de certaines dispositions du Code du sport, issues du Code mondial antidopage, au motif que : « l'obligation de localisation imposée aux sportifs faisant partie du groupe cible ne constitue pas, par elle-même, une restriction à la liberté d'aller et de venir »<sup>1569</sup>.

783. Ces solutions peuvent être rapprochées de la sentence *UCI c. R. & FFC* du Tribunal arbitral du sport<sup>1570</sup>. En l'espèce, suite à une suspension résultant d'un contrôle positif à une substance dopante, un sportif français conteste la procédure de contrôle antidopage initiée par l'Union cycliste internationale (UCI), arguant de sa non conformité au droit français en vigueur à l'époque des faits, et concernant notamment : « différents aspects de la liberté individuelle des sportifs »<sup>1571</sup>. Le Tribunal arbitral rejette toute contrariété de la procédure suivie à « l'ordre public »<sup>1572</sup>, considérant que la réglementation de l'UCI ne cause aucune violation aux libertés individuelles.

Quelques années plus tard, lors de la sentence *Antidoping Suisse c. C.*, le Tribunal arbitral du sport se prononce encore sur la conformité de l'obligation de localisation à l'article 8 de la Convention EDH et confirme : « s'il est vrai que l'obligation d'indiquer tous ses lieux de résidence peut, dans des circonstances ordinaires, impliquer une forme d'atteinte à la liberté personnelle, voire une atteinte au respect de la vie privée et familiale selon l'article 8 CEDH, *il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de contraintes qui sont consenties par les athlètes dès le moment où ils entendent pratiquer le sport de compétition* ». Le grief est conséquemment rejeté<sup>1573</sup>.

784. Indiquons *in fine* que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), bien qu'elle ne constitue pas une juridiction ou un tribunal arbitral, considère que

---

<sup>1568</sup> CE, 18 déc. 2013, nos 364839 et 368890, *Longo-Ciprelli*, *Cah. dr. sport* 2014, n° 35, p. 160, note F. COLIN.

<sup>1569</sup> Cass., 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2013, n° 13-15.146, *D.* 2013. 2750, note B. BRIGNON ; *D.* 2014. 396, obs. Ch. DUODOGNON.

<sup>1570</sup> TAS, 2002/A/431, 23 mai 2003, *UCI c. R. & FFC*, *JDI* 2005. 1309, obs. É. LOQUIN.

<sup>1571</sup> *Ibid.*, spéc. n° 11.

<sup>1572</sup> *Ibid.*, spéc. nos 23-25.

<sup>1573</sup> TAS, 2011/A/2526, 11 juin 2012, *Antidoping Suisse c. C.* (non publié), *Bull. TAS*, 2013/1, p. 12, spéc. p. 18 (nous soulignons).

le traitement automatisé des données relatives à la localisation des sportifs ne soulève aucune objection mettant potentiellement en cause sa validité<sup>1574</sup>.

## **B – Une confirmation doctrinale de conformité du Code mondial antidopage aux droits fondamentaux**

785. Cette conformité du Code mondial antidopage, ou des législations étatiques adoptées conformément à ce Code, est confortée par un courant doctrinal non négligeable. Portant un jugement général sur ce Code, M. Franck LATTY, par exemple, exprime que : « le Code mondial antidopage est taillé sur mesure pour que ses normes ne s’attirent pas les foudres du juge étatique »<sup>1575</sup>.

786. Sollicité par l’Agence mondiale antidopage, M. Jean-Paul COSTA, dans un « avis de droit » sur le projet de révision du Code mondial antidopage de 2015, juge que le projet, lequel sera finalement adopté dans une version quasi-identique, est respectueux des droits de l’Homme et des dispositions de la Convention EDH, laquelle sert « essentiellement » de « référence » à l’auteur<sup>1576</sup>. M. COSTA évalue notamment que les dispositions relatives aux contrôles antidopage, réalisés sur des périodes étendues, voire en tous temps et en tous lieux, ne causent pas atteinte à la vie privée des sportifs<sup>1577</sup>, pas plus que les délais de prescription, instaurés pour lutter contre les conduites dopantes, à divers droits fondamentaux<sup>1578</sup>.

787. Au regard de cet ensemble d’arrêts, de sentences et d’avis, une condamnation effective par la Cour européenne des droits de l’Homme apparaît peu probable. Dans le creux de l’énonciation cependant, l’avis rédigé par M. Jean-Paul COSTA sous-tend l’idée d’un potentiel de contestation du programme de lutte contre le dopage, *a minima* de certaines de ses dimensions<sup>1579</sup>, que l’analyse suivante développe.

---

<sup>1574</sup> CNIL, délibération n°2007-032, 25 avr. 2007 (demande d’avis n° 1214123).

<sup>1575</sup> F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 475.

<sup>1576</sup> J.-P. COSTA, « Avis de droit sur le projet de révision du code mondial antidopage », 25 juin 2013, p. 1, note 2 (disponible sur le site de l’Agence mondiale antidopage : wada-ama.org). Rappr. G. KAUFMANN-KOHLER, G. MALINVERNI, A. RIGOZZI, « Legal Opinion on the Conformity of Certain Provisions of the Draft World Anti-Doping Code with Commonly Accepted Principles of International Law », 26 fév. 2003 (disponible sur le site de l’Agence mondiale antidopage : wada-ama.org)

<sup>1577</sup> J.-P. COSTA, *ibid.*, p. 29.

<sup>1578</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>1579</sup> *Ibid.*, p. 23 : « Généralement, les requérants se plaignent de délais trop courts, mais on peut envisager, sur la base des mêmes critères jurisprudentiels, que des justiciables puissent se plaindre au contraire de délais trop longs, au nom d’une sorte de “droit à l’oubli” (comme, par analogie, pour l’inscription sur le casier judiciaire et l’effacement de celui-ci). Ce n’est qu’apparemment paradoxal, étant observé que la sécurité juridique et la fiabilité des preuves doivent bénéficier aussi aux personnes qui ont violé ou sont

## §2 – Contrariété potentielle du programme mondial de lutte contre le dopage aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme

788. L'observation indique une mise en questions de cette attestation de conformité du Code mondial antidopage aux dispositions de la Convention EDH : le Conseil de l'Union européenne exprime des réserves quant au respect du principe de proportionnalité de certaines dispositions de ce Code, en particulier la gestion des données personnelles<sup>1580</sup>. Le Conseil constitutionnel, en ce qui concerne les données biométriques, estime que, eu égard : « à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation, les dispositions de l'article 5 portent au droit au respect la vie privée une atteinte *qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi* »<sup>1581</sup>. Certains auteurs considèrent la possibilité d'une transposition de cette conclusion au protocole d'action de lutte contre le dopage<sup>1582</sup>, s'inscrivant dans un courant doctrinal interrogateur et critique du dispositif, évoquant des sportifs « en liberté très surveillée », et encore une « inquisition sportive »<sup>1583</sup>. D'aucuns énoncent même, au regard de l'ensemble des obligations

---

accusées avoir violé les règles antidopage. Récemment, la Cour de Strasbourg a censuré le maintien indéfini ou trop long de personnes (il est vrai acquittées pénalement ou contre lesquelles les poursuites avaient été abandonnées) sur des fichiers publics d'empreintes digitales ou génétiques. Ce faisant, elle a en somme posé le principe de *l'effacement* et, si elle l'a fait en matière pénale, il devrait en être de même à plus forte raison dans le domaine des sanctions administratives » (souligné par l'auteur).

<sup>1580</sup> Conseil de l'UE, « Contribution de l'UE à la révision du Code mondial antidopage », 23 fév. 2012, n° 6846/12, spéc. p. 9-10 : « L'article 4.3 [du Code mondial antidopage] fait obligation aux fédérations internationales et aux organisations nationales antidopage de tenir à disposition les informations relatives aux contrôles et de les partager avec d'autres organisations. *Ces dispositions sont axées sur l'objectif à atteindre mais ne comportent aucune limite quant à leur application, dans la mesure où elles n'incluent aucun élément de proportionnalité.* Par exemple, certains États membres de l'UE sont connus pour avoir défini des groupes cibles de sportifs soumis aux contrôles dont la taille est disproportionnée. Dans certains cas, cette situation a débouché sur des problèmes inutiles et nuit à l'efficacité potentielle du système de localisation, mais elle n'est pas en contradiction avec les règles de [l'Agence mondiale antidopage]. Il est important que les groupes cibles de sportifs soumis aux contrôles soient définis sur la base, entre autres, d'une évaluation du risque » (nous soulignons).

<sup>1581</sup> Conseil constitutionnel, 22 mars 2012, n° 2012-652.

<sup>1582</sup> J.-C. LAPOUBLE, « Tout, tout, tout, tout, tout ; vous saurez tout sur le sportif ! La mise en place du suivi biologique des sportifs », *Cab. dr. sport*, 2012, n° 27, p. 101 et s., spéc. p. 105.

<sup>1583</sup> Parmi de nombreuses références : T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage est-elle conciliable avec le droit à la vie privée du sportif ? », *Cab. dr. sport*, 2008, n° 13, p. 63 et s. ; J.-C. LAPOUBLE, « La localisation des sportifs : une atteinte excessive à la vie privée, ou quand Big Brother s'invite chez les sportifs », *RTDH*, 2011, n° 88, p. 901 et s. ; « Tout, tout, tout, tout, tout ; vous saurez tout sur le sportif ! La mise en place du suivi biologique des sportifs », *Cab. dr. sport*, 2012, n° 27, p. 101 et s. ; « Localisation des sportifs : le Conseil d'État donne sa bénédiction à l'Inquisition sportive », *Cab. dr. sport*, 2011, n° 22, p. 79 (note sous CE, 24 fév. 2011, n° 340122) ; « Le suivi à la trace : les contraintes des sportifs appartenant aux groupes cibles », *Movement & Sport Sciences*, 2016/2, n° 92, p. 15 et s. ; F. HILL, « La lutte antidopage : les sportifs en liberté très surveillée », *Cab. dr. sport*, 2012, n° 27, p. 106 et s. ; J.-P. VIAL, « Lutte contre le dopage : le droit à l'intimité de la vie privée mis à l'épreuve », *Cab. dr. sport*, 2016, n° 42, p. 130 et s. ; É. PÉCHILLON, « Le sportif surhomme et sous-citoyen : faut-il renoncer à sa

s'imposant, que « les sportifs ont moins de droits que les délinquants sexuels ou que les malades mentaux »<sup>1584</sup>.

789. Infirmier ou confirmer l'hypothèse initialement énoncée, considérant la potentialité d'une atteinte à certaines dispositions de la Convention EDH par des lois étatiques inspirées d'un droit non-étatique, singulièrement ici le Code mondial antidopage, requiert deux actions liminaires : une description de ce programme de lutte contre le dopage et une mise en exergue des principes directeurs de son élaboration.

790. Le programme mondial de lutte contre le dopage développé par l'Agence éponyme repose sur trois textes : le Code mondial antidopage, les standards internationaux et les modèles de bonnes pratiques. Le Code fixe les principes directeurs du dispositif de lutte, les standards internationaux en précisent les modalités opérationnelles, les modèles de bonnes pratiques rassemblant des documents explicatifs, non-obligatoires, mis à disposition des signataires<sup>1585</sup>. Sans exclure la convocation des autres types de textes, l'étude est centrée sur le Code mondial antidopage, lequel, en tant que « document fondamental et universel »<sup>1586</sup>, est le texte *princeps* de ce programme. Rappelons que ce Code est adopté par l'ensemble des fédérations sportives, et que près de deux cents États se sont engagés à mettre leur droit interne en conformité avec ses dispositions par la signature de la Convention internationale contre le dopage dans le sport<sup>1587</sup>. Le Code mondial antidopage est conséquemment l'objet d'un large plébiscite, ses dispositions régissant toutes les dimensions de la lutte contre le dopage.

791. L'idée directrice sur laquelle se fonde le programme de lutte contre le dopage est celle d'une « présomption de culpabilité » du sportif<sup>1588</sup>, mentionnée une première fois

---

liberté individuelle pour faire du sport de compétition ? », *Movement & Sport Sciences*, 2016/2, n° 92, p. 5 et s. ; Ph. FRUMER, « La vie privée des sportifs professionnels sous surveillance. Le code mondial antidopage à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme », in C. CHAUSSARD et Th. CHIRON (dir.), *Le nouveau code mondial antidopage : évolutions et perspectives*, Lexisnexis, Travaux du CREDIMI, 2016, p. 65 et s.

<sup>1584</sup> É. PÉCHILLON, *ibid.*, spéc. p. 10. Rapp. J.-C. LAPOUBLE, *Cah. dr. sport*, 2011, n° 22, p. 79, spéc. p. 83 (note sous CE, 24 fév. 2011, n° 340122) : « on se demande bien si le dopage ne constitue pas un danger plus grand que le trafic de stupéfiants ou le terrorisme ».

<sup>1585</sup> CMA, 2015, p. 11-13.

<sup>1586</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>1587</sup> Sur l'adoption du Code mondial antidopage : *supra* n° 103 et sa transposition par l'ordre juridique français : *supra* nos 366 et s.

<sup>1588</sup> J.-C. LAPOUBLE, « Tout, tout, tout... », *op. cit.*, spéc. p. 102 : « la logique actuelle contenue dans le Code mondial antidopage a inversé la charge de la preuve. Il appartient désormais au sportif de prouver qu'il ne s'est pas dopé et il lui faut donc partager ses données biologiques les plus intimes afin de montrer sa bonne foi » ; É. PÉCHILLON, « Le sportif surhomme... », *op. cit.*, spéc. p. 10 : « La lutte contre le dopage est actuellement construite sur la base d'une présomption de fraude de la part du sportif », « elle consiste à instaurer un mécanisme de surveillance basé sur une forme de "présomption généralisée de fraude, de

à l'article 3.1 du Code, lequel énonce : « lorsque le Code impose à un sportif, ou à *toute autre personne présumée avoir commis une violation des règles antidopage*, la charge de renverser la présomption ou d'établir des circonstances ou des faits spécifiques, le degré de preuve est établi par la prépondérance des probabilités »<sup>1589</sup>. Ce postulat, discutable au regard de la jurisprudence de la Cour EDH<sup>1590</sup>, inspire une philosophie d'action répressive et un dispositif concret impactant potentiellement les libertés individuelles et les dispositions de la Convention EDH.

792. Présentant un caractère évalué exemplaire, deux dimensions de ce dispositif sont objets particuliers d'investigation : l'obligation de localisation des sportifs, impliquant gestion des données (A), et les contrôles en résultant (B).

### **A – L'obligation de localisation : une contrariété potentielle aux droits au respect à la vie privée et familiale, et à la liberté d'aller et venir**

793. Le programme mondial de lutte contre le dopage et les droits nationaux adoptés en contemplation obligent les sportifs inscrits dans des « groupes cibles »<sup>1591</sup> à fournir des informations relatives à leur localisation<sup>1592</sup>. Le degré de précision des informations requises est élevé, incluant : « l'adresse complète du lieu [de résidence] (à savoir : domicile, hébergement temporaire, hôtel, etc.) [...] le nom et l'adresse de chaque lieu où le sportif s'entraînera, travaillera ou poursuivra toute autre activité régulière (école, par ex.), ainsi que les horaires habituels de ces activités régulières »<sup>1593</sup>. Le sportif inscrit dans un tel groupe doit aussi indiquer : « pour chaque jour du trimestre à venir, une période quotidienne de 60 minutes où il sera disponible en un lieu indiqué pour un contrôle »<sup>1594</sup>, étant précisé que ce contrôle peut avoir lieu « entre 6h00 et 23h00 »<sup>1595</sup>, et que cette exigence : « ne limite aucunement l'obligation du sportif d'être disponible pour

---

dangerosité ou de déviance" à l'encontre de la population concernée. La présomption d'innocence n'existe plus vraiment puisqu'il va s'agir de démontrer que la règle a été respectée ». Comp. cette « présomption de culpabilité est jugée conforme au principe de présomption d'innocence, G. KAUFMANN-KOHLER, G. MALINVERNI, A. RIGOZZI, « Legal Opinion on the Conformity of Certain Provisions of the Draft World Anti-Doping Code with Commonly Accepted Principles of International Law », 26 fév. 2003, nos 129 et s., spéc. n° 140.

<sup>1589</sup> CMA, 2015, art. 3.1, *in fine* (nous soulignons).

<sup>1590</sup> La présomption de culpabilité est en soi critiquable car la Cour EDH protège strictement la présomption d'innocence au titre de l'article 6 §2 : J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 151 et s.

<sup>1591</sup> Sur les modalités d'inscription dans ces « groupes cibles » : Standards internationaux de contrôle, 2012, art. 11.2.

<sup>1592</sup> CMA, 2015, art. 5.6 ; C. sport., art. L232-15.

<sup>1593</sup> Standards internationaux de contrôles, 2012, art. 11.3.1, d) et e).

<sup>1594</sup> *Ibid.*, art. 11.1.4.

<sup>1595</sup> *Ibid.* ; C. sport., art. L232-14.

un contrôle à tout moment en tout lieu » et encore : « ne limite pas non plus son obligation de fournir les informations [...] concernant sa localisation en dehors de la période de 60 minutes »<sup>1596</sup>.

794. L'obligation de localisation du sportif dépasse conséquemment la plage de disponibilité spécialement renseignée : il est exigé qu'il fournisse des informations précises quant à sa localisation et, plus généralement, sa vie quotidienne, ceci produisant un questionnement sur la double dimension du respect de la vie privée et familiale, et de la liberté d'aller et venir, l'une et l'autre protégées par la Convention EDH.

795. La vie privée et familiale est protégée par l'article 8, objet de l'interprétation « la plus extensive » parmi les dispositions de la Convention EDH<sup>1597</sup>. L'obligation de localisation faite à un sportif heurte potentiellement le respect de sa vie privée et familiale, en raison du caractère contraignant du dispositif concret de l'action de lutte contre le dopage, et de l'imposition de révélation d'informations personnelles<sup>1598</sup>. La liberté d'aller et venir est précisément protégée par le protocole n° 4 de la Convention EDH. Cette obligation de localisation porte encore potentiellement atteinte à celle du sportif, dans la mesure où, dans toute situation de déplacement non antérieurement indiqué ou non conforme à l'information fournie, le sportif doit, sous peine de sanction<sup>1599</sup>, procéder préalablement à la transmission des données nouvelles de localisation : il s'entend alors que l'appréciation d'une liberté de mouvements soit problématique, M. Jean-Christophe LAPOUBLE conseillant : « au sportif même en vacances de ne pas découper au dernier moment... et d'avoir une vie soigneusement programmée à l'avance »<sup>1600</sup>.

796. Sur un plan opérationnel, et dans le but de faciliter la gestion des informations transmises, l'Agence mondiale antidopage promeut l'utilisation du système de fichage informatique ADAMS (*Anti-Doping Administration & Management System*)<sup>1601</sup>, laquelle questionne les dimensions de la gestion, la conservation, et la transmission des données personnelles, gestion et protection des données personnelles relevant du domaine d'intervention privilégié de la Cour EDH<sup>1602</sup>. Sur la dimension de la conservation de données personnelles, l'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni*, dans une situation relative à la

---

<sup>1596</sup> Standards..., *ibid.*, art. 11.1.4.

<sup>1597</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 93 et s.

<sup>1598</sup> J.-C. LAPOUBLE, « Le suivi à la trace... », *op. cit.*, spéc. p. 18.

<sup>1599</sup> Sur l'automatisme des sanctions, au maximum une suspension de deux ans, suite aux « manquements aux obligations en matière de localisation » : CMA, 2015, art. 2.4 et 10.3.3.

<sup>1600</sup> J.-C. LAPOUBLE, « Le suivi à la trace... », *op. cit.*, spéc. p. 17.

<sup>1601</sup> CMA, 2015, art. 5.4.3 et 5.6 ; Standards internationaux de contrôle, 2012, art. 11.3 et 15.2.

<sup>1602</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne...*, *op. cit.*, p. 96-97.



conservation de données personnelles par les autorités britanniques, estime : « particulièrement préoccupant le risque de stigmatisation, qui découle du fait que les personnes dans la situation des requérants, qui n'ont été reconnus coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence, sont traitées de la même manière que des condamnés »<sup>1603</sup>. Cette préoccupation, cette analyse et cette appréciation sont transposables au texte et contexte de la lutte contre le dopage : obligation est faite aux sportifs de fournir des données personnelles, y compris génétiques dans le cadre du passeport biologique<sup>1604</sup>, aucune culpabilité n'étant établie.

À l'appui de ceci, soulignons que la majorité des États n'autorisent le prélèvement de données personnelles que « dans le cadre de procédures pénales [...] sur des individus soupçonnés d'avoir commis des infractions présentant *un certain seuil de gravité* »<sup>1605</sup>. La lutte contre le dopage n'étant pas pénalisée en France, un tel dispositif est susceptible de condamnation par la Cour EDH<sup>1606</sup>. Il semble que les mentions isolées du Code mondial antidopage, imposant que les données soient traitées avec « la plus stricte confidentialité »<sup>1607</sup>, ne soient ni de nature ni de degré suffisant à écarter toute violation de la Convention EDH<sup>1608</sup>, des auteurs l'exprimant à l'affirmative : « l'obligation faite aux athlètes de haut niveau de devoir communiquer leur emploi du temps détaillé avant chaque trimestre à l'AFLD qui partage ces données avec d'autres institutions constitue une atteinte à leur vie privée »<sup>1609</sup>.

797. Dans le cadre du programme mondial de lutte contre le dopage, la conception de ce dispositif particulier, se concrétisant par l'obligation continue faite à certains sportifs de transmission de données de localisation, répond à un critère de faisabilité de contrôles inopinés. Il semble que la satisfaction de ce critère ait prévalu sur celle d'un autre critère :

---

<sup>1603</sup> CEDH, 4 déc. 2008, nos 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, spéc. point 122, *JDA* 2009. 872, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.* 2010. 604, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ pénal* 2009. 81, obs. G. ROUSSEL ; *RFDA* 2009. 741, étude S. PEYROU-PISTOULEY ; *RSC* 2009. 182, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

<sup>1604</sup> Sur le passeport biologique : *infra* n° 802.

<sup>1605</sup> CEDH, 4 déc. 2008, *op. cit.*, spéc. point 108 (nous soulignons).

<sup>1606</sup> Rapp. CEDH, 8 avr. 2013, n° 19522/09, *M. K. c. France*, *D.* 2013. 1067 ; *ibid.* 2014. 843, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *RSC* 2013. 666, obs. D. ROETS ; CEDH, 18 sept. 2014, n° 21010/10, *Brunet c. France*, *AJ pénal* 2014. 539, obs. G. ROUSSEL ; *RSC* 2015. 165, obs. D. ROETS ; *JCP G* 2014. 43, note T. FOURREY ; *RLDI* 2015. 32, note D. FOREST ; *RJPF* 2014-12/15, note E. PUTMAN.

<sup>1607</sup> CMA, 2015, art. 5.6. Rapp. CNIL, délibération n°2007-032, 25 avr. 2007 (demande d'avis n° 1214123) : le sportif doit être informé du partage des données et bénéficier d'un droit d'accès et de rectification.

<sup>1608</sup> J.-C. LAPOUBLE, *Cab. dr. sport*, 2011, n° 22, p. 79, spéc. p. 82 (note sous CE, 24 fév. 2011, n° 340122) « Quand on connaît l'opacité et le manque de démocratie qui règne chez certaines [fédérations internationales], il est permis de s'inquiéter du blanc-seing délivré au nom d'un intérêt général sportif mal défini ».

<sup>1609</sup> T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage est-elle conciliable avec le droit à la vie privée du sportif ? », *Cab. dr. sport*, 2008, n° 13, p. 63 et s., spéc. p. 67.

la conformité de cette obligation au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme.

## **B – Les contrôles antidopage opérés : une atteinte potentielle à la vie privée et à l'intégrité de la personne**

798. L'objectif visé par l'obligation de localisation imposée aux sportifs a été indiqué : il s'agit de garantir la possibilité de contrôles antidopage en « tout lieu, y compris au domicile du sportif »<sup>1610</sup>. Autorisés « entre 6 heures et 23 heures »<sup>1611</sup>, « ce qui peut paraître surprenant dans la mesure où l'usage de produits dopants ne constitue pas un délit »<sup>1612</sup> s'étonnent certains, il importe de préciser que l'effectivité de ces contrôles est subordonnée au consentement du sportif<sup>1613</sup>. Les mêmes auteurs jugent alors que : « le droit positif semble organiser une protection satisfaisante de la vie privée du sportif au regard du lieu et du moment où le contrôle antidopage est pratiqué », ajoutant : « en dehors peut-être de la durée excessive des plages horaires durant laquelle le sportif est susceptible d'être contrôlé »<sup>1614</sup>. Le dispositif d'action heurte conséquemment, potentiellement, la protection du domicile, laquelle est protégée au titre de la vie privée, par l'article 8 de la Convention EDH<sup>1615</sup>. Ces contrôles sont encore susceptibles de porter une atteinte de nature autre, affectant l'intégrité physique et/ou psychique de la personne.

799. Qu'il s'agisse de prélèvements de sang ou d'urine, ces contrôles sont régis par le Code de la santé publique et le Code civil<sup>1616</sup>, et relèvent d'une dérogation au principe d'inviolabilité du corps humain<sup>1617</sup>. Dans l'abstraction se pose la question d'une intégration de la lutte contre le dopage dans l'une des exceptions visées par l'article 16-3 du Code civil, lequel dispose : « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain *qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* »<sup>1618</sup>. L'abstraction invite encore à considérer la contrariété de l'article 10 des

---

<sup>1610</sup> C. sport, art. L232-13-1, 3° ; CMA, 2015, art. 5.2.

<sup>1611</sup> C. sport, art. L232-14. Rappr. l'Allemagne et l'Autriche ont également réduit les périodes autorisées pour les contrôles (J.-P. COSTA, « Avis de droit... », p. 26, note 49).

<sup>1612</sup> T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage... », *op. cit.*, spéc. p. 70.

<sup>1613</sup> C. sport, art. 232-14-2. Comp. en cas de refus du sportif de donner son consentement, le juge des libertés et de la détention peut autoriser ces contrôles (C. sport, art. L232-14-4).

<sup>1614</sup> T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage... », *op. cit.*, spéc. p. 71 et note 65.

<sup>1615</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne...*, *op. cit.*, p. 107 et s.

<sup>1616</sup> C. sant. publ., art. L1211-1 : « La cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent livre ». En ce sens : T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage... », *op. cit.*, spéc. p. 71.

<sup>1617</sup> C. civ., art. 16-1.

<sup>1618</sup> Rappr. C. sant. publ., art. L1211-1 : « Les activités afférentes à ces éléments et produits, mentionnées au présent livre, y compris l'importation et l'exportation de ceux-ci, doivent poursuivre une fin médicale

standards internationaux de contrôle, lesquels évoquent la « propriété des échantillons » attribuée à l'organisation antidopage réalisant le contrôle<sup>1619</sup>, au regard de l'article 16-1 du Code civil, disposant que : « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

800. L'atteinte potentielle à l'intégrité psychique intéresse directement le propos : « le caractère particulier du contrôle urinaire auquel les contrôleurs sont tenus d'assister, semble problématique par rapport à la protection de l'intimité du sportif »<sup>1620</sup>. La possibilité existe que cette violation de l'intimité du sportif puisse être requalifiée en traitement dégradant : le fait d'uriner en présence d'un inconnu, *a fortiori* une personne étrangère au corps médical, qui ne présente pas les mêmes garanties déontologiques<sup>1621</sup>, peut être « perçu comme une humiliation [...] et apparaître délicate, voire dégradante au sens de la jurisprudence de l'article 3 de la CEDH »<sup>1622</sup>. L'affaire *Van Impe* actualise cette hypothèse : en mars 2008, un cycliste professionnel fait l'objet d'un contrôle urinaire inopiné dans un crématorium où, suite au décès de son fils, il règle des formalités administratives. L'intensité émotionnelle d'une telle situation rend aisée la compréhension du commentaire : « il semble alors possible de qualifier le contrôle antidopage de comportement infligeant volontairement de vives souffrances morales, c'est-à-dire de traitement inhumain interdit par l'article 3 de la CEDH »<sup>1623</sup>.

801. M. Jean-Pierre MARGUÉNAUD précise que : « le seuil de gravité à partir duquel on peut retenir la qualification infamante de torture » a été « considérablement abaissé » par divers arrêts de la Cour EDH, « les condamnations pour torture [...] sont devenues habituelles, en tout cas à l'encontre des États qui appartenaient naguère au bloc soviétique »<sup>1624</sup>. Qu'il s'agisse de stérilisations ou d'examens gynécologiques, les traitements forcés constituent des traitements inhumains et dégradants<sup>1625</sup>, la question, dans une mise en perspective, ne peut être écartée, en ce qui concerne les contrôles

---

ou scientifique, ou être menées dans le cadre de procédures judiciaires conformément aux dispositions applicables à celles-ci ».

<sup>1619</sup> Pour un raisonnement similaire à propos de la réglementation antidopage de l'Union cycliste internationale : T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage... », *op. cit.*, spéc. p. 71.

<sup>1620</sup> T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage... », *op. cit.*, spéc. p. 72. Rapp. C. sport, art. R232-55 : « La décision prescrivant le contrôle peut prévoir qu'à compter de sa notification à l'intéressé et jusqu'aux opérations de prélèvement et de dépistage la personne contrôlée doit être accompagnée dans tous ses déplacements par la personne chargée du contrôle ou par une escorte. L'escorte doit être du même sexe que la personne contrôlée ».

<sup>1621</sup> J.-C. LAPOUBLE, « La lutte contre le dopage et la protection de la santé des sportifs : loi n° 2006-405 du 5 avril 2006 », *JCP G* 2006. 136, spéc. n° 24.

<sup>1622</sup> T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage... », *op. cit.*, spéc. p. 72.

<sup>1623</sup> *Ibid.*

<sup>1624</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>1625</sup> *Ibid.*, p. 89.

urinaires et/ou sanguins : en raison des sanctions prévues en cas de refus, ne ressortissent-ils pas à des traitements forcés ? Selon le Code mondial antidopage, ainsi que le Code du sport, sont effectivement : « considérées comme des violations des règles antidopage », le fait de : « refuser le prélèvement d'un échantillon ou de ne pas se soumettre au prélèvement d'un échantillon »<sup>1626</sup>, violations pouvant donner lieu à diverses sanctions, la décision appartenant aux fédérations sportives et/ou à l'Agence française de lutte contre le dopage<sup>1627</sup>. Le caractère forcé et jugé « intrusif »<sup>1628</sup> de ces contrôles les rend potentiellement qualifiables de traitements inhumains et dégradants, au sens de l'article 3 de la Convention EDH.

802. Par ailleurs, la conservation, et la transmission des échantillons prélevés lors des contrôles, voire leur communication, se révèlent problématiques, car l'introduction d'un passeport biologique des athlètes suppose de nombreux prélèvements urinaires et sanguins : le passeport biologique vise, non pas à rechercher la présence de substances dopantes dans les échantillons prélevés, mais à déceler toute variation anormale des paramètres biologiques, étant scientifiquement estimé que ces seuils biologiques ne peuvent être dépassés sans que le sportif considéré n'ait eu recours à des produits dopants<sup>1629</sup>. Des auteurs considèrent que ce passeport biologique est susceptible de favoriser des « ingérences » dans la vie privée du sportif, et, de surcroît, de se révéler contraire au secret médical garanti par le droit français<sup>1630</sup>.

\*

803. **Conclusion Section 1** – Visant à démontrer la contrariété potentielle de certaines règles non-étatiques aux dispositions supra-étatiques de la Convention européenne des droits de l'Homme, une analyse du Code mondial antidopage, adopté par de nombreux États, indique singulièrement des risques d'atteinte aux libertés protégées par cette Convention, notamment le respect de la vie privée et familiale, et la liberté d'aller et venir, ceci en raison principale d'une obligation de localisation faite aux sportifs inscrits dans des « groupes cibles », dont la fonction est de garantir une possibilité quasi continue de contrôles antidopage.

---

<sup>1626</sup> CMA, art. 2.3 ; C. sport, art. L232-14-5.

<sup>1627</sup> C. sport, art. L232-21 et L232-22.

<sup>1628</sup> É. PÉCHILLON, « Le sportif surhomme... », *op. cit.*, spéc. p. 10.

<sup>1629</sup> CMA, 2015, Annexe 1, *Passeport biologique de l'athlète*, p. 136.

<sup>1630</sup> T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage... », *op. cit.*, spéc. p. 65 et 67-68.

## Section 2 – D’une saisie de la Cour européenne des droits de l’Homme à la modification des règles non-étatiques

---

804. Bien que des mentions répétées « au respect de la vie privée du sportif et de son intimité »<sup>1631</sup> soient opérées par le Code mondial antidopage et les droits étatiques adoptés en contemplation, elles ne sont pas de nature à empêcher une saisie de la Cour EDH par un ou des particuliers<sup>1632</sup>, l’analyse ayant établi la potentialité de contrariété entre les règles non-étatiques de ce Code et certains des droits garantis par la Convention EDH. Les affaires *FNASS* et *Longo*, actuellement pendantes, invitent à déterminer les hypothèses de raisonnement et de solution à disposition de la Cour de Strasbourg (§1), autorisant l’examen, à visée prospective, des effets produits par la mise en cause d’une règle non-étatique, adoptée par de nombreux États (§2).

### §1 – Contrariété droit non-étatique / droit supra-étatique : détermination hypothétique du raisonnement et de la solution de la Cour européenne des droits de l’Homme

805. Une précision d’importance s’impose préalablement : un tel contentieux est inédit. À notre connaissance, le contrôle indirect d’une réglementation non-étatique adoptée par des États signataires relève d’une situation nouvelle, aucun arrêt de la Cour de Strasbourg ne s’inscrivant dans cette problématique, aucune situation ne présentant de similitudes. Le caractère inédit du contentieux est intensifié par une application littéralement uniforme de cette réglementation non-étatique, adoptée par près de deux cents États et la quasi-totalité des acteurs régissant le sport. *In abstracto*, un contentieux de ce type conduit la Cour européenne des droits de l’Homme à contrôler directement la législation de l’État signataire visé par la requête et à contrôler *indirectement* la législation de chaque État, y compris non-signataire, et la réglementation de chaque acteur non-étatique ayant transposé le Code mondial antidopage.

