

Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive (Tribunal de commerce du Hainaut (Belgique), division Charleroi, 19 janvier 2017, A/16/00141, Lassana Diarra c/ URBSFA & FIFA ; Tribunal fédéral suisse, 1re Cour de droit civil, arrêt 4A_620/2015 du 13 décembre 2016, Sporting Clube de Portugal c/ Doyen Sports Investments Limited)

Mathieu Maisonneuve

► **To cite this version:**

Mathieu Maisonneuve. Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive (Tribunal de commerce du Hainaut (Belgique), division Charleroi, 19 janvier 2017, A/16/00141, Lassana Diarra c/ URBSFA & FIFA ; Tribunal fédéral suisse, 1re Cour de droit civil, arrêt 4A_620/2015 du 13 décembre 2016, Sporting Clube de Portugal c/ Doyen Sports Investments Limited). *Revue de l'arbitrage*, Comité français de l'arbitrage, 2017, pp.1011-1057. hal-01767176

HAL Id: hal-01767176

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01767176>

Submitted on 2 Apr 2019

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

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

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 force 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 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 Rojos. 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 plus 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