

Chronique de jurisprudence arbitrale

en matière sportive

dirigée par

Mathieu MAISONNEUVE

*Agrégé des facultés de droit
Professeur détaché à l'Université Saint Joseph de Beyrouth*

avec les contributions de

Sébastien BESSON

*Professeur à l'Université de Neuchâtel (Suisse)
Avocat associé, Lévy Kaufmann-Kohler*

Juan de Dios CRESPO PÉREZ

Avocat, Ruiz-Huerta & Crespo (Valence, Espagne)

Franck LATTY

*Professeur à l'Université Paris Nanterre
Directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN)
Membre de la chambre arbitrale et de la conférence des conciliateurs
du CNOSF*

Marc PELTIER

*Maître de conférences à l'Université de Nice Sophia-Antipolis
Directeur du Master 2 « Juriste du sport »*

PLAN

Introduction

I. – La compétence arbitrale

— Tribunal de commerce du Hainaut (Belgique), division Charleroi, 19 janvier 2017, A/16/00141, *Lassana Diarra c/ Union royale belge des sociétés de football association (URBSFA) & Fédération internationale de football association (FIFA)*

— Tribunal suprême espagnol, Chambre du contentieux administratif, 5^e section, sentence n° 708/2017, 25 avril 2017, *Roberto Heras et Béjar & Barcycling Sports SL*

II. – Le tribunal arbitral

[...]

III. – La procédure arbitrale

— Tribunal arbitral du sport, 2015/A/4220, *Club Samsunspor c/ Aminu Umar & FIFA*, sentence du 12 juillet 2016

— Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4580, *Botafogo de Futebol e Regatas c/ Sharjah FC*, sentence du 14 décembre 2016

— Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4501, *Joseph S. Blatter c/ FIFA*, sentence du 5 décembre 2016

IV. – Le droit applicable au fond

— Tribunal arbitral du sport, 2015/A/3874, *Football Association of Serbia (FSS) c/ Union des associations européennes de football (UEFA)*, sentence du 23 janvier 2017

— Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4490, *RFC Seraing c/ FIFA*, sentence du 9 mars 2017

V. – La sentence arbitrale et les voies de recours

— Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4474, *Michel Platini c/ FIFA*, sentence du 16 septembre 2016

— Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2017, *Michel Platini c/ FIFA*

— Audience national espagnole, Chambre du contentieux administratif, 6^e section, sentence du 21 juin 2017, *Marta Dominguez c/ Ministre de l'éducation, de la culture et du sport*

— Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_620/2015 du 13 décembre 2016, *Sporting Clube de Portugal c/ Doyen Sports Investments Limited*

I. – LA COMPÉTENCE ARBITRALE

— **Tribunal de commerce du Hainaut (Belgique), division Charleroi, 19 janvier 2017, A/16/00141, Lassana Diarra c/ URBSFA & FIFA : clause pathologique ; clause par référence ; convention d'arbitrage (absence) ; responsabilité ; droit de l'Union européenne ; principe de libre circulation des travailleurs.**

L'arbitrage TAS est devenu si systématique dans le règlement des litiges sportifs internationaux que l'on en oublierait parfois presque, dans chaque cas d'espèce, de procéder à quelques vérifications élémentaires : existe-t-il bien, ne serait-ce que formellement, une convention d'arbitrage liant les parties et, si oui, sa rédaction exclut-elle bien le recours aux juridictions étatiques ?

De telles vérifications pourraient sembler superflues tant une réponse positive à ces deux questions paraît *a priori* évidente s'agissant d'un litige opposant un footballeur professionnel français de renom (Monsieur Lassana Diarra) à la Fédération internationale de football association (FIFA) : la volonté de la FIFA d'exclure autant que possible la compétence des juridictions étatiques pour les litiges la mettant en cause est bien connue ; près de la moitié des requêtes déposées devant le TAS concernent le football ; les formations arbitrales constituées sous son égide se reconnaissent sans difficultés compétentes ; et le Tribunal fédéral suisse n'a jamais annulé une de leurs sentences au motif que le tribunal se serait « *déclaré à tort compétent* » (art. 190 al. 2 let. b de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)).

C'est pourtant à une double réponse négative qu'est parvenu le Tribunal de commerce du Hainaut afin de rejeter l'exception d'arbitrage soulevée par la FIFA. Un tel rejet, fruit d'un contrôle relativement approfondi exercé pour nier la forcer obligatoire de la clause compromissoire invoquée, n'est pas totalement surprenant : l'effet négatif du principe compétence-compétence n'est en effet pas consacré en droit belge et le raisonnement qu'a suivi le Tribunal est en tout point similaire à celui qui avait déjà été le sien dans l'affaire *Oulmers* (Trib. com. Charleroi, 1^{re} Ch., 15 mai 2006, *SA Sporting du pays de Charleroi et G-14 c/ FIFA*, RG n° A/05/03843, *Rivista di diritto ed economica dello sport*, vol. 2, 2006, n° 2, p. 151). Il contraste toutefois, au moins partiellement, avec la bienveillance dont font preuve certaines juridictions nationales, en particulier suisses, vis-à-vis de l'arbitrage TAS.

A titre principal, la juridiction belge a considéré qu'« *il ne ressort[ait] pas des dispositions alléguées des statuts FIFA [à savoir les articles 66 et 68] de ligne directrice nette dans le sens d'une obligation éventuelle imposée aux joueurs de recourir à l'arbitrage du TAS ; au contraire, l'imprécision des termes de ces dispositions amène le tribunal à la conclusion que ces statuts ne mettent pas clairement à charge des joueurs une telle obligation* ». En premier lieu, l'article 66 (devenu l'article 57

dans la nouvelle version des statuts de la FIFA entrée en vigueur en avril 2016), quoique clair, s'apparente effectivement plus à une offre permanente d'arbitrage de la part de la FIFA qu'à une obligation susceptible de s'imposer à des tiers. La FIFA s'y contente d'affirmer qu'elle « reconnaît » le recours au TAS, notamment en cas de litige avec les joueurs (1). En second lieu, l'article 68 (désormais article 59), quoique rédigé de manière impérative, poserait « *un problème d'interprétation* ». Selon le Tribunal du commerce du Hainaut, si son 1^{er} paragraphe fait bien mention du TAS (2), le fait qu'il ne serait plus question de l'intervention du TAS au 3^e paragraphe de cet article (3) permettrait de douter que l'interdiction générale de recourir aux juridictions étatiques contenue dans son 2^e paragraphe (4) puisse être regardée comme imposant aux joueurs de recourir au TAS.

On peut ne pas être pleinement convaincu par cette dernière explication, ne serait-ce que dans la mesure où, contrairement à ce qu'affirme le tribunal, le 3^e paragraphe de l'article 68 des statuts de la FIFA fait bien mention du TAS, tout en laissant ouverte, il est vrai, la possibilité de désigner une autre institution d'arbitrage. On ne peut en revanche guère nier que, interpréter cet article comme contenant une clause compromissoire en faveur du TAS impérative pour les joueurs, n'avait rien d'évident. Les obligations contenues dans ses 1^{er} et 3^e paragraphes ne s'adressent directement qu'aux confédérations, fédérations et ligues, et, si son 2^e paragraphe est certes plus général, même en faisant abstraction du contexte dans lequel il s'insère, il ne constitue, à s'en tenir à sa lettre, qu'une clause de renonciation au juge étatique, non une clause compromissoire.

Comme le souligne la juridiction belge, l'article 67 des statuts de la FIFA (désormais article 58) renforce par contraste les doutes que l'on peut avoir quant à la portée des articles 66 et 68. Selon cet article, « *tout recours contre les décisions prises en dernière instance par la FIFA,*

(1) « 1. La FIFA reconnaît le recours au Tribunal arbitral du sport (TAS), tribunal arbitral indépendant ayant son siège à Lausanne (Suisse), en cas de litige entre la FIFA, les membres, les ligues, les clubs, les joueurs, les officiels, les agents organisateurs de matches licenciés et les intermédiaires ».

(2) « 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 ».

(3) « Les associations sont tenues d'intégrer, dans leurs statuts ou leur réglementation, une disposition qui, en cas de litige concernant les ligues, les membres des ligues, les clubs, les membres des clubs, les joueurs, les officiels et autres membres de l'association, interdit le recours à des tribunaux ordinaires dans la mesure où la réglementation de la FIFA ainsi que des dispositions juridiques contraignantes ne prévoient pas ni ne stipulent expressément la saisine de tribunaux ordinaires. Une juridiction arbitrale doit ainsi être prévue en lieu et place des tribunaux ordinaires. Les litiges susmentionnés devront être adressés soit au TAS, soit à un tribunal arbitral ordinaire et indépendant reconnu par la réglementation d'une association ou d'une confédération ».

(4) « Tout recours devant un Tribunal ordinaire est interdit, sauf s'il est spécifiquement prévu par les règlements de la FIFA ».

notamment les instances juridictionnelles, ainsi que contre des décisions prises par les confédérations, les associations membres ou les ligues doit être déposé auprès du TAS [...] ». Autrement dit, lorsque la FIFA veut imposer aux joueurs de recourir au TAS à l'exclusion de toute autre juridiction, elle sait ne laisser place à aucune ambiguïté. De là à en déduire que, *a contrario*, hors des litiges visés par cet article, les joueurs auraient le choix de recourir à l'arbitrage ou aux juridictions étatiques, il n'y a qu'un pas que le Tribunal de commerce du Hainaut a décidé de franchir.

En l'espèce, le recours dont il était saisi ne visait en effet pas à obtenir l'annulation ou la réformation d'une décision de la FIFA. Il s'agissait d'une action en responsabilité dirigée contre la FIFA et l'Union royale belge des sociétés de football association (URBSFA). Le demandeur, Monsieur Lassana Diarra, reprochait plus précisément à ces deux institutions sportives d'avoir commis des fautes qui auraient eu pour conséquence de l'empêcher d'exercer son métier de footballeur pendant la saison 2014-2015 et notamment de s'engager avec le club belge du *Sporting Charleroi* à compter du 30 mars 2015. Selon M. Diarra, qui était alors sans employeur depuis que le *Lokomotiv Moscou* avait résilié son contrat de travail le 22 août 2014, si aucun club n'avait pris le risque de le recruter, c'était en raison du refus de la FIFA et de l'URBSFA de prendre position sur le fait que le nouveau club qui l'embaucherait ne saurait en tout état de cause être solidairement tenu au paiement de l'indemnité de 20 millions d'euros que réclamait le club moscovite au joueur devant la Chambre de résolution des litiges de la FIFA. Ce n'est en effet qu'après que cette dernière instance eut, le 10 avril 2015, condamné M. Diarra à verser 10,5 millions d'euros à son ancien club pour « *rupture de contrat sans juste cause* », en application de l'article 17.1 du règlement FIFA sur le statut et le transfert des joueurs, tout en excluant expressément que son futur club puisse en être reconnu débiteur solidaire, malgré les termes pourtant clairs de l'article 17.2 du même règlement, qu'il s'est engagé pour la saison 2015-2016 avec l'*Olympique de Marseille*.

Face à une clause compromissoire que l'on peut qualifier de pathologique, le Tribunal de commerce du Hainaut a décidé, comme en 2006 dans l'affaire *Oulmers* (précitée), que le doute, que la FIFA n'avait pas pris soin de corriger, ne devait pas profiter à la compétence arbitrale. De prime abord, ce choix paraît trancher avec la volonté d'autres juridictions de guérir autant que possible de telles clauses (v. notamment, dans le domaine sportif, Trib. féd. suisse, arrêt 4A_246/2011 du 7 novembre 2011, *Rev. arb.*, 2012.649, note S. Besson ; arrêt 4A_90/2014 du 9 juillet 2014 ; v. également Cass. française, civ. 1^{re}, 27 février 2013, *Office des faillites du canton de Genève c/ Racing club de Lens*, pourvoi n° 12-13912, *Rev. arb.*, 2013.793, note M. Maisonneuve). Ce n'est toutefois pas certain. Dans les trois décisions précitées, il s'agissait de clauses compromissoires insérées dans des contrats commerciaux, non de dispositions de statuts destinées à s'appliquer à une multitude de parties indéterminées, et, surtout, il s'agissait de clauses dont le caractère

impératif ne faisait pas de doute : c'était l'institution désignée pour connaître du litige qui posait problème, non l'obligation arbitrale elle-même.

A titre surabondant, le Tribunal de commerce du Hainaut a tenu à ajouter que, même à les interpréter comme contenant une clause compromissoire obligatoire en faveur du TAS, les articles 66 et 68 des statuts de la FIFA n'auraient de toute façon pas été opposables à M. Diarra. Selon le Tribunal, la FIFA ne pouvait en effet sérieusement contester « *qu'il n'exist[ait] aucun lien contractuel entre M. Diarra et elle-même. On n'aperçoit donc pas comment, dans ces conditions, une clause d'arbitrage pourrait être opposée à M. Diarra puisqu'une telle clause résulte nécessairement et obligatoirement d'un lien conventionnel, quelle que soit la manière dont il s'est formé* ».

Le constat de l'absence de lien contractuel entre la FIFA et le joueur ne souffre guère la contestation. La FIFA est une association de droit suisse constituée, non de personnes physiques, mais d'autres associations, à savoir les fédérations nationales et confédérations continentales de football. Ce n'est donc que par un contrat particulier, distinct du contrat d'association, que les joueurs peuvent éventuellement être juridiquement liés à la FIFA, contrat qui en l'espèce faisait apparemment défaut.

La conséquence radicale que la juridiction belge a tirée de ce constat mérite en revanche l'attention. En exigeant une convention d'arbitrage liant directement les parties en litige, elle refuse en effet toute forme d'arbitrage « *without privity* » en matière sportive. La FIFA ne prétendait pas que M. Diarra fût directement lié par ses statuts. Elle prétendait qu'il l'était indirectement, en sa qualité de licencié de la Fédération française de football (FFF).

L'argument était ici d'autant plus intéressant qu'il n'était pas nécessaire, pour le retenir, d'aller jusqu'à accepter l'idée, chère aux arbitres du TAS, selon laquelle le fait pour un sportif de se licencier auprès d'une fédération nationale entraînerait automatiquement, non seulement l'obligation de respecter les statuts et règlements de cette dernière, mais également, par ricochet, ceux de la fédération internationale (et le cas échéant de la confédération continentale) dont sa fédération nationale est membre. Il existait en effet dans les statuts de la FFF jusqu'au début de la saison 2016-2017, et il existe désormais dans ses règlements généraux, une disposition aux termes de laquelle « *les litiges internationaux sont traités par les organes idoines de l'U.E.F.A. ou de la F.I.F.A. et, cas échéant, par le Tribunal Arbitral du Sport* » (règlements généraux, saison 2017-2018, « *Dispositions F.I.F.A./U.E.F.A.* », p. 75). Que l'on y voie une clause compromissoire se suffisant à elle-même ou, comme la FIFA semblait l'affirmer, une clause compromissoire par référence à la clause TAS contenue dans ses statuts, l'existence d'une obligation arbitrale matériellement applicable au litige en cause, découlant du lien unissant M. Diarra à la FFF, n'était ainsi pas dénuée de tout fondement.

Il est vrai que la nature juridique particulière de la relation entre la FFF et les joueurs licenciés auprès d'elle n'incitait guère à déceler une acceptation conventionnelle par M. Diarra de la compétence du TAS. A la différence d'autres droits, notamment du droit suisse, la licence délivrée par une fédération nationale, n'est pas, en droit français, en tout cas lorsqu'elle est délégataire de service public, considérée comme un contrat, mais comme un acte administratif unilatéral entraînant la soumission aux règles de la fédération concernée (CE, 31 mai 1989, *Union sportive de Vandœuvre, Leb.*, p. 136 ; *AJDA*, 1989.478, chron. E. Baptiste et E. Honorat ; *D.*, 1990, somm., p. 394, obs. J.-F. Lachaume). Le refus du Tribunal de commerce du Hainaut d'admettre qu'une obligation arbitrale puisse être opposée à M. Diarra par la FIFA semble toutefois sans lien avec ces considérations particulières. Cette obligation arbitrale aurait-elle trouvé sa source dans un véritable contrat entre le joueur et sa fédération nationale que cela n'y aurait probablement rien changé. Ce qu'affirme exiger la juridiction belge, pour qu'une fédération internationale puisse opposer une obligation arbitrale à un joueur, c'est qu'elle soit contenue dans un contrat conclu entre eux. Autrement dit, il ne suffit pas qu'ils aient chacun consenti à l'arbitrage ; encore faut-il qu'il y ait eu un échange des consentements.