806. Il est admis que la Cour EDH développe une approche autonome de la Convention<sup>1633</sup> : bien que le juge français, dans l’affaire *Longo-Ciprelli*, ait notamment

---

<sup>1631</sup> C. sport, art. L232-13-1, formule parfois proche de l’incohérence : « eu égard aux droits de l’homme et au respect de la sphère privée des sportifs, des considérations légitimes de lutte contre le dopage exigent parfois de prélever des échantillons tard le soir ou tôt le matin » (CMA, 2015, commentaire de l’article 21.1.2).

<sup>1632</sup> Sur les modalités de saisie de la Cour EDH : J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l’Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 19 et s.

<sup>1633</sup> Sur les justifications de l’approche autonome de la Convention EDH : « [c’est le] souci d’une protection efficace des droits de l’homme qui a conduit les juges européens à donner un sens autonome à certains concepts. Cela permet à ces juges de s’affranchir d’une éventuelle définition nationale trop

apprécié que le dispositif considéré ne heurte ni la liberté d'aller et venir, ni le droit au respect de la vie privée et familiale des sportifs, la doctrine relève que : « la tradition jurisprudentielle française, valorisant l'intérêt général, ne sera peut-être pas partagée à ce point par la Cour de Strasbourg, peut-être plus sensible aux libertés »<sup>1634</sup>. La solution adoptée à Paris ne sera pas nécessairement la solution retenue à Strasbourg.

807. Par principe, la Cour européenne des droits de l'Homme admet que des États-signataires dérogent aux dispositions de la Convention EDH : les libertés et droits garantis ne sont pas intangibles et sont conséquemment susceptibles de limitation. Dans la situation considérée, il est probable que la Cour contrôle en particulier la légalité de la mesure, le but légitime poursuivi et la nécessité d'une telle mesure dans une société démocratique<sup>1635</sup>. Chaque État-signataire bénéficiant d'une marge d'appréciation<sup>1636</sup>, le propos, ici, est précisément centré sur l'évaluation et le contrôle de cette marge d'appréciation. Certains auteurs relèvent, à cet égard, que : « toute la question reste ensuite de savoir si, au regard des objectifs de santé publique et de garantie de la sincérité de la compétition visés par la lutte antidopage, le degré de précision et le partage des données relatives à la localisation des sportifs à travers une base de données internationale sont *nécessaires et proportionnés* »<sup>1637</sup>. M. Frédéric SUDRE met en exergue trois paramètres faisant varier le contrôle de proportionnalité : la nature du droit en cause, le but de l'ingérence et l'existence d'un dénominateur commun<sup>1638</sup>. Chacun d'entre eux est successivement examiné, afin de déterminer la position présentant le plus haut degré de probabilité d'adoption par la Cour EDH.

808. S'agissant de la nature du droit en cause, il est relevé que : « le contrôle de la Cour sera d'autant plus strict et la marge d'appréciation de l'État réduite que l'ingérence est relative à un droit qui touche la sphère d'intimité de l'individu »<sup>1639</sup>. Dans le cadre de cette investigation, le droit au respect de la vie privée et familiale est particulièrement visé par les requérants. Ce droit relevant de la « sphère d'intimité de l'individu » autorise à supposer que la Cour EDH exerce un strict contrôle de la marge d'appréciation de l'État-

---

restrictive à leurs yeux en donnant aux concepts le sens qui leur paraît le plus adopté dans le cadre d'une bonne protection : le sens « européen » va primer (J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme : droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, Manuels, 5<sup>e</sup> éd., 2013, n° 20, spéc. p. 25).

<sup>1634</sup> F. COLIN, *Cab. dr. sport*, 2014, n° 35, p. 160, spéc. p. 165 (note sous CE, 18 déc. 2013, nos 364839 et 368890, *Longo-Ciprelli*).

<sup>1635</sup> Sur l'ensemble du contrôle : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Droit fondamental, 12<sup>e</sup> éd., 2015, nos 130 et s., p. 201 et s.

<sup>1636</sup> *Ibid.*, nos 140 et s., p. 213 et s. ; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne...*, *op. cit.*, p. 67 et s.

<sup>1637</sup> T. VERBIEST, D. HADEF, C.-R. JOLY, « La lutte antidopage est-elle conciliable avec le droit à la vie privée du sportif ? », *Cab. dr. sport*, 2008, n° 13, p. 63 et s., spéc. p. 67 (nous soulignons).

<sup>1638</sup> F. SUDRE, *Droit européen...*, *op. cit.*, nos 143 et s., p. 218 et s.

<sup>1639</sup> *Ibid.*, n° 144, p. 219.

signataire, ceci impliquant que le dispositif de lutte contre le dopage soit justifié par une impérieuse nécessité. Considérant ce contrôle acté, sont soumises à analyse et évaluation la nécessité du dispositif de lutte contre le dopage (A) et la référence au « consensus européen » (B).

## A – La nécessité du dispositif de lutte contre le dopage en question

809. S'agissant de cette nécessité, répondant au but de l'ingérence, M. Frédéric SUDRE indique que : « si le but poursuivi par la restriction au droit s'analyse en une notion "objective" [...] la marge d'appréciation de l'État sera moindre que si le but légitime à un caractère contingent »<sup>1640</sup>, et évalue, quelques lignes plus loin : « la jurisprudence européenne, sur le fondement de ces deux critères, est loin, toutefois, d'être pleinement cohérente »<sup>1641</sup>.

810. Le but de ce dispositif, lutter contre le dopage, peut-il être qualifié de nécessité, *stricto sensu* suffisante à justifier une atteinte potentielle à la vie privée ? Au nombre des arguments avancés, la protection de la santé des sportifs ne semble pas décisive, M. Jean-Michel MARMAYOU indiquant que : « le nombre de sportifs soumis en France à l'obligation de localisation est d'environ 450 personnes. Or, sur ce nombre, tous ne se dopent pas... Sachant que le taux d'analyses positives du laboratoire français est de l'ordre de 3% à 4%, le problème de santé publique évoqué concernerait 18 sportifs, si l'on retient le taux de 4%. *On conviendra que le problème de santé publique est alors plutôt mince* »<sup>1642</sup>.

811. Par ailleurs, l'argumentation relative au principe de respect et d'équité des compétitions, et plus généralement aux valeurs du sport, n'emporte pas l'adhésion. Admettre que les valeurs du sport, le sport « propre » ou l'équité des compétitions, justifient ces atteintes potentielles aux droits garantis par la Convention EDH *via* ce dispositif de lutte contre le dopage est susceptible de dérives importantes quant à la protection des libertés individuelles. Au nom de quoi imposer aux sportifs un dispositif perçu et jugé liberticide dans le but de lutter contre le dopage et ne pas l'étendre aux conducteurs automobiles et assujettis fiscaux<sup>1643</sup> ? L'optimisation de la sécurité routière et

---

<sup>1640</sup> *Ibid.*, n° 145, p. 220.

<sup>1641</sup> *Ibid.*, n° 145, spéc. p. 221.

<sup>1642</sup> J.-M. MARMAYOU, *Cab. dr. sport*, 2011, n° 23, p. 79, spéc. p. 83-84 (note sous CE, 24 fév. 2011, n° 340122, *FNASS*, nous soulignons).

<sup>1643</sup> É. PÉCHILLON, « Le sportif surhomme et sous-citoyen : faut-il renoncer à sa liberté individuelle pour faire du sport de compétition ? », *Movement & Sport Sciences*, 2016/2, n° 92, p. 5 et s., spéc. p. 9 : « en droit interne, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement que la lutte contre la fraude (fiscale, sociale...) ne peut justifier, à elle seule le développement de normes juridiques contraires aux principes fondamentaux de notre République » (nous soulignons). Rapp. J.-M. MARMAYOU, *ibid.*, spéc. p. 84 : « le dopage constitue-t-

la lutte contre la fraude fiscale ne relèvent-elles pas de buts d'action institués, dont les enjeux sont évalués majeurs ? Il ne semble pas pour autant qu'elles aient donné lieu à l'instauration de nouveaux dispositifs dérogatoires aux respects de la vie privée, de la liberté d'aller et venir, voire de la présomption d'innocence, se fondant sur des impératifs de sécurité des personnes ou de financement de l'État. La répression du dopage répondrait-elle alors à des enjeux supérieurement majeurs ? Priver le sportif d'un groupe-cible de ses droits à la protection des libertés individuelles crée le risque d'un développement des dispositifs dérogatoires, aux noms d'impératifs déclarés chaque fois spécifiques, potentiellement riche de dérives attentatoires aux libertés.

812. En matière de lutte contre le dopage, l'abdication observée de l'État souverain n'est pas sans effets, son renoncement à discuter et contrôler le droit créé par l'Agence mondiale antidopage est à questionner<sup>1644</sup>. La production unilatérale d'une règle restreignant les libertés suppose d'offrir des garanties quant à sa nécessité et son efficacité. Ce droit, mondial et uniforme, appelle discussion, dont l'une des dimensions est relative à la volonté de coordonner le dispositif répressif du dopage : qu'elle conduise potentiellement à la négation des droits inaliénables des individus est un objet de réflexion. La qualité de sportif de haut niveau n'entraîne pas la perte corrélative de celle d'individu, lequel bénéficie de droits subjectifs intangibles et inaliénables : « il ne faudrait pas oublier que derrière chaque sportif, si brillant soit-il, se trouve un individu »<sup>1645</sup>. Au regard de cet ensemble d'observations, la condamnation d'un État-signataire par la Cour EDH apparaît possible, si ce n'est probable.

---

il donc pour la société française un fléau d'une telle gravité qu'il justifie des mesures aussi attentatoires à la vie privée ? Quand on connaît le nombre de victimes du tabac ou de l'alcool chaque année, la logique validée par le Conseil d'État pour la localisation des sportifs a de quoi inquiéter ».

<sup>1644</sup> L'absence de discussion parlementaire quant à la transposition du Code mondial antidopage est particulièrement critiquée : M. Jean-Christophe LAPOUBLE relève qu'« une fois de plus, le Parlement français s'est dépouillé de sa souveraineté sans trop s'interroger quant à la nécessité de légiférer et quant aux effets du texte adopté » (« Tout, tout, tout... », *op. cit.*, spéc. p. 101) et évoque « un débat bâclé », « à aucun moment, le législateur ne s'interroge sur les risques que peut faire courir au sportif un tel système, ni même sur la proportionnalité des mesures adoptées par rapport à l'objectif poursuivi » (*ibid.*, spéc. p. 102-103). L'auteur affirme même que : « entre la loi du 1<sup>er</sup> juin 1989 et l'ordonnance du 14 avril 2010, nous assistons à une dégradation continue du débat démocratique et du rôle du Parlement. En effet, nous sommes peu à peu passés d'un texte discuté longuement et adopté à l'unanimité, à un texte promulgué à la sauvette sous forme d'une ordonnance contenue dans un texte législatif sans rapport avec le dopage. Or le plus inquiétant est que précisément, le dernier texte adopté est porteur de risques plus importants en termes de libertés. Faut-il considérer que la fin justifiait les moyens ou qu'il ne s'agissait que d'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ? » (*Cab. dr. sport* 2011, n° 23, p. 79, spéc. p. 82, note sous CE, 24 fév. 2011, n° 340122, *FNASS*, nous soulignons).

<sup>1645</sup> F. HILL, « La lutte antidopage : les sportifs en liberté très surveillée », *Cab. dr. sport*, 2012, n° 27, p. 106 et s., spéc. p. 110.



## **B – L'impossible référence au « consensus européen » en présence d'une règle mondialement adoptée**

813. Troisième et dernier paramètre faisant varier le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme, le « consensus européen » ou « dénominateur commun » est qualifié de : « élément déterminant du contrôle de la Cour, qui pratique ici une interprétation dite “consensuelle” » où « la présence de principes juridiques communs réduit la marge d'appréciation de l'État »<sup>1646</sup>.

814. En référence au Code mondial antidopage, il semble que l'existence d'un droit mondialement uniformisé réduise l'intérêt de recourir à un tel consensus européen, un droit uniforme supposant, par définition, l'existence d'un consensus sur les règles adoptées. Ceci implique que la Cour EDH s'abstraie de ce consensus antérieurement établi et indique ce qu'elle juge nécessaire et proportionné, qu'elle détermine conséquemment et en autonomie, si le dispositif de lutte contre le dopage répond à ces deux critères, au regard de l'objectif poursuivi.

815. L'impact de cette impossible référence semble limité. Ce consensus européen est un outil fournissant, selon M. Frédéric SUDRE, des résultats « aléatoires »<sup>1647</sup>, la Cour EDH n'hésitant pas à s'en abstraire, voire à l'instrumentaliser, et que l'auteur qualifie de : « masque du pouvoir discrétionnaire du juge européen, qui instrumentalise le “consensus” selon qu'il entend préserver ou réduire la marge d'appréciation de l'État au vu de la fin qu'il poursuit »<sup>1648</sup>. La conséquence de cet énoncé est qu'il est possible que la Cour EDH reconnaisse, ou pas, que le dispositif de lutte contre le dopage constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, ou à la liberté d'aller et venir, la décision est relative à l'appréciation, nécessairement située, des juges.

816. Au regard de l'ensemble de ces développements, autorisons-nous à évaluer la situation et exprimer une probabilité haute de reconnaissance future d'une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme, par un État-signataire *via* ce dispositif de lutte contre le dopage. S'agissant en particulier du droit au respect de la vie privée et familiale, lequel relève de la sphère d'intimité de l'individu, l'hypothèse est forte que la Cour de Strasbourg exerce un contrôle rigoureux de la marge d'appréciation de l'État-signataire. L'analyse indique qu'aucun impératif de santé publique ne justifie de telles

---

<sup>1646</sup> F. SUDRE, *Droit européen...*, *op. cit.*, n°146, p. 221 (souligné par l'auteur).

<sup>1647</sup> *Ibid.*, n° 147, p. 222 et s.

<sup>1648</sup> *Ibid.*, n° 147, spéc. p. 223 ; F. SUDRE, « La mystification du “consensus” européen », *JCP G* 2015. 1369.

mesures, que l'intégrité des compétitions sportives et les valeurs du sport ne suffisent pas à rendre compte d'atteintes répétées à ce droit considéré fondamental. Gageons que la Cour juge conséquemment disproportionnée l'atteinte portée à la vie privée par ce dispositif d'action. Ceci énoncé, quels seraient les effets potentiels d'une telle décision ?

## §2 – Effets d'une condamnation indirecte des règles non-étatiques par la Cour européenne des droits de l'Homme

817. Les arrêts de la Cour EDH ont un effet déclaratoire, ceci signifiant que la Cour exprime strictement, dans chaque affaire, la violation, ou non, de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il en résulte : « qu'elle ne se reconnaît pas compétence pour abroger la loi, annuler l'acte ou casser la décision d'où procède cette violation »<sup>1649</sup>. L'arrêt porte exclusivement sur la législation d'un État-signataire, aucun acteur non-étatique n'est *directement* objet de la condamnation<sup>1650</sup>.

818. Nonobstant, l'observation invite à ne pas minorer l'impact des arrêts de la Cour EDH, M. Jean-François RENUCCI évalue leur portée : « beaucoup plus grande que celle d'un simple “jugement déclaratoire” »<sup>1651</sup>. Un arrêt de la Cour reconnaissant la violation d'une disposition de la Convention européenne des droits de l'Homme est en particulier susceptible de développer le contentieux relatif au dispositif concret de la lutte contre le dopage (A), développement conduisant, à terme, les États-signataires et les acteurs non-étatiques à modifier législation et réglementation considérées (B).

### A – Un développement potentiel du contentieux relatif à la lutte contre le dopage

819. À supposer la condamnation d'un État-signataire pour atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, le développement du contentieux, en présence d'un droit mondial uniforme, est un risque à considérer. Il est possible qu'un sportif, dont le contrôle antidopage s'est révélé positif, conteste la validité dudit contrôle au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, ceci conduisant potentiellement à une invalidation du contrôle et de la sanction conséquente. Une condamnation de la France, dans l'affaire *FNASS* ou l'affaire *Longo*, dont il a été indiqué qu'elles sont pendantes, est suffisante à développer le contentieux : convaincus de l'issue du litige en raison de l'adoption généralisée du Code mondial antidopage, des sportifs

<sup>1649</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 174.

<sup>1650</sup> Comp. pour un contrôle direct, immédiat, de la production normative des acteurs non-étatiques par la Cour de justice : *supra* nos 728 et s.

<sup>1651</sup> J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'Homme : droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, Manuels, 5<sup>e</sup> éd., 2013, n<sup>o</sup> 65, p. 50.

allemands, italiens, ou espagnols sont susceptibles de saisir à leur tour la Cour EDH, arguant d'une violation de leur vie privée. Les États-signataires de la Convention EDH ayant transposé le Code mondial antidopage sont alors potentiellement condamnables pour atteinte au respect de la vie privée. À législations nationales identiques, solutions identiques. Souhaité universel dans son application, le rejet du droit mondial antidopage peut l'être aussi.

820. Développement du contentieux, « réflexe CEDH »<sup>1652</sup>, contestation continûment croissante du contrôle et de la sanction..., soulignons le caractère inédit de cette situation, certes prospective : il semble que, pour la première fois, un droit uniforme puisse être mis en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme. La condamnation d'un État-signataire, en raison de l'adoption d'un tel dispositif antidopage, est l'équivalent théorique d'un arrêt *Bosman* « version Cour EDH » conduisant potentiellement, à terme, à une modification des règles de la lutte contre le dopage adoptées par les États et les acteurs non-étatiques.

## **B – Une condamnation contraignant potentiellement à modifier les règles adoptées : les acteurs non-étatiques sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme**

821. La prudence a été convoquée, invitant à ne pas sous-estimer l'effet déclaratoire des arrêts de la Cour EDH, dont l'observation de l'arrêt *Mazurek* atteste sa capacité à produire une modification du droit de l'État-signataire condamné : en lien direct avec une condamnation de la France le 1<sup>er</sup> février 2000, la loi du 3 décembre 2001 supprime la distinction enfant naturel / enfant légitime, afin de garantir l'égalité successorale des descendants<sup>1653</sup>. L'hypothèse ne peut donc être écartée, qu'un État condamné en raison de l'adoption du dispositif mondial de lutte contre le dopage modifie son droit interne, et ce, bien que la Convention internationale contre le dopage dans le sport, en date du 19 octobre 2005, lui fasse obligation de mettre son droit interne en conformité avec le Code mondial antidopage<sup>1654</sup>.

---

<sup>1652</sup> Formule empruntée à M. Frédéric BUY (« Introduction », in J. GUILLAUMÉ et N. DERMIT-RICHARD (dir.) *Football et droit*, Institut Universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2012, p. 13 et s., spéc. p. 15).

<sup>1653</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> fév. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c. France*, D. 2000. 332, note J. THIERRY ; *ibid.* 626, chron. B. VAREILLE ; RDSS 2000. 607, obs. F. MONÉGER ; RTD civ. 2000. 311, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 429, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.* 601, obs. J. PATARIN. Pour divers exemples de modification des droits nationaux sous l'influence de la Cour EDH : J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7<sup>e</sup> éd., 2016, p. 180 et s.

<sup>1654</sup> Sur cette Convention : *supra* nos 367-368.

822. Ceci posé, observons que les acteurs non-étatiques, dont notamment les fédérations sportives internationales, tiennent compte des solutions adoptées par les ordres juridiques étatiques ou supra-étatiques. L'affaire *Krabbe* a entraîné une modification des délais de suspension prévus par les règlements de plusieurs fédérations sportives internationales, l'arrêt *Bosman* a conduit à la création de règles nouvelles de transfert dans le monde du football<sup>1655</sup>. Ainsi, bien que la Cour européenne des droits de l'Homme ne se prononce pas directement sur des règles non-étatiques, la production d'un effet indirect ne peut être ignorée, *via* la condamnation d'un État-signataire de la Convention EDH, potentiellement le développement d'un contentieux, conduisant à terme l'Agence mondiale antidopage à modifier le Code éponyme afin de le rendre conforme aux exigences de la Cour de Strasbourg.

823. *In fine* et *in abstracto*, la Cour EDH a la capacité d'une mise en cause de l'ensemble du dispositif de lutte contre le dopage. En la matière, les acteurs non-étatiques, comme les sportifs, apparaissent en « liberté très surveillée »<sup>1656</sup>, le pouvoir d'action de la Cour EDH, complétant celui de la Cour de justice. L'une des fonctions de ces cours supra-étatiques est de contre-pouvoir à la production normative des acteurs non-étatiques.

824. Ces confrontations entre pouvoirs et contre-pouvoirs de production normative sont plurielles et inachevées : la lutte contre le dopage n'est pas le seul champ d'action générant potentiellement la contrariété d'une règle non-étatique à la Convention européenne des droits de l'Homme. En attestent deux affaires, *Mutu* et *Pechstein*, elles aussi actuellement pendantes : au regard du droit à un procès équitable, protégé par l'article 6 de la Convention EDH, deux sportifs se plaignent de l'absence d'équité de la procédure suivie devant le Tribunal arbitral du sport et du manque d'impartialité et d'indépendance de ses arbitres<sup>1657</sup>. Une condamnation peut, là encore, entraîner une modification des règles non-étatiques conférant une compétence de principe au Tribunal arbitral du sport, voire une réforme de son fonctionnement. Comment ne pas considérer l'impact de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit non-étatique ?

\*

---

<sup>1655</sup> Sur les affaires *Krabbe* et *Bosman* : *supra* n° 365 et nos 741 et s.

<sup>1656</sup> Expression empruntée à M. Fabien HILL (« La lutte antidopage : les sportifs en liberté très surveillée », *Cab. dr. sport*, 2012, n° 27, p. 106 et s.).

<sup>1657</sup> *Mutu c. Suisse*, n° 40575/10 et *Pechstein c. Suisse*, n° 67474/10, requêtes communiquées au gouvernement suisse le 12 février 2013. Rapp. Ph. FRUMER, « L'arbitrage sportif, la lutte contre le dopage et le respect des droits fondamentaux des sportifs professionnels : une incertitude peu glorieuse », *RTDH*, 2016, n° 108, p. 817 et s.

825. **Conclusion Section 2** – Développée afin de préciser la contrariété de règles non-étatiques aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'analyse du raisonnement attendu de la Cour éponyme conclut à la probabilité d'une condamnation d'un État-signataire, ayant transposé le dispositif mondial de lutte contre le dopage, singulièrement au regard du droit du sportif au respect de la vie privée et familiale. L'examen prospectif des effets potentiels d'une telle condamnation indique le développement d'un contentieux, lié aux caractères mondial et uniforme de la réglementation de la lutte contre le dopage, et, à terme, une modification de ces règles adoptées par les États et les acteurs non-étatiques.

826. **Conclusion Chapitre 2** – La Cour européenne des droits de l'Homme dispose d'un pouvoir de contrôle indirect des règles d'origine non-étatique, lorsqu'elles sont transposées par un État-signataire, situation dont le Code mondial antidopage constitue un exemple topique. La contrariété de ce texte et des droits nationaux adoptés en contemplation à certaines dispositions de la Convention EDH est démontrée, donnant lieu à une étude prospective des effets d'une condamnation d'un État-signataire par la Cour de Strasbourg. Sont supposés un développement du contentieux et une modification à terme du droit mondialement uniformisé de la lutte contre le dopage.

827. **Conclusion Titre 6** – Du point de vue des ordres juridiques supra-étatiques, une première analyse de conflit de normes entre droit non-étatique et droit de l'Union européenne conclut à un contrôle *direct* par la Cour de justice des règles non-étatiques, afin qu'elles n'entravent pas, de manière disproportionnée, les libertés protégées par le droit européen. La seconde analyse de conflit de normes, entre droit non-étatique et Convention européenne des droits de l'Homme, conclut à un contrôle *indirect* par la Cour éponyme des règles non-étatiques transposées par un État-signataire. Directement ou indirectement, la production normative des acteurs non-étatiques est potentiellement soumise à l'appréciation de ces cours supra-étatiques, lesquelles ont fonction de contre-pouvoir, garantissant le respect d'un socle commun de dispositions, obligeant les acteurs non-étatiques.

828. **Conclusion de la troisième Partie** – Selon le point de vue s'exprimant, l'analyse d'un conflit de normes produit par le droit non-étatique, et la solution adoptée, diffèrent. En dominante, la résolution par un ordre juridique étatique favorise le droit étatique ou la *lex fori*, ceci expliquant que les acteurs de la scène internationale cherchent à soustraire ce conflit à la compétence de ces ordres juridiques, *via* les outils du droit international privé notamment. S'agissant d'ordres juridiques supra-étatiques, l'Union

européenne et le Conseil de l'Europe, contre-pouvoirs à l'action des acteurs non-étatiques, contrôlent respectivement, directement et indirectement, le droit non-étatique.

## Conclusion

829. Une synthèse des principaux enseignements et apports de ce travail est proposée (Section 1), synthèse ouvrant, dans une démarche réflexive et prospective, sur les dimensions et obstacles à considérer quant à l'élaboration d'une théorie générale du droit non-étatique (Section 2).

### Section 1 – Synthèse de l'étude

---

830. Dans les résultats obtenus, sont distingués les apports évalués principaux, au nombre de trois, directement liés aux buts assignés à l'investigation (§1). Sont par ailleurs soulignés deux enseignements, non initialement institués en objectifs de la recherche (§2).

#### §1 – Trois types de résultats attendus

##### A – Construire la notion de droit non-étatique

831. Rendre compte du fonctionnement du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés suppose de préciser l'objet de la recherche, dans l'exploration de son développement et des discours doctrinaux. L'observation indiquant une imprécision terminologique dominante, une diversité des règles créées par les acteurs privés ou non-étatiques, une spécificité déclarée, voire revendiquée, de ces règles, un travail de clarification et d'unification notionnelles est entrepris, s'achevant sur une proposition de définition : le droit non-étatique est « l'ensemble des règles écrites et unilatéralement élaborées par les acteurs non-étatiques, privés et/ou publics, ayant vocation à s'appliquer eu égard à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques »<sup>1658</sup>. Toute règle conforme à cette définition constitue une manifestation du droit non-étatique et est dénommée « règle non-étatique ».

##### B – Expliquer le fonctionnement du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés

832. Le fonctionnement du droit non-étatique est observé et analysé dans une approche systémique des différentes situations, en fonction des interactions potentiellement développées. Le droit non-étatique interagit avec l'arbitrage<sup>1659</sup>, il interagit

---

<sup>1658</sup> *Supra* nos 134 et s.

<sup>1659</sup> *Supra* nos 223 et s.

avec l'ordre juridique français, *via* les juges, les organes auxquels sont reconnus compétence, ou encore le législateur<sup>1660</sup>. Le droit non-étatique est, par ailleurs, en relation avec le contrat et les règles du droit international privé, afin de produire effet dans les rapports internationaux privés<sup>1661</sup>. Le droit non-étatique est encore en lien, lorsqu'il génère des conflits de normes, avec les juridictions étatiques et les méthodes du droit international privé<sup>1662</sup>. Certains de ces conflits de normes entraînent une interaction entre ce droit non-étatique et les ordres juridiques supra-étatiques, *via* leur juridiction, singulièrement la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1663</sup>. Quelle que soit la nature de l'interaction, s'observe une unité interne de traitement : en dominante, l'accueil du droit non-étatique par les juridictions est réservé, le juge le rejette et lui fait exceptionnellement produire effet. *A contrario*, la réception du droit non-étatique par l'arbitrage est fréquente, l'arbitre lui fait produire effet, jusqu'à en promouvoir l'application exclusive. Les raisonnements tenus diffèrent, et, semble-t-il, les conceptions les sous-tendant, du juge, à l'arbitre, à la Cour de Luxembourg, ou encore à celle de Strasbourg.

833. Chaque manifestation considérée du droit non-étatique, Principes Unidroit, Incoterms, règles des fédérations ou associations de professionnels, codes de conduites, règlements des fédérations sportives, Code mondial antidopage, génère potentiellement toutes ces interactions. Potentialité ne signifie pas actualisation : les Principes Unidroit ne causent aucune atteinte au droit de l'Union européenne et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la probabilité est donc faible qu'ils aient à interagir avec la Cour de justice ou la Cour européenne des droits de l'Homme. À supposer, nonobstant, que la Cour de justice soit saisie d'un tel conflit de normes, la teneur du contrôle opéré s'anticipe, en référence aux arrêts existants, se prononçant sur la conformité des règles non-étatiques sportives au droit de l'Union européenne<sup>1664</sup>. Une telle situation indique l'intérêt de la notion construite de droit non-étatique, dans la prédictivité de l'unité interne de traitement de toutes les règles non-étatiques.

---

<sup>1660</sup> *Supra* nos 323 et s.

<sup>1661</sup> *Supra* nos 450 et s.

<sup>1662</sup> *Supra* nos 582 et s.

<sup>1663</sup> *Supra* nos 722 et s.

<sup>1664</sup> *Supra* nos 727 et s.



## C – Analyser les fonctions contributives du droit international privé

834. Bien que l'observation indique, en tendance, une ignorance réciproque du droit non-étatique et du droit international privé, le rapprochement opéré révèle trois fonctions potentiellement contributives du droit international privé.

835. Le droit international privé participe de *l'application* du droit non-étatique. La contractualisation, processus conjuguant principe d'autonomie de la volonté et liberté contractuelle, est opératoire au plan théorique, et opérationnelle au plan de la pratique : elle autorise une production d'effet de toutes les manifestations du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés, que cette production d'effet soit considérée du point de vue des parties, du juge ou de l'arbitre<sup>1665</sup>.

836. Le droit international privé participe, par ailleurs, de *l'efficacité* du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés. Le choix conjoint de la loi applicable, et du juge ou de l'arbitre, conjugué à l'abaissement du contrôle des États à l'égard des jugements étrangers et sentences arbitrales, rend possible, dans une certaine mesure, le développement de stratégies de contournement, voire la mise à l'écart de l'impérativité des lois, ceci renforçant, en creux, l'efficacité du droit non-étatique<sup>1666</sup>.

837. Dans une visée prospective, le droit international privé est encore susceptible de contribuer fonctionnellement à la *résolution des conflits de normes*. Une ouverture au droit non-étatique optimise potentiellement la capacité du juge à se représenter les conflits de normes produits, et à appréhender leur résolution sur des bases renouvelées, sans que soient nécessairement recherchées une modification ou une transformation des solutions établies<sup>1667</sup>.

838. L'analyse de ces fonctions, en particulier la résolution du conflit de normes, s'inscrit dans un questionnement actuel et transversal de l'objet identifié du droit international privé : conflit de lois, compétence juridictionnelle internationale, circulation des jugements et actes publics étrangers, voire nationalité et statut des étrangers, selon la conception adoptée. Ce travail, questionnant la conception et la définition du conflit de lois, ne le réduit pas à un conflit de *lois étatiques* et invite, à l'instar d'autres travaux relatifs à la mondialisation, l'europanisation ou la fondamentalisation, le droit international privé à

---

<sup>1665</sup> *Supra* nos 450 et s.

<sup>1666</sup> *Supra* nos 662 et s.

<sup>1667</sup> *Supra* nos 646 et s.

se saisir des problématiques se développant, plus largement à s'ouvrir, et ce, dans le souci du devenir de cette discipline.

## §2 – Deux types de résultats émergents

### A – Une fermeture dominante et persistante au pluralisme juridique

839. L'observation d'un rejet du pluralisme juridique, et, par extension, du droit non-étatique, est née du processus même de l'investigation. L'analyse indique que ce rejet résulte d'une orientation générale, s'expliquant par différents facteurs : la division du monde en États souverains, des États seuls producteurs de règles juridiques, la persistance de conceptions doctrinales véhiculant cette représentation, l'utilisation de règles du droit international privé, elles aussi fermées au pluralisme, voire la méfiance à l'égard de règles « venues d'ailleurs »<sup>1668</sup>. Cette orientation ne répond pas à une nécessité logique : elle est susceptible de questionnement, l'ouverture proposée au contrat sans loi et la méthode alternative de résolution des conflits de normes en attestent<sup>1669</sup>.

### B – Les fonctionnalités du contrat

840. Émergeant encore du cours de l'investigation, un second enseignement est relatif aux fonctions emplies par le contrat, quatre d'entre elles sont soulignées. Le contrat dispose d'une *fonction structurante*, ici observée dans le mouvement sportif et les groupes de sociétés : il organise, ordonne les relations, voire les hiérarchise<sup>1670</sup>. Le contrat dispose, par ailleurs, d'une *fonction créatrice* : il rend possible l'élaboration de règles non-étatiques, dont le processus d'autorégulation, création de règles par et pour les acteurs privés, est un indicateur<sup>1671</sup>. Le contrat présente encore une *fonction applicative*, évoquée à propos du droit international privé : il permet l'application, la production d'effet, voire assure l'efficacité du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés. Ces trois fonctions du contrat en révèlent une quatrième, une *fonction explicative* : le contrat rend compte du droit non-étatique, dans l'analyse de ses dimensions plurielles.

---

<sup>1668</sup> *Supra* nos 371 et s.

<sup>1669</sup> *Supra* nos 466 et s., et nos 646 et s.

<sup>1670</sup> *Supra* nos 87 et s.

<sup>1671</sup> *Supra* nos 96 et s.

## Section 2 – Vers une théorie générale du droit non-étatique

---

841. En raison de la faible quantité de données empiriques exploitables, toute tentative de construction d'une théorie générale du droit non-étatique a été écartée, et ce dès l'introduction de ce travail. Au terme de l'investigation, les fondations d'une telle entreprise peuvent être considérées, le sens et les fonctions de l'expression « théorie générale » sont précisés, en justifiant l'intérêt (§1), une démarche d'élaboration s'esquisse, intégrant les apports de cette étude et précisant les obstacles à surmonter (§2).

### §1 – Sens et fonctions d'une théorie générale

842. L'usage du vocable « théorie générale », dans les sciences juridiques, est d'ordre général, s'appliquant à différents objets, à différents niveaux (A). Les emplois en étant précisés, les fonctions d'une théorie générale, liée à une *notion juridique*, sont déclinées (B).

#### A – Un usage pluriel de l'expression « théorie générale »

843. Une théorie générale vise, en premier regard, le droit dans son ensemble, ou certaines disciplines du droit, tels le droit des obligations ou encore le droit international privé. L'expression s'applique aussi à des objets plus circonscrits : la « théorie générale des contrats spéciaux »<sup>1672</sup>, ou la proposition d'une « théorie générale » d'un « droit spécial de l'Union européenne »<sup>1673</sup>. L'emploi du vocable s'observe encore à propos de contrats particuliers<sup>1674</sup> ou de notions isolément considérées<sup>1675</sup>.

