HAL
archives-ouvertes.fr

Le consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs

Elie Yamdjie

▶ **To cite this version:**

Elie Yamdjie. Le consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2013. Français. <NNT : 2013NICE0023>. <tel-01215802>

HAL Id: tel-01215802

https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01215802

Submitted on 15 Oct 2015

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.

Ecole doctorale DESPEG
CREDECO/GREDEG
UMR 7321 CNRS

LE CONSENTEMENT DANS L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit
présentée et soutenue publiquement le 14 octobre 2013

Par

Elie YAMDJIE

Sous la direction de :

Madame Katja SONTAG
Maître de Conférences HDR à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Membres du jury :

Madame Natalie FRICERO
Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

Monsieur Olivier DUBOS
Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV et à l'Institut d'études politiques de Bordeaux, Rapporteur

Monsieur Jean-Christophe LAPOUBLE

CC BY NC ND

Maître de Conférences HDR à l'Institut d'études politiques de Bordeaux, Rapporteur.

Avertissement :

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent êtres considérées comme propres à l'auteur.

BY NC ND

Résumé :

Le consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs témoigne des mutations profondes que subissent les piliers du droit dans le domaine économique. L'unilatéralisme visible des puissances sportives supplante nettement le bilatéralisme où, en principe, la fusion paisible des volontés donne naissance aux conventions. Mus par la recherche de l'efficience, les pouvoirs privés sportifs s'emparent du consentement, le mettent résolument à leur service au point que leur arbitrage se rapproche plutôt du sens qu'y donnent les économistes. La convention issue de ce consentement rime plutôt avec les contrats économiques. L'automaticité des effets liés à ce consentement nie à l'arbitrage ainsi institué le minimum de légitimité dont il a besoin. Le juge du *for* en a enfin pris conscience et c'est heureux ! Mais c'est sur les arbitres du TAS que repose le plus grand travail nécessaire à sa légitimation.

Mots Clés : Abus, acceptation, contrôle, contrats économiques, état de nécessité, droit au juge, légitimité, litiges, objet, pouvoir, règles, sources, TAS, volonté.

Résumé en anglais :

Consent in the arbitration of sports' litigation clearly highlights the important changes which in economic domain, that affect the pillars upon which regulations are laid. The unilateralism of sports authorities is noticeable as they breach the rule of bilateralism by which a peaceful merge of consent may likely lead to agreements. Private sports authorities fascinated by efficiency grasp and own consent as to serve their interest; therefore the arbitration process thoroughly diverted from its target likely slips onto economic ground. Agreement which is laid upon such consent rhymes with economic contracts. The certainty of the effects attached to such consent impairs the legitimacy of the arbitration process. The court judge has finally appreciated and approved that view and that is exciting. However, a thorough legitimation of the arbitration process is the TAS arbitrators' responsibility.

Keywords: Abuses, acceptance, control, economics contracts, necessity, right to justice, legitimacy, dispute, object, power, rules, source, CAS, will.

BY NC ND

Remerciements

J'avoue ici une sincère dette de reconnaissance à Madame Katja SONTAG pour l'attention, la disponibilité, l'écoute et la patience avec lesquelles elle a dirigé mes recherches, la confiance dont elle m'a constamment honoré. Qu'elle veuille bien trouver dans les présentes ma plus profonde gratitude.

Je tiens aussi à remercier profondément, Madame Natalie FRICERO, Monsieur Olivier DUBOS et Monsieur Jean-Christophe LAPOUBLE pour avoir participé au jury de cette thèse.

Ma sincère gratitude va également à tous ceux qui, tout au long de l'élaboration de cette thèse, m'ont témoigné d'un indéfectible soutien et entretenu en moi la permanente flamme de ne pas les décevoir :

A feue Madame Laurence BOY, décédée prématurément, en souvenir de ses chaleureux encadrement et soutien.

Mon épouse Honorine et nos enfants Gilles, Joël et Manuela : cette thèse m'a tenu pour longtemps éloigné d'eux. Ce qui leur a valu d'énormes périls que seule la providence les en a sortis. Mais malgré tout, ils n'ont jamais oublié de toujours m'aimer, me soutenir, m'encourager en me bénissant.

A ma mère Hélène KEUSSI pour son soutien et son amour indéfectibles.

A Dieunedort WOUAKO, Mme Elisabeth PASSERON, Julienne AYISSI, Blaise MBIELEU, Jeannette DJUIMO, Zacharie DJUIDJA, Martin TCHOKONTE, Esther et Didier DUPARD, Hélène KWEMBOU, Madeleine TUMNDE, Adélaïde DJEULEU, Hélène et Pierre TITCHEU, Blaise TIAKO, Jacqueline NGASSEU, Charlie NAMOU, Sidonie DJUIMO, Jean-Robert MBIELEU, Marcelin TIAKO, Hubert LEUNDJI, Simone DJIENGOUE, Feu Raphael TCHANDIN et tout mon grand cercle d'amis de Nice et d'ailleurs que je ne pourrais nommément citer ici.

CC BY NC ND

Principales abréviations :

AAA : American arbitration association

ACAP : America's cup arbitration panel

AFC : Asian Football Confederation (Confédération asiatique de football);

Art. : article

AIBA : Association internationale de boxe amateur (en anglais IBF : international boxing fédération)

AIFA: Association Internationale des fédérations d'athlétisme (plus connue sous le sigle en anglais IAAF)

AJDA : Actualités juridiques – droit administratif

Al. : alinéa

AMA : Agence mondiale antidopage - (WADA : world antidoping agency)

ATF : Arrêt du tribunal fédéral (Suisse)

BDP. Bibliothèque de droit privé

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (France)

Bull. ASA : Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage

CA : cour d'appel

CAB : Confédération africaine de boxe

CAF : Confédération africaine de football

CAHB : Confédération africaine de handball

CAS/CNOSF : Chambre arbitrale du sport du CNOSF

Cass. : Cour de cassation

Cass. Ass. Plén. : Cour de cassation, assemblée plénière

Cass. ch. Mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. Civ 1ère : Première chambre civile de la Cour de cassation

BY NC ND

Cass. Civ 2e : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. Civ. 3e : Troisième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. Com. : Chambre commerciale de la Coude cassation

Cass. Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

CC : Conseil constitutionnel

CCiv. Code civil

CD : compact disc

CDS : Cahiers du droit du sport

CE : Conseil d'état

Cf. : confère

CIAS : Conseil international de l'arbitrage en matière de sport

CIO : Comité international olympique

Chron. : Chroniques

CJA : Code de la justice administrative

CJUE (anciennement CJCE) : Cour de justice de l'Union européenne

Comm. : Commentaires

Concl. : conclusions

CONMEBOL : Conferedacion sudamericana de futbol (Confédération sud-américaine de football)

Conv. EDH : Convention européenne des droits de l'homme

Cour EDH (CEDH) : Cour européenne des droits de l'homme

CMA : Code mondial antidopage

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le développement du Commerce International

CNOSF : Comité national olympique et sportif français

CONI : Comité olympique national italien

Contrats- conc.- consom.: Revue contrats-concurrence-consommation

CPC : Code de procédure civile

CPP : Code de procédure pénale

BY NC ND

CRDSC : Centre de règlement des différends sportifs du Canada

CS-USA : Cour suprême des Etats-Unis

C/ : contre

D: Revue Dalloz ; DH : Dalloz Hebdomadaire ; DP : Dalloz périodique ; D-S : Dalloz-Sirey

Déc. : décision

Dir. : sous la direction de

Dr et Proc. : Droit et procédures (ou Revue des huissiers)

Dr. fam. : Revue droit de la famille

DUDH : Déclaration universelle des droits de l'Homme

Ed. : édition

FCI : Fédération cycliste italienne

FEH : Fédération européenne de handball (couramment désignée par son sigle anglais : EHF)

FFF : Fédération française de football

FFR : Fédération française de rugby

FFRIM : Fédération de football de la République islamique de Mauritanie

FIBA : Fédération internationale de basketball

FIH : Fédération internationale de handball

FIFA : Fédération internationale de football association

FINA : Fédération internationale de natation

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

GP : Gazette du palais

Ibid : ibidem (même endroit)

ICF : International canoe federation

Inter. Arb. Rep. : International arbitration report (Mealey's – LexisNexis, London)

IR. : Informations rapides

JCP : Jurisclasseur périodique

JDI : Journal du droit international

BY NC ND

JDT : Journal des tribunaux (Suisse)

JO : Jeux olympiques

LDIP : Loi sur le droit international privé (suisse)

LFP : Ligue de Football Professionnel

LPA / PA: Les petites affiches

Litec : Librairie technique (de la Cour de cassation), actuellement Lexis Nexis

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LSHG : Ligue suisse de hockey sur glace

NHL : National hockey league

NHLPA : National hockey league players' association

n° : numéro

Obs. : Observations

OIT : Organisation internationale du travail

Op. cit. : opus citatus

P. : page, PP. : pages

PFRLR : principes fondamentaux reconnus par les lois de la République

PUF : Presses Universitaires de France

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RDC : Revue des contrats

RD publ. : Revue de droit public

Rec. : Recueil (des décisions)

Rééd. : réédition

Rev. Sc. Crim. : Revue des sciences criminelles

Rev. Arb. : Revue de l'arbitrage

Rev. Crit. DIP : Revue critique du droit international privé

RFDA : Revue française de droit administratif

RFD Const. Revue française de droit constitutionnel

RGDA : Revue générale de droit des assurances

BY NC ND

RJES : Revue juridique et économique du sport (Jurisport)

RJF : Revue de jurisprudence fiscale

RID Comp. : Revue internationale de droit comparé

RIDE : Revue internationale de droit économique

RSDIE : Revue suisse de droit international et européen

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RUDH : Revue Universelle des droits de l'Homme

Somm. : sommaire

Somm. comm. : Sommaire commenté

ss. : et suivant(e)s

Sté : société

T. : tome

TAS : Tribunal arbitral du sport (en anglais : CAS : Court of arbitration for sport)

Trad. fr. : traduction en français

UE : Union européenne

UEFA: Union of european football associations

UCI : Union cycliste internationale

USOC : United states olympic committee (Comité olympique des Etats-Unis)

Vol. : Volume

cc BY NC ND

SOMMAIRE (un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

INTRODUCTION **11**

1ère Partie : LA NOTION DU CONSENTEMENT DANS L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS **35**

Titre 1 : L'EFFACEMENT DE L'ASPECT VOLONTAIRE DU CONSENTEMENT . **39**

Chapitre 1 : L'INFEODATION DE LA VOLONTE **43**

Résumé chapitre 1 ..... **94**

CHAPITRE 2 : LA CAPTATION DU CONSENTEMENT **95**

Résumé chapitre 2 ..... **133**

Résumé titre 1 ..... **134**

Titre 2 : LA SPÉCIFICITÉ DES AUTRES ÉLÉMENTS DU CONSENTEMENT ... **135**

Chapitre 1 : L'ÉTRANGETÉ DES SOURCES DU CONSENTEMENT **137**

Résumé chapitre 1 ..... **188**

Chapitre 2 : LA SINGULARITE DE L'OBJET DU CONSENTEMENT **189**

Résumé chapitre 2 ..... **299**

Résumé titre 2 ..... **300**

Résumé 1ère Partie **301**

2ème PARTIE : LA FONCTION DU CONSENTEMENT DANS L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS **303**

Titre 1 : LE CONSENTEMENT AU SERVICE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS **307**

Chapitre 1 : LA REIFICATION DU CONSENTEMENT **309**

Résumé Chapitre 1 ..... **326**

Chapitre 2 : L'EXPLOITATION DU CONSENTEMENT **327**

Résumé titre 1 ..... **356**

Titre 2 : LES EFFETS DE LA MISE DU CONSENTEMENT AU SERVICE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS **357**

Chapitre 1 : L'EFFICACITE DU CONSENTEMENT **359**

Résumé chapitre 1 ..... **405**

Chapitre 2 : LA REVELATION DE LA VERITABLE NATURE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS **407**

Résumé chapitre 2 ..... **453**

Résumé Titre 2 ..... **454**

Résumé 2ème partie **455**

CONCLUSION GENERALE **457**

BIBLIOGRAPHIE **461**

BY NC ND

« *Quand le consentement devient comme aujourd'hui, le sésame permettant de renoncer à tous les interdits et à toutes les protections,*

loin de libérer l'homme, cela le rend au contraire prisonnier de tous ses désirs les plus fous et les plus versatiles »

Muriel FABRE-MAGNAN : Introduction générale au droit - Droit des personnes – Méthodologie juridique, PUF, 2011, p. 58

INTRODUCTION

I : Prolégomènes

« *Toutes les idées, même les plus sublimes ne sont pas à inventer mais se trouvent inscrites dans le vocabulaire consacré par l'usage,* [ce d'autant plus que] *le plus difficile au monde est de dire en y pensant ce que tout le monde dit sans y penser* »[1]. L'usage social des mots véhiculant la communication, la transposition et la mémorisation des abstractions structure la pensée commune. Il s'ensuit que l'imposition des paradigmes participe des stratégies plastiques d'assujettissement de la masse par les dominants. C'est pourquoi il faut se garder d'enfermer les mots[2] même par naïveté dans une béate neutralité ; surtout pas les mots du droit. Un mot dans la loi par exemple, est très souvent une qualification juridique.

Quoiqu'il y ait en cette matière une plus ou moins grande marge de manœuvre tenant à l'interprétation, il s'agira à chaque fois, d'intégrer un fait ou un ensemble de faits dans une catégorie juridique prédéfinie. Ainsi un acte et un fait juridiques n'intègrent pas le même champ sémantique. L'on

[1] ALAIN (Emile-Auguste CHARTIER, dit) : Histoire de mes pensées, Gallimard, Paris, 1936, p. 77.

[2] cf. Jean Paul SARTRE : Les mots, Gallimard, 1964 : L'auteur y présente les mots comme une des forces structurantes de l'idéologie, qui permettent de servir ou de desservir les hommes selon l'usage qui en est fait : un outil de manipulation des consciences.

BY NC ND

n'y attache pas les mêmes effets de droit. Ce qui délimite ces deux groupes de mots c'est la volonté. Car lorsque les effets juridiques ont été directement voulus, on a affaire aux actes juridiques ; ou alors aux faits juridiques dans l'hypothèse contraire.

L'articulation entre le droit et les faits ne va pas toujours sans poser quelques difficultés. Ainsi dans certaines hypothèses, les effets de droit « *ont été voulus et même visés, mais il y a toujours fait juridique et non pas acte juridique, dans la mesure où les conséquences juridiques découlent non pas de l'expression de la volonté mais uniquement de la réalisation du fait* »[3] ; sauf à vouloir, esprit réductionniste aidant, mettre le droit au service des faits sans envisager ses "conséquences pernicieuses"[4]. Mais, même si les faits sont têtus, « *nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité* »[5] ; tout comme le monde n'a jamais été aussi construit, déconstruit, reconstruit, structuré, organisé, contrôlé …, qu'en mettant en mouvement les mots des Hommes.

Sans exception, tous les dictionnaires en tant que voix dominante de la pensée contemporaine, mais aussi le véritable "code" de la structuration de la communication et de l'harmonie sociale, voire « *une des manières d'affirmer le pouvoir politique centralisateur* »[6], enseignent que **le consentement** a pour synonyme l'accord, le consensus. Il s'agit de quelque chose d'abstrait, d'immatériel et bien évidemment de non quantifiable, de non palpable, mais qu'il suffit de donner pour s'apercevoir de sa "matérialité" saisissable à travers ses effets. Il n'existe pas avant d'avoir été

[3] Muriel FABRE-MAGNAN : Introduction générale au droit - Droit des personnes – Méthodologie juridique, PUF, 2011, p. 27.

[4] Christian ATIAS et Didier LINOTTE : Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D-S 1977, p. 257.

[5] Jean GIRAUDOUX : La guerre de Troie n'aura pas lieu, Grasset 1935 : mise en exergue de la dangerosité de la manipulation des symboles et du droit par les détenteurs du pouvoir.

[6] Alain REY sur les ondes de France Culture, Emission : Cultures d'Islam, vendredi, 06 avril 2012.

BY NC ND

donné, bien que n'exigeant pas un moyen particulier pour ce faire[7] : "*Solus consensus obligat"* : le consentement seul ou la seule parole donnée suffit pour obliger. Les formules de cette espèce, remarque Vincent FORRAY, « *témoignent de la puissance créatrice du nu consentement* »[8], c'est-à-dire de la force intrinsèque que porte sa substance.

Lorsque c'en est fait, le fond de l'expression l'emporte sur la forme. La doctrine consensualiste - pour laquelle le consentement cristallise les éléments substantiels de la convention - y attache avec la plus grande vigueur toutes les conséquences possibles[9], au nom du sacro-saint principe du "*respect de* ***la parole donnée***". Chez les Bamilékés au Cameroun ce principe s'énonce en termes plus rugueux : « *Si tu acceptes neuf, tu donneras neuf* »[10], ni plus ni moins : "*pacta sunt servanda*", exprime-t-on en latin, ce qu'a repris l'article 1134 du Code civil français.

---

[7] Sur ce point, le père de la linguistique moderne -Ferdinand de SAUSSURE- fait comprendre qu'avec les autres moyens d'expression de la pensée, « *la langue est une forme et non une substance* » cf. Le Petit Robert de la langue française, 2011, sous substance, sens II.

[8] Vincent FORRAY : Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, LGDJ, 2007, BDP, t. 480, p. 6, n° 4.

[9] Article 1135 du Code civil : Les conventions engagent les parties non pas seulement sur ce qui y a été exprimé, mais aussi sur toutes les suites que l'usage attache aux obligations convenues.

[10] Traduction littérale pour préserver l'esprit de l'assertion. La prudence tient au fait que les traductions lorsqu'elles sont belles, elles ne sont pas fidèles, et quand elles sont fidèles, elles ne sont pas belles. Quoiqu'il en soit, dans cette tribu fortement structurée et organisée de l'Ouest Cameroun, le droit, non écrit et ancestral, est très prégnant et ne se limite pas aux simples rites. De plus, ce n'est pas à l'occasion d'un litige déjà né que la règle sus-évoquée est révélée au débiteur d'un engagement ou même d'une simple promesse faite et acceptée par son créancier. Dans ce contexte où l'écrit n'intervient pas au secours de la parole, cette règle rend efficace toute obligation contractuelle librement consentie et met en déroute la définition d'E. LEROY cité par N. ROULAND, à son tour repris par Vincent FORRAY pour qui « *le contrat en Afrique noire [est] comme une convention organisée par la remise de la chose s'accompagnant de paroles* ». Il est aussi difficile d'admettre sans nuance avec Monsieur Vincent FORRAY, s'appuyant sur les travaux de MM. MAUSS et ROULAND que les sociétés "primitives" entendons régies par leurs traditions, « *ne connaissent pas le contrat consensuel* (…) *il n'y a pas l'idée de contrat* ». Cf Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, op. cit. pp. 30 ss., n° 31 et 41 avec les notes et références citées. Remarque cependant : l'absence des appellations "contrat" ou "droit" à l'occidental n'emporte pas celle de leur idée et de leur existence. Le contrat et donc le droit, partagent avec la religion et la musique par exemple, le privilège de façonner la vie dans toutes les communautés humaines -y compris la petite tribu d'indiens encore bien enfouie dans la forêt amazonienne sans le moindre contact avec la "civilisation"- quoiqu'en empruntant divers degrés et modes de manifestation.

BY NC ND

Ordinairement pourtant, le commun des mortels, un peu comme noyé dans les mots, n'a pas toujours une conscience immédiate de la puissance qui gît en cet impalpable souverain qu'est la parole : n'est ce pas elle qui « *joue et mime le monde autant qu'[elle] le signifie ; … dit ce qui n'est pas encore et ressuscite ce qui a disparu* »[11] en faisant remonter à la surface de la conscience ce que l'oubli avait enfoui dans les abysses de la mémoire ? N'est ce pas toujours par elle qu'on transmet la plus importante part de l'éducation, de la culture, façonne les esprits[12], passe le commandement, invente et rend viable la lune de miel ou de fiel ? Bien plus en droit, la simple suppression d'un mot dans la loi, sans toucher à la chose à laquelle il se référait, emporte interdiction d'y rattacher les effets juridiques[13].

D'ailleurs, ce pouvoir magique de la parole ne date pas d'hier soir : « *au commencement était la parole (…) Toutes choses ont été faites par elle, et rien de ce qui a été fait n'a été fait sans elle* »[14]. Ainsi le passage du néant à l'existant, du non-être à l'être, ou tout simplement de l'abstrait au concret s'effectue aisément, sous l'insoupçonnable effet du verbe. Ce qui est d'autant plus caractéristique du droit, où les mots ont un sens plus "performatifs" que simplement "constatifs". Puisqu'ils ont d'autres fonctions que celle de décrire le monde, son simple prononcé réalise une action[15]. En effet, la force des mots se trouve à la source de la controverse juridique[16].

---

[11] André VERGEZ et Denis HUISMAN : Nouveau cours de philo, tome 3, La connaissance et la raison, éd. Fernand Nathan, 1980, p.9.

[12] SOCRATE construisait volontiers, en plus du lien de sang, un autre rapprochement entre sa mère et lui, tenant en ce que tandis que celle-ci accouchait les femmes (elle était sage femme), il accouchait les esprits. Or on sait que ce dieu de la philosophie n'avait point écrit ; il n'avait fait usage que de sa parole, devenue éternelle.

[13] Muriel FABRE-MAGNAN : Introduction générale au droit, op. cit, p. 35.

[14] Bible : Evangile selon Jean, chapitre 1er, versets 1 et 3.

[15] John LANGSHAW AUSTIN : How to do Things with words, OUP, 1962, trad. fr. : Quand dire, c'est faire, Paris, Seuil, 1970, cité par Muriel FABRE-MAGNAN : Introduction générale au droit op. cit., p. 37.

[16] Alexandre VIALA : Aux sources de la controverse juridique : la force des mots in Actes du Colloque international des 25 et 26 novembre 2005, INTERPRETER & TRADUIRE ; CERC-Faculté de Droit de Toulon, Bruylant, Bruxelles, 2007, cité par Gérard FARJAT, pp 4 et 8.

BY NC ND

En cela et par un poignant contraste devenu harmonieux, donner son consentement n'est pas une banalité réductible à un don de chose matérielle fait à un tiers. Bien au contraire, c'est donner des lianes[17] pour se faire ligoter les poignets alors qu'au départ, le sujet était libre. L'allégorie de GOETHE mettant en scène l'ingénu Faust tenu en laisse au moyen de sa parole donnée avec inadvertance au malin et versatile Méphisto[18], livre un témoignage révélateur du paradoxe que renferme la très courante "liberté contractuelle". Elle est synonyme de "liberté de se lier", c'est-à-dire concrètement d'aliéner même en partie, cette liberté. Or le verbe "lier" ne se conçoit autrement que comme le propre contraire de la liberté, en ce qu'il lui fait entrave, obstacle.

Mais au-delà, on considère qu'à la base, il reste à l'auteur de la parole un choix dans la mesure où « *il choisit de se lier ou non* »[19] : la maxime métaphorique tirée des Institutes coutumières (1607) d'Antoine LOYSEL passemente tout en approfondissant le sens ici soulevé : « *on lie les bœufs par les cornes et les hommes par leurs paroles. Autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain* ». Partant, il a été admis et consacré « *que tous les contrats sont obligatoires par le simple effet de la promesse même non solennelle* »[20].

La parole, en se détachant de son auteur, se retourne bien souvent contre lui pour le ligoter, le dominer, le gouverner, tant et si bien que « *qui possède*

[17] Tel le roseau dans Les Fables de la Fontaine (Le Chêne et le roseau), les lianes plient, mais ne rompent pas et incarnent dans leur souplesse une force redoutable tel le droit mou dit "soft law" dont les méthodes se veulent plastiques, mais efficaces.

[18] Avec une désarmante candeur, Faust lui avait vendu son âme en contrepartie de ses services, mais à chaque moment, Méphisto lui brandissait une nouvelle exigence, une nouvelle condition et du tréfonds de son désespoir, il lui lança "avec toi, on n'est que dans l'incertain".

[19] Marie-Laure IZORCHE : la liberté contractuelle, *in* Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, p. 547.

[20] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, les obligations, Dalloz 2009, n° 130, p. 148.

BY NC ND

le mot possède la chose ou l'être désigné »[21], à l'image du fagot ligaturé du bucheron et à ses pieds jeté[22]. Ainsi et de façon dialectique, le verbe par sa lettre devient maître de l'être[23]. Un brocard africain[24] affirme à ce propos que "*c'est en écoutant la bouche de quelqu'un qu'on lui vend de la banane immature*", pour dire que c'est à travers les mots prononcés par quiconque qu'on le saisit, le trompe, le classe, le magnifie ou le craint selon les circonstances.

Par ailleurs, le verbe d'où dérive le mot consentement facilite la saisie de son sens. Du latin *Cum (avec) et sentire (''avoir une opinion'' – sentir)* soit en deux mots "sentir avec", consentir veut littéralement dire « *accepter qu'une chose se fasse, ne pas l'empêcher* »[25] par son refus ou une quelconque opposition. Consentir a ainsi pour synonymes : accéder à, accepter, accorder, adhérer, acquiescer, approuver, permettre, opiner à, etc.

Seulement, il faut éviter d'enfermer ce mot dans une sémantique monotone car, en pratique, il s'accommoderait aussi bien avec ou sans la volonté. Mais intrinsèquement, consentir à quelque chose avec réticence sous-tend l'idée de céder, de se résigner ; car si l'on ne peut empêcher, ni s'opposer valablement, encore moins résister, consentir prend un sens intransitif et signifie céder, fléchir, se ployer, se courber, s'affaisser ; s'allonger sous l'effet d'une force, d'un poids.[26]

Il en est ainsi dans les organisations sociales structurellement très hiérarchisées dans lesquelles le rapport de force est maître. Lorsque dans toute relation singulière entre deux parties de force inégale, la volonté du plus fort l'emporte sur celle du plus faible, le consentement est apprivoisé et

[21] André VERGEZ et Denis HUISMAN : Nouveau cours de philo, tome 3, La connaissance et la raison, op. cit., p.9.

[22] Cf. Jean de La FONTAINE : Les Fables : La mort et le bucheron

[23] Cf. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL : La dialectique du maître et de l'esclave *in* Phénoménologie de l'esprit, 1807, trad. fr., Gwendoline JARCZYK, Gallimard, 1993.

[24] Bamiléké - Cameroun, traduction libre.

[25] Alain REY (Dir.) : LE ROBERT, Dictionnaire culturel en langue française, 2005, p. 1799.

[26] Alain REY (Dir.) : LE ROBERT, Dictionnaire culturel en langue française, ibid.

BY NC ND

transformé. La tolérance du droit en fait le doux complice non pas d'un désir ou d'un banal caprice, mais de pratiques qui, sous d'autres auspices dans la même grille de lecture, constituent ses propres vices. Par là, le verbe asservit, voire trahit son auteur et le consentement se trouve pris en souffrance dans son inadaptation aux réalités mouvantes des rapports humains.

Ces propos préalables tiennent volontiers lieu de *vade-mecum* dans ce travail consacré à ce « *quod consensus sit* »[27] dans l'arbitrage des litiges sportifs. Naïvement appuyé sur l'orthodoxie du droit continental et le sens étymologique des mots, ce travail traitera de "ce consentement" pour ce qu'il y est réellement, par rapport à sa dénomination qui s'avère plutôt artificielle.

II : Précisions terminologiques nécessaires à la délimitation du sujet

Le consentement implique un « *accord des sentiments, des pensées, des volontés* »[28]. « *Solus consensus obligat* »[29], disait GROTIUS ; à condition toutefois dans l'idéal d'être "libre et éclairé" ; c'est-à-dire informé des conséquences auxquelles s'expose son auteur : « *On ne doit jamais donner de consentement entier qu'aux propositions qui paraissent si évidemment vraies qu'on ne puisse le leur refuser sans sentir une peine intérieure et des reproches secrets de la raison* »[30]. En tant qu'il « *est à la fois volonté de chacune des parties et accord des volontés,* [le consentement] *est naturellement l'élément essentiel du contrat* »[31] , en ce qu'il exprime « *la volonté psychologique de produire des effets juridiques* »[32]. C'est pour cette

[27] "Que vaut le consentement" ?

[28] Paul FOULQUIE : Dictionnaire de la langue philosophique, PUF, 1982, p 127.

[29] Cf. Henri ROLAND et Laurent BOYER : Adages du droit français, Litec, 1999, n° 399.

[30] MALEBRANCHE : Recherche de la vérité, livre I, chapitre II, §4, cité par André LALANDE : Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, 14e éd. 1983 sous consentement.

[31] Jacques GHESTIN (Dir.) : Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation, LGDJ, 1988, n° 43.

[32] Laurence BOY : Le cadre civil des affaires, Economica, 1989, p. 116.

BY NC ND

raison qu'il doit être libre et éclairé. Seul le consentement informé permet la compréhension de la liberté négative et positive. Les individus étant distincts et chacun menant sa vie de façon autonome, chacun doit être protégé dans la recherche de son bien-être personnel contre les ingérences externes. C'est pourquoi le consentement n'est réel que si son auteur était instruit de toutes les circonstances de sa situation individuelle. Autrement dit, l'autonomie de la décision qui implique un véritable consentement n'existe que s'il dispose « *de toute l'information susceptible d'être importante pour lui sur le plan personnel* »[33]. Or il s'avère que cette autonomie doit rester relative du moment où chaque individu éprouve des désirs qui ne coïncident pas toujours avec ses besoins réels. Ne pouvant pas infiniment garder la maîtrise de soi en réussissant à soumettre tous ses désirs à sa raison, son autonomie se trouve envahie par ceux-ci, lesquels « *doivent être considérés comme une force d'asservissement, au même titre que l'ingérence d'autrui* »[34].

La convention, dont **le contrat** [35] n'est qu'une variante quant à elle, signifie tout simplement l'accord entre deux ou plusieurs personnes sur quelque chose de précis. En d'autres termes, c'est le fruit de la rencontre de deux volontés au moins, qui se sont accordées et nouées par la suite au sujet d'un objet, avec pour conséquence que de ce nœud, sortent des effets de droit auxquels la loi attache de la vigueur. La convention est empruntée de l'expression latine *conventio*, elle aussi du verbe convenir (supin : *convenire*), soit étymologiquement, *cum* (avec) *venire* (venir), c'est-à-dire venir avec. Dans son sens vieilli, il veut dire aller bien avec, et a pour synonyme s'accorder. Dans son sens philosophique, la convention exprime l'adoption d'une ligne de conduite, l'option d'un choix, par une décision volontaire. La volonté y tient une place capitale dans la mesure où un jugement précède l'option et

[33] Sophie BOTROS : Le consentement, in Monique CANTO-SPERBER (dir.) : Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, PUF 1996, p.311.

[34] Sophie BOTROS op. cit. p. 312.

[35] Du latin *contraho*, *ere* dérivé de *cum* (avec) et *traho*, *ere* (tirer), qui signifie tirer ensemble, resserrer.

BY NC ND

l'auteur garde la liberté de la faire ou de s'en abstenir. En ce sens, la convention équivaut à une décision volontaire, à un choix décisoire[36].

L'arbitrage : Il importe de relever d'emblée que la quasi-totalité des législations occidentales ne se hasardent pas à enfermer la notion d'arbitrage dans une définition précise[37]. C'est peut-être par souci de lui éviter un cadre qui s'avèrera trop étroit à son expansion. Cependant, dans le premier sens que lui donne Le Robert, l'arbitrage désigne le « *règlement d'un différend rendu par une ou plusieurs personnes auxquelles les parties ont décidé, d'un commun accord, de s'en remettre, en vertu d'une convention* »[38]. L'arbitrage est ainsi un mode juridictionnel [mais] non judiciaire qui permet aux parties de choisir librement un particulier, l'arbitre, pour rendre une décision "*revêtue de l'autorité de la chose jugée*"[39]. Avant d'être décisionnel, l'arbitrage est d'abord conventionnel[40] puisqu'il n'existe qu'en vertu d'une convention d'arbitrage.

La définition précise de la convention d'arbitrage est donnée par l'article 7 de la loi-type de la Commission des Nations Unies pour le développement du Commerce International (CNUDCI) aux termes duquel c'est « *la convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou faire l'objet d'une convention séparée* ». De tout ce qui précède, on a pu déduire

---

[36] André LALANDE : Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, 1983, p. 187.

[37] Cf. Charles JARROSSON : La notion d'arbitrage, Préface Bruno OPPETIT, LGDJ, Paris, 1987, p. 368, n° 779, note 3 pour qui cette notion « *n'est définie nulle part dans les textes français, elle ne l'est pas non plus dans les travaux de l'Office de révision du Code civil québécois, et elle ne l'est pas davantage dans les droits étrangers (cela est vrai par exemple du droit italien, allemand, danois, suisse, anglais , américain…*) ».

[38] Alain REY (Dir.) : LE ROBERT, Dictionnaire culturel en langue française, op. cit., p. 443.

[39] Natalie FRICERO : Procédure civile, Gualino éditeur, 2007, p. 30.

[40] Marie-Claire RIVIER : arbitrage in Loïc CADIET (dir.) : Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 52.

BY NC ND

que l'arbitrage avait partout un même trait fondamental : celui d'être un procédé voulu par les protagonistes eux-mêmes pour remédier aux litiges, « *ce caractère volontaire* [étant] *essentiel* »[41]

Cela suffirait en matière internationale à ériger le seul consentement en unique condition de validité et d'exécution des conventions, surtout celle d'arbitrage. Mais faut-il pour cela y attacher à tous égards ces effets alors que le procédé en cause fonctionne comme une machine validant simplement les commandes par cartes préfabriquées, sans examiner les circonstances réelles de la conclusion de la convention d'arbitrage ? Un tel couronnement fort hasardeux sans vérification du libre déploiement de la volonté ne conduit-il pas à un foisonnement discréditant pour l'arbitrage dès lors qu'« *en tous domaines, l'inflation a pour corollaire la dévaluation* »[42] ?

Dans une deuxième acception, à connotation financière et qui mérite tout aussi d'être connue, l'arbitrage renvoie principalement à l'« *Opération d'achat et de vente en vue de tirer bénéfice des différences de cours entre deux choses différentes sur la même place, ou entre deux places différentes sur la même chose* »[43]. Ce sens économique de l'arbitrage ne s'avère pas superfétatoire aux côtés de l'arbitrage tel que compris par les juristes et qui forme la trame de ce travail. En effet, cette deuxième signification l'imprègne fortement au point d'y donner un contenu tout autre afin d'atteindre aisément son objectif. Elle révèle concrètement l'attitude de l'*homo economicus* à la croisée des chemins et appelé à opérer un choix.

C'est un truisme : dans l'art où celui-ci est maître, la règle cardinale est celle du plus petit effort pour le plus grand profit possible, n'en déplaise aux préoccupations éthiques. Dans cette optique, seule l'efficience gouverne la

[41] Frédéric-Edouard KLEIN : Autonomie de la volonté et arbitrage, Rev. Crit. DIP 1958, p. 258.

[42] Yves LEQUETTE : Le droit international privé et les droits fondamentaux in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, n° 189, p.116.

[43] Alain REY (Dir.) : LE ROBERT, Dictionnaire culturel en langue française, ibid.

BY NC ND

conduite et commande d'emprunter la voie de la facilité pour parvenir à ses fins.