Cette position peut se réclamer de l'effet relatif des contrats. Elle n'en diffère pas moins de celle du Tribunal fédéral suisse qui, au nom de l'opportunité, n'hésite pas à prendre quelques libertés parfaitement assumées avec l'orthodoxie juridique. Le Tribunal fédéral examine ainsi « avec "bienveillance" le caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive, dans le but de favoriser la liquidation rapide des litiges par des tribunaux spécialisés présentant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, tel le TAS. Le libéralisme qui caractérise sa jurisprudence en ce domaine [...] se manifeste notamment dans la souplesse avec laquelle cette jurisprudence traite le problème de la clause arbitrale par référence [...] ; il apparaît également en filigrane dans le principe jurisprudentiel selon lequel, suivant les circonstances, un comportement donné peut suppléer, en vertu des règles de la bonne foi, à l'observation d'une prescription de forme » (arrêt 4A_428/2011 du 13 février 2012, *X. Malisse et Y. Wickmayer c/ AMA et Fédération flamande de tennis*, consid. 3.2.3 ; *Rev. arb.*, 2012.653, note S. Besson). Il en résulte que, à la différence du Tribunal de commerce du Hainaut, le Tribunal fédéral suisse admet très bien qu'une clause compromissoire découlant du lien unissant un joueur à sa fédération nationale puisse donner naissance à une obligation arbitrale opposable par la fédération internationale de la discipline concernée.

Il est vrai que la réalité des liens qui unissent les membres du Mouvement sportif sont de toute façon plutôt de nature institutionnelle (v. M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, n° 365 et s.) et qu'il y a quelque chose d'excessif à faire preuve d'un formalisme contractuelle trop rigoureux en ce domaine. Néanmoins que l'on puisse s'accommoder d'un formalisme douteux, est une chose ; que l'on n'exige

pas des institutions sportives internationales qu'elles rédigent au moins clairement les clauses compromissaires de leurs statuts et règlements en est une autre, qui avait quoi qu'il en soit déjà suffi au Tribunal de commerce du Hainaut pour rejeter l'exception d'arbitrage soulevée devant lui par la FIFA.

Sur le fond, la juridiction belge a partiellement donné gain de cause à M. Diarra. Celle-ci a en effet considéré que les dispositions du règlement de la FIFA sur le statut et le transfert des joueurs, qui prévoient une responsabilité solidaire du nouveau club d'un joueur ayant rompu « *sans juste cause* » son contrat avec un autre (art. 17.2) ainsi que des sanctions disciplinaires pour ce club (art. 17.4), étaient contraires au droit de l'Union européenne, plus précisément au principe de libre circulation des travailleurs. Ce faisant, elle a jugé que la FIFA, en édictant ces dispositions et en refusant, jusqu'à la décision de sa chambre de résolution des litiges en date du 10 avril 2015, de les déclarer inapplicables au cas de M. Diarra, ainsi que l'URBSFA pour cette dernière raison seulement, avaient commis une faute qui, par son effet dissuasif sur de potentiels employeurs, avait empêché le joueur de retrouver un club pour la saison 2014-2015.

Néanmoins, si le Tribunal de commerce du Hainaut a reconnu la compétence des juridictions belges, sur le fondement de l'article 5.3 de la Convention de Lugano, alors que la FIFA défendait la compétence exclusive des juridictions suisses, à défaut de celle du TAS, c'est uniquement à concurrence du dommage subi par M. Diarra en Belgique. En conséquence, la réparation du dommage a été limitée à celui né du renoncement du *Sporting Charleroi* à engager le joueur à compter du 30 mars 2015, comme ce club lui en avait fait l'offre sous condition que la FIFA et l'URBSFA lui garantissent qu'il ne serait pas tenu solidairement responsable de l'indemnité due au *Lokomotiv Moscou*. Selon le Tribunal, ce dommage était constitué, d'une part, de la perte de la rémunération que M. Diarra aurait perçue du club belge jusqu'à ce qu'il s'engage avec l'*Olympique de Marseille* (OM) fin juillet 2015 (soit 60000 euros correspondant à un salaire mensuel de 15000 euros bruts pendant 4 mois), et, d'autre part, de la perte de chance de montrer ses talents pendant les derniers mois du championnat belge, ce qui aurait pu lui permettre d'intéresser un grand club européen, susceptible de lui proposer une prime à la signature plus importante et un salaire encore supérieur aux montants obtenus du club marseillais (faute d'éléments de preuve suffisants sur cette dernière partie du préjudice, le Tribunal n'a toutefois accordé qu'un euro à titre provisionnel à M. Diarra et a renvoyé l'affaire au rôle pour le surplus).

La prime à la signature versée par l'OM au joueur ayant été évaluée par la presse à 4 millions d'euros et son salaire annuel à 2 millions d'euros bruts, il y a fort à parier que, compte tenu de la relative faiblesse de l'exposition médiatique du championnat de Belgique, l'indemnisation finale ne sera guère supérieure à la somme provisionnelle de 60001 euros qui lui a déjà été accordée. Certes, M. Diarra gardera la possibilité, pour

obtenir réparation de la totalité du préjudice de 6 millions d'euros qu'il estime avoir subi, de s'adresser à d'autres juridictions, par exemple aux juridictions de pays dans lesquels le dommage se serait également réalisé (notamment les juridictions italiennes, anglaises et écossaises, compte tenu de l'intérêt qu'avaient manifesté les clubs de l'*Inter Milan*, de *West Ham United* et du *Celtic Glasgow* pour embaucher M. Diarra lors de la saison 2014-2015, avant d'y renoncer). Mais n'aurait-il pas été plus simple de saisir le TAS dès le début ? Avant même que Tribunal de commerce du Hainaut ne les déclare contraires au droit de l'Union européenne, une formation arbitrale du TAS avait en effet déjà estimé que les dispositions concernées du règlement FIFA sur le statut et le transfert des joueurs portaient atteinte au principe fondamental de la liberté de circulation des joueurs (CAS 2013/A/3365 *Juventus FC c/ Chelsea FC*, sentence du 21 janvier 2015 ; *Rev. arb.*, 2015.940, note M. Peltier).

Mathieu MAISONNEUVE

— **Tribunal suprême espagnol, Chambre du contentieux administratif, 5^e section, sentence n° 708/2017, 25 avril 2017, Roberto Heras et Béjar & Barcycling Sports SL : arbitrage obligatoire ; consentement ; compétence ; dopage ; ordre public.**

L'affaire commentée intéresse les rapports parfois complexes qu'entretiennent les droit étatiques, ici le droit administratif espagnol, avec le droit international sportif, en particulier sous l'angle de la compétence du Tribunal arbitral du sport (TAS) pour juger d'une sanction disciplinaire prise par une fédération nationale pour des faits de dopage commis à l'occasion d'une compétition internationale.

Tout commence par un contrôle anti-dopage auquel s'est soumis M. Roberto Heras, après la vingtième étape du Tour d'Espagne cycliste (la *Vuelta*) le 17 septembre 2005. Les échantillons d'urine sont envoyés au laboratoire de contrôle du dopage du Conseil supérieur du sport et révèlent la présence d'une substance interdite. La Fédération espagnole de cyclisme (RFEC) initie alors une procédure disciplinaire le 2 décembre 2005 qui se termine par une sanction de deux ans de suspension pour infraction aux articles 15.1 et 15.2 du règlement antidopage de l'Union cycliste internationale (UCI).

Selon le droit administratif espagnol, une sanction disciplinaire d'une fédération sportive nationale peut faire objet d'un recours devant le Comité espagnol de discipline sportive (CEDD), ce que le cycliste décida de faire. Mais, à sa grande surprise, le Comité se déclara incompétent au motif que la RFEC avait agi par délégation de l'UCI, la *Vuelta* étant une compétition internationale, et que le règlement antidopage de l'UCI, sur laquelle elle a d'ailleurs fondé sa décision, prévoyait dans son article 2 le recours obligatoire au TAS. En appel devant le Tribunal supérieur de justice de Valladolid, le cycliste obtint l'annulation de cette décision d'incompétence du CEDD ainsi que, en

raison d'irrégularités dans la prise des échantillons, de la sanction de la RFEC, ce que confirma le 11 décembre 2012 le Tribunal suprême en rejetant le pourvoi en cassation introduit devant lui.

Un an plus tard, le 10 décembre 2013, le sportif et sa société formèrent une réclamation indemnitaires contre l'Etat (dont le CEDD est un organe), en réparation du préjudice subi du fait de la sanction annulée, préjudice évalué à 1 079 048,86 euros. Cette première réclamation, faite devant le Conseil supérieur du sport, fut rejetée par son Secrétaire général le 30 octobre 2014. En appel, la juridiction du contentieux administratif compétente condamna en revanche l'Etat au versement d'une somme totale de 724 904,86 euros, ce que le Tribunal suprême a confirmé dans l'arrêt commenté.

Toute cette bataille juridique peut se résumer en quelques points :

1. La décision, comme celle du Tribunal supérieur de Justice de Valladolid, rappelle qu'il convient d'être particulièrement vigilant lorsque l'on effectue un contrôle antidopage. Ici, la confidentialité à l'égard du sportif n'avait pas été respectée, des données personnelles non essentielles apparaissaient alors qu'elles n'étaient pas nécessaires. Il n'y a pas de « protection » du dopage en Espagne, mais bien, au contraire, une protection des droits individuels.

2. Comme la décision provenait d'une fédération espagnole, le CEDD était compétent pour en connaître sans que la clause compromissoire du règlement antidopage de l'UCI en faveur du TAS puisse s'y opposer. L'arrêt du Tribunal suprême est sur ce point particulièrement intéressant.

Premièrement, il rappelle que l'arbitrage obligatoire est contraire à l'article 24 de la Constitution espagnole. Seul l'arbitrage auquel les parties ont donné leur consentement libre et volontaire est valable. Or, dans le cas présent, le coureur n'avait pas d'autre choix que d'accepter la clause compromissoire du règlement antidopage de l'UCI pour pouvoir exercer sa profession, en l'occurrence disputer la *Vuelta*. De plus, sa licence pour l'année 2005 ne mentionnait pas, à la différence des années précédentes, l'obligation de recourir au TAS en cas de différend.

Deuxièmement, il affirme que la compétence des organes administratifs et juridictionnels espagnols pour statuer sur des sanctions disciplinaires prononcées par des fédérations nationales est, sur la base du décret royal du 30 décembre 1991 sur les fédérations sportives, d'ordre public.

Troisièmement, et cela rassurera ceux qui craignent un laxisme des autorités espagnoles à l'égard du dopage, le Tribunal suprême indique très clairement que les fédérations sportives internationales ont la possibilité de faire appel devant le TAS si elles estiment que la sanction disciplinaire prononcée est trop faible.

Juan de Dios CRESPO PEREZ

II. – LE TRIBUNAL ARBITRAL

(...)

III. – LA PROCÉDURE ARBITRALE

— **Tribunal arbitral du sport, 2015/A/4220, *Club Samsunspor c/ Aminu Umar & FIFA*, sentence du 12 juillet 2016 ; et Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4580, *Botafogo de Futebol e Regatas c/ Sharjah FC*, sentence du 14 décembre 2016 : exclusion de preuves ; recevabilité de documents produits tardivement ; autorité de la chose jugée d'une décision associative ; compatibilité de l'art. R 57 (3) Code TAS avec l'ordre public procédural suisse ; résiliation d'un contrat de travail pour juste cause.**

Dans la première affaire ici commentée (2015/A/4220), un litige relatif à la résiliation d'un contrat entre le joueur *Aminu Umar* (le « Joueur ») et le club turc *Samsunspor* (le « Club ») donne au TAS l'occasion de se prononcer sur la recevabilité de documents produits tardivement, notamment sous angle de l'article 57 (3) du Code TAS tel que modifié en 2013. Le TAS rappelle aussi certains principes relatifs à la notion de « juste cause » et à l'application de l'article 17 du règlement FIFA sur le Statut et le Transfert des Joueurs (RSTJ).

Les faits étaient relativement simples. Le Joueur et le Club étaient liés par un contrat de travail (le « Contrat »). Le Club était en retard dans le paiement du salaire et de diverses sommes dues au Joueur. Le 17 novembre 2014, le Joueur a mis le Club en demeure de payer l'intégralité des montants réclamés, soit EUR 75000.-, incluant trois mois d'arriérés de salaire, dans un délai de sept jours.

Le 25 novembre 2014, n'ayant pas reçu les montants réclamés, le Joueur a résilié le Contrat avec effet immédiat. Il a par la suite ouvert action devant de la Chambre de Résolution des Litiges de la FIFA (CRL). Le Joueur a réclamé le paiement de EUR 525000.-. Cette somme incluait le montant de EUR 75000.- réclamé au titre des arriérés ainsi que des dommages pour rupture anticipée du Contrat. Le Club n'a pas présenté d'arguments de défense devant la FIFA.

La CRL a partiellement admis l'action du Joueur et a condamné le Club à payer EUR 75000 pour les arriérés de salaire ainsi que EUR 30000.- à titre de dommages pour la fin prématurée du Contrat. Une sanction sportive a également été prononcée contre le Club.

Le Club a fait appel auprès du TAS de la décision de la CRL. Dans son Mémoire d'Appel, le Club a produit un relevé bancaire indiquant que le Club aurait versé au Joueur le 27 novembre 2014 un montant d'EUR 30000.-. Ce document n'avait pas été produit devant la FIFA (Sentence, § 53).

Plus tard dans la procédure, le Club a produit un autre document, daté du 13 janvier 2015, et intitulé « *payment document* ». Ce document indiquait que le Club aurait payé un autre montant supplémentaire de EUR 45000.- au Joueur. Ce second document n'avait pas non plus été produit devant la FIFA.

La recevabilité des documents précités était litigieuse dans l'arbitrage devant le TAS.

En ce qui concerne le premier document, l'Arbitre était confronté à la validité et à la portée de l'article 57 (3) du Code TAS introduit en 2013 et qui permet au TAS d'exclure des preuves qui auraient pu être présentées devant l'instance précédente. Cette disposition prévoit ce qui suit : « *La Formation peut exclure des preuves présentées par les parties si ces dernières pouvaient en disposer ou si elles auraient raisonnablement pu les découvrir avant que la décision attaquée ne soit rendue* ». Elle introduit une entorse au pouvoir du TAS de revoir la cause *ab ovo*.

Cette exclusion des preuves répond à un souci d'efficacité mais elle ne va pas sans soulever de sérieux doutes théoriques. En effet, les procédures préalables à l'appel au TAS ne sont, en règle générale, pas de véritables procédures juridictionnelles (arrêt du Tribunal fédéral (TF) non publié 4A_222/2015, consid. 3.2.3.1 : « *les organes juridictionnels d'associations sportives [...] ne constituent pas de véritables tribunaux arbitraux et leurs décisions ne sont que de simples manifestations de volonté émises par les associations intéressées, autrement dit des actes relevant de la gestion et non des actes judiciaires* » ; D. Oswald, « Le pouvoir juridictionnel des organisations sportives et ses limites », in Publication FSA, vol. 18, 2003 (Droit et sport), Bern : SAV, 2003, p. 45). Elles constituent des procédures purement associatives qui n'aboutissent pas à une décision de nature juridictionnelle mais à une décision prise par un organe de l'association (on peut cependant relever que le Tribunal fédéral suisse a indiqué qu'une décision rendue par la Chambre de Résolution des Litiges de la FIFA pouvait acquérir « *l'autorité de la chose jugée* » (ATF 140 III 520, consid. 3.2.2 : « [L]e retrait de l'appel du joueur, suivi de la radiation de la procédure d'appel, avait mis un terme à cette procédure d'appel, si bien que la décision de première instance était, depuis lors, revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'égard du joueur et du recourant ») ; il s'agit sans doute d'un abus de langage car une telle décision associative ne saurait avoir d'autorité de la chose jugée à proprement parler. En revanche, la décision associative, non appelée devant le TAS, ne pourra plus ensuite être remise en cause, ce qui pourrait lui conférer une certaine forme d'autorité de la « chose décidée ». La procédure devant le TAS est donc la première occasion pour les parties de soumettre leur cas à une autorité présentant les caractéristiques d'une autorité juridictionnelle, notamment du point de vue des garanties d'indépendance et d'impartialité. Même lorsqu'une association attribue la compétence pour régler certains litiges et administrer les procédures associatives à des organes spécialisés (parfois

qualifié indûment de « tribunaux » ou d'organes « juridictionnels », ceux-ci demeurent des organes associatifs et ils ne sauraient être qualifiés de tribunaux arbitraux.

En outre, on constate une grande disparité dans les procédures mises en place par les organisations sportives, notamment les fédérations internationales. Certaines procédures, comme celles de la FIFA ou de l'UEFA, sont régies par des textes détaillés et administrées par des personnes formées et compétentes. D'autres sont réglées de façon rudimentaire et soumises à des organes qui ne sont pas spécialement dédiés au règlement des litiges et qui exercent par ailleurs des fonctions politiques dans l'association (par exemple le secrétaire général, auquel on confère le pouvoir d'administrer les procédures disciplinaires).