844. Une théorie générale recouvre donc, dans les sciences juridiques, des objets de natures, et de niveaux différents : « “macro-juridique” [pour] l'ensemble d'un système de droit, voire d'une institution, ou au niveau “micro-juridique” d'une règle ou d'une

---

<sup>1672</sup> Parmi de nombreuses références employant l'expression de « théorie générale des contrats spéciaux » : les contributions de MM. J. RAYNARD, F. COLLART-DUTILLEUL, P.-Y. GAUTIER, D. MAINGUY et J.-J. BARBIÈRI (*RDC* 2006/2, p. 597 et s.) et les contributions de MM. É. SAVAUX et P. PUIG (*LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 4 et s. et p. 56 et s.). Rapp. E. GAVIN-MILLAN, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2003.

<sup>1673</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2014, nos 620 et s., p. 5 et s., spéc. n° 620-72, p. 52 : « l'idée de présenter une théorie général d'un droit “spécial” peut donc surprendre, car la “spécialité” semble évoquer au contraire un statut dérogatoire par rapport à un droit “commun” ».

<sup>1674</sup> J. VALLENSAN et F. PETIT, « Existe-t-il une théorie du contrat de transport ? », *LPA*, 28 nov. 2012, n° 238, p. 37 et s.

<sup>1675</sup> A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, *Economica*, Recherches juridiques, 2013, nos 31 et s., p. 19 et s.

situation particulière »<sup>1676</sup>. Ces observations autorisent à exprimer un projet de « théorie générale du droit non-étatique ».

## B – Les fonctions d’une théorie générale

845. Les fonctions attribuées à une théorie générale, en droit, sont, elles aussi, plurielles. En raison de leur degré de généralité, ou de l’objet auquel elles s’attachent, ces fonctions ne sont pas nécessairement adaptées, ni immédiatement transposables, dans un projet de théorie générale du droit non-étatique<sup>1677</sup>. Trois d’entre elles sont retenues, *mutatis mutandis*, supposant reformulation ou adaptation.

846. La fonction première est de *tisser des liens*. Une théorie générale : « apparaît comme une recherche d’essence sous l’accident, d’unité sous la diversité des règles. *Il s’agit d’établir une cohérence que la simple réalité brute ne livre pas* »<sup>1678</sup>. Cette citation rend compte de l’un des buts assignés à cette étude : dépasser les déclarations de spécificités des manifestations du droit non-étatique. Entreprendre de tisser des liens ouvre la deuxième fonction d’une théorie générale : *participer de la connaissance*, de la compréhension de l’objet considéré. Une théorie générale a en effet une fonction « méthodologique »<sup>1679</sup>, elle est : « méthode de la connaissance »<sup>1680</sup>. La troisième fonction, directement liée à cette « méthode de la connaissance », est de proposer une *connaissance ordonnée*, structurée, de l’objet<sup>1681</sup>, accroissant la prédictivité, la prévisibilité de la pratique de cet objet. Ces trois fonctions sont sources de motivation d’un projet de théorie générale du droit non-étatique.

---

<sup>1676</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 5<sup>e</sup> éd., 2012, n° 7, p. 8.

<sup>1677</sup> Par exemple, J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 7, p. 8 : la théorie générale procède à une « analyse de la finalité et de la fonction de la norme juridique d’une part, de sa structure et de ses procédés d’autre part ».

<sup>1678</sup> É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1997, n° XIII, p. 9. Rapp. B. OPPEIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1<sup>re</sup> éd., 1999, n° 10, spéc. p. 19 : « la théorie générale du droit, à partir des enseignements des sciences juridiques, vise à donner une définition des concepts communs à des ordres juridiques différents, à les lier entre eux selon telle ou telle typologie et à bâtir un système » (nous soulignons).

<sup>1679</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale...*, *op. cit.*, n° 6, spéc. p. 8.

<sup>1680</sup> Par opposition à la « méthode de l’action » appréhendée par la méthodologie juridique : É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 1<sup>re</sup> éd., 2006, p. 2. Rapp. E. MORIN, *La méthode*, t. I, *La Nature de la Nature*, Points, Essais, 1981, p. 123 et s.

<sup>1681</sup> Rapp. la théorie générale a pour fonction de réaliser une « élaboration scientifique du Droit, en dégageant les questions qui dominent une matière, les catégories qui l’ordonnent, les principes qui en gouvernent l’application, la nature juridique des droits et des institutions, l’explication rationnelle des règles de Droit » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 1025, *Théorie juridique*). Comp., sur les dérives d’une classification systématique au détriment de l’œuvre scientifique de la doctrine : Fr. GÉNY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 1, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1919, nos 1 et s., p. 1 et s. ; O. BEAUD, « Doctrine », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 384 et s., spéc. p. 388.

## §2 – Une théorie générale du droit non-étatique : démarche opératoire et limites de la construction

847. Construire une théorie générale du droit non-étatique implique d'en préciser la démarche méthodologique (A). Cette étude propose de nombreux éléments permettant d'initier une telle théorie, insuffisants cependant à en prétendre l'aboutissement (B).

### A – Démarche méthodologique : proposition d'étapes

848. L'élaboration d'une théorie générale implique d'ordonner logiquement les différentes dimensions d'analyse du droit non-étatique, ceci clarifiant, systématiquement, chacune des problématiques rencontrées<sup>1682</sup>. Le procédé est ancien, nous suivrons un chemin déjà tracé, emprunté par de nombreux auteurs, entrepreneurs de théorie générale.

849. La première étape est celle de la *définition* : identifier l'*objet* considéré est une nécessité. L'imprécision terminologique gravitant autour du droit non-étatique a été exposée, puis clarifiée, afin que soient précisées les caractéristiques du droit non-étatique, et qu'une définition en soit proposée.

850. La deuxième étape, et peut-être seconde ?, est celle de la *précision du régime juridique* du droit non-étatique.

Le vocable « régime juridique » présente un haut degré de généralité, et donc d'imprécision. Une première définition indique que le régime juridique constitue « l'ensemble de règles gouvernant certaines matières et institutions de droit privé »<sup>1683</sup>. Une autre définition, plus générale encore, considère le régime juridique comme l'ensemble des dimensions d'analyse à examiner pour rendre intelligible une notion<sup>1684</sup>. Dans un projet de théorie générale, préciser le régime juridique revient donc à rendre compte du fonctionnement de l'objet étudié.

---

<sup>1682</sup> DESCARTES, *Discours sur la méthode*, Flammarion, 2000, II, p. 23 : il convient de « diviser chacune des difficultés que j'examinerais en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour les mieux résoudre ».

<sup>1683</sup> G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016, p. 879, *Régime* (III, sens 1). Rapp. : « plus banalement (on parle aussi de régime juridique), règles de droit auxquelles est soumis un acte [...] ou un bien » (III, sens 2) ; *ibid.*, p. 990, *Statut* (sens 1) : « ensemble cohérent des règles applicables [...] à une institution et qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridiques ».

<sup>1684</sup> Rapp. *ibid.*, *Régime* (I, sens 1) : « système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe les règles relatives à une matière [...] soit *en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles* » (nous soulignons).

La démarche devient alors singulière, et se complexifie : « l'ensemble de règles » applicable varie selon la notion considérée, cette recherche indiquant par ailleurs que le régime juridique d'une notion dépend encore potentiellement du point de vue exprimé : en l'occurrence, le droit non-étatique n'est pas traité à l'identique par les juridictions françaises, l'arbitrage international, la Cour de justice de l'Union européenne, et la Cour européenne des droits de l'homme.

851. Les résultats de l'investigation précisent en partie le régime juridique du droit non-étatique : la réception du droit non-étatique, par l'arbitrage international ou l'ordre juridique étatique, a été examinée. L'application du droit non-étatique, *via* la contractualisation, a été analysée. Les conflits de normes produits par le droit non-étatique ont été identifiés, et leur résolution précisée, devant le juge étatique, la Cour de justice, ou encore la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, et c'est là une limite affirmée de cette investigation, la complétude du régime juridique du droit non-étatique implique que soient traitées des questions, dont certaines ne sont pas résolues, ni même peut-être perçues.

## **B – Limites actuelles au projet d'une théorie générale du droit non-étatique**

852. En l'état de la réflexion et de la connaissance du droit non-étatique, une tentative de construction de théorie générale se heurte à l'incertitude des solutions apportées<sup>1685</sup>. Prenons l'exemple du juge judiciaire : doit-il soulever d'office l'application du droit non-étatique ? Doit-il en établir la teneur ? Quel serait le type de contrôle exercé par la Cour de cassation sur la dénaturation du droit non-étatique ? Inspirées de l'évolution de la théorie générale du conflit de lois, certaines de ces questions ont été examinées, les réponses apportées relevant de la prospective : les suggestions formulées ne seront pas nécessairement suivies<sup>1686</sup>. Établir une théorie générale suppose l'existence d'une jurisprudence de référence, consistante, or, l'étude de la réception du droit non-étatique par les juridictions et l'analyse des conflits de normes produits attestent de la rareté du contentieux. À titre de comparaison, les « grands arrêts »<sup>1687</sup> du droit international privé fixent, au moins en partie, l'orientation du droit positif. Aucun « grand arrêt » du droit non-étatique ne s'observe, à l'exception, peut-être, de ceux rendus par la Cour de justice. En droit, la théorie est un outil au service de la pratique, il convient de se

---

<sup>1685</sup> Comp., à propos des difficultés d'établir une théorie du droit transnational avec les « concepts, prétendument universels, de notre langage juridique [...] intimement liés au droit de l'État-nation » : K. TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013/1 (t. 27), p. 9 et s., spéc. p. 35.

<sup>1686</sup> *Supra* nos 554 et s.

<sup>1687</sup> Y. LEQUETTE et B. ANCEL, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Grands arrêts, 5<sup>e</sup> éd., 2006.

garder de l'écueil d'une théorie qui n'aurait que valeur de proposition, de surcroît potentiellement éloignée de la réalité de son objet<sup>1688</sup>.

853. Il en résulte que le traitement du droit non-étatique et la prédictivité des solutions ne sont pas assurés. La prédictivité, littéralement la capacité à pré-dire, est l'un des critères premiers de validité scientifique d'une théorie : elle doit permettre de déterminer, par anticipation, par réflexion, par déduction, la solution qui sera apportée. À cet égard, imaginer une théorie générale du droit non-étatique est prématuré.

854. La théorie générale du droit non-étatique est *en devenir*. La probabilité est élevée qu'une telle entreprise soit à considérer, puis à réaliser. Rendez-vous est pris.

---

<sup>1688</sup> *Supra* n° 16 et les références citées, notamment le propos de SAVIGNY : « La division [entre théorie et pratique] est bonne, si chacun ne perd point de vue l'unité primitive, si le théoricien conserve et cultive l'intelligence de la pratique, le praticien l'intelligence de la théorie. Là où cette harmonie est détruite, là où la séparation entre théorie et pratique devient absolue, advient inévitablement le risque que la théorie devienne un jeu de l'esprit, la pratique un métier purement *artisanal* » (cité et traduit par O. BEAUD, « Doctrine », *op. cit.*, spéc. p. 388).

# Bibliographie

## I – Ouvrages généraux

---

ANCEL (M.-E.), DEUMIER (P.), LAAZOUZI (M.), *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 1<sup>re</sup> éd., 2016.

ATIAS (C.), *Philosophie du droit*, PUF, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2012.

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), FLOUR (J.), *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, Université, 16<sup>e</sup> éd., 2014.

AUDIT (B.), D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica, Corpus – Droit privé, 6<sup>e</sup> éd., 2010 et 7<sup>e</sup> éd., 2014.

AUDIT (M.), BOLLÉE (S.), CALLÉ (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2014 et 2<sup>e</sup> éd., 2016.

BARTIN (É.), *Principes de droit international privé*, vol. 1, Domat-Montchrestien, 1930.

BATIFFOL (H.), LAGARDE (P.), *Droit international privé*, t. I, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 1981 et 8<sup>e</sup> éd., 1993.

BEGUIN (J.) et M. MENJUCQ (M.) (dir.), *Droit du commerce international*, Lexisnexis, Traité, 2<sup>e</sup> éd., 2011.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 5<sup>e</sup> éd., 2012.

BERGER (B.), *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, Hors collection, 13<sup>e</sup> éd., 2014.

BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, PUF, Que sais-je ?, 2009.

- *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2010 et 3<sup>e</sup> éd., 2014.

- *Droit international privé*, t. II, *Partie spéciale*, PUF, Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2010 et 3<sup>e</sup> éd., 2014.

BUY (F.), MARMAYOU (J.-M.), PORACCHIA (D.), RIZZO (F.), *Droit du sport*, LGDJ, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2015.

CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, LGDJ, Manuel, 2<sup>e</sup> éd., 2011.

CALAIS-AULOY (J.), TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 9<sup>e</sup> éd., 2015.

CARREAU (D.), JULLIARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, Précis, 5<sup>e</sup> éd., 2013.

CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, Hypercours, 4<sup>e</sup> éd., 2016.

DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969.

DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, Manuels, 3<sup>e</sup> éd., 2015.

DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, Dalloz, Précis, 12<sup>e</sup> éd., 2014.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2008.

FOUCHARD (P.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Traité, 1996.

FRYDMAN (B.), HAARSCHER (G.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2010.



- HOLLEAUX (D.), FOYER (J.), DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, Masson, Droit – Sciences Économiques, 1987.
- JACQUÉ (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Cours, 8<sup>e</sup> éd., 2015.
- JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (Ph.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, Dalloz, Précis, 3<sup>e</sup> éd., 2015.
- KARAQUILLO (J.-P.), *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2011.
- KAUFMANN-KOHLER (G.), RIGOZZI (A.), *L'arbitrage international. Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, Weblaw.
- KESSEDIAN (C.), *Droit du commerce international*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2013.
- LALIVE (P.), POUDRET (J.-F.), REYMOND (C.), *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, 1989.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), LOUSSOUARN (Y.), *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 7<sup>e</sup> éd., 1959.
- LOQUIN (É.), *L'arbitrage du commerce international. Pratique des affaires*, Joly éditions, 2015.
- LOUSSOUARN (Y.), BREDIN (J.-D.), *Droit du commerce international*, Sirey, 1969.
- LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2013.
- MARGUÉNAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 7<sup>e</sup> éd., 2016.
- MAYER (P.), HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2014.
- MERLE (P.), FAUCHON (A.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, Précis, 20<sup>e</sup> éd., 2016.
- MILLARD (É.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 1<sup>re</sup> éd., 2006.
- MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), FABRE (R.), PIERRE (J.-L.), *Droit du commerce international. Droit international de l'entreprise*, Lexisnexis, Manuels, 4<sup>e</sup> éd., 2012.
- NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé*, Sirey, t. III, 1944.  
- *Cours de droit international privé*, Sirey, 1946.
- NIBOYET (M.-L.), DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, Manuels, 5<sup>e</sup> éd., 2015.
- OPPETT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1<sup>re</sup> éd., 1999.
- PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Relations et Droit international, 2<sup>e</sup> éd., 1999.
- PILLET (A.), *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903.  
- *Traité pratique de droit international privé*, t. 1, Librairie de la Société du Recueil de Sirey, 1923.
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *Principes généraux, personnes, biens*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 1950.

- POUDRET (J.-F.), BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002.
- RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2016.
- RACINE (J.-B.) et SIRIIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz, Cours, 2<sup>e</sup> éd., 2011.
- RENUCCI (J.-F.), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2012.
- *Droit européen des droits de l'homme : droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, Manuels, 5<sup>e</sup> éd., 2013.
- SCELLE (G.), *Manuel élémentaire de droit international public*, Domat-Montchrestien, 1943.
- SERAGLINI (C.), ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 1<sup>re</sup> éd., 2013.
- SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, PUF, Droit fondamental, 3<sup>e</sup> éd., 2001.
- SIMON (G.), (dir.), *Droit du sport*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2012.
- SIMON-DEPITRE (M.), *Droit international privé*, Librairie Armand Colin, Section de droit, 1964.
- SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Droit fondamental, 12<sup>e</sup> éd., 2015.
- TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 10<sup>e</sup> éd., 2015.
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, Précis, 11<sup>e</sup> éd., 2013.
- VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Sirey, Université, 3<sup>e</sup> éd., 2014.
- VILLEY (M.), *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2001 (réédition).
- WEISS (A.), *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, *Le conflit des lois*, Librairie de la Société du recueil général des lois et arrêts, 2<sup>e</sup> éd., 1912.
- *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, *Le conflit des lois*, Librairie de la Société du recueil général des lois et arrêts, 2<sup>e</sup> éd., 1912.

## **II – Thèses, monographies, ouvrages spéciaux**

---

- ALBORNOZ (M. M.), *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*, Thèse, Université Paris II, 2006.
- ALIPRANTIS (N.), *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, Bibliothèque d'ouvrages de droit social, 1980.
- AMSTERDAM (A. G.), BRUNER (J.), *Minding the Law*, Harvard University Press, 2002.
- ARCHER (D.), *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois)*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2006.
- AUDIT (B.), *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, Droit des affaires, 1990.
- AZZI (T.), BOSKOVIC (O.), (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015.

- BADIE (B.), SMOUTS (M.-C.), *Le retournement du monde : sociologie de la scène internationale*, Presses de Sciences po & Dalloz, Amphithéâtre, 3<sup>e</sup> éd., 1999.
- BALAT (N.), *Essai sur le droit commun*, Thèse, Université Paris II, 2014.
- BASSON (J.-C.), (dir.), *Sport et ordre public*, La Documentation française, 2001.
- BATIFFOL (H.), *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938.
- *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979.
  - *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Philosophie du droit, 1956 ; réédition, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), VIRASSAMY (G.), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999.
- BÉHAR-TOUCHAIS (M.), FAUVARQUE-COSSON (B.), *Mise en œuvre des instruments optionnels européens de droit privé*, Société de législation comparée, Trans Europe Expert, 2012.
- BERGÉ (J.-S.), FORTEAU (M.), NIBOYET (M.-L.), THOUVENIN (J.-M.), (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Cahiers internationaux, 2011.
- BERGÉ (J.-S.), *L'application du droit national, international et européen : approche contextualisée des cas de pluralisme juridique mondial*, Dalloz, Méthodes du droit, 2013.
- BERGÉ (J.-S.), ROMANO (S.), *Les ordres juridiques*, Dalloz, Tiré à part, 2015.
- BERGER (S.), *Notre première mondialisation : leçons d'un échec oublié*, Seuil, La République des idées, 2003.
- BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1<sup>re</sup> éd., 1973.
- BERNHEIM-VAN DE CASTEELE (L.), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, Arbitrage, 201.
- BERTHOZ (A.), *La décision*, Odile Jacob, Sciences, 2003.
- BLOCH (P.), *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales*, Thèse, Université de Bourgogne, 1982.
- BOLLÉE (S.), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, Recherches juridiques, 2004.
- BONNET (B.) *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso, Forum, 2013.
- BONNET (B.), (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Hors collection, 1<sup>re</sup> éd., 2016.
- BONNET (B.), DEUMIER (P.) (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit privé-droit public ?*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2010.
- BOUCARON-NARDETTO (M.), *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, PUAM, 2013.
- BRAMBAN (B.), *Le principe pacta sunt servanda en droit du commerce international : étude critique d'un principe de droit transnational*, Thèse, Université de Nice, 2013.
- BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.), LÉGAL (A.), *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées. Son organisation et ses effets dans les associations syndicales, sociétés, entreprises, professions : étude de sociologie juridique*, Sirey, 1938.

- BROSSET (E.), TRUILHÉ-MARENGO (É.) (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale : entre environnement, santé et commerce international*, La documentation française, 2006.
- BUREAU (D.), *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Université Paris II, 1992.
- BURGORGUE-LARSEN (L.), DUBOUT (É.), MAITROT DE LAMOTTE (A.), TOUZÉ (S.), (dir.), *Les interactions normatives droit de l'Union européenne et droit international*, Pedone, Cahiers Européens, n° 2, 2012.
- BÜTHE (T.), MATTLI (W.), *The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton University Press, 2011.
- BUY (B.), *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, PUAM, Centre de droit du sport, 2002.
- CALEB (M.), *Essai sur le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé*, Sirey, 1927.
- CHAPPELET (J.-L.), *L'autonomie du sport en Europe*, Conseil de l'Europe, Politiques et pratiques sportives, 2010.
- CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.) (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, Droit et société, 2007.
- *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2008.
- CALLIESS (G.-P.), ZUMBANSEN (P.), *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, 2010.
- CAMUS (C.), *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2015.
- CARLIER (P.), *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*, Thèse, Université Lille 2, 2008.
- CHARBONNEL (L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Fondation Varenne, Collection des thèses, 2012.
- CHAUSSARD (C.), *Les voies de règlement des litiges sportifs*, Thèse, Université de Bourgogne, 2006.
- CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, Recherches juridiques, 2008.
- CLAY (T.), *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001.
- COHEN (C.), *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*, Thèse, Université Paris II, 2015.
- COIPEL-CORBONNIER (N.), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1999.
- COLLOMB (P.), « Le libre exercice du sport », in *Les problèmes juridiques du sport : le sportif et le groupement sportif*, Economica, 1981, p. 148 et s.
- CORNELOUP (S.), JOUBERT (N.), (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011.
- COURDIER-CUISINIER (A. S.), *Le solidarisme contractuel*, Litec, Travaux du CREDIMI, vol. 27, 2006.
- CUTLER (A.), *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003.

- CURVELLO DE ALMEIDA PRADO (M.), *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruylant, Feduci, 2003.
- D'AVOUT (L.), *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Recherches juridiques, 2006.
- DE BÉCHILLON (M.), *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, Collection du Laboratoire de théorique juridique, 1998.
- DE FONTMICHEL (M.), *Le faible et l'arbitrage*, Economica, Recherches juridiques, 2011.
- DEBY-GÉRARD (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1973.
- DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Seuil, La couleur des idées, 2004.
- *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit (II)*, Seuil, La couleur des idées, 2006.
  - *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil, La couleur des idées, 2007.
  - *Vers une communauté de valeurs ?*, Seuil, La couleur des idées, 2011.
- DESHAYES (O.), GÉNICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016.
- DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Economica, Recherches juridiques, 2002.
- DEZALAY (Y.), *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992.
- DIALLO (O.), *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Graduate Institute Publications, International, 2010.
- DUDOGNON (C.), *Les sources du droit du sport*, Thèse, Université de Limoges, 2007.
- DURAND-BARTHEZ (P.), LENGART (F.) (dir.), *Choisir son droit. Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux*, L'Harmattan, Entreprises et Management, 2012.
- DUTOIT (B.), *Le droit russe*, Dalloz, Connaissance du droit, 1<sup>re</sup> éd., 2008.
- ELHOUEISS (J.-L.), *Personnalité et territorialité en droit international privé*, Thèse, Université Paris II, 2000.
- ESCARRA (J.), *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, A. Rousseau, 1910.
- ESPINASSOUS (V.), *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2010.
- FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1996.
- FLORIMOND (G.), *Droit et Internet. De la logique internationaliste à la logique réaliste*, Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, 2016.
- FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008.
- FOUCHARD (P.), *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965.

- FOUCHARD (P.), (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2001.
- FRANCESCAKIS (P.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958.
- FUCHS (A.), MUIR WATT (H.), PATAUT (É.), (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2004.
- GAUDEMET (A.), (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2016.
- GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 1, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1919.
- GHESTIN (J.), *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, LGDJ, 1983.
- GLORIFET (L.), *La lex sportiva et les législations étatiques dans les sentences du Tribunal arbitral du sport de Lausanne*, Thèse, Université de Bourgogne, 2011.
- GOUGUET (J.-J.), (dir.), *Le sport professionnel après l'arrêt Bosman : une analyse économique internationale*, Presses Universitaires de Limoges et du Limousin, 2004.
- GRISEL (F.), *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique. Appréciation et création du droit en arbitrage international*, Fondation Varenne, Thèses, 2011.
- GUILLAUMÉ (J.), *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2011.
- HAFTEL (B.), *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse, Université Paris II, 2008.
- HALL (R.), BIERSTEKER (T.), (dir.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, 2002.
- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. VAN DE KERCHOVE (M.), Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976.
- HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2010 (réédition).
- HENRY (M.), *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2001.
- HEUZÉ (V.), *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, GLN, Joly, 1990.  
- *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, LGDJ, Traité des contrats, 2000.
- HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, PUF, Droit fondamental, 1986.  
- *Le Droit, les Affaires et l'Histoire*, Economica, 1995.
- HOTTE (S.), *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Defrénois, Doctorat et Notariat, 2007.
- JACQUET (J.-M.), *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Droit des affaires et de l'entreprise – Études et recherches, 1983.  
- *Le contrat international*, Dalloz, Connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd., 1999.
- JAQUIER (J.), *La qualification juridique des règles autonomes des organisations sportives*, Staempfli, Collection CIES, 2004.

- JESSUP (P.), *Transnational law*, Yale University Press, 1956.
- JOLIVET (E.), *Les Incoterms : étude d'une norme du commerce international*, Lexisnexis, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2003.
- KAHN (P.), *La vente commerciale internationale*, Sirey, 1961.
- KARAA (S.), *Les juges de l'activité professionnelle sportive : contribution à l'étude des relations entre pluralisme juridique et pluralisme de justice*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit social, 2016.
- KARAQUILLO (J.-P.), *Étude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, PUF, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges, 1977.
- KARPENSCHIF (M.), NOURISSAT (C.), (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2014.
- KASSIR (W.), *Étude critique du contrat sans loi. Réflexions sur le droit des relations contractuelles*, Thèse, Université Paris 1, 1992.
- KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria)*, LGDJ, 1984.
- *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale : les déviations de l'arbitrage institutionnel*, LGDJ, 1988.
  - *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993.
  - *L'autonomie de l'arbitrage commercial : le droit français en question*, L'Hartman, Logiques juridiques, 2006.
- KELSEN (K.), *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN (C.), Bruylant/LGDJ, La pensée juridique, 1999.
- LAGARDE (P.), (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013.
- LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, LGDJ, Université de Poitiers – Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2003.
- LARONZE (F.), *Les conflits de normes dans les relations de travail. Contribution à l'étude des organisations*, PUAM, 2012.
- LATINA (M.), CHANTEPIE (G.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Hors collection, 2016.
- LATOUR (B.), *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2004.
- LATTY (F.), *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007.
- LÉCUYER (S.), *Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008.
- LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, Recherches juridiques, 2012.
- LEQUETTE (Y.), ANCEL (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, Grands arrêts, 5<sup>e</sup> éd., 2006.
- LEQUETTE (Y.), TERRÉ (F.), CAPITANT (H.), CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, Grands arrêts, 13<sup>e</sup> éd., 2015.

- LEVACHER (R.), *La règle contractuelle dans l'ordre juridique. Contribution à l'analyse normative du contrat*, Thèse, Université de Nantes, 2007.
- LEVY (D.), *Les abus de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2015.
- LEWIN (K.), *Resolving Social Conflicts*, Harper and Row Publishers, 1948.
- LHUILIER (G.), *Le droit transnational*, Dalloz, Méthodes du droit, 2016.
- LICARI (F.-X.), *Le droit talmudique*, Dalloz, Connaissance du droit, 1<sup>re</sup> éd., 2015.
- LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2004.
- LOPEZ (C.), CONSTANT (F.), *Le droit chinois*, Dalloz, Connaissance du droit, 1<sup>re</sup> éd., 2013.
- LOPEZ DE TEJADA (M.), *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2013.
- LOUP (J.), *Le sport et le droit*, Dalloz, 1930.
- MIÈGE (C.), LAPOUBLE (J.-C.), *Sport et organisations internationales*, Economica, Sport, 2003.
- MAISONNEUVE (M.), *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011.
- MARCHADIER (F.), *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007.
- MARRELLA (F.), *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, CEDAM, 2003.
- MARZAL YETANO (A.), *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, Thèses, 2014.
- MATHIEU (B.), *Directives européennes et conflits de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2015.
- MATHIEU (M.-L.), *Logique et raisonnement juridique*, PUF, Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2015.
- MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, 1973.
- MOHAMED SALAH (M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, PUF, « Droit, éthique et société », 2002.
- MOLLION (G.), *Les fédérations sportives. Le droit administratif à l'épreuve des groupements privés*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2005.
- MOREAU (M.-A.), *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations*, Dalloz, À droit ouvert, 2006.
- MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, 1999.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Bibliothèque Daloz, 2002 (réédition).
- *Écrits – Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Bibliothèque Daloz, 2010 (réédition).



MUIR WATT (H.), FERNÁNDEZ ARROYO (D.), (dir.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014.

NAJM (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005.

NICOLLEAU (F.), *Le pouvoir des fédérations sportives*, Thèse, Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2001.

ORTSCHEIDT (J.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.

OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1992.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre* PUF, Les voies du droit, 1988

- *Le droit et les paradoxes du jeu*, PUF, Les voies du droit, 1992

- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

PAPANIKOLAOU (D.), *L'ordre juridique sportif : mythe ou réalité ? Contribution à une vision pluraliste du droit*, Thèse, Université Bordeaux 4, 2008.

PATAUT (É.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions : étude de droit international privé*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1999.

PATOCCHI (P.-M.), *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachements à caractère substantiel : de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Librairie de l'Université et Georg, Études suisses de droit international, 1985.

PAUL (L.), *Existe-t-il une lex sportiva ?*, Thèse, Université de Bourgogne, 2006.

PELLEGRINI (C.), *Droits applicables au contrat international. Étude théorique et pratique du dépeçage*, Thèse, Université Lyon 3, 2013.

PENNEAU (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1989.

PERÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2004.

PIERGIOVANNI (V.), (dir.), *From lex mercatoria to commercial law*, Duncker & Humblot, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 2005.

PIRONON (V.), *Les joint ventures : contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2004.

POMMIER (J.-C.), *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Droit civil – Études et Recherches, 1992.

PROUST (J.), *L'arbitrage CIRDI face aux droits de l'Homme*, Thèse, Université Paris 1, 2013.

RABU (G.), *L'organisation du sport par le contrat. Essai sur la notion d'ordre juridique sportif*, PUAM, Centre de droit du sport, 2010.

RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1999.

- RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris – Série Sciences historiques, 1980.
- RAVILLON (L.) (dir.), *Le droit des activités spatiales à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Lexisnexis, Travaux du CREDIMI, 2005
- RÉGUER-PETTIT (L.), *L'appréhension par le droit de l'Union européenne des sanctions dans le domaine des activités sportives*, Thèse, Université Paris IX, 2015.
- RÉMY (B.), *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2008.
- RIGOZZI (A.), *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Reprint, 2<sup>e</sup> éd., 1955.
- ROBERT (J.), *Le phénomène transnational*, LGDJ, Éditions de l'Association française d'arbitrage, 1988.
- ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis, 1<sup>re</sup> éd., 2011.
- ROMANO (G. P.), *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Schulthess, 2014.
- ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition).
- RUEDA (I.), *Incidence des règles d'Unidroit sur le droit des contrats en Europe*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008.
- SARROUF (M.), *Les normes privées relatives à la qualité des produits. Étude d'un phénomène juridique transnational*, Thèse, Université Paris II, 2012.
- SAVAUX (É.), *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 1997.
- SCHLECHTRIEM (P.), WITZ (C.), *Contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.
- SCHNAPPER (D.), *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, NRF Essais, 2010.
- SERAGLINI (C.), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.
- SIMON (G.), *Puissance sportive et ordre juridique étatique : contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 1990.
- SIMON (G.), (dir.), *Sport et nationalité*, Lexisnexis, Travaux du CREDIMI, 2014.
- SIMON (J.), *Le commerce international des céréales : pouvoirs étatiques, pouvoirs économiques privés*, Thèse, Université Paris II, 1982.
- SINDRES (D.), *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit privé, 2008.
- SOBCZAK (A.), *Réseaux de sociétés et Codes de conduites : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit social, 2002.
- SOIRAT (F.), *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, Thèse, Université Paris 1, 1995.

STOUFFLET (J.), *Le crédit documentaire : étude juridique d'un instrument financier du droit du commerce international*, Paris, Librairies techniques, 1957.

SUPIOT (A.), *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Essais, 2015.

SYMEONIDES (S. C.), *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014.

SINAY-CYTERMANN (A.), *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, Thèse, Université de Strasbourg, 1980.

TERRET (T.), *Histoire du sport*, PUF, Que sais-je ?, 4<sup>e</sup> éd., 2013.

TEUBNER (G.), (dir.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1996.

THIBIERGE (C.), (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009.

VAN DROOGHENBROECK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Thèse, Université de Toulouse, 1957.

VON JHERING (R.), *Évolution du droit*, trad. O DE MEULENAÈRE, Chevalier-Marescq et cie, 1901.

WALKER (N.), *Intimations of Global Law*, Global Law Series, Cambridge University Press, 2015.

WITZ (C.), *Le droit allemand*, Dalloz, Connaissance du droit, 2<sup>e</sup> éd., 2013.

WYLER (E.), PAPAUX (A.), (dir.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 2009.

### **III – Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye**

---

AGO (R.), « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 58, 1936, pp. 243-469.

AUDIT (B.), « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *Rec. cours La Haye*, vol. 186, 1984, pp. 219-397.

- « Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 305, 2003, pp. 9-488.

BASEDOW (J.), « The law of open societies, private ordering and public regulation of international regulations », *Rec. cours La Haye*, vol. 360, 2012, pp. 9-516.

BATIFFOL (H.), « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *Rec. cours La Haye*, vol. 120, 1969, pp. 165-190.

- « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 139, 1973, pp. 75-148.

BOELE WOELKI (K.), « Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws », *Rec. cours La Haye*, vol. 340, 2010, pp. 271-462.

BUCHER (A.), « La dimension sociale du droit international privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 341, 2009, pp. 9-526.

CARABIBER (C.), « L'évolution de l'arbitrage commercial international », *Rec. cours La Haye*, vol. 99, 1960, pp. 119-231.