Telle qu'elle est présentée, la convention d'arbitrage des litiges sportifs paraît correspondre au premier sens sus-évoqué, en ce qu'elle implique par commodité de langage le règlement de différends entre deux parties par une ou plusieurs personnes tierces, que ces parties ont accepté de choisir. Cependant, il faudrait pour la plénitude de ce sens ne pas ignorer que le ou les tiers institués par les parties reçoivent « *de leur volonté le pouvoir de trancher leur litige, en respectant leur choix* »[44]. Car du côté de l'arbitre, la convention doit jouir d'une spécificité qui tient au fait que contrairement à la loi par nature figée et impersonnelle, elle « *est une donnée vivante, par son origine et sa nature. Chaque contrat* [ayant] *une histoire, un contour, un contenu* »[45]. Malheureusement en matière d'arbitrage des litiges sportifs, « *l'arbitre tient plus ses pouvoirs d'une institution sportive que de la volonté individuelle des litigants* »[46].

Lorsqu'on lit dans l'esprit de cette convention, on y trouve le noyau dur de l'approche économique sus-évoquée, avec la nuance qu'en l'état actuel, elle entraîne non pas directement des opérations d'achat d'une chose sur des places aux cours différents, mais des opérations de convergence de prestations "*en vue de tirer bénéfice* [qui n'est pas toujours en argent] *de la même chose*"[47], puisqu'il peut s'agir en somme de « *tout, sauf une curiosité plus ou moins anecdotique* »[48]. Bien plus, avec et par la convention d'arbitrage des litiges sportifs, est méticuleusement organisé et contrôlé un système économico-juridique de taille planétaire.

---

[44] Pascale DEUMIER : Introduction générale au droit, LGDJ Lextenso éditions, 2011, n° 78, p. 84.

[45] Jean ROBERT : L'arbitre et le contrat, Rev. Arb. 1984, p 193.

[46] Mathieu MAISONNEUVE : L'arbitrage des litiges sportifs, LGDJ 2011, p. 2.

[47] Alain REY (Dir.) : LE ROBERT, Dictionnaire culturel en langue française op. cit. ibid.

[48] Pascale DEUMIER : op. cit., p. 85.

BY NC ND

L*a conclusion* de cette convention exprime « *un véritable changement de monde ; à la liberté et à l'incertitude précontractuelles, succède l'ère de l'engagement et de la contrainte* »[49]. Les rapports qu'entretiennent cet arbitrage et la convention loin d'être le résultat d'une volonté commune, se manifestent en termes de domination. C'est pour cela que la question fondamentale toujours d'actualité en ce domaine reste de savoir s'il existe véritablement, au regard des exigences légales en la matière, un consentement à l'arbitrage des litiges sportifs.

Si l'on s'entête à maintenir que l'arbitrage procède seulement de la libre volonté des parties, et que « *la loi de l'autonomie est un principe de rattachement particulier aux obligations contractuelles* »[50], il faudra pour celui consacré à la gestion des litiges sportifs, trouver une réponse à la préoccupation de savoir jusqu'où peut y porter ce principe de l'autonomie de la volonté, voire du consensualisme. Il est permis de réfléchir avec Bruno OPPETIT « *sur le devenir et le contenu d'un concept, dont les contours tendent (…) à s'estomper, à l'épreuve d'une évolution tenant sans doute à des raisons profondes* »[51] tirées du pragmatisme.

C'est séduisant d'entretenir en matière d'arbitrage le rêve d'un consentement sans lequel il n'existerait pas et de maintenir ce faisant la tête dans les étoiles de l'idéal. L'arbitrage est devenu un standard dans les contrats types acceptés par les commerçants de continents entiers. L'économie sportive en a fait une règle incontournable. Il s'avère que l'évolution et l'importance du phénomène arbitral « *ne sauraient plus être expliquées à partir d'une conception* [simplement] *impérative* »[52], mais injonctive. C'est pourquoi celui qui foule le terrain des activités sportives se doit de bien garder les pieds sur

[49] Christian ATIAS : Qu'est ce qu'un contrat ? in Christophe JAMIN (Dir.) : Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008, p.8, n° 9.

[50] Frédéric-Edouard KLEIN : Autonomie de la volonté et arbitrage, op.cit., p. 255.

[51] Bruno OPPETIT : Sur le concept de l'arbitrage *in* Le droit des relations internationales, Etudes offertes à Berthold GOLDMAN, LITEC, 1987, 229.

[52] Frédéric-Edouard KLEIN : op. cit., p. 257.

BY NC ND

terre, car l'arbitrage comme « *justice privée dont l'origine est normalement contractuelle* »[53] subit sur ce point, une mutation très profonde.

Les litiges : Il faut partir peut-être du mot conflit qui, dans une perspective sociologique, participe aussi du phénomène de socialisation ou s'avère selon l'analyse marxiste, l'un des principaux ressorts de l'évolution du droit[54]. On appréhende ordinairement le litige comme une contestation, un différend ou un conflit dont les hostilités ne sont pas encore ouvertes. Ce qui suppose qu'on peut encore, comme il se dit dans le langage médical, y apporter remède, et cela "*entre soi*"[55]. En fait, c'est parce qu'il est encore et seulement une querelle née autour d'un intérêt convoité par plusieurs personnes.

Sportif : Ce terme est un adjectif qualificatif qui, comme tous les autres, est d'abord et avant tout une abstraction. Or l'abstraction, en tant que procédé destiné à ignorer certains éléments d'un tout, c'est-à-dire faire le néant sur les autres exigences, pour se focaliser et ne retenir que ce que l'on veut, s'avère une opération suffisamment pénible. Il faut pour tenter de cerner ses contours, revenir au radical "sport". C'est un anglicisme venu de l'ancien français "*desport''*, puis "*déport*" qui veut dire amusement. Le sport se veut « *un phénomène compris par tous mais que personne, même les plus savants spécialistes, ne peut correctement définir* »[56]. La difficulté tient au fait qu'en tant qu'un travail sans œuvre[57], le sport entremêle les caractères de l'amusement et du travail, « *penchant tantôt vers l'un (le sport amateur), tantôt vers l'autre (le sport professionnel)* »[58]. Malgré tout, le sport renvoie aux

---

[53] Henri MOTULSKY : Ecrits, Tome 2, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, p. 6.

[54] Antoine JEAMMAUD : Conflit/litige in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (Dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, Lamy/PUF, 2003, p. 255.

[55] Jean-Baptiste RACINE : L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits? Contribution à la définition du terme alternatif LPA n° 105, 28 mai 2001, p. 16.

[56] M. BERNARD : Le phénomène sportif sous "sport" in Encyclopedia Universalis, 1992, vol. 21, p. 512.

[57] Le mot œuvre compris comme le résultat sensible, palpable d'une création, d'une production.

[58] Christian GODIN : sous "sport", Dictionnaire de la philosophie, Fayard/éditions du temps, 2004, p. 1249.

BY NC ND

exercices physiques pratiqués pour jouer et soumettre l'organisme aux efforts. La finalité exhibée étant « *le développement non seulement de l'organisme mais encore des puissances morales* »[59]. A titre de divertissement, « *il met en scène la compétition ou le vertige, mais à la différence de certains jeux, il n'est jamais dérivé du hasard* »[60], puisqu'il procède pour chaque discipline, de l'observation des normes propres sans laisser trop de marge à l'initiative personnelle de chaque participant.

Devenu un fait de civilisation, le sport est un phénomène qui répond à une demande sociale comprenant deux éléments : d'un côté la pratique et de l'autre le spectacle. Tandis que l'acteur du spectacle, plonge, patine, court, drible, tire, frappe, dévie, cogne, vise, esquive ; les spectateurs tirent leur bonheur à les voir s'exercer[61]. Mais l'activité sportive a cessé de se cantonner au divertissement d'utilité désincarnée, apanage d'une classe sociale riche et oisive. Elle est désormais l'une des plus puissantes activités économiques du monde. Avant d'échoir aux mains des pouvoirs privés économiques, le sport a occupé une place centrale en s'adaptant à tous les régimes politiques du monde moderne : il inspire aux dictatures[62] la soumission et le volontarisme tandis que les démocrates y voient l'incarnation de l'idéal de la liberté et de l'égalité[63]. Entre ces deux orientations opposées, les puissances sportives comme on le verra, ont déjà levé l'option pour l'une.

Quant au litige sportif, il est particulier -par rapport à l'application du droit étatique- parce qu'il vise tout conflit ayant « *pour origine et pour cause l'application d'une norme sportive, c'est-à-dire d'une règle édictée par les*

---

[59] Paul FOULQUIE : sous "sport" Dictionnaire de la langue philosophique, PUF, 1982, p. 690.

[60] Christian GODIN, ibid.

[61] Paul YONNET : sous "Sport", Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.) : Le dictionnaire des sciences humaines, PUF, 2006, p. 1112.

[62] Selon le criminologue belge Etienne de GREEFF, « *les formations sportives constituent un excellent moyen de dressage et, en même temps, un excellent procédé d'infantilisation. Les pays totalitaires en font des institutions nationales, et ce n'est pas sans raison …* » in Aux sources de l'humain, Les petits-fils de PLON et NOURRIT éd. 1949, p. 202.

[63] Cf. Christian GODIN, op. cit., ibid.

BY NC ND

autorités sportives en charge d'une discipline déterminée »[64]. Cette particularité tiendrait au fait « *qu'il ne repose pas en premier lieu sur l'application d'une règle étatique, mais sur une règle de l'ordre juridique sportif* »[65] c'est-à-dire les institutions fédérales ou olympiques[66]. Ce substantif permettrait de reverser toute contestation dans ce domaine à deux conditions tenant *primo* à son origine, et *secundo* à la personne des protagonistes[67].

Mais, dans la logique de l'abstraction sus-énoncée, l'adjectif sportif tel que mis en pratique par les contrôleurs de l'économie du spectacle construite autour de la pratique du sport organisé, est destiné à attirer dans l'orbite de l'arbitrage qu'ils y ont institué, tous litiges liés aux affaires ayant le sport en toile de fond. A cet égard, l'article R 27 alinéa 2 du Code de l'arbitrage en matière de sport vise clairement tous litiges nés « *de toute activité relative au sport* ». Le règlement de la Chambre arbitrale du sport (CAS) créée au sein du Comité national olympique et sportif français (CNOSF) ratisse encore plus large, en visant les litiges nés de toute activité même « *indirectement* [liée] *au sport* »[68]

III : Le contexte du sujet

Le cadre dans lequel se déploie et doit se comprendre le consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs est celui où le sport se pratique, non pas comme une variance de simples loisirs, de détente ou de repos, mais au sens des activités organisées en système avec pour objectif la participation aux compétitions, par des organismes privés. La pratique du sport n'est plus

[64] Gérald SIMON : Le conflit sportif, un conflit de norme ?, in P. ZEN RUFFINEN (dir.), Droit et sport, éd. staempfli, 1997, p. 105.

[65] Antonio RIGOZZI : L'arbitrage international en matière de sport, Helbing & Lichtenhahn, 2005, n° 164.

[66] Cécile CHAUSSARD : Les voies de règlement des litiges sportifs. Essai sur la coexistence des différentes formes de justice, thèse, Dijon, 2006, p. 9.

[67] Cf. Mathieu MAISONNEUVE : L'arbitrage des litiges sportifs, op. cit., pp. 8 à 9.

[68] Article 1er du Règlement du CAS, consultable sur le site du CNOSF : franceolympique.com/files/file/juridique/ visité le 03 juillet 2013.

BY NC ND

confinée ici dans une sphère purement ludique et hédonique, mais a pris toutes les dimensions d'une entreprise où des acteurs du spectacle font cordialement profession de combattre sans merci leurs adversaires, tous ensembles mus par l'unique dessein de l'emporter et ce, sous la conduite d'un ou plusieurs arbitres selon la discipline.

Mais l'arbitre sportif, dit "de terrain" ne doit pas être confondu avec l'arbitre des litiges sportifs "dit juridique" qui intéresse plus que le premier ce travail. Si par leur mission, on peut trouver en chacun des deux la qualité de juge supposé impartial pendant qu'il départage des adversaires, il faut terminer le rapprochement sur ce point. Car tandis que l'arbitre "juridique" tranche des différends entre protagonistes, l'arbitre "de terrain" assure en quelque sorte une mission de police administrative en veillant, sous menace de sanction, au respect des règles du jeu préalablement fixées[69]. Plus concrètement, il a pour mission de faire respecter les règles techniques du jeu pendant l'affrontement. Il dirige la rencontre et on répute les décisions qu'il prend sur le terrain, insusceptibles de recours[70].

IV : Les auteurs du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs

Il faut lever tout de suite le voile sur une éventuelle équivoque : la parole donnée ici, de laquelle le destinataire tire tous avantages, est au premier chef celle des acteurs du spectacle sportif, poussés par l'ambition et torturés par le désir de décrocher les honneurs et autres avantages des manifestations sportives. Schématiquement, il y a en face d'une puissante

[69] Cf. Charles JAROSSON : La notion d'arbitrage, LGDJ 1987, introduction. Pour l'auteur, la mission de l'arbitre de terrain se situerait hors du droit et n'est pas juridique. Dans le même sens, Charles AMSON : Droit du sport, Vuibert 2010, p. 68, n° 129, qui ajoute que celui-ci « *ne fait qu'interpréter des règles techniques qui se situent hors de l'édifice juridique* ». Cette approche appelle au moins une nuance, car elle tend à restreindre considérablement le sens du "juridique". En considérant qu'est juridique ce qui produit un effet de droit, il convient de relever que les décisions de l'arbitre de terrain font bien grief, dès lors que les conséquences y attachées peuvent conduire à la relégation ou à la disqualification d'un club ou d'un sportif. (Cf. Eric LOQUIN, Jurisclasseur Procédure Civile, fascicule 1005 sous la notion d'arbitrage). A cet égard, les décisions de l'arbitre de terrain ne sont pas moins juridiques. Il est simplement, pour un certain nombre de raisons tenant à l'efficacité, mais beaucoup plus à la stabilité et à l'impossibilité de reprendre exactement l'épreuve, décidé de les mettre à l'abri des interminables contestations.

[70] CE Section : 13 juin 1984, Association Club athlétique Mantes-la-ville, Recueil, p. 755.

cc BY NC ND

organisation hiérarchisée, faisant de façon monopolistique l'offre d'arbitrage, d'innombrables "sujets passifs" qui seraient comme des débiteurs isolés du consentement[71]. Il faut apporter un peu de lumière supplémentaire ici en distinguant concrètement sans en faire une catégorie spéciale les sportifs déjà immensément riches, qui peuvent s'octroyer les services des professionnels pour les encadrer, de la très grande majorité des sujets consentants à l'arbitrage des litiges sportifs, qui n'ont « *ni la compétence juridique, ni la puissance économique qui leur permettent de négocier les termes du contrat* »[72].

C'est évidemment leur consentement très singulier pour ce qui est des effets induits, qui donne suffisamment au présent travail du grain à moudre. Ils sont tous présentés comme des professionnels alors qu'il ne s'agit que de « *personnes ayant conclu avec une société (…) un contrat de travail dont l'objet principal est la participation à des épreuves sportives* »[73]. En clair, ce sont des salariés mis en face de « *la souveraineté économique* »[74] des pouvoirs sportifs. Une lecture au pied de la lettre de cette disposition pourrait conduire à considérer que ne sont pas concernés par l'arbitrage des litiges sportifs, ceux qui s'y exercent à titre d'amateur, c'est-à-dire par amour parce qu'ils n'en reçoivent aucune rémunération directe. Cette distinction établie par les pouvoirs sportifs leur sert à distinguer ceux qui excellent moins que les autres dans son art. Même le juge a suivi cette classification avant de se raviser pour retenir désormais que le sportif ou l'entraîneur qui remplit ses missions à titre exclusif ou principal est un professionnel, sans tenir compte de la couleur de la licence que lui délivre sa fédération sportive.[75] En effet,

---

[71] René SAVATIER : La théorie des obligations en droit privé économique, Dalloz, 1979, p. 12. Pour l'auteur, il faut parler aux économistes plutôt "*du droit des créances* [qui] *figurent parmi les biens dont ils étudient la production et le flux. (…) Même si tous les biens ne sont pas des créances, tous peuvent faire l'objet de créances, et seules les créances ont ce caractère dynamique de représenter les biens au potentiel*".

[72] Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Laurent LEVENEUR : Droit des assurances, Dalloz, 2005, p. 107, n° 106.

[73] Article L. 222-2 alinéa 2 du Code du sport.

[74] Guillaume-Henri CAMERLYNCK et Gérard LYON-CAEN : Précis du droit du travail, Dalloz, 1967, p. 137.

[75] Cass. soc. 12 déc. 2012, n° 11-14.823.

BY NC ND

toute personne qui désire prendre directement part aux épreuves sportives organisées de grande envergure est obligée de consentir préalable à l'arbitrage.

Ensuite, le consentement donné est celui de tous prétendants alléchés par la splendeur des cérémonies et que le goût du lucre en ces lieux attire. Bien entendu, tout est si savamment organisé afin que personne, quelle que soit sa nature juridique (personne physique ou morale) ou celle de l'avantage (gains pécuniaires, prestance, notoriété …) qu'elle en tirera, n'échappe à l'arbitrage des litiges sportifs. L'article 64 des statuts de la FIFA est fort révélateur à cet effet. Il engage notamment « *les confédérations, les membres et les ligues (…) à prendre toutes les dispositions nécessaires pour que leurs membres ainsi que les joueurs et officiels se soumettent à l'arbitrage du TAS* ». La catégorie nommée les "officiels" vise tout dirigeant, membre d'une commission, arbitre, entraineur, préparateur physique, responsable technique, médical et administratif.

Enfin, et afin que nul n'en ignore, ce texte rappelle que « *les mêmes dispositions s'appliquent aux agents de matches et aux agents de joueurs licenciés* ». L'emblématique Agence Mondiale Antidopage (AMA) à laquelle l'article 63 alinéa 6 des statuts de la FIFA fait allégeance y ajoute aussi les laboratoires[76] scientifiques. Toutefois, le consentement des personnes morales qui entrent dans l'arène pour leurs intérêts pécuniaires peut ne pas susciter beaucoup d'émoi si l'on considère qu'elles sont toutes sur leur terrain de prédilection -celui des affaires- et en connaissance de cause, sont présumées avoir au préalable "*le parapluie et les godasses*"[77] pour s'y hasarder.

En tout état de cause, le consentement individuellement ici donné à une offre monopolistique prend une existence juridique autonome de son auteur,

[76] L'article 13.6 du Code mondial antidopage 2010 consultable sur www.wada.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-The_Code/WADA_Anti-Doping_CODE_2009_FR.pdf

[77] David KEMZEU alias Dave K. MOKTOÏ : L'homme bien de là bas, pièce vocale de théâtre humouristicosatirique, 1982, consultable sur camerooninfo.net.

BY NC ND

car il se détache d'abord de lui et se retourne ensuite contre lui pour le tenir ficelé à l'exécution de ce qu'il est supposé avoir accepté. A côté des acteurs du spectacle sportif, il y a d'autres intervenants intéressés par ledit spectacle comme les mass-médias, les sponsors officiels ou tous opérateurs économiques. Mais on peut estimer qu'ils subiraient à un moindre degré ou dans des conditions différentes la pression des pouvoirs sportifs : ce sont des professionnels à même de bien négocier leurs conventions.

Cette parenthèse ne vide cependant pas le problème des clauses d'arbitrage imposées, comme on en trouve dans le commerce international, par les puissantes multinationales à leurs partenaires contractuels dans une situation économique de nécessiteux, parmi lesquels des Etats et qui sont pourtant validées. Ce qui, par le silence gardé vis-à-vis de la pratique en matière sportive, ressemble à ne transposition *mutatis mutandis* de ce tort au droit positif. Quoiqu'il en soit, le consentement donné à l'arbitrage des litiges sportifs, pourvu sans pareil d'un rayonnement planétaire par les effets qui s'y attachent, fait remonter à la surface l'une des questions qui n'ont toujours pas encore lâché l'humanité : celle de la liberté de la volonté qui conditionne l'autonomie de la décision.

V : Le champ d'application de la recherche et la problématique du sujet

Dans la théorie classique du droit, parce que « *la liberté de contracter ou de ne pas contracter figure au nombre des principes essentiels qui régissent les contrats de droit privé* »[78], c'est la rencontre de l'offre et de l'acceptation qui forme le consentement, que le contrat soit de droit privé ou administratif. En clair, le consentement est le fruit d'une succession de propositions et de contrepropositions, étalées sur un temps indispensable au mûrissement de la réflexion[79]. Or la convention d'arbitrage des litiges sportifs laisse très peu de place à la volonté profonde et à la liberté. La composante temporelle y est quasi-absente car aucune place n'est laissée aux négociations

[78] CE, 14 nov. 1960 : Société agricole de stockage de la région d'Albi, Recueil Lebon, p. 866.

[79] Katja SONTAG : L'assurance de dommages des communes : approche contractuelle, Thèse Nice, 2003, pp. 337, n° 1088 ss. ; cf. aussi Laurence BOY : Le cadre civil des affaires, op. cit.

BY NC ND

précontractuelles. Les sujets consentants confrontés aux impératifs des relations de domination, n'occupent que la position d'acceptation pure et simple des exigences posées par les pouvoirs privés sportifs, sans pouvoir se trouver à même d'en débattre.

En toute hypothèse et nonobstant l'enjeu de sa convention, l'offre d'arbitrage des litiges sportifs n'est pas à négocier : qu'il en soit pris acte ! Ce constat en ajoute aux limites de la catégorie juridique existante pour rendre compte de la profondeur de cette convention. De même, il invite à se poser la question fondamentale de savoir si, en pareilles circonstances, on peut encore parler de consentement au sens classique.

Pour les gardiens du temple[80] habités comme une fraîcheur enfantine par les valeurs historiques[81], et donc le travail d'explication ou d'interprétation se fait en stricte convergence avec leur propre système, la signification et la portée du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs sont source d'innombrables questionnements. C'est pourquoi si l'on s'abstient de les scruter profondément, parce qu'on s'est laissé bercer et convaincre par les versets de l'efficacité en faisant montre d'insensibilité aux valeurs sur lesquelles repose la vie en commun, on éprouve aussitôt le sentiment de laisser derrière soi un mot sans résonnance. Pourtant son retentissement peut s'avérer diabolique au lieu de rester angélique comme l'induit son usage à bon escient.

Le champ d'activité où est utilisé le consentement, et qui forme du même coup le cadre de l'objet du présent travail, invite irrésistiblement à prêter oreille aux voix, sans se laisser distraire et surprendre par les mots.[82] Ce sont les âmes qu'il importe de comprendre, au lieu de se contenter de leurs

[80] Pour reprendre à Cheikh HAMIDOU KANE le titre d'un de ses romans : Les gardiens du temple, Stock, 1995.

[81] Cf. Michel VILLEY pour qui « *la science du droit est historique* » in Leçons d'histoire de la philosophie du droit, rééd. Dalloz, 2002, p. 17.

[82]Par respect de l'ordre des choses, il faut remarquer qu'avant les mots, il y a la voix. On entend d'abord la voix, avant de comprendre les mots, et c'est elle qui les forme avant tout.

timbres incarnés par les signatures. L'analyse juridique en profondeur du consentement commande en tout cas, de remonter sa genèse, sa source. Car quelque soit le cadre où il est appelé à jouer un rôle, c'est de là que proviennent les conventions et leur sens propre.

Pour ce qui est de la convention d'arbitrage des litiges sportifs, plus on en sait, moins on comprend comment les règles de la théorie classique des contrats en général et même des contrats spéciaux seraient en mesure de l'expliquer. Dans quelle catégorie juridique ranger une telle pratique lorsque derrière la coquille conventionnelle, son idéologie et sa stratégie font table rase des exigences profondes qui ont fécondé, irrigué et expliqué les ressorts de la légalité du contrat? Que reste-t-il du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs ? Cette catégorie juridique autorise-t-elle à continuer de ne saisir les conventions qu'à travers le consensualisme dès lors que « *les domaines de connaissance que [celui-ci] sollicite contiennent des interrogations attachées à la problématique du contrat : la forme prédéterminée ou libre, les modes d'expression de la volonté, l'échange des consentements, les promesses et l'accord des volontés* »[83] ?

La convention d'arbitrage des litiges sportifs n'opère-t-elle pas une dissection du consentement pour extraire et isoler la volonté profonde, puis ne se contenter que de sa version "exprimée" ? Ne faut-il pas désormais distinguer des conventions avec consentement volontaire de celles qui sont faites sans volonté ; c'est-à-dire introduire dans cette catégorie juridique une sous distinction des « *contrats basés sur la volonté* [de ceux] *basés sur le consentement* »[84] ? N'est-ce pas la cohérence toute entière de la théorie générale qui est remise en cause, même si la réalité invite très souvent à éviter l'excès de généralité[85]. N'y aurait-il pas plutôt, pour paraphraser le

[83] Vincent FORRAY : Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, op. cit., p. 20, n° 18.

[84] Gérard FARJAT in Les grands juristes contemporains - Trois thèmes de droit économique, Collection dirigée par Yves CHAPUT, CD audio, Laboratoire de sémantique juridique des affaires, 2001.

[85] Christian ATIAS : Qu'est ce qu'un contrat ? in Christophe JAMIN (Dir.) : Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008, p.4, n° 2.

Doyen CARBONNIER « *un droit des contrats spéciaux qui refoule la théorie générale des obligations* »[86] dès lors que ces conventions, sans se soumettre entièrement aux exigences de cette dernière, évoluent à sa lisière ?

L'opposition entre ce qui est contractuel et ce qui ne l'est pas est-elle devenue purement artificielle avec l'arbitrage des litiges sportifs ? La volonté de s'engager est-elle en l'espèce apposée *a posteriori* ou reste-t-elle le véritable critère distinctif ? N'y procède-t-on pas tout simplement à un vernissage sémantique pour faire glisser facilement toute critique ? A défaut, s'il ne se pose peut-être plus le problème du positionnement par rapport au système juridique étatique, ne manque-t-il pas des indications précises sur le nouveau sens qu'entendent donner au consentement et par conséquent à l'arbitrage les pouvoirs sportifs ? Pour quelle option ont-ils penché entre l'abandon, la conservation ou la modification de ces catégories fondamentales du droit ? Ne faut-il pas plutôt voir de leur part, mimétisme aidant, une énième récupération après transformation de son noyau dur, d'un pilier du droit pour toujours satisfaire leurs besoins ?

Dans la gestion des litiges sportifs, l'arbitrage s'évade de la spontanéité qui aurait fait partie de sa nature. Il ne surgit plus seulement des lignes d'une convention pour accomplir une mission déterminée et regagner le néant. Il est institutionnalisé, organisé, permanent et discute à la justice étatique toutes ces qualités qui ont fait sa particularité. Dans le système où il est incrusté, l'arbitrage fait partie intégrante des grandes manifestations sportives. Dans pareilles circonstances, il faudra dorénavant réfléchir sur la place, voire sur le sens profond de la convention et de l'Institution qui en est issue, mais surtout « *du consentement comme fondement nécessaire du recours à l'arbitrage* »[87].

[86] Jean CARBONNIER : Droit civil, t. 3, Les biens, PUF, 19e éd., 2000, p. 80, n° 45.

[87] Brigitte STERN : Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juin 1999, Rev. Arb. 2000 pp. 403, spéc. P. 405.

BY NC ND

Cette difficulté rejaillit à coup sûr sur le concept de l'arbitrage lui aussi en pleine transformation. Comme l'avait déjà souligné un auteur, « l*es facteurs d'une telle transformation sont déjà bien présents (…) et le maintien de catégories juridiques assorties de réglementations propres mais dépourvues de critères distinctifs indiscutables, faute de cerner tous les aspects d'une réalité, ne répond plus aux nécessités de la sécurité juridique ni même à des exigences intellectuelles* »[88]. Si en dépit de ce que nous croyons être de sévères meurtrissures infligées au consentement, la "convention" et l'institution d'arbitrage présumées en être issues gardent droit de cité et continuent à produire tous les effets escomptés, il faut admettre que ce consentement connaît dans ce domaine une mutation intense. En effet, les préoccupations qui règnent en maître sur le terrain de l'arbitrage des litiges sportifs confèrent au consentement une nature (Partie 1) et une fonction (partie 2) particulières du fait du rôle qu'il y joue, parce qu'elles tranchent nettement avec presque tout ce qui, jusqu'à présent est largement connu des contrats de droit classique.

[88] Bruno OPPETIT : Sur le concept de l'arbitrage in Le droit des relations internationales, Etudes offertes à Berthold GOLDMAN, LITEC, 1987, 239.

BY NC ND

CC BY NC ND

1ère Partie : LA NOTION DU CONSENTEMENT DANS L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

La légende a raconté que Saint Pierre avait commencé de très bonne heure, à filer à l'anglaise pour se soustraire subtilement de la persécution qui régnait, en son temps à Rome[89]. Il aurait aperçu le Christ s'y rendant avec sa croix sur les épaules et lui aurait demandé : "*quo vadis, Domine ?*" [90] A quoi il aurait répondu : « *Puisque tu abandonnes mon peuple, je vais à Rome…, pour qu'une fois encore on me crucifie* ». Pierre prit alors conscience de la vacuité de sa fuite et y replia pour se faire lui-aussi crucifier, mais la tête en bas par respect à son maître[91]. Une scission opérée entre la volonté et le consentement -ou pour ceux qui y voient toujours la volonté- entre la volonté profonde et la volonté déclarée dans l'arbitrage des litiges sportifs reçoit aisément transposition *mutatis mutandis* de cette allégorie : la volonté profonde y est littéralement mortifiée, "*la tête en bas*".

Il a ainsi été démontré avec subtilité que dans le monde des affaires, un fossé existait et séparait la volonté du consentement, et du même coup la rencontre des volontés de l'échange des consentements[92]. Ce n'est pas une simple vue de l'esprit, car la pratique a admis qu'on tenait bien les gens dans les liens conventionnels à partir de leur consentement, même si la volonté n'y a pas été caractérisée. Seulement, un contraste fait que sur le chemin des conventions, même en la renvoyant dans le néant, on finit toujours par

[89] La toute récente démission du pape Benoît XVI du Saint siège annoncée 12/02/2013 pour entrer en vigueur le 26 du même mois, aussi surprenant qu'elle soit dans cet ordre connu pour son conservatisme dogmatique, ne paraît pas à cet égard être véritablement une nouveauté.

[90] "Où vas-tu Seigneur ?"

[91] Cf. le roman historique du polonais d'Henryk SIENKIEWICZ : "Quo vadis ?" 1895, Prix Nobel de la littérature en 1905 ; traduction française par KOZAKIEWICZ et J.-L. JANASZ, Hachette, 1935, pp. 236 à 237.

[92] Marie-Anne FRISON-ROCHE : Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, op. cit., pp. 573 et ss.

BY NC ND

retrouver cette éternelle volonté tapie quelque part à l'angle, attendant le moment opportun pour dire son dernier mot sur le sens du consentement et *a fortiori* de la convention elle-même.

Cette assertion peut trouver vérification dans au moins deux retentissants arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international en fin 1993[93]. En substance, le juge suprême y avait décidé que la validité de la convention d'arbitrage s'opère sur la seule commune volonté des parties d'en être liées.

On sait que la volonté peut se manifester de façon unilatérale, et dans ce cas il n'y a pas à proprement parler, de convention. Car « *je puis vouloir seul, mais je ne peux pas consentir tout seul, puisque le consentement est un concours de volonté, (…)* [c'est-à-dire] *l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un même point, la résultante de deux ou plusieurs volontés qui s'unissent* »[94].

Et comme jusqu'à présent il est toujours considéré que la convention est le fondement de l'arbitrage, si un système s'éloigne trop du respect de cette trame de fond du contrat, à moins d'entretenir une véritable passion qui a pour vertu cardinale de fermer les yeux sur les défauts de son objet, qui ne nourrirait pas quelque méfiance à son endroit ? Au contraire, un très grand écart pris à l'égard des fondamentaux du contrat conduit à se demander si l'on est encore dans cette "*grande notion*"[95] qualifiée de "pilier du droit". Nécessairement, cela aiguise aussi la curiosité et incite à « *scruter les pensées et les arrières pensées des protagonistes* »[96], dans ce jeu qui ne peut

[93] Cass. civ. 1ère : 9 nov. 1993, affaire Société BOMAR OIL N. V. c/ Entreprise tunisienne d'activités pétrolières (ETAP), Rev. Arb. 1994, p. 108, note Catherine KESSEDJIAN ; JDI 1994, p. 392, note de E. LOQUIN ; et 20 déc. 1993, affaire Comité populaire de la municipalité de Khoms c/ Sté Dalico Contractors, JDI 1994, p. 432, Commentaire Emmanuel GAILLARD, même revue, 1994, p. 392, note de Eric LOQUIN.

[94] Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis-Joseph BARDE : Traité théorique et pratique de droit civil des obligations, T. 1, éd. SIREY et Journal du palais, 1906, n° 27, p.34.

[95] Cf. Judith ROCHFELD : Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011.

[96] Bruno OPPETIT : Sur le concept de l'arbitrage in Le droit des relations internationales, Etudes offertes à Berthold GOLDMAN, LITEC, 1987, 236.

BY NC ND

se jouer qu'entre au moins deux parties, si on veut malgré tout trouver le moyen de maintenir l'acte en cause à côté des autres de même nature.

Suivant une telle démarche et en sortant la convention d'arbitrage des litiges sportifs de l'obscurité du secret dont on l'entoure dès sa naissance, on s'aperçoit que le consentement y donné se démarque nettement de celui de droit commun et a ses particularités propres. Lesquelles sont saisissables tantôt à travers l'effacement de l'aspect volontaire du consentement (Titre 1), tantôt à travers la spécificité des autres éléments qui entrent dans sa composition (Titre 2).

BY NC ND

CC BY NC ND

Titre 1 : L'EFFACEMENT DE L'ASPECT VOLONTAIRE DU CONSENTEMENT

« *L'apparente cohérence d'un acte ne fait jamais obstacle à la démonstration de l'insanité d'esprit de son auteur* »

Cour de cassation, Chambre civile : 7 mars 1864, Dalloz périodique, 1864, I, p. 168.

L'extériorisation est ce qui rend possible la manifestation de la volonté et donne ainsi naissance à la convention. Le consentement peut s'exprimer sous n'importe quelle forme et de différentes manières. Le code civil, ne les a du reste pas cantonnées. Par conséquent, il peut découler de la parole, de l'écrit, d'un geste de la main ou de la tête, d'un clic sur un clavier, voire du silence tout simplement gardé dès lors que celui-ci s'inscrit dans une tradition de relations habituelles entre les parties, et ce, « *indépendamment de la forme dans laquelle cette volonté s'est exprimée* »[97].

Le voulant en parfaite harmonie avec la tradition individualiste selon laquelle chacun doit veiller à la défense de ses intérêts, le droit des obligations contractuelles est fondé sur l'idée que les contrats résultent du seul échange des consentements, si bien que « *les effets juridiques n'existent que parce qu'ils ont été voulus et comme ils ont été voulus* »[98]. Pourtant, il est indubitable que fréquemment, les parties à une convention ne partent pas sur des bases égalitaires. D'ailleurs, le code civil ne l'exige pas[99]. En cela, il est fréquent que ce soit la volonté d'une seule partie, celle qui tient l'offre, qui détermine la teneur du contrat et non la volonté conjointe et égale des deux parties. Or, l'irrévocabilité attachée à un consentement parfois donné

[97] Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS : Leçons de droit civil, T. II, Vol. 1 Obligations, théorie générale, 9e éd. Par François CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 66.

[98] Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, les obligations, Le contrat : Formation, LGDJ, 1988, p. 20, n° 31.

[99] Georges RIPERT : La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ 1949, p. 100, n° 49.