Dans un tel contexte, le plaideur peut ainsi légitimement hésiter à présenter devant l'organe associatif des preuves (par exemple des témoignages ou une expertise) dont il sait pertinemment qu'elles ne seront pas prises en compte ou appréciées à leur juste valeur. En pratique, il est également fréquent qu'une partie ne soit pas assistée par un avocat lors de la phase devant l'association et qu'elle consulte un mandataire professionnel au moment de procéder devant le TAS.

La doctrine plaide pour un usage restrictif de l'exclusion des preuves sur le fondement de l'article 57 (3) du Code TAS. Rigozzi/Hasler considèrent que cette faculté doit être mise en œuvre « *with restraint, so as not to impinge upon the fundamental principle of de novo review by the CAS* » et que le pouvoir discrétionnaire d'exclure des preuves devrait se limiter aux cas où « *the adducing of pre-existence evidence constitutes a clearly abusive or otherwise unacceptable procedural conduct by a party* ». Ils ajoutent que cette faculté d'exclure des pièces « *arguably makes sense* » lorsque le TAS agit comme autorité arbitrale de seconde instance, ce qui est très rare en pratique pour les raisons indiquées ci-dessus (Rigozzi/Hasler ad art. R57 Code TAS, pp. 1036 s., para. 4, in : *Arbitration in Switzerland : the practitioner's guide*, Manuel Arroyo [ed.], Alphen aan den Rijn : Wolters Kluwer, Law & Business, 2013).

Mavromati/Reeb partagent cette interprétation restrictive. Ils considèrent que la faculté introduite à l'article 57 (3) d'exclure des preuves non produites dans la procédure associative conduisant à la décision attaquée devrait se limiter à des circonstances exceptionnelles et être utilisée « *as a safeguard in order to avoid abusive conduct by one of the parties* ». Le respect de la bonne foi serait ainsi l'élément déterminant dans l'application de l'article 57 (3) du Code TAS (D. Mavromati et M. Reeb, *The Code of the Court of Arbitration for Sport, Commentary, Cases and Materials*, 2015, ad art R57, p. 522, para. 53). Dans une contribution spécifiquement consacrée à ce sujet (D. Mavromati, « The Panel's right to exclude evidence based on Article R57 para. 3 CAS Code : a limit to CAS' full power of review ? », *Bulletin TAS*, no. 1, 2014, pp. 52-59), Mavromati considère également, à notre

avis à juste titre, que le TAS n'a pas le pouvoir d'écarter une preuve (par exemple un témoignage) lorsque cette preuve était inadmissible devant l'instance associative (D. Mavromati, p. 52).

La tendance majoritaire dans la jurisprudence du TAS suit la doctrine et estime que la faculté d'écarter des preuves selon l'article 57 (3) doit s'interpréter restrictivement et se justifie lorsque le comportement de la partie est abusif ou constitue un comportement procédural inacceptable (« *otherwise unacceptable procedural conduct* ») (CAS 2014/A/3518, *Zamalek Sporting Club v. Accra Hearts of Oak Sporting Club*, sentence du 31 octobre 2014, para. 47 ; CAS 2014/A/3634, *FC Rubin Kazan v. Fatih Tekke*, sentence du 11 mars 2015, para. 42 ; CAS 2014/A/3701, *Genoa Cricket and Football Club S.p.A. v. AC Sparta Praha*, sentence du 11 mai 2015, par. 51, précisant que la preuve n'est pas inadmissible lorsque la partie, après avoir examiné la décision attaquée, recueille des preuves additionnelles qui sont « *completely in line* » avec les arguments et preuves présentés devant l'instance associative, en l'occurrence de la FIFA ; CAS 2014/A/3740, *PFC CSKA Sofia v. Nilson Antonio De Veiga Barros & Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, sentence du 8 septembre 2015, para. 83 ; CAS 2016/A/4580, *Botafogo de Futebol e Regatas v. Sharjah FC*, sentence du 14 décembre 2016, para. 81). Toutefois, d'autres décisions ont exprimé une opinion différente et semblent admettre plus facilement l'irrecevabilité de preuves non soumises devant l'instance associative. Ainsi, dans l'affaire *Jan Lach*, l'arbitre unique a considéré qu'il fallait établir une « *balance of prejudice / hardship* » pour décider de l'admissibilité des preuves et que le comportement abusif de la partie n'était pas « *a pre-condition for the exclusion of newly presented evidence* » (CAS 2015/A/4303, *Jan Lach v. World Archery Federation (WAF)*, sentence du 29 janvier 2016, par. 40 let. f). Dans l'affaire *Shahrdari Bandar*, la Formation a estimé, encore plus largement, qu'un document ne peut être produit en procédure d'appel que s'il n'existait pas au moment de la procédure de première instance ou s'il n'était pas en possession de la partie souhaitant s'en prévaloir devant le TAS (CAS 2014/A/3804, *Shahrdari Bandar Abbas v. Carlos Fabian Leeb*, sentence du 29 avril 2016, par. 46). Cette dernière jurisprudence fait une lecture erronée de l'article 57 (3) du Code TAS et méconnaît la nature de la procédure au TAS, qui est certes une procédure « d'appel » mais qui est plus fondamentalement la première occasion pour le plaideur de soumettre son cas à une autorité juridictionnelle proprement dit.

La compatibilité de l'article 57 (3) du Code TAS a été examinée par le Tribunal fédéral suisse sous l'angle de l'ordre public procédural (arrêt du TF non publié 4A_246/2014 du 15 juillet 2015, consid. 7). Le recourant faisait valoir que le droit d'accès à un arbitre disposant d'un plein pouvoir d'examen faisait partie de l'ordre public procédural et que, en excluant certaines preuves sur la base de l'article 57 (3) du Code TAS, la Formation avait privé le recourant de son droit d'accès à un juge indépendant et impartial. Le Tribunal fédéral a rejeté l'argument. Il a

considéré qu'il était « *concevable et admissible* » que les parties s'accordent « *directement ou par le bais de leur soumission à un règlement d'arbitrage* » pour « *limiter la cognition du tribunal, qu'il s'agisse de l'objet de son examen et/ou de la profondeur de celui-ci* ». Il faut ajouter que le Tribunal fédéral suisse, s'il a admis la validité de l'article 57 (3) du Code TAS, n'a en revanche pas défini comment le TAS devait exercer son pouvoir discrétionnaire, cette question n'étant pas susceptible d'être revue dans un recours contre une sentence arbitrale internationale.

Dans la première affaire ici commentée (2015/A/4220), l'Arbitre a estimé que le document du 27 novembre 2014 devait être déclaré irrecevable. L'Arbitre n'a pas admis les explications du Club selon lesquelles le document n'avait pas été produit en raison de difficultés de communication et d'organisation liées à une réorganisation administrative du Club.

Selon l'Arbitre (Sentence, § 60), le comportement du Club serait « *inacceptable et son seul risque* », et il démontrait « *une négligence sévère à l'égard de ses devoirs procéduraux durant la procédure devant la CRL et le TAS* ».

A notre avis, le raisonnement et la motivation de l'Arbitre sont critiquables. Suivant la tendance majoritaire dans la jurisprudence du TAS, l'Arbitre aurait dû examiner et expliquer en quoi le comportement du Club était « abusif », étant entendu qu'une simple négligence organisationnelle ne saurait selon nous être qualifiée d'abusive en tant que telle.

Par ailleurs, il nous semble que, en lien avec l'examen du comportement « abusif », les conséquences de l'admission (ou du refus) des pièces dans la procédure sont pertinentes pour analyser leur recevabilité. L'irrecevabilité des preuves devrait se limiter aux cas où la production de moyens de preuves nouveaux entraîne une complication excessive de la procédure ou un préjudice sérieux pour les Parties à la procédure.

En l'espèce, la production « tardive » par le Club n'avait pas entraîné de préjudice ou de complication excessive de la procédure dès lors que le moyen de preuve omis consistait en un seul document bancaire établissant, prétendument, le paiement des montants litigieux.

A titre de contre-exemple, on pourrait imaginer le cas d'une partie qui, pour des raisons stratégiques illégitimes (que l'on pourrait alors qualifier d'abusives), opérerait un changement radical dans sa ligne d'arguments, produisant des moyens de preuve abondants pour la première fois devant le TAS, par exemple des expertises de droit de la concurrence tendant à démontrer le caractère illégal et anti-concurrentiel de la décision attaquée, alors que de tels arguments n'auraient pas été présentés devant les organes de l'association. On pourrait alors considérer que le comportement d'un tel plaideur entre dans le cadre du comportement que l'article 57 (3) du Code TAS tend à éviter. Encore faudrait-il, dans l'exemple précité, que l'instance associative soit en

mesure d'examiner sérieusement les arguments de droit de la concurrence. En effet, si le plaideur peut raisonnablement conclure que certaines preuves ou certains arguments ne seront pas sérieusement pris en considération devant l'instance associative (en raison des personnes en charge du dossier, du type de procédure mis en place ou pour toute autre raison), on ne pourra pas exiger de lui qu'il fasse valoir ces preuves ou arguments, et il serait inadmissible de déclarer ensuite que certaines preuves sont irrecevables devant le TAS sur le fondement de l'article 57 (3) du Code TAS.

En ce qui concerne le second document du 13 janvier 2015, l'Arbitre a fait application de l'article 56 (1) du Code TAS qui prévoit que « *sauf accord contraire des parties ou décision contraire du/de la Président(e) de la Formation commandée par des circonstances exceptionnelles, les parties ne sont pas admises à compléter ou modifier leurs conclusions ou leur argumentation, ni à produire de nouvelles pièces, ni à formuler de nouvelles offres de preuves après la soumission de la motivation d'appel et de la réponse* ».

Il a considéré que les « *difficultés administratives et économiques* » alléguées par le Club ne constituaient pas des « *circonstances exceptionnelles* » tout en relevant que le Club n'avait pas allégué que le document était inaccessible avant le dépôt du Mémoire d'Appel. Il a ainsi écarté cette preuve sans examiner sa recevabilité sous l'angle de l'article 57 (3) du Code TAS.

Comme celle de l'article 57 (3) du Code TAS, la règle de l'article 56 (1) du Code TAS pose des questions sous l'angle du droit d'être entendu. Son application doit en tous les cas être tempérée par le « droit de réplique » qui est consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH, Troisième Section, *Affaire C.M. c/ Suisse*, arrêt du 17 janvier 2017, par. 38 ss. et les réf. citées ; CourEDH, *Schaller-Bossert c/ Suisse*, arrêt du 28 octobre 2010, par. 39 s. ; CourEDH, *Nideröst-Huber c/ Suisse*, arrêt du 18 février 1997, par. 24). Par ailleurs il nous paraît critiquable de mettre sur le même pied, comme le fait l'article 56 (1) du Code TAS, les « *conclusions* » (nouvelles ou modifiée), l'« *argumentation* », les « *nouvelles pièces* » ou « *les nouvelles offres de preuve* ». Il est manifestement très différent de modifier ses conclusions, d'amener un argument nouveau dans le débat, ou de produire des preuves nouvelles. En ce qui concerne l'argumentation juridique, on peut aussi noter la tension entre l'article 56 (1) du Code TAS et le principe *jura novit curia* dont l'application à l'arbitrage international a été reconnue par la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir notamment arrêt du TF 4A_716/2016 du 26 janvier 2017, consid. 3.1 et 4A_202/2016 du 3 août 2016, consid. 3.1). Sans doute faut-il considérer que l'article 56 (1) du Code TAS entraîne une dérogation au principe *jura novit curia* en matière d'arbitrage du sport (voir toutefois Rigozzi/Hasler ad art. R57 Code TAS, pp. 1037, para. 6 selon lesquels « *Art. R57 merely confirms that the principle jura novit curia is fully applicable under Swiss arbitration law* »). Il sort toutefois du cadre de cette note d'examiner plus avant cette question.

Sur le fond, la sentence rappelle les principes applicables dans ce type de situation entre un club et un joueur, tels que dégagés par la jurisprudence du TAS et la pratique de la CRL :

Le Contrat pouvait être résilié pour « *juste cause* » au sens de l'article 14 RSTJ dès lors que le Club était en retard de trois mois et qu'une mise en demeure avait été effectuée par le Joueur (Sentence, § 71) ;

L'article 17 (1) RSTJ reprend les principes de l'article 337b du Code suisse des Obligations (« *Si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail.* » (al. 1) ; « *Dans les autres cas, le juge apprécie librement les conséquences pécuniaires de la résiliation immédiate en tenant compte de toutes les circonstances.* » (al. 2 »)), y compris le fait que toute compensation réclamée par le joueur devra être réduite des montants que celui-ci a ou aurait pu percevoir d'un nouvel employeur.

C'est pour cette dernière raison qu'un montant de seulement EUR 30000.- a été alloué au Joueur à titre de compensation pour la fin prématurée du Contrat, le Joueur ayant pu trouver rapidement un nouveau club après la résiliation du Contrat.

Sur le plan des sanctions sportives, qui complètent l'arsenal de l'article 17 (1) RSTJ, l'Arbitre a confirmé une jurisprudence du TAS (CAS 2014/A/3765, *Club X. v. D. & Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, sentence du 5 juin 2015) selon laquelle les sanctions sportives de l'article 17 RSTJ doivent être imposées au club qui viole un contrat durant la période protégée, indépendamment de toute requête expresse dans ce sens par une partie à la procédure. Cette précision illustre que, dans le cadre des procédures devant la FIFA ou devant le TAS en application de l'article 17 RSTJ, le litige a en réalité une double nature. D'une part, la procédure porte sur une réclamation pécuniaire entre un club et un joueur (ou entre deux clubs) et, d'autre part, sur une procédure disciplinaire en lien avec les sanctions sportives de l'article 17 (3) et 17 (4) RSTJ.

Dans la seconde affaire commentée (2016/A/4580), le TAS a fait une application plus restrictive de l'article 57 (3) du Code TAS permettant d'écarter les preuves qui auraient pu être produites avant le prononcé de la décision attaquée. Cette seconde décision se situe dans la ligne de la jurisprudence dominante du TAS qui cherche à limiter l'impact de cette disposition aux cas d'abus.

L'affaire portait sur un litige entre deux clubs au sujet d'un contrat de transfert de joueur. Le contrat prévoyait le versement d'une somme de USD 323 830.-. Le club acheteur avait payé la somme convenue mais celle-ci avait été prétendument retournée par le club vendeur pour des raisons qu'il n'est pas ici utile d'approfondir.

Le club vendeur a agi en paiement de l'indemnité de transfert devant la FIFA. Le juge unique de la FIFA a rejeté la demande au motif que ce club n'avait pas établi que la somme initialement versée avait été retournée au club acheteur.

Devant le TAS, le litige sur le fond portait ainsi sur le point de savoir si l'argent avait effectivement été retourné au club acheteur et si cette somme pouvait ainsi être réclamée par le club vendeur.

Dans ce contexte, le club vendeur a fait valoir de nouveaux documents bancaires qui n'avaient pas été produits devant la FIFA.

Contrairement à la précédente affaire (2015/A/4220), la Formation du TAS a ici considéré que les documents bancaires étaient recevables. Selon la Formation, c'est essentiellement sous l'angle de la bonne foi qu'il convient d'appréhender l'article 57 (3) du Code TAS. La Formation résume les critères pour appliquer cette disposition de la manière suivante : « *More significantly, it has been supported that the rationale of Article R57 para 3 of the Code is to avoid evidence being submitted in an abusive way and/or retained by the parties in bad faith in order to bring it for the first time before the CAS. Accordingly, full review by the CAS should only be limited in exceptional circumstances of abusive or inappropriate conduct by the parties submitting new evidence. Besides that, traditionally, the debate between the full power of review and the limitation of the admission of evidence is about finding the right balance between the search for a judicial truth and the economy of the procedure* » (CAS 2016/A/4580, par. 81).

Sur le fond, la Formation a renversé la décision du juge unique de la FIFA et statué en faveur du club vendeur, estimant en définitive qu'il avait été établi que l'argent du premier transfert avait été retourné au club acheteur (Sentence, § 97-98).

Les deux affaires commentées confirment qu'il existe deux tendances dans la jurisprudence du TAS au sujet de l'application de l'article 57 (3) du Code TAS. L'approche dans la seconde affaire, plus restrictive quant au domaine de l'irrecevabilité (et donc plus favorable à la production de preuves — même non produites devant l'instance associative — devant le TAS), nous semble devoir être approuvée.

Sébastien BESSON

— **Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4501, Joseph S. Blatter c/ FIFA, sentence du 5 décembre 2016 : autorité de la chose décidée ; principes généraux du droit ; règles IBA.**

La présente chronique revient sur deux affaires portant sur des faits similaires. L'une d'elles, commentée par ailleurs (v. *infra* TAS, 2016/A/4474, *Michel Platini c/ FIFA*, sentence du 16 septembre 2016 ; et Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2017, *Michel Platini c/ FIFA*), était relative au bénéficiaire d'un

paiement remis en cause par les organes de la FIFA. L'autre, commentée ici, visait l'ordonnateur dudit paiement, ancien président de la FIFA.