- CORDERO-MOSS (G.), « Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration », *Rec. cours La Haye*, vol. 372, 2015, pp. 129-326, spéc. p. 169 et s.
- CURTI GIALDINO (A.), « La volonté des parties en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 137, 1972, pp. 743-938.
- DE BOER (T.), « Choice of Law in Arbitration Proceedings », *Rec. cours La Haye*, vol. 375, 2015, pp. 53-87.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *Rec. cours La Haye*, vol. 371, 2014, pp. 153-272.
- FALLON (M.), « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *Rec. Cours La Haye*, vol. 253, 1995, pp. 9-282.
- FERRER-CORREIA (A.), « Les problèmes de codification en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 145, 1975, pp. 57-203.
- GANNAGÉ (L.), « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *Rec. cours La Haye*, vol. 357, 2011, pp. 223-490.
- GONZÁLEZ CAMPOS (J. D.), « Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 156, 1977, pp. 227-376.
- « Diversification spécialisation flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 287, 2000, pp. 9-426.
- DRAETTA (U.), « Internet et commerce électronique en droit international des affaires », *Rec. cours La Haye*, vol. 314, 2005, pp. 9-232.
- FADLALLAH (I.), « L'ordre public dans les sentences arbitrales », *Rec. cours La Haye*, vol. 249, 1994, pp. 369-430.
- GAILLARD (E.), « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *Rec. cours La Haye*, vol. 329, 2007, pp. 49-216.
- GAUDEMET-TALLON (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général », *Rec. cours La Haye*, vol. 312, 2005, pp. 9-488.
- GIULIANO (M.), « La loi applicable aux contrats. Problèmes choisis », *Rec. cours La Haye*, vol. 158, 1977, pp. 183-270.
- GOLDMAN (B.), « Les conflits de loi dans l'arbitrage international de droit privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 109, 1963, pp. 347-485.
- HANOTIAU (B.), « L'arbitrabilité », *Rec. cours La Haye*, vol. 296, 2002, pp. 25-253.
- JACQUET (J.-M.), « La fonction supranationale de la règle de conflit de loi », *Rec. cours La Haye*, t. 292, 2001, pp. 147-248.
- JAYME (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Rec. cours La Haye*, vol. 251, 1995, pp. 9-267.
- KARAQUILLO (J.-P.), « Droit international du sport », *Rec. cours La Haye*, vol. 309, 2004, pp. 9-124.
- KEGEL (G.), « The crisis of conflict of laws », *Rec. cours La Haye*, vol. 112, 1964, pp. 91-268.

- KELSEN (H.), « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Rec. cours La Haye*, vol. 14, 1926, pp. 227-332.
- KESSEDJIAN (C.), « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 300, 2002, pp. 79-308.
- KOHLER (C.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *Rec. cours La Haye*, vol. 359, 2012, pp. 285-478.
- LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 196, 1986, pp. 9-238.
- LALIVE (P.), « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *Rec. cours La Haye*, vol. 120, 1967, pp. 569-725.
- « Tendances et méthodes en droit international privé. Cours général. », *Rec. cours La Haye*, vol. 155, 1977, pp. 1-424.
- LEQUETTE (Y.), « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 246, 1994, pp. 9-233.
- LOQUIN (É.), « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, vol. 322, 2006, pp. 9-242.
- MAYER (P.), « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Rec. cours La Haye*, vol. 217, 1989, pp. 319-454.
- « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 327, 2007, pp. 9-378.
- MUIR WATT (H.), « Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions », *Rec. cours La Haye*, vol. 307, 2004, pp. 25-383.
- NIBOYET (J.-P.), « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Rec. cours La Haye*, vol. 16, 1927, pp. 1-116.
- OPPETT (B.), « Le droit international privé, droit savant », *Rec. cours La Haye*, vol. 234, 1992, pp. 331-434.
- PAMBOUKIS (Ch. P.), « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 330, 2007, pp. 9-474.
- PELICHER (M.), « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *Rec. cours La Haye*, vol. 201, 1987, pp. 9-210.
- PICONE (P.), « Les méthodes de la coordination entre ordres juridiques en droit international privé : cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 276, 1999, pp. 9-296.
- RADICATI DI BROZOLO (L. G.), « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *Rec. cours La Haye*, vol. 315, 2005, pp. 265-501.
- REUTER (P.), « Principes de droit international public », *Rec. cours La Haye*, vol. 103, 1961, pp. 425-683.
- RIGAUX (F.), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 213, 1989, pp. 9-407.
- STRENGER (I.), « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *Rec. cours La Haye*, vol. 227, 1991, pp. 207-355.

VAN HOOGSTRATEN (H.), « La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye, *Rec. cours La Haye*, vol. 122, 1967, pp. 337-425.

VITTA (E.), « Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, vol. 162, 1979, pp. 9-243.

#### IV – Articles

---

ABALLÉA (F.), « L'institution : une catégorie fondatrice de la sociologie française », in J.-P. BRAS (dir.), *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, L'Harmattan, 2008, p. 155 et s.

ABDELGAWALD (W.), « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'écllosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », *RIDE*, 2001/2, p. 161 et s.

- « Le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire », *RIDE*, 2003/2 (t. XVII, 2), p. 197 et s.

ALBORNOZ (M. M.), « Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems », *JPIL*, 2010, vol. 6, n° 1, p. 23 s.

- « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement Rome I », *JDI* 2012/1. 3.

ALAPHILIPPE (F.), « Le pouvoir fédéral », *Pouvoirs*, n° 61 (Le sport), 1992, p. 71 et s.

ALFONSIN (Q.), « Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé », in *Mélanges Jacques MAURY*, t. 1, *Droit international privé et public*, Dalloz et Sirey, 1960, p. 27 et s.

ANCEL (B.), « The Tronc Commun Doctrine: Logics and Experience », *J. Int. Arb.*, 1990, vol. 7, p. 65 et s.

- « Droit international privé », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 491 et s.

- « Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 1 et s.

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771.

AUBRY (J.), « le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *JDI* 1896. 465 et 721.

AUDIT (B.), « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *Trav. Com. fr. DIP (1985 – Journées du cinquantième)*, CNRS, 1988, p. 59 et s.

- « Les ventes internationales hors la convention de Vienne », *Rev. jurisp. com.*, 1997, numéro spécial « La vente éclaté: la diversité de régimes juridiques dans les ventes de marchandises (Colloque de Deauville, 7 et 8 juin 1997) », p. 112 et s.

- « Fraude », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 755 et s.

- « Le choix des Principes d'unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », in *Mélanges Camille JAUFFRET-SPINOSI*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2013, p. 13 et s.

- « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges Pierre LAYER*, Lextenso, 2015, p. 25 et s.

AUNEAU (G.), « L'influence des normes sportives internationales sur la recherche en droit du sport », *Gaz. Pal.*, 17 août 1995, p. 1008 et s.

- « L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives », *RTD. euro.* 2007. 361.

AZZI (T.), « Les mutations de la norme en droit international privé », in N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, Economica, Études juridiques, 2011, p. 141 et s.

BANNES (F. M.), « L'impact de l'adoption des Principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit commercial international : réalité ou utopie ? », *RRJ* 1996. 933.

BART (J.), « La *lex mercatoria* au Moyen Âge : mythe ou réalité ? », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 9 et s.

BARTIN (É.), « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI* 1897. 225, 466 et 720, reproduit dans *Un siècle d'étude du droit international. Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Lexisnexis, Traités, 2006 p. 181 et s.

BARTHÉLÉMY (J.), « L'arbitrage des conflits de travail : une solution pour le sport », *Jurisport*, 2013, n° 129, p. 27 et s.

BATIFFOL (H.), « La "crise du contrat" et sa portée », *Arch. phil. dr.*, t. 13, 1968, p. 13 et s.

- « L'arbitrage et les conflits de lois », *Rev. arb.* 1957. 110.

- « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges Jacques MAURY*, t. 1, *Droit international privé et public*, Dalloz et Sirey, 1960, p. 39 et s.

- « Les intérêts de droit international privé », in *Mélanges Gerhard KEGEL*, Metzner, 1977, p. 11 et s.

BEAUCHAIS (P.), « L'application du décret du 30 septembre 1953 aux baux de bureaux : une pratique qui mérite protection », *JCP N* 1991. I. 29

BÉGUIN (J.), « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », *McGill Law Journal*, 1985, vol. 30, p. 478 et s.

BEN HAMIDA (W.), « Les principes d'UNIDROIT et l'arbitrage transnational : l'expansion des principes d'UNIDROIT aux arbitrages opposant des États ou des organisations internationales à des personnes privées », *JDI* 2012/4. 1213.

BENILOUCHE (M.), « Le renforcement de la lutte contre le dopage – Commentaire de la loi n° 2008-650 du juillet 2008 relative à la lutte contre le trafic de produits dopants », *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2008, n° 295, p. 58 et s.

BERAUDO (J.-P.), « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP G*, 1995. I. 3842.

- « L'application des Principes UNIDROIT par les tribunaux étatiques et supranationaux », in *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria ?*, Publication CCI, 1995, p. 217 et s.

- « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 93 et s.

BERGÉ (J.-S.), « La double internationalité interne et externe du droit international privé et du droit communautaire », *Trav. Com. fr. DIP (2004-2006)*, Pedone, 2008, p. 29 et s.

- « Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire : de l'incomplétude à la cohérence », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, PU Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes, 2009, p. 339 et s.

- « L'hypothèse d'un 28<sup>e</sup> droit européen des contrats », *RDC* 2010/4, p. 1401 et s.

- « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *RDC* 2012/2, p. 569 et s.

BERLIOZ (P.), « La clause d'exception », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 189 et s.

BESSION (S.), « L'importance du siège de l'arbitrage », *Rev. Brésil. arb.* 2007, n° 13, p. 107 et s.

- BILLARANT (S.), « Regard d'un internationaliste sur l'ordre juridique arbitral », in R. CHAABAN (dir.), *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, L'Épître, L'Unité du Droit, 2012, p. 105 et s.
- « Une révolution européenne en droit international privé ? Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit international privé à la lumière du statut des personnes », in L. BURGORGUE-LARSEN, É. DUBOUT, A. MAITROT DE LAMOTTE, S. TOUZÉ (dir.), *Les interactions normatives droit de l'Union européenne et droit international*, Pedone, Cahiers Européens, n° 2, 2012, p. 307 et s.
- BISMUTH (R.), « Une cartographie de la standardisation internationale privée : tentative d'identification de l'objet et de ses enjeux », in R. BISMUTH (dir.), *La standardisation internationale privée : aspects juridiques*, Larcier, Droit international, 2014, p. 9 et s.
- BLACKSHAW (I.), « The Contribution of the Court of Arbitration for Sport to an Emerging *Lex Sportiva* », *Yearbook on Arbitration and Mediation*, vol. 2, 2010, p. 176 et s.
- BODEN (D.), « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. phil. dr.*, t. 49, 2005, p. 275 et s.
- BOLLÉE (S.), « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007. 307.
- « À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008. 2161.
  - « La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », in *Mélanges Bernard AUDIT. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 119 et s.
- BONELL (M. J.), « Les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international : vers une nouvelle *lex mercatoria* ? », *RD aff. int.*, 1997, n° 2, p. 145 et s.
- BORRAS (A.), « Existe-t-il un droit international du sport ? », *Mélanges François RIGAUX. Nouveaux itinéraires en droit*, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1993, p. 110 et s.
- BOULOUIS (J.), « À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges Marcel WALINE*, t. 1, *Le juge et le droit public*. LGDJ, 1974, p. 152 et s.
- BOUNIOU (R.), « Quel avenir pour le statut des agents sportifs ? », *Cah. dr. sport*, 2015, n°41, p. 43 et s.
- BOUREL (P.), « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *D.* 2007. 969.
- BOURNAZEL (É.), « La liberté fondatrice : naissance et développement du mouvement sportif », *Rev. jur. éco. sport*, n° 61 (numéro spécial : « L'association sportive : un contrat centenaire »), 2002, p. 17 et s.
- BOURZAT (N.), « Licence », in J.-P. KARAQUILLO et Ch. DUDOGNON (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, Juris corpus, 1<sup>re</sup> éd., 2013, p. 221 et s.
- BRIGNON (B.), PORACCHIA (D.), « Transposition du Code mondial antidopage : la France durcit le ton ! », *LPA*, 6 juil. 2016, n° 134, p. 10 et s.
- BRUNS (R.) et MOTULSKY (H.), « Tendances et perspectives de l'arbitrage international (À propos de la réforme de la Convention de Genève de 1927) » *RIDE*, 1957, vol. 9, n° 4, p. 717 et s.
- BUCHER (A.), « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », in *Liber amicorum Adolf F. SCHNITZER*, Librairie de l'Université, 1979, p. 37 et s.
- BUREAU (D.), « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. DIP* 1996. 587.



- « L'influence de la volonté individuelle dans les conflits de lois », in *Mélanges François TERRÉ. L'avenir du droit*, Dalloz-PUF-Jurisque, 1999, p. 285 et s.
- « Codification », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 225 et s.
- « *Lex mercatoria* », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 933 et s.
- « La mise en chantier des travaux de rénovation de la Convention de Rome », *RDC*, 2003/1, p. 197 et s.
- « L'extension conventionnelle d'un statut impératif : contribution du droit international privé à la théorie du contrat », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Défrénois, Les Mélanges, 2005, p. 125 et s.

BUREAU (D.), JARROSSON (C.), « Arbitrage », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003 p. 76 et s.

BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), « L'impérativité désactivée ? » *Rev. crit. DIP* 2009. 1.

BURGER (L.), « L'arbitrage sportif : une *lex sportiva* pour l'UpM », in F. OSMAN et L. CHEDLY (dir.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage. Pour un cadre commun de référence*, Bruylant, 2015, p. 71 et s.

BUY (F.) « La justice sportive », *Cab. dr. sport*, 2005, n° 2, p. 13 et s.

- « Libres propos sur les agents sportifs », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2007, n° 312, p. 56 et s.
- « Droit du sport et mondialisation », *RLDC*, 2008, n° 47, p. 57 et s.
- « La clause compromissoire en matière sportive : un cas d'abus de dépendance », in *Mélanges Jean-Louis MOURALIS. Droit civil, civilité des droits*, PUAM, 2011, p. 69 et s.
- « Introduction », in J. GUILLAUMÉ et N. DERMIT-RICHARD (dir.) *Football et droit*, Institut Universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2012, p. 13 et s.

BUY (F.), BODA (J.-C.), « Les 20 ans de l'arrêt Bosman », *JCP G* 2015. 1441.

CAFAGGI (F.), « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue française d'administration publique*, 2004, n° 109, p. 23 et s.

- « Les nouveaux fondements de la régulation transnationale privée », *RIDE*, 2013/1 (t. XXVII), p. 129 et s.

CAFLISCH (L.), « Arbitrage et protection des droits de l'homme dans le contexte européen », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET*, Lexisnexis, 2013, p. 77 et s.

CAPRASSE (O.), « L'application du droit européen de la concurrence par l'arbitre », in P. MAYER (dir.) *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, LexisNexis, Travaux du CREDIMI, 2012, p. 63 et s.

CAPRIOLI (É. A.), SORIEUL (R.), « Le commerce international électronique. Vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI* 1997. 323.

CESARINI SFORZA (W.), « La théorie des ordonnancements juridiques et du droit sportif », *Foro italiano*, 1933, p. 1381 et s.

CHAILLET (S.), « Les nouvelles dispositions relatives au dopage et l'adoption de la Convention Unesco », *AJDA* 2007. 1639.

CHALARON (Y.), « L'application de la disposition la plus favorable », in *Mélanges Gérard LYON-CAEN. Les transformations du droit du travail*, Dalloz, 1989, p. 243 et s.

CHANTEPIE (G.), « Les codifications privées », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant (t. XIII), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 39 et s.

- CHARPENTIER (É.), « L'émergence d'un ordre public...privé : une présentation des Principes Unidroit », *Revue juridique Thémis*, Faculté de droit de Montréal, vol. 36, n° 2, 2002, p. 355 et s.
- « Les Principes Unidroit : une codification de la *lex mercatoria* ? », *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, nos 1-2, mars-juin 2005, p. 193 et s.
- CHAZAL (J.-P.), « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. dr.*, t. 45, 2001, p. 303 et s.
- CHÉROT (J.-Y.), « Théorie des normes, théorie du droit et normes privées internationales », *RRJ (cahiers de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2217 et s.
- CHEVALLIER (J.), « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et Société, 1998, p. 21 et s.
- CLARET (H.), « Les relations entre le projet d'instrument optionnel et les règles de conflit de lois », *LPA*, 24 décembre 2013, n° 256, p. 19 et s.
- CLARET (H.), PIGNARRE (G.), « Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *D.* 2011. 1981.
- CLAVEL (S.), « La fraude en droit international privé contemporain », *Trav. Com. fr. DIP (2010-2012)*, Pedone, 2013, p. 255 et s.
- « Le droit international privé européen est-il « honorable » ? Retour sur une controverse doctrinale », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 119 et s.
- CLAY (F.), « Qui sont les arbitres internationaux ? Approche sociologique », in *Les arbitres internationaux*, Société de législation comparée, Centre français de droit comparé, 2005, p. 13 et s.
- « Le siège de l'arbitrage international entre "ordem" et "progresso" », *Cab. arb.* vol. V, Pedone, 2011, p. 21 et s.
- CLERC (E.), « La gestion semi-privée de l'internet », in *Ch.-A. MORAND (dir.) Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 333 et s.
- COHEN (D.), « Droit du commerce international et modernité », in *Études à la mémoire du professeur Bruno OPPETTI*, p. 109 et s.
- COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. phil. dr.*, t. 31, 1986, p. 85 et s.
- CORNELOUP (S.), « Entre autonomie conflictuelle et autonomie substantielle : le choix du futur Droit européen de la vente. À propos de la proposition de règlement de la Commission européenne du 11 octobre 2011 », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET*, Lexisnexis, 2013, p. 367 et s.
- COURET (A.), « La dimension internationale de la production du droit, l'exemple du droit financier », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et société, 1998, p. 197 et s.
- COUTURIER (G.), « La Charte du football professionnel : nature et validité de la charte », in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 61 et s.
- CUNIBERTI (G.), « Is the CISG benefiting anybody? », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2006, vol. 39, p. 1511 et s.
- « La faible attractivité internationale du droit français des contrats », in *Mélanges Bernard AUDIT. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 253 et s.
  - « The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws », *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 34/3, 2014, p. 455 et s.
  - « Three theories of *lex mercatoria* », *Columbia Journal of Transnational law*, 2014, vol. 52, n° 2, p. 369 et s.

- « The Merchant who would not be King. Unreasoned Fears about Private Lawmaking », in H. MUIR WATT et D. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, p. 141 et s.

CINAY-CYTERMANN (A.), « Variations autour de la qualification de loi de police et de sûreté dans les contrats internationaux », in *Mélanges Nicole DECOOPMAN. Les frontières du droit*, CEPRISCA, 2014, p. 141 et s.

D'AVOUT (L.), « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165.

- « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, p. 165 et s.
- « Les lois de police », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 91 et s.

DAGOT (M.), « La clause d'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux », *JCP N* 1991. I. 315.

DARANKOUM (E. S.), « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », *Revue juridique Thémis*, 2002, n° 36, p. 421 et s.

DAVID (R.), « Arbitrage du XIX<sup>e</sup> et arbitrage du XX<sup>e</sup> siècle », in *Mélanges René SAVATIER*, Dalloz, Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers, 1965, p. 219 et s.

- « L'avenir de l'arbitrage », in *Mélanges Martin DOMKE*, Martinus Nijhoff, 1967, p. 56 et s.

DE BOISSÉON (M.), « Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitral international », in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 33 et s.

DE LA PRADELLE (G.), « La justice privée », in H. GHÉRARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 125 et s.

DE RUYSSCHER (D.), « La *lex mercatoria* contextualisée : tracer son parcours intellectuel », *Rev. hist. droit*, 2012/4, p. 499 et s.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe », in *Mélanges Philippe MALAURIE*, Défrénois, Les Mélanges, 2005, p. 365 et s.

- « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *D.* 2006. 2464.
- « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011. 207.
- « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for (remarques en marge des solutions françaises envisagées sous le rapport de l'ordre public substantiel) », *JDI* 2014/3. 813.
- « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 869 et s.
- « L'ordre public », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 169 et s.
- « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016/2. 409.

DE VAUPLANE (H.), « Marchés financiers : régulation, réglementation ou autoréglementation ? », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 373 et s.

DEGUERGUE (M.), « Jurisprudence », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 883 et s.

DELANOY (L.-C.), « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007. 177.

DELEBECQUE (P.), « Le nouveau droit international des transports », in *Mélanges Jacques BÉGUIN. Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 267 et s.

- « L'arbitrage maritime : une *lex maritima* pour l'UpM », in F. OSMAN et L. CHEDLY (dir.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage. Pour un cadre commun de référence*, Bruylant, 2015, p. 63 et s.

DELMAS-MARTY (M.), « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000. 421.

DEPAMBOUR-TARRIDE (L.), « Juge (longue durée) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 867 et s.

DERAINS (Y.), « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973. 122.

- « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale » in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 219 et s.

- « L'attente légitime des parties et le droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *Trav. Com. fr. DIP (1984-1985)*, CNRS, p. 81 s.

- « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986. 375.

- « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *JDI* 1993. 829.

- « Le professionnalisme des arbitres », *Cab. dr. entr.*, 2012/4, p. 21 et s.

DEUMIER (P.), « Les Principes Unidroit ont 10 ans : bilan en demi-teinte », *RDC*, 2004/3, p. 774 et s.

- « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques FOYER. Le monde du droit*, Economica, 2007, p. 305 et s.

- « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008. 494.

- « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.* 2009. 77.

- « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant (t. XIII), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 113 et s.

- « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.* 2013. 1564.

DEUMIER (P.), RACINE (J.-B.), « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *RDC*, 2008/4, p. 1309 et s.

DEUMIER (P.), REVET (T.), « Sources du droit (problématique générale) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1430 et s.

DEZALAY (Y.), « Vers une sociologie de la production du droit par et pour les professionnels de la médiation juridique », *Annales de Vaucresson*, n° 23, 1985, p. 5 et s.

DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges François TERRÉ. L'avenir du droit*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 635 et s.

DILLER (J.), « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ? », *Revue internationale du Travail*, 1999, vol. 138, n° 2, p. 107 et s.

DUDOGNON (C.), « Réglementation sportive » in J.-P. KARAKILLO et Ch. DUDOGNON (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, Juris Corpus, 1<sup>re</sup> éd., 2013, p. 272 et s.

DUPICHOT (P.), « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC*, 2013, n° 1, p. 387 et s.

DUPUY (R.-J.), « Le dédoublement du monde », *Revue générale de droit international public*, 1996/2 (t. 100), p. 313 et s.

DURAND (G.), « Affiliation », in J.-P. KARAKILLO et Ch. DUDOGNON (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, Juris corpus, 1<sup>re</sup> éd., 2013, p. 15 et s.

EISEMANN (F.), « La *lex fori* de l'arbitrage commercial international », *Trav. Com. fr. DIP (1973-1975)*, Dalloz, 1977, p. 189 et s.

EKELMANS (M.), « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mélanges Raymond VANDER ELST*, t. I, Némésis, 1986, p. 243 et s.

ELHOUEISS (J.-L.), « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003/1. 39.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », *RTD Civ.* 1998. 247.

FALLON (M.), « Libertés communautaires et règles de conflits de lois », in A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2004, p. 31 et s.

- « Les conditions d'un code européen de droit international privé », in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 1 et s.

FARJAT (G.), « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 47 et s.

- « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et Société, 1998, p. 151 et s.

- « Les pouvoirs privés économiques », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux : à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 613 et s.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC*, 1998, p. 63 et s.

- « L'accord procédural à l'épreuve du temps. Retour sur une notion française controversée », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 263 s.

- « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007. 96.

- « Les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : nouvelles perspectives, nouveaux enjeux », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 737 et s.

- « Terminologie, principes, élaboration de règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence », *RTD. euro.* 2008. 695.

- « Le choix d'un instrument optionnel en droit des contrats : aspects de droit international privé », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 137 et s.

- « Le renouvellement des sources du droit en droit des contrats : le rôle des acteurs privés », in N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD et M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, Economica, Études juridiques, 2011, p. 261 et s.

- « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012. 34.

- « Unidroit, la CNUDCI et le droit international des contrats », *RDC* 2012/4, p. 1355 et s.

- « La nouvelle édition des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », in *Mélanges Patrick COURBE*, Dalloz, 2012, p. 179 et s.

- « Les clauses-types sur l'utilisation des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *D.* 2013. 2037.

- « Règles impératives et instruments de droit souple », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 195 et s.

FAUVARQUE-COSSON (B.), DEUMIER (P.), « Un nouvel instrument de droit souple international : le projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *D.* 2013. 2185.

FAVENNEC-HÉRY (F.), « Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ? », *JCP S* 2015. 1237.

- FAYLOR (J. A.), « The dismantling of a German champion : Katrin Krabbe and her ordeal with the German Track and Field Association and the International Amateur Athletic Federation (IAAF) », *Arbitration International*, 2001, vol. 17, p. 163 et s.
- FERRAND (F.), « Les principes ALI-unidroit de procédure civile transnationale : vers une harmonisation mondiale de la procédure civile ? », *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, n° 148, p. 9 et s.
- FERRARI (F.), « Le champ d'application des "principes pour les contrats commerciaux internationaux" élaborés par Unidroit », *RIDE*, 1995/4 , p. 985 et s.
- FERRERI (S.), « Le juge national et l'interprétation des contrats internationaux », *RIDE*, vol. 53, 2001, p. 29 et s.
- FETZE KAMDEM (I.), « Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *Rev. dr. unif.*, 2008/2, p. 709 et s.
- FISHER (T.), « A Nuanced Approach to the Privatization Debate », *Law & Ethics of Human Rights*, 2011, vol. 5/1, p. 72 et s.
- FONTENEAU (M.), « L'exception sportive en droit communautaire », *Gaz. Pal.*, 21 août 2001, n° 233, p. 16 et s.
- FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), « La doctrine face à la mutation des sources du droit international privé », in D. MAZEAUD et Th. BONNEAU (dir.), *Sur quelques aspects du renouvellement des sources du droit*, Éditions Panthéon-Assas, Hors collection, 2016, p. 201 et s.
- FOSTER (K.), « *Lex Sportiva* and *Lex Ludica*: the Court Of Arbitration for Sport's Jurisprudence », in R. SIEKMANN, et J. SOEK (dir.), *Lex sportiva: what is Sports Law?*, TMC Asser Press, 2012, p. 123 et s.
- FOUCHARD (P.), « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1965. 99.
- « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Mélanges Gérard FARJAT. Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, Frison-Roche, 1999, p. 381 et s.
  - « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 97 et s.
  - « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », *LPA*, 18 déc. 2003, n° 252, p. 36 et s.
- FOUCHER (B.), « Les litiges sportifs et le juge administratif », in *Mélanges Daniel LABETOULLE. Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2007, p. 361 et s.
- FOYER (J.), « L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles », *JDI* 1976/2. 555.
- FRANCESCAKIS (P.), « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966. 1.
- FRANCQ (S.), « Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements », *JDI* 2009/1. 41.
- « Unilatéralisme *versus* bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 49 et s.
- FRICERO (N.), « L'arbitrage à l'aune de la Convention européenne », in Y. STRICKLER et J.-B. RACINE (dir.), *L'arbitrage. Questions contemporaines*, L'Harmattan, Droit privé et sciences criminelles, 2012, p. 47 et s.

FRUMER (P.), « La vie privée des sportifs professionnels sous surveillance. Le code mondial antidopage à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme », in C. CHAUSSARD et Th. CHIRON (dir.), *Le nouveau code mondial antidopage : évolutions et perspectives*, Lexisnexis, Travaux du CREDIMI, 2016, p. 65 et s.

- « L'arbitrage sportif, la lutte contre le dopage et le respect des droits fondamentaux des sportifs professionnels : une incertitude peu glorieuse », *RTDH*, 2016, n° 108, p. 817 et s.

FRYDMAN (B.), « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2013/04.

FRYDMAN (B.), LEWKOWICZ (G.), « Les codes de conduite : source de droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/02.

GAILLARD (E.), « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 203 et s.

- « Trente ans de *lex mercatoria* : pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI* 1995/1. 1.

- « Transnational Law: a legal system or a method of decision-making? », *Arbitration International*, vol. 17, n° 1, 2007, p. 59 et s.

- « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », *McGill Law Journal*, 2010, vol. 55, p. 891 et s.

- « Sociologie de l'arbitrage », *JDI* 2015/4. 1089.

GANNAGÉ (L.), « Le contrat sans loi en droit international privé », in K. BOELE-WOELKI et S. VAN ERP (dir.), *Rapports généraux du XVII<sup>e</sup> congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruylant-Eleven international publishing, 2007, p. 275 et s.

- « Le contrat sans loi devant les juridictions étatiques. Retour sur un mal-aimé », in *Mélanges Jacques FOYER. Le monde du droit*, Economica, 2008, p. 417 et s.

GANNAGÉ (P.), « La distinction des conflits internes et des conflits internationaux des lois », in *Mélanges Paul ROUBIER*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p. 229 et s.

GAUDEMET-TALLON (H.), « Rapport de synthèse », in *L'internationalité : bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.*, supplément, févr. 2002, n° 46, p. 73 et s.

- « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 303 et s.

- « La clause attributive de juridiction : un moyen d'échapper aux lois de police ? » in *Liber Amicorum Kurt SIEHR. Convergence and divergence in Private international law*, Eleven International Publishing, 2010, p. 707 s.

- « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 255 et s.

GAUTRAIS (V.), LEFEBVRE (G.), BENYEKLEF (K.), « Droit du commerce électronique et normes applicables. L'émergence de la *lex electronica* », *RIDE*, 1997/5, p. 547 et s.

GHESTIN (J.), « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002. 11.

GIARDINA (A.), « Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *JDI* 1995/2. 547.

GIULIANO (M.), LAGARDE (P.), « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Journal officiel*, n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 0001 et s.

GOLDMAN (B.), « Arbitrage et droit commun des nations », *Rev. arb.* 1956. 111.

- « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. phil. droit*, t. 9, 1964, p. 177 et s.

- « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *JDI* 1979. 475 (et *Trav. com. fr. DIP (1977 – 1979)*, CNRS, 1980, p. 221 et s.)

- « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*. L'affaire *Norsolor* », *Rev. arb.* 1983. 379.

- « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241 et s.
- GOTHOT (P.), « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. Com. fr. DIP (1975-1977)*, p. 201 et s.
- « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971. 1, 209 et 415.
  - « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 343 et s.
- GRIDEL (J.-P.), « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.*, 22 févr. 2003, n° 53, p. 3 et s. et 25 févr. 2003, n° 56, p. 7 et s.
- GUEDES DA COSTA (S.), « Mobilité internationale des salariés et loi applicable au contrat de travail », *Rev. trav.* 2007. 571.
- GUILLAUMÉ (J.), « La *lex sportiva* ou la loi du plus fort », *Annales de droit*, 2011, n° 5, p. 42 et s.
- « L'autonomie de la nationalité sportive », *JDI* 2011. 313.
- GUEZ (P.), « La paralysie des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de travail en droit commun des conflits de juridictions », *Gaz. Pal.*, 11 août 2011, n° 223, p. 5 et s.
- GRZEGORCZYK (C.), « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *Arch. phil. dr.*, t. 31, 1986, p. 281 et s.
- HAFTEL (B.), « Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque) », in *Mélanges Bernard AUDIT. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 409 et s.
- HAHN (C.), « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II – L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *Trav. Com. fr. DIP (2006-2008)*, Pedone, Droit international privé, 2009, p. 187 et s.
- HALPÉRIN (J.-L.), « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX<sup>e</sup> siècle », *Droits*, t. 33, 2001, p. 41 et s.
- HAMMJE (P.), « Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP* 2011. 291.
- HAMMJE (P.), « Quête d'efficacité en droit international privé : questions de méthodes », in P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso, LEJEP, 2013 p. 229 et s.
- HANOTIAU (B.), « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI* 1994. 899.
- HÉBRAUD (P.), « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Rev. crit. DIP* 1968. 205.
- HEUZÉ (V.), « La volonté en droit international privé », *Droits*, t. 28, 1998, p. 113 et s.
- « La notion de contrat en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP (1995-1998)*, Pedone, 2000, p. 319 et s.
  - « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Rev. crit. DIP* 2000. 595.
  - « Recodifier le droit international privé ? », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec-Juriscasseur, 2004, p. 401 et s.
  - « L'honneur des professeurs de droit », *JCP G* 2007. I. 116.



- « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011. 2880.
- « Le technocrate et l'imbécile – Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012. 750.
- « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 295 et s.

HEYMANN (J.), « De la mobilité des sociétés dans l'Union. Réflexions sur le droit d'établissement », in *Mélanges Bernard AUDIT. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 425 et s.

HILL (F.), « La lutte antidopage : les sportifs en liberté très surveillée », *Cab. dr. sport*, 2012, n° 27, p. 106 et s.

HOLLEAUX (A.), « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, 1974, p. 667 et s.

HOLLEAUX (D.), « Les conséquences de la prohibition de la révision », *Trav. Com. fr. DIP (1980-1981)*, CNRS, 1981, p. 53 et s.

HUET (J.), « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *LPA*, 10 nov. 1995, n° 135, p. 8 et s.

IDA (R.), « Formation des normes internationales dans un monde en mutation : critique de la notion de soft law », in *Mélanges Michel VIRALLY. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Pedone, 1991, p. 333 et s.

IDOT (L.), « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI* 1995. 321.

- « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA*, 12 déc. 2002, n° 248, p. 27 et s.

JACQUET (J.-M.), « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Travaux du Comité français de droit international privé (1993-1994)*, Pedone, 1996, p. 23 et s.

- « Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 75 et s.
- « Rapport introductif », in *L'internationalité : bilan et perspectives*, *Rev. Lamy dr. aff.*, supplément, févr. 2002, n° 46, p. 5 et s.
- « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 727 et s.
- « Le contrat international : l'originalité des méthodes », *Journal des sociétés*, Dossier « contrat international », juin 2009, n° 66, p. 16 et s.
- « Théorie de l'autonomie de la volonté », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 1 et s.
- « Les libertés de l'arbitre international », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 311 et s.

JAHEL (S.), « *Chari'a* et contrats internationaux », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 289 et s., n°s 321 et s.

JARROSSON (C.), « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. arb.* 1989/4. 573.

- « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ. Com.*, 1996, p. 1 et s.

JEAMMAUD (A.), « Le Principe de faveur : enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999. 115.

- « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », in F. OSMAN (dir.) *Vers un code européen de la consommation : codification, unification et harmonisation du droit des États membres et de l'Union européenne*, Bruylant, 1998, p. 35 et s.
- « Contrainte », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 274 et s.

JESTAZ (P.), « Des chicanes sur une chicane. Réflexion sur la nature de la règle sportive », *RJES*, 1990, n° 13, p. 3 et s.

JOBARD-BACHELLIER (M.- N.), « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 475 et s.

- « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 345 et s.

JOLIVET (E.), « La jurisprudence arbitrale CCI et la *lex mercatoria* », *Cab. arb.*, 2001/1.