BY NC ND

sous pression ou de façon irréfléchie, peut consacrer l'injustice que l'on souhaitait éviter.

Le consensualisme enseigne que le contrat tient son existence de la seule force de la volonté : « *le cœur du contrat est l'accord des volontés, qui en détermine la teneur* »[100]. Par conséquent, le consentement pris dans toutes ses composantes est une condition essentielle de la validité des conventions. Même si au gré de l'évolution de la vie sociale et du foisonnement sans cesse croissant des activités économiques que le contrat doit encadrer et accompagner, il a été établi qu'il ne fallait pas absolument fondre le consentement dans la volonté surtout lorsqu'il prend prise avec les affaires[101] et leur logique, une analyse juridique du consentement ne saurait aussi dans l'absolu, faire table rase de la volonté. Cette démarche conduit irrésistiblement à scruter les profondeurs de la volonté, toujours considérée comme « *l'essence du consentement* » [102].

Consentir, c'est manifester sa volonté. Le consentement est d'abord et avant tout un phénomène psychologique extériorisé. Avant de consentir, son auteur doit franchir dans son *for* intérieur plusieurs étapes en commençant par la mise en place, l'intégration dans sa conscience du projet à accomplir. Ensuite, il doit examiner, jauger attentivement pendant un temps plus ou moins long, selon ses facultés et aptitudes de compréhension, l'objet pour lequel il se proposera un dessein ou pas, c'est dire prendre la mesure de l'engagement. La dernière étape consistera dans une prise de position, avant que n'intervienne l'exécution.

L'acte volontaire extériorisé par le consentement implique donc l'existence préalable d'une idée, d'une réflexion et d'un engagement[103]. Cette doctrine

---

[100] Philippe MALAURIE : Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNK, Les obligations, 3e éd., Defrénois, 2007, p. 236.

[101] Marie-Anne FRISON ROCHE : Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement, RTDCiv. 1995, pp. 573 et ss.

[102] Jean CARBONNIER : Droit civil, 4 – Les Obligations, PUF 1990, n° 29.

[103] Jacques POSTEL : Volition in Grand dictionnaire de la psychologie, Larousse 1999, p. 991.

BY NC ND

volontariste ancrée dans « *la psychologie classique : conception, délibération, décision* »[104], bien qu'assez emprunte d'individualisme, pose la pierre angulaire de la vérification et de l'appréciation des conditions de formation des conventions. Pour elle, la question de l'expression de la volonté relève du fond et non de la forme. C'est pourquoi « *la simple convention ne tire pas sa portée juridique d'un principe rapporté à la forme, mais au fond* »[105], même si reproche lui est fait de s'enfermer dans un idéalisme abstrait.

Au nom de la sécurité juridique et de la protection de la liberté des échanges et prenant appui sur le respect de la parole donnée, un courant de doctrine tout aussi consensualiste, mais anti-volontariste, fonde la validité de la convention non sur la volonté interne des parties, mais sur sa volonté exprimée : c'est l'exécution de l'engagement pris en tant que finalité de l'opération qui compte, quel qu'ait été l'état d'esprit de son auteur. Dès lors, peu importe que sa volonté fut éclairée, intègre et libre. Dans cette acception inspirée d'un proverbe réécrit à leur façon par Jean Paul SARTRE[106] à la suite de Nicolas MACHIAVEL[107], "c'est « *la fin qui justifie les moyens*". Ainsi, si la pratique trahit l'esprit de son auteur, l'atteinte de la finalité recherchée vole à son secours comme fait justificatif et l'en acquitte.

Or et pour pallier les effets pervers de cette approche, il est indispensable d'endiguer la domination dans ses extrêmes. Il est tout aussi évident que, même par le jeu de la dialectique, les rapports de force se renversent. Le libre échange ne peut tenir très longtemps sans la protection de ceux à qui il est destiné, c'est-à-dire ceux-là sans qui il cessera non seulement d'évoluer, mais aussi d'être : les usagers, les pratiquants, les consommateurs. Car ce sont eux qui, par leur usage, leur pratique et leur consommation, donnent un sens au but recherché. Le risque est énorme de s' « *ôter le plus beau de*

[104] Jean CARBONNIER : op cit. n° 29.

[105] Vincent FORRAY : Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, LGDJ, 2007, BDP, tome 480, n° 19.

[106] Cf. Jean Paul SARTRE : Les mains sales, Paris, Gallimard, 1948 ; Folio Poche, 1972.

[107] Cf. Nicolas MACHIAVEL : Le prince, Traduction et commentaire Jean-Louis FOURNEL et Jean-Claude ZANCARINI, PUF, 2000.

BY NC ND

son bien … en voulant tout gagner »[108]. Le consentement nécessite lui aussi une protection. En tant que manifestation extérieure de la volonté, il n'est *a priori* tenu pour valable que s'il a suivi le cheminement sus-décrit. Autrement dit, la validité du consentement suppose qu'il soit autonome, intègre et exprimé par une volonté libre et éclairée, et non par une volonté hypnotisée. L'appréciation de ces caractères se fait au moment de son expression. Car c'est pendant ce temps que la volonté doit jouir de sa liberté et des éclaircissements nécessaires pour délibérer.

Mais c'est une fois extériorisé que le consentement donne à voir son existence et qu'il devient possible d'apprécier si les exigences légales ont été respectées si ce n'est à la lettre, mais à tout le moins que l'acquiescement a été librement donné et non arraché de force. Dans l'hypothèse où la violence est assez ostentatoire, la convention ainsi faite ne pourra bénéficier de la tolérance de la loi, ni même de tout *bonus pater familias*. Pour se mettre à l'abri des critiques et condamnations, l'astucieux auteur de la violence tirera avantage des situations de fait moins palpables, mais qui servent de terreau aux procédés d'inféodation de la volonté (Chapitre 1). Il faut alors l'analyser substantiellement, pour vérifier si en association avec le mécanisme de l'érection du consentement, celui-ci n'a pas plutôt été insidieusement subtilisé (Chapitre 2) par contournement des abysses où serpente la rigueur des principes de la loi. Il infère en matière d'arbitrage des litiges sportifs, que l'offrant n'a pas composé avec elle, s'il ne s'en est pas éperdument moqué.

[108] Jean de la FONTAINE : Les fables : La poule aux œufs d'or, Livre V, fable 13 ; Cf. Esope : Fables, traduction et introduction, Daniel LOAYZA, Garnier Flammarion, 1995, pp. 89 et 111.

BY NC ND

Chapitre 1 : L'INFEODATION DE LA VOLONTE

« *Il n'y a point de contrat là où il n'est pas constaté que deux ont voulu,* [tout comme il n'y en a point] *si chacun a voulu dans la solitude* »[109]. Ainsi est posée la genèse de la convention, d'autant plus qu'elle ne prend corps qu'à partir du moment où deux volontés au moins se sont manifestées, croisées et nouées : contracter, c'est vouloir[110].

Nouer une convention veut dire que des volontés libres et éclairées se sont rencontrées, chacune ayant elle-même franchi les étapes de l'admission, de la réflexion et de la déclaration. Dès lors, si l'une des parties s'abstient par exemple de renseigner suffisamment son cocontractant sur l'objet pour lequel il s'engage, elle pourrait se rendre coupable de délits divers dont la tromperie, l'extorsion ou l'exploitation de la position de faiblesse.

Mais cette analyse classique ne suffit plus pour rendre compte, du moins pour encadrer les réalités sans cesse évolutives et changeantes de la vie économique. Très largement majoritaires sont de nos jours les conventions qui se nouent de façon automatique. Ce, si vite que le temps de réflexion y est inexistant à défaut d'être considérablement réduit ou tout simplement ignoré. Malgré ce qui semble une sérieuse entorse à l'esprit des textes, elles sont validées. Il faut se rendre à l'évidence, car « *l'idéologie de l'autonomie de la volonté plaquée sur le Code au XXe siècle, a paré le consensualisme des atours de l'évidence. Le défi* [reste alors] *de plonger dans* »[111] l'arbitrage des litiges sportifs pour voir de plus près ce qu'il en reste maintenant.

En y regardant de près, nombre d'éléments montrent que la volonté de l'une des parties, à défaut d'être complètement noyée, est à tout le moins

---

[109] Jean CARBONNIER op. cit., n° 34.

[110] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, les obligations, op. cit., n° 93, p. 111.

[111] Christian ATIAS : Préface de Vincent FORRAY : Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, LGDJ, 2007, p. XII.

BY NC ND

"*affaissée au cachot du désespoir*"[112], par rapport à celle de son cocontractant. En l'occurrence, le sportif ou tout autre prétendant aux manifestations sportives se trouvant hors du cercle des organisateurs, dont le consentement est requis pour former la convention d'arbitrage, se trouve dans une incontestable position de faiblesse qui ne lui permet pas de tenir tête à son offrant. En plus ce dernier ne ménage aucun effort pour purger la convention à passer, des résidus de volonté laissés par l'hypnose de la vulnérabilité, de toute tentative velléitaire de contestation. Même les arbitres du TAS ont déjà stigmatisé le déséquilibre contractuel pour reprocher à un club uruguayen le « *bénéfice d'un tarif fondé sur une négociation contractuelle initiale menée au moment où le joueur se trouve dans la position la plus faible* ».[113]

A la lumière de ces analyses, il peut être permis de considérer que, si d'ordinaire le consentement est le fruit de la volonté, elle-même étant « *à la fois quelque chose qui se pense* [...] *et quelque chose qui s'exprime* »[114] et à laquelle est reconnu le pouvoir particulier « *de produire* [d'organiser] *et de délimiter* » [115] un résultat juridique, en matière d'arbitrage des litiges sportifs, il est réduit à quelque chose qui s'exprime avant d'avoir pensé ou alors, sans véritablement penser. Comment en aurait-il été autrement dès lors que le siège de cette faculté qu'est la volonté, est mis à plat tantôt à cause de la position vulnérable de son auteur (Section 1), tantôt parce que tenu en bride (Section 2) par l'offrant ?

---

[112] Aimé CESAIRE : Cahier d'un retour au pays natal, éd. Présence africaine, Paris, 1983, p. 22.

[113] Sentence TAS 2005/A/983 & 984 du 12 juillet 2006, aff. Club Atlético Peñarol c/ Carlos Heber Bueno Suarez, Cristian Gabriel Rodriguez Barrotti & Paris Saint-Germain, p. 2, point 6, consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/

[114] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit., Ibid

[115] Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil français, t. 8, 2e éd. 1936, n° 14.

Section 1 : LA VULNERABLE POSITION DE LA PARTIE CONSENTANTE

Dans une vue durkheimienne, le droit est la consécration sous forme de normes, des manières collectives de penser, d'agir et de faire. Il provient ainsi des faits sociaux. Sa finalité idéale serait d'être au service des valeurs sociales qu'il encadre et préserve. Or le marxisme le présente plutôt comme un instrument d'exploitation aux commandes des détenteurs des moyens de production.

Cette dernière approche du droit trouve sa parfaite illustration dans les contrats économiques qui en dépit de leur variété, ont pour caractéristique commune de se conclure entre deux parties dont l'une dépend de l'autre du fait de sa position de faiblesse. Ainsi se trouve consacrée *de facto* une subordination qui n'existerait pas si les parties étaient de force égale. Dès l'instant où les infrastructures et services qui encadrent l'objet de la convention sont détenus par les organisations sportives au faîte d'une situation de monopole, l'état de nécessité (§2) dans lequel se trouve le sujet consentant ne fait qu'empirer sa singulière fragilité (§1).

§1 : LA SINGULIERE FRAGILITE DU SUJET CONSENTANT

Si les parties jouissaient des mêmes puissances, on serait en situation d'égalité de force, fut-elle imparfaite, car chaque partie serait présumée être en mesure de se protéger et défendre ses intérêts. Cette considération, en sus des autres, a fait le lit de la tolérance et du développement de l'arbitrage commercial international où on imaginerait difficilement une entreprise s'y mettre sans s'en sentir financièrement capable. Or et c'est un truisme, l'écrasante majorité des contrats du monde économique se noue entre les parties aux forces inégales, laissant apparaître un déséquilibre significatif[116].

[116] Cf Laurence BOY (dir.) : Déséquilibres économiques et droit économique, Colloque de Nice, les 7 et 8 février 2013, à paraître.

BY NC ND

L'impuissance et la vulnérabilité liées à la personne de l'auteur du consentement ont constitué, aux yeux du législateur, de sérieux motifs pour nourrir une profonde méfiance à l'endroit des clauses compromissoires. C'est pourquoi il ne les a pas d'emblée admises dans les petites affaires civiles, celles relatives à la personne, la famille et en matière sociale[117]. Pourtant, c'est le phénomène contraire qui s'observe lorsqu'on se déporte dans le domaine de l'arbitrage des litiges sportifs. Les parties à sa convention ne sont non seulement pas égales, mais la partie forte jouit même des avantages qui contribuent à accentuer l'inégalité de départ. Ainsi par exemple, un texte suffisamment obscur accorde à l'Agence mondiale antidopage la faculté de « *porter* [une] *décision en appel directement devant le TAS sans devoir épuiser les autres recours prévus dans le cadre de la procédure de l'organisation antidopage* »[118] auxquels les athlètes sont pourtant tous astreints. De même, la validité du consentement de l'athlète à l'arbitrage des litiges sportifs n'a aucun sens si les autorités sportives ne l'agréent pas.

Pourtant même en matière commerciale internationale d'où l'arbitrage tire ses lettres de noblesse et selon la Cour de cassation, « *le principe de l'égalité des parties … est d'ordre public* [si bien que la faculté d'y renoncer n'est admissible] *qu'après la naissance du litige* »[119], c'est-à-dire lorsque les chances d'une sortie amiable sont épuisées et les hostilités déclenchées. La raison étant qu'à cette étape, chacune des paarties a déjà jaugé et connaît sa puissance de frappe, ses chances d'en sortir vainqueur ou à tout le moins,

---

[117] Même si la tendance est en cours d'inversion continue, Voir notamment l'article 2061 du Code civil dans sa disposition actuelle depuis la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 (JORF du 16 mai 2001) : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle » lequel texte est susceptible de récupération par les pouvoirs privés sportifs, à partir en brandissant ce qu'ils catégorisent eux-mêmes comme "professionnel" pour semer l'amalgame sur la qualité de salarié. Le nouveau article 1507 du Code de procédure civile issu du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 en ajoute en refusant de soustraire la convention d'arbitrage international de la moindre exigence de forme.

[118] Article 13.1.1 du Code mondial antidopage.

[119] Cass civ 1ère, 7 jan 1992, Bull. Civ. I. n° 2 ;

BY NC ND

sans y laisser trop de plumes, avant de convenir en connaissance de cause, de s'en remettre à un ou plusieurs arbitres : on parle de compromis.

Dès lors que la partie faible ne jouit pas des mêmes possibilités de puissance et de défense que son partenaire et ne peut facilement lui résister, elle est vulnérable. En dehors des sportifs déjà connus et fortunés qu'on peut présumer se trouver déjà en position favorable, la vulnérabilité dans le cadre de la convention d'arbitrage des litiges sportifs reste bien évidemment celle de tout consentant n'appartenant pas au cercle des décideurs tels les clubs, les fédérations nationales et internationales, le Comité international olympique (CIO) par exemple. Cette situation de faiblesse le place nécessairement *de facto* et *de jure* dans un état de dépendance et sous la domination[120] du club à qui il réserve l'exclusivité de ses prestations.

De plus en plus, le sportif est issu d'une école de formation, propriété du club dans le cadre duquel son talent entrera en maturation avant de se confirmer. Concrètement, il pèse alors sur lui une dette préexistant à son contrat de joueur. Evidemment, il n'est pas envisagé que le remboursement d'une telle dette soit fait en espèces. Cela se fait par amortissement sur les gains générés par les prestations que le joueur devra effectuer, en participant aux compétitions pendant une certaine durée, pour le compte du club de son école de formation. En outre, la pesanteur de ladite dette sur sa liberté du sportif le suit jusqu'à son éventuel transfert dans un autre club. Ce dernier se voit tenu de verser à l'ancienne équipe des indemnités avant l'accomplissement de l'opération. Il est en quelque sorte « vendu » à sa nouvelle équipe.

En France, l'interdiction de la clause compromissoire est contournée par la soumission du salarié sportif aux différents textes qui régissent son organisme sportif, lesquels doivent à leur tour être conforme à ceux qui régissent l'organisation continentale. Ces renvois remontent à l'organisme

[120] Gérard FARJAT : Droit Economique, Thémis, 1971, p. 283 ; Georges-J. VIRASSAMY : Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans la dépendance économique, LGDJ 1986, 162.

BY NC ND

faîtier du sport mondial et prépare le terrain à la clause compromissoire par renvoi. Ce dernier exclut clairement la saisine des juges étatiques de ses revendications.

Dans la très grande majorité des cas, la formation de la convention d'arbitrage des litiges sportifs se meut aisément dans un cadre qui lui est favorable : le contrat de travail. Sans surprise, on y trouve une partie forte - l'organisme sportif, le club - et une partie faible – le sportif salarié - (A). Cette situation de faiblesse s'alourdit pour un nombre non-négligeable d'entre eux, lorsqu'ils doivent parallèlement s'engager dans ladite convention, alors qu'ils ploient encore sous le joug de l'incapacité (B) qu'impose leur minorité.

A : Le contrat de travail du sportif : un tremplin de la situation de faiblesse

Le législateur s'est abstenu de donner une définition au contrat de travail, alors qu'il constitue le champ le plus visible de « *l'inscription du contrat comme un rapport de pouvoir* »[121]. C'est donc la jurisprudence qui, au fil de ses décisions, a fait ressortir ce qui distingue ce contrat des autres. Le critère décisif qu'est le rapport de subordination (2) consacre une situation empiriquement indéniable et structurelle : les parties à ce contrat ne sont pas de force égale (1). De la même manière que tout autre salarié, « *le sportif mettra à la disposition de son employeur, contre rémunération, ses compétences, son potentiel physique et ses acquis techniques et tactiques…* »[122].

1) Le rapport inégalitaire consubstantiel à la relation de travail

La relation de travail qui lie le salarié à son employeur intervient entre des parties inégales. L'abolition de l'esclavage et du servage, la constitution de

[121] Judith ROCHFELD : Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011, p. 438.

[122] Article 12.3.1.1 de la Convention collective nationale du sport (France).

BY NC ND

syndicats ou tout autre mouvement de revendication ou de protestation des salariés n'ont jusqu'ici fait que corriger sans changer la nature intrinsèque de ce rapport. Ce phénomène s'est accentué avec le développement industriel amorcé à la fin du XVIIIe siècle. Les pouvoirs de décision sont pour l'essentiel, concentrés entre les mains des propriétaires des moyens de production des biens tant matériels qu'immatériels et services destinés au marché. Depuis que l'argent a conquis le spectacle sportif et que les entreprises s'en sont emparées, il n'échappe pas non plus à cette évidence.

Les prestataires réels que sont les athlètes ainsi que les autres membres d'encadrement, du moins pour ce qui est du sport professionnel individuel ou collectif, ne peuvent de nos jours se passer du contrat de travail pour exhiber leurs talents. Ainsi, les joueurs et leurs entraîneurs sont liés à leur club par des contrats de travail. Autrement dit et pour le dire clairement, on est en présence d'individus en relation contractuelle avec des entreprises du spectacle sportif. Les premiers étant des travailleurs, tandis que les secondes sont les détenteurs des moyens de production et par conséquent, du pouvoir de décision. Une telle configuration ne se prête pas à l'égalitarisme, mais fait plutôt le lit des relations hiérarchisées, où quelques uns décident de ce qui sera exécuté par tous les autres.

Le rapport inégalitaire caractéristique des relations conventionnelles entre le salarié et le chef d'entreprise ressemble à s'y méprendre à celui qui lie l'administration aux administrés. Tout comme dans l'Etat où la gestion des affaires publiques n'est qu'un des aspects de l'administration, on parle volontiers d'administration d'entreprise. Contrairement à ce qui pourrait se rencontrer dans les rapports contractuels entre personnes privées, le vocabulaire usuel en entreprise est essentiellement administratif. Pour s'en convaincre, il suffit de scruter la nature profonde du règlement intérieur d'entreprise, la panoplie de sanctions dont dispose son chef sur ses salariés, sans oublier le pouvoir disciplinaire dont il est nanti et en use très souvent de façon discrétionnaire.

BY NC ND

On a ici affaire à l'autorité, mais dans le cadre d'une convention de droit privé où on procède plus par réglementation que par négociation. Il s'agit clairement de l'exercice d'un véritable pouvoir de « *police intérieure de l'entreprise* »[123]. On le reconnait aisément à travers le vocabulaire qui y est d'usage : en sus du règlement intérieur sus-évoqué, on y trouve régulièrement au menu les divisions ou départements, les "ordres" de mission, les demandes d'explication, les sanctions disciplinaires, les promotions, nominations, affectations, congés, licenciements, etc. Il s'agit bien là des actes unilatéraux qui, pris au pied de la lettre, ne riment pas avec les conventions de droit privé.

Pour cette raison et en dépit de la compétence dévolue au juge judiciaire pour trancher des différends entre ces parties, celui-ci doit user des méthodes et procédés de « *solutions traditionnellement cantonnés au droit public* »[124] tels que pratiqués par le juge administratif. Le juge judiciaire devient par exemple juge de la légalité lorsqu'il prononce l'annulation du licenciement irrégulier d'une partie du personnel et ordonne leur réintégration dans leur emploi[125].

De même, c'est tout aussi dans le souci ardent de préserver les libertés et droits fondamentaux des dérives du pouvoir autoritaire qui règne en entreprise que son règlement intérieur est passible de contrôle de la légalité de ses dispositions par le juge administratif. Son origine privée n'empêche pas ce dernier de le soumettre au même crible de validité que les mesures prises par les pouvoirs administratifs à l'encontre des administrés[126]. Le législateur a fini par entériner cette pratique prétorienne par la loi Auroux du 4 août 1982 instituant l'article L. 122-35 du code du travail, par lequel

---

[123] Jean-Marie AUBY : note sous CE 1er fév. 1980, Sté Peintures Corona, RDP 1980, p. 1717.

[124] Julien RAYNAUD : Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 165.

[125] Cass. soc. : 2 février 2006, pourvoi n° 05-40037, Bull., V, n° 58, p. 51 ; consultable sur le site de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr .

[126] CE Sect. : 16 mars 1962 : Cie des tramways électriques d'Oran ; JCP 1962.II.12912, note J. SAVATIER ; Dr Social 1963, p. 80, obs. P. PACTET ; CE : 1er fév. 1980 : Sté Peintures Corona, Dr. social 1980, p. 310, concl. A. BACQUET ; RDP 1980, p. 1717, note J.M. AUBY.

BY NC ND

interdiction formelle est désormais faite aux règlements intérieurs d'« *apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

L'application de ce texte restant cantonnée aux matières d'hygiène, de sécurité et de discipline, devait mettre un peu à mal, l'aspect discrétionnaire du pouvoir du chef d'entreprise. Une autre loi du 31 décembre 1992 a créé l'article L. 120-2 du code du travail qui reprend entièrement ce texte, classant désormais cette interdiction au rang des dispositions générales applicables au contrat de travail. Si bien que le juge judiciaire pourra lui aussi faire application d'une règle provenant du droit public, tellement le pouvoir privé est prégnant. Or il est devenu nécessaire de traquer les abus où qu'ils se trouvent.

Cette évolution législative a été saluée par la doctrine pour qui « *l'idée d'une justification des atteintes aux libertés par la nature du travail à effectuer et du respect d'une certaine mesure, à proportion du but recherché, doit être considérée comme un véritable principe général, ne concernant pas seulement le règlement intérieur, mais aussi les clauses conventionnelles par lesquelles un contractant accepte d'aliéner une partie de ses droits fondamentaux* »[127] et dont la clause d'arbitrage des litiges sportifs est le prototype. Cependant, cette avancée n'a point fait frémir les pouvoirs privés sportifs.

2) Le rapport de soumission caractéristique du contrat de travail

La qualification contrat de travail selon la jurisprudence « *ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée*

[127] Alain CHEVILLARD : note sous CA Paris 7 juin 1990, JCP (E) 1991.II.191 ; Julien RAYNAUD : Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, op. cit. , p. 175.

BY NC ND

l'activité des travailleurs »[128]. Aussi suffit-il que dans la relation de travail entre les parties, l'une d'elles donne de façon unilatérale des directives à respecter et à suivre à l'autre, fixe les horaires, la périodicité et le secteur du travail, prend des mesures disciplinaires contre l'autre partie ou mieux, la sanctionne en rompant son contrat alors que son cocontractant s'était retrouvé dans l'impossibilité d'exécuter ses ordres[129].

Il a ainsi été retenu que la caractéristique essentielle du contrat de travail tient à l'état de subordination dans lequel est placé un contractant vis-à-vis de son cocontractant, en l'occurrence le salarié vis-à-vis son employeur. Il s'agit d'un véritable rapport de pouvoir, de hiérarchie où celui-là a pour principal devoir d'exécuter ses obligations conventionnelles conformément aux instructions données par celui-ci. En quelques mots, la subordination juridique s'exprime dans les faits par l'exercice d'une direction, d'une surveillance, d'un contrôle et en cas de besoin, d'une sanction par le maître sur le subordonné. On y parle volontiers, ce concomitamment à la prestation de travail et à la rémunération, de la discipline et des sanctions comme dans un corps d'armés. L'employeur sportif dispose d'un éventail de sanctions « *pour assurer le respect des engagements contractés par les salariés* »[130].

Sans être tenu d'une obligation de résultat, le sportif est lui aussi soumis à cette règle. Il offre ou participe au spectacle sportif en conformité avec les instructions de son entraîneur. Pour les cas emblématiques notamment dans les sports d'équipe, le système d'occupation du stade, les stratégies d'attaque et de défense, les tactiques de jeu à pratiquer sont conçus, préparés et dictés par celui-ci. Il dispose d'une gamme de sanctions pour garantir leur application. Ainsi par exemple, avant d'être rappelé à l'ordre, un club a pu « *refuser à un joueur* [désobéissant] *sous contrat toute prestation, y compris la possibilité d'exercer son métier* », de percevoir son

[128] Olivier CHENEDE et Dominique JOURDAN : Contrat de travail, Du recrutement à la rupture, 6e éd. Dalloz / Delmas, p. 17.

[129] Cass. Soc.: 19 déc. 2000, Bull. civ., V, n°217.

[130] Article 12.5 al. 2 de la Convention collective nationale du sport (France).

BY NC ND

salaire ou même de s'entraîner[131]. Le rapport d'autorité, de pouvoir existant ne souffre plus de doute, et le sportif ne saurait s'y soustraire sans converger vers lui la furie de son employeur. En tout cas, au moment de son recrutement, le sportif « *s'engage vis-à-vis du club à* [entre autres] *respecter le règlement et la discipline intérieurs du club …* »[132]

En plus, la subordination de l'employé à son patron s'avère utile à la construction du monde du travail salarié, si bien qu'elle « *ne constitue pas à elle seule une violence susceptible de vicier les contrats passés entre eux* »[133]. Mais lorsque ce rapport de subordination s'accompagne de menaces, la jurisprudence admet que la violence est caractérisée et annule le contrat. Tel a par exemple été le cas pour deux danseuses qui n'ont donné leur consentement à une offre de novation de leur contrat de travail qu'en raison de ce que le patron leur avait brandi la menace de ne plus régler leurs salaires si elles s'obstinaient dans le refus[134].

C'est bien pourtant une situation similaire qui se vit *mutatis mutandis*, dans la convention d'arbitrage des litiges sportifs. Mais ce qui laisse pantois ici, c'est la quasi indifférence des Etats, lorsqu'on sait que "*qui peut et n'empêche, pêche*". Est-ce parce que le sportif ne serait que parcimonieusement pris pour un salarié de droit commun ? En tout état de cause, la couardise observée à ce sujet s'expliquerait par le fait que l'ostentatoire richesse facile et le train de vie hors du commun mené par quelques sportifs de haut niveau, conduisent à considérer tous les sportifs comme suffisamment armés pour ne plus mériter les égards de la société. Or il faut se garder de céder à la tentation généralisatrice qui veut qu'un âne a plongé son museau dans la farine et tous les ânes ont le museau blanc.

---

[131] Arbitrage TAS 2005/A/983 & 984, sentence du 12 juillet 2006, Club Atlético Peñarol c/ Carlos Heber BUENO SUAREZ, Cristian Gabriel RODRIGUEZ BARROTTI & Paris Saint-Germain, consultable sur le site du TAS : www.TAS/jurisprudence…

[132] Article 4 du contrat de travail type proposé par la Fédération française de Rugby aux clubs ; consultable sur le site de la Fédération française de rugby : www.ffr.fr visité le 13 novembre 2012.

[133] Cass. civ. : 26 mars 1928, DH 1928. 270 ; 23 décembre 1926, S. 1937.1.109.

[134] Cass. soc.: 3 oct. 1973, Bull. civ. V, n° 541,p. 496; 13 nov. 1986, JCP 1987.IV. P. 27.

BY NC ND

On sait que le droit de la concurrence n'a pas pour vocation de défendre les faibles contre les forts. Car dans le cas des entreprises en situation de dépendance économique, l'abus qui en est fait par l'entreprise en position de force n'était sanctionné qu'autant que cet acte avait mis en peine le libre jeu du marché[135]. C'est à la faveur des lois du 1er juillet 1996 et NRE du 15 mai 2001 que les entreprises en situation de dépendance économique bénéficient désormais d'une protection contre les abus commis à la faveur de la vulnérabilité du partenaire contractuel. Or les sportifs semblent tenus à l'écart d'une telle protection, y compris de celle des consommateurs.

Plus surprenant encore est la non reconnaissance et la tolérance d'un acte constitutif d'"*abus de faiblesse ou l'ignorance*"[136]. Quand bien même la jurisprudence se montre pointilleuse en exigeant qu'en sus de la fragilité, il y ait eu abus du fait de la partie forte[137], cette exigence se trouve remplie en matière de consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs. De plus, la vulnérabilité couplée de menace de faire perdre indistinctement sa carrière à tout sportif velléitaire, s'aggrave par la minorité de nombreux d'entre eux.

B : La minorité du sportif : une circonstance aggravante de sa fragilité

Le consentement nécessaire pour régulièrement former une convention doit non seulement être la libre manifestation de la volonté des parties, mais encore provenir d'une personne habilitée à l'exprimer. On tient pour cela de

[135] Laurence BOY : Cours de Droit de la concurrence, Université de Nice Sophia-Antipolis, Master 1 Droit économique et des affaires, 2006-2007 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE : Le modèle du marché, Archives de philosophie du droit, t. 40, 1995, p. 310.

[136] Prévu et réprimé à l'article L.122 – 8 du code de la consommation.

[137] Cass. civ. 1ère : 30 mai 2000, D. 2000.879, note CHAZAL ; 2001, somm. Com. P. 1140, obs. Denis MAZEAUD ; JCP 2001.II.10461, note LOISEAU ; Contrats, conc., consom. 2000, n° 142, obs . LEVENEUR ; Defrénois 2000. 1124, obs. DELEBECQUE ; RTD civ. 2000. 827, obs. MESTRE et FAGES ; 863, obs. GAUTIER ; 3 avril 2002, D. 2002.1860, notes GRIDEL et CHAZAL et somm. Com. P. 2844, obs. Denis MAZEAUD; JCP 2002.I.184, n° 6, obs. VIRASSAMY; Contrats- conc.- consom., 2002, n° 121, obs. LEVENEUR.

BY NC ND

l'article 1123 du code civil que « *toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Autrement dit, toute personne a en principe aptitude à être « *titulaire de droits et – sous réserve du jeu des incapacités – à les exercer* »[138]. Il s'ensuit que la convention n'est valable que si elle émane d'une personne apte à émettre une véritable volonté, c'est-à-dire d'un sujet de droit non-frappé d'incapacité de juger et de comprendre[139], parce qu'il est supposé avoir pleine conscience de la portée de ses actes.

La capacité sur laquelle ne se penchent à vrai dire pas les arbitres, devant lesquels échoient les litiges en relation avec les compétitions sportives internationales pour échapper aux juges étatiques[140], est bien l'aptitude pour le travailleur du spectacle sportif, l'élève-joueur, très souvent encore mineur, à pouvoir poser un acte aussi sérieux et grave que « *compromettre en son nom et pour son compte* »[141].

La minorité rime pourtant avec l'immaturité, la fragilité, la vulnérabilité et donc l'incapacité. Les auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à affirmer que « *l'incapacité* [est le] *corollaire de la minorité* »[142]. Plus profondément avec le Doyen CORNU, « c*hacun sait que l'incapacité civile des mineurs, reconnaissance légale de leur état de faiblesse naturelle, est l'effet d'une politique de protection et non d'une quelconque gérontocratie. L'incapable n'est pas la victime d'une brimade, d'un sacrifice de l'individu à la société mais le bénéficiaire d'une mesure de qui rétablit en sa faveur un équilibre des forces que la nature n'a pas encore réalisé* »[143]. Le souci de protection n'est pas

---

[138] Bernard TEYSSIE : Droit civil, Les personnes, Manuel Litec, 9e éd. 2005, p.3.

[139] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, les obligations, op.cit., n° 94, pp. 112-113.

[140] Ousmane DIALLO : Le consentement des parties à l'arbitrage international, op. cit. p. 15, note 40.

[141] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN : Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, n° 453, p262 et ss.

[142] Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE : Droit des mineurs, Précis Dalloz, 1ère éd., 2009, p. 496 ;

[143] Gérard CORNU : L'âge civil, in mélanges Paul ROUBIER, Dalloz, 1961, T. 1, p. 9.

BY NC ND

l'apanage de l'espèce humaine. Elle partage avec tous les animaux vivants ce penchant inné qui se traduit par un instinct de protection de sa progéniture. C'est pourquoi le subjuguer, c'est jouer contre la nature et courir le risque de faire ce qu'on ne peut plus défaire, à savoir automatiser tous les rapports sociaux, en lui retirant la marge de diversification qui a construit sa complexité et fait sa particularité.

C'est pour protéger l'incapable, dans la panoplie d'actes juridiques aussi nombreux qu'ordinaires, mais aux risques parfois regrettables, que le libre exercice de certains droits est réglementé à son égard, voire lui est provisoirement[144] interdit. Cette protection se construit autour du « *statut d'incapable qui implique un mode d'exercice spécifique de ses droits* »[145], la raison étant que du fait de son jeune âge, il n'a pas encore conquis l'aptitude nécessaire à la protection de ses propres intérêts. Autrement dit et en conformité avec la sémantique du milieu, il n'est pas encore expérimenté, ni rompu aux affaires et son âge est insuffisant pour lui permettre de résister aux intimidations.

Une vocation naturelle de protection et d'éducation est reconnue aux père et mère du mineur. Cette primauté des parents[146] est reconnue non seulement par l'article 371-1 du code civil, mais se trouve bien élargie par l'article 5 de la Convention internationale des droits de l'enfant aux termes duquel « *Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et*

[144] Jean CARBONNIER : « *Le grand mérite de la minorité est qu'elle s'exprime en nombre. L'arithmétique l'accompagne et fixe sa disparition* » in Droit civil, T2, « Les personnes », Collection "Thémis", PUF, 2000, n° 106.

[145] Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE : Droit des mineurs, op. cit., n°929, p. 491.

[146] Ibid. p. 259, n° 466.

BY NC ND

les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnait la présente convention ».