D'un point de vue chronologique, le TAS avait d'abord statué sur la première affaire. Dans la seconde, le requérant invoquait l'autorité de la chose arbitrée. Selon lui, dans cette seconde affaire, la formation ne peut pas revenir sur les faits tels qu'ils ont été appréciés dans la première affaire. Pour répondre à cet argument, le TAS se réfère à un rapport du comité Arbitrage commercial international de l'Association de droit international. Selon ce rapport, l'autorité de la chose arbitrée repose sur une triple identité : identité de demandes, de parties et des causes d'action. Si les parties ne sont pas identiques, la sentence précédente ne peut pas avoir d'autorité sur la seconde affaire. Le TAS considère alors qu'il n'est pas lié par l'appréciation des faits dans le cadre de la première affaire.

En ce qui concerne l'application des règlements de la FIFA dans le temps, le TAS fait application du principe « *tempus regit actum* », qualifié de principe fondamental du droit suisse. En matière de procédure, les règles applicables sont celles en cours au moment où l'acte de procédure a été établi. En ce qui concerne les règles matérielles, sont applicables les règles en vigueur au moment où l'acte a été conclu ou commis sous réserve de la règle *lex mitior*.

La sentence apporte aussi un éclairage intéressant sur l'admissibilité d'un témoignage écrit. En l'espèce, celle-ci était remise en cause au motif que la partie adverse ne pourrait interroger le témoin. Le TAS se réfère alors aux règles de l'*International Bar Association (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration)*, art. 4 (7) selon lesquelles lorsqu'un témoin convoqué à l'audience ne s'est pas présenté sans motif valable, son témoignage écrit doit être écarté par le tribunal arbitral sauf circonstance exceptionnelle. En l'espèce, le témoin avait participé à l'audience devant la commission d'éthique de la FIFA. Son témoignage figure dans le dossier et correspond au témoignage écrit en cause. Pour le TAS, cette circonstance exceptionnelle permet d'admettre le témoignage écrit tout en tenant compte du fait que l'intimée n'a pas pu interroger ce témoin.

Enfin, le TAS rappelle sa jurisprudence habituelle sur l'appréciation des sanctions prononcées par les organes des fédérations sportives. Le TAS ne modifie ces sanctions que si celles-ci sont manifestement disproportionnées (TAS, 2009/A/1817, *AMA, FIFA & CFA c/ Marques*, sentence 26 octobre 2010 ; et TAS, 2009/A/1844, *FIFA c/ CFA & Eranosian*, sentence 26 octobre 2010, §174), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La sentence rappelle ainsi des principes habituels de l'arbitrage des litiges sportifs et souligne l'importance des règles privées, qu'elles émanent comme ici de l'Association de droit international ou de l'*International Bar Association*, pour l'interprétation des règles de procédure.

Marc PELTIER

IV. – LE DROIT APPLICABLE AU FOND

— **Tribunal arbitral du sport, 2015/A/3874, *Football Association of Serbia (FSS) c/ Union des associations européennes de football (UEFA)*, sentence du 23 janvier 2017 : intérêt/qualité pour agir ; conditions d'affiliation aux organisations sportives internationales ; reconnaissance d'État ; droit applicable (droit associatif suisse, droit international public) ; valeur du précédent ; techniques interprétatives ; Convention européenne des droits de l'homme.**

La justice arbitrale sportive se voit occasionnellement confier des litiges qui, loin de ne se rapporter qu'à la compétition, ont une dimension géopolitique notable. En l'espèce, le TAS était saisi de l'affiliation à l'UEFA de la fédération kosovare de football (FFK), contestée par la fédération serbe (FSS) au motif, entre autres, que le Kosovo n'était pas un « *Etat indépendant reconnu par l'ONU* » (condition d'admission fixée par les Statuts de l'UEFA).

Il n'est guère nécessaire d'être un-e éminent-e spécialiste des relations internationales pour faire le constat que la participation d'équipes nationales aux grandes compétitions sportives mondiales concourt à l'affirmation sur la scène internationale des nouveaux Etats, notamment lorsque leur existence en tant que tels demeure contestée.

Intégré au territoire de la Serbie tout en ayant été l'objet d'une administration internationale de l'Organisation des Nations Unies (ONU) à partir de 1999, le Kosovo a proclamé son indépendance en 2008 — déclaration jugée licite en droit international par la Cour internationale de Justice, cette dernière s'étant néanmoins bien gardée de se prononcer ni sur le droit qu'avait le Kosovo de faire sécession, ni sur sa qualité d'État souverain (CIJ, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, *CIJ Recueil 2010*, p. 403). Un nombre important d'Etats (une cent-quinzaine) ont reconnu la République du Kosovo, quand d'autres, et non des moindres, s'y refusent (Russie, Espagne, Grèce, Argentine, Brésil, Chine, Inde etc.). En raison des désaccords sur la question parmi les membres permanents du Conseil de sécurité, le Kosovo n'a pu intégrer l'ONU. Même sans le blocage de la Russie et de la Chine, les conditions de majorité qualifiée (deux-tiers des Etats membres) au sein de l'Assemblée générale auraient vraisemblablement conduit à un rejet de la candidature du Kosovo (c'est du moins ce qui s'est produit au niveau de l'UNESCO). Les institutions financières internationales (Banque mondiale, FMI), soumises à d'autres règles de vote, l'ont néanmoins accueilli en tant qu'État membre. Signe du succès de la diplomatie sportive déployée par la jeune République kosovare, plusieurs fédérations sportives du Kosovo ont par ailleurs été admises au sein de fédérations internationales (FIFA, FIBA, IAAF etc.). Le Comité international olympique a reconnu pour sa part en 2014 le comité national olympique du Kosovo. Les Jeux de Rio (2016) ont ainsi

été les premiers à accueillir des athlètes concourant sous drapeau kosovar. Quelques semaines auparavant, l'UEFA à son tour avait admis en son sein la fédération de football du Kosovo (FFK).

Le moindre intérêt de la très riche sentence ici commentée, qui confirme la décision de l'UEFA d'accueillir la FFK en tant que membre, ne réside pas dans la mise en œuvre — discutable au demeurant — de notions de droit international public par le tribunal arbitral. Le tribunal a néanmoins réussi à largement dé(géo)politiser le litige en y apportant une solution guidée pour l'essentiel par l'application du droit suisse — droit du siège de l'UEFA, applicable subsidiairement aux règles de cette dernière selon l'article R58 du Code de l'arbitrage en matière de sport.

Le droit suisse a ainsi logiquement commandé, au titre de la recevabilité de la requête, l'examen de l'intérêt pour agir de la fédération serbe (§§ 48 et s.). Les arbitres ont examiné — d'office semble-t-il — l'intérêt de la FSS à contester la résolution du Congrès de l'UEFA ayant décidé, sans la matérialiser selon eux, de l'admission de la fédération kosovare, au lieu du contrat d'association censé résulter de la rencontre des consentements du représentant légal de l'UEFA (son organe exécutif) et de l'association nationale candidate — même si en pratique il ne semble pas que l'affiliation donne lieu à un contrat d'association en bonne et due forme. A l'issue de longs et savants développements de droit associatif suisse, le tribunal arbitral a conclu que la validité de la résolution conditionnait la validité du contrat d'association, ce qui suffisait à établir l'intérêt pour agir du demandeur (§ 57).

C'est encore guidé par le droit suisse que le tribunal a distingué l'intérêt pour agir (au stade de la recevabilité) de la *qualité* pour agir (« *standing to sue* ») (§ 61). A ce dernier titre, le tribunal a retenu qu'en tant que membre de l'UEFA, la fédération serbe était habilitée à contester la légalité des résolutions prises par son Congrès (§ 67). Le fait que l'article 62, § 2, des Statuts de l'UEFA réserve aux seules « *parties directement touchées* par une décision » la possibilité de saisir le TAS n'y changeait rien dans la mesure où le droit de la FSS de participer à une prise de décision juridiquement correcte au sein du Congrès de l'UEFA était directement concerné (§ 70). En se cantonnant à l'aspect procédural de la prise de décision, le tribunal s'est dispensé d'examiner si la résolution de l'UEFA était de nature à atteindre *substantiellement* les droits de la fédération serbe. Une réponse tout autant affirmative aurait pu être trouvée de ce point de vue : dès lors que l'admission de la fédération du Kosovo ampute le champ de compétence territoriale de la FSS, cette dernière était assurément « *directement touchée* » par la décision de l'UEFA. Il y a là une question de nature essentiellement préliminaire qu'il est tentant de rattacher à l'intérêt pour agir de la FKK, mais pour la jurisprudence suisse et, dans sa lignée, celle du TAS, elle n'a pas trait à la recevabilité de la requête (v. par ex. TAS 2010/A/2056, § 56 et ATF 128 II 50, 55, où le Tribunal

fédéral suisse estime que « [l]a légitimation active ou passive dans un procès civil relève du fondement matériel de l'action ; elle appartient au sujet (actif ou passif) du droit invoqué en justice et son absence entraîne, non pas l'irrecevabilité de la demande, mais son rejet »).

Concernant, justement, la « légitimation passive » (« *standing to be sued* » ou qualité pour défendre), le tribunal arbitral a rejeté l'argument de l'UEFA selon lequel le recours aurait dû être dirigé (seulement ou également) contre la FFK dont le statut de membre était en jeu (§§ 72 et s.). En s'appuyant sur la doctrine et la jurisprudence suisses, unanimes sur la question, les arbitres ont jugé que les recours contre les décisions de l'assemblée générale d'une association devaient être dirigées contre l'association elle-même. On ne sera pas surpris que le droit associatif suisse occupe encore une place de choix dans l'argumentation du tribunal aboutissant à rejeter les allégations de la fédération serbe selon lesquelles la procédure d'adoption de la résolution du Congrès de l'UEFA avait été viciée (§§ 85 et s.).

Le cœur du litige concernait la mise en œuvre de l'article 5, § 1^{er}, des Statuts de l'UEFA, selon lequel : « *Les associations européennes qui ont leur siège dans un État indépendant reconnu par l'ONU et qui sont responsables de l'organisation et de la mise sur pied du football sur le territoire de leur pays peuvent devenir membres de l'UEFA* ». Le caractère « européen » de la FFK ne prêtait pas à discussion, tandis que la seconde condition (« [...] *et qui sont responsables de l'organisation et de la mise sur pied [sic] du football sur le territoire de leur pays* ») a été rapidement évacuée par le tribunal — à tort, peut-être, dans la mesure où l'effectivité du pouvoir footballistique de la FFK sur le territoire kosovar aurait mérité quelque attention soutenue. Si le contrôle de la FFK sur la grande majorité du territoire du Kosovo n'était pas contesté, sa juridiction n'atteignait manifestement pas les clubs de football du nord du pays (région à population majoritairement serbe). A cela, le tribunal rétorque que « [t]he fact that certain clubs in Northern Kosovo currently play under the auspices of FSS does not undermine FFK's general organizational authority in its territory » et que l'article 5 ne requiert pas que la FFK soit « *the sole authority on the respective territory* » (§ 107). Cette dernière affirmation aurait dû être davantage étayée, dans la mesure où la bonne organisation du football au niveau européen et mondial suppose que les champs de compétence territoriale et personnelle des associations membres soient rigoureusement définis. La concurrence des compétences de la FFK et de la FSS sur les clubs et les footballeurs du Nord-Kosovo est potentiellement source de litiges, aussi n'eût-il pas été superflète d'établir que l'article 5 tolère de tels enchevêtrements ou que l'adhésion de la FFK devait avoir pour effet de résoudre le conflit de compétence au bénéfice de celle-ci.

La question est à vrai dire directement liée à la première condition de l'article 5 (sur laquelle le tribunal a concentré son attention), le « pays » sur lequel la fédération exerce son pouvoir footballistique devant correspondre au territoire d'un « *Etat indépendant reconnu*

par l'ONU ». Cette condition reflète la volonté de l'UEFA de faire correspondre la division du pouvoir footballistique à la répartition interétatique du pouvoir politique. Si les organisations sportives internationales ont dans le passé usé de quelque liberté en la matière, le souci d'entretenir de bonnes relations avec les Etats, voire de ne pas être instrumentalisées par des mouvements sécessionnistes, ont conduit nombre d'entre elles à revoir leurs règles d'admission (v. F. Latty, *La lex sportiva — Recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 679 et s.). Le problème de la condition posée par les Statuts de l'UEFA est qu'elle ne fait guère sens : l'Organisation des Nations Unies ne « reconnaît » pas formellement les Etats ; elle les accepte comme Etats membres, ce qui peut n'être perçu que comme une forme indirecte de reconnaissance. Mais par ailleurs, les Etats, eux, ont développé une large pratique de reconnaissance officielle de leurs pairs. Le tribunal arbitral était ainsi conduit à trancher entre deux interprétations, l'une mettant l'accent sur l'aspect « ONU », l'autre sur la « reconnaissance ». Selon la fédération serbe, l'« *Etat indépendant reconnu par l'ONU* » désignait l'Etat ayant été admis comme *membre de l'ONU* ; pour l'UEFA il s'agissait de l'Etat *reconnu* par une majorité d'Etats membres de l'ONU. C'est cette seconde interprétation, qui de prime abord n'était peut-être pas la plus évidente, qu'a retenue le tribunal arbitral, au terme d'une argumentation fournie qui mérite l'attention.

Tout d'abord, le tribunal a pris le soin de présenter les techniques interprétatives ayant guidé son raisonnement. Si matériellement les critères à interpréter ressortissent au droit des gens (autre appellation du droit international public), ils sont fixés par les statuts d'une association de droit suisse. Aussi le tribunal emploie-t-il à bon droit les techniques tirées du droit suisse, et plus spécifiquement les principes applicables à l'interprétation de la loi suisse, plutôt qu'à celle des contrats (§ 101) — ce qui tend à montrer, à rebours des développements de la sentence sur l'intérêt pour agir (voir *supra*), que le « contrat d'association » s'apparente largement à une fiction juridique lorsque les rapports d'affiliation au sein des organisations sportives internationales sont considérés. On notera, au reste, que les techniques suisses d'interprétation de la loi ne diffèrent pas fondamentalement des techniques interprétatives de la norme internationale (s'agissant des traités, voir les articles 31 et suivants de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités). Il y a, en matière d'interprétation des énoncés juridiques, une forme d'œcuménisme.

L'interprétation littérale de l'article 5 n'étant pas, on l'a vu, concluante, le tribunal va successivement prendre en considération l'historique de l'adoption de l'article 5 (§§ 111 et s.), le contexte normatif interne des Statuts de l'UEFA (plus précisément l'articulation de la disposition litigieuse avec l'art. 69, § 1^{er}, des Statuts qui prévoit que l'art. 5 ne s'applique pas à certaines associations : Angleterre, Pays de Galles, Ecosse, Irlande du Nord, Iles Féroé, Gibraltar — §§ 114 et s.), ou encore

les pratique et accord subséquents relatifs à la disposition (« *Common practice and understanding* », « *Vereinsübung* » — §§ 117 et s.). Au titre de cette dernière technique, le tribunal n'accordera que peu de poids à la sentence rendue par le tribunal arbitral de l'affaire *Gibraltar Football Federation c/ UEFA*, dans laquelle les arbitres avaient interprété la condition de l'article 5 comme signifiant « *that the respective country must have been admitted as a member of the United Nations* » (CAS 2002/O/410, § 6). Pour rejeter cet argument de poids invoqué par la fédération serbe, le tribunal — dont la sentence est pourtant truffée de références à des décisions antérieures du TAS (voir par ex. §§ 69-70, où le tribunal reprend l'interprétation de l'art. 62 des Statuts de l'UEFA faite par une autre formation arbitrale) — va indiquer « *first and foremost that CAS awards do not have a stare decisis effect or precedential value* » (§ 119). Si l'affirmation est juridiquement irréfutable, il est par ailleurs constant que le précédent exerce une pression normative sur les tribunaux arbitraux, dont il est d'autant plus difficile de s'extraire qu'elle intervient au sein d'un même centre d'arbitrage, au sujet d'une même disposition statutaire, et au sein d'une communauté non dépourvue d'attentes en matière de sécurité juridique. Le tribunal arbitral ne s'embarrasse pas de ces considérations, en faisant valoir au surplus que l'interprétation du tribunal de l'affaire *Gibraltar* non seulement n'était pas motivée, mais était encore *obiter dictum*, la condition de l'article 5, à l'époque nouvellement adoptée par l'UEFA, ne s'appliquant pas à l'espèce. De même, toujours au titre de la pratique ou de l'accord subséquent, le tribunal ne tirera, à raison, aucune conclusion du rejet par le Congrès de l'UEFA d'une proposition de modification de l'article 5 substituant au critère de la reconnaissance « *par l'ONU* » celui de la reconnaissance par « *most of the international community on the continent of Europe* » — aucune conclusion hormis le besoin de clarification qui s'attachait à l'article 5 (§§ 120 et s.).