- « Les principes Unidroit dans l'arbitrage CCI », in *Principes Unidroit : nouvelles évolutions et applications*, Bull. CCI, supplément spécial, Publication CCI, 2005, p. 71 et s. ;

- « L'influence des Principes d'Unidroit en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage », *Rev. dr. unif.*, 2008/1, p. 127 s.

- « Les Incoterms dans les sentences arbitrales de la Chambre de commerce internationale », *Bulletin CCI*, vol. 21, n° 1, 2010, p. 55 et s.

JUBAULT (C.), « Les codes de conduit privés », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant (t. XIII), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 27 et s.

JUENGER (F. K.), « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994/2, p. 381 et s.,

- « Contract Choice of Law in the Americas », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, n° 1, p. 195 et s.

- « The Problem with Private International Law », *Liber Amicorum Kurt SIEHR. Private Law in an International Arena*, TMC Asser Press, 2000, p. 289 et s.

KAHN (P.), « *Lex mercatoria* et euro-obligations », in *Mélanges Clive SCHMITTHOFF. Law and International Trade*, Athenium Verlag, 1973, p. 215 et s.

- « *Lex mercatoria* et pratique des contrats internationaux : l'expérience française », in *Le contrat économique international. Stabilité et évolution*, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1975, p. 171 et s.

- « L'essor du non-droit dans les relations internationales et le contrat sans lois », in *L'hypothèse du non-droit*, Université de Liège, Commission droit et vie des affaires, 1978, p. 231 et s.

- « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 97 et s.

- « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI* 1989. 303.

- « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverse », *McGill Law Journal*, 1992, vol. 37, p. 413 et s.

- « Les réactions des milieux économiques », in Ph. KAHN, C. KESSEJIAN (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996, p. 477 et s.

- « Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria* : à propos des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruylant, 1998, p. 125 et s.

- « À propos des sources du droit du commerce international », in *Mélanges Gérard FARJAT. Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, 1999, Frison-Roche, p. 185 et s.

- « L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational », *Revue Lamy dr. aff.*, supplément, 2002, n° 46, p. 23 et s.

- « L'autorégulation », in H. GHÉRARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 197 et s.

- « La *lex mercatoria* et son destin », in *L'actualité de la pensée de Berthold GOLDMAN. Droit commercial international et européen*, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 25 et s.

KARAQUILLO (J.-P.), « Règles de droit et Tribunal arbitral du sport : réflexions sur une construction contentieuse du pluralisme juridique », in *Mélanges Philippe JESTAZ. Livres propos sur les sources du droit*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2006, p. 293 et s.

- « L'application des dispositions du Code du travail au contrat de travail du sportif professionnel : une contribution à l'interprétation des textes relatifs au contrat de travail à durée déterminée », *RDT*, 2010, p. 14 et s.

KAUFMANN-KOHLER (G.), « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », *Rev. arb.* 1998. 517.

KELSEN (H.), « Théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.*, t. 1, 1940, p. 33 et s.

KENFACK (H.), « Bref retour sur l'esprit de liberté du droit du commerce international », in *Mélanges Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 541 et s.

- « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009/1. 3.

KESSEDIAN (C.), « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'UNIDROIT », *Rev. crit. DIP* 1995. 641.

- « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », *RIDE*, 1995/2, vol. 47, p. 373 et s.
- « L'unification internationale du droit privé », in H. GHÉRARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 75 et s.
- « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *JDI* 2006/3. 813.
- « Les normes a-nationales et le futur règlement Rome 1 – Une occasion manquée (jusqu'à nouvel ordre ?) », *RDC*, 2007/4, p. 1470 et s.
- « Les effets pervers du caractère savant du droit international privé », in *Études à la mémoire du professeur Bruno OPPETT*, Litec, 2009, p. 379 et s.
- « Les instruments optionnels en droit privé international », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 365 et s.

KINSCH (P.), « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 377 et s.

KNOEPFLER (F.), « L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international ? », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 531 et s.

KOHLER (C.), « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam », *Rev. crit. DIP* 1999. 1

- « La proposition de la Commission européenne pour un droit commun européen de la vente vue sous l'angle du conflit de lois », in *Mélanges Hans VAN LOON. Un engagement au service du droit international privé*, Intersentia, 2013, p. 259 et s.

KOLEV (B.), « Lex Sportiva and Lex Mercatoria », in R. C. R. SIEKMANN and J. SOEK (dir.), *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, TMC Amer Pressr, 2012, p. 223 et s.

KOUBI (G.), « La notion de "charte" : fragilisation de la règle de droit », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et Société, 1998, p. 165 et s.

LAGARDE (P.), « Le champ d'application dans l'espace des règles de droit privé matériel », *Études de droit contemporain (nouvelles séries). VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé. Contributions françaises*, Éditions de l'Épargne, 1970, p. 149 et s.

- « Examen de l'avant-projet CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles », *Trav. Com. fr. DIP (1971-1973)*, Dalloz, 1974, p. 147 et s.
- « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. priv. proc.* 1975. 649.
- « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 125 et s.

- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287.
- « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », *Revue Lamy dr. aff.*, supplément, 2002, n° 46 p. 17 et s.
- « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RechtsZ*, 2004, n° 68, p. 225 et s.
- « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2006. 331.
- « Instrument optionnel international et droit international privé – Subordination ou indépendance ? », in *Mélanges Hans VAN LOON. Un engagement au service du droit international privé*, Intersentia, 2013, p. 287 et s.

LAGARDE (P.) et TENENBAUM (A.), « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008. 727.

LAGHMANI (S.), « L'internationalité : antécédents, consécration et crise d'un concept », *Revue Lamy dr. aff.*, supplément, 2002, n° 46, p. 11 et s.

LALIVE (P.), « Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », *Rev. arb.* 1976/3. 155.

- « Sur une notion de contrat international », in *Mélanges Kurt SIEHR*, Schulthessiller, 1980, p. 135 et s.
- « L'ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, p. 329 et s.
- « Sur les dimensions culturelles de l'arbitrage international, in *Essays in honour of Krzysztof SKUBISZEWSKI. Theory of International Law at the Threshold of the 21<sup>st</sup> Century*, Kluwer, 1997, p. 771 et s.

LALIVE (P.), GAILLARD (E.), « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse », *JDI* 1989. 905.

LAMBERT (E.), « Sources du droit comparé ou supranational », in *Mélanges François GÉNY*, Sirey, 1935, p. 478 et s.

LAQUIÈZE (A.), « Sanction », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1381 et s.

LAPOUBLE (J.-C.), « La lutte contre le dopage et la protection de la santé des sportifs : loi n° 2006-405 du 5 avril 2006 », *JCP G* 2006. 136.

- « La nouvelle loi sur le dopage : une loi de plus ou une loi de trop ? À propos de la loi du 3 juillet 2008 », *JCP G* 2008. I. 183.
- « Mise en conformité du code du sport avec les principes du code mondial antidopage : *citius, altius, fortius*. À propos de l'ordonnance du 14 avril 2010 », *JCP G* 2010. 524.
- « La localisation des sportifs : une atteinte excessive à la vie privée, ou quand Big Brother s'invite chez les sportifs », *RTDH* 2011, n° 88, p. 901 et s.
- « Quand le législateur préfère le sprint au fond. À propos de la loi du 1 février 2012 », *JCP G* 2012. 199.
- « Tout, tout, tout, tout, tout ; vous saurez tout sur le sportif ! La mise en place du suivi biologique des sportifs », *Cah. dr. sport*, 2012, n° 27, p. 101 et s.
- « Le suivi à la trace : les contraintes des sportifs appartenant aux groupes cibles », *Movement & Sport Sciences*, 2016/2, n° 92, p. 15 et s.

LARROUMET (C.), « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G* 1997. I. 4011.

LASSERRE-KIESOW (V.), « L'esprit du Code de commerce », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 19 et s.

- LATTY (F.), « Les nouveaux modes de coopération dans le domaine du sport, révélateurs d'une "privatisation" du droit international public », in H. GHÉRARI, S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2003, p. 301 et s.
- « Les jeux olympiques et le droit international rendez-vous manqué et rencontres du troisième type », *Annuaire français de relations internationales*, 2009, vol. X, p. 945 et s.
  - « La *lex fifa* », in M. MAISONNEUVE (dir.), *Droit et coupe du monde*, Economica, Études juridiques, 2011, p. 9 et s.
  - « La diversité des sources du droit de l'Internet », in SFDI, *Internet et le droit international*, colloque de Rouen, Pedone, 2014, p. 49 et s.
- LEBEN (C.), « Ordre juridique », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1113 et s.
- « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, n° 33 p. 19 et s.
- LEBOULANGER (Ph.), « La notion d'intérêts du commerce international », *Rev. arb.* 2005. 487.
- LEDUC (A.), « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse », *Revue juridique Thémis*, n° 35, 2001, p. 429 et s.
- LEMAIRE (S.), « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ*, 2001, n° 3, p. 1431 s.
- « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome 1 », *D.* 2008. 2157.
- LEPAULLE (P.), « Nature et méthode du droit international privé », *JDI* 1936. 284.
- LEQUETTE (Y.), « De l'utilitarisme en droit international privé conventionnel de la famille », in *Mélanges Yvon LOUSSOUARN. L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1999, p. 245 et s.
- « De Bruxelles à La Haye (Acte II) – Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 503 et s.
  - « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in *Mélanges Christian LARROUMET*, Economica, 2010, p. 267 et s.
  - « De la "proximité" au "fait accompli" », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 481 et s.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), « À propos du contrat international », *JDI* 1951/1. 4.
- LEVEL (P.), « Le contrat dit sans loi », *Trav. Com. fr. DIP (1964-1966)*, Dalloz, 1967, p. 209 et s.
- « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992/2. 213.
  - « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 259 et s.
- LIBCHABER (R.), « L'avenir d'un paradoxe », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 519 et s.
- LISANTI (C.), « Retour sur l'*electio juris* en droit interne », *RLDC*, 2008, n° 46, p. 67 et s.
- LOUIS-LUCAS (P.), « L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé », in *Mélanges Henri CAPITANT*, Dalloz, 1939, p. 469 et s.
- « Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *JDI* 1962. 88.
  - « La liberté contractuelle en droit international privé français », in *Mélanges Jean DABIN*, t. II, Sirey, 1963, p. 743 et s.
- LOQUIN (É.), « L'application des règles nationales dans l'arbitrage commercial international : l'apport de la jurisprudence arbitrale », Publication CCI, n° 440/1, 1986, p. 67 et s.
- « La réalité des usages du commerce international », *RIDE*, 1989, p. 163 et s.
  - « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 23 et s.
  - « Les sources du droit mondialisé », *Dr. et patr.*, 2001, n° 96, p. 70 et s.

- « L'internationalisation des contrats sportifs », in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 33 et s.
- « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Trav. Com. fr. DIP (2004-2006)*, Pedone, 2008, p. 135 et s.
- « L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux », in M.-A. MOREAU, H. MUIR WATT et P. RODIÈRE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2010, p. 223 et s.
- « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RIDE*, 2010/1 (t. 24), p. 81 et s.
- « Retour sur les sources premières de la *lex mercatoria* : les usages du commerce international », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Lexisnexis, 2013, p. 215 et s.

LOQUIN (É.) et BUCHMAN (L. B.), « Préférez l'arbitrage ! », *Gaz. Pal.*, 16 sept. 2008, n° 260, p. 9 et s.

LOQUIN (É.) et RAVILLON (L.), « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in É. LOQUIN et C. KESSEDIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, Travaux du CREDIMI, 2000, p. 91 et s.

MACKAAY (E.), « Quelques réflexions sur les normes privées », *RRJ (carnets de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2203 et s.

MAISONNEUVE (M.), « Les ordres juridiques sportifs transnationaux », *RRJ*, 2005-3, p. 1563 et s.

MALAN (A.), « L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties », *JDI* 2004/2. 443.

- « L'appréciation par les tribunaux français de l'indépendance des arbitres », in S. BOSTANJI, F. HORCHANI et S. MANCIAUX (dir.), *Le juge et l'arbitrage*, Pedone, 2014, p. 169 et s.

MALAURIE (P.), « Loi uniforme et conflits de lois », *Trav. Com. fr. DIP (1964-1966)*, Dalloz, 1967, p. 83 et s.

MANCINI (P.-S.), « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874. 221, reproduit dans *Un siècle d'étude du droit international. Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Lexisnexis, Traités, 2006, p. 129 et s.

MANN (F.-A.), « Lex Facit Arbitrum », in *Mélanges Martin DOMKE*, Martinus Nijhoff, 1967, p. 157 et s. (reproduit in *Arb. international*, vol. 2, n° 3, 1986. 241).

MARGUÉNAUD (J.-P.), « Sport et Convention européenne des droits de l'homme », *RJES*, 2006, n° 66, p. 9 et s.

MARMAYOU (J.-M.), « La compatibilité du nouveau règlement FIFA sur les intermédiaires avec le droit européen », *Cab. dr. sport*, 2015, n° 41, p. 15 et s.

MARMAYOU (J.-M.), RIZZO (F.), « Les contrats internationaux de transferts de footballeurs : entre droit commun et *lex sportiva* », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, Institut de droit des affaires – Centre de droit économique, 2009, p. 259 et s.

MARRELLA (F.), « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI », *Bull. CCI*, 2001, vol. 12, n° 2, p. 52 et s.

- « Les Principes d'UNIDROIT comme droit applicable au fond du litige dans un arbitrage commercial international en Méditerranée », in F. OSMAN et L. CHEDLY (dir.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage. Pour un cadre commun de référence*, Bruylant, 2015, p. 213 et s.

MARRELLA (F.), GÉLINAS (F.), « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI », *Bull. CCI*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 26 et s.

MARTINY (D.), « Aspects de droit international privé du régime matrimonial optionnel franco-allemand », *Rev. crit. DIP* 2013. 843.

MARTY (R.), « Conflits d'application entre les Principes d'UNIDROIT et la loi française applicable au contrat », *Revue Dalloz Affaires* 1997/4. 100.

MARZAL YETANO (A.), « Constitutionalisation of Party Autonomy in European Private International Law », *Journal of Private International Law*, 2010, vol. 6, n° 1, p. 155 et s.

- « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé », *Arch. phil. dr.*, t. 58, 2015, p. 267 et s.

MARZO (C.), « Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux : opportunités, dangers, stratégies », in M.-A. MOREAU, H. MUIR WATT et P. RODIÈRE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2010, p. 207 et s.

MATSCHER (F.), « L'arbitrage et la Convention », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, Relations et Droit international, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 281 et s.

MAULIN (É.), « Positivismes », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1171 et s.

MAUGÜÉ (C.), « L'arbitre du Palais-Royal et le contentieux sportif fédéral », in *Mélanges Bruno GENEVOIX. Le dialogue des juges*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 763 et s.

MAYER (P.), « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979. 1, 349 et 537.

- « Les lois de police étrangères », *JDI*. 1981. 277.

- « Le mouvement des idées en droit international privé », *Droits*, t. 2, 1985, p. 129 et s.

- « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publication CCI 440/1, 1986, p. 47 et s.

- « Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail », in *Mélanges Dominique HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 263 et s.

- « La règle morale dans l'arbitrage international », in *Mélanges Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 379 et s.

- « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Mélanges Pierre LALIVE. Études de droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 543 et s.

- « La protection de la partie faible en droit international privé », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996, p. 513 et s.

- « Actualité du contrat international », *LPA*, numéro spécial, 5 mai 2000, n° 90, p. 55 et s.

- « Principes Unidroit et *lex mercatoria* », in *L'actualité de la pensée de Berthold GOLDMAN. Droit commercial international et européen*, Éditions Panthéon-Assas, 2004, p. 31 et s.

- « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.* 2005. 361.

- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547 et s.

- « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *Mélanges Michel TROPER. L'architecture du droit*, Economica, 2006, p. 661 et s.

- « Réflexions sur la notion de contrat international », in *Mélanges de Pierre TERCIER*, Schulthess, 2008, p. 873 et s.

- « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008 p. 459 et s.

- « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 423 et s.
  
- MAZEAUD (D.), « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et la Commission Lando », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 205 et s.
- « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *D.* 2007. 2959.
  
- MEIER-BOURDEAU (A.), « Le nouveau régime matrimonial franco-allemand – À propos de la loi du 28 janvier 2013 », *JCP G* 2013. 163.
  
- MEKKI (M.), « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2008, p. 323 et s.
- « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015. 816.
- « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016. 494.
  
- MENJUCQ (M.), « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Mélanges Yves GUYON. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2003, p. 831 et s.
  
- MERLE (M.), « Le concept de transnationalité », in *Mélanges René-Jean DUPUY. Humanité et droit international*, Pedone, 1991, p. 223 et s.
  
- MERLEY (N.), LAULOM (S.), « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009. 219.
  
- MICHAELS (R.), « The Re-state-ment of Non-state Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *The Wayne Law Review*, vol. 51, 2005, p. 1209 et s.
- « Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization », *Duke Law School Legal Studies, Research Paper Series*, n° 74, 2005.
- « The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, n° 14/2, p. 447 et s.
  
- MICHAELS (R.), PAUWELYN (J.), « Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of International Law », *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2012, n° 22/3, p. 349 et s.
  
- MICKLITZ (H.-W.), « Pourquoi une édition spéciale relative aux théories du droit transnational ? », *RIDE*, 2013/1 (t. XXVII), p. 5 et s.
- « Rethinking the public/private divide », in M. MADURO, K. TUORI et S. SANKARI (dir.), *Transnational law*, Cambridge University Press, 2014, p. 271 et s.
  
- MIÈGE (C.), « Existe-t-il (encore) une spécificité du sport au regard du droit de l'Union européenne ? », *Cab. dr. sport*, 2016, n° 44, p. 38 et s.
  
- MILLARD (É.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n°s 30-31, p. 381 et s.
  
- MOMBERG (R.), « Harmonization of contract law in Latin America: past and present initiatives », *Rev. dr. unif.*, 2014/3, p. 411 et s.
  
- MOREAU (M.-A.), « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. soc.* 2009/1. 93.
  
- MORIN (E.), « Épistémologie de la complexité », *RRJ*, 1984-1, p. 47 et s.



MORVAN (P.), « Principes », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1201 et s.

MOULY (C.), « La conclusion du contrat selon la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *Droit et pratique du commerce international*, 1989/3, vol. 15, p. 400 et s.

MOUTOUH (H.), « Pluralisme juridique », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1158 et s.

MUIR WATT (H.), « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (vers la publicisation du conflit de lois ?) », *Arch. phil. dr.*, t. 41, 1997, p. 207 et s.

- « Concurrence de ordres juridiques et conflits de loi de droit privé », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 615 et s.
- « Économie de la justice arbitrage international : réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation », *Rev. arb.* 2008/3. 389.
- « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 77 et s.
- « La fonction économique du droit international privé », *RIDE*, 2010/1 (t. 24), p. 104 et s.
- « "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance », *European Review of Contract Law*, 2010/3, p. 250 et s.
- « *Chevron*, l'enchevêtrement des fors », *Rev. crit. DIP* 2011. 339.
- « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *RIDE*, 2013/1 (t. XXVII), p. 59 et s.
- « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory*, 2011, 2(3), p. 347 et s.
- « Dette souveraine et main visible du marché : de nouveaux enjeux du droit international privé des contrats », *Rev. crit. DIP* 2015. 331.
- « La globalisation et le droit international privé », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 591 et s.
- « Rapport de synthèse – L'avenir de la discipline : quelles perspectives méthodologiques ? », in T. AZZI et O. BOSKOVIC (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, Travaux de droit international et européen, 2015, p. 237 et s.

MUSTILL (M. J.), « The New *Lex Mercatoria*: the First Twenty-five years », in *Liber amicorum for Lord WILBERFORCE*, Clarendon Press, 1987, p. 149 et s.

NAMMOUR (F.), « *Charia islamiya* et arbitrage », in F. OSMAN et L. CHEDLY (dir.), *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage. Pour un cadre commun de référence*, Bruylant, 2015, p. 421 et s.

NEUMAYER (K.), « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1957. 579.

NIKI-HEGE (B.), « Les normes de sanction dans l'ordre juridique sportif », *D.*, 1994, chr., p. 86

NUYTS (A.), « L'application des lois de police dans l'espace : réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *Rev. crit. DIP* 1999. 31.

OPPETT (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances. La clause de *hardship* », *JDI* 1974. 794.

- « Éléments pour une sociologie de l'arbitrage », *L'année sociologique*, 1976, p. 178 et s.
- « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil. droit*, t. 27, 1982, p. 43 et s.
- « Le développement des règles matérielles », *Trav. Com. fr. DIP (1985 – Journées du cinquantième)*, CNRS, 1988, p. 121 et s.
- « Les principes généraux en droit international privé », *Arch. phil. dr.*, t. 32, 1987, p. 179 et s.

OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995. 509.

PAISANT (G.), « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012, 560.

PAMBOUKIS (Ch. P.), « La *lex mercatoria* reconsidérée », in *Mélanges Paul LAGARDE. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 635 et s.

PATAUT (É.), « Qu'est-ce qu'un litige "intracommunautaire" ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I », in *Mélanges Jacques NORMAND. Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 365 et s.

- « Lois de police et ordre juridique communautaire », in A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2004, p. 117 et s.

PARLÉANI (G.), « Un an après l'arrêt Bosman : que faire du "foot" en droit communautaire ? », *JCP E* 1997. 675.

PAULSSON (J.), « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Rev. arb.*, 1990, p. 55 et s.

PÉCHILLON (É.), « Le sportif surhomme et sous-citoyen : faut-il renoncer à sa liberté individuelle pour faire du sport de compétition ? », *Movement & Sport Sciences*, 2016/2, n° 92, p. 5 et s.

PELLET (A.), « La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Mélanges Philippe KAHN. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2000, p. 53 et s.

PELTIER (M.), « Un arbitrage particulier : l'arbitrage des litiges sportifs », in Y. STRICKLER et J.-B. RACINE (dir.), *L'arbitrage. Questions contemporaines*, L'Harmattan, Droit privé et sciences criminelles, 2012, p. 115 et s.

- « Le nouveau code mondial antidopage », *LPA*, 30 sept. 2014, n° 195, p. 5 et s.

- « La transposition du Code mondial antidopage dans l'ordre juridique interne », *LPA*, 10 févr. 2016, n° 29, p. 12 et s.

PENNEAU (A.), « Règles et de l'art et normes techniques », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1329 et s.

PEREIRA (B.), « Chartes et codes de conduite : le paradoxe éthique », *La revue des sciences de gestion*, 2008/2, n° 230, p. 25 et s.

PEYREFITTE (L.), « Le problème du contrat dit "sans loi" », *D.* 1965, chr., 113.

PIGNARRE (G.), « Et si on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC*, 2013/1, p. 251 et s.

PILLET (A.), « Études sur les sources du droit international privé », *JDI* 1891. 21, reproduit dans *Un siècle d'étude du droit international. Choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Lexisnexis, Traités, 2006, p. 159 et s.

- « Le droit international privé, sa définition, son origine rationnelle, son domaine, ses conditions générales et son but », *JDI* 1893. 5 et 318.

PILLET (G.), BOSKOVIC (O.), « Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la *Char'i'a* » in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 173 et s.

PINNA (A.), « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires », *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n° 141, p. 31 et s.

- « La prestation internationale de service d'agent sportif », *RDAI*, 2005/3, p. 333 et s.

- « Réflexions sur l'arbitrage forcé », *Gaz. Pal.*, 16 déc. 2008, n° 351, p. 6 et s.

- PIRONON (V.), « L'Internet et la mondialisation », *Gaz. Pal.*, 3 nov. 2007, n° 307, p. 11 et s.
- POILLOT-PERUZETTO (S.), « Ordre public et lois de police dans l'ordre juridique communautaire », *Trav. Com. fr. DIP (2002-2004)*, Pedone, 2005, p. 65 et s.
- POIRAT (F.), « État », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 642 et s.
- POMMIER (J.-C.), « La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », *JDI* 1992. 5.
- PONSARD (A.), « La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit du commerce international », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 241 et s.
- PORACCHIA (D.), « Aux confins du contrat, l'ordre juridique sportif », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, Institut de droit des affaires – Centre de droit économique, 2009, p. 253 et s.
- PORCHERON (D.), « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente : un pas décisif vers l'élaboration d'un droit européen des contrats ? », *RLDC*, 2011, p. 54 et s.
- PRUJINER (A.), « Le droit international privé : un droit de rattachement », in *Mélanges Pierre LALIVE*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 161 et s.
- « Comment utiliser les Principes d'Unidroit dans la pratique contractuelle », *Revue juridique Thémis*, 2002, vol. 36, p. 561 et s
- PUIG (P.), « L'avènement des sources optionnels de droit (sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 oct. 2011, COM(2011) 635 final), *RTD civ.* 2012. 493.
- RACINE (J.-B.), « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005/2. 305.
- RACINE (J.-B.), « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010/1 (t. XXIV), p. 61 et s.
- RADICATI DI BROZOLO (L. G.), « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. crit. DIP* 1993. 401.
- « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *Rev. crit. DIP* 2003. 1.
  - « Non-national rules and conflicts of laws », *Riv. dir. inter. pri. e proc.*, 2012/3, vol. 48, p. 841 et s.
  - « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de la Haye, in *Mélanges Jean-Michel JACQUET*, Lexisnexis, 2013, p. 275 et s.
- RAMBERG (C.), « Principles of Latin American contract law: conferences notes », *Rev. dr. unif.*, 2016/1, p. 129 et s.
- RAVILLON (L.), « La recherche de la sécurité juridique : la stipulation quasi systématique d'une clause de choix de la loi applicable », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 67 et s.
- RAYNARD (J.), « Les Principes du droit européen du contrat : une *lex mercatoria* à la mode européenne », *RTD civ.* 1998. 1006.
- RAYNOUARD (A.), « Normes privées dans l'environnement juridique international (état des lieux) », *RRJ (carnets de méthodologie juridique : les normes privées internationales)*, 2011-5, n° 25, p. 2195 et s.
- REEB (M.), « Le Tribunal arbitral du sport : son histoire et son fonctionnement », *JDI* 2001/1. 234.

- « Le modèle de la Chambre *ad hoc* du TAS pour les Jeux Olympiques », in A. RIGOZZI & M. BERNASCONI (dir.), *The proceedings before the Court of Arbitration for sport*, Schulthess Verlag, 2007, p. 177 s.

RÉMY (B.), « Des notions de prévisibilités en matière de conflit de lois : qui de la poule ? Qui de l'œuf ? », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 791 et s.

REYMOND (C.), « La nouvelle loi suisse et le droit de l'arbitrage international : réflexions de droit comparé », *Rev. arb.* 1989/3. 385.

RIGAUX (F.), « Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international », *Mélanges Jean DABIN*, t. 1, *Théorie générale du droit*, Sirey et Bruylant, 1963, p. 247 et s.

- « Le droit au singulier et au pluriel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 9, 1982, p. 1 et s.
- « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Cah. dr. europ.* 1988. 306.
- « Les réceptions des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international », *RRJ*, 1993-2, p. 598 et s.
- « Le droit disciplinaire du sport », *RTDH*, 1995, n° 22, p. 295 et s.
- « Le déclin du droit international classique ? », in H. GHÉRARI et S. SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, Cahiers internationaux, 2003, p. 327 et s.

RIGOZZI (A.) et ROBERT-TISSOT (F.), « La pertinence du « consentement » dans l'arbitrage du Tribunal arbitral du sport », *Jusletter*, 16 juil. 2012.

RIZZO (F.), « Le contentieux relatif au refus du footballeur de s'engager avec son club formateur », *Gaz. Pal.*, 21 oct. 2008, n° 295, p. 51 et s.

ROBIN (G.), « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RD aff. int.*, 2005, p. 695 et s.

ROMANO (G. P.), « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007. 473.

- « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », *JDI* 2012/1. 59.

ROUHETTE (G.), « Les codifications du droit des contrats », *Droits*, t. 24, 1996, p. 112 et s.

RUBINO-SAMMARTANO (M.), « Le «tronc commun» des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international) », *Rev. arb.*, 1987, p. 133 et s.

RÜHL (G.), « Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications », *European Review of Contract Law*, 2013/1, p. 61 et s.

SABOURIN (F.), « Le contrat sans loi en droit international privé canadien », *Revue québécoise de droit international*, 2006, n° 19.2, p. 35 et s.

SACHS (K.), « La protection de la partie faible en arbitrage », *Cah. arb.* 2007/2, p. 22 et s.

SALVATORE (A.), « La Sharī'a moderne en quête de droit : raison transcendante, métanorme publique et système juridique », *Droit et société*, 1998, n° 39, p. 293 et s.

SAVATIER (R.), « Le Marché commun au regard du droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1959. 237.

SCHULTZ (T.), « Postulats de justice en droit transnational et raisonnements de droit international privé. Premier balisage d'un champ d'étude », in *Mélanges Jean-Michel JACQUET. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Lexisnexis, 2013, p. 417 et s.

SCHWARCZ (S. L.), « Private Ordering », *Northwestern University Law Review*, vol. 97, 2002, p. 319 et s.

SERAGLINI (C.), « Du bon usage des principes Unidroit dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2003. 1101.

- « L'Affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation) », *Cab. arb.*, vol. III, *Gaz. Pal.* 2006. 87.
- « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Cab. arb.*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 49 et s.
- « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Cab. arb.*, vol. V, Pedone, 2011, p. 198 et s.
- « L'influence de la culture juridique sur la décision de l'arbitre », in *Mélanges Pierre MAYER*, Lextenso, 2015, p. 817 et s.

SEUBE (J.-B.), « L'*electio juris* en droit interne – Ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur », in *Mélanges Jean CALAIS-AULOY. Études de droit de la consommation*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2004, p. 1009 et s.

SÈVE (R.), « Introduction », *Arch. phil. dr.*, t. 31, 1986, p. 1 et s.

SFEZ (L.), « Institution (Doctrine) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 835 et s.

SIMON (G.), « L'arbitrage des conflits sportifs », *Rev. arb.*, 1995/2, p. 185 et s.

- « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits*, t. 33, 2001, p. 97 et s.
- « Les sources du droit du sport », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2007, n° 312, p. 13 et s.
- « L'indépendance des arbitres du TAS », in P. MBAYA (dir.), *Le sport et ses événements face au droit et à la justice*, Larcier, 2010, p. 45 et s.

SIMON (G.), JACOTOT (D.), « La marchandisation du sportif : l'opération de transfert du footballeur » in É. LOQUIN et A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, Lexisnexis, Travaux du CREDIMI, 2010, p. 305 et s.

SIMON-DEPITRE (M.), « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *Rev. crit. DIP.* 1974. 571.

SINAY-CYTERMANN (A.), « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international », *Rev. crit. DIP.* 2009. 427.

SPERDUTI (G.), « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit. DIP.* 1977. 257

SORIEUL (R.), « Le mandat de la C.N.U.D.C.I. : une lecture évolutive », *LPA*, 18 déc. 2003, n° 252, p. 5 et s.

SOURDEL (D.), « Islam », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 851 et s.

STOECKER (C. W. O.), « The *Lex Mercatoria*: To what Extent does it Exist? », *Journal of International Arbitration*, 1990, vol. 7, p. 101 et s.

STOFFEL (W.), « Le rapport juridique international », in *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. VON OVERBECK. Conflits et harmonisation*, PU Fribourg, 1990, p. 421 s.

STOUFFLET (J.), « L'œuvre normative de la CCI dans le domaine bancaire », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 361 et s.

SUDRE (F.), « La mystification du "consensus" européen », *JCP G* 2015. 1369.

- SUPIOT (A.), « La contractualisation de la société », in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?*, Odile Jacob, Université de tous les savoirs, vol. 2, 2000, p. 157 et s.
- SUY (E.), « From the International to the Transnational », *Associations transnationales*, 1982, n° 3, p. 196 et s.
- SYMEONIDES (S. C.), « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP.* 2013. 807.
- SYNVET (H.), « L'internationalisation du droit des affaires », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 727 et s.
- TALLON (D.), « L'application des Principes UNIDROIT par les tribunaux étatiques », in *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria ?*, Publication CCI, 1995, p. 243 et s.
- TARUFFO (M.), « La genèse et la finalité des règles proposées par l'American Law Institute », in Ph. FOUCHARD (dir.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2001, p. 19 et s.
- TERCIER (P.), « La légitimité de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2011-3, p. 653 et s.
- THIBIERGE (C.), « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003. 599.
- TIMSIT (G.), « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, 2001, t. 33, p. 3 et s.
- TRAHAN (A.-M.), « Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Revue juridique Thémis*, 2002, vol. 36, p. 623 et s.
- TRARI-TANI (M.), « L'ordre public transnational devant l'arbitre international », *Arab Law Quarterly*, 2011, n° 25, p. 89 et s.
- TRÉBULLE (F.-G.), « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression : considérations à partir de l'arrêt *Nike v/ Kasky* », *Rev. soc.* 2004. 261.
- TROPER (M.), « Interprétation », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 843 et s.
- TRUDEL (P.), « La *lex electronica* », in Ch.-A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 221 et s.
- TSCHANZ (P.-Y.), « Le nouveau droit suisse de l'arbitrage international », *RDAI*, 1988/4, p. 437 et s.
- TUORI (K.), « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013/1 (t. 27), p. 9 et s.
- VAN DE KERCHOVE (M.), « La diversité des rapports entre ordres juridiques : l'exemple des ordres sportifs et ecclésiastiques », in *Mélanges Jean-François PERRIN. Pour un droit pluriel*, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 235 et s.
- VANDER ELST (R.), RIGAUX (F.), « Relations juridiques transnationales ou dialogue sur un autre droit », *Journal des tribunaux (Bruxelles)*, n° 5200, 1982, p. 230 et s.
- VALENCIA (F.), « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007. 45
- VERBIEST (T.), HADEF (D.), JOLY (C.-R.), « La lutte antidopage est-elle conciliable avec le droit à la vie privée du sportif ? », *Cab. dr. sport*, 2008, n° 13, p. 63 et s.

VERHOEVEN (J.), « Droit international public et droit international privé : où est la différence ? », *Arch. phil. dr.*, t. 32, 1987, p. 22 et s.

VERKINDT (P.-Y.), « L'autonomie du droit du sport », *AJDA* 1985. 699.

VIAL (J.-P.), « Lutte contre le dopage : le droit à l'intimité de la vie privée mis à l'épreuve », *Cab. dr. sport* 2016, n° 42, p. 130 et s.

VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges Henri ROLIN. Problèmes de droit des gens*, Pedone, 1964, p. 488 et s.

- « Le phénomène juridique », *Rev. dr. publ.*, 1966, p. 5 et s.

- « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in *Mélanges Berthold GOLDMAN. Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 373 et s.

VRELLIS (S.), « “Abus” et “fraude” dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », in *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, Études-Mélanges-Travaux, 2008, p. 633 et s.

WAGNER (R.), « Do We Need a Rome 0 Regulation? », *Netherlands International Law Review*, 2014, vol. 61, n° 2, p. 225 et s.

WATHELET (M.), « La gouvernance du sport et l'ordre juridique communautaire », *Cab. dr. sport*, 2007, n° 9, p. 11 et s.

WATTÉ (N.), NUYS (A.), « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *JDI* 2003. 365.

WEILLER (T.), « Les grands principes du droit de l'arbitrage et leur application en matière sportive », *Jurisport*, 2013, n° 129, p. 22 et s.

WENGLER (W.), « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. crit. DIP* 1982. 467.

- « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990. 657.

WERTENSCHALAG (B.), « L'extension conventionnelle du décret du 30 septembre 1953 aux locations professionnelles », *JCP N* 1994. I. 37

WITZ (C.), « L'exclusion de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties », *D.* 1990, chr. p. 108 et s.

- « L'internationalité et le contrat », *Revue Lamy dr. aff.*, supplément, 2002, n° 46 p. 59 et s.

ZAHER (K.), *Conflit de civilisations et droit international privé*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2009.

ZYLBERSTEIN (J.), « Que reste-t-il de la spécificité du sport en droit communautaire ? », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, n° 312, p. 18 et s.

## **V – Notes, observations et chroniques**

---

ALAPHILIPPE (F.) : *D.* 1984. IR. 185 (CE, 16 mars 1984, n° 41438, *Broadie*)

ALFANDARI (E.) : *D.* 2001. 1493 (Cass., ass., 9 févr. 2001, n° 99-17.642, *Proton c. Club des sports de Remberlien*)

ANCEL (B.), MUIR WATT (H.) : *Rev. crit. DIP* 2005. 645 (Cass., 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Aubin et Cass.*, com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Société Itraco*)

- *Rev. crit. DIP* 2007. 420 (Cass., 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*)

- ANCEL (J.-P.) : *RJDA* 2007. 883 (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, n<sup>os</sup> 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali*)
- ANCEL (M.-E.) : *Droit & Patrimoine*, n<sup>o</sup> 142, nov. 2005, p. 108 (Cass., 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, n<sup>o</sup> 00-15.734, *Aubin* et Cass., com., 28 juin 2005, n<sup>o</sup> 02-14.686, *Société Itraco*)
- ANCEL (P.), COTTIN (M.) : *D.* 2003, Jur. 1386 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, n<sup>os</sup> 00-19.423 et 00-19.424)
- AUDIT (B.) : *D.* 1998 Somm. 345 (Cass., 1<sup>re</sup>, 19 avr. 1988, n<sup>o</sup> 85-18.715, *Robo*)  
 - *D.* 1986. IR. 265 (Cass., 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1985, n<sup>o</sup> 84-16.338, *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*)  
 - *D.* 2002. 1391 (Cass., 1<sup>re</sup>, 18 juil. 2000, n<sup>o</sup> 98-19.602, *La Marsa*)
- AUDIT (M.), CUPERLIER (O.) : *D.* 2010. 2884 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n<sup>o</sup> 09-67.013, *Doga*)
- AUNEAU (G.) : *RTD. euro.* 2004. 423 (CE, 30 déc. 2002, n<sup>o</sup> 219646, *Malaja*)
- BARBIER DE LA SERRE (E.), NOURISSAT (C.) : *Rev. Lamy conc.*, févr./avr. 2005. 68 (CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*)
- BATIFFOL (H.) : *Rev. crit. DIP* 1950. 609 (Cass., civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*)  
 - *Rev. crit. DIP* 1964. 344 (Cass., 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1964, *Munzger*)  
 - *Rev. crit. DIP* 1989. 68 (Cass., 1<sup>re</sup>, 19 avr. 1988, n<sup>o</sup> 85-18.715, *Robo*)
- BECQUÉ-ICKOWICZ (S.) : *D.* 2003. 333 (Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n<sup>o</sup> 00-11.664)
- BÉGUIN (J.) : *JCP G* 2005. I. 179 (Cass., soc., 28 juin 2005, n<sup>o</sup> 03-45.042).
- BERNHEIM (L.) : *LPA* 2003, n<sup>o</sup> 51, p. 13 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, n<sup>os</sup> 00-19.423 et 00-19.424)
- BLATTER (J.-P.) : *AJDI* 2002. 525 (Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n<sup>o</sup> 00-11.664)
- BOICHÉ (A.) : *AJ fam.* 2007. 184 (Cass., 1<sup>re</sup>, 21 nov. 2006, n<sup>o</sup> 05-22.002)
- BOLLÉE (S.) : *Rev. crit. DIP* 2006. 104 (CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*)  
 - *Rev. arb.* 2007. 97 (CA Paris 23 mars 2006, *Cytec*)  
 - *Rev. crit. DIP* 2008. 109 (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, n<sup>os</sup> 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali*)  
 - *D.* 2008. 2560 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n<sup>o</sup> 06-15.320, *Cytec*)  
 - *D.* 2009. 2384 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n<sup>o</sup> 07-15.823, *Monster Cable*)  
 - *D.* 2010. 2323, obs. S. BOLLÉE (Cass., com., 16 mars 2010, n<sup>o</sup> 08-21.511)
- BONASSIES (P.) : *DMF* 1989. 148 (Cass. com., 13 juin 1989, n<sup>o</sup> 87-10.796)
- BONELL (M. J.) : *Rev. dr. unif.* 1999. 651 (CCI, n<sup>o</sup> 7365, 5 mai 1997)
- BONICHOT (J.-C.) : *D.* 1990. 276 (CE, ass., 23 juin 1989, n<sup>o</sup> 101894, *Bunoz*)
- BOUCOBZA (X.) : *Rev. arb.* 2005. 125 (Cass., 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, n<sup>o</sup> 02-12.259, *Rado*)
- BOUCOBZA (X.), SERINET (Y.-M.) : *RDC* 2014/2. 257 (Cass., 1<sup>re</sup>, 20 nov. 2013, n<sup>o</sup> 12-25.266)
- BOULOC (B.) : *RTD. com.* 1998. 408 (Cass. com., 1<sup>er</sup> juil. 1997, n<sup>o</sup> 95-12.221)  
 - *RTD com.* 2016. 186 (Cass., ass., 7 déc. 2015, n<sup>o</sup> 14-18.435)
- BRIGON (B.) : *LPA*, 15 mai 2012, n<sup>o</sup> 97, p. 3 (CE, 18 juil. 2011, n<sup>o</sup> 338390, *Thion*)  
 - *D.* 2013. 2750 (Cass., 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2013, n<sup>o</sup> 13-15.146)



- BRUN(P.) : *D.* 2007. 2903 (Cass., ass., 29 jun 2007, n° 06-18.141, *Société La Sauvegarde c. Marcos*)
- BUREAU (D.) : *JDI* 1997. 804 (Cass., 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, n° 95-15.309, *Hannover International*)  
 - *Rev. arb.* 2001. 543 (CA Paris, 29 mars 2001)  
 - *Rev. crit. DIP* 2007. 455 (Cass., 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, n° 04-10.970)  
 - *Rev. arb.* 2014/2. 383 (Cass., 1<sup>re</sup>, 20 nov. 2013, n° 12-25.266)
- BUREAU (D.), D'AVOUT (L.) : *JCP G* 2010. 530 (Cass., com., 16 mars 2010, n° 08-21.511)
- BUREAU (D.), MUIR WATT (M.) : *Rev. crit. DIP* 2010. 743 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *Doga*)
- BURDA (J.) : *JDI* 2011. 134 (Cass., soc., 29 sept. 2010, n° 09-40.688)
- BUY (F.) : *Cab. dr. sport*, 2009, n° 18, p. 39 (CA Douai, ch. 2, sect. 2, 26 mars 2009, n° 08/01418)  
 - *D.* 2010. 1189 et 1917 (CJUE, 16 mars 2010, n° C-325/08, *Bernard*)  
 - *LPA*, 11 avr. 2011, n° 71, p. 6 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2010, n° 09-14.607)
- CADIET (L.) : *JCP G* 2003. I. 128 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424)
- CAPITANT (H.) : *DP* 1928. 1. 25 (Cass., civ., 17 mai 1927, *Pélessier du Besset*)
- CAVALIEROS (P.) : *JDI* 2014. 193 (CCI, n° 13450, 2006)
- CHABOT (G.) : *JCP G* 2005. II. 10038 (CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*)
- CLAY (T.) : *Rev. arb.* 2002. 347 (Cass., soc., 9 oct. 2001, n° 99-43.288)  
 - *D.* 2005. 3050 (Cass., 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Rado*)  
 - *D.* 2005. 3050 (Cass., soc., 28 juin 2005, n° 03-45.042)  
 - *JDI* 2007. 1236 (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, nos 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali*)  
 - *D.* 2008. 3111 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Cytec*)  
 - *D.* 2009. 2359 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juil. 2009, n° 08-16.025, *Soerni*)  
 - *D.* 2010. 2933 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *Doga*)  
 - *D.* 2014. 2541 (CA Paris, 18 mars 2014, n° 12/13601, *Sept de cœur*)  
 - *D.* 2014. 2541 (CA Paris, 1<sup>er</sup> juil. 2014, n° 13/09208, *Scamarké*)
- COHEN (D.) : *Rev. arb.* 2015. 797 (CA Paris, 7 avr. 2015)
- COLIN (F.) : *Cab. dr. sport*, 2009, n° 18, p. 82 (CE, 28 oct. 2009, n° 327306, *Schumacher*)  
 - *Cab. dr. sport*, 2009, n° 18, p. 95 (CE, 23 oct. 2009, n° 321554, *Davitiani*)  
 - *Cab. dr. sport*, 2011, n° 24, p. 68 (CE, 24 févr. 2011, n° 340122, *FNASS*)  
 - *Cab. dr. sport* 2014, n° 35, p. 16 (CE, 18 déc. 2013, nos 364839 et 368890, *Longo-Ciprelli*)
- COLLOMB (P.) : *JCP* 1985. II. 20429 (CE, 16 mars 1984, n° 41438, *Broadie*)  
 - *JCP G* 2011. 564 (CE, 24 févr. 2011, n° 340122, *FNASS*)
- CORBION (L.) : *JDI* 2005. 1142 (Cass., soc., 25 janv. 2005, n° 04-41.012, *Banque africaine de développement*)
- COUCHEZ (G.) : *Rev. arb.* 1981. 292 (CA Paris, 12 juin 1980)  
 - *Rev. arb.* 1982. 1983 (Cass., 2<sup>e</sup>, 9 déc. 1981, n° 80-15.305, *Fongerolle*)
- COURBE (P.) et JAULT-SESEKE (F.) : *D.* 2006. 1496 (Cass., soc., 25 janv. 2005, n° 04-41.012, *Banque africaine de développement*)  
 - *D.* 2006. 1495 (Cass., 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Aubin* et Cass., com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Société Itraco*)  
 - *D.* 2007. 1751 (Cass., 1<sup>re</sup>, 21 nov. 2006, n° 05-22.002)  
 - *D.* 2007. 1751 (Cass., 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*)

- D. 2009. 1557 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*)
- COUTURIER (G.) : *Dr. soc.* 1998. 89 (Cass., soc., 19 nov. 1997, nos 95-43945 et 95-44167)
- CROCQ (P.) : *D.* 2014. 1610 (CA Paris, 27 févr. 2014, n° 13/03840)
- CROZE (H.) : *Procédures* 2003, n° 93 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424)
- D'AVOUT (L.) : *D.* 2011. 2434 (CJUE, 9 juin 2011, n° C-87/10, *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*)
- *D.* 2014. 60 (CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, *Unamar*)
- *JCP G* 2008. II. 10187 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*)
- *D.* 2009. 2384 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juil. 2009, n° 08-16.025, *Soerni*)
- *D.* 2011. 2434 (Cass., com., 22 mars 2011, n° 10-16.993)
- D'AVOUT (L.), BOLLÉE (S.) : *D.* 2007. 1195 (Cass., 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*)
- DE FONTMICHEL (A.) : *Rev. arb.* 2015. 543 (CA Paris, 9 sept. 2014)
- DEGOS (L.) : *D.* 2008. 1429 (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, nos 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali*)
- DELANOY (J.-C.) : *Rev. arb.* 2014. 955 (CA Paris, 4 mars 2014)
- DELEBECQUE (P.) : *JCP* 1998. II. 10076 (Cass. com., 1<sup>er</sup> juil. 1997, n° 95-12.221)
- *RTD. com.* 2008. 211 (Cass., com., 6 févr. 2007, n° 05-10214)
- *RTD. com.* 2009. 646 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*)
- *RTD. com.* 2009. 647 (Cass., com. 16 déc. 2008, n° 07-18.729)
- *RTD. com.* 2010. 457 (Cass., com., 16 mars 2010, n° 08-21.511)
- *RTD. com.* 2011. 667 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *Doga*)
- *RTD. com.* 2012. 213 (Cass., com., 13 sept. 2011, n° 09-70.305)
- *RTD. com.* 2015. 623 (Cass., com., 5 mai 2015, n° 13- 20.502)
- *RTD. com.* 2016. 589 (Cass., com., 5 janv. 2016, n° 14-10.628, *Arcelor Mittal*)
- DELPECH (X.) : *D.* 2007. AJ. 723 (Cass., com., 6 févr. 2007, n° 05-10214)
- *D.* 2008. AJ. 1684 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Cytec*)
- *D.* 2009. 1957 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juil. 2009, n° 08-16.025, *Soerni*)
- *D.* 2009. 161 (Cass., com. 16 déc. 2008, n° 07-18.729)
- *D.* 2010. 1797 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *Doga*)
- *D.* 2010. 2655 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2010, n° 09-14.607)
- *D.* 2011. 1024 (Cass., com., 22 mars 2011, n° 10-16.993)
- *D.* 2011. 1694 (CJUE, 9 juin 2011, n° C-87/10, *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*)
- DERAINS (Y.) : *JDI* 1976. 973 (CCI, n° 2375)
- *JDI* 1983. 899 (CCI, n° 4131, 23 sept. 1982)
- *JDI* 2001. 1148 (CCI, n° 7110, 1995)
- *JDI* 1996. 1030 (CCI, n° 7539)
- DEUMIER (P.) : *RTD. civ.* 2011. 87 (Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Soffimat*)
- *RDC* 2011. 563 (Cass., soc., 29 sept. 2010, n° 09-40.688)
- *RDC* 2014. 80 (CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, *Unamar*)
- DION (S.) : *D.* 2007. 924 (CE, 8 nov. 2006, n° 289702, *Maati*)
- DORANDEU (N.) : *D.* 2010. 2540 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *Doga*)
- DUBARRY (J.-C.), LOQUIN (É.) : *RTD. Com.* 1992, 171 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1991, n° 89-21.528, *Valenciana*)
- *RTD. com.* 1993. 494 (CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*)

- *RTD com.* 1994. 702 (Cass., 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, n° 92-15.137, *Hilmarton*)
  
- DUDOGNON (C.) : *D.* 2007. 2346 (CE, 3 avr. 2006, n° 282093, *Chamois niortais FC*)
  - *D.* 2012. 704 (CE, 24 févr. 2011, n° 340122, *FNASS*)
  - *D.* 2012. 704 (CE, 18 juil. 2011, n° 338390, *Thion*)
  - *D.* 2014. 396 (CE, 29 avr. 2013, n° 356642, *Denis*)
  - *D.* 2014. 396 (Cass., 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2013, n° 13-15.146)
  
- DUPREY (P.), FOUCHARD (C.) : *Rev. arb.* 2014. 82 (CA Paris, 26 févr. 2013)
  
- DURAND (A.) : *Rev. Lamy dr. aff.*, 2005, n° 80, p. 18 (TPICE, 4<sup>e</sup> ch., 26 janv. 2005, n° T-193/02, *Piau c. Commission*)
  - *RLD sport* 2010, n° 75 (CJUE, 16 mars 2010, n° C-325/08, *Bernard*)
  
- DURAND (G.) : *Jurisport* 2010, n° 99, p. 11 (CE, 19 mars 2010, n° 318549, *Chotard*)
  
- DUTOIT (B.) : *Rev. crit. DIP* 1985. 551 (Cass., 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1984, n° 83-11.355, *Norsolor*)
  
- DUVAL (J.-M.) : *Cab. dr. sport*, 2005, n° 2, p. 216 (CE, avis n° 369.474, 20 nov. 2003)
  - *Cab. dr. sport* 2006, n° 4, p. 9 (CE, 3 avr. 2006, n° 282093, *Chamois niortais FC*)
  
- ESMEIN (P.) : *S.* 1927. 1. 289 (Cass., civ., 17 mai 1927, *Pélissier du Besset*)
  
- FADLALLAH (I.) : *Rev. arb.* 2008. 473 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Cytec*)
  
- FAGES (B.) : *RTD civ.* 2010. 782 (Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Soffimat*)
  
- FALLON (M.) : *Rev. crit. DIP* 2000. 710 (CJCE, 23 nov. 1999, n° C-369/96, *Arblade*)
  
- FAUVARQUE-COSSON (B.) : *Rev. crit. DIP* 1997. 514 (Cass., 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, n° 95-15.309, *Hannover International*)
  - *D.* 2011. 472 (Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Soffimat*)
  - *RDC* 2010/4. 1405 (Cass., civ. belge, 1<sup>re</sup> ch., 19 juin 2009, n° C.07.0289.N, *Scafom International SPRL c. Lorraine Tubes SAS*)
  
- FERRIER (D.) : *D.* 2014. 893 (CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, *Unamar*)
  
- FLAUSS (J.-F.) : *JDA* 2009. 872 (CEDH, 4 déc. 2008, nos 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*)
  
- FOREST(D.) : *RLDI* 2015. 32 (CEDH, 18 sept. 2014, n° 21010/10, *Brunet c. France*)
  
- FOUCHARD (C.) : *Rev. arb.* 2015. 555 (CA Paris, 25 nov. 2014)
  
- FOURREY (T.) : *JCP G* 2014. 43 (CEDH, 18 sept. 2014, n° 21010/10, *Brunet c. France*)
  
- FRANÇOIS (J.) : *D.* 2007. 2408 (Cass., ass., 29 juin 2007, n° 06-18.141, *Société La Sauvegarde c. Marcos*)
  
- GAILLARD (E.) : *JDI* 1994. 701 (Cass., 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, n° 92-15.137, *Hilmarton*)
  - *Rev. arb.* 1997. 537 (Cass., 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, n° 95-11.429, *Jaguar*)
  - *Rev. arb.* 2007. 507 (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, nos 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali*)
  
- GALABERT (J.-M.) : *AJDA* 1977. 143 (CE, 26 nov. 1976, n° 95262, *Fédération française de cyclisme*)
  
- GALLMEISTER (I.) : *D.* 2008. 2790 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*)

- GALLOUX (J.-C.), GAUMONT-PRAT (H.) : *D.* 2010. 604 (CEDH, 4 déc. 2008, n<sup>os</sup> 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*)  
 - *D.* 2014. 843 (CEDH, 8 avr. 2013, n<sup>o</sup> 19522/09, *M. K. c. France*)
- GAUDEMET-TALLON (H.) : *Rev. crit. DIP* 1986. 537 (Cass., 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1985, n<sup>o</sup> 84-16.338, *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*)
- GAUDEMET-TALLON (H.), JAULT-SESEKE (F.) : *D.* 2012. 1228 (Cass., com., 13 sept. 2011, n<sup>o</sup> 09-70.305)  
 - *D.* 2014. 1059 (CJUE, 17 oct. 2013, n<sup>o</sup> C-184/12, *Unamar*)  
 - *D.* 2016. 1045 (CA Paris, 12 févr. 2016, n<sup>o</sup> 15/08624, *Frédéric X. c. Facebook Inc.*)
- GENEVOIS (B.) : *D.* 1984. 317 (CE, 16 mars 1984, n<sup>o</sup> 41438, *Broadie*)
- GENICON (T.) : *D.* 2010. 2485 (Cass., com., 29 juin 2010, n<sup>o</sup> 09-67.369, *Soffimat*)
- GIVEERTON (C.) : *AJDI* 2001. 612 (Cass., ass., 9 févr. 2001, n<sup>o</sup> 99-17.642, *Proton c. Club des sports de Rimberlien*)
- GOLDMAN (B.) : *JDI* 1964. 302 (Cass., 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1964, *Munzger*)  
 - *JDI* 1969. 102 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1967, *Bachir*)  
 - *Rev. arb.* 1985. 431 (Cass., 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1984, n<sup>o</sup> 83-11.355, *Norsolor*)
- GUILLAUMÉ (J.) : *JDI* 2014. 366 (TAS, 2012/A/2862, 11 janv. 2013, *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*)
- GUYON (Y.) : *Rev. soc.* 2001. 357, note Cass., ass., 9 févr. 2001, n<sup>o</sup> 99-17.642, *Proton c. Club des sports de Rimberlien*)
- HAFTEL (B.) : *JCP G* 2015. II. 569, spéc. n<sup>o</sup> 6 (TAS, 2014/A/3505, 3 déc. 2014, *Al Khor SC c. C.*) ; *JCP G* 2016. II. 574, spéc. n<sup>os</sup> 5 (TAS 2014/A/3652, 5 juin 2015, *KRC Genk c. LOSC Lille Métropole*)
- HAMEL (J.) : *D.* 1951. 749 (Cass., civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*)
- HASCHER (D.) : *JDI* 2010. 251 (TAS, 2008/O/1643, 15 juin 2009, *V. Gusev c. Olympus SARL*)
- HAUSER (J.) : *RTD civ.* 2000. 311 (CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, n<sup>o</sup> 34406/97, *Mazurek c. France*)
- HEUZÉ (V.) : *Rev. crit. DIP* 1998. 87 (Cass., 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, n<sup>o</sup> 95-11.429, *Jaguar*)
- HUET (A.) : *D.* 2009. 684 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n<sup>o</sup> 07-15.823, *Monster Cable*)
- IDOT (L.) : *Rev. arb.* 1989. 280 (CA Paris, 20 janv. 1989)  
 - *Rev. arb.* 1991. 478 (CA Paris, 29 mai 1991, *Ganz*)  
 - *Rev. arb.* 1999/3 (CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, n<sup>o</sup> C-126/97, *Eco Swiss*)  
 - *RSC* 2000. 248 (CJCE, 23 nov. 1999, n<sup>o</sup> C-369/96, *Arblade*)  
 - *RTD euro.* 2008. 313 (CA Paris 23 mars 2006, *Cytec*)
- JACQUET (J.-M.) : *JDI* 2014. 625 (CJUE, 17 oct. 2013, n<sup>o</sup> C-184/12, *Unamar*)
- JAEGER (L.) : *Rev. arb.* 2007. 499 (Cass., 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, n<sup>o</sup> 04-10.970)
- JARROSSON (C.) : *Rev. arb.* 1987. 352 (CA Paris, 3 déc. 1986)  
 - *Rev. arb.* 1992. 598 (CA Paris, 24 avril 1992)  
 - *Rev. arb.* 1993. 645, (CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*)  
 - *Rev. arb.* 1994. 327 (Cass., 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, n<sup>o</sup> 92-15.137, *Hilmarton*)  
 - *Rev. arb.* 2003. 403 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, n<sup>os</sup> 00-19.423 et 00-19.424)

- JARVIN (S.), TRUONG-NGUYEN (C.) : *JDI* 2006/4. 1434 (CCI, n° 12045, 2003)
- JAULT-SESEKE (F.) : *Rev. crit. DIP* 1999. 745 (Cass., soc., 16 févr. 1999, n° 96-40.643)  
 - *Rev. crit. DIP* 2006. 159 (Cass., soc., 28 juin 2005, n° 03-45.042)  
 - *D.* 2009. 200 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*)  
 - *Rev. crit. DIP* 2009. 779 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juil. 2009, n° 08-16.025, *Soerni*)  
 - *RDT* 2011. 271 (Cass., soc., 29 sept. 2010, n° 09-40.688)  
 - *Rev. crit. DIP* 2013. 890 (BGH, 5 sept. 2012)  
 - *D.* 2013. 1503 (Cass., com., 19 févr. 2013, n° 11-28.846, *Peschaud c. Yaknoo*)
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), TRAIN (F.-X.) : *JDI* 2009. 599 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*)
- JOURDAIN (P.) : *RTD civ.* 2007. 782 (Cass., ass., 29 juin 2007, n° 06-18.141, *Société La Sauvegarde c. Marcos*)
- KAHN (P.) : *JDI* 1972. 51 (Cass., 1<sup>re</sup>, 29 juin 1971, *Nassar*)  
 - *JDI* 1981. 836 (TGI Paris, 4 mars 1981)  
 - *JDI* 1985. 679 (Cass., 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1984, n° 83-11.355, *Norsolor*)  
 - *JDI* 1997. 115 (CA Grenoble, ch. com., 24 janv. 1996, *Société Harper Robinson c. Société Internationale de maintenance SIMR*)
- KARAQUILLO (J.-P.) : *D.* 2006. 2649 (Cass., crim., 24 janv. 2006, 04-85.016)  
 - *D.* 2008. 2483 (TGI Paris, 4<sup>e</sup> ch., 11 sept. 2007, n° 04-12068)
- KNOEPFLER (F.) : *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, 1994, p. 149 (TFS, 15 mars 1993, *Gundel c. FEI et TAS*, ATF 119 II 271)
- LACHAUME (J.-F.) : *D.* 1990, Somm., 276 (CE, 12 mai 1989, n° 97144, *Association Brest-Armorique*)  
 - *D.* 1997. 196 (CE, 30 oct. 1996, n° 126852, *Belval*)  
 - *Rev. jur. éco. sport* 2006, n° 81 (CE, 3 avr. 2006, n° 282093, *Chamois niortais FC*)  
 - *D.* 2010. 400 (CE, 28 oct. 2009, n° 327306, *Schumacher*)
- LACOSTE-MARY (V.) : *Dr. ouvrier* 2010, p. 665 (Cass., soc., 29 sept. 2010, n° 09-40.688)
- LAGARDE (F.) : *AJDA* 2003. 388 (CE, 30 déc. 2002, n° 219646, *Malaja*)
- LAGARDE (P.) : *Rev. crit. DIP* 1968. 98 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1967, *Bachir*)  
 - *Rev. crit. DIP* 1990. 316 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1989, n° 87-13.020, *de Baat*)  
 - *Rev. crit. DIP* 1998. 610 (BGH, 19 mars 1997)
- LAIThIER (Y.-M.) : *RDC* 2015/3. 458 (Cass., com., 17 févr. 2015, n° 13-20.230)
- LAPOUBLE (J.-C.) : *AJDA* 2010. 1443 (CE, 19 mars 2010, n° 318549, *Chotard*) ; *Cab. dr. sport*, 2011, n° 23, p. 7 (CE, 24 févr. 2011, n° 340122, *FNAJS*)
- LARRIEU (J.) : *D.* 2015. 2214 (TGI de Paris (4<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 5 mars 2015, RG n° 12/12401, *Frédéric X. / Facebook Inc.*)
- LATTY (F.) : *Rev. arb.* 2015/3. 795 (TAS, 2012/A/2862, 11 janv. 2013, *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*)  
 - *Rev. arb.* 2015/3. 932 (TAS, 2014/A/3505, 3 déc. 2014, *Al Khor SC c. C.*)
- LEBOULANGER (P.) : *JDI* 1993. 330 (Trib. com. Nantes, 11 juil. 1991)
- LEGEAIS (D.) : *RTD com.* 2007. 428 (Cass., com., 6 févr. 2007, n° 05-10214)  
 - *RTD. com.* 2009. 192 (Cass., com. 16 déc. 2008, n° 07-18.729)

- LEGROS (C.) : *JDI* 2013. 1167 (Cass., com., 19 févr. 2013, n° 11-28.846, *Peschand c. Yaknoo*)
- LENEVEUR (L.) : *JCP E* 2011. 1899 (Cass., com., 13 sept. 2011, n° 09-70.305)  
 - CCC 2003, n° 84 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424)
- LÉVY (D.) : *Rev. jur. éco. sport* 1994, n° 31, p. 37 (TFS, 15 mars 1993, *Gundel c. FEI et TAS*, ATF 119 II 271)
- LÉVY (J.-P.) : *JCP* 1950. II. 5812 (Cass., civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*).
- LHERNOULD (J.-P.) : *Dr. soc.* 2003 331 (CE, 30 déc. 2002, n° 219646, *Malaja*)
- LIBCHABER (R.) : *Defrénois* 2002, art. 37607, p. 1234 (Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664)
- LOQUIN (É.) : *RTD. com.* 1998. 330 (Cass., 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, n° 95-11.429, *Jaguar*)  
 - *JDI* 2004. 302 (TAS, 2002/A/423, 3 juin 2003, *PSV NV Eindhoven c. UEFA*)  
 - *JDI* 2005/4. 1309 (TAS, 2002/A/431, 23 mai 2003, *UCI / R. c. FFC*)  
 - *RTD. com.* 2004. 447 (Cass., 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Rado*)  
 - *RTD. com.* 2005. 263 (CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*)  
 - *JDI* 2005/4. 1322 (TAS, 2004/A/776, 15 juil. 2005, *Federacio Catalana de Patinage (FCP) c. International Roller Sports Federation*)  
 - *JDI* 2007. 216 (TAS, 2004/A/791, 28 oct. 2005, *Le Havre AC c. FIFA, Newcastle United c. Charles N'Zogbia*)  
 - *JDI* 2010. 200 (TAS, 2005/A/983&984, 12 juil. 2006, *Club Atlético Peñarol c. C. Heber Bueno Suarez, C. Gabriel Rodriguez Barrotti c. PSG*)  
 - *JDI* 2008. 287 (TAS, 2006/A/1082&1104, 19 janv. 2007, *Real Valladolid c. B. c. Cerro Porteño*)  
 - *RTD. com.* 2007. 682 (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, nos 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali*)  
 - *JDI* 2009. 218 (TAS, 2007/O/1381, 26 sept. 2007, *RFEC c. A. Valverde c. UCI*)  
 - *JDI* 2009. 239 (TAS 2007/A/1424, 23 avr. 2008, *Federación Española de Bolos c. Fédération Internationale des Quilleurs c. Federació Catalana de Bitlles i Bowling*)  
 - *RTD. com.* 2008. 518 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Cytec*)  
 - *JDI* 2012. 369 (TAS, 2009/A/1820, 22 janv. 2010, *S. Schumacher c. Union cycliste internationale*)  
 - *JDI* 2012. 369 (TAS, 2009/A/1820, 22 janv. 2010, *S. Schumacher c. UCI*)  
 - *JDI* 2011. 201 (CAS, 2010/O/2039, 30 mars 2010, *Fiji Association of Sports and National Olympic Committee v. Commonwealth Games Federation*)  
 - *RTD. com.* 2012. 525 (Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *Doga*)  
 - *JDI* 2012. 381 (CAS, 2010/A/2268, 15 sept. 2011, *I. v. Fédération internationale de l'automobile*)  
 - *JDI* 2014. 382 (TAS, 2012/A/3027, 5 mars 2013, *J. B. D. Anouma c. Confédération Africaine de Football*)  
 - *RTD. com.* 2015. 67 (CA Paris, 9 sept. 2014)  
 - *JDI* 2015/1. 375 (TAS, 2014/A/3505, 3 déc. 2014, *Al Khor SC c. C.*)  
 - *JDI* 2015/4. 317 (TAS 2014/A/3652, 5 juin 2015, *KRC Genk c. LOSC Lille Métropole*)
- LOQUIN (É.), SIMON (G.) : *JDI* 2001. 99 (Cass., 1<sup>re</sup>, 18 juil. 2000, n° 98-19.602, *La Marsa*)
- LUBY (M.) : *JDI* 2000. 493 (CJCE, 23 nov. 1999, n° C-369/96, *Arblade*)  
 - *JDI* 2002. 578 (CJCE, 15 mars 2001, n° C-165/98, *Mazzoleni*)
- MAISONNEUVE (M.) : *Rev. arb.* 2008/3. 559 (CAS, 2007/A/1298 & 1299 & 1300, 30 janv. 2008, *Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian, Heart of Midlothian v/ Webster c. Wigan Athletic, Webster v/ Heart of Midlothian*)  
 - *Jurisport*, 2011, n° 108, p. 39 et s. (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2010, n° 09-14.607)  
 - *Rev. arb.* 2015. 909 (OLG Munich, 15 janv. 2015, *Claudia Pechstein c. International Skating Union*)
- MANDIN (F.) : *JCP S* 2010. 1216 (CJUE, 16 mars 2010, n° C-325/08, *Bernard*)
- MAHINGA (J.-G.) : *LPA*, n° 258, 28 déc. 2005, p. 16 (Cass., 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Aubin* et Cass., com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Société Itraco*)