Les règles sur la capacité portées au niveau mondial par exemple par l'interdiction du travail des enfants, la protection sans cesse accrue du salarié dans tous les pays du monde sous l'instigation de l'Organisation mondiale du travail (OIT) relèvent du registre des règles impératives qui ont pour souci de sauvegarder la liberté des faibles contre les débordements des forts. S'ils ont été pendant longtemps moins proches en raison de leurs différences, l'ordre public interne et l'ordre public international se rapprochent sur ce point. En réalité, certaines coïncidences naissent et l'ordre public international plante les bornes de l'intolérable que chaque Etat devra respecter.

Sur le statut personnel par exemple, l'état des personnes relève de l'ordre public en ce qu'il échappe en principe dans leur composante extrapatrimoniale aux conventions. La minorité et la protection qu'elle inspire sont une question connue de tous les Etats et son régime s'impose à tous puisqu'il n'est pas autorisé d'y déroger par convention. Autrement dit, les mesures de protection des incapables sont impératives. Le code civil en son article 1124 énonce que « *sont incapables de contracter, dans la mesure définie par les lois, les mineurs non émancipés* ». *A contrario*, seule une personne capable peut valablement passer une convention. La capacité juridique comme élément de l'état des personnes implique l'aptitude reconnue à chacun d'avoir la maîtrise de ses droits et obligations et de pouvoir les exercer, ainsi de valablement se lier au moyen des conventions.

Deux grandes catégories d'incapacité sont retenues en matière civile : D'abord, les incapacités de jouissance dont la caractéristique saillante est de priver « *radicalement l'individu qu'elles frappent de l'aptitude à acquérir un droit déterminé* »[147]. Cette radicalité est en fait une véritable entrave à l'entier déploiement de la personnalité juridique. C'est pour cette raison qu'elle doit

[147] Gérard CORNU : Droit civil, Les personnes, 13e éd. Montchrestien, 2007, p. 22, n° 11.

être spéciale. Ainsi, on ne saurait faire interdiction à un boulanger de vendre la baguette à un mineur affamé, alors qu'une telle interdiction est spécialement édictée et omniprésente dans toutes les surfaces au sujet de l'alcool et du tabac[148].

Ensuite, les incapacités d'exercice, plus flexibles, ont pour vertu principale la protection des personnes qu'elles concernent, de la férocité des actes irréfléchis. Sans atteindre véritablement la personnalité juridique de celui qu'elle protège[149], l'incapacité d'exercice n'empêche pas les actes de conservation et d'administration normale du patrimoine. Elle vise concrètement les actes de disposition réputés graves en ce qu'ils compromettent les droits de son titulaire. Non encore majeur, celui-ci « *n'est pas considéré comme apte à les exercer lui-même* »[150] sans assistance.

Si en pratique les conventions d'arbitrage conclues par des personnes physiques mineures sont extraordinaires en matière d'arbitrage commercial international, elles sont plutôt légion en matière sportive. Un nombre non négligeable de sportifs professionnels invités à consentir à son arbitrage, dès l'aube de leur carrière sont mineurs. Le sport professionnel est l'une des activités économiques où l'emploi des mineurs est visible. A titre d'exemple, une querelle non encore épuisée oppose l'Union Européenne (UE) à la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) et à l'Union Européenne de football Association (UEFA) au sujet d'une règle proposée par l'UEFA dite des "*home ground players*" qui vise à imposer un nombre minimum de **joueurs** formés localement et limitant ce faisant le nombre de joueurs professionnels étrangers à aligner dans les équipes.

Les autorités communautaires considèrent cette règle comme une entrave à la libre circulation des travailleurs, contraire au droit de la concurrence. Selon les pouvoirs sportifs, le joueur formé localement s'entend comme celui

[148] Du moins dans la majorité des Etats occidentaux aujourd'hui, et tarde encore à recevoir droit de cité dans les pays du Sud.

[149] Gérard CORNU : ibid.

[150] Gérard CORNU : ibid.

BY NC ND

« *qui* ***entre l'âge de 15 et 21 ans***[151] *a, pendant une période continue ou non de trois saisons complètes, été formé par son club actuel ou par un autre club de la même association nationale* »[152]. La prégnance des mineurs dans ces milieux transparaît des actes règlementaires que prennent les pouvoirs sportifs, comme en donne encore illustration cet extrait de l'article 5.2 de l'Annexe 4 du Règlement du statut et du transfert des joueurs : « … *les indemnités de formation sont déterminées en prenant les coûts de formation du nouveau club et en les multipliant par le nombre d'années de formation à compter en principe de la saison du* ***12e anniversaire du joueur*** *jusqu'à la saison de son 21e anniversaire.* »

La minorité ainsi visée des sportifs n'interpellerait pas suffisamment les autorités communautaires. En effet, dans le livre blanc sur le sport adopté le 11 juillet 2007[153], la Commission européenne semble considérer, tout en respectant « *totalement l'autonomie des organisations sportives* »,[154] que ladite règle pouvait se justifier par l'objectif poursuivi, à savoir « *encourager et protéger la formation et l'épanouissement de jeunes joueurs talentueux* »[155]. Cependant, rien ne laisse croire que les pouvoirs sportifs attendent que ces jeunes gens deviennent majeurs pour les exploiter et leur faire souscrire à l'occasion la convention d'arbitrage des litiges sportifs.

Pourtant, d'une combinaison des articles 388 et 1124 alinéa 1 du code civil, il résulte qu'est incapable de contracter « *l'individu de l'un et l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix huit ans accomplis* ». Ce seuil est celui de la

---

[151] La majorité civile est fixée à 18 ans (en France). Mais concrètement, sauf cas exceptionnel, même à 21 ans, le sportif ne s'avère pas encore suffisamment mature et rompu aux affaires pour résister aux pressions.

[152] Charles AMSON : Droit du sport, Vuibert 2010, n° 161, p. 81, note 64 et les références citées.

[153] Que l'on peut retrouver sur www.ec.europa.eu:sport:whitepaper:wp on sport fr.pdf

[154] Cf. Le sport et l'Union européenne sur le site de la Commission : www.ec.europa.eu/sport consulté le 28/06/2013.

[155] Colin MIEGE : Les initiatives de la "famille du football" pour rétablir les quotas dans les équipes professionnelles : La règle "home grown players" de l'UEFA et la règle "6 +5 " de la FIFA, CDS 2008, n° 14, p. 27.

BY NC ND

plupart des Etats européens[156] et se trouve être retenu aussi par la Convention internationale des droits de l'enfant. On considère à cet âge que l'individu est suffisamment mature pour comprendre. Il peut ainsi passer tous les actes de la vie civile, y compris des actes de disposition présumés plus graves.

Même s'il est admis que le mineur pourvu de discernement peut exceptionnellement passer certains actes de la vie civile sans l'assistance ou la participation de ses parents ou tuteurs, il n'en demeure pas moins que ces derniers sont généralement limités à sa personne, car « *le souci* [de sa] *protection peut ainsi s'effacer devant le respect de sa liberté* »[157]. En revanche, si l'acte conventionnel exige des engagements de sa part, et que surtout ceux-ci ne ressortissent pas de simples actes de conservation ou d'administration, mais plutôt des actes de disposition, son autonomie est restreinte et il lui est adjoint un administrateur légal pour les besoins de sa protection. L'article 903 du code civil prévoit expressément que « *le mineur âgé de moins de 16 ans ne pourra aucunement disposer* ». Pourtant, lorsqu'il est conduit à abdiquer un de ses droits fondamentaux en consentant à l'arbitrage des litiges sportifs, ne s'agit-il pas bien là d'un acte de disposition ?

Il pourra être rétorqué que « *l'évolution des mœurs ne permet plus que l'administrateur légal puisse engager un mineur de seize à dix huit ans en l'absence de toute manifestation de volonté de sa part* »[158]. Mais il aurait été vain de prétendre enfermer continuellement ces "grands mineurs" dans le carcan de l'incapacité. Même le temps qui, pour l'éternité ne suspendra pas son vol[159], le phagocytera minute après minute et l'en extirpera sous peu.

---

[156] Dans nombre des pays du Sud, il est encore maintenu à 21 ans, et ne se confond pas avec la majorité politique/électorale rabaissée dans certains pays suite au vent de la démocratisation : 20 ans au Cameroun, par exemple.

[157] Arnaud CERMOLACCE : Les contrats du mineur, Dr. fam. 2006, étude n° 27.

[158] Pierre-Yves VERKINDT : Le droit des revenus professionnels du mineur in Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ (Dir.), L'enfant, la famille et l'argent, LGDJ, 1991, p. 77.

[159] Refusant irrémédiablement de prêter oreille au cri du poète ("Ô temps, suspends ton vol" Lamartine), pour mettre ainsi à jour l'impuissance de toute velléité d'emprise sur lui.

BY NC ND

Ce qui est préoccupant reste sa protection pendant le temps d'acquérir l'aptitude nécessaire pour affronter la responsabilité, corolaire de la majorité, elle-même attribut de la maturité. C'est là que se trouve le fondement de la protection des mineurs. Or le prétexte sportif cache tout ce que l'on condamne dans le droit commun.

En plus, quand bien même le sportif serait majeur ou bénéficierait des faveurs de la loi pour valablement passer un contrat de travail, une protection spéciale s'étend sur cette catégorie de sujets de droit en raison de la position de faiblesse qui est la leur. Cette protection est expressément étendue par le législateur jusqu'au terme de la relation, car il répute "*nulle et de nul effet toute clause attributive de compétence incluse dans le contrat de travail* »[160]. La clause compromissoire ne semble pas à l'abri de cette prohibition, car elle emporte avant tout, attribution de compétence à un tiers pour connaître d'un éventuel litige.

Le problème de la minorité est notoire dans l'univers sportif. Un deuxième exemple peut être tiré cette fois du rugby français : pour y être considéré comme issu des filières de formation, le joueur doit justifier d'au moins cinq saisons en tant que licencié de la F.F.R avant l'âge de 21 ans ou avoir passé trois saisons au sein d'un centre de formation agréé entre 16 et 21 ans. Il en est de même dans le football où la pépinière des écoles de formation des clubs cotés, se nourrit essentiellement des jeunes enfants qui, à l'image de l'agneau surpris et acculé par loup, viendraient à peine d'arrêter de "*téter* [leur] *mère*"[161]. Leur assistance reste certes nécessaire à la validité de la convention d'arbitrage des litiges sportifs, mais laissent entier le problème de l'extériorisation du consentement, voire du consensualisme tout entier lorsqu'on sait avec Grotius que « *solus consensus obligat* ».

L'appréciation de la validité de leur consentement pourrait inciter à recourir à la méthode de conflit. Dans ce cas le juge français saisi pourra retenir que

[160] Article L. 1221-5 du code du travail.

[161] Comment aurait-il pu médire de lui l'an passé alors qu'il tête encore sa mère ? Jean de La FONTAINE : Les Fables : op. cit. : Le loup et l'agneau.

BY NC ND

« *la capacité juridique des personnes physiques (…) de contracter, est déterminée par leur loi nationale, ou, si elles sont apatrides ou ont eu le statut de réfugié, par la loi de leur domicile ou de leur résidence* »[162]. Mais le problème n'est pas pour autant terminé parce que l'arbitre pourra ne pas s'appesantir sur la règle de conflit du for alors que les droits étatiques sont très divergents en la matière. Dans la conception juridique anglo-saxonne par exemple, ce n'est pas la nationalité des parties qui prime, mais le lieu de domicile ou de résidence habituelle, ou encore la loi régissant le fond du contrat, selon certains Etats des Etats-Unis[163]. Dans cette dernière orientation, le critère est celui de la loi de l'autonomie[164] selon laquelle « *la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée* »[165]. Il faut pour cela une reconnaissance d'une grande marge de liberté aux parties dans les conventions internationales plus qu'en droit interne et que l'internationalité de la convention en cause soit clairement caractérisée[166]

Par application du principe de l'autonomie, « *le contrat* [doit être] *régi par la loi choisie par les parties* »[167]. Il s'ensuit qu'il doit s'agir de la loi d'un État, si bien que ne sauraient être admises les conventions non soumises à une quelconque loi étatique. Or l'arbitre n'ayant pas de for et susceptible d'être dominé par le souci d'éviter à leur sentence les risques d'annulation fondée sur cette question, pourra être tenté de s'y prononcer en s'attachant plutôt au critère du lieu d'exécution efficace. Toutefois ces préoccupations s'adressent au premier chef aux règles matérielles. Mais la validité de la

---

[162] Cf. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN : Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, n° 457 p. 264.

[163] Cf. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN : Op. cit., n° 458.

[164] Consacrée par la jurisprudence anglaise depuis l'arrêt Robinson C/ Bland de 1760, Cf. Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ : Droit international privé, Montchrestien, 2001, n° 692.

[165] Cass. civ. : 5 déc. 1910, S. 1911.1.129, note LYON-CAEN, Rev. dr. int. Pr. 1911.395 ; JDI 1912.1156.

[166] Cf. Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ : Droit international privé, op cit., n° 701 et ss.

[167] Article 3, §1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

cc BY NC ND

convention d'arbitrage des litiges sportifs ne se rattache pas seulement à une question d'organisation judiciaire, car elle est en prise directe avec les prohibitions[168] destinées à protéger les parties ou à préserver le caractère impératif des règles applicables aux domaines qu'elles visent[169].

Si une telle hypothèse s'avère en pratique rare dans l'arbitrage commercial international, elle se veut plutôt récurrente en matière sportive et son évidence deviendrait ostentatoire si la possibilité était donnée aux sportifs de soulever la question au regard des querelles autour de leur nationalité d'opportunité. La méthode de conflit conduirait plus simplement à apprécier leur aptitude à compromettre en vertu de la loi de l'Etat qu'il est chargé de représenter dans les grandes manifestations sportives. La Convention de New York pour faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, prévoit en son article V, § 1 a) dit que ces effets peuvent être refusés lorsque l'une des parties à la convention d'arbitrage était, « *en vertu de la loi à elle applicable, frappée d'une incapacité* ».

Or l'incapacité n'est plus à rechercher lorsqu'on sait que nombre de sportifs devant consentir à l'arbitrage des litiges en rapport avec leurs activités sont, avant d'avoir acquis la majorité requise pour valablement passer une convention, « *sous convention de formation avec un centre de formation agréé* »[170] ou simplement des élèves dans les écoles de formation créées par les clubs sportifs. En pratique, on fait signer leur convention de formation par leur parent ou leur représentant légal. La difficulté n'est pour cela pas absoute si ces derniers n'ont pas connaissance de la clause compromissoire.

[168] C'est-à-dire l'inarbitrabilité des questions relatives au droit de la famille et des personnes, du droit du travail par exemple.

[169] Cf. Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, Droit international privé, op. cit. n° 306.

[170] Article 12.1 de la Convention nationale du sport (France).

BY NC ND

§2 : L'ETAT DE NECESSITE DU SUJET CONSENTANT

La durée précaire de l'activité professionnelle du sportif le place dans un dilemme : entre la réflexion pouvant le conduire éventuellement à un refus de s'engager une fois l'objet et la portée de la convention d'arbitrage compris, avec pour corollaire la perte de sa carrière, et l'enthousiasme de participer aux compétitions. On a valablement démontré que « *l'homme qui est la proie d'un violent désir est un obsédé, victime,* selon la formule de RENOUVIER, *d'un ''vertige mental'' et pas du tout un homme de volonté* [compris comme] *celui qui résiste à ses désirs* »[171]. Or bien plus que d'un désir qui, sommes toutes, peut être l'enfant terrible des caprices, le sportif on l'a vu est dans le besoin, et c'est vital. Il faut choisir et ce, urgemment. Celui-ci se trouve ainsi pris dans l'étau d'une situation qui cristallise en elle tous les ingrédients de l'état de nécessité.

L'état de nécessité du sujet consentant ici ne doit pas être pris au sens strictement pénal en tant que fait justificatif, cause de non-imputabilité de la responsabilité, prévu à l'article 122-7 du code[172]. En matière contractuelle, on partira néanmoins de cette définition en allégeant ses exigences. Car ce n'est pas "*un danger actuel ou imminent*" qui entrave la volonté du sujet consentant, mais une menace, fut-elle rudimentaire. S'il agit "par nécessité", c'est bien parce qu'il se trouve dans une situation où « *pour sauvegarder un intérêt supérieur,* [il] *n'a d'autre choix que d'accomplir* [non pas] *un acte défendu par la loi pénale* »[173], mais l'acte pour lequel son consentement est requis, en s'abstenant de revendiquer, voire renonçant à certaines prérogatives qui lui appartiennent pourtant. Pour toute ambition supérieure il y a un prix à payer, et en l'espèce, l'abandon de certaines prérogatives personnelles.

---

[171] André VERGEZ et Denis HUISMAN : Nouveau « cours de philo », Tome 4: "La pratique et les fins", Fernand Nathan, 1980, p. 9.

[172] « N*'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la menace* ».

[173] Colmar, 6 déc. 1957, D. 1958, p. 357.

BY NC ND

L'état de nécessité au sens classique place l'infracteur en face d'un véritable choix cornélien, en lui imposant « *de régler un conflit entre deux intérêts* » où l'un est menacé et l'autre protégé par la loi pénale[174]. Mais il faut reconnaître qu'en dehors de ce champ, un individu peut se retrouver dans une situation où ne s'opère pas un arbitrage entre deux intérêts dont celui à choisir doit être supérieur ou équivalent à celui à sacrifier. Dans le jargon administratif par exemple, on parle du bilan "coût-avantages" pour apprécier par exemple les atteintes de la puissance publique à la propriété privée sous le couvert de l'utilité publique[175]. A la source des actes de chacun, se trouvent des mobiles très souvent en concurrence. Le plus important prend le dessus, comme le poids le plus lourd fait pencher le plateau de la balance. Mais il arrive aussi qu'aux lieu et place de l'importance, se substitue la contrainte née de l'absence d'alternative équivalente.

Dans l'arbitrage des litiges sportifs sont en jeu les intérêts personnels du sujet, mais d'une immense importance parce qu'en dépend son avenir. L'option pour l'arbitrage est la seule voie offerte pour les sauvegarder. Autrement dit, le consentement ici requis du sportif pour la convention d'arbitrage est « *l'unique moyen de conjurer le* »[176] risque encouru et dont la présence ne prête plus à supputation : perdre sa carrière s'il s'y refuse. Pourtant, selon l'heureuse formule de Blaise PASCAL « *C'est le consentement de vous à vous-même, et la voix constante de votre raison, et non des autres qui vous doit faire croire* »[177]. Sauf qu'il ne s'agit plus ici de croire seulement, mais d'agir utilement.

---

[174] Frédéric DESPORTES et Francis Le GUNEHEC : Droit pénal général, 15e éd. Economica, 2008, p. 700, n° 742.

[175] *CE : 2 octobre 2006, SCI Les Fournels, n° 281506 :* une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, éventuellement, les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente[175]. En l'espèce le bilan avait été jugé négatif. (Consultable sur le site du Conseil d'Etat : www.arianeinternet.conseil-etat.fr)

[176] Bernard BOULOC : Droit pénal général, précis Dalloz 21e éd., 2009, p 352, n° 405.

[177] Blaise PASCAL : Les Pensées, éd. Rombaldi, 1943, pensée n° 260, pp. 158-159.

cc BY NC ND

Quand bien même « *Tout homme se trouve plus ou moins dans la société en état de nécessité de contracter, car il ne peut vivre sans contracter* »[178], la nécessité est moins prégnante lorsque peut se présenter à lui un autre moyen pour satisfaire son besoin. Mais s'il se retrouve comme dans une espèce d'impasse où aucune autre voie de sortie ne se présente à lui, il sera naturellement obligé de céder, pour mettre sa carrière à l'abris du risque de perte qui plane sur elle (A). En cela, l'état de nécessité sort des frontières du droit pénal pour élire aussi domicile dans les rapports civils.

En substance, il se retrouve en matière civile et nous paraît suffisamment caractérisé sur le terrain conventionnel encore considéré comme imprenable en vertu du dogme de la liberté contractuelle. Nombre de contrats d'adhésion dont la convention d'arbitrage des litiges sportifs, ne se nouent-ils pas par nécessité ? Ceci est d'autant plus avéré que les circonstances qui président à sa naissance, en plus de l'extériorité de ces données factuelles, consacrent la résignation du sujet consentant au détriment de l'éthique contractuelle (B), pour éviter de tout perdre. Or il reste que « l*a volonté qui est autonome,* a écrit le Doyen CARBONNIER, *c'est la volonté rationnelle, soustraite à la pression des besoins et des désirs* »[179] ; et non comme en l'espèce, une volonté qui flotte comme un bouchon sur les vagues de la nécessité.

A : Le risque de perte de carrière

Pour les autorités sportives, tout contrat de travail qui encadre la carrière de chaque pratiquant du sport collectif comporte une clause compromissoire. Le sportif individuel n'y échappe pas, loin s'en faut : c'est la règle dans ce domaine. Le sportif qui voudrait participer aux compétitions devra avant toute chose acquiescer par signature à l'arbitrage ad hoc qui accompagne les grandes manifestations sportives tels les jeux olympiques ou la coupe du monde de football. Sans ce préalable, il ne peut être autorisé à intégrer le système. Le risque de perdre sa carrière constitue le moyen de pression idéal

[178] Georges RIPERT : La règle morale dans les obligations civiles, op. cit. n° 46.

[179] Jean CARBONNIER : Droit civil, 4 – Les Obligations, op. cit., n° 21.

BY NC ND

entre les mains des pouvoirs privés sportifs, si bien qu'il ne reste à l'adhérent à la convention proposée, qu'à l'accepter sans rechigner, même s'il s'en était aperçu et compris les enjeux qu'elle comporte. Ce qui ne l'incite guère à renoncer sans trop de peine à ses ambitions et son avenir.

La menace qui pèse sur sa carrière emprunte à la contrainte morale ses subtilités, notamment une facette des diverses sortes de pressions psychologiques. Le stratagème est insidieux, *« relève d'un impact moins prononcé,* [tout] *en étant plus subreptice quant à sa manière d'opérer* »[180]. La douceur de leur manifestation n'empêche pour autant pas qu'il y ait menace s'apparentant même au chantage. En réalité, conditionner la participation à une compétition - déjà aléatoire par nature - à l'acceptation préalable d'une convention d'arbitrage « *rejoint toutes les hypothèses d'amoindrissement de la volonté sous l'effet de la sujétion ou de la vulnérabilité, résultant par exemple […] d'un état de subordination* »[181]. Le sportif n'a plus qu'à rester attaché « *au maintien des rapports contractuels* »[182], à la grande satisfaction des organisations sportives qui en tirent avantage pour leur imposer leurs conditions sans concessions. La pression qui s'exerce ainsi sur le sportif placé dans ces conditions, ne peut finir qu'à avoir raison de sa résistance.

B : La résignation au détriment de l'éthique contractuelle

Même le sportif entré dans la majorité et apte à discerner l'aspect vicié du consentement requis de lui pendant qu'il renouvelle ou conclut un autre contrat de travail ou encore postule la participation à de nouvelles épreuves peut-il facilement y renoncer au motif que la convention d'arbitrage est contestable ou à tout le moins inopportune en l'état ?

---

[180] Yves MAYEAUD : Droit pénal général, collection droit fondamental - Classiques 2e éd. PUF, 2007, p.505.

[181] Yves MAYEAUD : ibidem.

[182] Jacques GHESTIN (Dir.) : Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat: Formation, LGDJ 1988, pp. 44-45.

BY NC ND

La réponse à cette nécessité qui s'impose à lui consacre le sacrifice de sa liberté de refuser l'arbitrage au profit de sa carrière. En substance, il ne s'agit pas de la manifestation du libre arbitre du sportif, mais d'une décision commandée par le contexte et les circonstances : soit il consent et peut tenter ses chances dans les compétitions envisagées, soit il refuse et subit les méfaits de son entêtement.

Faut-il absolument établir ici comme en matière pénale une proportionnalité entre les intérêts sacrifiés d'un côté et sauvés de l'autre, puisqu'il doit y avoir « *une parfaite adéquation entre l'infraction commise et la protection recherchée* »[183] ? Un tel rapprochement n'est pas superfétatoire car un rapport difficilement évaluable sur les plateaux d'une même balance, existe effectivement entre le vice du consentement relevé et l'intérêt visé ; notamment entre les dispositions de la convention qui obligent le sportif à renoncer à un droit fondamental en consentant et la perte de carrière ou d'une éventuelle victoire en cas de refus.

Or, ce sont les considérations ontologiques qui prennent le dessus sur les valeurs supposées sacrées. Combien de sportifs abandonneraient leur carrière pour se contenter de l'idéal qu'enseigne l'éthique contractuelle ? Un consentement vicié pour passer une convention sans laquelle le bien-être futur de son auteur est en péril, n'est pas constitutif d'une infraction en tant qu'atteinte à l'ordre social. Si oui, les contrats de travail seraient pour la plupart des infractions. Sans doute les intérêts en conflit s'enferment plus sur leurs titulaires qu'ils ne recouvrent un caractère social. Et comme il n'est pas fait de tort à celui qui consent, il est considéré comme le meilleur gardien de ses propres intérêts, et donc, le seul arbitre de ce qui est bon ou ne l'est pas pour lui.

Du côté des auteurs de cette atteinte à la liberté contractuelle, on n'aperçoit pas aisément dans quelle catégorie juridique ranger ce qui paraît être une faute, et quelles conséquences peuvent y être attachées. A supposer qu'il y a

[183] Yves MAYEAUD: op. cit. p. 474, n° 443.

BY NC ND

faute contractuelle, la réparation nécessitera un préjudice né de cette faute et un lien de causalité les unissant. Toute chose difficile à établir si l'on s'obstine à exiger l'ostentation de l'acte délictueux. Ces arguments s'inscrivent dans la logique de l'analyse classique où on refusait d'assimiler l'état de nécessité à la violence, du fait de l'absence d'un élément constitutif du délit qu'est l'intention délictueuse, laquelle doit elle aussi provenir d'une personne consciente[184].

Mais il n'en demeure pas moins que si l'aspect matériel de délit civil est moins ostensible en ce qu'il n'est pas une menace directe ou un acte de force, il est à tout le moins perceptible en tant que violence raffinée et discrète. C'est du côté de la victime qu'on le perçoit aisément, d'autant que la crainte que cette douce violence a suscité en lui « *entame ou supprime la liberté* [de son] *consentement* »[185] par la menace de le priver de sa profession.

La nécessité en l'espèce répond aux exigences d'un risque actuel et perceptible, provenant non pas d'un banal caprice ou d'une simple crainte[186] du sportif, mais bien d'un fait extérieur dans lequel ce dernier se trouve emmailloté. Mais ce point de vue est aujourd'hui dépassé et la doctrine majoritaire considère volontiers que l'état de nécessité est constitutif de violence dès qu'il a servi de terreau fertile à l'abus du cocontractant[187]. La jurisprudence quant à elle a consacré cet angle d'approche depuis longtemps[188], et la Cour de cassation a même eu à entériner l'annulation par le juge du fond, d'un contrat de travail très désavantageux auquel un salarié

---

184 DEMOLOMBE : T. XXIV; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, T. I, n° 77, cités par François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit. n° 247, p. 255.

185 François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : op. cit., n° 242.

186 Cass. Crim.: 27 déc. 1961, Bull crim., n° 563 ; 21 nov. 1974, Bull. Crim. N° 345; Rev. Sc. Crim. 1976. 89, obs. Larguier ; Gaz. Pal. 1975.1.68 ; JCP 1975. II. 18143, note Chambon.

187 FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Eric) : Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, 11e éd., Armand Colin, 2004, n° 224 ; GHESTIN (Jacques) (Dir.) : Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation, op. cit., n° 586.

188 Cass. Req. : 27 avril 1887, DP 1888.1.263; S. 1887.1.372 : annulation d'un contrat conclu pour un sauvetage maritime dès lors que "le consentement n'[a] pas [été] libre, [mais, n'a été] donné que sous l'empire de la crainte inspirée par un mal considérable et présent".

avait donné son consentement sous la forte pression d'un besoin d'argent[189]. Les gains actuels des sportifs peuvent faire croire qu'ils sont à l'abri de la pression du besoin. Or ils restent tous des nécessiteux et chacun sait que plus on a de l'argent, plus on en veut.

A cet égard, l'état de nécessité en matière d'arbitrage des litiges sportifs, ne se met pas de voile, et donne à se faire voir ostensiblement. Sa convention se noue dans des conditions qui n'ennoblissent pas pour le moins, le consentement de l'autre partie. Au contraire elle tire avantage de son état de nécessité pour se construire. Sur le ring de la rentabilité, l'éthique contractuelle n'a qu'un poids plume en face du colossal enjeu que porte ladite convention. Alors, il ne saurait y avoir résistance et donc possibilité de défendre ses intérêts à l'auteur du consentement. Or le droit s'arrête là où commence la nécessité, parce que celle-ci ne connait pas la loi, mais fait sa loi.

Section 2 : LA VOLONTE TENUE EN BRIDE

L'intégrité du consentement requis pour la validité des contrats, prise au pied de la lettre, signifie qu'une volonté altérée, affaiblie par un quelconque vice n'est pas en réalité autonome[190]. Il lui manque quelque chose pour rester entière. Le code civil français ne traite du consentement dans ses articles 1109 à 1118 qu'en prévoyant un certain nombre de vices qui exposent la convention entachée à des sanctions dont la principale est la nullité. Le législateur de 1806 entendait ce faisant « *protéger les parties au contrat contre elles-mêmes* »[191], c'est-à-dire en préservant l'intégrité de leur consentement contre l'erreur, la violence, le dol : il n'y a point de consentement valable, prévoit l'article 1109, s'il « *n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».

[189] Cass. Soc.: 5 juill. 1965, Bull. civ. IV. N° 545, p. 460 ; Aix,19 févr. 1988, RTD civ. 1989, 535, obs. Jacques MESTRE.

[190] Jean CARBONNIER : op cit., n° 47, p. 104.

[191] Jean CARBONNIER : op cit., n°

BY NC ND

A l'exigence de liberté dans la négociation contractuelle, il faut ajouter celle de la loyauté. L'article 1134 du code civil confère à la convention la vigueur de la loi, et exige la bonne foi dans son exécution. Mais déjà, pour qu'une convention soit vigoureuse, il est nécessaire qu'elle fût au préalable négociée et conclue loyalement[192]. Si les deux parties, en toute incrédulité se trompent mutuellement, l'erreur commune fera le droit[193]. Mais s'il s'avère que l'une d'elle a agi de mauvaise foi pendant la période de négociation, même dans l'exercice de sa liberté de rompre cette dernière, elle verra sa responsabilité délictuelle engagée[194]. Voilà pour ce qui est des principes légaux dans le moule desquels devront se façonner les conventions.

Or il transpire à grosses gouttes des circonstances qui président à la naissance de l'arbitrage des litiges sportifs, que la volonté du sujet consentant reste obscure, et sa liberté réduite en peau de chagrin. Même en y regardant à la loupe, c'est à peine si on décèle ce « *courant de confiance entre les parties* [au] *contrat* »[195], car le nœud des volontés paraît moins caractérisé. Pourtant, un courant important de la doctrine "arbitragiste" s'accorde à enseigner que la volonté est la source spécifique de l'arbitrage. Celui-ci étant « *le fruit de la volonté des deux antagonistes* »[196]. Mais ce constat ne cadre pas sans sérieuses réserves avec la pratique qui en est faite dans le monde sportif, d'autant plus que l'élément réflexif du consentement y est altéré (§1) et abusé (§2).

---

[192] Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI : La période précontractuelle en droit français', RID Comp. 1990, p. 545 ; Patrice JOURDAIN : La bonne foi dans la formation du contrat, Travaux Association Henri CAPITANT 1992, p. 121 ; Denis MAZEAUD : Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, Mélanges Jacques GHESTIN, 2001, p. 641.

[193] En vertu de l'adage "*error communis facit jus*".

[194] Cass. civ. 1ère : 12 avril 1976, Bull. civ. I, n° 122, p. 98 ; Defrénois, 1977, p. 389, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. com. : 26 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 186; D. 2004, p. 869, note A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE; JCP 2004.I.163 n° 18, obs. G. VINAY ; JCP E 2004, p. 738, obs. STOFFEL-MUNCK ; RDC 2004, p. 257, obs. D. MAZEAUD ; RTD Civ. 2004, p. 80, obs. MESTRE et FAGES.

[195] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : op. cit., n° 91, p.111.

[196] Dominique BUREAU et Charles JARROSSON : arbitrage in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (Dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, Lamy/PUF, 2003, format poche p. 76.

BY NC ND

§1 : LA VOLONTE ALTEREE

L'âme du consentement des parties qu'est la volonté doit en principe, pour valablement nouer une convention, avoir été épargnée de toute détérioration. Sa pureté nécessite à cet effet un temps utile à l'exploration du projet, accompagnée des éclaircissements sur toutes ses zones d'ombre. Or sur les gazons de l'arbitrage des litiges sportifs, le consentement aveuglé se fait littéralement dribler. Cet aveuglement tient au fait que se trouvant en terrain inconnu où seul domine de part et d'autres l'intérêt économique, il avance sous l'impulsion de l'absence d'éclaircissement (B) et ce, à la faveur d'une aiguille fortement aimantée par l'absence de pourparlers (A). Pourtant derrière cette convention presque toujours mise à l'abri des regards indiscrets, se dissimulent de cardinaux renseignements qu'il faut donner au sujet appelé à y donner son consentement par simple apposition de signature sur un pré-imprimé.

A : L'absence de pourparlers

La formation d'une convention nécessite au préalable la rencontre, puis l'accord des volontés. C'est entre la rencontre et l'accord que se situent les négociations sur les propositions et contrepropositions desquelles seront retenus les droits et obligations, objet de la convention. Ces pourparlers sont ainsi le terreau fertile à l'extériorisation de la volonté. Puisqu'ils prêtent par nature à débats, c'est l'occasion idoine pour chaque partie d'émettre ses propositions, de prendre connaissance de celles de l'autre et les soumettre au crible de sa pensée critique, à son analyse personnelle ; puis de peser le pour et le contre suivant ce qu'elle recherche, avant d'y acquiescer.

Les pourparlers impliquent par conséquent que dans le respect mutuel, s'instaure entre les parties à une convention, la conversation fusionnée aux négociations, au cours desquelles chacune d'elles donne des précisions sur tout ce à quoi il attache du prix, de l'importance, ainsi que sur les modalités des engagements à prendre, pour arriver enfin à un accord. L'article 1134 du Code civil exige que ces pourparlers, formels ou non, soient effectués de

BY NC ND

bonne foi, chacune des parties s'évertuant à ce qu'ils débouchent sur l'accord visé. Si les contrats passaient tous par ce moule, le débat sur l'intégrité de la volonté serait vidé d'une part importante de sa substance. Ce serait l'idéal, or malheureusement, ce qui frise le parfait, l'absolu est par nature évanescent.

En réalité, dans la très grande majorité des contrats, c'est-à-dire ceux de la vie courante comme la vente, le transport, ces étapes pourtant importantes sont réduites juste à « *un instant de raison* »[197], car ils se forment généralement dès la simple acceptation du pollicitant donnée à l'offre du promettant.

En revanche, il est des conventions dont la formation requiert un temps plus ou moins long de réflexion suivi de discussions, devant permettre aux parties de s'accorder avant de s'engager. Autrement dit, dans les conventions aux enjeux importants une phase de pourparlers précontractuels est observée par les parties afin de mieux préparer la convention à venir. Mais la mesure de cet enjeu ne doit pas être faite à l'aune de la masse monétaire que générera le contrat. Car procéder ainsi encourt les mêmes reproches que celles qu'on ferait à l'étourdi qui "*place la charrue avant les bœufs*".