C'est finalement l'interprétation en fonction du but (*ratio, purpose*) de l'article 5, § 1^{er}, qui va guider la solution du tribunal (§§ 123 et s.). Le tribunal note pour commencer que si « *in a sporting context the term "state" or "country" need not to be understood in the same way as in public international law* », l'article 5 repose bien sur une « *reference [...] to established principles of international public law* ». La question qui se pose est alors la suivante : « *whether art. 5 (1) UEFA Statutes besides taking account of the political realities also serves other purposes that warrant a more restrictive understanding of the term 'independent state' compared to public international law* ». En d'autres termes, y a-t-il des objectifs sportifs (limitation ou stabilité du nombre de fédérations membres par exemple) dont la réalisation serait conditionnée par une définition de l'État restreinte par rapport à celle du droit international puisque limitée à la qualité d'État membre de l'ONU ? Le tribunal répond par la négative en concluant que :

« *the reference to the United Nations in Art. 5 (1) UEFA Statutes is not designated or intended to restrict the notion of 'independent state' beyond*

the threshold in public international law. Consequently, the Panel holds that Art. 5 (1) UEFA Statutes shall be interpreted as meaning that the territory in which the federation is located must be recognised by the majority of the UN member states as an 'independent state'. The Panel finds that this prerequisite is fulfilled with respect to FFK » (§ 124).

Cet extrait, crucial, appelle un certain nombre de critiques. En effet, le tribunal semble considérer que la reconnaissance par la majorité des Etats de la communauté internationale (ou plutôt de l'ONU qui en est l'émanation) est un — sinon *le* — critère de définition de l'état en droit international public. Il n'en est rien. Ainsi que la « Commission Badinter » l'a constaté, « *l'Etat est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé ; [i]l se caractérise par sa souveraineté* » (Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie, 29/11/1991, Avis n° 1, *RGDIP*, 1992, p. 264). La reconnaissance par les autres Etats n'est pas une condition juridique d'existence de l'état ; elle est déclarative et non constitutive (« *la reconnaissance par les autres Etats a des effets purement déclaratoires* », *id.*) — tout au plus ouvre-t-elle des portes à l'entité concernée qui pourra se comporter en souverain dans ses relations avec les Etats l'ayant reconnu. En d'autres termes, tant l'interprétation de la fédération serbe que celle de l'UEFA dépassaient le « seuil » (« *threshold* ») de définition de l'état selon le droit international public. Le tribunal n'était pas confronté à une interprétation conforme au droit international public (celle de l'UEFA) et une autre plus restrictive (celle de la FSS) ; il avait à choisir entre deux interprétations plus restrictives. Son approche téléologique a donc reposé sur des prémisses erronées. Si le tribunal n'a, en outre, pas décelé d'objectifs que servirait l'interprétation plus stricte prônée par la FSS, on pourrait à l'inverse rétorquer que le critère de l'appartenance à l'ONU — qui suppose que le Conseil de sécurité (avec l'assentiment de ses cinq membres permanents) ait recommandé la candidature du nouvel état à l'Assemblée générale (art. 4, § 2, de la Charte des Nations Unies) et que les deux tiers des membres de cette dernière aient voté en faveur de l'adhésion (art. 18, § 2) — est destiné à préserver l'UEFA d'inutiles complications, politiques comme juridiques, que serait susceptible de faire naître l'accueil en son sein de fédérations sises sur le territoire d'entités étatiques encore contestées, notamment par les « Cinq Grands ». Pour ne prendre qu'un exemple, la qualification de l'équipe kosovare pour un Euro se déroulant en Russie ne manquerait pas de générer des tensions entre l'UEFA et l'état d'accueil, qui pourrait rechigner à ce que l'équipe nationale d'un état dont elle ne reconnaît pas l'existence se retrouve sous les projecteurs de ses stades (même si strictement parlant, l'équipe est celle de la fédération et non celle de l'état). La FIFA est d'ailleurs susceptible de rencontrer ce problème à l'occasion de la Coupe du Monde 2018 (en Russie), dans l'hypothèse — qui n'est certes sportivement pas la plus vraisemblable — où l'équipe de la FFK se qualifierait pour la phase finale du championnat.

De plus, le tribunal s'est aligné sans explication sur le postulat de l'UEFA pour qui, si son interprétation de l'article 5 était suivie, « *the respective prerequisite for membership would be fulfilled, since the simple majority of the member states of the United Nations do recognise Kosovo as an independent state (109 out of 193 UN members as of March 2016)* » (§ 110). Ici la faute est celle de la FSS qui a manqué l'occasion de présenter l'argument subsidiaire fort plaidable selon lequel le critère de la reconnaissance par (la majorité des Etats membres de) l'ONU devrait à tout le moins renvoyer à la condition de majorité qualifiée des deux tiers requise par la Charte de San Francisco — condition non remplie en l'occurrence puisqu'il aurait fallu que le Kosovo soit reconnu par 129 Etats membres.

En amont, on notera qu'à aucun moment de la sentence la qualité d'« *Etat indépendant* » du Kosovo n'a été établie au regard de la définition du droit international public. Dans ses moyens, la fédération serbe ne s'est, semble-t-il, pas aventurée sur ce terrain qui eût été fort embarrassant pour le tribunal, non parce que les arbitres auraient manqué d'éléments pour établir que le Kosovo rentrait dans les clous de la définition donnée par la Commission Badinter, mais parce que le Tribunal arbitral du sport n'est sans doute pas le forum adéquat pour distribuer les brevets de qualité étatique. Il n'en demeure pas moins que des dispositions statutaires telles que l'article 5 pourraient conduire le TAS à se prononcer sur ces questions d'une suprême délicatesse, au risque d'une certaine instrumentalisation de la justice arbitrale sportive. Le critère supplémentaire de la reconnaissance majoritaire (et à plus forte raison celui — non retenu — de l'appartenance à l'ONU) qui, s'il n'est pas rempli, peut dispenser l'arbitre de s'étendre sur celui de la qualité d'Etat indépendant, constitue à cet égard un filtre fort opportun.

Ce sont finalement les arguments subsidiaires du tribunal, touchant au contexte qu'on pourrait qualifier d'« externe » de l'article 5, qui emportent davantage la conviction. Le tribunal se réfère en effet au « *overall sporting context* » (§ 125) pour constater que la FIFA comme le CIO ont fixé le critère de « *l'Etat indépendant reconnu par la communauté internationale* », en vertu duquel le Kosovo (ou plutôt les associations sportives concernées) a pu rejoindre ces organisations, de même qu'un certain nombre d'autres fédérations internationales. Certes, les règles d'adhésion de l'UEFA ne sont pas hiérarchiquement subordonnées à celles de la FIFA ou du CIO, cependant que la pertinence en la matière des règles des fédérations d'athlétisme ou de basket-ball ne va pas de soi. Pour autant, face à une disposition littéralement dépourvue de sens et au vu de la mise en œuvre peu concluante des autres techniques interprétatives, une interprétation de type « systémique », cohérente avec l'intégration de l'UEFA dans le système sportif mondial au sein duquel le CIO et la FIFA sont en position faïtière, s'avère audacieusement séduisante.

Le tribunal, de retour en terrain connu, s'appuie enfin sur des arguments subsidiaires tirés du droit associatif de la Confédération

helvétique pour conforter son interprétation : conformément aux solutions du droit suisse, le vote des membres de l'UEFA refléterait ainsi leur intérêt commun et leur compréhension des statuts (§ 131) ; et la solution retenue serait la plus raisonnable et rationnelle, de même que la protection des attentes légitimes de la FFK pourrait être prise en considération, ou à tout le moins rendre compte de la manière dont l'UEFA souhaite appliquer l'article 5 (§ 132).

Le droit international public fait une ultime apparition dans la sentence, de manière plus classique, à travers la Convention européenne des droits de l'homme, la FSS alléguant des atteintes par la résolution de l'UEFA au principe de liberté d'association (§§ 134 et s.). Ici, le fait que le principe soit aussi garanti par le droit suisse a dispensé le tribunal de se pencher sur l'applicabilité de la Convention. De manière prévisible, le tribunal rejette l'argument selon lequel le changement de statut de la fédération serbe (plus précisément la modification de sa zone de juridiction) qu'entraîne l'affiliation de la fédération kosovare interférerait avec la liberté d'association de la première. Enfin, sans que la sentence ne se prononce explicitement sur le droit de la FSS de prendre fait et cause pour les clubs du Nord-Kosovo (une forme de protection diplomatique dans le domaine sportif ?), le tribunal « *fails to see on what ground clubs organized in the FSS will be forced to leave and forced to join the FFK* » (§ 136). Les clubs concernés sont censés passer sous la juridiction territoriale exclusive de la FFK. On pourrait croire que ce transfert de compétences les contraint, du moins s'ils veulent poursuivre une activité compétitive, à s'affilier à la fédération kosovare. L'observation du terrain montre en tout cas qu'il n'en est rien (par exemple, le *FK Trepča*, club « serbe » de Mitrovica, continue de jouer dans le championnat serbe). Si le principe de liberté d'association des clubs semble ici immaculé, c'est au détriment de l'effectivité du principe de juridiction territoriale exclusive des fédérations membres (calqué sur le principe de droit international public de souveraineté territoriale exclusive des Etats), qui est l'un des marqueurs de l'organisation du sport mondial. L'effectivité de la *lex sportiva* est en ce sens un des effets potentiels de l'alignement de la géographie sportive sur la géographie politique ; lorsque cette dernière n'est pas encore bien fixée, il est inévitable que des répliques se fassent ressentir dans le monde du sport.

Quoi qu'il en soit, et au-delà du cas d'espèce, la sentence commentée montre qu'à travers le renvoi, même confus, des statuts des organisations sportives à des notions de droit international public, les règles tirées de cet ordre juridique sont susceptibles d'avoir droit de cité dans la justice arbitrale sportive... au risque de quelques approximations dans leur mise en œuvre par des formations arbitrales souvent mieux rompues aux subtilités du droit civil qu'aux arcanes du droit des gens.

Franck LATTY

— **Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4558, Mitchell Whitmore c/ International Skating Union (ISU), sentence du 29 septembre 2016 : compétence matérielle de l'ISU ; champ d'application du Code d'éthique de l'ISU ; champ d'application des règles disciplinaires ; répartition des compétences entre les fédérations internationales (ou les confédérations) et les fédérations nationales ; proportionnalité de la peine.**

Une rentrée nocturne dégénérant en une altercation dans un hôtel donne au TAS l'occasion de s'interroger sur l'étendue du champ d'application des règles disciplinaires édictées par une fédération internationale, en l'espèce l'*International Skating Union* (« ISU »).

Les événements se sont déroulés dans un hôtel à Inzell, en Allemagne, deux jours avant le début de la Coupe du Monde de l'ISU, prévue du 4 au 6 décembre 2015.

L'athlète incriminé (« l'Athlète ») était un patineur professionnel de longue distance, enregistré auprès de la fédération américaine (« USS »), elle-même membre de l'ISU. L'Athlète était présent à Inzell et recevait des soins du thérapeute de l'équipe américaine, mais il n'était pas inscrit aux épreuves en raison d'une blessure.

A la suite d'une soirée sans doute trop arrosée, l'Athlète a raccompagné, apparemment bruyamment, un patineur néo-zélandais à l'hôtel de celui-ci. Une altercation impliquant l'Athlète et le coach de l'équipe néerlandaise a eu lieu à cette occasion. Les circonstances exactes de cette altercation n'ont pas été entièrement élucidées mais il a été établi que l'Athlète avait frappé le coach, lequel était tombé au sol et avait subi diverses blessures relativement légères.

L'Athlète et le coach se seraient ensuite réconciliés et le coach aurait même indiqué qu'il n'avait pas l'intention d'en faire plus au sujet de l'incident.

L'Athlète a été sanctionné par l'USS d'une peine disciplinaire de 30 heures de « service communautaire ».

Au vu de cette peine jugée excessivement clémente, le coach, par l'intermédiaire de la fédération néerlandaise, s'est ravisé et a déposé plainte contre l'Athlète auprès de l'ISU.

L'ISU a admis sa compétence à l'égard de l'Athlète, ce qui faisait débat. Il a déclaré l'Athlète coupable de violation du code éthique de l'ISU et l'a sanctionné à une année de suspension de toute activité de l'ISU.

L'Athlète a recouru au TAS. Il a notamment fait valoir que l'ISU n'était pas compétente pour le sanctionner et que la peine disciplinaire était trop sévère. C'est la première de ces questions qui était la plus intéressante et qui retiendra ici notre attention.

La sanction avait été prononcée par l'ISU sur la base de l'article 4 b) et c) du code éthique de l'ISU réprimant les manquements au « *fair*

play » et divers comportements illégaux, notamment le fait de causer un dommage « *to persons or property, or engaged in illegal activity* ». Ces dispositions prévoient ce qui suit : (art. 4 b) « *I further agree to advocate and practice "sports ethics" and "fair play", as defined below : [...] Fair play is defined as much more than playing within the rules. It incorporates the concepts of friendship, respect for others and sportsmanship. Sports ethics is defined as a way of thinking, not just a way of behaving. It incorporates issues concerned with the elimination of cheating, the use of unfair strategies whilst respecting the rules, doping, misuse of nutritional supplements, violence (both physical and verbal), sexual harassment and abuse of children, young people and woman, trafficking in young sportspeople, discrimination, exploitation, unequal opportunities, excessive commercialisation and corruption.* » ; art. 4 c) : « *I accept that my participation in any ISU activity is an honor and privilege that carries important responsibilities. I will not use or possess illegal drugs, or directly or indirectly participate or aid in illegal drug use or drug rule violations, cause damage to persons or property, or engage in illegal activity, recognizing that all such activities bring disrepute to the skating sports and the ISU, and, in certain cases, may result in criminal charges and ISU action against me.* »

L'Athlète soutenait que la compétence de l'ISU était limitée aux événements se produisant durant la participation à une activité de l'ISU, ce qui n'était pas le cas de l'altercation entre lui et le coach. De son côté, l'ISU soutenait un point de vue contraire.

Dans sa sentence, la Formation du TAS a, à juste titre, distingué la compétence personnelle (*ratione personae*) et la compétence matérielle (*ratione materiae*) de l'ISU à l'égard de l'Athlète. La première ne faisait pas difficulté dès lors que l'Athlète avait signé une déclaration par laquelle il reconnaissait la compétence du TAS et s'engageait à respecter le code éthique de l'ISU.

C'est la compétence matérielle qui était en cause et qui soulevait la question du champ d'application du code d'éthique « *en ce qui concerne le temps et le lieu* » des infractions reprochées à l'Athlète.

La Formation du TAS a constaté que le code éthique de l'ISU ne définissait pas son champ d'application et ne limitait en particulier pas celui-ci à des événements se déroulant durant la « *participation à un évènement de l'ISU* » (Sentence, § 58). Néanmoins, la Formation s'est interrogée sur l'étendue du pouvoir des fédérations internationales, question qu'elle a estimé ne pas devoir trancher dans l'abstrait au vu des circonstances de la présente affaire. Elle indique ce qui suit : « *The Panel is intrigued by the question as to how far the competence of an international federation such as the ISU over its athletes goes, but does not deem it necessary to answer this question in the matter at hand as the Panel considers it clear that the Athlete in question was subject to the ISU Code of Ethics at the moment and location of the altercation in the matter at hand.* » (Sentence, § 59).

En effet, la Formation du TAS a estimé que l'altercation avait eu lieu « *durant la participation à une activité de l'ISU* », cette notion devant s'interpréter largement en vertu de l'art 2 du code éthique de l'ISU prévoyant que ce code doit s'appliquer largement lorsqu'un intérêt de l'ISU est en jeu.

La Formation du TAS a en particulier estimé qu'un « *intérêt de l'ISU* » était en cause dans le cas présent dès lors que l'athlète avait blessé une personne durant son séjour « *à proximité du lieu où un événement ISU allait se dérouler* », ajoutant que la raison de la présence de l'athlète était clairement liée à l'événement de l'ISU (Sentence, § 63).

Sur le fond, la Formation du TAS a admis les infractions retenues par l'ISU mais estimé que la peine était disproportionnée. Cette peine a été réduite à 6 mois de suspension.

La question du champ d'application matériel des règles disciplinaires sportives ne semble pas avoir donné lieu à des développements théoriques approfondis.

Dans le cas d'espèce, la Formation du TAS soulève la question mais se garde de la trancher dans l'abstrait.

A notre avis, le champ d'application des règles disciplinaires sportives, notamment des règles éthiques, ne saurait être illimité. Les devoirs imposés aux athlètes (ou aux coaches et personnes accompagnantes) doivent avoir un lien raisonnable avec les activités de l'organisation qui édicte des règles. Une fédération internationale ne pourrait par exemple pas imposer aux athlètes d'avoir un comportement « éthique » ou « fair play » à l'égard leur famille ou de leurs partenaires en affaire sans lien avec le sport en cause. Si une telle règle était édictée, sa validité pourrait à notre avis être contestée sur la base de l'art. 28 du Code civil suisse qui protège les droits de la personnalité. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les règles édictées par les associations et décisions prises par elles doivent en effet respecter les droits de la personnalité (voir notamment l'ATF 134 III 193, consid. 4.3 : « *la réglementation associative et les décisions prises en application de celle-ci ne peuvent porter une atteinte illicite à la personnalité des membres* »).