- MARGUÉNAUD (J.-P.) : *RTD. civ.* 2000. 429 (CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c. France*)  
 - *RSC* 2009. 182 (CEDH, 4 déc. 2008, nos 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*)
- MARMAYOU (J.-M.) : *JCP* 2007. II. 10150 (Cass., ass., 29 jun 2007, n° 06-18.141, *Société La Sauvegarde c. Marcos*)  
 - *Cab. dr. sport*, 2011, n° 25, p. 120 (CA Metz, 30 juin 2011)  
 - *LPA*, 4 juil. 2016, p. 10 (OLG Munich, 15 janv. 2015, *Claudia Pechstein c. International Skating Union*)
- MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST (A.) : *RTD com.* 2011. 813 (CJUE, 9 juin 2011, n° C-87/10, *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*)
- MARTEL (D.) : *JCP G* 2011. 1002 (CJUE, 9 juin 2011, n° C-87/10, *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*)
- MARTIN (D. R.) : *D.* 2014. 2136 (CA Paris, 27 févr. 2014, n° 13/03840)
- MATHEY (N.) : *JCP G* 2014. 1018 (CA Paris, 1<sup>er</sup> juil. 2014, n° 13/09208, *Scamarké*)
- MAZEAUD (D.) : *D.* 2010. 2481 (Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Soffimat*)
- MEKKI (M.) : *RLDC* 2007. 2690 (Cass., ass., 29 jun 2007, n° 06-18.141, *Société La Sauvegarde c. Marcos*)
- MESTRE (M.), FAGES (B.) : *RTD civ.* 2003. 85 (Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664)  
 - *RTD civ.* 2003. 294 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424)
- MEZGER (E.) : *D.* . 1968. 95 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1967, *Bachir*)
- MONÉGER (J.) : *RDSS* 2000. 607 (CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c. France*)  
 - *JCP G* 2002. II. 10131 (Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664)
- MOREAU (J.) : *AJDA* 1989. 271 (CE, 19 déc. 1988, n° 79962, *M<sup>me</sup> Pascau c. Fédération française d'aérobic et de stretching*)
- MOREAU (M.-A.) : *Dr. soc.* 1999. 632 (Cass., soc., 16 févr. 1999, n° 96-40.643)
- MOURRE (A.) : *JDI* 2005. 357 (CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*)  
 - *JDI* 2008. 1107 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Cytec*)
- MUIR WATT (H.) : *Rev. crit. DIP* 2007. 575 (Cass., 1<sup>re</sup>, 21 nov. 2006, n° 05-22.002)  
 - *Rev. crit. DIP* 2012. 88 (Cass., com., 13 sept. 2011, n° 09-70.305)
- NAJJAR (I.) : *D.* 2004. 2458 (Cass., 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Rado*)
- NIBOYET (J.-P.) : *S.* 1952. 1. 1 (Cass., civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*)
- NIBOYET (M.-L.) : *Gaz. Pal.*, 24 févr. 2006, p. 20 (Cass., 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Aubin* et Cass., com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Société Itraco*)  
 - *Rev. arb.* 2012. 569 (CA Paris, 17 janv. 2012)
- NOURISSAT (C.) : *RLDA* 2010, n° 51, p. 63 (Cass., com., 16 mars 2010, n° 08-21.511)  
 - *JCP* 2013. 1287 (CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, *Unamar*)  
 - *AJCA* 2016. 162 (Cass., com., 5 janv. 2016, n° 14-10.628, *Arcelor Mittal*)
- OPPETT (B.) : *JDI* 1982. 931 (Cass., 2<sup>e</sup>, 9 déc. 1981, n° 80-15.305, *Fougerolle*)  
 - *Rev. crit. DIP* 1992. 113 (Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1991, n° 89-21.528, *Valenciana*)  
 - *Rev. crit. DIP* 1995. 356 (Cass., 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, n° 92-15.137, *Hilmarton*)

ORTSCHEIDT (J.) : *JCP G* 2008. Actu. 430 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Cytec*)

PANSIER (F.-J.) : *Cab. soc. barreau Paris* 2010, n° 224, p. 339 (Cass., soc., 29 sept. 2010, n° 09-40.688)

PATARIN (J.) : *RTD. civ.* 2000. 601 (CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c. France*)

PATAUT (É.) : *Rev. crit. DIP* 2001. 495 (CJCE, 15 mars 2001, n° C-165/98, *Mazzoleni*)

PELLETIER (C.) : *RDC* 2007. 851 (Cass., 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, n° 04-10.970)

PELTIER (M.) : *Cab. dr. sport*, 2011, n° 25, p. 154 (CE, 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 334372, *Agence mondiale antidopage*)  
- *D.* 2011. 489 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2010, n° 09-14.607, *Olympique lyonnais*)

PERROT (R.) : *RTD. civ.* 2003. 349 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424)  
- *Procédures* 2010, comm. n° 397 (Cass., soc., 29 sept. 2010, n° 09-40.688)

PEYER (F.) : *D.* 2007. 2346 (CE, 8 nov. 2006, n° 289702, *Maati*)  
- *D.* 2007. 2346 (Cass., crim., 24 janv. 2006, 04-85.016)

PEYNY (A.), POLÈRE (P.) : *Gaz. Pal.*, 15 août 2006, n° 227, p. 4 (CE, 3 avr. 2006, n° 282093, *Chamois niortais FC*)

PEYROU-PISTOULEY (S.) : *RFDA* 2009. 741 CEDH, 4 déc. 2008, nos 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*)

PHILIPPE (D.) : *RDC*, 2011/3. 963 (Cass., civ. belge, 1<sup>re</sup> ch, 19 juin 2009, n° C.07.0289.N, *Scafom International SPRL c. Lorraine Tubes SAS*)

PINGEL (I.) : *Rev. crit. DIP* 2005. 447 (Cass., soc., 25 janv. 2005, n° 04-41.012, *Banque africaine de développement*)

PINSOLLE (P.) : *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2007, n° 326, p. 14 (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, nos 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali*)

PIRONON (V.) : *Rev. UE* 2014. 376 (CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, *Unamar*)

PLANTEY (A.) : *JDI* 2003/4. 1085 (TFS, 27 mai 2003, 4P.267-270/2002, *L. Lazutina & O. Danilova c. CIO, FIS & TAS, ATF 129 III 445*)

POILLOT-PERUZZETTO (S.) : *RTD. com.* 2000. 232 (CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° C-126/97, *Eco Swiss*)  
- *JDI* 2004. 888 (CA Montpellier, 2<sup>e</sup> ch., section A, 3 déc. 2002, n° 01/03586, *Société Semoland BV c. SARL Pujol*)

PRIETO (C.) : *JDI* 2005. 505 (CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° C-126/97, *Eco Swiss*)

PUTMAN (E.) : *RJPF* 2014-12/15 (CEDH, 18 sept. 2014, n° 21010/10, *Brunet c. France*)

RACINE (J.-B.) : *RDC* 2012/2. 563 (CA Paris, pôle 5, ch. 8, 25 oct. 2011, n° 10/24023)

RADICATI DI BROZOLO (L.-G.) : *Rev. arb.* 2005. 529 (CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*)  
- *Rev. arb.* 2006. 763 (TFS, 8 mars 2006, *Tensacciai c. Terra Armata*)

RADTKE (C.) : *RLDA* 2011, n° 64, p. 63 (CJUE, 9 juin 2011, n° C-87/10, *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*)



- RÉMERY (J.-P.) : *Rev. crit. DIP* 2013. 638 (Cass., com., 19 févr. 2013, n° 11-28.846, *Peschaud c. Yaknoo*)
- RIGOZZI (A.) : *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2006, n° 290, p. 23 (TFS, 27 mai 2003, 4P.267-270/2002, *L. Lazutina & O. Danilova c. CIO, FIS & TAS, ATF 129 III 445*)
- RIZZO (F.) : *Cab. dr. sport*, 2000, n° 3, p. 251 (TAS, 2004/A/791, 28 oct. 2005, *Le Havre AC c. FIFA, Newcastle United & Charles N'Zogbia*)
- ROCIPON (P.) : *D.* 2011. 703 (CE, 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 334372, *Agence mondiale antidopage*)  
- *D.* 2015. 394 (CE, 9 juil. 2014, n° 373304, *Fédération nationale des syndicats de sportifs*)
- RODIÈRE (P.) : *RTD euro.* 2003. 542 (CJCE, 15 mars 2001, n° C-165/98, *Mazzone*).
- ROETS (D.) : *RSC* 2013. 666 (CEDH, 8 avr. 2013, n° 19522/09, *M. K. c. France*)  
- *RSC* 2015. 165 (CEDH, 18 sept. 2014, n° 21010/10, *Brunet c. France*)
- ROUQUET (Y.) : *AJDI* 2007. 481 (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2007, n° 06-11.843)  
- *D.* 2002. 2053 (Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664)
- ROUSSEL (G.) : *AJ pénal* 2009. 81 (CEDH, 4 déc. 2008, nos 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*)  
- *AJ pénal* 2014. 539 (CEDH, 18 sept. 2014, n° 21010/10, *Brunet c. France*)
- SAVAUX (É.) : *RDC* 2011. 34 (Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Soffimat*)
- SCHOEB (A.) : *Cab. arb.* 2007/2. 39 (TAS, 2005/A/983&984, 12 juil. 2006, *Club Atlético Peñarol c. C. Heber Bueno Suarez, C. Gabriel Rodriguez Barrotti & PSG*)
- SCHWAAR (G.) : *Bull. ASA* 1993, p. 398 (TFS, 15 mars 1993, *Gundel c. FEI et TAS, ATF 119 II 271*)
- SÉLINSKY (V.), RIZZO (F.) : *Rev. Lamy conc.*, 2006, n° 6, n° 487, p. 119 (TPICE, 4<sup>e</sup> ch., 26 janv. 2005, n° T-193/02, *Piau c. Commission*)
- SERAGLINI (C.) : *JCP G* 2003. I. 164 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424)  
- *JCP G* 2004. I. 134 (Cass., 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Rado*)  
- *JCP G* 2006. I. 216 (Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, nos 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali*)  
- *JCP G* 2008. I. 164 (Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Cytec*)
- SEUBE (J.-B.) : *RDC*, 2003/1. 127 (Cass., ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664)  
- *RDC* 2007. 1205 (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2007, n° 06-11.843)  
- *Deffrénois* 2011. 811 (Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Soffimat*)
- SILVA ROMERO (E.) : *JDI* 2007. 1276 (CCI, n° 12193, 2004)
- SIMON (G.) : *JDI* 2001. 242 (TAS, 92/80, 25 mars 1993, *B. / Fédération Internationale de Basketball*)  
- *JDI* 2003. 308 (TAS, 2001/A/340, 19 mars. 2002, *S. c. FIG*)
- STOUFFLET (J.) : *JCP E* 2009. II. 1106 (Cass., com. 16 déc. 2008, n° 07-18.729)
- THIERRY (J.) : *D.* 2000. 332 (CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c. France*)
- TRAIN (F.-X.) : *JDI* 2007. 1195 (Cass., 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*)
- TRICOIT (J.-P.) : *JCP S* 2011. 1036 (Cass., soc., 29 sept. 2010, n° 09-40.688)
- TRUONG-NGUYEN (C.) : *JDI* 2014. 189 (CCI, n° 13436, 2006)

- *JDI* 2013. 257 (CCI, n° 15042, 2009)

USUNIER (L.) : *RTD. civ.* 2016. 310 (CA Paris, 12 févr. 2016, n° 15/08624, *Frédéric X. c. Facebook Inc.*)

VAREILLE (B.) : *D.* 2000. 626 (CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c. France*).

VASSEUR (M.) : *D.* 1982. 301 (Cass., com. 14 oct. 1981, n° 80-12.336).

VIAL-PEDROLETTI (B.) : *Loyers et copr.*, 2007. 92 (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2007, n° 06-11.843)

VIANGALLI (F.) : *D.* 2005. 1540 (Cass., soc., 25 janv. 2005, n° 04-41.012, *Banque africaine de développement*)

VIRASSAMY (G.) : *JCP G* 2003. I. 142 (Cass., ch. mix., 14 février 2003, n°s 00-19.423 et 00-19.424)

WITZ (C.) : *D.* 2010. 921 (Cass., civ. belge, 1<sup>re</sup> ch, 19 juin 2009, n° C.07.0289.N, *Scafom International SPRL c. Lorraine Tubes SAS*)

- *D.* 2012. 1144 (Cass., com., 22 mars 2011, n° 10-16.993)

- *D.* 2012. 1144 (Cass., com., 13 sept. 2011, n° 09-70.305)

- *D.* 2012. 1144 (CJUE, 9 juin 2011, n° C-87/10, *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*)

## VI – Dictionnaires

---

### Dictionnaires juridiques

ALLAND (D.), RIALS (S.), (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003.

BATTISTELLA (D.), PETTEVILLE (F.), SMOUTS (M.-C.), VENNESSON (P.), *Dictionnaire des relations internationales*, Dalloz, Dictionnaires, 3<sup>e</sup> éd., 2012.

CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11<sup>e</sup> éd., 2016.

GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), *Locutions latines juridiques*, Dalloz, À savoir, 2<sup>e</sup> éd., 2007.

KARAQUILLO (J.-P.), DUDOGNON (Ch.), (dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, Juris corpus, 1<sup>re</sup> éd., 2013.

### Dictionnaires (autres que juridiques)

BEITONE (A.), DOLLO (C.) ALPE (Y.), LAMBERT (J.-R.), PARAVRE (S.), *Lexique de sociologie*, Dalloz, Lexiques, 4<sup>e</sup> éd., 2013.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 1980.

NAY (O.), *Lexique de science politique. Vie et institutions politiques*, Dalloz, Lexiques, 3<sup>e</sup> éd., 2014.

SILEM (A.), GENTIER (A.), *Lexique d'économie*, Dalloz, Lexiques, 14<sup>e</sup> éd., 2016.

## VII – Jugements, arrêts, sentences arbitrales, avis, etc.

---

### Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des Communautés européennes)

TPICE, 4<sup>e</sup> ch., 26 janv. 2005, n° T-193/02, *Piau c. Commission*

CJCE, 12 déc. 1974, n° 36/74, *Walrave et Koch*

CJCE, 12 juil. 1984, n° 237/83, *Prodest*

CJCE, 23 avr. 1991, n° C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz c. Macrotron*  
CJCE, 14 juil. 1976, aff. 13/76, *Donà*  
CJCE, 15 déc. 1995, n° C-415/93, *Bosman*  
CJCE, 30 avr. 1996, n° C-214/94, *Boukhalfa*  
CJCE, 23 nov. 1999, n° C-369/96, *Arblade*  
CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, n° C-126/97, *Eco Swiss*  
CJCE, 15 mars 2001, n° C-165/98, *Mazzoleni*  
CJCE, 23 févr. 2006, n° C-171/05 P, *Piau c. Commission et FIFA*  
CJCE, 25 juil. 2008, n° C-152/08, *Kabveci*  
CJUE, 16 mars 2010, n° C-325/08, *Bernard*  
CJUE, 9 juin 2011, n° C-87/10, *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*  
CJUE, 17 oct. 2013, n° C-184/12, *Unamar*

### **Commission européenne**

Commission, 30 oct. 2001, IP/01/1523  
Commission, 18 avr. 2002, IP/02/585  
Commission, 27 juin 2002, IP/02/942

### **Cour européenne des droits de l'Homme**

CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c. France*  
CEDH, 4 déc. 2008, nos 30562/04 et 30566/04, *S. et Marper c. Royaume-Uni*  
CEDH, 8 avr. 2013, n° 19522/09, *M. K. c. France*  
CEDH, 18 sept. 2014, n° 21010/10, *Brunet c. France*

### **Conseil d'État**

CE, 22 nov. 1974, n° 89828, *Fédération des industries françaises d'articles de sport (FIFAS)*  
CE, 26 nov. 1976, n° 95262, *Fédération française de cyclisme*  
CE, 16 mars 1984, n° 41438, *Broadie*  
CE, 19 déc. 1988, n° 79962, *M<sup>me</sup> Pascau c. Fédération française d'aérobic et de stretching*  
CE, 12 mai 1989, n° 97144, *Association Brest-Armorique*  
CE, ass., 23 juin 1989, n° 101894, *Bunož*  
CE, 30 oct. 1996, n° 126852, *Belval*  
CE, 30 déc. 2002, n° 219646, *Malaja*  
CE, avis n° 369.474, 20 nov. 2003  
CE, 2 févr. 2006, n° 289701  
CE, 3 avr. 2006, n° 282093, *Chamois niortais FC*  
CE, 8 nov. 2006, n° 289702, *Maati*  
CE, 23 oct. 2009, n° 321554, *Davitiani*  
CE, 28 oct. 2009, n° 327306, *Schumacher*  
CE, 19 mars 2010, n° 318549, *Chotard*  
CE, 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 334372, *Agence mondiale antidopage*  
CE, 24 févr. 2011, n° 340122, *FNASS*  
CE, 18 juil. 2011, n° 338390, *Thion*  
CE, 29 avr. 2013, n° 356642, *Denis*  
CE, 18 déc. 2013, nos 364839 et 368890  
CE, 9 juil. 2014, n° 373304, *Fédération nationale des syndicats de sportifs*

### **Cour de cassation française**

Cass., civ., 5 déc. 1910, *American Trading*  
Cass., civ., 19 févr. 1930, *Mardelé*  
Cass., civ., 27 janv. 1931, *Dambricourt*  
Cass., civ., 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*

Cass., 1<sup>re</sup> civ., 7 mai 1963, *Gosset*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1964, *Munzer*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 2 mai 1966, *Galakis*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1967, *Bachir*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 29 juin 1971, *Nassar*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 16 mai 1972, n° 71-11.085  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juil. 1972, *Hecht*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 16 mai 1972, n° 71-11.085  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 14 févr. 1979, n° 77-14.113  
 Cass., com. 14 oct. 1981, n° 80-12.336  
 Cass., 2<sup>e</sup>, 9 déc. 1981, n° 80-15.305, *Fougerolle*  
 Cass., com., 21 juin 1982, n° 79-11.407  
 Cass., com., 7 déc. 1983, n° 81-14.443  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1984, n° 83-11.355, *Norsolor*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 19 avr. 1988, n° 85-18.715, *Robo*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 17 déc. 1985, n° 84-16.338, *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*  
 Cass. com., 13 juin 1989, n° 87-10.796  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 4 oct. 1989, n° 87-13.020, *de Baat*  
 Cass., com., 2 oct. 1990, n° 88-17.506, *Société Sud Cargos*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1991, n° 89-21.528, *Valenciana*  
 Cass., com., 4 févr. 1992, n° 90-15.668  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 20 déc. 1993, n° 91-16828, *Dalico*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 23 mars 1994, n° 92-15.137, *Hilmarton*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, n° 95-15.309, *Hannover International*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, n° 95-11.429, *Jaguar*  
 Cass. com., 1<sup>er</sup> juil. 1997, n° 95-12.221  
 Cass., soc., 19 nov. 1997, n<sup>os</sup> 95-43945 et 95-44167  
 Cass., soc., 16 févr. 1999, n° 96-40.643  
 Cass., soc., 4 mai 1999, n° 97-41.860  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 18 juil. 2000, n° 98-19.602  
 Cass., ass., 9 févr. 2001, n° 99-17.642, *Proton c. Club des sports de Rimberlieu*  
 Cass., soc., 9 oct. 2001, n° 99-43.288  
 Cass., ch. mix., 14 févr. 2003, n<sup>os</sup> 00-19.423 et 00-19.424  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, n° 02-12.259, *Rado*  
 Cass., soc., 25 janv. 2005, n° 04-41.012, *Banque africaine de développement*  
 Cass., soc., 28 juin 2005, n° 03-45.042  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Aubin*  
 Cass., com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Société Itraco*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 25 oct. 2005, n° 99-12.879, *Soc. Herbex Produtos c. Soc. Cogemar et autres*  
 Cass., crim., 24 janv. 2006, 04-85.016  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 21 nov. 2006, n° 05-22.002  
 Cass., com., 13 févr. 2007, n° 05-13.538  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 04-17.752  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, n° 04-10.970  
 Cass., 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, n<sup>os</sup> 05-18.053 et 06-13.293, *Putrabali*  
 Cass., ass., 29 jun 2007, n° 06-18.141, *Société La Sauvegarde c. Marcos*  
 Cass., soc., 12 mars 2008, n° 01-44.654  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, n° 06-15.320, *Cytec*  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Monster Cable*  
 Cass., com. 16 déc. 2008, n° 07-18.729  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juil. 2009, n° 08-16.025, *Soerni*  
 Cass., com., 16 mars 2010, n° 08-21.511  
 Cass., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-67.013, *Doga*  
 Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Soffimat*  
 Cass., soc., 29 sept. 2010, n° 09-40.688

Cass., 1<sup>re</sup>, 4 nov. 2010, n° 09-14.607  
Cass., com., 22 mars 2011, n° 10-16.993  
Cass., com., 13 sept. 2011, n° 09-70.305  
Cass., com., 19 févr. 2013, n° 11-28.846, *Peschaud c. Yaknoo*  
Cass., com., 19 févr. 2013, n° 11-21.763  
Cass., 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2013, n° 13-15.146  
Cass., 1<sup>re</sup>, 20 nov. 2013, n° 12-25.266  
Cass., com., 17 févr. 2015, n° 13-20.230  
Cass., com., 5 mai 2015, n° 13- 20.502  
Cass., ass., 7 déc. 2015, n° 14-18.435  
Cass., com., 5 janv. 2016, n° 14-10.628, *Arcelor Mittal*

### **Cours d'appel et juridictions de première instance françaises**

CA Paris, 12 juin 1980  
CA Paris, 19 nov. 1982  
CA Paris, 3 déc. 1986  
CA Paris, 20 janv. 1989  
CA Paris, 29 mai 1991  
CA Paris, 24 avril 1992  
CA Paris, 19 mai 1993  
CA Grenoble, 24 janv. 1996, *Société Harper Robinson c. Société Internationale de maintenance SIMR*  
CA Grenoble, 7 mai 1997, *Société Salice Occhiali c. Mutte*  
CA Paris, 29 mars 2001  
CA Montpellier, 3 déc. 2002, n° 01/03586, *Société Semoland BV c. SARL Pujol*  
CA Paris, 18 nov. 2004, *Thalès*  
CA Paris 23 mars 2006, *Cytec*  
CA Douai, 26 mars 2009, n° 08/01418.  
CA Metz, 30 juin 2011  
CA Paris, 25 oct. 2011, n° 10/24023  
CA Paris, 17 janv. 2012  
CA Reims, 4 sept. 2012, n° 11/02698, *SA D21 c. SARL Gabo*  
CA Versailles, 4 sept. 2012, n° 11/02214  
CA Paris, 26 févr. 2013  
CA Paris, 27 févr. 2014, n° 13/03840  
CA Paris, 4 mars 2014  
CA Paris, 18 mars 2014, n° 12/13601, *Sept de cœur*  
CA Paris, 1<sup>er</sup> juil. 2014, n° 13/09208, *Scamark*  
CA Paris, 9 sept. 2014  
CA Paris, 25 nov. 2014  
CA Paris, 7 avr. 2015  
CA Paris, 12 févr. 2016, n° 15/08624, *Frédéric X. c. Facebook Inc.*

TGI Paris, 4 mars 1981  
Trib. com. Nantes, 11 juil. 1991  
TGI Paris, 4<sup>e</sup> ch., 11 sept. 2007, n° 04-12068  
TGI Paris, 5 mars 2015, RG n° 12/12401, *Frédéric X. / Facebook Inc.*

### **Juridictions étrangères**

OLG Munich, 28 mars 1996  
BGH, 26 oct. 1993  
BGH, 19 mars 1997  
BGH, 16 juin 1997  
BGH, 5 sept. 2012

Cour suprême autrichienne le 18 nov. 1982

Cour de cassation belge, 1<sup>re</sup> ch., 4 sept. 1975, *Nelissen c. Somer*

Cour de cassation belge, 1<sup>re</sup> ch, 19 juin 2009, *Scafom International SPRL c. Lorraine Tubes SAS*

Tribunal fédéral suisse, 15 mars 1993, *Gundel c. FEI et TAS*

Tribunal fédéral suisse, 27 mai 2003, *L. Lazutina & O. Danilova c. CIO, FIS & TAS*

Tribunal fédéral suisse, 20 déc. 2005

Tribunal fédéral suisse, 8 mars 2006, *Tensacciai c. Terra Armata*

Tribunal fédéral suisse, 22 mars 2007, *Cañas*

Tribunal fédéral suisse, 4 août 2008

## **Tribunal arbitral du sport / Court of arbitration for sport**

### ***Sentences rédigées en anglais***

CAS, 96/156, 6 oct. 1997, *J. Foschi / FINA*

CAS, 96/161, 4 août 1999, *International Triathlon Union (ITU) / Pacific Sports Corp. Inc.*

CAS, 98/200, 20 août 1999, *AEK Athens & SK Slavia Prague / UEFA*

CAS, 98/201, 7 janv. 2000, *Celtic FC / UEFA*

CAS, 99/A/234 & 99/A/235, 29 févr. 2000, *Meca-Medina c. FINA*

CAS, Chambre *ad hoc* (JO Sydney), 00/001, 13 sept. 2000, *United States Olympic Committee and USA Canoe/Kayak / International Olympic Committee*

CAS, 2003/O/482, 5 nov. 2002, *A. Ortega v/ Fenerbahçe & FIFA*

CAS, 2003/O/486, 15 sept. 2003, *Fulham FC / Olympique Lyonnais*

CAS, 2002/O/410, 7 oct. 2003, *The Gibraltar Football Association / UEFA*

CAS, 2002/O/373, 18 déc. 2003, *COC & Beckie Scott / IOC*

CAS 2005/C/976 & 986, 21 avr. 2006, *FIFA & WADA*

CAS, 2005/O/985, 19 déc. 2006, *Feyenoord Rotterdam NV v. Cruzeiro Esporte Club.*

CAS, 2007/A/1298 & 1299 & 1300, 30 janv. 2008, *Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian, Heart of Midlothian v/ Webster & Wigan Athletic, Webster v/ Heart of Midlothian*

CAS, 2008/O/1483, 20 mai 2008, *Asian Handball Federation & al. v. International Handball Federation*

CAS, Chambre *ad hoc* (JO Pékin), 08/006, 9 août 2008, *Moldova National Olympic Committee v. International Olympic Committee*

CAS, Chambre *ad hoc* (JO Pékin), 08/007, 23 août 2008, *Swedish National Olympic Committee and Ara Abrahamian v. Fédération Internationale des Luttes Associées & others*

CAS, 2009/A/1810&1811, 5 oct. 2009, *SV Wilhelmshaven v. Club A. Excursionistas & Club A. River Plate.*

CAS, 2009/A/1912, 25 nov. 2009, *P. v. International Skating Union*

CAS, 2009/A/1913, 25 nov. 2009, *DESG v. ISU*

CAS, 2010/O/2039, 30 mars 2010, *Fiji Association of Sports and National Olympic Committee v. Commonwealth Games Federation*

CAS, 2010/A/2268, 15 sept. 2011, *I. v. Fédération internationale de l'automobile*

CAS, 2011/O/2422, 4 oct. 2011, *United States Olympic Committee v. IOC*

CAS, 2012/A/2845, 23 juin 2012, *A. Peternell v. SASCOC & SAEF*

### ***Sentences rédigées en français***

TAS, 92/80, 25 mars 1993, *B. / Fédération Internationale de Basketball*

TAS 94/128, avis consultatif, 5 janv. 1995, *Union Cycliste Internationale et Comité Olympique Italien*

TAS 95/144, avis consultatif, 21 déc. 1995, *Comités olympiques européens*

TAS, Chambre *ad hoc* (JO Atlanta), 96/006, 1<sup>er</sup> août 1996, *M. / Association internationale de Boxe Amateur*

TAS, 97/168, 29 août 1997, *Fédération Française des Sociétés d'Aviron, Federazione Italiana Canottaggio, Fédération Royale Néerlandaise des Sociétés d'Aviron / Fédération Internationale des Sociétés d'Aviron*

TAS, 99/A/230, 20 déc. 1999, *B. c. Fédération Internationale de Judo*

TAS, Chambre *ad hoc* (JO Sydney), 00/004, 18 sept. 2000, *Comité Olympique Congolais et Jesus Kibunde / Association Internationale de Boxe Amateur*

TAS, 2001/O/319, 17 oct. 2001, *X. Sàrl / Fédération Y.*  
TAS, 2001/A/340, 19 mars. 2002, *S. c. FIG*  
TAS 2002/O/422, 10 mars 2003, *Besiktas / FIFA & SC Freiburg*  
TAS, 2002/A/431, 23 mai 2003, *UCI / R. & FFC*  
TAS, 2002/A/423, 3 juin 2003, *PSV NV Eindhoven c. UEFA*  
TAS 2003/O/530, 27 août 2004, *AJ Auxerre c. FC Valence & S.*  
TAS, 2004/A/776, 15 juil. 2005, *Federacio Catalana de Patinage (FCP) c. International Roller Sports Federation*  
TAS, 2004/A/791, 28 oct. 2005, *Le Havre AC c. FIFA, Newcastle United & Charles N'Zogbia*  
TAS, 2006/O/1111, 29 juin 2006, *Amaury Sport Organisation c. Active Bay SL*  
TAS, 2005/A/983&984, 12 juil. 2006, *Club Atlético Peñarol c. C. Heber Bueno Suarez, C. Gabriel Rodriguez Barrotti & PSG*  
TAS, 2006/A/1119, 19 déc. 2006, *UCI c. Landaluce & RFEC*  
TAS, 2006/A/1082&1104, 19 janv. 2007, *Real Valladolid c. B. & Cerro Porteño*  
TAS, 2007/O/1381, 26 sept. 2007, *RFEC & A. Valverde c. UCI*  
TAS, 2007/O/1310, 16 avr. 2008, *B. Heiderscheid c. F. Ribéry*  
TAS 2007/A/1424, 23 avr. 2008, *Federación Española de Bolos c. Fédération Internationale des Quilleurs & Federació Catalana de Billes i Bowling*  
TAS, 2008/O/1643, 15 juin 2009, *V. Gusev c. Olympus SARL*  
TAS, 2009/A/1820, 22 janv. 2010, *S. Schumacher c. Union cycliste internationale.*  
TAS, 2010/A/2045, 3 mai 2010, *Olympique Lyonnais c. UEFA & Fortuna Hjørring*  
TAS, 2009/A/1960 et 2009/A/1961, 5 mai 2010, *LOSC Lille Métropole c. Trabzonspor & T.*  
TAS, 2009/A/1820, 22 janv. 2010, *S. Schumacher c. UCI*  
TAS, 2009/A/2018, 30 juil. 2010, *D. c. CIO*  
TAS, 2010/A/2178, 8 mars 2011, *P. Caucchioli c. CONI & UCI*  
TAS, 2011/A/2529, 28 oct. 2011, *FC Nouadhibou c. Fédération de Football de la République Islamique de Mauritanie*  
TAS, 2011/A/2543, 12 janv. 2012, *Gymnova c. FIG*  
TAS, 2011/A/2433, 8 mars 2012, *A. Diakite c. FIFA*  
TAS, 2011/A/2585, 21 mai 2012, *AMA c. R. Marino & Union Ciclista Republica Argentina*  
TAS, 2011/A/2526, 11 juin 2012, *Antidoping Suisse c. C. (non publié)*  
TAS, 2012/A/2862, 11 janv. 2013, *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*  
TAS, 2012/A/3027, 5 mars 2013, *J. B. D. Anouma c. Confédération Africaine de Football*  
TAS, 2013/A/3264, 19 nov. 2013, *A. Achchakir c. FIFA*  
TAS, 2013/A/3351, 24 janv. 2014, *FFRIM & ASAC Concorde c. CS Hammam-Lif & Fédération Tunisienne de Football & FIFA*  
TAS, 2013/A/3320, 13 mars 2014, *UCI c. S. Georges & FFC*  
TAS, 2012/A/2720, 11 avr. 2014, *FC Italia Nyon c. LA de l'ASF & ASF & FC Crans*  
TAS, 2014/A/3475, 4 juil. 2014, *C. Van Snick c. Fédération Internationale de Judo*  
TAS, 2014/A/3505, 3 déc. 2014, *Al Khor SC c. C.*  
TAS 2014/A/3652, 5 juin 2015, *KRC Genk c. LOSC Lille Métropole*

### **Sentences arbitrales CCI**

CCI, n° 2375  
CCI, n° 2730, 1982  
CCI, n° 4131, 23 sept. 1982  
CCI, n° 6379, 1990  
CCI, n° 8331, 1996  
CCI, n° 7110, 1995  
CCI, n° 7365, 5 mai 1997  
CCI, n° 7375, 5 juin 1996  
CCI, n° 7539  
CCI, n° 8331  
CCI, n° 8874, 1996  
CCI, n° 9474, févr. 1999  
CCI, n° 9753, mai 1999

CCI, n° 10930, 2002  
CCI, n° 12045, 2003  
CCI, n° 12698, 2004  
CCI, n° 12193, 2004  
CCI, n° 13436, 2006  
CCI, n° 13450, 2006  
CCI, n° 15042, 2009  
CCI, n° 15089, 15 sept. 2008  
CCI, n° 14748, 2009  
CCI, n° 15913, 2011

### **Sentences arbitrales diverses**

Arbitrage *ad hoc* La Haye, n° IIC 421 (2010), 30 mars 2010

Chambre d'arbitrage national et international de Milan, n° A-1795/51, 1<sup>er</sup> déc. 1996

CCI Fédération de Russie, n° 116, 20 janv. 1997

CCI Fédération de Russie, n° 233/2012, 3 oct. 2013

CCI Fédération de Russie, n° 177/2012, 16 juil. 2013

Permanent Court of Arbitration, n° PCA 45863, 17 déc. 2010



# Index alphabétique

Les numéros renvoient aux paragraphes.

## A

---

**Accords-cadres internationaux** : 12.

**Accord procédural** : 335 et s.

**Acteurs non-étatiques** : 7, 13, 32, 64 et s., 75, 76 et s., 127 et s., 386, 403 et s., 625, 656, 737 et s., 749 et s., 768 et s.

**Agent sportif** : 11, 69, 81, 328, 410, 608, 613 et s., 621 et s.

**AGO (Roberto)** : 33, 375, 381.

**Anational** : 114, 137, 148 et s., 154 et s., 210.

**Arbitrabilité** : 687, 689, 692, 693, 718.

**Arbitrage** :

- Détermination du droit applicable au fond du litige : 225 et s.
- Droits étatiques : 283 et s., 288 et s., 298 et s.
- Lois de police : 310 et s.
- Ordre juridique : *v. Ordre juridique – Arbitral.*
- Sociologie : 269 et s.

**Arbitre** :

- Appartenance : 249 et s.
- Indépendance et impartialité : 250 et s.
- Sentiment d'appartenance : 259 et s.

**Association** : 88 et s.

**Autonomie** : *v. Principe d'autonomie*

**Autorégulation** : 77 et s.

## B

---

**Bail commercial** : *v. Statut impératif*

**BATIFFOL (Henri)** : 44, 381, 467.

**Besoins du commerce international** : 35, 41 et s.

**Bosman** : 741 et s.

## C

---

**Chambre de commerce international (CCI)** : 80, 228, 244, 250, 314, 442.

**Clause attributive de juridiction** :

- Efficacité : 679.
- Loi de police : 681.
- Notion : 678.
- Parties faibles : 683 et s.

**Clause d'arbitrage** :

- Efficacité : 687.
- Imposée : 410, 693.
- Loi de police : 690.
- Matière sportive : 410, 693.
- Notion : 686.
- Parties faibles : 691 et s.

**Code de conduite** : 3, 12, 83, 101, 166, 199, 344, 607, 644, 653, 656, 833.

**Code mondial antidopage** : 11, 100, 103, 105, 158, 166, 309, 332 et s., 366 et s., 409, 778 et s., 804 et s.

**Conflit de lois** : 21, 576.

**Conflit de normes** :

- Conception : 639.
- Définition : 574 et s.
- Gestion : 662 et s.
- Résolution : 606 et s.
- Structure : 585 et s.