Si tant est que les conventions, tout comme les Institutions sont faites par les hommes pour leur bonheur et non l'inverse, l'enjeu financier n'est qu'une des composantes de cet ensemble. Leur harmonie intègrent bien d'autres considérations, de valeurs qu'on ne saurait placer sur le même palier que la valeur fiduciaire, sans corrompre et du même coup, rendre vains les efforts déployés à cette fin. Parce que la toute puissance d'attraction qu'exerce l'argent sur tout le monde a pour équivalent sa toute puissance de perversion. Une boutade africaine dit fort à propos que « *lorsque l'argent tombe sur un rocher de granit, celui-ci vole en éclats* ».

L'intérêt en jeu dans le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs pour y revenir tout de suite, participe de ces valeurs incommensurables qui ne se

[197] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : op. cit, n° 183.

BY NC ND

vendent nulle part. On sait déjà l'omnipuissance de la parole dont le revers peut être tout aussi redoutable. Il faut désormais observer un minimum de précautions pour le sortir de sa tanière, au lieu de s'y prendre comme s'il s'agissait d'un achat chez l'épicier du coin. Toute chose devant inciter à ce que de véritables discussions interviennent entre les parties avant sa conclusion.

Or, il s'avère que la formation de cette convention se cantonne dans un temps aussi réduit que celui des contrats de masse qui servent de cadre aux petites opérations de tous les jours. Comment en aurait-il été autrement lorsque la convention d'arbitrage des litiges sportifs se rapproche si près, voire se réduit à une variété des clauses-types, elles mêmes insérées dans des actes juridiques types, lesquels sont le plus souvent présentés à l'autre partie pour signature valant consentement, sans lui permettre d'en prendre amplement connaissance et d'en comprendre la portée.

L'offre de contracter assortie d'un délai fut-ce court ou à tout le moins raisonnable n'est pas envisagée ou même pensée dans cette convention. Pourtant, il devrait bien être « *accord*[é] *au destinataire un temps de réflexion suffisant* »[198] compte tenu de la nature de cette convention, la spécificité de son objet et de la qualité de ses destinataires. Le sentiment d'être obligé parce qu'on a librement voulu, qui fait le socle de la légitimité de l'exécution forcée des conventions en dépend largement.

Ce cheminement ne nécessite pas absolument un lourd formalisme pour s'accomplir. On n'aura pas besoin d'une longue et coûteuse étude de faisabilité ou de négociations fastidieuses par exemple, comme s'il s'agissait d'une convention portant sur le transfert de technologie. Il est juste question de s'imposer un minimum de probité en formulant et discutant les propositions avec l'autre partie. De prendre en compte ses points de vue pour mieux aménager les propositions initiales et déboucher sur une convention équilibrée, ou à tout le moins librement voulue.

[198] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : op. cit. n° 115.

BY NC ND

Rien n'empêche, et bien au contraire, il est plutôt loyal que le sportif à qui l'offre de conclure une convention d'arbitrage des litiges sportifs sera faite, soit au préalable invité pour étudier avec l'autre partie, l'éventualité d'une telle convention, voire la possibilité d'y parvenir. Concrètement, ce dernier est réduit à un acteur passif qui s'apparente plus à un spectateur sur cette scène où il existe substantiellement un seul acteur : l'organisation sportive, auteure de l'offre.

Pourtant, les racines les plus profondes des conventions nichent dans le « *chassé-croisé d'offre et de contre-offre, jusqu'à ce que l'une des parties accepte la proposition de l'autre* »[199], surtout que pour cela, il est toujours avantageux de disposer d'un temps même réduit, pour faire son choix, si choix il y a. C'est tout aussi bien à ce moment que se brassent entre elles les éclaircissements qui conduisent à l'acceptation.

B : L'absence d'éclaircissement

Partant de l'adage « E*mptor debet esse* »[200], on a aisément pris pour juste en droit français, et PORTALIS le premier dans son discours préliminaire sur le Code civil, qu'un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage. Par conséquent, il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables. C'est pour cette raison que nul n'était formellement obligé de fournir des renseignements à son cocontractant. C'est à lui-même qu'il revenait de les demander. Malheureusement, l'écart entre cette doctrine et la pratique est suffisamment grand et le développement économique de la société moderne ne fait que l'aggraver.

Il ne fait plus l'ombre d'un doute que la plupart des conventions se nouent entre les parties aux forces inégales avec pour corollaire l'inégalité d'information. Il s'est avéré indispensable de cingler cette inégalité afin

[199] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : op. cit. n° 121.

[200] L'acheteur doit être curieux : cf. ROLAND et Laurent BOYER : Adages du droit français, Litec, n° 110, p. 199.

BY NC ND

restituer au contrat un certain équilibre. La jurisprudence s'y est attelée en élargissant petit à petit à la formation du contrat, l'application de la bonne foi que l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil avait réservée à son exécution. L'exécution de bonne foi d'une convention nécessite au préalable qu'elle soit valable, c'est-à-dire qu'elle ait été conclue de bonne foi. Ainsi, le devoir d'informer son partenaire contractuel lui permet "*d'exprimer un consentement éclairé*"[201], parce que le consentement est valable autant que l'énergie de la décision, voire de la délibération ait été suffisamment éclairée par la lumière de l'intelligence[202], de la réflexion faite à partir des renseignements reçus.

Il s'ensuit que la validité du consentement nécessite, qu'avant de s'engager, le contractant comprenne parfaitement le contenu de l'offre qui lui est faite. Au-delà de sa liberté de contracter ou non, il devrait pouvoir prendre part à la détermination de son contenu. Or la convention d'arbitrage se limite très souvent à un ou deux articles hébergés par d'autres documents dont l'objet principal est bien différent et qui parfois, pourraient s'avérer nuls.

Si la question de l'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal est close avec pour principal effet que la nullité du contrat principal n'entame en rien l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage, il n'est pas inutile d'observer que, dans le cadre des activités sportives, l'incrustation d'une convention aussi fondamentale dans tous documents liant les athlètes, nourrit quelque inquiétude, puisqu'ils ne sont pas longuement mis à la disposition du sportif pour appréciation préalable.

L'inobservation de ces exigences élémentaires jette nécessairement un discrédit sur cette pratique. Les mérites prêtés à l'arbitrage commercial en général et sur lesquels se greffent les promoteurs de l'arbitrage des litiges sportifs en particulier, ne dispensent pas ces derniers de se conformer aux règles fondamentales qui président à sa naissance. Ce d'autant plus que,

[201] Murielle FABRE-MAGNAN : De l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie, LGDJ, 1992.

[202] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit. n° 93.

BY NC ND

même si dans nombre de législations nationales, il n'existe pas de texte spécial consacré à la matière, le droit commun de l'arbitrage fondé sur le consensualisme « *autorise les parties à solliciter* […] *un intervenant tiers, leurs initiatives* [doivent] *être enserrées dans de strictes limites* »[203]. La raison est qu'il s'adresse à un public spécial, constitué pour une frange importante de mineurs et de peu lettrés, à qui des éclairages sont indispensables.

Pourtant, le Tribunal Arbitral du Sport met à la disposition des groupements sportifs un modèle de « *clause arbitrale à insérer dans un contrat* » ainsi libellée *: "Tout litige découlant ou en rapport avec le présent contrat sera exclusivement soumis au Tribunal Arbitral du Sport à Lausanne, Suisse, et définitivement tranché suivant le Code de l'arbitrage en matière de sport."*[204]. Pourtant, l'enjeu de la convention d'arbitrage en matière sportive nécessite une information détaillée sur sa signification (1), son contenu (2) et sur les effets qu'elle emporte pour le sportif (3) consentant, tant il reste que ce qui va bien sans le dire ira bien mieux en le disant[205].

1) La signification de la convention d'arbitrage des litiges sportifs

Il est un phénomène ordinaire en société : deux personnes en inharmonie sur un point peuvent choisir de se remettre à un tiers pour solliciter sa clairvoyance ou trancher la discordance. Ce, en toute liberté. L'arbitrage y a ses racines les plus profondes, car il en provient. En dépit des arborescences[206] qu'il génère de nos jours du fait du succès indéniable qui est le sien, l'arbitrage procède du même principe. Il suppose « ***le règlement d'un litige*** *par une ou plusieurs personnes auxquelles les parties ont* ***décidé d'un commun accord*** *de s'en remettre* »[207]. La doctrine, unanime sur ce

[203] Jean – Pierre KARAQUILLO : Le droit du sport, Dalloz, 1997, p. 98.

[204] Cf. www.tas-cas.org/arbitrage modelesclauses

[205] Charles-Maurice de TALLEYRAND-PERIGORD : Phrase prononcée au Congrès de Vienne en 1814, cité par Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009, sous ``DIRE".

[206] Dont les plus en vue sont l'arbitrage commercial, arbitrage des investissements internationaux, arbitrage des litiges sportifs …

[207] Antoine KASSIS : Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, T. 1, LGDJ, 1987, P. 13.

point, ne dit pas autre chose et retient que « ***le consentement*** *à la convention d'arbitrage* ***réside dans la volonté commune des parties*** *de soumettre les litiges les opposant à un ou plusieurs juges privés* »[208]. Il s'infère que ces explications doivent être fournies aux athlètes par les organismes sportifs rédacteurs de la convention, avant que ne soit sollicité leur consentement.

Lorsque le mécanisme du consentement est observé à bon escient, une adéquation s'installe entre la volonté interne et la volonté déclarée de la personne qui donne son accord, parce qu'elle le fait en connaissance de cause. C'est pourquoi une divergence entre les deux aspects de la volonté naît très aisément du manque ou de l'insuffisance d'informations sur l'offre, comme on en rencontre très souvent dans les contrats comportant des renvois aux conditions générales non adjointes aux contrats individuellement signés. Une telle divergence se présente comme le fruit d'une communication imparfaite entre le stipulant et l'adhérant. L'imperfection pour sa part s'explique dès lors qu'elle « *consiste en ce que chacune des parties considère que le contrat est formé dans les termes correspondant à sa propre volonté contractuelle* »[209]. Mais cette explication s'avère insuffisante pour combler le vide nécessaire à la complétude d'une convention supposée consensuelle.

En réalité, il n'ya pas d'obstacle insurmontable à éclairer les sujets consentants en leur expliquant que la convention d'arbitrage contenue dans leur contrat de travail, leur fiche d'inscription aux jeux olympiques ou leur licence sportive, signifie qu'en cas de litige avec son club, association ou organisme, ce sera non pas au juge de l'Etat qu'il devra se référer, mais à une ou plusieurs personnes privées qui officieront en cette qualité. Que cette forme de justice ne pourra exister que s'il y consent. Qu'en plus, il pourra

[208] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN : Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit., n° 471, p. 274.

[209] Francis LIMBACH : Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté, LGDJ, 2004, n° 7, p. 7.

BY NC ND

accepter ce procédé ou non, mais en tirer les conséquences. Qu'au besoin en cas de doute il peut s'en abstenir ou mieux se référer à un tiers plus avisé ou y réfléchir mûrement avant d'accepter.

2) L'explication du contenu de la convention d'arbitrage des litiges sportifs

Le contenu de la convention d'arbitrage des litiges sportifs ne mérite pas moins d'être explicité au sportif. Celui-ci a le droit de savoir aussi bien la nature des litiges visés que celle de l'arbitrage en cause, encore qu'il n'a pas à faire valoir son consentement sur la fixation de son siège.

Acquiescer à l'arbitrage des litiges sportifs voudra dire, selon les termes même de la convention, que les litiges qui pourront éventuellement naître entre le sportif et son groupement seront portés devant une instance arbitrale. Lesdits litiges devront avoir un lien direct avec les prestations pour lesquelles il est recruté, c'est-à-dire avec ses activités sportives. Les pouvoirs sportifs en donnent une conception très large, en versant dans l'arbitrage tous litiges se rapportant à « *toute activité relative au sport* »[210].

Une tendance en disharmonie « *avec le principe toujours proclamé selon lequel la volonté des parties est le ressort fondamental de l'arbitrage* »[211] a vu le jour et s'est vite répandue dans la pratique de l'arbitrage commercial international : l'arbitrage institutionnel. Ici, les parties ne bénéficient plus de l'entière liberté du choix direct de leurs arbitres et de la procédure applicable. C'est dans cette loge que s'est inscrit l'arbitrage des litiges sportifs. En réalité, on est en présence d'une judiciarisation de l'arbitrage en matière de sport, lequel a d'ailleurs pour nom "Tribunal arbitral".

En effet, le sportif consentant n'y bénéficiera pas de la souplesse d'une procédure adaptée à son cas, tout comme la confiance qu'il place en l'arbitre

[210] Article R. 47 du Code de procédure du TAS.

[211] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, Op. Cit. n° 53 p. 36.

BY NC ND

choisi s'en trouve amoindrie. Il doit retenir que le lieu et le cadre du déroulement de l'instance ne dépendent pas de sa volonté, mais sont fixés en principe au siège du TAS à Lausanne en Suisse[212]. Même si pour des raisons de distance, le TAS a ouvert deux chambres annexes à Sidney et à New York, et crée des chambres *ad hoc* pour accompagner les grands événements sportifs, le siège reste à Lausanne.

Un petit assouplissement à ce principe pour accorder un léger égard à la volonté des parties tient à une consultation que les circonstances exceptionnelles peuvent pousser le président de la formation ou celui chambre concernée à leur faire, avant de décider de la fixation d'un autre lieu de tenu d'audience et de ses modalités[213].

L'avis des justiciables ici a-t-il une quelconque influence sur cette décision ? Si leur avis est pris en compte dans cette décision, on peut considérer que l'aspect conventionnel n'y a pas tout perdu et que ce qui constitue l'essence de l'arbitrage s'y trouve encore, quoique considérablement altéré. Mais il est permis d'en douter, d'autant plus qu'il s'agit d'un avis simple sans influence sur la décision susdite. Concrètement une telle décision est à rapprocher aux mesures d'administration judiciaire qui relèvent de la sagacité clairvoyante du juge.

Mais il est bien entendu que ce sont les circonstances extérieures, et non la volonté des parties qui ont présidé à sa prise. En tout état de cause et ce, afin que le sportif n'en ignore rien, son consentement n'y a plus un quelconque rôle comme dans le cadre de l'arbitrage *ad hoc*. L'aspect institutionnel se double d'un monopole, car seul ce tribunal arbitral aura compétence pour connaître de l'affaire. Aucun autre de même nature ne jouit de cette latitude.

---

[212] Pour ce qui est des procédures ordinaires, exception faite des procédures *ad hoc* installées dans les sites de déroulement et en accompagnement des grands événements sportifs comme les jeux olympiques.

[213] Article R28 du Règlement du TAS.

BY NC ND

La clause d'arbitrage type proposée aux organisations sportives consolide ce point en énonçant sans ambiguïté que « *tout litige découlant ou en rapport avec le présent contrat sera* ***exclusivement*** *soumis au TAS à Lausanne* ». Le sportif consentant ne doit pas non plus ignorer que ce cadre institutionnel de l'arbitrage ne lui laisse aucune emprise sur le choix de la procédure applicable. Il sera d'office soumis au Code de l'arbitrage en matière de sport prévu pour ledit tribunal.

Ce procédé consistant à expliquer les tenants et les aboutissants de la convention d'arbitrage des litiges sportifs aux justiciables potentiels paraît trop idéal, mais pas indispensable. Puisqu'en réalité, il n'interpelle pas les principaux décideurs du monde sportif. Sur le terrain, ceux-ci ne s'encombrent pas de ces commodités pour aboutir à leurs fins. Une signature apposée au bas de la licence d'un athlète par son titulaire est suffisant pour le lier dans l'arbitrage des litiges sportifs[214].

Or, du fait de leur illettrisme[215] et de leur manque d'expérience tenant fréquemment à leur jeunesse et à leur naïveté[216], c'est l'intégration du sportif dans le groupement qui compte pour lui. Les organisations sportives n'ignorent pas qu'à ce moment précisément, les objectifs visés par le sportif sont ailleurs, et l'idée de querelles à venir a peu de place dans son esprit ou n'y point même pas. Ce sont elles cependant, du fait des expériences passées, qui sont outillées et se prémunissent en préparant les documents juridiques par lesquels leurs activités seront encadrées et protégées. Ce

[214]TAS : 2 mai 2003, sentence n° 2002/A/431 : Union Cycliste Internationale (UCI) c/ Fédération française de cyclisme, JDI 2005, p. 1309 : « *La licence signée par le coureur confirme l'engagement de son titulaire à respecter les statuts et règlements de l'UCI qui incluent notamment le recours au TAS en dernière instance en cas de contestation…* »

[215] Le talent remarquable des sportifs les conduisent vers le professionnalisme sans en faire de lettrés, encore que l'avancée de leur carrière détourne la plupart de la formation cognitive malgré les cours en centre de formation. C'est pourquoi l'intelligence ne rivalise pas le talent sur la pelouse des critères de sélection.

[216] Cf. Lara MULLER : La pratique sportive en France, reflet du milieu social, INSEE, Données sociales, 2006. Il ressort de cette étude faite en 2005 par que 71% de français de 15 ans ou plus pratiquaient, même à titre occasionnel, une activité physique ou sportive.

BY NC ND

faisant, elles méconnaissent sans frémir les exigences minimales qui permettent de parler d'arbitrage.

Ces observations incitent à recommander qu'une obligation spécifique d'information sur la clause d'arbitrage des litiges sportifs soit mise à la charge desdites organisations. Dans une circonstance similaire, la jurisprudence a retenu la responsabilité d'une fédération sportive qui avait manqué, « *à la simple obligation de renseigner ses licenciés sur le contenu d'un contrat d'assurance* [individuelle souscrit par elle à leur profit dès lors chaque bénéficiaire ignorait], *l'insuffisance* […] *de la garantie procurée par ce contrat* »[217].

Le volet professionnel[218] du sport qui ne conserve plus qu'un caractère ludique réduit, mais au contraire, s'est revêtit inlassablement du manteau économique, n'incline-t-il pas à l'instauration d'une telle obligation assortie de sanctions, dès lors que c'est effectivement le champ d'investigation de l'arbitrage y consacré ? L'arbitrage des litiges sportifs souffre d'une carence de légitimité. Sa thérapie doit commencer par la reconnaissance à l'ensemble de ses éventuels justiciables de considérations minimales avant la souscription de la convention d'arbitrage, en mettant un terme au contournement de leur volonté. Ceux-là doivent nécessairement y consentir en toute connaissance de cause, au lieu d'y adhérer béatement.

3) L'explication des effets de la convention d'arbitrage des litiges sportifs

Les principaux effets qui découlent de la convention d'arbitrage devraient, au moment où le consentement du sportif est requis, lui être expliqués. Car, celui-ci devrait savoir avant d'y donner son acquiescement, que son éventuel protagoniste et lui « *s'en tiendront à ce que* [l'arbitre choisi] *aura décidé ;*

[217] Cass. Civ. 1ère: 16 juillet 1986, Bull. Civ., I, n° 209, REJS 1987, n° 2, 101, Obs. DURRY

[218] Cf la loi Mazeaud de 1975 visant déjà « les groupements sportifs qui employ[aient] des joueurs ou athlètes professionnels rémunérés … » ou l'article L. 122-1 à 12 du Code du sport qui vise toute association sportive … qui participe habituellement à l'organisation de manifestations sportives payantes…

BY NC ND

qu'ils n'[iront] *point à un autre tribunal ; que la sentence de l'arbitre* [sera] *un arrêt irrévocable* »[219] . La convention d'arbitrage emporte ainsi à leur égard des effets dont le plus caractéristique, la renonciation expresse de déférer tout litige l'opposant à son organisation aux juges étatiques[220]. Autrement dit, il ne devra sans méconnaître ses propres engagements, traîner son cocontractant devant les tribunaux de l'Etat. Au contraire, il devra en exécution de la convention d'arbitrage, ne soumettre ses éventuelles prétentions qu'à l'arbitre institué à cet effet.

Dans la convention-type proposée aux organisations sportives par le TAS, il est prévu d'insérer dans la convention, mais à titre facultatif, la possibilité reconnue aux parties de se prononcer sur le nombre d'arbitre devant composer le tribunal, ainsi que le choix qu'ils peuvent faire de la langue de l'arbitrage. Mais ces facultés se trouvent bien amenuisées par une limitation du nombre d'arbitres à choisir sans avoir à en supporter les frais ; tout comme en dehors des langues officielles retenues par le TAS, toute instance devant se faire en une autre langue nécessitera une traduction aux frais du demandeur à l'action. Il n'est pas inutile de rajouter que chaque sujet consentant ne jouit que d'une faculté amaigrie sur le choix du ou des arbitres qui trancheront la contestation. Ainsi, sa marge de manœuvre se trouve encore limitée en raison de ce que le sportif ne peut confier cette mission à une personne tierce prise à son gré, parce qu'il ne peut porter son choix que sur un arbitre inscrit sur une liste tenue par le TAS.

§2 : LA VOLONTE ABUSEE

L'intégrité du consentement nécessaire à la validité d'une convention postule que son auteur soit libre au moment de son expression, c'est-à-dire protégé contre toute forme de contrainte. « *Il n'y a point de consentement valable, … s'il a été extorqué par violence* » dispose l'article 1109 du code civil. Les

[219] SOLON, législateur grec du VIe S. av. JC, cité par Dominique BUREAU et Charles JARROSSON : Arbitrage in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (Dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, op. cit., p. 76.

[220] Cf. infra, pp. 224 ss.

BY NC ND

moralistes parlent dans cette situation d'une "volonté informée"[221] sans quoi il y a ingérence, abus de la part du partenaire contractuel. Comme l'erreur et le dol, la violence est une cause de nullité du contrat. Mais son admission par le juge reste toujours coriace, le législateur n'en ayant lui-même donné aucune signification. En plus, le souci de préserver la sécurité juridique par le maintien de la stabilité des échanges portés par les contrats, rendent la lecture de la violence de plus en plus restrictive.

Si « *la théorie de la violence : champ aussi fertile,* [est] *resté aussi longtemps en friche, supporte facilement plus d'un labour* »[222], c'est fondamentalement parce que le mot violence[223] s'incruste indifféremment dans les méandres de l'environnement social : les actions, les contextes, les personnes, les structures. En plus, la violence recouvre un aspect évanescent incontesté. En tant que réalité fugitive, elle disparaît aussitôt perpétuée et seuls restent ses conséquences pour constater sa manifestation. Toute chose lui permettant de bénéficier de plusieurs définitions valables, si bien qu'en dépit de la connotation péjorative que lui colle l'imagerie populaire, elle prend sens en fonction du contexte où elle est utilisée ou saisie.

Mais la première lecture du mot violence donne immédiatement à entendre à l'esprit l'idée d'agression, de combat, d'affrontement où la force de la raison a cédé place à celle de la brutalité, employée par un ou plusieurs antagonistes pour dompter son ou leurs adversaires et parvenir à leurs fins. Autrement dit, la violence insinue la véhémence, l'ardeur, la puissance, la démesure, le déchaînement. Pour l'essentiel, elle consiste à « *agir sur quelqu'un ou le faire agir contre sa volonté, en employant la force ou l'intimidation* »[224]. Autrement

---

[221] Sophie BOTROS : Le consentement, in Monique CANTO-SPERBER (dir.) : Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, PUF 1996, p.310.

[222] André BRETON : La notion de violence en tant que vice du consentement, Etude critique, thèse Caen, 1925, p. 11.

[223] Il transpire de la Genèse que le premier acte de violence caractérisé naquit du refus de Dieu de recevoir les offrandes de Caïn, au contraire de celles de son frère Abel. Ce geste suscita en lui une jalousie si féroce qu'il n'a pas pu résister de lui donner la mort.

[224] Le Petit Robert 1 de la langue française éd. 2009.

BY NC ND

dit, c'est l'« *emploi de la force pour contraindre quelqu'un à faire quelque chose contre son gré en usant de sévices ou de menaces* »[225].

Le code civil ne s'est pas éloigné de cette conception de la violence héritée du droit romain où elle était avant tout un délit et traitée comme tel. En en faisant une cause de nullité du contrat, le législateur de 1804 s'est contenté de ses deux formes d'expression connues pour assurer la police des comportements et l'égalité des parties pendant la formation du contrat : la violence physique ou la violence morale. Or les transformations de la société ont pour principal effet de faire voler en éclat les cadres anciens dans lesquels furent moulés les rapports sociaux.

Le caractère illégitime de la violence physique ne prête pas à discussion, car c'est assez flagrant et expose dès qu'établi le contrat entaché à la nullité. Or l'adoucissement continu des mœurs dans la société moderne a raréfié cet aspect édicté par le code civil, mais la rémanence de la violence reste de mise dans les rapports humains. Elle aussi s'est arrimée à l'évolution. Tout en esquivant les prévisions du code civil, la violence va épouser les formes plus discrètes, adoucies et moins perceptibles pour s'insérer aisément dans les contrats. La « *violence astucieuse* »[226] se construit à la lisière du dol, s'enracine dans la fragile position d'une des parties et s'épanouit dans les contrats économiques comme la convention d'arbitrage des litiges sportifs[227].

Pour apprécier la violence, l'alinéa 2 de l'article 1112 du code civil recommande d'avoir « *égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* ». Ces exigences autorisent une analyse profonde de la situation réelle de la victime, en l'occurrence celle de la partie adhérente au contrat préconçu et rédigé par l'autre. Dans la convention d'arbitrage des litiges sportifs, c'est bien évidemment à celui qui aspire prendre part à une manifestation et dont le consentement est requis pour la parfaire qu'elles

[225] Grand Larousse de la langue française, éd. 1978.

[226] Jean CARBONNIER, op. cit. n° 46.

[227] Infra, pp. 413 ss.

BY NC ND

renvoient. Bien que consentant, la volonté de ce dernier se trouve intimidée par l'absence d'alternative satisfaisante (A), le caractère déterminant de la crainte suscitée par la pression exercée sur lui (B) et l'abus exercé sur sa faiblesse (C).

Depuis bien longtemps, la Cour de cassation a reconnu aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement les faits constitutifs de violence[228]. Ces « *formes modernes de coercition* »[229] dites violences économiques ont donc été retenues par la Cour de cassation dans les circonstances où une partie tire avantage de sa position forte pour abuser de celle de dépendance de son cocontractant[230].

A : L'inexistence d'alternative satisfaisante

Une hypothèse primaire tirée du monde économique : Un fabricant noue un contrat de fourniture avec son fournisseur de matières premières. La relation de fourniture est inscrite dans le cadre d'exclusivité de fait, parce que le fournisseur détient le monopole de son produit, excluant systématiquement toute possibilité de ravitaillement chez un autre. Le fournisseur exclusif profite de la période de renouvellement de leur contrat pour imposer au fabricant des conditions exorbitantes. Celui-ci n'ayant pas autre choix que de consentir contre sa volonté ou même au détriment de ses intérêts.

La situation se pose en termes similaires dans l'arbitrage des litiges sportifs. Le sportif professionnel qui comprend le sens profond de la convention, n'a en réalité aucune autre alternative que d'y consentir. Dans l'hypothèse où il pourrait refuser d'y adhérer à l'occasion du changement par exemple

[228] Cass. civ. : 31 déc. 1913, S. 1914, 1, p. 167.

[229] Yves-Marie LAITHIER : Remarques sur les conditions de la violence économique, LPA, 23 nov. 2004, n° 234, p. 5.

[230] Cass. Civ. 1ère : 30 mai 2000, Bull. civ., I, n° 169 ; Contrat, conc. Consom. 2000, n° 142, note L. LEVENEUR ; D. 2000, p. 879, note J. - P. CHAZAL ; D. 2001, somm. P. 1140, obs. D. MAZEAUD ; Défrénois 2000, P. 1124, obs. DELEBECQUE ; JCP 2001, II, 10461, note G. LOISEAU ; LPA du 22 novembre 2000, p. 18, note S. SZAMES ; ibid du 11 avril 2001, p. 17, note L. BELMONTE ; RGDA 2000, p. 846, note P. REMY ; RTDCiv. 2000, p. 827, obs. J. MESTRE , B. FAGES, ibid. p. 863, obs. P.-Y. GAUTIER.

BY NC ND

d'équipe, il retrouvera la même clause dans l'offre de recrutement ou d'admission. Ainsi quel que soit le club vers lequel il se tournera, il n'échappera pas à la convention d'arbitrage, sauf à renoncer complètement à sa profession.

Il s'agit d'un impossible choix entre sa carrière et les exigences d'un consentement licite. Tous les compétiteurs ne peuvent pas à l'occasion d'une même épreuve, sans que le sens de la compétition elle-même en sorte pervertie, être sacrés champion. Cette situation fait le lit à la concurrence. On sait que celle-ci survient dès lors que tous les besoins de tout le monde ne peuvent pas être satisfaits au même moment, ou spécialement en ce domaine, être sacré champion dans la discipline en compétition. Dans le cadre du sport en l'occurrence, La très grande majorité des athlètes par exemple sacrifient plusieurs années à leur formation et à l'amélioration de leur performance.

Les occasions pour consacrer cette ardeur ne sont pas éternelles. En plus les transformations de l'organisme du fait de l'âge ne lui laissent qu'un temps assez réduit pour caresser des rêves interminables. L'ambition d'arracher au moment opportun le prestigieux titre de champion national, puis continental voire mondial dans sa discipline est rêvée par tous et prend le pas sur toutes les autres considérations. L'âpreté de la compétition croît proportionnellement au prestige du titre convoité. Celui-ci ne sera en définitive octroyé qu'au plus méritant, après un classement qui suit l'épreuve.

Les perspectives d'avenir qu'ouvre un titre sportif pour le vainqueur, n'habitent pas le même palier que le simple divertissement du départ[231]. La bataille pour se l'approprier est le terreau de la concurrence, or « *la concurrence est violente par nature* »[232]. Elle porte dans ces conditions les

[231] Par exemple, bien nombreux sont les sportifs nommés aux différentes fonctions publiques à la suite de leurs exploits.

[232] Gilbert PARLEANI : Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels, aspects actuels du droit des affaires in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON, Paris, Dalloz, 2003, p. 896.

BY NC ND

germes d'une tenaillante contrainte. L'égalité du départ doit se rompre au résultat final. C'est dans pareilles conditions présentes ou rêvées, que se nouent les conventions d'arbitrage des litiges sportifs. Les auteurs du consentement deviennent une espèce de Thésée égaré dans le labyrinthe, malheureusement sans Ariane et son fil pour les en extirper.

B : Le caractère déterminant de la crainte suscitée

L'article 1112 du code civil dispose qu' « *il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ». La crainte née de la violence doit donc être caractérisée en la circonstance, en démontrant qu'elle s'était emparée de la volonté du sujet consentant au moment de l'établissement du contrat.

Il appert qu'à l'aube des grands évènements sportifs ou même à la signature de son contrat de travail au sein d'une équipe, un cruel dilemme met l'athlète en demeure : soit il refuse de donner son consentement à la convention d'arbitrage proposée par les organismes sportifs et ne pourra pas être admis à prendre part aux compétitions ; soit il s'y soumet et est autorisé à se jeter à la conquête du couronnement convoité. Le poids des sacrifices déjà concédés à cette fin, et l'éventualité d'une carrière future pouvant provenir de son sacre ne l'inciteront pas à tout abandonner à cause d'une clause d'arbitrage. Il n'a pour ainsi dire pas de marge de manœuvre, ni une multitude de choix à faire.

Les circonstances l'y conduisent irrésistiblement. En effet, il se retrouve dans la nécessité absolue de donner son consentement sans lequel tous ses efforts risquent s'évanouir dans le néant sans autre source d'espoir pour le lendemain. Ceci confère à cette violence maline une suffisante gravité nécessaire à sa caractérisation, dès lors qu'elle constitue ainsi une impulsion dominante qui neutralise la volonté et domine la liberté de sa victime. Il y a lieu d'y attacher déjà un effet majeur consistant à tourner en dérision la philosophie de l'autonomie de la volonté dont l'idée phare proclame la liberté de tout individu de rentrer en relation contractuelle ou de s'y refuser.

BY NC ND

Une appréciation *in abstracto* de la gravité de la faute est rendue possible par l'article 1112 du code civil lorsqu'il vise expressément en son alinéa premier "*une personne raisonnable*". Sans avoir besoin de faire montre d'un courage extraordinaire, ni d'être un poltron, tout *bonus pater familias* dans ces conditions viendra rapidement à bout de sa résistance. La crainte de tout perdre alors que l'objet de la convoitise est déjà par nature précaire prend aisément le dessus sur toute autre considération.

Mais, même une approche *in concreto* de ce caractère est autorisée par l'alinéa second du même article qui prévoit sans ambages qu' « *on a égard en cette matière à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* ». Ce qui implique qu'une variation du seuil d'appréciation selon les qualités personnelles ou acquises (maturité, niveau d'instruction, voire niveau de vie) de la victime. L'appréciation au cas par cas est aisément admissible dans le contrôle de la contrainte exercée sur le sportif, car le salaire faramineux de certains professionnels incite à considérer qu'ils ont suffisamment de moyens financiers pour s'entourer de conseils. Dans ce cas de figure, cette violence ne sera pas admise avec autant d'aisance que celle exercée sur un mineur sortant de l'école de formation et encore sans carrière.

C : L'abus exercé sur la faiblesse

« *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit* » Dit l'article 489 du code civil. Ce texte légal expose à la nullité l'acte juridique accompli alors que son auteur était sous l'emprise "*d'un trouble mental au moment de l'acte*"[233], c'est-à-dire de l'altération même incomplète de ses facultés mentales. Dans cette optique, « *la volonté de l'auteur de l'acte doit être atteinte dans l'un au moins des deux éléments qui définissent le consentement : la lucidité c'est-à-dire l'aptitude à comprendre, à réfléchir, la volonté, c'est-à-dire la capacité de vouloir, de se décider* »[234]. La jurisprudence exige un état suffisamment grave

[233] Odile SIMON : La nullité des actes juridiques pour trouble mental, RTDCiv. 1974, p. 707.

[234] François TERRE : Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit., n° 100.

BY NC ND

pour faire tomber l'acte en cause, si bien qu'à son sens, la médiocrité d'intelligence ou la faiblesse de caractère de son auteur ne suffisent pas[235].

Une réserve mérite d'être faite à cette position : dans la mesure où il n'est pas exigé du sujet consentant d'être un handicapé mental pour que sa volonté puisse être victime d'un abus. Ses sens ne nécessitent pas non plus d'être complètement endommagés, auquel cas il restera sous tutelle judiciaire. Mais lorsqu'il est avéré que "sa capacité de vouloir, de se décider" est très malicieusement prise en otage, et que son cocontractant en tire sans vergogne l'avantage recherché, il n'en faut pas plus pour facilement incliner dans le sens sus décrié.

Le "*sain d'esprit*" exigé par la loi l'est-il encore lorsque la nécessité s'est emparée de sa raison au moment de donner son consentement ? La volonté autonome est bien celle qui est demeurée rationnelle pour avoir pu échapper aux assauts des besoins et des désirs. Le sujet consentant à l'arbitrage des litiges sportifs, nous l'avons vu, est dans cette relation, la partie désavantagée en ce que pèse lourdement sur lui, la nécessité de « *satisfaire un besoin vital et urgent* »[236]. A partir du moment où la libre volonté d'une des parties est confrontée à un dilemme sans autre issue, et qu'à cela se greffent bien d'autres intérêts immatériels liés à sa personnalité (sa réputation, son honneur), le sportif se contente de ne pas manifester son refus au moment d'y acquiescer. Son consentement n'est autre, pour le dire sans détours, qu'un acte affaibli de la volonté[237].