Le champ d'application des règles disciplinaires sportives se pose également lorsqu'il s'agit de répartir les compétences entre une fédération internationale — ou une confédération — et les fédérations nationales. Dans cette situation, les règles disciplinaires de la fédération internationale — ou de la confédération — s'appliquent généralement dans le cadre des événements qu'elle organise ou dans un contexte international. Les fédérations nationales demeurent compétentes pour s'occuper des affaires « internes ». Une telle répartition des compétences peut toutefois soulever des difficultés lorsqu'une fédération nationale ne prend pas les mesures adéquates (en raison d'une mauvaise organisation ou de pressions politiques). Pour pallier ce problème, certaines fédérations internationales ou confédérations ont édicté des

règles qui leur permettent d'intervenir lorsque la fédération nationale normalement compétente n'agit pas ou ne prend pas de mesures adéquates.

Tel est le cas dans le domaine du football. La FIFA prévoit ainsi dans son Code éthique que « [l]a Commission d'Éthique est également habilitée à enquêter sur et juger de la conduite de toutes les personnes auxquelles s'applique le présent code dans le cas où l'infraction présumée a des retombées internationales (touchant plusieurs associations) et n'est pas jugée au niveau de la confédération ou encore si aucun jugement adéquat n'est attendu au niveau de la confédération en raison des circonstances concrètes » (art. 27 ch. 4 Code d'éthique de la FIFA). Au surplus, « [l]a Commission d'Éthique est également habilitée à enquêter sur et juger les cas nationaux si les associations, les confédérations et autres organisations sportives manquent de poursuivre de telles infractions ou manquent de les poursuivre conformément aux principes fondamentaux du droit ou encore si aucun jugement adéquat n'est attendu en raison des circonstances concrètes » (art. 27 ch. 5 Code d'éthique de la FIFA). De même, l'UEFA prévoit dans son Règlement disciplinaire 2017 que le « règlement s'applique à chaque match et à chaque compétition organisés par l'UEFA » (art. 2 al. 3) et qu'« [i]l s'applique également à toute violation grave des objectifs statutaires de l'UEFA, sauf si cette violation fait l'objet de poursuites appropriées au sein de l'une des associations membres de l'UEFA » (art. 2 al. 4). La mise en œuvre de ces règles peut soulever des questions épineuses et importantes, comme l'illustre notamment l'affaire *Fenerbahçe* (notamment en lien avec le principe *ne bis in idem*, voir CAS 2013/A/3256, *Fenerbahçe Spor Kulübü v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, sentence du 11 avril 2014, par. 143 ss.) ou, plus récemment l'affaire *Trabzonspor* (CAS 2015/A/4343, *Trabzonspor v. TFF, UEFA and Fenerbahçe*, sentence non publiée mais disponible sur le site de l'UEFA). Dans cette dernière affaire, le TAS devait examiner la compétence de l'UEFA (et sa propre compétence, dans le cadre d'une procédure d'appel) pour sanctionner le club *Fenerbahçe* pour des actes avérés de *match fixing* commis lors du championnat national turc pendant la saison 2010-2011. La fédération turque n'avait pas sanctionné ces actes de façon appropriée de sorte que *Fenerbahçe* demeurait (et demeure actuellement) champion national pour l'année pendant laquelle ce club s'est vu reprocher des actes de *match fixing* (sanctionnés au niveau européen). *Trabzonspor*, qui avait terminé second cette saison, revendiquait le titre compte tenu des actes de *match fixing* reprochés au premier. *Trabzonspor* s'était tourné vers l'UEFA afin d'obtenir des sanctions appropriées. Ce club avait notamment invoqué les articles 2 (4) et 23 (4) du règlement disciplinaire (2013). Cette dernière disposition prévoit ce qui suit : « L'Instance de contrôle et de discipline est également compétente si une association membre de l'UEFA et/ou un de ses membres ne poursuit pas ou poursuit de manière inadéquate une violation grave des objectifs statutaires de l'UEFA » (l'art. 2 (4) a une teneur semblable : « [Le règlement] s'applique également à toute violation grave des objectifs

statutaires de l'UEFA, sauf si cette violation fait l'objet de poursuites appropriées au sein de l'une des associations membres de l'UEFA »). Il avait également fait valoir que ces dispositions concrétisaient un pouvoir déjà existant selon la précédente version du règlement disciplinaire (5) (malgré l'absence d'une règle équivalente aux articles 2 (4) et 23 (4) précités dans cette précédente édition) et permettant à l'UEFA d'intervenir dans un championnat national lorsque la fédération nationale ne prend pas de mesure adéquate. L'UEFA n'a pas admis ce raisonnement. Sur appel, et par une décision prise à la majorité, la Formation du TAS n'a pas non plus admis le raisonnement du club et elle a considéré, à notre avis à tort, que l'UEFA (et le TAS sur appel) n'avait pas compétence pour sanctionner un comportement, aussi grave soit-il, dans le cadre d'un championnat national lorsque les faits se sont produits avant l'entrée en vigueur des articles 2 (4) et 23 (4) précités. Le résultat n'est pas satisfaisant dès lors qu'aucune sanction au niveau national n'a pu être prise à ce jour.

Sébastien BESSON

— **Tribunal arbitral du sport, 2015/A/4206, Hapoel Beer Sheva FC c/ Ibrahim Abdul Razak & 2015/A/4209, Ibrahim Abdul Razak c/ Hapoel Beer Sheva FC, sentence du 29 juillet 2016 : droit ou réglementation applicable au litige ; validité des clauses unilatérales d'extension ou de résiliation ; contrat de travail à durée déterminée.**

L'affaire portait sur un litige entre un joueur ghanéen (le « Joueur ») et un club israélien (le « Club ») en lien avec la fin d'un contrat de travail (le « Contrat »).

Le Contrat comprenait une clause de résiliation conférant au Club le droit unilatéral de mettre un terme au Contrat à la fin de chaque saison. Cette clause se lisait ainsi : « *the Club, at its sole discretion and for every season, shall have the right to terminate this agreement at the end of every football season (by 30.6 of every year). For the avoidance of doubt, at such termination the Player shall not be entitled for any compensation and/or other payment from the Club* » (CAS 2015/A/4206, par. 13).

Le 29 juin 2011, le Club a fait jouer cette clause en informant le Joueur qu'il mettait un terme au Contrat avec effet immédiat (Sentence, § 14).

Le Joueur a agi devant la FIFA en paiement de diverses sommes dues notamment à titre de salaire et en argumentant que le Club avait violé le Contrat.

La Chambre de Résolution des Litiges de la FIFA a partiellement admis la demande du Joueur. Le Club et le Joueur ont déposé un appel devant le TAS contre cette décision.

(5) Le précédent règlement de l'UEFA datait de 2008 et s'appliquait aux infractions de *match fixing* commises en 2010-2011.

Devant le TAS, la question de la résiliation et du montant de la compensation due au Joueur étaient litigieuses. Nous nous limiterons ici à examiner la première question litigieuse sur le fond, qui était à notre avis la plus intéressante : le Club pouvait-il se prévaloir de la clause de résiliation unilatérale prévue à l'article 7 du Contrat ?

La Formation parvient à une conclusion négative. Elle estime que cette clause est en conflit avec les articles 13 et 14 du Règlement sur le Statut et le Transfert des Joueurs (RSTJ), lesquelles sont « *mandatory at international level pursuant to article 1 par. 1 of the FIFA Regulations* ». La clause « *therefore shall not be considered valid* » (Sentence, § 180).

La Formation ajoute que la clause contractuelle litigieuse contrevient au principe de la proportionnalité et de l'égalité de traitement (Sentence, § 181) et elle fait appel à une jurisprudence « *bien établie* » du TAS selon laquelle la liberté contractuelle ne pourrait être garantie au détriment du principe d'une répartition proportionnée des droits des parties (Sentence, § 182, citant CAS 2008/A/1517). Elle se réfère aussi à une autre affaire dans laquelle une clause donnant au club plus de droits qu'au joueur avait été jugée non valable (Sentence, § 183, se référant à CAS 2014/A/3707).

La Formation ajoute que l'hypothèse d'une clause unilatérale de résiliation dans un contrat de durée déterminée ne serait pas envisagée en droit suisse (Sentence, § 185). Dans un contrat de durée déterminée, seule une résiliation pour justes motifs de l'une ou l'autre partie serait envisageable en droit suisse.

La Formation mentionne également le cas inverse d'une clause unilatérale d'*extension* du contrat et, se référant à l'affaire CAS 2005/A/973, elle considère que dans cette situation également la clause doit pour être valable prévoir un droit ou un avantage correspondant à l'autre partie afin d'assurer une « *balance of rights* » (Sentence, § 186).

La clause litigieuse ne prévoyant en l'espèce pas de droit ou d'avantage correspondant au Joueur, ni la possibilité de réclamer une indemnité en cas de mise en œuvre de cette clause, la Formation en conclut que la clause « *is abusive, to the detriment of the Player and shall not be considered valid* » (Sentence, § 187).

Dans une dernière partie de l'analyse de cette question, le TAS s'interroge sur l'incidence du droit israélien. Il considère que ce droit n'est pas applicable et que, même s'il l'était, il ne pourrait aller à l'encontre du principe fondamental de la stabilité contractuelle et de l'égalité de traitement (Sentence, § 191, se référant à CAS 2005/A/983 & 984).

L'affaire commentée apporte une contribution intéressante au débat sur les clauses unilatérales de résiliation (ou d'*extension*) d'un contrat de travail entre un joueur et un club de football.

Sans prétendre épuiser ce sujet, il nous semble qu'il convient d'examiner dans un premier temps quelles sont les règles applicables à

cette question et quelle est la place de l'autonomie de la volonté des parties. Il existe en effet une tension possible entre la Réglementation FIFA, les dispositions contractuelles et le droit national régissant le contrat de travail (U. Haas, « Applicable law in football-related disputes : the relationship between the CAS Code, FIFA Statutes and the agreement of the parties on the application of national law », in : *Sweet and Maxwell's International Sports Law Review*, vol. 16, no. 1, 2016, pp. 9-16).

Pour ce qui concerne le rapport entre la Réglementation FIFA et l'autonomie de la volonté des parties, le point de départ de l'analyse est l'article 58 du Code TAS qui fait prévaloir les réglementations sportives sur les règles choisies par les parties. Cette particularité s'explique par le contexte sportif et la nécessité pour les acteurs du sport de faire prévaloir certaines règles uniformes sur les règles individuelles. Comme le relève Haas, « *[t]his Article [R58] provides for a mandatory hierarchy of the applicable legal framework, which the parties cannot change. Consequently the parties are entitled to freedom of choice of law solely within the limits set by art. R58 of the CAS Code, with the result that they can only determine the subsidiarily applicable law. In contrast, under art. R58 of the CAS Code the "applicable regulations" always primarily apply, regardless of the will of the parties* ». (U. Haas, p. 15).

Pour ce qui concerne le rapport entre la Réglementation FIFA (et le droit suisse subsidiaire applicable en complément de celle-ci), d'une part, et le droit national applicable au contrat, d'autre part, il faut examiner si la question est couverte par la RSTJ — auquel cas c'est cette Réglementation qui s'applique, au besoin en se référant au droit suisse à titre supplétif. Si la question n'est pas couverte par la RSTJ, le droit applicable au contrat pourra trouver application. Comme l'indique Haas, « *[t]he application of Swiss law is confined to ensuring uniform application of the FIFA regulations. Art. 66(2) merely clarifies that the FIFA regulations are based on a normative preconception, which is borrowed from Swiss law. Consequently, if questions of interpretation arise over the application of the FIFA regulations recourse must had to Swiss law in this regard* ». Il précise que, « *[a]ccordingly any other issues (regarding interpretation and application) that are not addressed in the FIFA regulations, i.e. for which FIFA has not set any uniform standards of the industry, are subject to the law that has been chosen by the parties* » (U. Haas, p. 16).

Pour ce qui concerne la validité des clauses unilatérales d'extension ou de résiliation du contrat, il nous semble que la Réglementation sportive a vocation à régir cette question qui a un impact direct sur la notion de stabilité contractuelle. En outre, il est important d'établir un régime uniforme pour éviter des différences de traitement, par exemple liées au choix d'un droit national qui serait très permissif sur ce point. Ce constat conduit aux deux conséquences suivantes : d'abord, la réglementation sportive au sujet des clauses unilatérales peut, cas échéant, prévaloir sur les dispositions contractuelles des parties afin

d'assurer un régime uniforme ; en second lieu, la validité des clauses unilatérales d'extension ou de résiliation du contrat doivent s'examiner selon des principes tirés de la réglementation sportive plutôt que selon le droit national applicable au contrat. Il faut ajouter que le droit suisse peut être invoqué « à titre subsidiaire » dans la mise en œuvre et l'interprétation de la Réglementation FIFA.

Une difficulté supplémentaire surgit en raison du fait que la RSTJ ne consacre aucune disposition particulière aux clauses unilatérales. Les règles applicables à celles-ci devront ainsi être déduites de la Réglementation FIFA en recourant, cas échéant, à l'application du droit suisse à titre supplétif.

La pratique de la FIFA et du TAS révèle par ailleurs une grande diversité dans l'analyse de la validité des clauses unilatérales. Les clauses unilatérales d'extension semblent plus fréquentes et ont donné lieu à plus de décisions que les clauses unilatérales de résiliation du contrat. Les décisions pertinentes ont été analysées notamment par Frans de Weger (F. de Weger, *The jurisprudence of the FIFA Dispute Resolution Chamber*, 2nd ed., The Hague : T.M.C. Asser Press, 2016, pp. 165 ss.). Il ressort de cette analyse que la validité des clauses unilatérales est en définitive analysée au cas par cas et que certains critères (par exemple : durée initiale du contrat ; bénéfices pour le joueur résultant d'une extension de son contrat ; durée de l'extension après l'exercice de l'option d'extension par le club) revêtent une pertinence particulière dans cet examen. Après une étude détaillée des décisions des organes de la FIFA et du CAS, l'auteur propose la synthèse suivante : « *In summary based on the jurisprudence of the DRC and the CAS regarding the unilateral extension option, it is to be recommended that 7 criteria are met (at least) : a. The potential maximal duration of the employment contract may not be excessive thereby taking into account that the maximum period will not exceed the "5 year term" of Article 18 para 2 of the RSTP, 2016 edition ; b. The unilateral extension option must be exercised by the club within an acceptable deadline before expiry of the current employment contract ; c. The salary reward derived from the option right must be defined in the original contract ; d. One party may not be at the mercy of the other party with regard to the contents of the employment contract. In this respect, the salary derived from the option right must correspond with a 'substantial salary increase' ; e. The option must be clearly established and emphasized in the original contract so that the player is aware of it at the time of signing the contract ; f. The extension period is proportional to the main contract in which the extension period may not exceed the duration of the original contract ; and g. The number of unilateral extension options must be limited to one* ».

Si l'on aborde la question sous l'angle du droit suisse subsidiairement applicable, le problème demeure controversé et sans réelle solution claire. En effet, la jurisprudence et la doctrine semblent émettre des doutes sur la validité des clauses unilatérales de résiliation ou

d'extension, sans toutefois que la question soit toujours traitée pour elle-même. La jurisprudence retient que la durée d'un contrat de durée déterminée ne peut dépendre de la volonté d'une seule partie (arrêts du Tribunal fédéral non publiés 4A_657/2016, consid. 2.2, 4A_270/2014, consid. 4.4 et 4C.62/2001, consid. 2b et les réf. citées). Aubert et Carron s'accordent sur le fait que l'avantage que le salarié tire d'un contrat de durée déterminée est qu'il lui offre une stabilité de travail durant la période couverte par le contrat (G. Aubert, ad art. 334 CO, no. 2, p. 2064, in : Code des obligations, Commentaire romand, vol. 1, Luc Thévenoz (éd.) et Franz Werro (éd.), Bâle : Helbing Lichtenhahn, 2012 ; V. Carron, ad art. 334 CO, no. 5, p. 558, in : Commentaire du contrat de travail, Jean-Philippe Dunand (éd.) et Pascal Mahon (éd.), Berne : Stämpfli, 2013). Pour Carron, l'employeur prend ainsi « *le risque d'être lié jusqu'à la fin de la durée convenue à un travailleur qui pourrait ne pas totalement lui donner satisfaction* » (V. Carron, ad art. 334 CO, no. 5, p. 558). Subilia et Wyler se contentent de préciser que les parties ne peuvent mettre fin au contrat que d'un commun accord (O. Subilia, Droit du travail : éléments de droit suisse, Lausanne : Ed Bis & Ter SNC, 2010, ad art. 334 CO, no. 2, p. 488 ; R. Wyler, Droit du travail, 3^e éd., Berne : Stämpfli, 2014, p. 498). Plus clairement, Carron précise que les délais de congés doivent être identiques pour les parties et qu'une clause unilatérale de résiliation est nulle (V. Carron, ad art. 334 CO, no. 12, p. 561-562). Cet auteur fait le même constat pour les clauses unilatérales de reconduction qui, selon lui, « *se heurtent au principe de la parité du congé* » (V. Carron, ad art. 334 CO, no. 16, p. 564).