**Contrat** :

- Acte créateur de normes : 85.
- Fonction créatrice : 96 et s.
- Fonction structurante : 87 et s.
- International : 529 et s.
- Sans droit : 460 et s.
- Sans loi : 333, 334, 462 et s.

**Contractualisation** : *v. Droit non-étatique – Contractualisation*

**Conseil d'État** : 351 et s.

## Contrôle

- Antidopage : 798 et s.
- Des jugements étrangers : 697 et s.
- Des sentences arbitrales : 703 et s.
- De conformité des législations nationales : 307 et s.
- De légalité des règles non-étatiques : 743.

## Convention

- De la Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère internationale d'objets mobiliers corporels : 340, 488.
- De la Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation : 329, 615, 620, 630.
- De La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for : 679, 681, 684, 699.
- De Vienne sur la vente internationale de marchandise (CVIM) : 46, **101**, 203, 204, 208, 278, 339, 340, 486, 496 et s.
- Européenne des droits de l'homme (CEDH) : 774 et s.

**Cour de cassation** : 326 et s.

**Cour de justice des communautés européennes** : v. *Cour de justice de l'Union européenne*.

**Cour de justice de l'Union européenne** : 17, 598 et s., 601 et s., 632, **727 et s.**

**Cour européenne des droits de l'homme** : 774 et s.

## D

---

**Dépeçage** : 487.

**Droit de l'Union européenne** : 318 et s., 578, 580, 595 et s., 708, 722, **727 et s.**

## Droit non-étatique

- Application : 394 et s.
- Caractéristiques : 134 et s.
- Clause de choix : 563, 564.
- Contractualisation : 450 et s.
- Définition : 2, 29, 134, 137 et s.
- Genèse : 31 et s.
- Réception : 219 et s.
- Source : 104 et s.
- Théorie générale : 17, 841 et s.

## E

---

**Exequatur** : 252, 253, 309, 699, 704.

## F

---

### Fédération :

- Sportive nationale : 363 et s.
- Sportive internationale : 81, 88, 166, 404 et s.

### Fraude :

- En droit civil : 551 et s.
- En droit international privé : 548 et s.

## G

---

**Gundel** : **254**, 384.

## H

---

**HART (Herbert L. A.)** : 110.

**Holisme** : 15.

## I

---

### Indépendance :

- De l'arbitre : v. *Arbitre – Indépendance et impartialité*.
- Des acteurs non-étatiques : 42, 64, 71 et s., 127 et s., 768 et s.
- Des États : 163.

**Impératif** : v. *Règle – Impérative*

**Incoterms** : 3, 10, **80**, 158, 199, **279**, **348**, 442, 457, 558.

**Ingmar** : 598, 599.

**Instruments optionnels** : 76 (note), **505 et s.**

**Intérêts** : 35, 36 et s.

**Internet** : 66, 82.

**Islam** : v. *Règle – Religieuse*

**Institution** (théorie de) : 398 et s.

## J

---

**Juridicité** : 16, 177, 375, 382, 470, 649.

## K

---

**KELSEN (Hans)** : 110, 381

## L

---

**Lex mercatoria** : 2, 19, 72, 108, **119 et s.**, 122, 124, 130, **140**, 147, **177 et s.**, 260, 343, **350**, 376, 491

**Lex sportiva** : 2, 188 et s.

**Liberté contractuelle** : 453.

### Loi de police

- Communautaire : 599.
- Contrat sans loi : 475 et s.
- Étatique : 587 et s.
- Étrangères : 633, 649, 657, 670, 678, 705

**Loi suisse sur le droit international privé (LDIP)** : 226, 227, 233.

## M

---

**MANCINI** : 78.

### Méthode conflictuelle :

- Conflit de normes : 612 et s.
- Critiques : 50 et s.
- Fermeture au droit non-étatique : 387 et s., **612 et s.**

**Monopole** : 420 et s.

**Monster cable** : **681**, 701.

## N

---

**NIBOYET (Jean-Paulin)** : 544, 650 (note).

**Normalisation** : 3, 82, 83.

## O

---

**Objectivisme** : *v. Subjectivisme.*

### Ordre juridique

- Arbitral : 258, 260
- Étatique : 14, 220, 582, 583.

- Mercatique : 119 et s.
- De l'Union européenne : 578, 580, 722, 727.
- Du Conseil de l'Europe : 578, 580
- Sportif : 116 et s.

### Ordre public

- Étatique : 252 (note), 364, 463 (note), 474, 496, 514, 567 et s., 587, 594, 597, 616, 673, 675, 698, 705, 706, 707, 783
- International : 309, 314, 640, 693, 700, 704, 705.
- Réellement international : 317.

## P

---

**Partition** : *v. Dépeçage.*

**Parties faibles** : 634, 683, 691 et s.

**Particularisme** : 669, 670.

**Pensée complexe** : *v. Systémique*

**Pourparlers** : 488.

### Principe(s)

- D'autonomie de la volonté : 57, 388, **452**, 460 et s., 463 et s., 501, 507 et s., 539 et s., 543, 600.
- De faveur : 634, **656**.
- De La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux : 197, 366, 469, 493.
- Généraux : 184 et s.
- Unidroit : 3, 10, 46, 47, 100, **102**, 158, 166, 186, 199, 277 et s., 339 et s., 442, 451, 457, 470, 478, 483, 522, 541, 556, 558, 563 et s., 576, 577, 833.

**Prise en considération** : 642 et s.

## R

---

### Réception

- Du droit non-étatique : *v. Droit non-étatique – Réception.*
- Théorie de la : 375.

**Réductionnisme** : 8.

**Règle :**

- De conflit de lois protectrices : 634 et s.
- Distinction règle et décision : 26.
- Impérative : 474, 477 et s., 587.
- Internationalement impérative : *v. Loi de police*
- Matérielle de droit international privé : 76 (note), 200 et s.
- Non-étatique : *v. Droit non-étatique*
- Religieuse : 13.
- Supplétive : 163, 236, 238, 241, **474**, 477, 522, 537, 544, 553, 568, 569, 577, 617, 714.

**Règlement :**

- Rome 1 : 227, 457, 461, 463 et s., 473, 488, 494, 530, 533, 534 et s., 539, 549, 590, 591, 592, 600, 620, 633, 634.
- Rome 2 : 488.

**Responsabilité**

- Contractuelle : 253, 488.
- Extracontractuelle : 445, 488 644.
- Sociale des entreprises : 12 (note), **344**.

**ROMANO (Santi)** : 110, 115, 382, 398.

**S**

---

**Sanction** : 417 et s.

**SAVIGNY (F.-C. VON)** : 640.

**Shamil Bank** : 13 (note).

**Société-monde** : 170.

**Soft law** : 199.

**Source informelle du droit** : 2, 122, 129.

**Standardisation** : *v. Normalisation*.

**Statut impératif** : 514 et s.

**Subjectivisme** : 460 et s.

**Supplétif** : *v. Règle – Supplétive*.

**Système** : *v. Ordre juridique*

**Systémique (approche)** : **15**, 17, 832.

**T**

---

**Transnational** : 2, 7, 13, **28**, 57, 92, 119, 137, 139, 142 et s., 148, 149, **150, 160 et s.**, 179, 188, 200, 261, 317, 430, 439, 609, 639.

**Tribunal arbitral du sport (TAS et CAS)**

- Indépendance : 254 et s.
- Réception du droit non-étatique : 281 et s.

**U**

---

**Unamar** : 603 (note).

**Unilatéralisme** : 633, **649 et s.**

**Usages** : 182 et s.

**V**

---

**Volonté** : *v. Principe(s) – D'autonomie de la volonté et Liberté contractuelle*.

**W**

---

**Westphalien (modèle)** : 60, **163**, 170, 622.

# Table des matières

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	3
<b>RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS</b> .....	4
<b>TITLE, SUMMARY AND KEYWORDS</b> .....	5
<b>LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b> .....	6
<b>SOMMAIRE</b> .....	8
<b>INTRODUCTION</b> .....	9
Section 1 – Proposer une approche globale du droit non-étatique.....	12
§1 – Examen de manifestations du droit non-étatique.....	12
A – Des situations-types relevant du commerce et du sport .....	13
B – Exclusion de deux types de manifestations du droit non-étatique : les accords-cadres internationaux et les règles religieuses.....	14
§2 – Analyse d’interactions développées par le droit non-étatique.....	17
Section 2 – Expliquer le fonctionnement du droit non-étatique par le droit international privé ..	21
Section 3 – Structure ternaire de l’étude.....	24
<b>PREMIÈRE PARTIE – L’IDENTIFICATION DU DROIT NON-ÉTATIQUE</b> .....	26
<b>TITRE 1 – LA GENÈSE DU DROIT NON-ÉTATIQUE</b> .....	29
<i>Chapitre 1 – Étude et clarification des facteurs explicatifs de la genèse du droit non-étatique</i> .....	30
Section 1 – L’inadéquation supposée des législations nationales aux activités déployées dans un contexte international : un facteur non explicatif de la genèse du droit non-étatique .....	31
§1 – Un jugement d’inadéquation des législations nationales en raison des règles matérielles adoptées.....	32
A – La non prise en compte des intérêts de certains domaines d’activité par les législations nationales : une critique infondée .....	33
B – L’inadéquation des législations nationales aux besoins déclarés spécifiques de certains domaines d’activité : une critique à relativiser .....	36
§2 – Un jugement d’inadéquation des législations nationales en raison des méthodes : concentration des critiques sur la méthode conflictuelle.....	42
A – Exposé des critiques adressées à la méthode conflictuelle.....	43
1. – La difficulté supposée de la méthode conflictuelle : une critique infondée.....	43
2. – La diversité des règles de conflit de lois : une critique à pondérer.....	44
3. – L’application systématique d’une loi étatique aux relations internationales : une critique recevable de la fonction localisatrice de la règle de conflit de lois.....	45
B – La genèse du droit non-étatique : nécessité de clarifier ce discours doctrinal critique ..	47
Section 2 – L’absence de législation étatique : un facteur explicatif de la genèse du droit non- étatique.....	49
§1 – Deux dimensions explicatives de l’absence d’intervention législative .....	49
A – L’absence de « tradition juridique » des États dans certains domaines d’activités .....	49

B – Un désintérêt du législateur eu égard à la nature de certaines activités .....	50
§2 – D’une nécessité de réglementer un domaine d’activité à la satisfaction d’intérêts spécifiques.....	51
A – Un processus d’autonomisation répondant aux besoins de l’action : la réglementation d’activités .....	51
B – Une revendication d’autonomie à l’égard des ordres juridiques étatiques visant la satisfaction d’intérêts spécifiques.....	52
<i>Chapitre 2 – Processus de création du droit non-étatique.....</i>	<i>56</i>
Section 1 – Dualité des sources du droit non-étatique.....	56
§1 – L’autorégulation des acteurs privés : premier type de manifestations du droit non-étatique .....	58
A – L’autorégulation : création de règles par et pour les acteurs privés.....	58
B – Une autorégulation fondée sur le contrat .....	62
1. – La dimension structurante du contrat.....	63
a. – Le contrat d’association dans le mouvement sportif.....	63
b. – Le contrat de société dans un groupe transnational de sociétés .....	65
2. – La dimension créatrice du contrat .....	67
§2 – La coopération des acteurs publics et privés : second type de manifestations du droit non-étatique.....	68
A – Une forme alternative de régulation des relations internationales privées : la création de règles hybrides.....	68
B – L’inclusion des règles issues d’un processus de coopération entre acteurs publics et acteurs privés dans la notion de droit non-étatique.....	71
Section 2 – Un glissement (de) problématique : de la genèse du droit non-étatique à l’existence d’ordres juridiques non-étatiques.....	73
§1 – Ordres juridiques potentiellement impliqués dans le rattachement du droit non-étatique .....	74
A – Le rattachement du droit non-étatique à un ordre juridique étatique .....	75
B – Le rattachement du droit non-étatique à un ordre juridique non-étatique, supposé existant .....	76
1. – L’ordre juridique sportif : entre unicité et pluralité.....	77
2. – L’ordre juridique mercatique .....	78
§2 – Les enjeux relatifs au débat sur l’ordre juridique .....	79
A – Une identification problématique des enjeux relatifs au débat sur l’ordre juridique .....	80
B – Un enjeu sous-jacent de l’existence d’ordres juridiques non-étatiques : l’indépendance des acteurs .....	83
<b>TITRE 2 – LES CARACTÉRISTIQUES DU DROIT NON-ÉTATIQUE : ESSAI DE SYSTÉMATISATION .....</b>	<b>86</b>
<i>Chapitre 1 – Les caractéristiques du droit non-étatique.....</i>	<i>87</i>
Section 1 – Une imprécision terminologique gravitant autour des caractéristiques du droit non- étatique.....	87
§1 – L’origine de l’imprécision terminologique : la diversité des études académiques.....	87
A – État des lieux des premières études académiques .....	88
B – Premières typologies et tentatives de théorisation.....	90

§2 – Le constat : l'imprécision terminologique quant aux caractéristiques du droit non-étatique	92
A – L'emploi des termes anational, transnational et privé.....	92
B – Proposition de clarification : la distinction des termes anational et transnational.....	93
Section 2 – Étude des caractéristiques retenues du droit non-étatique.....	94
§1 – Le caractère anational : source du droit non-étatique .....	94
A – Anational : étymologie .....	94
B – L'anationalité, caractéristique commune des règles non-étatiques.....	95
§2 – Le caractère transnational : le rayonnement du droit non-étatique.....	96
A – Internationalité, transnationalité : distinction notionnelle.....	97
B – La dynamique transnationale : indifférence des frontières étatiques et considération de l'activité pratiquée.....	99
<i>Chapitre 2 – Mise à l'épreuve de la notion de droit non-étatique : l'impossibilité de retenir une autre qualification</i>	103
Section 1 – Distinction notionnelle entre <i>leges specialies</i> et droit non-étatique.....	103
§1 – <i>Lex mercatoria</i> et droit non-étatique.....	104
A – Les diverses conceptions de la <i>lex mercatoria</i> .....	104
1. – La <i>lex mercatoria</i> en tant que méthode : distinction avec le droit non-étatique.....	104
2. – La <i>lex mercatoria</i> en tant qu'ensemble autonome : distinction avec le droit non-étatique.....	106
a. – Usages et droit non-étatique.....	106
b. – Principes généraux et droit non-étatique .....	108
B – L'intégration du droit non-étatique conditionnée à la conception de la <i>lex mercatoria</i>	109
§2 – <i>Lex sportiva</i> et droit non-étatique.....	110
A – <i>Lex sportiva</i> et <i>lex mercatoria</i> : similitudes et différences .....	111
B – Le droit non-étatique, élément de la <i>lex sportiva</i> .....	113
Section 2 – Droit non-étatique et notions d'usage fréquent dans les rapports internationaux privés .....	114
§1 – Règles matérielles de droit international privé et droit non-étatique : un premier critère de distinction fondé sur la source des règles .....	118
A – De la nécessité de circonscrire la notion de règles matérielles de droit international privé.....	118
B – Évaluation de la proposition : une facilitation de la distinction règles matérielles / droit non-étatique.....	119
§2 – Règles matérielles de droit international privé et droit non-étatique : un second critère de distinction fondé sur le régime juridique.....	119
A – L'incertitude quant aux modalités d'application des règles matérielles de droit international privé .....	120
B – La non identité des modalités d'application du droit non-étatique.....	121
<b>DEUXIÈME PARTIE – L'APPLICATION DU DROIT NON-ÉTATIQUE .....</b>	<b>124</b>
<b>TITRE 3 – LA RÉCEPTION DU DROIT NON-ÉTATIQUE.....</b>	<b>125</b>
<i>Chapitre 1 – L'ouverture de l'arbitrage international au droit non-étatique.....</i>	<i>127</i>
Section 1 – Les motifs de l'ouverture de l'arbitrage international au droit non-étatique .....	127

§1 – L’ouverture des règles de l’arbitrage international au droit non-étatique.....	127
A – Exposé des règles permettant l’application du droit non-étatique .....	127
B – Une recherche de coordination des règles applicables à l’arbitrage international liée à leur concurrence .....	129
1. – La référence aux règles de l’ordre juridique du siège.....	130
2. – La mise à l’écart des règles de l’ordre juridique du siège.....	133
§2 – L’appartenance de l’arbitre : un facteur explicatif discuté de l’application du droit non-étatique .....	136
A – L’introuvable appartenance formelle de l’arbitre à une communauté ou ordre juridique : étude du droit positif.....	136
1. – Lois étatiques et règlements d’arbitrage : une double exigence d’indépendance et d’impartialité de l’arbitre .....	136
2. – Confirmation de l’absence d’appartenance de l’arbitre à une communauté d’activité par l’étude de la jurisprudence .....	138
3. – Le rejet de l’appartenance de l’arbitre par la doctrine .....	140
B – D’une non-appartenance de l’arbitre au développement potentiel d’un sentiment d’appartenance .....	141
1. – Facteurs potentiels de développement d’un sentiment d’appartenance de l’arbitre : discours doctrinal et évolution des pratiques .....	142
2. – L’impossible vérification du sentiment d’appartenance de l’arbitre : les limites de l’analyse juridique.....	145
Section 2 – La réception du droit non-étatique par l’arbitrage international : étude des solutions retenues.....	148
§1 – Importance de la réception du droit non-étatique par l’arbitrage international.....	149
A – L’activité commerciale : une diversité de fonctions attribuées au droit non-étatique	149
B – L’activité sportive : une application quasi-exclusive du droit non-étatique.....	152
1. – La procédure d’arbitrage ordinaire : priorité au choix des parties.....	153
2. – La procédure arbitrale d’appel : une application prioritaire du droit non-étatique	156
3. – La procédure arbitrale <i>ad hoc</i> du Tribunal arbitral du sport.....	160
§2 – L’application privilégiée du droit non-étatique : la mise à l’écart corrélative des droits étatiques.....	161
A – Étude des modalités et motifs d’exclusion des législations nationales.....	163
1. – Une hiérarchisation des règles applicables accordant la primauté au droit non-étatique.....	163
2. – Le développement d’un contrôle de conformité des législations nationales au droit non-étatique .....	166
B – Une mise à l’écart potentielle des règles internationalement impératives des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques.....	169
1. – Une exclusion fréquente des lois de police étatiques par l’arbitre : primauté du droit non-étatique et/ou de la volonté des parties .....	170
2. – Retour de l’impérativité : le respect des droits supra-étatiques par l’arbitre .....	174



<i>Chapitre 2 – Le rejet de principe du droit non-étatique par l’ordre juridique français</i> .....	177
Section 1 – La réserve des juges français quant à l’accueil du droit non-étatique .....	177
§1 – La réception ponctuelle du droit non-étatique par les juges français : étude des mécanismes juridiques.....	178
A – La réception du droit non-étatique fondée sur une manifestation de volonté .....	178
1. – Une application fondée sur une contractualisation du droit non-étatique.....	178
2. – Une réception du droit non-étatique fondée sur un contrat sans loi ou un « accord procédural tacite » .....	181
B – Une réception du droit non-étatique indépendante de la volonté des parties .....	184
1. – Une application immédiate du droit non-étatique : l’exemple du recours aux Principes Unidroit pour définir le <i>hardship</i> .....	185
2. – Évaluation critique de la réception du droit non-étatique indépendamment de la volonté des parties .....	186
§2 – L’absence de réception du droit non-étatique : le rejet de principe des juges français ...	190
A – L’absence de réception du droit non-étatique par les juridictions de l’ordre judiciaire .....	191
B – Le rejet systématique du droit non-étatique par les juridictions de l’ordre administratif .....	192
1. – Le rejet du Code mondial antidopage en l’absence de renvoi du Code du sport ..	193
2. – Le rejet des règlements sportifs édictés par une fédération sportive internationale .....	194
Section 2 – L’accueil conditionné du droit non-étatique par l’ordre juridique français.....	197
§1 – La nécessaire intervention de l’ordre juridique français : une transformation du droit non-étatique .....	197
A – Transposition du droit non-étatique par l’action d’une fédération nationale sportive délégataire d’une mission de service public.....	198
B – Transposition du droit non-étatique par l’action du législateur : le Code mondial antidopage.....	200
§2 – Facteurs explicatifs d’une intervention nécessaire de l’ordre juridique français : la persistance d’une fermeture au pluralisme juridique.....	203
A – L’intervention constante de l’ordre juridique étatique en présence de règles qui lui sont extérieures.....	204
B – Une fermeture de principe de l’ordre juridique français au droit non-étatique .....	207
1. – Une fermeture d’ordre théorique de l’ordre juridique français : une pensée positiviste encore dominante .....	207
2. – Fermeture corrélative des règles du droit international privé .....	211
 TITRE 4 – L’APPLICATION DU DROIT NON-ÉTATIQUE : LA RECHERCHE D’UN FONDEMENT OPÉRATIONNEL .....	 214
<i>Chapitre 1 – L’application du droit non-étatique : évaluation et exclusion de la théorie de l’institution</i> .....	216
Section 1 – La valeur explicative potentielle de la théorie de l’institution : l’existence de règles non-étatiques imposées au sein d’une organisation .....	219
§1 – L’imposition de règles non-étatiques dans les rapports internes d’une organisation .....	219
A – Une organisation imposant ses règles non-étatiques en interne aux personnes morales .....	220

B – Une organisation imposant ses règles non-étatiques en interne aux personnes physiques.....	222
§2 – Facteurs relativisant la valeur explicative de la théorie de l'institution quant à l'imposition de règles non-étatiques.....	225
A – L'imposition de règles non-étatiques : le pouvoir de sanction.....	226
B – L'imposition de règles non-étatiques : la situation de monopole.....	227
Section 2 – L'absence de valeur explicative de la théorie de l'institution quant à l'application du droit non-étatique.....	229
§1 – L'application du droit non-étatique dans les rapports internes d'une organisation : l'existence d'un contrat.....	231
A – L'adhésion, une déclinaison du contrat.....	233
B – Proximité de l'affiliation et du contrat : existence d'un engagement fondé sur une manifestation de volonté.....	234
§2 – Application du droit non-étatique dans les rapports externes de l'organisation : l'impuissance explicative de la théorie de l'institution.....	236
A – L'absence de consécration de la théorie de l'institution par le droit positif.....	237
B – La nécessité d'un recours au contrat concédée par les défenseurs de la théorie de l'institution.....	238
<i>Chapitre 2 – L'application du droit non-étatique : le recours à la contractualisation.....</i>	<i>240</i>
Section 1 – La nécessaire contractualisation du droit non-étatique.....	242
§1 – L'application du droit non-étatique : impossibilité d'une autre proposition opérative... 244	244
A – La hiérarchisation entre loi et contrat débattue : primauté de la loi et rejet du contrat sans droit.....	244
B – Le statut de <i>lex contractus</i> refusé au droit non-étatique : rejet d'un contrat sans loi.....	246
1. – La condamnation du contrat sans loi par le droit positif.....	246
2. – La condamnation du contrat sans loi reconsidérée : étude de droit prospectif.....	247
a. – Le respect des règles impératives par le contrat sans loi : l'enjeu supposé majeur.....	251
α – Le contrat sans loi respecte nécessairement les règles internationalement impératives.....	252
β – Le contrat sans loi exclut les règles impératives au sens du droit interne.....	253
b. – L'incomplétude du droit non-étatique érigé en loi du contrat : la difficulté du contrat sans loi.....	256
α – Une loi étatique peut compléter, à titre subsidiaire, un droit non-étatique érigé en <i>lex contractus</i> .....	256
β – La consécration du contrat sans loi est conditionnée par le degré de complétude du droit non-étatique.....	259
§2 – La contractualisation du droit non-étatique confortée par le droit positif.....	261
A – L'extension du champ d'application d'une convention internationale : la contractualisation.....	261
1. – La non érection des conventions internationales au statut de <i>lex contractus</i> .....	263
2. – La nécessaire contractualisation d'une convention internationale appliquée hors de son domaine.....	265
B – L'application d'instruments optionnels : entre loi du contrat et contractualisation.....	266

1. – Une application conditionnée à un double choix : loi et instrument optionnel.....	267
2. – Le statut variable de l'instrument optionnel .....	268
C – Extension du champ d'application d'un statut impératif : la contractualisation.....	270
1. – Non soumission du contrat par l'extension du statut impératif.....	272
2. – La contractualisation du statut impératif.....	272
Section 2 – Le processus de contractualisation du droit non-étatique : analyse des conditions et obstacles potentiels .....	275
§1 – Efficacité de la contractualisation du droit non-étatique : internationalité et choix de la <i>lex contractus</i> .....	275
A – L'internationalité du contrat : condition de l'activation du principe d'autonomie de la volonté .....	276
1. – La qualification de contrat international : un enjeu de choix de loi.....	277
2. – L'internationalité du contrat : une caractérisation problématique.....	279
a. – L'incertitude quant aux critères caractérisant l'internationalité d'un contrat.....	280
b. – L'effet circonscrit du principe d'autonomie : les situations interne et intra-européenne .....	282
B – L'exercice de la liberté contractuelle : importance du choix de l'ordre juridique .....	285
§2 – La contractualisation du droit non-étatique au regard des critères de conformité et d'efficacité.....	286
A – L'efficacité de la proposition confirmée par l'exclusion de la fraude.....	289
1. – L'exclusion préliminaire de la fraude en droit international privé.....	289
2. – La conformité de la démonstration au droit positif : l'exclusion de la fraude en droit civil.....	290
B – Contractualisation du droit non-étatique : obstacles intrinsèques .....	291
1. – L'interprétation problématique de la contractualisation du droit non-étatique .....	292
2. – L'établissement potentiellement problématique de la teneur du droit non-étatique .....	294
3. – Le conflit <i>lex contractus</i> / droit non-étatique contractualisé.....	295

**TROISIÈME PARTIE – ÉTUDE DES CONFLITS DE NORMES PRODUITS PAR LE DROIT NON-ÉTATIQUE..... 301**

TITRE 5 – LE CONFLIT DE NORMES DU POINT DE VUE DE L'ORDRE JURIDIQUE ÉTATIQUE .....	305
<i>Chapitre 1 – Résolution du conflit de normes par un ordre juridique étatique</i> .....	306
Section 1 – La structure du conflit de normes : règle non-étatique versus règle étatique impérative .....	306
§1 – L'identification d'une règle impérative du point de vue de l'ordre juridique étatique : de l'impératif à l'internationalement impératif .....	307
A – Lois de police : protection d'intérêts publics et/ou d'intérêts privés.....	308
B – L'identification casuistique des lois de police.....	310
§2 – L'influence de l'intérêt européen sur l'identification des lois de police.....	312
A – L'impérativité internationale découverte par la prise en compte de l'intérêt européen .....	312
B – L'identification des lois de police potentiellement perturbée par l'existence du contrôle de proportionnalité.....	315

Section 2 – La résolution du conflit de normes : étude des techniques employées par l'ordre juridique étatique.....	318
§1 – L'utilisation des mécanismes du droit international privé : vers la négation du conflit de normes.....	320
A – Essai de résolution du conflit de normes par l'utilisation des règles de conflit de lois.....	320
1. – Analyse d'une situation initiale : l'activité d'agent sportif.....	321
2. – La fermeture des règles de conflit de lois au conflit de normes.....	323
B – Essai de résolution du conflit de normes par l'utilisation de mécanismes dérogatoires à la règle de conflit de lois.....	326
1. – La fermeture des lois de police au conflit de normes : une défense exclusive des intérêts étatiques.....	327
2. – Une ouverture potentielle et relative des règles de conflit de lois protectrices au conflit de normes.....	330
§2 – Étude de techniques et méthodes alternatives de résolution des conflits de normes.....	332
A – La technique de la prise en considération à l'épreuve du conflit de normes : un apport peu probant.....	334
B – Proposition d'une méthode prospective renouvelant l'appréhension des conflits de normes.....	336
1. – Une représentation du conflit de normes entre règles de conflit de lois et unilatéralisme.....	336
2. – Résolution du conflit de normes : principes et exceptions de la méthode proposée.....	340
<i>Chapitre 2 – Gestion du conflit de normes par les parties.....</i>	<i>345</i>
Section 1 – Effets attendus et techniques de soustraction d'un conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique.....	345
§1 – Effet attendu de la soustraction du conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique : une modification de la solution.....	346
A – Facteurs explicatifs du traitement situé du conflit de normes par le juge saisi.....	346
B – Facteurs explicatifs du traitement situé du conflit de normes par l'arbitre.....	348
§2 – Techniques de soustraction du conflit de normes à la compétence de l'ordre juridique étatique.....	351
A – Les clauses attributives de juridiction : une efficacité de principe.....	351
B – Les clauses d'arbitrage : une efficacité de principe.....	357
Section 2 – Effets produits par la soustraction d'un conflit de normes à la compétence d'un ordre juridique étatique.....	361
§1 – Le contrôle <i>ex post</i> de l'ordre juridique étatique d'accueil.....	362
A – Le contrôle des jugements étrangers : une improbable mise en cause du jugement résolvant le conflit de normes.....	362
B – Une efficacité de principe des sentences arbitrales confortée par le contrôle de l'ordre juridique d'accueil.....	365
§2 – Effets produits par le contrôle <i>ex post</i> à l'égard de l'impérativité des lois.....	370
A – Le développement d'une impérativité dynamique.....	371
B – Droit international privé et dynamique de l'impérativité.....	373

TITRE 6 – LE CONFLIT DE NORMES DU POINT DE VUE DES ORDRES JURIDIQUES SUPRA-ÉTATIQUES .....	376
<i>Chapitre 1 – L’ordre juridique de l’Union européenne : un contrôle direct du droit non-étatique</i> .....	378
Section 1 – Le contrôle des règles non-étatiques par la Cour de justice de l’Union européenne	378
§1 – Modalités du contrôle du droit non-étatique par la Cour de justice .....	378
A – Les fondements du contrôle : l’arrêt <i>Walrave et Koch</i> .....	379
1. – Un contrôle exclusivement porté sur les règles non-étatiques économiques .....	379
2. – La localisation du rapport juridique sur le territoire européen : condition du	
contrôle par la Cour de justice .....	380
3. – Le projet explicite de la Cour de justice : contrôler la production normative des	
acteurs privés et non-étatiques .....	381
B – Confirmation des modalités de contrôle et introduction du contrôle de	
proportionnalité : les arrêts <i>Donà</i> et <i>Bosman</i> .....	382
§2 – L’extension progressive du champ d’application du droit européen : contribution à la	
réalisation du marché intérieur .....	385
A – La protection des libertés de circulation : une application généralisée du droit européen	
.....	386
B – La protection du droit de la concurrence : un dialogue préventif du conflit de normes	
entre la Commission européenne et les acteurs non-étatiques .....	388
Section 2 – L’extension du contrôle de la Cour de justice de l’Union européenne à l’ensemble des	
règles non-étatiques .....	390
§1 – L’arrêt <i>Meca-Medina</i> : des modalités nouvelles de contrôle par la Cour de justice .....	390
A – L’affaire <i>Meca-Medina</i> : un contrôle confrontant chaque règle non-étatique à chaque	
liberté protégée par le droit européen .....	390
B – L’introduction d’un contrôle nouveau : fin d’une différenciation de nature entre règles	
non-étatiques .....	392
§2 – Impact de l’arrêt <i>Meca-Medina</i> sur l’efficacité des règles non-étatiques .....	394
A – La crainte infondée d’un développement du contentieux relatif au droit non-étatique	
.....	394
B – Le refus d’une autonomie de principe des acteurs non-étatiques réitéré par l’arrêt <i>Meca-</i>	
<i>Medina</i> .....	395
<i>Chapitre 2 – La Convention européenne des droits de l’Homme : un contrôle indirect du droit non-étatique</i> .....	399
Section 1 – La contrariété du droit non-étatique aux libertés protégées par la Convention	
européenne des droits de l’Homme .....	400
§1 – Un programme mondial de lutte contre le dopage <i>a priori</i> conforme aux dispositions de la	
Convention européenne des droits de l’Homme .....	401
A – Une conformité affirmée par la jurisprudence : Conseil d’État, Cour de cassation,	
Tribunal arbitral du sport .....	401
B – Une confirmation doctrinale de conformité du Code mondial antidopage aux droits	
fondamentaux .....	403
§2 – Contrariété potentielle du programme mondial de lutte contre le dopage aux dispositions	
de la Convention européenne des droits de l’Homme .....	404

A – L’obligation de localisation : une contrariété potentielle aux droits au respect à la vie privée et familiale, et à la liberté d’aller et venir.....	406
B – Les contrôles antidopage opérés : une atteinte potentielle à la vie privée et à l’intégrité de la personne .....	409
Section 2 – D’une saisie de la Cour européenne des droits de l’Homme à la modification des règles non-étatiques .....	412
§1 – Contrariété droit non-étatique / droit supra-étatique : détermination hypothétique du raisonnement et de la solution de la Cour européenne des droits de l’Homme.....	412
A – La nécessité du dispositif de lutte contre le dopage en question .....	414
B – L’impossible référence au « consensus européen » en présence d’une règle mondialement adoptée .....	416
§2 – Effets d’une condamnation indirecte des règles non-étatiques par la Cour européenne des droits de l’Homme.....	417
A – Un développement potentiel du contentieux relatif à la lutte contre le dopage.....	417
B – Une condamnation contraignant potentiellement à modifier les règles adoptées : les acteurs non-étatiques sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l’Homme ....	418
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>422</b>
Section 1 – Synthèse de l’étude.....	422
§1 – Trois types de résultats attendus.....	422
A – Construire la notion de droit non-étatique.....	422
B – Expliquer le fonctionnement du droit non-étatique dans les rapports internationaux privés .....	422
C – Analyser les fonctions contributives du droit international privé .....	424
§2 – Deux types de résultats émergents .....	425
A – Une fermeture dominante et persistante au pluralisme juridique .....	425
B – Les fonctionnalités du contrat .....	425
Section 2 – Vers une théorie générale du droit non-étatique.....	426
§1 – Sens et fonctions d’une théorie générale.....	426
A – Un usage pluriel de l’expression « théorie générale ».....	426
B – Les fonctions d’une théorie générale .....	427
§2 – Une théorie générale du droit non-étatique : démarche opératoire et limites de la construction.....	428
A – Démarche méthodologique : proposition d’étapes .....	428
B – Limites actuelles au projet d’une théorie générale du droit non-étatique .....	429
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>431</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE.....</b>	<b>488</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>492</b>