Cet abus est pris en compte par les principes du droit européen du contrat lorsqu'ils proposent pour l'endiguer, qu'il soit reconnu à la partie faible abusée, d'y fonder une demande en nullité de la convention dès lors qu'au moment de sa conclusion, « a) *elle était dans un état de dépendance à l'égard*

[235] Cass. Civ., 10 nov. 1958, Bull. civ. I, n° 483, p. 393.

[236] Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation op cit., p. 38, n° 55.

[237] Christian GODIN : Dictionnaire de la philosophie, Fayard, édition du temps, 2004, p. 248.

BY NC ND

de l'autre partie …, en état de détresse ou de besoins urgents, … b), *alors que l'autre partie en avait connaissance ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente…* »[238]

Un autre aspect de l'abus exercé sur la volonté réside dans l'avantage que les clubs tirent de la situation d'endettement dans laquelle est placé le sportif. Il ne souffre pas de doute que ceux-ci recrutent les jeunes talentueux dont les aptitudes sont développées dans leur centre de formation, sans paiement préalable. A l'issue de cette formation, ceux-ci sont obligés de leur réserver l'exclusivité de leurs prestations pendant une certaine durée. Dans ce contexte, le sportif n'est libre que de façade : c'est un endetté qui n'a autre choix que de signer, s'exercer pour permettre à son club d'amortir l'investissement ainsi fait sur lui.

Mais le processus ne s'achève pas là, car le club formateur exerce sur chaque sportif formé des prérogatives de propriétaire dès que celui-ci peut faire l'objet de convoitise par une autre organisation sportive. Cette dernière se voit tenue de lui verser des indemnités dites de transfert s'il veut tirer avantage du talent du sportif convoité.

Ce phénomène n'est pas anodin : tout comme le propriétaire d'un bien en transfère la propriété contre paiement d'une somme d'argent, sans avoir de compte à rendre qu'à lui-même, parce qu'il exerce ce faisant la prérogative particulière qu'il tient de son titre : l'*abusus* ou la faculté reconnue au propriétaire de faire de sa chose ce qui lui plait voire de s'en débarrasser soit en en faisant une libéralité, soit en la jetant ou en l'abandonnant.

Les clubs disposent ainsi, sans que cela incite à une quelconque indignation, un véritable droit de propriété sur ses sportifs, formés et/ou "achetés". Il ne paraît pas nécessaire pour caractériser l'abus dans cette cause, d'avoir en la circonstance essuyé l'affront des actes barbares. « *La loi civile englobe sous*

[238] Article 4.109 des principes du droit européen des contrats.

BY NC ND

[la notion de violence] *toutes les formes de menaces, les plus rudimentaires comme les plus raffinées* »[239]. En faisant dépendre la carrière, voire l'avenir du sportif de l'acceptation préalable sans discussion de la convention d'arbitrage, les puissances sportives consomment sans coup férir un abus.

Certains auteurs soutiennent qu'en sus de l'altération de la volonté du cocontractant, "*il faut encore que la contrainte soit illégitime*"[240]. Cette exigence paraît de trop et peut servir d'argument à certains, dès lors que l'illégitimité participe même du sens de l'abus. C'est cette part d'inadmissible parce qu'injustifiée, c'est-à-dire sans laquelle on ne parlerait pas d'abus qui est illégitime.

Si certaines contraintes ont pu être légitimées, notamment celles des pouvoirs publics lorsqu'ils en font usage pour mettre et maintenir de l'ordre, c'est cette finalité qui huile la pente glissante vers la légitimité, encore faut-il qu'il n'y ait pas d'abus de leur part. Faut-il alors penser que l'exercice du pouvoir y prête favorablement le flanc ? De là au monde sportif, il n'y aura qu'un pas à franchir, et les organisations sportives exerçant elles-aussi des prérogatives de puissance publique ne se verront pas relever les bretelles à ce sujet. Cela devrait obliger à un respect renforcé des droits du sportif en les invitant à quitter la sphère des actes privés pour clairement s'installer dans celle des actes des autorités publiques. En réalité, elles n'en sont d'ailleurs pas tenues éloignées.

Il reste donc à rappeler que sur le terrain des conventions privées, « *la force est* […] *par hypothèse, la négation du droit* »[241]. Si dans nombreuses hypothèses la violence n'est pas retenue par le juge pour avoir été légitime[242], il est abusif de détourner cette voie de son unique et singulier

[239] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : op. cit. n° 244.

[240] Ibid. : n° 245.

[241] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : ibid.

[242] Cass. civ. : 25 févr. 1879, DP 1879. 1. 273 pour la menace d'exercice d'une voie de droit ; Cass. civ. 1ère, 5 juin 1961, Bull. civ. I, n° 289, p. 230 pour une reconnaissance de

but. Tel n'est pas le cas dans la convention d'arbitrage des litiges sportifs. L'auteur du consentement requis ne s'y est au préalable pas rendu coupable de maladresse pour qu'un encadrement musclé de la réparation future recherchée soit rendu nécessaire.

dettes signée et remise par le créancier voulant échapper aux poursuites de la victime de son vol antérieur.

BY NC ND

Résumé chapitre 1

Sous un angle anthropomorphiste, le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs apparaît sous les jours d'un être sans âme. La volonté qui forme le principe spirituel et explique la figure du consentement à côté des autres actes juridiques y est littéralement mortifiée. Car La vulnérabilité du sujet consentant s'associe à l'état de nécessité dans lequel il se trouve pour livrer sa volonté en pâture aux abus de son tout puissant cocontractant.

BY NC ND

Chapitre 2 : LA CAPTATION DU CONSENTEMENT

On présente classiquement le contrat comme « *le produit de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Une personne, le pollicitant, émet une offre de contracter qui est acceptée par le destinataire de celle-ci. En réalisant l'accord des volontés, l'acceptation donne naissance au contrat* »[243]. Se référer à l'accord des volontés, à la rencontre des consentements comme si on consultait son *vade-mecum*, s'accommode aisément de la qualification et produit les éléments nécessaires à la définition de la convention. Ce penchant civiliste fondé sur les articles 1101 et 1108 du code civil autorise difficilement voire pas du tout sa remise en cause au risque de mettre en péril ce bastion sans lequel il n'y a plus contrat. Pourtant, à la base et de façon profonde, revient la préoccupation de savoir si très souvent et surtout pour tous les contrats d'adhésion, le destinataire de l'offre a le choix.

Bien que le moment de la rencontre des volontés soit évanescent surtout pour ce qui est des contrats instantanés -les plus fréquents dans la vie courante- et que pour cela il est admis que la moindre manifestation vaut consentement, il reste que « *ce qui caractérise le contrat, c'est la procédure par laquelle il produit des effets juridiques, la procédure du consentement, de l'accord des volontés* »[244].

Le déclin du principe de l'autonomie de la volonté n'a pas mis fin à la référence à celle-ci comme élément ultime des conventions. Autrement dit, c'est sur la volonté manifestée par le consentement que le mot contrat ou convention prend naissance et sens. Le consentement est donc indispensable à son existence, fut-il forcé : « *sans lui, il ne peut y avoir de contrat, défini comme accord de volonté* »[245].

---

[243] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit, n° 104.

[244] Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation, op. cit., p. 218, n° 198.

[245] Ibid., n° 196.

BY NC ND

Seulement, la manifestation de l'accord dans notre champ d'étude s'avère tellement pernicieuse qu'elle ne colle pas à ce qu'on pouvait croire au sujet de sa convention. En dépit de ces convenances qui imposent l'expression "*accord des volontés*", l'acceptation en cette matière traverse difficilement les cribles de la confrontation avec les éléments classiques de l'accord. Car, si en dépit de ses sources hors de l'ordinaire, on s'accorde à y voir une offre, l'acceptation quant à elle donne à réfléchir.

En substance, c'est d'un consentement peu orthodoxe qu'il s'agit, tant la manifestation de la volonté de l'acceptant à partir d'un simple renseignement semble à tout le moins insuffisant pour la caractériser. Les pouvoirs privés sportifs ne s'en émeuvent guère. Ils ne s'encombrent des exigences et préoccupations légales pour parfaire leur convention d'arbitrage. Puisque la finalité recherchée prime sur toutes autres considérations. On trouve intrinsèquement dans cette convention qu'à une offre dont on ne peut décliner (Section 1), répond une acceptation asservie (Section 2).

Section 1 : UNE OFFRE QU'ON NE REFUSE PAS[246]

La convention a pour fonction de permettre la réalisation d'échanges économiques. Ainsi, le sport comme les autres activités de loisirs devenues économiques se vendent et nourrissent leurs auteurs par le biais des contrats. La convention trouve donc son intérêt dans le rapprochement et la complémentarité qu'elle tisse entre les parties parce qu'elles sont différentes. Cette différence ne porte pas uniquement sur les prestations qu'elles

[246] « Mon père lui avait fait **une offre qu'on ne refuse pas** », dit Michael CORLEONE à Kay ADAMS dans "Le Parrain" 1ère partie : film culte réalisé en 1972 par Francis Ford COPPOLA, d'après le best seller américain du même nom, au titre original : "The Godfather" par Mario PUZO, 1969. Cédant à la pression de Kay encore perplexe et dont la curiosité restait inassouvie, Michael explique que cette "offre" là consistait entre autres à faire braquer un révolver sous la tempe d'un chef d'orchestre en lui disant que ce serait « *sa cervelle ou sa signature qui parapherait le contrat* ». Quoiqu'il en soit, même celui qui pensait être à l'abri parce que n'étant pas le "chef d'orchestre" dont il connaissait l'histoire, reçut sa propre version ensanglantée et ne put à son tour maintenir le refus qu'il opposait fièrement à l'offre du parrain.

BY NC ND

s'échangeront, mais bien aussi sur les pouvoirs de chacune par rapport à sa cocontractante.

L'effet le plus trivial est que c'est toujours la partie la plus forte qui sort gagnante de l'échange. Lorsque la convention échappe à l'exécution instantanée pour s'inscrire dans le temps, l'inégalité des parties devient structurelle et du rapport d'autorité ainsi institué où il gît, surgit l'exercice de pouvoir dans les relations contractuelles. La partie détentrice du pouvoir en fait usage pour imposer son offre, parfois au détriment des exigences légales.

Pourtant, « *il est des traits qu'une proposition de contracter doit nécessairement revêtir pour qu'on puisse parler d'offre au sens strict* »[247]. Ce sont les exigences dont l'observation permet de réaliser que l'on est en présence d'une offre. En effet, l'offre doit être ferme et précise, si bien qu'en l'absence de fermeté et de précision, il n'y aurait plus qu'une simple invitation à entrer en pourparlers ou un appel d'offres.

Le droit prospectif européen fournit des précisions édifiantes sur le sens de l'offre : « *une proposition constitue une offre lorsque* (a) *elle indique la volonté d'aboutir à un contrat en cas d'acceptation* (b) *et renferme les conditions suffisamment précises pour qu'un contrat soit formé* »[248]. Un autre texte de la même obédience dispose quant à lui qu'« *une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* »[249]. L'offre doit ainsi nécessairement répondre à deux exigences que sont la précision et la fermeté.

[247] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit. n° 107.

[248] Art. 2-201 des Principes du droit européen du contrat.

[249] Art. 2-2 des Principes Unidroit

CC BY NC ND

La proposition de contracter à des conditions particulières doit ainsi être suffisamment précise[250] en faisant ressortir clairement son contenu, ou ses éléments essentiels. C'est-à-dire « *ceux sans lesquels il serait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclue* »[251]. Ils permettent non seulement de caractériser la convention, mais aussi de la déterminer d'autant que c'est d'eux que découlera le régime juridique auquel elle sera soumise.

Les exigences sur la précision sont pour une large part, tributaires de la nature de la convention envisagée. Mais il est souhaitable que systématiquement, l'enjeu de son objet et la qualité des parties interpellent et commandent que soient mêmement fournis plus de détails sur « *les éléments centraux spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser* »[252].

La fermeté de l'offre pour sa part emporte la formation du contrat dès qu'elle est acceptée. *A contrario*, si le pollicitant s'est refusé d'être immédiatement lié par l'effet de l'acceptation, alors que l'offre était précise, on se retrouve encore au stade d'une simple proposition[253]. Mais jusqu'ici, la présence d'une réserve ne transforme pas systématiquement toute pollicitation en simple invitation à entrer en pourparlers. L'appréciation tient compte de la nature de l'offre en cause.

A ce propos, une vision doctrinale a proposé de distinguer les réserves relatives qu'on pourrait opposer à certains, des réserves absolues, elles

---

[250] Cass. Civ. 3e, 27 juin 1973, Bull. civ. III. N° 446, p. 324 ; CA Versailles, 2 nov. 1995, D. 1996, IR, p. 32.

[251] Jean-Luc AUBERT : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thèse, Paris, LGDJ 1970, n° 52.

[252] Philippe DELEBECQUE : Les clauses allégeant les obligations, Thèse ronéot. Aix 1981, p. 198, cité par François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, les obligations, op. cit. n° 109, note 6.

[253] Cass. Com.: 6 mars 1990, JCP 1990.II. 21583, note B. GROSS, D. 1991, somm. Com. 317, obs. AUBERT, RTDCiv. 1990.462, obs. Jacques MESTRE.

BY NC ND

opposables à tous[254]. Pour une autre, l'important est de rechercher si la réserve constitue pour le pollicitant une faculté de se « *se dégager arbitrairement* » [255] de ses engagements quand bien même l'offre aurait déjà été acceptée. Dans ce cas, il y a offre avec condition potestative. Dans le cas contraire, l'offre reste intacte et engage son auteur si elle a été acceptée.

La convention d'arbitrage est généralement un bref paragraphe derrière lequel se cachent toute une Institution et la procédure qui s'y attache. L'offre d'arbitrage des litiges sportifs ne déroge pas à cette tradition et reste succincte. Elle peut être considérée comme relativement précise, puisqu'elle désigne au moins, même si nombre de sportifs ne le comprendront pas avant de s'engager, ce qui est au cœur de sa préoccupation à savoir, saisir le ou les arbitres des éventuelles discordes pouvant survenir entre les parties, mais aussi et plus profondément, exclure ouvertement toute possible saisine du juge étatique.

Dans une optique classique en revanche, elle ne contient aucune bribe de fermeté nécessaire à la validité de l'offre. Bien plus encore, cette offre a la particularité d'être clairement potestative[256], d'autant plus que son acceptation par le sportif est insuffisante pour tenir les pouvoirs sportifs dans les liens de la convention. Sa conclusion définitive pour ainsi dire, est entièrement abandonnée à leur discrétion. Plus qu'une offre potestative, elle se pare des vertus des actes autoritaires (§1) auxquels les destinataires doivent obéissance absolue. Ceci est renforcée par une muraille de mesures de sanction qui l'encadrent et la protègent (§2) contre toute velléité de protestation.

---

[254] Jean-Luc AUBERT : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, op. cit. n° 41 et S.

[255] Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation,op. cit., p. 218, n° 295.

[256]Potestatif : Dr : « ce *qui dépend de la [seule] volonté d'une des parties contractantes* » Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.) Le Nouveau Petit Robert de la langue française, 2009.

BY NC ND

§1 : LE CARACTÈRE AUTORITAIRE DE L'OFFRE D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

Sur le fronton de l'Académie, Platon avait fait inscrire en lettres d'or ceci : « *Que nul n'entre ici s'il n'est géomètre* »[257]. Un semblable *leimotiv* domine la convention d'arbitrage des litiges sportifs. On aurait tout aussi bien pu graver sous le frontispice tant de la Charte Olympique que des statuts des grands organismes sportifs une formule analogue ainsi conçue : " ***nul ne sera admis à descendre dans l'arène, ni à participer aux compétitions professionnelles, s'il n'a au préalable point consenti à l'arbitrage des litiges sportifs*****"**. C'est du moins ce qu'exprime *mutatis mutandis*, la règle 41 de la ladite charte portant Code d'admission : « ***pour être admis à participer aux Jeux Olympiques****, un concurrent, entraîneur, instructeur ou autre officiel d'équipe doit* [*s'*y] *conformer ainsi qu'aux règles de la fédération internationale concernée telles qu'approuvées par le CIO ; …* ».

Tandis que « *la liberté de l'arbitrage* [se révèle une] *condition nécessaire au consentement à l'arbitrage* »[258] son offre en matière des litiges sportifs est précédée d'une mise en garde, à la manière de l'administration qui place avant l'offre de ses contrats, un cahier des charges que tout administré attiré par l'affaire, devra préalablement observer.

La position faîtière qu'occupent les pouvoirs sportifs sur leur empire ne les incline point à se sentir à tous égards, tenus de la formalité de la mention manuscrite[259] "lue et approuvée". Pourtant, cette exigence d'écrire de sa main avant de signer, a été instituée en son temps[260] pour s'assurer une fois de plus que l'acceptant débiteur a bien compris les éléments de l'acte et sa portée, et aussi pour combattre les abus de blanc seing que la confiance en l'autre conduit à signer sans remplir. Pour contourner et récupérer ces

[257] André VERGEZ et Denis HUISMAN : Nouveau cours de philo, op. cit., p.113.

[258] Ousmane DIALLO : Le consentement des parties à l'arbitrage international, The Graduate Institute / Geneva publications - PUF, 2010, p. 11.

[259] Art. 1326 du Code civil.

[260] Bien que ce fut au sujet des prestations de sommes d'argent ou de choses à livrer.

BY NC ND

exigences à son profit, l'offrant de l'arbitrage des litiges sportifs rédige à l'avance et fait signer au cocontractant la mention : « *toutes les règles et les dispositions correspondantes et applicables ont été portées à mon attention par mon Comité National Olympique et/ou ma fédération sportive nationale ou ma Fédération internationale de sport* »[261]. Il ne doit ainsi pas être surprenant de découvrir que sur la forme (A) comme sur le fond (B), cette offre se place hors de l'orbite du droit commun des conventions.

A : Sur la forme de l'offre d'arbitrage des litiges sportifs

Les pouvoirs sportifs ne cachent pas leur attachement aux formes. En l'occurrence, voici ce qu'en prévoit la Charte olympique au point 6 du Texte d'application de sa Règle 45 : Avant toute ouverture des Jeux, il est exigé de « *tout participant…, en quelque qualité que ce soit* » de signer un formulaire préétabli qui porte entre autres engagements la convention d'arbitrage. Bien entendu, pour parfaire les exigences de forme, la Charte n'oublie pas de prévoir en ses points 7 et 8 que « *le CNO compétent devra également signer la déclaration à laquelle il est fait référence au paragraphe 6 ci-dessus… et* [qu']*aucune inscription ne sera valable si les prescriptions ci-dessus ne sont pas respectées* ».

Parce qu'elle permet d'en prendre connaissance, voire de l'appréhender, l'extériorisation de la volonté des parties rend possible la formation de la convention. Le droit civil des contrats fortement adossé sur le consensualisme, tient en principe pour équivalentes, toutes les façons de donner sa parole avec la vigueur qui doit y être attachée. Chaque partie est libre de consentir comme bon lui semble, par un écrit, par une simple parole ou un geste, parfois en gardant tout bonnement un silence qui parle. L'article 1108 du Code civil s'est abstenu de faire figurer la forme d'expression du consentement au nombre des exigences qu'elle a édictées comme conditions de validité des conventions.

[261] Charte olympique, Règle 45, point 6 al. 5 de son texte d'application.

BY NC ND

En tout état de cause, dès que les accords se sont rencontrés ou sont pris sans équivoque pour tels, la convention est faite : « *aucune formule sacramentelle, aucun écrit, aucune parole solennelle, aucun geste rituel, aucun acte d'exécution, aucune intervention tierce, … n'est nécessaire à la formation du contrat* »[262]. On ne saurait par exemple exiger un contrat en bonne et due forme pour tous les petits achats effectués en milliers à toutes les heures, sans porter considérablement entrave au déroulement harmonieux du marché. La maxime *solus consensus obligat*[263] implique en pratique la rapidité et l'économie, toutes choses très favorables à la multiplication des conventions et au développement de l'économie.

Quoique séduisante, cette doctrine parait mieux convenir aux petits contrats à exécution spontanée de tous les jours. En plus, elle ferait plus aisément ses noces avec l'acceptation d'une offre déjà faite qu'avec l'offre encore à faire. Car, le silence sans un écrit ou une exposition d'objet en un lieu approprié par exemple ne permet pas au premier venu d'y deviner une offre de vente.

La lecture de l'intention du tiers avant qu'il ne soit devenu ou qu'il ait manifesté le vœu de devenir partenaire au contrat, reste purement divinatoire et est censé appartenir tout au plus à l'« *inventaire des phénomènes de non-droit* » qu'avait dressé le Doyen CARBONNIER[264]. Ce point de vue peut tirer confort de l'adage utilement redondant de MODESTIN selon lequel « *ce qui est exprimé peut nuire ; ce qui n'est pas exprimé ne peut nuire* »[265]. La volonté ne pouvant engager que si elle est exprimée, il est nécessaire que de toute façon, le consentement soit extériorisé.

---

[262] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, op. cit. n° 128.

[263] Le consentement à lui seul, suffit à obliger, car quelle que soit sa forme, la parole donnée doit être respectée.

[264] Jean CARBONNIER : Flexible Droit- Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10e éd., pp. 25 et s.

[265] MODESTIN : « *Expressa nocent, non expressa non nocent* », cité par Gérard CORNU (dir.) Association Henri CAPITANT : Vocabulaire juridique, PUF, 2006, p. 963 *in* Maximes et adages de droit français.

BY NC ND

En droit français, fortement influencé à l'époque du Code civil par des considérations morales tirées du droit canon[266], le principe reste le consensualisme, si bien que c'est par exception, selon que la spécificité ou la gravité de l'objet, la dangerosité ou l'enjeu de la convention le commandent, que le formalisme est exigé *ad validitatem*[267]. Mais la tendance inverse est en évolution constante, car de plus en plus, la forme écrite convoite et reconquiert doucement, mais sûrement la place que la montée du consensualisme lui avait ravie[268].

A la façon des chenilles foudroyées par les pesticides, les considérations défavorables associées au formalisme tombent une à une. La lenteur et la cherté ne forment plus forcément une entrave à l'efficacité de la convention. Au contraire, l'écrit présente plus d'un avantage dans la conclusion des conventions, en ce qu'il peut favoriser la réflexion et le recul dont elle a besoin ; limiter les marges d'incertitude et de contestations en fixant les parties sur son contenu ; autoriser l'opposabilité aux tiers et empêcher les fraudes à leurs droits.

Déjà dans le droit romain primitif, le formalisme était roi, car il y était de notoriété publique que d'un pacte nu ne sortait aucune action[269]. « *La forme*

---

[266] Géniteur du consensualisme, cf. Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNK : Les obligations, 3e éd., Defrénois, 2007, n° 427 ; Jean-Philippe LEVY : Le consensualisme et les contrats, des origines au code civil, Rev. Sc. Morales et politiques, 1995, p. 209.

[267] En matière immobilière, de donation, de contrat de mariage, de liquidation du régime matrimonial comportant "des biens soumis à publicité foncière" ou de constitution d'hypothèque, par exemple, La présence d'un notaire, tenu d'éclairer les parties sur les conséquences des engagements dont il vérifie aussi leur efficacité, protège leur consentement contre toute manœuvre frauduleuse ou toute insuffisance de réflexion préalable.

[268] L'ancien droit avait réussi à faire prévaloir le consensualisme comme principe en matière conventionnelle, en recourant au formalisme du serment religieux –lequel portait lui aussi en son sein la valeur morale de l'engagement- pour briser le formalisme du droit romain. Comme par retour de la manivelle, le formalisme contractuel de nos jours, se sert à son tour d'une autre morale - celle des affaires - pour mettre en déroute le consensualisme. Cicéron l'avait prédit en affirmant que « *les vices d'hier sont les vertus d'aujourd'hui* ».

[269] « *Ex nudo pacto actio non nascitur* ».

BY NC ND

[était] *la condition nécessaire et suffisante de perfection de l'acte juridique* »[270]. Il a fallu la lassitude du temps et l'évolution lente des échanges pour que des dérogations soient admises à ce principe, notamment avec la vente, le mandat, le louage, et des contrats innommés, où il fallait attendre, pour être tenu de la contre-prestation, que l'une des parties ait déjà fourni sa prestation.

Sans cela, il restait acquis qu'en l'absence de l'écrit, il n'y avait pas de convention, puisque les paroles s'envolent, les écrits restent[271]. Ceux-ci permettent de vaincre la maline sédition d'une partie encline à prendre appui sur l'oubli pour se débiner devant sa responsabilité. Un écrit signé de lui et brandi à l'occasion, lui rafraichira la mémoire tout en tournant en dérision sa tentative récalcitrante.

La montée du formalisme contractuel conduit à ne plus en faire un simple accompagnateur occasionnel, mais à le faire monter d'un cran, dans la place qu'il occupe auprès de la liberté contractuelle. Celle-ci n'est pas l'apanage du consensualisme et même la jurisprudence a eu à l'admettre en faisant droit à la demande des parties qui « *avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement* »[272] alors même qu'il ne se serait pas agi d'un contrat solennel.

Le législateur français lui-aussi, n'est plus resté indifférent. Il a notamment fait recours au formalisme pour repousser les limites de l'ordre public contractuel. Tout en préservant le principe du consensualisme, il a par

---

[270] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, les obligations, op. cit., n° 128, p. 142.

[271] « *Verba volant, scripta manent* », dit l'adage. Ce qui reste vrai, même si désormais, l'évolution scientifique a rendu possibles la captation, la conservation voire la multiplication à souhait de la parole orale.

[272] Cass. Civ. 3e : 2 mai 1978, D. 1979, p. 317 ; Cass. Com. : 16 avr. 1991, Bull. civ., IV. N° 148; RTDCiv.1992, p. 78 ; Cass. Civ. 3e : 28 mai 1997, Bull. civ. III, n° 123 ; Mais depuis un arrêt du 17 juillet 1997 (D. 1997, somm. Com. P. 11, obs. Brun, Defrénois 1998.339, obs. D.MAZEAUD), la 3e chambre civile a nuancé cette position en décidant que sauf si les parties avaient clairement émis leur volonté en sens contraire, cette réitération est une simple modalité d'exécution du contrat que l'accord sur les éléments essentiels suffit à former : Le consensualisme a encore de beaux jours devant lui.

cc BY NC ND

exemple introduit un article 1108-1[273] dans le code civil, issu de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique. En effet, la plupart des contrats portant sur la consommation sont enfermés dans les exigences de forme, dans un but de protéger le consommateur de la pression des besoins.

N'y a-t-il pas là un signe tangible de ce que la confiance seule, sans mesure de protection, présente un risque énorme pour certaines parties au contrat ? En réalité, ceci n'est que l'élargissement d'une préoccupation que le législateur de 1806 n'avait pas complètement méconnue, puisqu'il avait subordonné la validité de certains contrats à l'observation de certaines formalités, au regard de leur importance. On peut à cet égard citer par exemple la remise de la chose pour les contrats réels.

Nonobstant le principe facilement admis en matière commerciale selon lequel la preuve peut s'y faire par tout moyen, le formalisme écrit y est la chose la plus pratiquée. La preuve écrite reste indispensable à toute demande au fond présentée au juge. Déjà, les effets de commerce en eux-mêmes sont par essence des actes formels. L'intervention d'un notaire est requise dans la rédaction de nombreuses conventions (actes de constitution de sociétés anonymes, contrats portant sur des droits réels immobiliers, sur la cession de fonds de commerce, sur la cession des marques et brevets d'invention ou d'amélioration).

L'extériorisation de l'offre en matière d'arbitrage des litiges sportifs ne souffre d'aucune difficulté. L'écrit en est d'ailleurs la règle et l'offre se niche dans plus d'un document adressé au sportif[274]. L'offre de contracter l'arbitrage ne se limite donc pas à la forme verbale. Au contraire, elle est très solennellement faite au sportif, alors même qu'aucune loi ne l'aurait imposée. Souvent, le législateur exige la forme authentique en imposant l'intervention d'un notaire. La spécificité des actes solennels tient donc au

[273] Article 1108-1 du code civil : « *Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte…* »

[274] Cf. infra, pp. 139 ss.

BY NC ND

caractère obligatoire de l'écrit. Il s'ensuit que ces formalismes du fait de la loi sanctionnent de nullité les conventions contrevenantes.

En revanche, lorsque les parties gardent, en dehors des actes authentiques, la latitude de donner à leur convention la forme qui leur convient, elles peuvent opter pour une forme longue ou abrégée, simplifiée ou complexifiée. Sa solennité n'en pâtira point. Cependant, lorsque la convention en cause relève des contrats consensuels, et que le formalisme est le fruit de leur libre choix, sa sanction reste sous leur dépendance, et elles peuvent toujours y renoncer[275], même de manière tacite.

On aurait pu mettre le formalisme observé en matière d'arbitrage des litiges sportifs au rang de ces "solennités volontaires", mais quelque raison s'y oppose. Puisqu'en ce domaine, on est au royaume d'une expression déguisée du pouvoir en contrat, ce formalisme est imposé, en tirant avantage de la loi, par l'offrant. Sauf à se méprendre de la réalité, l'offre d'arbitrage telle qu'elle est faite, se tient à des siècles de distance du formalisme volontaire. Seulement que jusque-là, les effets qui devraient découler de cette formalisation échappent à la volonté des parties prises ensemble, pour ne dépendre que de celle de l'une d'elles.

L'évolution économique de la société et le foisonnement des produits et services mis sur le marché ont conduit le législateur à imposer la rédaction d'un écrit ordinaire au sujet de nombreuses conventions. L'objectif visé tient à ce qu'au regard de la gravité de ces contrats, le formalisme rendra un énorme service tout en ménageant la liberté contractuelle. En effet, il permettra aux parties de s'éclairer et de mûrir leur réflexions, voire de délibérer utilement avant de donner leur consentement.

Dans cette perspective visant à mettre chaque contractant à même de s'engager en toute connaissance de cause, c'est-à-dire après avoir été averti de tous leurs droits et obligations, le formalisme s'est trouvé alourdi par

[275] Jean CHEVALLIER, cité par François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit., n° 139, p. 149.

BY NC ND

l'exigence de mentions de plus en plus nombreuses, à mesure que la position inégalitaire s'accentuait entre les parties. Ainsi en est-il par du contrat de travail à durée indéterminée prévu à l'article L. 122-3-1 du Code du travail, et du contrat d'apprentissage qui, de l'avis de la Cour de cassation, est solennel[276] bien que l'article L. 117-2 du même code énonce simplement qu'il « *doit être passé par écrit* ». Il en est de même du contrat de formation professionnelle en milieux sportif. Cette convention précède généralement le contrat de travail dans le sport professionnel[277]. Il est trivial que l'offre d'arbitrage des litiges sportifs soit toujours écrite dès lors que c'est dans les supports écrits qu'elle est aussi insérée.

Certaines clauses jugées "particulièrement dangereuses" ont incité le législateur à exiger leur mise en exergue, c'est-à-dire les rédiger en caractère "très apparent", dans le souci d'attirer l'attention du cocontractant au-delà de favoriser son information et sa réflexion. Parmi les clauses contractuelles au traitement plus épicé, se trouve celle attributive de juridiction prévue à l'article 48 du nouveau code de procédure civile.

L'aspect extérieur des conventions d'arbitrage, même entièrement rédigées, met en exergue ce qui fait sa différence par rapport aux autres conventions : il s'agit de son style lapidaire. Sa longueur n'a généralement d'égal que la concision de son offre. Quoiqu'il soit admis que « *plus les formes sont simples, moins il y a d'inconvénients à les imposer* »[278], cet aspect peut trouver un autre sens dans la considération que la concision ne prête pas le flanc aux discussions et donc à la fragilité, mais confère en revanche stabilité et solidité. Y parvenir nécessite un exercice de pensée porté à un haut degré d'abstraction sur les détails.

[276] Cass. Soc.: 27 oct. 1959, Bull. civ. IV n° 1069, p. 848, D. 1960. P. 109.

[277] Cf. Jean-Pierre KARAQUILLO : La promotion du formalisme : une application particulière aux contrats de travail de sportifs professionnels, D. 1995, Chron., p. 168.

[278] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : op. cit., n° 137, p. 148.

BY NC ND

Les éléments constitutifs de la convention d'arbitrage sont déterminés par les autorités sportives avant d'être recommandés aux organismes subalternes. Ceux-ci doivent dans tous leurs documents reprendre purement et simplement le modèle mis à leur disposition. En réalité, dans les pays où la clause compromissoire est légalement enfermée dans des limites, la souscription de la convention d'arbitrage des litiges sportifs sur ce modèle est « *conseillée* (…) *dans les termes d'une prescription* »[279] et cache mal son caractère obligatoire.

On ne doit à cet égard pas perdre de vue que c'est aussi le style favori des ordres. Ici comme du côté des pouvoirs publics, on esquive de choquer le public par le recours au « *brouillage terminologique* »[280] et au style confus. L'exploitation en sens unique de l'écrit trahit la volonté des pouvoirs sportifs de garder la mainmise sur l'acte, et en donner en temps opportun toute interprétation à leur guise. Pour cette raison, « *l'arbitraire d'une telle situation est évident* »[281]. Ces stratagèmes peuvent se déceler dans l'article R27 du code de l'arbitrage en matière de sport. Ainsi, l' « *ornement du discours contemporain se laisse transposer* »[282] par l'adoucissement de la qualification juridique extériorisée. Il reste que dans l'offre d'arbitrage des litiges sportifs, on n'envisage pas de rédiger une convention ultérieure sous une quelconque forme. Cette offre déjà écrite et nantie du caractère obligatoire, porte en elle-même la convention d'arbitrage toute entière.

Cette offre n'est pas adressée à une ou plusieurs personnes déterminées individuellement, mais au public sportif ou non, qui y a un intérêt, tout comme se font les offres dans les contrats administratifs, à la différence que l'acceptation liera tout sportif ou partie prenante qui l'accepte. Cela va

---

[279] Katja SONTAG : L'assurance de dommages des communes : approche contractuelle, Thèse Nice, 2003, p. 137, n° 430.

[280] Mireille DELMAS-MARTY : Liberté et sûreté dans un monde devenu dangereux, Seuil, 2010, p. 22.

[281] Katja SONTAG : op cit. p. 55, n° 159.

[282] Jean CARBONNIER : Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur op cit. p. 172.

BY NC ND

évidemment au-delà du principe retenu par la Cour de cassation pour qui "*l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée*"[283], sans qu'il soit besoin d'y opérer une quelconque distinction tenant au degré de confiance qui aurait naquit entre ces deux catégories.

Cette position est partagée par divers systèmes de droit dans les pays de L'Union européenne, lesquels ne s'attardent pas à distinguer "*entre l'offre à personne dénommée et l'offre faite au public*"[284]. Pourtant, la Convention de Vienne consacrée aux ventes internationales de marchandises pose quant à elle en son article 14-2, un principe différent, qui laisse ce faisant une marge de manœuvre de négociations aux parties : « *Une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire* ».

En tout état de cause, on ne se trouve plus dans le contrat classique où l'offre prendrait une existence juridique autonome pour s'être, par le fait de son émission, détachée de son auteur, si bien que le décès ou l'incapacité d'icelui, survenus après cette émission, ne pourraient faire obstacle à son acceptation. L'offre d'arbitrage en matière sportive n'éprouve aucun souci par rapport au délai. Elle est permanente, car sa vie reste liée à celle de l'activité sportive professionnelle du sujet consentant, mais ceci n'y exerce aucune influence.