Ainsi, le recours au droit suisse en tant que droit « *subsidaire* » applicable n'apporte pas une réponse légale expresse mais aboutit à une conclusion défavorable à la validité des clauses unilatérales de résiliation ou de reconduction dans un contrat de travail de durée déterminée.

La situation actuelle est peu satisfaisante. En l'absence d'une règle claire dans les réglementations de la FIFA, la validité des clauses unilatérales d'extension ou de résiliation du contrat n'est guère prévisible et l'analyse de cette question implique l'examen des nombreuses décisions de la FIFA et du TAS qui ne sont elles-mêmes pas uniformes, voire le recours au droit suisse à titre subsidiaire qui n'offre pas une réponse légale expresse. A notre avis, il serait utile que la FIFA introduise une règle au sujet des clauses unilatérales d'extension et de résiliation du contrat de travail, par exemple en établissant les critères pertinents pour juger de la validité de telles clauses.

Sébastien BESSON

— **Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4490, RFC Seraing c/ FIFA, sentence du 9 mars 2017 : lois de police étrangères ; droit de l'Union européenne ; Convention européenne des droits de l'homme.**

La question du droit applicable au fond est essentielle dans le cadre de la résolution d'un litige par la voie de l'arbitrage. Tel était l'enjeu

essentiel dans l'affaire opposant un club belge de football, le *RFC Seraing*, et la FIFA. En l'espèce, le club avait été l'objet de sanctions disciplinaires pour avoir violé deux dispositions issues du règlement du statut et du transfert des joueurs de la FIFA qui interdisent notamment ce que la pratique qualifie de « tierce-propriété » ou « *third party ownership* ».

Pour comprendre rapidement de quoi il s'agit, il suffit de se rappeler l'actualité estivale qui a vu le transfert de nombreux joueurs et le paiement d'indemnités parfois élevées. Ces indemnités de transfert sont en principe négociées et versées entre clubs et le règlement de la FIFA interdit tout accord avec un tiers « *permettant à celui-ci de pouvoir prétendre, en partie ou en intégralité, à une indemnité payable en relation avec le futur transfert d'un joueur d'un club vers un autre club, ou de se voir attribuer tout droit en relation avec un transfert ou une indemnité de transfert futur(e)* ».

Or, le club belge avait justement conclu un tel accord avec une société de droit maltais. En contrepartie du paiement de la somme de 300 000 €, la société devenait « *propriétaire de 30 % de la valeur financière dérivant des droits fédératifs* » de trois joueurs. C'est sur le fondement de cet accord, et d'un autre contrat similaire conclu postérieurement, qu'une procédure disciplinaire fut ouverte par la FIFA contre le club belge.

Les organes disciplinaires de la FIFA, en première instance puis en appel, ont sanctionné le club belge d'une amende et d'une interdiction de recrutement pendant quatre périodes d'enregistrement complètes et consécutives. Le club belge a alors décidé de saisir le TAS dans le cadre de la procédure arbitrale d'appel d'une demande d'annulation de la décision de la commission de recours de la FIFA.

L'argument principal du requérant se fondait sur l'illégalité du règlement de la FIFA appliqué en l'espèce par ses organes disciplinaires. Cette demande nécessitait alors de déterminer le droit applicable au fond du litige.

En principe, la question est résolue par le règlement de procédure du TAS. L'article R58 du Code de l'arbitrage en matière de sport énonce clairement que sont applicables les règlements de la fédération dont la décision est attaquée, ici la FIFA, et, subsidiairement, le droit suisse, en tant que droit de l'état du siège de la FIFA.

Pour autant, les parties peuvent-elles se prévaloir de l'applicabilité des règles de droit d'autres ordres juridiques ? Sur ce point, le club belge et la FIFA s'opposaient devant le TAS. Alors que le premier invoquait l'applicabilité du droit belge et du droit de l'Union Européenne, la seconde considérait qu'aucune raison impérieuse ne le justifiait.

Le règlement de procédure du TAS est suffisamment flexible pour suivre l'argumentation du club belge. L'article R58 du Code de

l'arbitrage en matière de sport autorise en effet la formation arbitrale à appliquer les règles de droit qu'elle estime appropriées. Sa décision doit alors être motivée.

Pour trancher cette question sur le droit applicable au fond, le TAS va s'appuyer sur le droit suisse désigné par l'article R58 comme étant applicable à titre subsidiaire. Il se fonde sur l'article 19 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 Décembre 1987 qui autorise, sous conditions, l'arbitre à prendre en considération une disposition impérative d'un autre droit.

Trois conditions cumulatives doivent être remplies. Tout d'abord, ces dispositions doivent relever d'une catégorie de normes nécessairement applicables quelque soit le droit applicable au fond du litige. Ensuite, il doit y avoir une relation étroite entre l'objet du litige et le territoire où les dispositions impératives du droit étranger sont en vigueur. Enfin, *« au vu de la théorie et la pratique du droit suisse, les dispositions impératives doivent viser à la protection des intérêts légitimes et des valeurs fondamentales et leur application doivent mener à une décision appropriée »*.

Le raisonnement suivi en l'espèce, par la Formation arbitrale rejoint celui adopté par le TAS dans d'autres affaires (TAS, 98/200, 20 août 1999, *AEK Athènes, Slavia Prague c/ UEFA*, § 10 ; TAS, 2016/A/4492, 23 juin 2016, *Galatasaray c/ UEFA*, § 41 s.). Le TAS estime devoir tenir compte des règles impératives du droit de l'Union Européenne relatives au droit de la concurrence et aux libertés de circulation. Ces règles impératives relèvent de dispositions du droit primaire et du droit dérivé de l'Union Européenne mais aussi de l'interprétation qui est faite par la Cour de justice, les juridictions nationales, le TAS cite ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Paris, et la Commission. Le TAS se réfère ainsi à la jurisprudence et à la pratique de la Commission pour justifier son raisonnement.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne est cependant écartée des débats dans la mesure où, conformément à son article 51, elle ne peut être invoquée que contre les institutions, organes et organismes de l'Union Européenne ainsi que les Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union Européenne. Le requérant ne peut par conséquent pas invoquer ce texte contre un règlement de la FIFA. Le droit belge n'est pas non plus pris en considération dans la mesure où le requérant n'a pas établi ses spécificités au regard du droit suisse et du droit de l'Union Européenne applicables au litige.

La sentence n'apporte pas d'éclairage particulier sur l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et de son premier protocole additionnel. La demande du requérant est rapidement balayée par le TAS, à défaut d'argument spécifique apporté par le club belge. On sait cependant que les droits fondamentaux consacrés par les traités internationaux ne sont pas, en principe, directement invocables devant le TAS (M. Maisonneuve,

« Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes » : *RDLF*, 2017, chron. n° 9). Le TAS a ainsi déjà écarté l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH relatif au droit à la vie privée ou de l'article 1^{er} du Protocole additionnel relatif au respect des biens invoqués ici par le requérant (TAS, 2012/A/2862, *FC Girondins de Bordeaux c/ FIFA*, 11 janvier 2013, §105 : *Rev. arb.*, 2013.795, note F. Latty ; *JDI*, 2014.366, note J. Guillaumé).

Finalement, le TAS valide le mécanisme d'interdiction de la « tierce-propriété » par la FIFA au nom des objectifs légitimes qui sont poursuivis tout en réduisant, au nom du principe de proportionnalité, la sanction infligée au club belge.

Marc PELTIER

V. – LA SENTENCE ARBITRALE ET LES VOIES DE RECOURS

— **Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4474 *Michel Platini c/ FIFA*, sentence du 16 septembre 2016 ; et Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2017, *Michel Platini c/ FIFA* : principes généraux du droit ; droit à un procès équitable ; notion d'arbitrage international.**

L'affaire est particulièrement médiatique en raison de la personne qui en est l'objet. Michel Platini occupe la scène footballistique depuis un peu plus de quarante ans après avoir joué les rôles de génie en herbe, sur l'herbe et sur le banc, puis d'organisateur de compétition et enfin de dirigeant de la plus puissante confédération continentale. Il aurait pu finir en tant que président de la fédération internationale mais il ne put finalement pas se présenter aux dernières élections en raison d'une suspension prononcée pour violation des règles de la FIFA en matière d'éthique.

Cette décision a été soumise au TAS dans le cadre de la procédure arbitrale d'appel. La sentence qui a été rendue laissera probablement un souvenir moins impérissable que la trajectoire des coups francs du célèbre numéro 10. L'enjeu essentiel de la sentence était de déterminer les moyens de preuve d'un contrat oral ce qui est assez éloigné des analyses habituellement présentées dans cette chronique.

On retiendra cependant qu'à nouveau le TAS se réfère à des principes généraux du droit : « *lex mitior* », « *actor incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor* », « *non concedit venire contra factum proprium* », « *lex specialis derogat generali* », principe de proportionnalité... L'utilisation par le TAS de principes généraux du droit montre que l'ordre juridique sportif n'est pas toujours suffisant.

On retiendra aussi la reprise d'un raisonnement habituel dans les sentences du TAS relatif au moyen fondé sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) pour obtenir l'annulation d'une décision prise par l'organe d'une fédération internationale.

Autrement dit, une décision peut-elle être annulée au motif qu'elle n'aurait pas été prise dans le cadre d'une procédure équitable ?

Le TAS rappelle ce qui doit être analysé comme une véritable jurisprudence. En raison de son plein pouvoir d'examen en fait et en droit fondé sur l'article R57 du Code de l'arbitrage en matière de sport, « *l'effet d'un système d'appel qui permet un plein examen par le tribunal de seconde instance est que les questions concernant la manière dont le tribunal de première instance a conduit la procédure deviennent marginales* » (TAS, 98/211, 7 juin 1999, *B. c/ FINA*). La formation en déduit que « *la procédure devant le TAS guérit toutes les violations procédurales qui auraient pu être commises par les instances précédentes* » (§ 224). Par conséquent, la question de l'applicabilité et de l'application de l'article 6 de la CEDH ne se pose pas.

Le requérant n'ayant pas obtenu l'annulation de sa suspension a ensuite saisi le Tribunal fédéral suisse d'un recours contre la sentence. L'arrêt de la haute juridiction suisse est particulièrement éclairant sur la distinction entre arbitrage interne et arbitrage international. On sait, en droit français, que ces deux arbitrages font l'objet de deux titres différents dans le Code de procédure civile. Ils sont également distingués en droit suisse. Pour simplifier la présentation, les moyens de recours contre une sentence sont différents selon que l'arbitrage est interne ou international (loi sur le tribunal fédéral, art. 77).

Le Tribunal fédéral devait ainsi, au préalable, déterminer la nature de l'arbitrage. Aux termes de l'article 176 de la loi suisse sur le droit international privé, l'arbitrage est international « *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* ». Deux critères cumulatifs sont donc exigés et, apparemment, faciles à mettre en œuvre.

En l'espèce, le premier critère ne fait aucune difficulté. L'article R28 du Code de l'arbitrage en matière de sport dispose « *le siège du TAS et de chaque formation est fixé à Lausanne, Suisse* ». Le second critère est quant à lui un peu plus délicat à appliquer en l'espèce dans la mesure où, si le siège de la FIFA se trouve bien en Suisse, le requérant a été domicilié successivement en France puis en Suisse. Pour résoudre le problème, il faut vérifier le lieu du domicile du requérant au moment de la convention d'arbitrage, ce qui est un peu compliqué dans le cadre de l'arbitrage sportif. On sait en effet que, le plus souvent, la convention d'arbitrage repose sur une clause des statuts ou des règlements d'institutions sportives.

C'est en raisonnant en fonction des particularités de l'arbitrage sportif que le Tribunal fédéral considère que le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage correspond au moment de l'intégration de la clause compromissaire dans les statuts de l'institution sportive lorsque, comme en l'espèce, le requérant était déjà soumis à ces statuts. En l'espèce, Michel Platini, membre du comité exécutif de la FIFA depuis

2002, est donc soumis à la clause d'arbitrage depuis que celle-ci a été introduite dans les statuts le 1^{er} janvier 2004. Le moment de la convention d'arbitrage remonte au 1^{er} janvier 2004 et c'est à cette date qu'il faut apprécier le lieu du domicile du requérant pour déterminer si l'arbitrage est international ou interne. Finalement, Michel Platini étant domicilié en France au 1^{er} janvier 2004, l'arbitrage est, en principe, international.

Ce principe peut cependant être renversé. Tout d'abord, les parties ont la possibilité de faire un *opting out*, c'est-à-dire d'opter pour l'application des règles de l'arbitrage interne alors que l'arbitrage revêt un caractère international, et *vice versa* (cf. loi suisse sur le droit international privé, art. 176, al., 2 ; Code de procédure civile suisse, art. 353 al. 2).

Ensuite, le principe de bonne foi applicable à l'arbitrage interne et international (Trib. féd., aff. n° 4A_374/2014, 26 février 2015, consid. 4.2.2) s'applique à quiconque participe à la procédure. Or, en l'espèce, la sentence a expressément appliqué les règles d'un arbitrage interne et non international (§ 142), confirmant ainsi les propos tenus par le président de la formation au début de l'audience arbitrale. L'intimée ne s'étant pas opposée pendant l'instance arbitrale à la qualification d'arbitrage interne retenue par le président de la formation ne peut pas ensuite contester la recevabilité du recours devant le Tribunal fédéral en se fondant sur l'argument de la nature internationale de la procédure arbitrale en cause. L'intimée adopte un comportement contradictoire, incompatible avec les règles de la bonne foi (*venire contra factum proprium*), qui ne mérite aucune protection.

Finalement, malgré la nature internationale de l'arbitrage, le Tribunal fédéral le traite comme un arbitrage interne. Le moyen du requérant fondé sur le caractère arbitraire de la sentence n'est donc pas irrecevable car, s'il n'est pas admis contre une sentence arbitrale internationale, il peut être invoqué contre une sentence arbitrale interne.

Marc PELTIER

— **Audience nationale espagnole, Chambre du contentieux administratif, 6^e section, sentence du 21 juin 2017, *Marta Dominguez c/ Ministre de l'éducation, de la culture et du sport : dopage ; reconnaissance d'une sentence du TAS ; exequatur ; droit administratif espagnol ; statut de sportif de haut niveau.***

Une athlète espagnole, championne de très haut niveau, a été condamnée par le TAS pour dopage. Sur la base de cette sentence, le Président du Conseil supérieur du sport espagnol a, le 28 janvier 2016, retiré à l'athlète concernée le statut administratif de sportive de haut niveau dont elle bénéficiait en Espagne. Comme en France, ce statut confère un certain nombre d'avantages personnels et économiques, et l'athlète a dès lors fait appel de cette décision devant la chambre du contentieux administratif de l'Audience nationale.

L'article 15 b) du décret royal espagnol n° 971/2007 du 13 juillet 2013 prévoit que les sanctions pour dopage entraînent la perte du statut de sportif de haut niveau. Le président du Conseil supérieur des sports avait estimé que la sentence du TAS suffisait pour tirer cette conséquence. L'Audience nationale a pour sa part jugé que, comme pour toute sentence arbitrale internationale, une sentence du TAS ne pouvait produire d'effet en droit espagnol qu'à la condition d'avoir été préalablement reconnue en Espagne selon la procédure d'*exequatur*. En outre, le texte précise expressément que le statut de sportif de haut niveau se perd pour avoir été définitivement sanctionné « *par voie administrative* ». Constatant que la sentence du TAS n'avait ni reçu l'*exequatur* d'une juridiction civile espagnole, ni même été reprise par l'Agence espagnole antidopage, l'Audience nationale a dès lors annulé la décision du président du Conseil supérieur du sport.

Il s'agit d'une question classique de rapports entre ordres juridiques, ici entre l'ordre juridique sportif international et l'ordre étatique espagnol. Le jugement de l'Audience nationale ne doit pas être compris comme protecteur des sportifs dopés. Les effets de la sentence du TAS dans l'ordre sportif international ne sont ainsi en aucun cas remis en cause. Le jugement interdit seulement que des conséquences propres au droit administratif espagnol puissent être tirées automatiquement de la sentence du TAS. Contrairement à ce que prétendait l'avocat de l'Etat espagnol, qui défendait la thèse de la légalité de la décision du président du Conseil supérieur du sport, il n'en résulte pas d'atteinte au principe d'égalité entre athlètes sanctionnés localement et athlètes sanctionnés internationalement. La perte du statut de sportif haut niveau pour ces derniers n'est pas impossible. Il suffit que la sanction internationale qui les frappe soit au préalable reconnue en droit interne, soit par l'*exequatur* d'une juridiction civile espagnole, soit par l'Agence espagnole antidopage, ce qui est plus aisé.

En conclusion, le jugement de l'Audience nationale n'est en aucun cas une décision complaisante à l'égard du dopage. Il s'agit d'un jugement assurant la protection d'un droit individuel des sportifs espagnols : celui de ne pas être privé d'un statut administratif résultant du droit interne sur la base d'une décision sportive internationale, y compris d'une sentence arbitrale, sans qu'une instance nationale n'ait au préalable exercé un contrôle minimal de cette décision.

Juan de Dios CRESPO PEREZ

— **Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_620/2015 du 13 décembre 2016, *Sporting Clube de Portugal SAD c/ Doyen Sports Investments Limited* : tierce propriété (TPO) ; notion d'ordre public matériel (art. 190 al. 2 let e LDIP) ; modulation sectorielle (refus) ; notion de bonnes mœurs sportives (non).**

L'arrêt que le Tribunal fédéral a rendu le 13 décembre 2016 dans l'affaire *Sporting Clube de Portugal SAD c/ Doyen Sports Investments*

Limited (Cah. dr. sport, 2017, n° 46, p. 179, note J.-M. Marmayou) présente un double intérêt : l'un qui retiendra surtout l'attention des spécialistes de droit du sport ; l'autre qui est susceptible de retenir tout autant celle des spécialistes du droit de l'arbitrage.

1. Du point de vue du droit du sport, l'intérêt de l'arrêt peut être ainsi résumé : les contrats de type *Third party ownership* (TPO) ne sont pas, sauf hypothétiques circonstances particulières, contraires à l'ordre public au sens de l'article 190 al. 2 let e de la loi suisse sur le droit international privé (LDIP).

D'une manière générale, la TPO « est une expression qui désigne la situation dans laquelle une personne (morale ou physique) détient le droit d'obtenir une part (généralement exprimée en pourcentage) sur la valeur d'un (éventuel) futur transfert d'un joueur » (F. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia et F. Rizzo, *Droit du sport*, LGDJ, 4^e éd., 2015, n° 1432). En l'espèce, le club de football du *Sporting Clube de Portugal* (ci-après *Sporting Portugal*) s'était entendu en 2012 avec la société *Doyen Sports Investments* (ci-après *Doyen Sports*) sur un montage contractuel destiné à lui permettre de financer l'indemnité de transfert à verser au *Spartak de Moscou* pour la venue de l'international argentin Marco Rojas. Sans entrer dans les détails, la société s'engageait à mettre à disposition du club portugais 3 des 4 millions d'euros de l'indemnité à verser par lui au club russe en contrepartie d'une cession de 75 % (moins 450000 euros) des droits sur le montant d'un éventuel futur transfert du joueur assortie de diverses garanties destinées à assurer la rentabilité de son investissement.

Néanmoins, alors que le joueur fut transféré en 2014 à *Manchester United* pour un montant de 20 millions d'euros, le club ne versa à la société que les 3 millions d'euros qui avaient été mis à sa disposition au lieu des près de 15 millions contractuellement dus. Refusant d'accéder à sa demande de versement du solde, le *Sporting Portugal* porta alors l'affaire devant le Tribunal arbitral du sport (TAS) en vertu de la clause compromissoire contenue dans le contrat conclu avec *Doyen Sports*, soutenant en substance que ce contrat était nul tant au regard du droit suisse des obligations, du droit suisse du travail et du droit pénal suisse, qu'au regard des règles de la Fédération internationale de football association (FIFA), du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH).

Après avoir échoué à convaincre le TAS du bien-fondé de son argumentation (CAS 2014/O/3481 & 3782, *Sporting Clube de Portugal SAD v. Doyen Sports Investments Ltd*, sentence du 21 décembre 2015), le *Sporting Portugal* n'est pas parvenu à convaincre le Tribunal fédéral suisse d'annuler la sentence rendue au motif que, en donnant exécution au contrat de TPO conclu avec *Doyen Sports*, elle aurait violé l'ordre public. Selon le Tribunal, un tel contrat ne constitue, ni un

engagement si excessif de la part du club qu'il serait contraire aux valeurs essentielles et largement reconnues qui selon les conceptions prévalant en Suisse devrait constituer le fondement de tout ordre juridique, ni ne constitue une restriction suffisamment grave de sa liberté économique, ni ne méconnaît gravement les droits de la personnalité et les droits fondamentaux des joueurs.

A vrai dire, à lire certains passages quelque peu piquants de l'arrêt rendu, le couperet est même passé assez loin : ainsi lorsque le Tribunal affirme, s'agissant des rapports entre prêteur et emprunteur, qu'« *on ne voit pas bien ce qu'il peut y avoir d'usurier, de léonin ou de simplement immoral, pour une société d'investissement qui prête à un club de football les trois-quarts des fonds nécessaires à l'achat des droits fédératifs concernant un joueur que ce club souhaite intégrer dans son équipe, dans le fait d'acquérir une proportion identique des droits économiques afférents audit joueur et de se faire promettre par le bénéficiaire du prêt le versement d'une part équivalente (i.e. 75 %) de la somme payée par le nouveau club, pour le cas où le même joueur ferait l'objet d'un transfert ultérieur* » (consid. 4.2.3) ; ou bien encore quand, après avoir rappelé que ce joueur « *s'[était] félicité de l'honneur qu'on lui avait fait, par son transfert à [Manchester United], de pouvoir jouer pour le grand club au monde* » et qu'il « *était raisonnable de penser que ce transfert s'[était] accompagné d'une augmentation de sa rémunération* », « *déjà confortable de 1'140'000 euros* » par an qu'il percevait jusque-là, le Tribunal estime que « *se prévaloir, dans de telles circonstances, de l'interdiction du travail forcé ou de la violation de la dignité humaine, ainsi que le fait le recourant, apparaît, dès lors, plutôt audacieux* » (consid. 4.3.3).

Il pourrait être tentant, depuis que la FIFA a interdit la TPO avec effet au 1^{er} mai 2015, de n'accorder sur ce point qu'un intérêt historique à l'arrêt rendu. Ce serait toutefois oublier que l'interdiction de la FIFA ne vaut que pour le football et seulement pour l'avenir. Ce serait aussi omettre que, même si elle a été validée par le TAS (2016/A/4490 *RFC Seraing c/ FIFA*, sentence du 9 mars 2017, v. *supra*, cette chronique), cette interdiction est actuellement contestée tant devant des juridictions nationales que devant la Commission européenne (pour une étude d'ensemble, v. J.-M. Marmayou, « *Lex sportiva* et investissements : interdiction du *Third Party Player Ownership* », in F. Latty, J.-M. Marmayou et J.-B. Racine (dir.), *Sport et droit international (aspects choisis)*, PUAM, 2016, p. 69).

2. Du point de vue du droit de l'arbitrage, l'apport principal de l'arrêt tient dans la ferme confirmation du refus du Tribunal fédéral de moduler le contenu de la notion d'ordre public de l'article 190 al. 2 let e LDIP en fonction du type d'activités objet de l'arbitrage contesté.

En l'espèce et en substance, le *Sporting Portugal* soutenait qu'il existait des bonnes mœurs propres au domaine du sport et du football en particulier qu'il conviendrait d'inclure dans la notion d'ordre public matériel à l'aune duquel sont contrôlées les sentences TAS. Le Tribunal

a refusé de s'engager dans cette voie : « hormis le fait qu'il semble difficile de déterminer quelles sont les bonnes mœurs dans le domaine considéré, moduler le concept d'ordre public matériel en fonction de telle ou telle activité et, plus encore, d'une branche particulière de l'activité visée — en l'occurrence, le sport, respectivement le football — reviendrait, d'une certaine manière, à diluer la force et à atténuer la portée de ce concept en laissant à la fédération faïtière de la branche entrant en ligne de compte — en l'espèce, la FIFA — le soin de définir la notion des bonnes mœurs propre à cette branche. En résulteraient un émiettement, une dilution de la notion d'ordre public matériel et, par voie de conséquence, une difficulté accrue à cerner les contours de cette notion, sans parler de la formation d'une casuistique peu propice à la sécurité du droit. Au demeurant, s'il est certes exact que les particularités de l'arbitrage sportif ont été prises en considération par la jurisprudence fédérale dans le traitement de certaines questions de procédure spécifiques, telle la renonciation à recourir (ATF 133 III 235 consid. 4.3.2.2 p. 244), il ne s'ensuit pas pour autant qu'il faille en faire de même à l'égard du moyen de caractère général tiré de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public matériel, sauf à créer une véritable *lex sportiva* par la voie prétorienne, ce qui pourrait soulever des problèmes du point de vue de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire de la Confédération (arrêt 4A_488/2011 du 18 juin 2012 consid. 6.2 avant-dernier par.) ».

Cette position mérite sans doute d'être approuvée. Non seulement s'agissant du refus de principe toute modulation sectorielle du contenu de cette notion, au nom, comme cela ressort de l'arrêt, de la sécurité juridique et la séparation des pouvoirs, mais aussi, et peut-être surtout, concernant le refus particulier d'inclure le concept de bonnes mœurs sportives dans la notion d'ordre public. Laisser aux institutions sportives la possibilité de définir, même partiellement, le contenu d'une notion qui constitue l'un des ultimes garde-fous de leur autonomie normative serait s'aventurer sur un chemin dangereux.

Pour autant, sans aller jusqu'à une modulation sectorielle du contenu de la notion d'ordre public, il est une autre modulation sectorielle que l'on pourrait estimer souhaitable : celle de l'intensité du contrôle exercé (en ce sens, v. A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 732 ; M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, n° 1083 et s.).

Pour l'heure, ce contrôle est un contrôle d'une intensité limitée, voire très limitée, en matière sportive comme ailleurs. Par exemple, si le Tribunal fédéral intègre bien la violation de l'article 27 du Code civil suisse sur la protection des droits de la personnalité contre des engagements excessifs dans sa conception de l'ordre public au sens de l'article 190 al. 2 let. e LDIP, « la violation de cette disposition n'est pas », comme rappelé dans l'arrêt commenté, « automatiquement contraire à l'ordre public ; encore faut-il que l'on ait affaire à un cas grave et net de violation d'un droit fondamental » (consid. 4.2.3 ; exigeant « une atteinte

manifeste et grave », v. arrêt du 27 mars 2012, *Francelino da Silva Matuzalem c/ FIFA*, ATF 138 III 322, cons. 4.3.5, *Cah. dr. sport*, n° 28, 2012, p. 35, note S. Le Reste ; *Rev. arb.*, 2012.668, note M. Maisonneuve, et p. 860, note P.-Y. Tschanz et I. Fellrath). De même si le Tribunal fédéral inclut la violation des principes, au moins les plus fondamentaux, qui sous-tendent les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (Trib. féd., arrêt 4A_370/2007 du 21 février 2008, *X. c/ Association A et al.*, consid. 5.3.2 ; v. également arrêt 4A_178/2014 du 11 juin 2014, *A. c/ Nationale Anti-Doping Agentur Deutschland*, consid. 2.4), seules les violations graves et manifestes sont susceptibles d'entraîner l'annulation de la sentence (arrêt du 27 mars 2012, *Francelino da Silva Matuzalem c/ FIFA*, *préc.*, consid. 4.3.5).

Une telle limitation du contrôle de la violation de l'ordre public est peut-être opportune dans l'arbitrage commercial. C'est beaucoup plus discutable concernant l'arbitrage en matière sportive, en tout cas lorsque, à la différence du cas d'espèce mais comme c'est généralement le cas dans ce type d'arbitrage, il est imposé par les institutions sportives à leurs membres. Autant on peut éventuellement admettre un contrôle limité de la violation de l'ordre public par des sentences rendues par des tribunaux arbitraux statuant sur le fondement de clauses compromissaires librement consenties par des parties entretenant des relations horizontales ; autant on peut le regretter s'agissant de sentences rendues par des tribunaux arbitraux dont la compétence à l'égard d'athlètes ou de clubs procèdent moins de leur volonté que de celle d'institutions sportives avec lesquelles ils sont dans une relation verticale. Sans aller jusqu'à ce que le Tribunal fédéral rejuge au fond l'affaire, ce qui ne serait ni adapté à la célérité particulière que requiert la résolution des litiges sportifs ni à l'universalité de l'activité sportive, s'assurer d'une manière qui ne soit pas trop superficielle que les droits fondamentaux des sportifs ou des clubs n'ont pas été méconnus par un tribunal arbitral auquel ils ont été contraints de s'en remettre, pourrait constituer un compromis acceptable.

Il n'a de plus rien de juridiquement irréaliste. La séparation des pouvoirs, avancée dans l'arrêt commenté pour refuser de moduler le contenu de la notion d'ordre public, que le législateur aurait prétendument voulu unique, n'est ici en aucun cas un obstacle. L'intensité du contrôle exercé par le juge est en effet en principe une question jurisprudentielle. C'est d'ailleurs une voie dans laquelle le Tribunal fédéral s'est déjà engagée s'agissant du contrôle d'un autre grief susceptible d'être soulevé devant lui pour obtenir l'annulation d'une sentence internationale : l'incompétence du tribunal arbitral l'ayant rendue (art. 190 al. 2 let. a LDIP). Comme on le sait, c'est en effet « avec bienveillance », qu'il examine « le caractère consensuel de l'arbitrage en matière sportive », et ce « afin de favoriser la résolution rapide des litiges concernés par des tribunaux spécialisés présentant des garanties d'indépendance et d'impartialité suffisantes » (arrêt 4A_548/2009 du 20 janvier 2010, *X. c/ Y. et FIFA*, consid. 4.1 ; arrêt 4A_428/2011 du

13 février 2012, *X. Malisse et Y. Wickmayer c/ AMA, et Fédération flamande de tennis*, consid. 4.1.1 ; *Rev. arb.*, 2012.653, note S. Besson). Autrement dit, le Tribunal fédéral a fait le choix, en matière sportive, d'un contrôle plus laxiste de ce grief qu'ailleurs.

Décider également d'un contrôle plus approfondi de la violation de l'ordre public en cette matière ne poserait pas plus de difficultés juridiques et permettrait en outre de mieux équilibrer les choses. Si l'objectif d'égalité des compétiteurs sportifs devant la justice peut sans doute justifier de se montrer tolérant concernant la validité de la convention d'arbitrage, le fait que celle-ci ne soit pas librement consentie commande à notre sens, en contrepartie, de se montrer un peu plus exigeant sur d'autres points. C'est déjà ce que fait le Tribunal fédéral en refusant que l'on puisse renoncer conventionnellement au recours en annulation en matière sportive, alors pourtant que la LDIP ne fait pas expressément de distinction selon les types d'arbitrage (arrêt du 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, ATF 133 III 235, spéc. p. 245 ; *Gaz. Pal.*, 13-17 juillet 2007, p. 35, obs. A. Pinna ; *Gaz. Pal.*, 28-29 mars 2008, p. 45, note P.-Y. Gunter ; *Rev. arb.*, 2008.570, note M. Maisonneuve). Ce n'est toutefois pas assez. Pour que l'équilibre soit satisfaisant, il ne suffit pas qu'une possibilité de contrôle soit en tout état de cause ouverte ; il faudrait en plus que le contrôle exercé soit suffisant.

Au-delà de toute considération d'opportunité ou de faisabilité jurisprudentielle, on peut même se demander si une élévation du degré de contrôle du Tribunal fédéral sur la violation des droits fondamentaux, ou au moins de certains d'entre eux, par des sentences arbitrales, particulièrement en matière sportive, ne pourrait pas constituer une obligation juridique imposée à la Suisse par la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH). Si cette convention impose d'abord aux Etats parties des obligations négatives, impliquant qu'ils s'abstiennent de s'ingérer dans l'exercice des droits qu'elle garantit, elle met aussi à leur charge des obligations positives, supposant qu'ils agissent pour protéger ces droits, y compris lorsqu'ils sont méconnus par des particuliers. Dans ces conditions, il n'est pas complètement impossible que la responsabilité de la Suisse puisse être recherchée avec succès devant la Cour européenne des droits de l'homme au motif que le Tribunal fédéral aurait refusé, compte tenu de la conception restrictive qu'il se fait de l'ordre public en droit de l'arbitrage international, d'annuler une sentence du TAS portant pourtant atteinte à un droit garanti par la Conv. EDH (en ce sens, v. notamment F. Latty, note sous CAS 2010/A/2311 & 2312 *Stichting Anti-Doping Autoriteit Nederland (NADO) & Koninklijke Nederlandsche Schaatsenrijders Bond (KNSB) c/ W.*, sentence du 22 août 2011, *Rev. arb.*, 2012.668).

Mathieu MAISONNEUVE