B : Dans le fond de l'offre d'arbitrage des litiges sportifs

La convention d'arbitrage des litiges sportifs prend naissance dans un cadre qui se prête plutôt à l'exercice unilatéral d'un pouvoir, pas moins autoritaire

[283] Cass. Civ. 3e : 28 novembre 1968, Bull. civ., III, n° 507, p. 389 ; Gaz. Pal., 1969. 1. 95 ; JCP 1969. II. 15797 ; RTDCiv. 1969, p. 348, obs. CORNU ; p.555, obs. Yvon LOUSSOUARN ; - 13 juin 1972, D. 1973, somm. P. 88 ; - 12 février 1975, Bull. civ., III, n° 60, p. 47.

[284] René RODIERE : La formation du contrat, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun, Institut de droit comparé de Paris, 1977, p. 133, cité par Jacques GHESTIN, op cit. n° 219, note 116.

cc BY NC ND

comme chez les pouvoirs publics, pour assurer l'exécution des mesures qu'ils prennent. Ainsi, la volonté de l'auteur du consentement fait nécessairement face à une indifférence notoire de la part de ceux qui en font l'offre quand ils ne la méconnaissent pas tout bonnement. Le parcours de certaines « clauses » d'arbitrage des litiges sportifs, si l'on s'en tient aux cas les plus emblématiques, suffit pour se rendre à l'évidence que cette indifférence fait office de "*la chose (…) la mieux partagée*"[285] des pouvoirs sportifs.

Le procédé de l'offre n'est pas difficile, car comme dans tous les contrats d'adhésion, la convention d'arbitrage est un acte sous seing privé dont la formule pré-rédigée sera présentée au sportif pour recueillir sa signature. C'est du revêtement dont cette signature la couvre que provient toute son essence, comme l'attestent quelques cas parmi les plus notoires.

1) L'offre d'arbitrage selon la charte olympique

De la combinaison des textes d'application des règles 41 et 45[286] de la Charte olympique, toutes deux placées sous le "**II**" consacré à la participation aux jeux (alinéa *6°*) il ressort une règle qui, loin d'être amphigourique, se veut on ne peut plus claire, a savoir : « ***tout participant*** *[…] en quelque qualité que ce soit,* ***doit signer la déclaration suivante*** *:*[3e alinéa] ***J'accepte*** *également* ***que tout différend résultant de ou en relation avec ma participation aux Jeux Olympiques soit soumis au tribunal Arbitral du Sport****, conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport (Règle 59)* ».

Une telle offre est extraordinaire : contrairement aux manières usuelles des offres, celle-ci ne se contente pas de dévoiler l'existence de la pratique de l'arbitrage institutionnel instauré dans la gestion du sport professionnel tout en laissant le choix aux candidats d'y souscrire ou pas. Elle les informe en

[285] René DESCARTES : Le Discours de la méthode, Les petits classiques Bordas, 1970, p. 45.

[286] La règle 45 quant à lui traite des invitations et inscriptions aux Jeux olympiques.

BY NC ND

les enjoignant d'y souscrire à l'immédiat, quand bien même ils ignoreraient sa quintessence. Il s'agit foncièrement d'un ordre auquel chacun d'eux doit accorder tous égards dus aux actes de même nature. Les autorités sportives n'en font pas un mystère : chez elles, les ordres sont à exécuter et non à discuter. La convention qu'elles proposent est en réalité un cadre juridique d'expression et d'action du pouvoir qu'elles détiennent. C'est une tradition à laquelle reste accroché le CIO, car il n'en était pas autrement dans la précédente Charte olympique (février 2007). Les mêmes dispositions ont été entièrement reconduites dans celle qui est en vigueur actuellement.

Si par inadvertance ou parce que les manifestations sportives ne sont pas organisées directement par le CIO, le TAS met à la disposition des organisateurs des modèles d'offre d'arbitrage à insérer automatiquement dans leurs différents actes ainsi conçue : « *J'accepte la compétence du TAS à l'exclusion de tout recours aux tribunaux ordinaires* »[287]. Cette offre précise-t-il, est à faire accepter aux athlètes avant toute participation à une manifestation sportive. L'offre d'arbitrage dans le monde sportif prend ce faisant de sérieuses distances des offres qu'on rencontre dans les conventions ordinaires, et les fédérations sportives internationales ont presqu'à l'unanimité opté pour cette voie.

2) L'offre d'arbitrage des fédérations sportives internationales

Dans un système fortement hiérarchisé et monopolistique comme celui du sport professionnel organisé, il ne faut pas s'attendre à un miracle de la part des fédérations sportives. Dans chaque discipline, l'organisme faîtier ne présente pas l'arbitrage sous les auspices d'une affaire à négocier avec ses cocontractants. L'offre d'arbitrage est une prescription statutaire[288] impérative à laquelle tout soupirant doit entière dévotion. Avec quelque nuance près, les statuts de toutes les fédérations sportives internationales,

[287] Deuxième série de modèles de clauses d'arbitrage consultable sur www.tas-cas.org/fr/arbitrage.asp/4-3-140-21-4-1-1/5-0-21-3-0-0/ (visité le 24/10/ 2012).

[288] Cf. infra, pp. 159 ss.

qui s'imposent d'ailleurs au moyen de l'exigence d'uniformité et de conformité aux fédérations nationales, ne font pas de l'offre d'arbitrage une alternative, mais bien au contraire une règle d'airain.

Pour citer quelques exemples, voici ce qui ressort de l'article 44 des statuts de L'International Canoe Federation (ICF) : « ***In case of dispute**, (…) **a court of arbitration of the ICF will be appointed** consisting of three arbitrators* ». De leur côté, les statuts de l'Asian Football Confederation (AFC) prévoient ceci : "***Member associations, clubs, officials or players shall not refer disputes** with FIFA, the AFC or member associations, clubs, leagues, officials, players, licensed match agents and players' agents **to courts of law, but**, after exhausting all previous stages of appeal available at the AFC, FIFA, member associations or league level, may submit such disputes **to the court of arbitration for sport** (CAS)*"[289]. Il s'infère qu'il n'est point demandé au sujet consentant ce qu'il en pense. Celui-ci est simplement informé de ce qu'il adviendra en cas de litige. Pour sécuriser le cheminement vers l'objectif visé, différentes sortes de moyens de dissuasion accompagnent cette offre.

§2 : LES MESURES DE DISSUASION EN FAVEUR DE L'OFFRE D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

Jusqu'à présent, aucun doute ne plane sur le fait que la convention d'arbitrage des litiges sportifs est « *d'un genre curieux dans laquelle il existe un rapport inégalitaire* (…) *où* [les pouvoirs sportifs sont] *en position de force* »[290]. Le penchant de la domination s'affichant comme le moteur de la toute puissance, les pouvoirs sportifs mettent en place en vue de faire respecter leurs lois les moyens de persuasion en accompagnement de l'offre d'arbitrage. Aussi font-ils de son acceptation une condition de validité de l'inscription (A) ou de participation aux événements sportifs (B), le tout assorti de mesures de sanction (C).

[289] Article 58.1 des Statuts de l'Asian Football Confederation (AFC).

[290] Katja SONTAG : L'assurance des dommages des communes, approche contractuelle, op. cit., p. XI, n° XXXVI.

BY NC ND

A : Le consentement à l'arbitrage comme condition de validité de l'inscription aux JO

En faisant de l'acceptation de l'offre d'arbitrage des litiges sportifs un préalable incontournable pour être admis à s'inscrire aux JO, les pouvoirs sportifs évoluent sur les traces de l'acte condition connu en droit administratif. C'est, comme dans la trilogie[291] développée par Léon DUGUIT « *une manifestation de la volonté qui est la condition de l'application de la loi à une personne ;* [sans avoir] *pour but de modeler elle-même des droits et des obligations, elle déclenche seulement l'application, à la personne, d'un statut légal fait de droits et d'obligations* »[292]. Même si l'inscription reste précaire parce qu'elle seule ne suffit pas pour octroyer au candidat le droit d'accéder à l'arène, sa validité est conditionnée par le préalable du consentement à l'arbitrage.

Pour les statuts du CIO et afin que nul n'en ignore et s'y conforme, le point 8°) des textes d'application de la règle 45 dispose qu' « ***aucune inscription ne sera valable si les prescriptions ci-dessus ne sont pas respectées*** ». Parmi ces prescriptions, figure en bonne place l'acceptation *sine qua non* de l'arbitrage. En substance, l'arbitrage des litiges sportifs ne tient absolument pas à provenir de la manifestation d'une volonté libre comme sa dénomination le laisserait penser. Peu importe qu'on y aperçoive un consentement issu d'une volonté inféodée, il faudrait le donner au préalable. La même démarche doit être observée au moment de prendre effectivement part aux événements sportifs.

B : Le consentement à l'arbitrage comme condition de participation aux événements sportifs

«T*oute inscription est soumise à l'approbation du CIO ».* La lecture donnée publiquement de cette disposition implique que l'inscription emporte automatiquement consentement à l'arbitrage des litiges sportifs. C'en est

[291] Dans la distinction des actes juridiques opérée par les publicistes, ce sont les actes-règles, les actes conditions et les actes subjectifs.

[292] Cité par Jean CARBONNIER : Droit civil, 4 – Les Obligations, op. cit., n° 17.

BY NC ND

une exigence fondamentale sans laquelle aucune inscription ne serait entérinée. Ainsi, contrairement à l'avis de certains auteurs pour qui l'acceptation intervenue après révocation, mais avant que ne soit expiré le délai proposé, forme le contrat[293], l'acceptation de l'offre d'arbitrage ici ne produit aucun effet contraignant sur l'offrant. C'est une offre permanente d'un autre genre, adressée à un public déterminé, mais toujours souverainement tenue par l'offrant. Tandis que toutes les obligations déclenchées par l'acceptation de l'offre pèsent immédiatement sur le sportif, rien de semblable n'interpelle l'offrant. Lui seul décide unilatéralement à quel moment il est lié au sportif par une convention d'arbitrage.

Le CIO « *peut, à sa discrétion, à tout moment refuser une inscription sans indication de motifs…* ». Bien entendu et pour la bonne gouverne de tous, l'acceptation de l'offre d'arbitrage n'engage que son auteur. L'offrant quant à lui reste libre d'entériner la participation aux jeux ou pas, et n'a de compte à rendre à personne. Pour ces raisons et en ces moments cruciaux, la moindre imposture de l'athlète ruinerait ses chances d'accéder à la compétition.

L'offre d'arbitrage des litiges sportifs est le reflet de la seule volonté des pouvoirs sportifs. En tout état de cause, on ne se trouve plus dans le contrat classique où sous certains cieux, notamment en droit civil allemand, l'offre prendrait une existence juridique autonome pour s'être, par le fait de son émission, détachée de son auteur, si bien que l'anéantissement de la volonté pour incapacité ou décès subis après son émission, ne pourrait faire obstacle à son acceptation[294]. Même la jurisprudence après quelque tergiversation entre l'offre entendue tantôt comme expression de la volonté réelle de son auteur et donc facilement rétractable[295], tantôt comme un engagement unilatéral non rétractable dès son acceptation, a consacré cette dernière

[293] Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT : Droit civil les obligations op. cit.,, 7e éd., n° 147 et 150.

[294] Alfred RIEG : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse Strasbourg, 1961, n° 84 et SS, p. 85.

[295] Cass. Civ. 3e : 27 nov. 1990, Bull. civ. III n° 255, p. 143, JCP 1992. II. 21808, note DAGORNE-LABBE, D. 1992, somm. Com. P. 195, obs. Guy PAISANT, RTDCiv. 1991. 315, obs. J. MESTRE.

BY NC ND

approche. Pour elle en effet, l'offre de vente ne pouvait subir les foudres de la caducité "*du seul fait du décès*" du pollicitant[296], encore lorsqu'elle était assortie d'un délai. Cette approche n'est pas dans l'absolu, le lot dans la pratique de l'arbitrage des litiges sportifs, car l'offre y est à la fois permanente et précaire. Seul s'y trouve ce que l'offrant a bien voulu mettre.

Dans la même perspective de la théorie générale des obligations, la libre révocabilité de l'offre se présente comme l'épée de Damoclès suspendue sur la sécurité juridique, car « *laisser au pollicitant la liberté de révoquer l'offre à tout moment, c'est imprimer à celle-ci une précarité qui risque de priver son destinataire du temps de réflexion souhaitable* »[297] et nécessaire pour se protéger contre les méfaits des décisions irréfléchies. Par conséquent, même sans prendre appui sur un texte légal, la jurisprudence se réfugie dans la sécurité juridique pour décider que même si une offre peut toujours « *être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque* »[298].

Cette préoccupation ne serait d'aucune utilité sur la validité de l'offre d'arbitrage des litiges sportif. Elle peut à tout moment être retirée par son auteur sans se soucier de l'observation d'un délai raisonnable, ni redouter une condamnation en exécution ou en dommages-intérêts. Dans tous les cas, lorsque les pouvoirs sportifs n'ont pas retenu la sélection d'un candidat, la chance d'arguer d'une telle convention pour saisir les arbitres de ses prétentions est très maigre. Qu'on ne s'y trompe donc plus : cette offre d'arbitrage n'est pas une faculté pour le cocontractant, mais un véritable devoir astreignant, encadré par des sanctions.

---

[296] Cass. Civ. 3e: 9 nov. 1983, Bull. Civ. III n° 222, p. 168; D. 1990. P. 315, note VIRASSAMY; Somm. com. P. 317, obs. J.-L. AUBERT ; Defrénois 1984. 1011, obs. J.-L. AUBERT ; RTDCiv. 1985. 154, obs. J. MESTRE ; 10 déc. 1997, Bull. civ. III n° 223, p. 150, Defrénois 1998. 336, obs. D. MAZEAUD, D. 1999, somm. Com., p. 9, obs. BRUN.

[297] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 118, p. 126.

[298] Cass. Civ. 3e : 10 mai 1968, Bull. civ. III, n° 209; Cass. Civ. 1ère, 17 déc. 1958, D. 1959. 33.

BY NC ND

C : Les mesures de sanction protectrices de l'offre d'arbitrage des litiges sportifs

Les pouvoirs privés sportifs édictent des prescriptions et injonctions auxquelles doivent se plier leurs destinataires. Pour les rendre plus efficaces, les ordres sont très souvent accompagnés de sanctions à prononcer contre tout esprit rebelle qui oserait ne pas s'y soumettre. C'est la reprise à leur compte des procédés usés par l'administration étatique dans l'exercice de son pouvoir régalien, avec pour objectif de contraindre tous les administrés à se plier à ses ordres. Dans cette perspective, il va de soi que la sanction remplit aisément ici ses différents sens. Elle est présentée sous ces auspices tantôt comme « *la peine établie par une autorité pour réprimer un acte* »[299]. Plus précisément concernant la présente analyse, la sanction est tantôt « *tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* », tantôt « *toute mesure que les autorités administratives ont le pouvoir d'infliger elles-mêmes à des particuliers afin de réprimer un comportement fautif* »[300], c'est-à-dire en l'espèce une insoumission.

Les organismes sportifs n'hésitent pas eux aussi à recourir à ce procédé régalien dans leurs actes. Ils accompagnent notamment leur offre d'arbitrage de sanctions. A titre d'illustration, l'article 58 des statuts de l'Asian football confederation (AFC) ordonne sous peine de sanctions, aux « *member associations and clubs [to] provide appropriate clause/clauses in their statutes to restrain their officials and players from referring their disputes to ordinary courts* »[301]. L'objectif est d'obtenir des associations membres et des clubs, la mise sur pied efficace des clauses statutaires privant leurs officiels et joueurs du droit de saisir le juge ordinaire. Il est donc nécessaire pour cela qu'« *any violation of this article shall be sanctioned in accordance with the*

[299] Le petit Robert 2009.

[300] Gérard CORNU – Association Henri CAPITANT, Vocabulaire juridique, 2006, sens I.3 et II.1.

[301] Article 58 des statuts de l'AFC (2011) Consultable sur le site de l'AFC : www.the-afc.com/en/resources/guidelines/regulations-a-guidelines/70-general-regulations visité le 24/10/2012.

statutes ». Evidemment, ces mesures doivent aussi être relayées par les associations membres, c'est-à-dire en clair qu'elles doivent être adoptées par toutes les organisations sportives placées sous leur contrôle.

Ainsi, des mesures de sanction sont mises au service de la proposition faite par les personnes morales sportives en vue d'asseoir à tout prix l'arbitrage. Toutes les parties prenantes aux activités sportives organisées, sans exception, doivent se plier à ce vœu. C'est du reste ce qui ressort de l'article 64.3 des statuts de l'emblématique FIFA : « *Les associations sont tenues d'une part de sanctionner toute partie qui ne respectera pas ces obligations et d'autre part de stipuler que les recours contre les sanctions prononcées sont de la même façon soumis uniquement à la juridiction arbitrale et ne peuvent pas non plus être déposés auprès d'un tribunal ordinaire* ». A une offre d'arbitrage faite sous telle manière, on ne saurait escompter autre acceptation qu'asservie.

Section 2 : UNE ACCEPTATION ASSERVIE

L'acceptation c'est l'acquiescement, l'accord donné à un projet, à une offre. Plus succinctement, « *c'est la réponse positive du destinataire à l'offrant* »[302]. L'offre faite et l'assentiment y donné suffisent en principe, à former la convention. Mais la validité de la convention à naître requiert du projet proposé qu'il soit non seulement ferme et précis, mais surtout dépourvu d'ambiguïté. Autrement dit, celui à qui il est proposé doit bien avant de donner son acquiescement, et se lier ainsi par convention, tout comme le pollicitant à son tour, avoir été édifié sur ses éléments essentiels. En matière de bail par exemple : une description de la chose à louer ; en matière de prestation de services, une définition claire du ou des services offerts. Cette exigence varie naturellement au gré de la complexité dudit projet, de ladite offre.

[302] Laurence BOY : Le cadre civil des affaires, Economica, 1989, p. 132.

BY NC ND

Il est admis en matière contractuelle que l'acceptation est « *l'agrément pur et simple de l'offre par le destinataire de [celle-ci, si bien que] toute réponse par laquelle est demandée une modification des conditions fixées par le pollicitant s'analyse, non en une acceptation, mais en une contre-proposition* »[303]. Selon cette approche par ailleurs consacrée par une jurisprudence devenue ancienne, mais toujours constante, le destinataire de l'offre doit purement et simplement l'accepter, sans y émettre la moindre réserve. Autrement dit, si celui-ci se prémunit de toute interprétation de l'acte contraire à son entendement, ou l'assortit d'une moindre condition, on débouche sur une contre-proposition qui empêche la formation de la convention[304].

Cette conception observée à la lettre ne génère pas une difficulté particulière pour ce qui est des simples conventions. Quant à celles qui portent des enjeux considérables, elle réduirait à peau de chagrin, sans peut-être s'en apercevoir, ce qui fait la spécificité des conventions, à savoir la négociation. L'entente qui forme leur socle est l'aboutissement de discussions, fussent-elles très brèves. Si toute offre doit être acceptée telle quelle sans rechigner, alors la convention perd une considérable part de son fondement en tant que fruit de volontés libres.

Il reste qu'en pratique et pour la majeure partie des conventions de la vie courante, on ne dispose pas toujours suffisamment de temps pour scruter et discuter toutes les offres de contracter[305]. Et dans ces cas de figure, il suffit de donner son consentement, en acquiesçant seulement à quelque chose et la convention devient parfaite.

Mais l'âme des conventions réside toujours dans la négociation préalable qui précède sa naissance ; si bien que « *l'échange des consentements* [se veut]

---

[303] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op.cit ; n° 121, pp. 130-131.

[304] Cass. Civ. : 3 févr. 1919, DP 1923.1.126 ; Cass. Civ. 1ère : 12 mars 1985, Bull. civ. I. n° 89 p. 82 ; Cass. Civ. 2e : 16 mai 1990, Bull. civ. II, n° 98, p. 51.

[305] Du fait de la grande modernisation des moyens de communication, « *Les volontés ont de plus en plus la possibilité de se rencontrer et de moins en moins celle de s'entendre* » Gérard FARJAT, op. cit., p. 105.

BY NC ND

beaucoup plus spécifique [pour] *l'action pour deux ou plusieurs personnes d'exprimer tour à tour leurs volontés communes afin d'extérioriser l'accord de leurs volontés destiné à créer des effets de droit* ».[306] Quoique ce schéma classique soit entièrement bouleversé, la discussion préalable reste indispensable pour certaines catégories de conventions, afin que même par acquit de conscience, le destinataire de l'offre en connaisse au moins les tenants et les aboutissants, sans se jeter à corps perdu dans l'inconnu. La jurisprudence reste sensible à cette considération et décide que l'acceptation qui se limite à préciser l'objet du contrat sans le modifier[307] ou attire l'attention de l'offrant sur une règle de droit applicable en tout état de cause[308], n'était pas de nature à empêcher la formation du contrat.

§1 : L'ENCERCLEMENT DE L'ACCEPTATION

Parce qu'on ne peut valablement accepter que ce que l'on connaît, il est exigé de l'offre d'être « *suffisamment précise, ferme et dépourvue d'équivoque pour que l'acceptation de son destinataire suffise à former le contrat* »[309]. Or les pouvoirs sportifs, en bons stratèges, ne lésinent pas sur les moyens habiles propres à mener la conquête. Le Zeus des dieux du sport professionnel organisé -le CIO[310] en l'occurrence-, commence par exiger de tout prétendant aux jeux, quelle que soit sa qualité, la signature préalable du formulaire d'inscription où sont couchées diverses "**acceptations**" dont celle de l'arbitrage des litiges sportifs, tel un élément d'une rengaine savamment inspirée des Muses avant d'être orchestrée par Apollon, et ainsi conçue :

> « … ***J'accepte*** *d'être filmé, notamment par la télévision, photographié, identifié ou enregistré de toute autre manière pendant les Jeux Olympiques, dans les conditions et pour les fins autorisées*

[306] Jacques GHESTIN : Introduction au Colloque de Deauville.

[307] Cass. Civ. 1ère : 27 mai 1961, Bull. civ. I, n° 271, p. 215.

[308] Cass. Civ. 1ère : 21 janv. 1958, Bull. civ. I, n° 50, p. 38.

[309] Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, les obligations, Le contrat : Formation op. cit., p. 217, n° 196.

[310] Comité international olympique.

BY NC ND

actuellement ou dans le futur par le Comité International Olympique (CIO) en relation avec la promotion des Jeux Olympiques et du Mouvement olympique.

J'accepte *également de respecter le Charte olympique actuellement en vigueur, en particulier les dispositions de la Charte olympique concernant l'admission aux Jeux Olympiques (y compris la Règle 41 et son texte d'application), les moyens d'information (Règle 49), et l'identification du fabricant sur l'habillement et l'équipement porté ou utilisé aux Jeux Olympiques (TAR 51).*

J'accepte également que tout différend résultant de ou en relation avec ma participation aux Jeux Olympiques soit soumis au Tribunal Arbitral du Sport, conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport (Règle 59).

J'accepte *également de respecter le Code mondial antidopage et le Code d'éthique du CIO.*

Toutes les règles et les dispositions correspondantes et applicables ont été portées à mon attention [mais non à sa connaissance] *par mon Comité National Olympique et/ou ma fédération sportive nationale ou ma fédération internationale de sport.* »[311].

Qu'aurait-il pu faire d'autre ? L'article 1108 du Code civil français parle sans concession du "*consentement de la partie qui s'oblige*" et donne à croire si on en fait une lecture bien plate, et alors que les circonstances actuelles n'en donnent pas démenti, que la partie envers laquelle sont contractés ces engagements ne s'oblige pas elle-même, du moins que sa volonté ne serait plus nécessaire pour la formation de la convention[312]. En considérant que le sportif requis de consentir jouit du minimum de connaissances nécessaires à l'appréhension du sens de la clause, les difficultés restent entières.

En dépit de la mention faite en ce sens pour clôturer cette litanie, ce procédé nourrit le doute sur la clarté que l'acceptant aurait eue de la convention d'arbitrage. Par ailleurs, même s'il en était bien averti, il lui faudrait faire montre d'une hardiesse sans commune mesure à la façon de Meggie

[311] Point 6 de la Règle 45 de la Charte olympique : Invitations et inscriptions.

[312] Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis-J. BARDE : Traité théorique et pratique de droit des obligations, op cit. ibidem.

cc BY NC ND

CLEARY pour prétendre « *battre Dieu sur son propre terrain* »[313]. Ici, les choses sont façonnées de telle sorte que tout ce que pense ou propose le prince de l'Olympe soit pris comme une grâce : c'est un devoir non négociable.

Pareilles tactiques d'encerclement de l'acceptation se rencontrent très fréquemment dans les conventions d'achat par internet. Les pouvoirs économiques vendeurs noient leurs offres bien plus que laconiques dans des techniques de renvoi aux conditions générales de vente dont la longueur dissuasive et la typographie ne se prêtent pas à une rapide prise de connaissance. Ils n'oublient pas naturellement d'y adjoindre les clauses restrictives ou de renonciation de responsabilité. Puis, exigent de tout potentiel consommateur de cliquer automatiquement et préalablement sur l'acception de tout cet arsenal de textes avant d'arriver à l'étape suivante. Pressé par le besoin, il consent pour parfois se retrouver en face d'un choix qui ne répond pas entièrement à ses attentes. Ainsi, même si l'offre ainsi faite pouvait encourir la moindre contre-proposition, ce sera trop tard, car il est immédiatement brandi au souscripteur les conditions générales contractées dans des conditions bien distantes des exigences contractuelles.

Non seulement il n'a au préalable pas été *de facto* mis à même de la connaître, malgré la stipulation prévoyant l'acceptation d'en avoir été par le CNO du participant ; mais le renvoi au code de l'arbitrage en matière de sport ne peut que le laisser perplexe. Que renferme ce code qui ne lui a concomitamment pas été remis avant l'acceptation ? Quelles obligations en naîtront pour lui ? Dans le monde où elle est conçue, l'équivoque qu'une telle clause peut susciter reste impotent sur la validité de l' "offre" ainsi faite.

S'il est exigé en matière contractuelle que « *les clauses figurant sur les documents établis, par la partie qui s'en prévaut, postérieurement à la conclusion du contrat, ne sont opposables au cocontractant que s'il est*

[313] Colleen Mc CULLOUGH : Les oiseaux se cachent pour mourir, de son titre original : "The thorn birds", traduit par Jacques HALL et Jacqueline DELAGRANGE), éd. Belfond, 1978, p. 327.

BY NC ND

démontré qu'il les a acceptées »[314] la réalité est qu'il est fait aux sportifs professionnels avant toute mise en scène de leur talents, une offre qui, comprise ou pas, recevra l'acceptation de ceux-ci et la convention d'arbitrage des litiges sportifs en sera formée, peu importent leur inculture et l'illusion que ce procédé de proposition de l'offre fait défiler dans leur pensée ; de ce que le code auquel est fait allusion ait été ou non porté à leur connaissance après la conclusion de la convention d'arbitrage.

Pour les besoins de preuve du consentement, il est requis de chaque sportif, d'apposer sa signature au pied de tout document qui lui sera présenté et hébergeant en son sein la convention d'arbitrage. Tout se passe aussi vite, comme dans une simple vente qui reste le paradigme du contrat instantané et représente dans une optique économique le marché[315] lui-même.

A la source du phénomène, se trouvent les lacunes et imperfections inhérentes à la loi. Cette dernière ne pouvant ni tout prévoir, ni mesurer "*au dynamomètre la force des volontés*"[316], laisse aux parties sous réserve du respect de l'ordre public, la possibilité de suppléer elles-mêmes à ses carences.

La loi n'a par exemple pas énuméré et limité les modes d'extériorisation de l'acceptation. Il est pour cela admis qu'elle peut être tacite dès lors qu'elle résulte d'un comportement conduisant à y déduire la volonté de conclure ; tout comme elle peut être expresse parce que résultant d'un acte, d'un geste spécialement accompli en réponse à l'offre. Les noces conventionnelles s'expriment d'ailleurs le plus fréquemment par de simples mots, et donne la plénitude de son sens à la formule "donner sa parole".

---

[314] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit. n° 122, p.133 ; Cass. Com., 28 avril 1998, RJDA 1998 n° 938, p. 694 ; RTDCiv. 1999. 81, obs. Jacques MESTRE.

[315] Olivier FAVEREAU : "Qu'est ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie" in Christophe JAMIN (Dir.) : Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008, p.28, n° 65).

[316] Georges RIPERT : La règle morale dans les obligations civiles, op. cit., n° 57.

BY NC ND

Puisque comme les paroles s'envolent, et les écrits restent, c'est bien cette forme d'expression qui prime dans certaines conventions lorsque la loi entend préserver la sécurité juridique ou protéger certaines parties[317]. Cependant, même lorsqu'elle ne l'a pas expressément exigée, la quasi-totalité des pouvoirs privés s'en inspirent pour formaliser les accords nécessaires à la validité des conventions elles aussi nécessaires à la poursuite de leurs objectifs. Ils comblent ainsi à leur façon le vide législatif existant sur ce point, mais en en faisant une véritable réglementation taillée à leur mesure.

C'est ainsi que pour nouer la convention d'arbitrage des litiges sportifs, les organisations sportives bien méfiantes des « *approbations tacites, des réprobations muettes ou des silences prudents* »[318], ne se contenteront pas d'un consentement tacite, ni de simples paroles prononcées en sa faveur. Au contraire, elles exigent et obtiennent que l'acceptation convoitée soit matérialisée par la signature de son auteur au pied de tout document qui héberge la convention d'arbitrage. Pour ne pas ouvrir les vannes aux contestations sur son existence, tous les soins sont pris afin que le consentement soit établi irréfutablement.

En ce domaine, l'inaction ou le silence ne suffisent pas à eux-seuls pour équivaloir à une acceptation. Le principe est pour ainsi dire que le silence ne vaut pas acceptation. Depuis le XIXe Siècle, la jurisprudence reste constante sur ce point « *en droit le silence de celui qu'on prétend obliger ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée* »[319]. Dans l'arbitrage des litiges sportifs, il n'est pas laissé place aux spéculations sur l'attitude de l'acceptant.

Point n'est besoin de s'appesantir sur une quelconque reconduction tacite de la convention à travers le renouvellement de la licence du joueur ou de son

[317] L'article 2015 du code civil par exemple exige en matière de cautionnement que le « consentement soit exprès ».

[318] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit. n° 124, p.135.

[319] Cass. Civ. : 25 mai 1870, DP 1870.1.257 ; S. 1870.1.341 ; Cass. Civ 1ère. : 23 mai 1979, D. 1979, IR, p. 488 ; Cass. Com. : 16 déc. 1981, JCP 1982,IV,p. 88 ; 3 déc. 1985, JCP 1986, IV, p.65 ; Cass. Civ. 1ère., 16 avril 1996, RTDCiv. 1996. P. 894, obs. Jacques MESTRE.

BY NC ND

contrat de travail par exemple. Celui-ci doit y apposer sa signature à chaque fois, ce qui emporte du même coup acceptation de la convention d'arbitrage. Pourtant dans un souci de protection du salarié, la jurisprudence n'admet pas que soit déduite l'acceptation par le salarié d'une modification substantielle de son contrat de travail par la simple continuation dudit travail[320]. Or tel n'est donc pas le cas en matière d'arbitrage des litiges sportifs. La convention qui la porte est réputée autonome de tout contrat de base dans lequel elle serait insérée, mais se trouve acceptée ici par la signature du contrat de travail. Cette autonomie au regard de ses effets en fait une clause substantielle, mais cette substantialité se dissout au moment de l'acceptation par signature pour ne resurgir que lorsque vient le moment de s'en prévaloir.

Dans les milieux d'affaires, on a pu démontrer et la jurisprudence l'a notoirement entériné, que le consentement pouvait exister dans le silence gardé par une partie à qui une offre avait été faite. Pour y parvenir, argument a été tiré de ce que les habitudes propres à ces milieux transformaient ce silence en « un élément de langage » valant acceptation[321], si bien que pour échapper à la conclusion ou à la modification proposée, le destinataire de l'offre devait ouvertement exprimer son refus[322]. A cette exception au principe que le silence ne vaut pas acceptation, la jurisprudence avait ajouté qu'on pouvait aussi trouver l'acceptation dans le silence réservé à une offre faite exclusivement dans l'intérêt de son destinataire[323].

---

320 Cass. Soc.: 8 oct. 1987, Bull. civ. V. n° 542, p. 344; D. 1988, p. 57, note Yves SAINT-JOURS; 14 janv. 1988, Bull. Civ., V. n° 41, p. 25; 25 févr. 1988, Bull. Civ., V. n° 140, p. 93.

321 Pierre GODE : Volonté et manifestations tacites, Thèse Lille, éd. 1979, n° 230 et s., p. 242.

322 Cass. Com. : 21 mai 1951, Bull. civ., II, n° 168,p. 128 ; 9 janv. 1956, Bull. civ. III, n° 17, p. 13.

323 Cass. Req. : 29 mars 1938, DP. 1939.1. p. 5, note VOIRIN (en l'espèce, une offre de remise de dettes).

BY NC ND

Or il n'a pas encore pu être démontré que l'offre d'arbitrage des litiges sportifs était faite dans l'intérêt exclusif de l'athlète[324]. Les circonstances de son obtention éloignent considérablement de cette illusion. En plus, il n'y est pas non plus question de s'appesantir sur son silence, encore moins de lui laisser la possibilité d'analyser avant de s'engager dans la convention d'arbitrage. Il ne lui sera pas fait une offre assortie d'un délai avec obligation d'y répondre négativement en cas de refus.

§2 : L'IMPOSSIBLE REFUS DE L'ACCEPTANT

Le sportif destinataire de l'offre d'arbitrage est-il véritablement libre de refuser de contracter ? Dans l'absolu, cet idéal demeure pour bien longtemps encore très éloigné de la réalité. Car le modèle du naufragé "Robinson Crusoé" menant en héros dans la solitude parfaite, une vie paisible sur son île où il avait tout le nécessaire à son existence, au point de refuser à la fin de repartir avec un bateau pour retrouver la civilisation, et échapper ainsi à tous ces codes qu'on nous impose, ne traverse pas l'étape des anecdotes. On ne peut vivre en société en se passant littéralement de ces "surmoi" - pour reprendre à FREUD sa formule-, de ces codes, et donc du contrat qui l'environnent et nourrissent sa dynamique.

A l'heure où l'égoïsme individualiste est érigé en valeur de plus en plus bien partagée dans nos sociétés "développées"[325], le contrat est devenu l'un des principaux moules des relations humaines. A défaut de pouvoir adresser le simple bonjour à autrui inconnu, il reste au moins la possibilité de commercer avec lui, donc de contracter. La liberté de contracter n'est donc pas l'absence totale de toute entrave dans l'existence ; autrement dit, elle ne rime pas avec le libertinage. La liberté de contracter ici implique la marge de

[324] Il n'y est pas question d'intéressement du salarié dans les profits de l'entreprise (Cass. soc. : 17 déc. 1970, Bull. civ., V, n° 722).

[325] L'épithète "organisées" y sied mieux, à notre humble avis ; si tant est qu'à l'organisation matérielle très avancée sur laquelle est fondé ce développement, manque intensément encore ce "supplément d'âme" dont parlait Henri BERGSON.

BY NC ND

manœuvre qui doit être reconnue à chaque partie pendant qu'elle est conduite à s'engager dans les liens de la convention.

Il a été déjà vu que la position de faiblesse[326] qu'occupe le destinataire de l'offre d'arbitrage des litiges sportifs par rapport aux offrants, couplée à l'état de nécessité dans lequel il se trouvait, avaient vite fait de museler sa volonté. Ceci semble ne pas suffire aux yeux des "autorités sportives", car l'échange des consentements dans leur pratique n'a que peu de chose en partage avec son sens étymologique. Si, selon une jurisprudence inaugurée par la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis un siècle et demi, celui à qui l'offre de contracter est faite, n'est pas en principe tenu de l'accepter[327], lesdites "autorités" en ont une perception toute autre.

Le monopole de fait institué à l'échelle internationale sur l'organisation des compétitions sportives devrait commander que l'exception à la liberté de contracter fasse peser sur les organismes sportifs l'obligation d'accepter l'offre d'arbitrage que leur ferait le sportif. Au contraire, il n'est pas laissé à ce dernier la possibilité d'opter pour cette voie de résolution des litiges ; ni même lorsqu'il y aurait porté son choix, d'en prendre l'initiative. Aurait-on été dans le cadre d'un monopole public, la contrainte de contracter profiterait plutôt au sportif en raison du droit à l'égalité reconnu à tous de tirer avantage de son fonctionnement. Aussi ne devrait-il pas, selon une partie de la doctrine, être permis aux entreprises qui jouissent d'un monopole de fait, de refuser l'offre de contracter, à moins que de motifs légitimes y fassent obstacle[328] comme une rupture de stock par exemple.

Cette approche a toutefois essuyé des critiques, en considération de ce que « *l'entreprise qui détient un monopole de fait ne bénéficie juridiquement d'aucun privilège et sa condition peut toujours disparaître par le jeu d'une*

---

[326] Supra, pp. 45 ss.

[327] Cass. Crim.: 18 juill. 1862, DP 1862.1.485 ; 11 jan. 1889, DP 1889.1.222.

[328] Cf. Louis JOSSERAND : De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, Dalloz, 1939, n° 89, p. 128 ; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT : Traité pratique de droit civil, t. VI, n° 577, p. 792.

BY NC ND

concurrence »[329]. Cette dernière analyse aurait trouvé application à l'arbitrage des litiges sportifs si son monopole n'était pas sans cesse imposé et entretenu dans le monde entier. C'est la première approche qui semble y correspondre. Le pendant de service public des activités sportives n'intéresse pas l'arbitrage des litiges sportifs. On ne s'y intéresse qu'à son aspect économique, c'est-à-dire l'organisation des compétitions pour ses retombées financières. Dans ce volet, on a affaire à une offre faite à sens unique, par un offrant assis sur son monopole, à une foule de destinataires, tenus par le même monopole et à travers lui, ceux qui détiennent son contrôle, sans pour autant avoir été absolument consacré service public par tous les Etats.

Une autre analyse doctrinale a remis en doute l'idée de voir dans tous ces cas de monopole une dérogation à la liberté contractuelle, en proposant d'y percevoir plutôt une situation où l'offre de contracter est permanente si bien que son acceptation noue automatiquement le contrat[330]. Cet angle d'approche est en soi logique et cadre avec les hypothèses citées à son appui. Mais il n'évacue pas les difficultés que pose l'offre d'arbitrage des litiges sportifs. Car dans tous ces cas monopolistiques où interdiction est faite à l'offrant, sous menace de sanctions[331], de refuser l'acceptation du client, on a affaire aux consommateurs. Le souci de leur protection y est d'un poids considérable. Mais ceci n'est valable que pour les offres simples et aisément compréhensibles.

---

[329] Paul DURAND : La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTDCiv. 1944, n° 11, p. 81.

[330] *« La plupart des personnes visées –service public, officier ministériel, commerçant- sont en situation d'offre permanente, ce qui aurait pour conséquence que la manifestation émanant du client ne devrait pas s'analyser en une offre, mais en une acceptation. Dès lors, le contrat étant formé, il est parfaitement logique que le professionnel ne puisse refuser sa prestation.»* François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit. n° 125, p.139 citant P. GODE, Volonté et manifestations tacites, Thèse Lille, éd. 1979, n° 186, p. 203.

[331] Pour refus de vente : voir article 225-1 du code pénal sur le refus de la fourniture d'un bien ou d'un service en raison de l'origine de son interlocuteur, de son sexe, de sa situation de famille, de son apparence physique, de son patronyme, de son état de santé, de ses handicaps, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de son appartenance et de sa coappartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, pareil en matière d'embauche et de licenciement (article 225-3,3° du même code).

BY NC ND

Or dans l'arbitrage des litiges sportifs, la position d'offre permanente n'implique pas les mêmes conséquences. Non seulement le sportif même mineur ne jouit pas encore de la même protection que la catégorie dite des consommateurs, mais son acceptation donnée ne noue véritablement la convention d'arbitrage que si le pouvoir sportif le veut. En plus, il ne s'agit pas ici pour les parties de se faire directement des prestations et des contre-prestations, mais seulement de se référer à un tiers pour les départager en cas de différend ; et cela en principe, sur un même pied d'égalité. Or si les parties doivent comparaître sur une base égalitaire autour d'un objet unique, il n'y a pas logiquement de raisons qu'une seule des parties garde la faculté d'offrir unilatéralement l'arbitrage. Pourtant, sur ce terrain du sport professionnel, seules les "autorités sportives" l'imposent au sportif, sans que celui-ci puisse y opposer la moindre objection.

La lecture de la convention d'arbitrage des litiges sportifs laisse apparaître qu'il s'agit tout simplement d'une courte clause, mais valant toute une convention au regard des conséquences qui en découlent. Ce sont de formules lapidaires qui font autorité en ce sens qu'elles tiennent lieu de règle pour tous les autres cas semblables. « *Concrètement, il s'agit le plus souvent … d'un imprimé dont les* [sportifs] *se borneront à remplir les blancs destinés à individualiser la convention* »[332].

La façon d'exprimer n'est pas anodine et trahit l'esprit du texte, car il s'agit tout bonnement d'un ordre à laquelle tout aspirant devra se plier. On se serait attendu si l'esprit du contrat y régnait, que la clause soit libellée à peu près ainsi : "*les parties conviennent que tout différend …*". Au contraire, il est directement arrêté que « *tout différend … sera soumis …* » ! Dans ce ton, il n'y a pas lieu à discussion ou à négociation. De façon elliptique, on engage le sujet consentant à tenir cela pour dit, puisqu'on ne le lui redira plus !

[332] Jacques GHESTIN (Dir.) : Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation, op. cit. p. 52, n° 62.

BY NC ND

Le plus souvent, il est ordonné à l'athlète non seulement "d'**accepter**" les statuts de l'organisme qui l'agrée et où la convention d'arbitrage a été déjà insérée, mais aussi et « *en particulier la disposition prévoyant la compétence du TAS* »[333]. En tout cas, l'auteur du "consentement" requis est informé de ce qu'il adviendra en cas de survenance d'un différend. Il doit s'y soumettre sans rechigner. Il ne lui est pas en effet donné l'occasion d'exiger des éclaircissements sur la volonté réelle de l'offrant, très souvent représenté. On sait que dans les stratégies de gestion des entreprises, la représentation est bien efficace d'autant plus qu'elle fait le lit des rejets de responsabilité par l'interlocuteur immédiat, lequel n'hésite pas à brandir sa qualité de mandataire pour se décharger des reproches faites aux propositions dont il n'est pas l'auteur direct.

Dans ces circonstances, le sportif adhère, c'est-à-dire « *accepte en bloc, sans possibilité réelle de discussion,* [la convention d'arbitrage] *qui lui est proposée par* [l'organisme sportif]. *Autrement dit, le choix de l'adhérent se réduit à conclure ou à ne pas conclure* [la convention] *dont le contenu échappe à sa volonté* »[334]. Une fois encore, la convention d'arbitrage par ses effets et ses prévisions, peut être comparée au contrat de travail, prototype de contrat relationnel d'autorité inscrit dans la durée et qui malgré tout, laisse peu de place voire pas du tout à la discussion.

Le phénomène est si prégnant qu'il est possible, d'emprunter au caricaturiste son génie créateur, pour mieux encore le mettre en relief, en parodiant sur peinture, un colossal patron en train d'enjoindre sans ménagement au petit candidat à l'emploi, de choisir entre le code et le travail. De même, il découle de la manifestation du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs, que tout athlète désirant participer aux compétitions doit simplement accepter tout ce qui lui est proposé, connu ou

[333] Article 2 b) des modèles de clause d'arbitrage que le TAS commande aux organismes sportifs d'insérer dans leurs statuts, règlements et autres conventions.

[334] Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation, LGDJ 1988, p. 68, n° 74 ;

BY NC ND

pas, sans rechigner. Parce que l'angélisme contractuel n'est pas au cœur des soucis de l'institution, seul l'habillage juridique l'intéresse. Ainsi se trouve caractérisée la formule devenue célèbre par sa profondeur et sa concision, ainsi que le prestige attaché au film qui l'a portée : "u*ne offre qu'on ne refuse pas*" ; avec la seule différence que pour mieux la mettre en exergue, l'art cinématographique l'incarne dans une violence barbare et sanguinolente[335].

La conclusion de la convention d'arbitrage des litiges sportifs fait vaciller sur son propre terrain, la formule de FOUILLE selon laquelle « *qui dit contractuel, dit juste* ». Pourtant cette affirmation emporta pendant longtemps l'adhésion de la doctrine civiliste, avant qu'ACOLLAS eut « *l'originalité parmi ceux de son temps, d'apercevoir que le contrat peut servir à l'exploitation de l'homme par l'homme* »[336]. En réalité, cette doctrine s'était toujours confortée dans une approche faite *a priori* et fondée sur l'attitude du "*bonus pater familias*" pour prendre pour juste toute convention conclue entre des parties raisonnables et libres.

Or la possibilité de faire naître au sportif le sentiment d'être obligé en vertu de la convention n'en tire pas à proprement parler, ses racines les plus profondes. Au contraire, cette obligation provient substantiellement d'un ordre situé au dessus de la "convention" et a pour auteur les "autorités sportives". Ceux-ci n'ayant en outre pas hésité à tirer le plus grand avantage de leur monopole et de la nécessité qui s'est emparée de la volonté du consentant.

---

335 Après être descendu de scène, Marlon BRANDO qui interpréta si génialement DON CORLEONE, principal pourvoyeur d'offres irréfutables, affirma lui-même ceci : « Je ne crois pas que le film soit sur la Mafia. Il est [plus profondément] sur les méthodes des sociétés. Dans un certain sens, la Mafia est le meilleur exemple de capitalisme que nous ayons. DON CORLEONE est tout simplement comme chaque patron (…) qui cherche à agir pour le bien du groupe qu'il représente… [Ses] tactiques ne sont pas différentes de celle de General Motors contre Ralph Nader… Et l'industrie nous tue tout le temps avec des voitures, des cigarettes et la pollution. Et ils le font sciemment. » ; cf. Fascicule : La trilogie, chef-d'œuvre absolu en DVD, Le parrain, édition SEP GESP, 2010, p. 8.

336 Jean CARBONNIER : Droit civil, 4 – Les Obligations, op. cit., n° 22.

BY NC ND

La liberté contractuelle et le consensualisme qui ont tous deux partie liée avec l'autonomie de la volonté, sont ramenés dans leur dernier retranchement en matière d'arbitrage des litiges sportifs. Si à plus d'un égard, le refus de contracter reste licite, ici, nouer sa convention n'est pas quelque chose de profondément facultatif pour le sportif qui, au moment d'exprimer ledit consentement, se trouve comme pris au piège dans un tourbillon de pressions. Le principe en vertu duquel on ne peut pas se trouver dans les liens d'un contrat sans l'avoir voulu éprouve un profond malaise à s'adapter à cette matière, si bien que l'arbre, aussi feuillu soit-il, ne cache pas la forêt.

Une boutade africaine affirme que " *le pied arrière suit le pied avant* " pour dire que les unités inférieures d'un système ne vont que dans le sens tracé par leur hiérarchie. Ce phénomène s'observe évidemment dans le monde sportif au sujet de l'arbitrage de leurs litiges. Les organismes phares ont mis en place un système et décidé qu'il doit en être, comme des lois du jeu, pareil partout où besoin sera. Pour s'en tenir aux cas les plus symptomatiques, après la Charte olympique, la rédaction des dispositions consacrées à l'arbitrage des litiges sportifs dans les statuts de la FIFA[337] épargne toutes spéculations sur sa nature typiquement autoritaire et non conventionnelle.

En effet, leur article 64 commence par obliger les confédérations, les membres et les ligues « *à reconnaître le TAS comme instance juridictionnelle* ». Ensuite il leur enjoint poliment de mettre en œuvre tous les moyens pour soumettre « *leurs membres ainsi que leurs joueurs et officiels à l'arbitrage du TAS* ». Même les « *agents de matches et de joueurs licenciés* » n'échappent pas à son rayonnement. Il ne faut pas dans ces conditions croire que la volonté d'un sujet a le moindre poids. Le consentement à l'arbitrage de toutes les parties prenantes aux compétitions ressemble à s'y méprendre à un simple faire-valoir. Cela se reconnait dans la domination écrasante des pouvoirs sportifs sur les sujets consentants, dont le sort et la formation de leur convention obéissent au même schéma que les contrats de

[337] Edition d'août 2010, consultable sur www.FIFA.com

BY NC ND

consommation[338]. Comme les simples consommateurs (donc), ils adhèrent sans gémir aux exigences des autorités sportives, incapables de négocier quoi que ce soit dans son contenu[339].

[338] Katja SONTAG : L'assurance de dommages des communes : approche contractuelle, Thèse Nice, 2003, p. 321, n° 1031.

[339] Cf. Katja SONTAG : Op. cit., p. 325, n° 1045.

BY NC ND

Résumé chapitre 2

Le sujet consentant à l'arbitrage des litiges sportifs se trouve en proie aux tourments causés par la bousculade pour se faire admettre. L'interprétation de son attitude laisse croire à l'occasion qu'il est invité de façon détournée, à tenir aux autorités sportives à peu près ce langage : "*Seigneur, mon destin avec vous m'est agréable ; sans vous il m'est insupportable. Je vous donnerai tout ce que vous me demanderez !*". Et celui-ci profondément conscient de cette situation, en profite pour obtenir de lui ce qu'il désire. C'est pourquoi du point de vue de son expression, le cantique scandé en guise de consentement à l'arbitrage des litiges sportifs n'est pas une mélodie ingénue destinée à bercer la résistance des prétendants au perchoir, mais beaucoup plus un véritable hymne solennel en l'honneur du prince des aires de jeu.

BY NC ND

Résumé titre 1

Le consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs remet au goût du jour, par emprunt au langage platonicien, le problème de l'articulation entre l'âme et la matière, c'est-à-dire concrètement celui de l'emprise de la théorie sur le réel ou inversement. Dans la dialectique qui meut ces deux complémentarités contraires, l'utilitarisme venu au secours du pragmatisme fait ravaler systématiquement les grands principes théoriques au second plan, car ils ne seraient que d'une moindre importance. Il n'est pas besoin de mener ses enquêtes comme une détective en jupon pour constater que sans éprouver aucune amertume d'exister quasi faussement par rapport aux pré-requis, l'arbitrage des litiges sportifs a muté le consentement en une espèce de gant magique lui permettant de se fixer aussi vite qu'un éclair à tout acte de ses fantaisies qui côtoie son enclos[340].

Ce qui conduit aussi à ériger la force obligatoire des conventions en une forteresse de violation d'un droit véritablement fondamental. Toute chose qui lève le voile sur les cantiques chaque jour reprises sur les bontés de l'arbitrage, et fait surgir au grand jour la particularité de ses composantes en matière sportive, par rapport au consentement ordinairement rencontré, même dans l'arbitrage commercial traditionnel.

[340] Cf. Jean COCTEAU : La belle et la bête, film, 1946 d'après le conte de BEAUMONT, repris et abrégé par Jeanne-Marie LEPRINCE en 1757.

BY NC ND

Titre 2 : LA SPÉCIFICITÉ DES AUTRES ÉLÉMENTS DU CONSENTEMENT

« *Il est vrai que le monde est ce que nous voyons, mais il faut apprendre à le voir* »

Maurice MERLEAU PONTY

Consacré aux éléments qui concourent à la naissance du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs, ce second titre devra apporter des éclaircissements sur les préoccupations suivantes : d'une part, quelle est à la lumière des catégories juridiques, la nature profonde des socles sur lesquels repose le consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs, c'est-à-dire leurs sources ?

D'autre part : le droit des obligations contractuelles en général, exige des conventions pour admettre leur validité, de porter sur quelque chose qui est dans le commerce juridique. L'objet du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs observe-t-il scrupuleusement cette exigence ?

Par rapport aux conventions classiques, ces autres éléments –en plus de la volonté- qui composent le consentement paraissent plutôt étranges dans l'arbitrage des litiges sportifs. L'analyse portera ainsi sur les spécificités de ses références (chapitre 1) et de son objet (chapitre 2).

BY NC ND

CC BY NC ND

Chapitre 1 : L'ÉTRANGETÉ DES SOURCES DU CONSENTEMENT

Quelle est la nature juridique des références sur lesquelles est fondé matériellement le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs ? Dans la définition qu'il donne de l'acte juridique, le vocabulaire juridique de Gérard CORNU prend soin de faire ressortir les deux variantes qui le composent, à savoir : d'abord, le contenu de l'acte qu'on désigne en latin sous le vocable le "*negotium*". Il renvoie à l'opération elle-même et consiste en une manifestation de la volonté dont l'objet ou l'effet est de produire une conséquence juridique. Dans cette manifestation, l'accent est mis sur l'essentiel parce qu'elle « *modifie l'ordonnancement juridique par les droits qu'elle confère ou les obligations qu'elle crée* »[341].

Ensuite, le sens formel ou matériel appelé "*l'instrumentum*" : C'est en quelque sorte l'enveloppe, la coque ou mieux le document qui héberge et accompagne obligatoirement dans certains cas, le "*negotium*". Telle est l'hypothèse des actes dont l'écrit est exigé ad *validitatem*, à cause de leur enjeu et des soucis de preuve. La lecture de la quasi-totalité des textes consacrés à l'arbitrage conduit à le ranger dans cette catégorie[342].

En tout état de cause, tant qu'elle reste enfouie dans la conscience de son auteur, tant que par sa volonté, icelui ne l'a pas extériorisé, le "verbe" qui consacre l'accord ne fait naître à son passif aucun engagement si son consentement était la condition indispensable à l'existence de celui-ci. Autrement dit, dans le périmètre contractuel, on n'attache en principe aucune conséquence juridique au silence gardé par quelqu'un, car qui ne dit

[341] Didier TRUCHET : Droit administratif, Thémis PUF, 2010, p. 221.

[342] Cf. entre autres les articles : 1er du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI du 15 décembre 1976 ; 2 de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; 1er de la Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international ; 2060 du Code civil et 1443 du Code de procédure civile français.

BY NC ND

mot ne consent pas[343] : il faut pour cela « *le consentement de celui qui s'oblige* », énonce l'article 1108 du code civil français.

A la façon des sources des rivières qui produisent de l'eau, les sources des actes permettent de reconnaître leur nature avant de soumettre chacun d'eux au régime juridique qui lui convient. Ainsi, on identifie et saisit le consentement à partir de sa source, de l'issue par laquelle il sort du néant pour atterrir sur le champ du droit. L'arbitrage ne tire en principe sa source que des conventions légalement formées, c'est-à-dire d'un consentement sain, libre et éclairé. Il s'agit de scruter le "*negotium*" en tant que manifestation de la volonté de l'auteur du consentement (supra : Titre 1, chapitre 2), "*en vue de la production d'effets juridiques*"[344].

A propos de l'*instrumentum*, la validité de la convention d'arbitrage tient à l'exigence d'un écrit, quelle qu'en soit la forme, pourvu qu'il fournisse la preuve d'une convention en tant qu'acte issu de la rencontre des volontés des parties et non d'une seule d'entre elles. Autrement dit, il est nécessaire que le consentement clair et non équivoque des deux parties soit établi dans son existence pour qu'il y ait arbitrage[345]. L'inobservation de cette exigence a conduit la jurisprudence à considérer que malgré la sentence, l'arbitre a statué en l'absence de la convention d'arbitrage[346]. En somme, il faut bien que les deux composantes de l'acte juridique s'y retrouvent.

La source consensuelle de l'arbitrage implique ce faisant que celui-ci repose matériellement sur un support conventionnel. C'est du reste ce qui découle

---

[343] Exception cependant faite des hypothèses où le consentement est présumé implicite parce qu'il découle d'une manifestation quelconque ou a été déduit des situations contractuelles déjà existantes et en cours entre les parties.

[344] Pierre MAYER et Vincent HEUZE : Droit international privé, Montchrestien, 2001, n° 690, p. 467.

[345] Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN : Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit., n° 47 3, p. 275.

[346] Cass. civ. 1ère : 6 janv. 1987, Aff. Société du Plateau des Pyramides, JDI 1987, 638, note B. GOLDMAN ; Rev. Arb. 1987. 469, note Philippe LEBOULANGER ; RTD civ. 1988.126, obs. Jacques MESTRE. Cf. aussi Ph. LEBOULANGER : Etat, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides, Rev. Arb., 1986. 3.

BY NC ND

de l'**article 7 de la loi-type de la CNUDCI**, lorsqu'il dispose qu' « *une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou faire l'objet d'une convention séparée* ». Dans tous les cas de figure, il doit y avoir rencontre des volontés.

Or en matière d'arbitrage des litiges sportifs, cette catégorie d'acte juridique source de laquelle il est censé tenir son existence s'est avéré très restreinte. On part de la convention, mais ne s'y limite pas dans l'optique de multiplier à souhait les arbitrages. Pour cela, il est procédé comme les plantes parasites qui, sans détruire complètement leurs hôtes, les défigurent en s'y fixant pour croitre. Pour la germination de l'arbitrage des litiges sportifs, mieux vaut dans la mesure du possible, éviter de s'en tenir seulement à une hypothétique convention. On fixe le consentement sur tout support utile, sur tous actes juridiques, conventionnels ou unilatéraux, voire réglementaires relatifs au sport. Ce qui lui permet d'encercler tout soupirant aux gains, titres, gloires et honneurs générés par les activités du sport organisé.

Dans le monde sportif professionnel en tout cas, le principe sacré de la source conventionnelle de l'arbitrage est suffisamment dilué dans une tendance nettement marquée de le mettre en marge (Section 1). Puisqu'il s'avère une entrave à l'évolution voulue du système, on y assiste à un foisonnement de fondements qu'on pourrait simplement qualifier de pragmatiques, que la catégorie conventionnelle classique ne parvient pas, sauf dénaturation, à contenir. En réalité, ces sources pragmatiques sont bien éloignées des exigences indispensables à l'expression du consentement. Autant le relever tout de suite : elles sont extra-conventionnelles (Section 2).

BY NC ND

Section 1 : LA MARGINALISATION DE L'ORIGINE CONVENTIONNELLE DE L'ARBITRAGE

A la lumière des fondamentaux du droit, il est difficile de dissiper complètement le doute sur la limpidité du consentement, lorsqu'on fonde un arbitrage sur certains actes présentés comme ayant recueilli l'assentiment de toutes les parties, alors que celles-ci ne l'auraient pas donné librement et en toute conscience. Le principe de la source conventionnelle de l'arbitrage n'est pourtant pas inconnu dans le monde sportif. Mais il est relégué au second plan. En d'autres termes, l'origine véritablement conventionnelle du consentement à l'arbitrage (§1) est de droit, mais fait figure de nain parmi les actes sur lesquels on le fonde. Ces actes pour une large part, ne sont pas conventionnels quand bien même ils sont présentés comme tels (§2).

§1 : LES SOURCES VÉRITABLEMENT CONVENTIONNELLES

Evoquer l'arbitrage comme moyen de gestion des litiges dans le monde sportif peut faire penser que comme dans d'autres secteurs d'activité où il est pratiqué, « *l'arbitrage a partout ce même trait fondamental : d'être un moyen de solution de litiges issu de la volonté des parties. Ce caractère est essentiel* »[347]. Les pouvoirs privés sportifs en sont pertinemment conscients, comme en donne témoignage les statuts de la Confédération africaine de football (CAF). Quand bien même ils y refusent aux « *associations nationales, clubs ou membres de clubs (…) de porter devant une cour de justice les litiges les opposant à la CAF* » ou entre eux, ils les engagent néanmoins à les soumettre « *à un tribunal arbitral nommé d'un commun accord* »[348]. A ce point, ce texte pris au pied de la lettre, s'inscrit dans l'orthodoxie même du droit de l'arbitrage, car en dehors de l'interdiction de saisir le juge étatique (effet normal découlant du choix de cette voie de règlement de conflits) il laisse aux parties la liberté d'instituer l'organe de gestion arbitrale de leurs éventuels différends librement et on dirait en connaissance de cause.

[347] Frédéric-Edouard KLEIN : Autonomie de la volonté et arbitrage, op. cit., p. 258.

[348] Article 49-1. Des statuts de la CAF.

BY NC ND

On trouve évidemment dans la jurisprudence du TAS des sentences rendues en harmonie avec cette préoccupation fondamentale en la matière. Les arbitres avaient retenu en effet que pour une « *action entreprise à l'encontre d'une décision de l'association* (…), *les statuts ou un contrat peuvent instaurer une juridiction arbitrale* (…) [à condition toutefois d'obtenir] *la garantie que le consentement à l'arbitrage est donné avec conscience et volonté…* »[349]. Il n'y avait pas, dans les circonstances qui ont donné lieu à cette affaire, d'inquiétude à se faire pour un arbitrage issu d'un échange répété de courriers explicites entre les parties. D'ailleurs, il y est précisément mentionné que « *s'agissant du consentement des parties à l'arbitrage du TAS, la Formation constate que les parties ont conclu un compromis arbitral spécifique à ce litige et* [y] *ont dès lors librement consenti* ».

Le principe du consentement "donné avec conscience et volonté" loin d'être méconnu, est ainsi bien posé par le TAS. Il est valable pour le compromis tout comme pour la clause compromissoire. Les arbitres qui avaient connu de cette affaire le réaffirment pour loyalement encadrer leur sentence, en énonçant que « *les statuts ou le contrat ne peuvent pas se contenter de prescrire l'arbitrage obligatoire* »[350].

Pourtant, dans la plupart des cas où il est considéré que le consentement a été donné à l'arbitrage des litiges sportifs, c'est par une série de renvois propres à donner le tournis à tout non-initié, que les organisations sportives y conduisent paisiblement les professionnels du sport. A ce propos, l'article 59 de la Charte Olympique dispose que « *Tout différend survenant à l'occasion des Jeux Olympiques ou en relation avec ceux-ci sera soumis exclusivement au Tribunal Arbitral du Sport, conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport* ». L'article 12 dudit Code définissant les missions du TAS prévoit que celui-ci met en œuvre des Formations qui ont

[349] Arbitrage TAS 98/185 : aff. Royal Sporting Club Anderlecht c/ UEFA, sentence du 22 juillet 1998, p. 1, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/185.PDF

[350] Arbitrage TAS 98/185 : aff. Royal Sporting Club Anderlecht c/ UEFA, sentence du 22 juillet 1998, op. cit. p. 4.

BY NC ND

pour mission de procurer la solution arbitrale des litiges survenant dans le domaine du sport conformément au Règlement de procédure.

Pour revenir au TAS, l'article S1 des "statuts des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport" prévoit que « *les litiges auxquels une fédération, association ou autre organisme sportif est partie ne relèvent de l'arbitrage au sens du présent Code que dans la mesure où les statuts ou règlements desdits organismes sportifs ou une convention particulière le prévoient* ».

En n'y prenant pas garde, on peut s'égarer dans la dernière partie de la formulation de ce texte, et croire que les statuts et règlements des organismes sportifs sont à classer sur le même pallier des sources légitimes de l'arbitrage que sont les conventions régulièrement passées. Le même stratagème est repris dans l'article R27 du règlement de procédure où il est prévu qu'il s'applique à tout litige relatif au sport ayant « *trait à l'appel d'une décision rendue par un tribunal disciplinaire ou une instance analogue d'une fédération, d'une association ou d'un autre organisme sportif lorsque les (…) règlements de cet organisme (…) prévoient l'appel au Tas (procédure d'appel)* ». Sous l'angle de l'égalité des parties à la convention d'arbitrage, seules celles intervenues entre les personnes morales opératrices économiques (A) paraissent admissibles. Celles qui sont logées dans les contrats de travail de joueur prêtent à contestation (B) en heurtant l'ordre public de protection des salariés.

A : Les conventions entre les organismes sportifs et les personnes morales tierces

La tendance actuelle de l'évolution dans le monde économique fait qu'il ne paraît plus étrange qu'une convention d'arbitrage intervienne entre les organismes sportifs et les personnes morales opérant dans le domaine du sport. On pense notamment aux chaines des télécommunications (par presse écrite, radiodiffusion, télévision ou internet) aux équipementiers, aux sociétés publicitaires, de sponsoring, de marketing et autres prestataires de services qui concourent à la réussite des événements sportifs.

BY NC ND

En tant qu'opérateurs économiques déployés sur le marché, on considère que cette catégorie de sujets consentants est suffisamment outillée pour se défendre. En réalité, ce sont des personnes morales dotées de services juridiques ou assistées d'avocats pendant la négociation des conventions qui encadrent leurs activités. Ainsi par exemple, une fédération sportive a confié à une société "le droit exclusif de négocier les contrats de sponsoring" pour ses manifestations sportives, par convention du 08 juillet 1991. Cette dernière fit entrer en décembre 1994 dans la relation une autre société pour intervenir à ses côtés et assurer ainsi le « *service global marketing portant sur toutes les formes d'identification, d'organisation et de coordination de l'exploitation commerciale (publicité, promotion, marketing et droits commerciaux, pour la Fédération et ses compétitions* ».

Cette relation tripartite connut des modifications et aménagements contractuels au gré des parties qui finirent par prévoir à l'article 17 du "Contrat de marketing" du 11 janvier 1997 une clause compromissoire en faveur du TAS, à Lausanne[351]. Les parties avaient par ailleurs, usant de leur liberté nécessaire à la validité de toute convention, porté leur volonté sur l'application du droit suisse. Une pareille hypothèse témoigne de ce que les autorités sportives ne sont pas résolument ignorants de l'orthodoxie de la convention d'arbitrage, même si le choix du TAS restreint quelque peu la liberté de choix du ou des arbitres.

B : Une source conventionnelle contestable : le contrat de travail des sportifs

La "spécificité du sport" fait-elle naître un contrat d'une autre nature entre les organismes et les acteurs du spectacle sportif ? N'y retrouve- t- on pas tous les indices par lesquels se déduit l'existence d'un contrat de travail, et par voie de conséquence, entraine l'application du régime juridique qui lui est propre ? Comme tous les autres contrats de travail, ceux des sportifs

[351] Arbitrage TAS 2001/O/319 : X. Sarl c/ Fédération Y., sentence du 17 octobre 2001, p.3, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/319.PDF

impliquent une prestation, une rémunération et bien sûr la subordination juridique. La spécificité du domaine sportif et la variété des prestations y fournies n'empêchent pas qu'il s'agisse toujours d'une activité humaine effectuée individuellement ou en commun, en vue de produire un résultat recherché.

Dans la mesure où la mise à disposition rémunérée de cette activité n'est pas réalisée de façon indépendante, mais sous l'autorité et la direction du bénéficiaire, rien n'empêche qu'elle se fasse dans un "service organisé" unilatéralement par ce dernier. L'intégration de l'individu pour un service rétribué dans une organisation, un système ou une structure et ce, à son profit et sous son autorité, est le sens qui se dégage du salariat dans le monde sportif. Le poste de travail du salarié importe peu, car il peut s'agir autant d'un acteur du spectacle sportif lui-même, d'un entraîneur, d'un professeur-éducateur, d'un officiel ou d'un médecin.

Dès l'instant où ses prestations sont rémunérées par l'organisme sportif, et leur organisation soumise à son contrôle et à ses directives, il y a contrat de travail. Cette qualification est celle retenue dans nombreux Etats à l'exemple de la France, de l'Italie ou l'Autriche où les litiges nés du contrat de travail ne sont pas en principe passibles d'arbitrage[352]. Il est notoire que ni la seule volonté des parties, ni la qualification juridique qu'elles auraient donnée à leur convention, ne suffisent pour lier le juge ou pour priver le prestataire effectif du travail, des bénéfices liés au statut de salarié. Ce qui, en France par exemple, débouche sur l'application du régime de la sécurité sociale et des conditions légales de la rupture du contrat de travail.

Parce qu'il est l'incarnation d'un rapport d'assujettissement, le contrat de travail fait donc l'objet d'une réglementation spéciale dont le but est d'en extirper les clauses abusives. Il s'ensuit qu'à cause de l'inégalité certaine qui existe entre les parties, ces clauses qui accentuent le déséquilibre en mettant

352 Cf. Antonio RIGOZZI: L'arbitrage international en matière de sport, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p 395, n° 763.

BY NC ND

plus de devoirs contre peu de droits à la charge d'une partie et l'inverse au profit de l'autre, subissent un traitement spécial. La clause compromissoire n'a pas échappé à cette cure même devant La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) dans sa mise en œuvre de la directive prise contre les clauses abusives[353]en protection de la partie faible au contrat[354].

En l'occurrence, dans son arrêt du 26 octobre 2006 dit Elisa Maria MOSTAZA CLARO, rendu au sujet de la validité d'une clause compromissoire incluse dans un contrat qu'une consommatrice avait conclu avec une société, la Cour s'est voulue claire : « *La directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 (…) implique qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive…* »[355]. Quoi qu'il en soit, « *sa position est ferme. L'objectif de protection des consommateurs ne serait pas atteint si le juge saisi du recours en annulation de la sentence ne pouvait prononcer la nullité de la clause au seul motif que la nullité n'a pas été soulevée devant les arbitres* »[356].

Pour se déterminer, le juge communautaire s'est appesanti entre autres sur le paragraphe 1er de l'article 3 de la directive aux termes duquel « *une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat* ». Relativement au sujet de la présente, c'est surtout l'annexe de la directive qui est significative. Le juge plonge dans la boîte où est enfermée comme sous scellées, la "*liste indicative*

[353] Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 95 p. 95.

[354] CJCE : 27 juin 2000, aff. c-240 à 244/98, Rec., p. I-4941 ; Europe, août-sept. 2000, comm. N° 280 sur l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un contrat de vente d'encyclopédies.

[355] Rev. Arb. 2007, n° 1, pp. 109 ss., note Laurence IDOT.

[356] Laurence IDOT citant le point 30 de l'arrêt, même revue, p. 118.

BY NC ND

de clauses qui peuvent être déclarées abusives", et doigte « *le point 1, sous q),* [qui renferme] *les clauses qui ont pour objet ou pour effet "de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en* [l']*obligeant à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par la loi …* » . La clause compromissoire fait ainsi partie des clauses conventionnelles à l'égard desquelles une méfiance particulière est entretenue. Dans le contrat de travail, elle est potentiellement "pathologique"[357].

Plus précisément, le salarié jouit en droit interne français d'une protection similaire à celle du consommateur au chevet duquel veillent les préoccupations d'ordre public de protection. L'article L1121-1 du code du travail ne tolère pas l'insertion dans le contrat de travail de clauses particulières qui restreignent les droits et les libertés des salariés, sauf lorsqu'elles sont « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* ».

Or il ne paraît pas aisé d'accorder le bénéfice de ce régime à la clause compromissoire dans un contrat de travail : ni la nature de la tâche à accomplir, ni une proportionnalité ne justifie la renonciation au droit de saisir les instances étatiques de ses revendications. La jurisprudence a fait savoir qu'est inopposable au salarié la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international, quelle que soit la loi régissant celui-ci, dès lors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du litige en vertu des règles de compétence internationale[358]. Même si sous l'angle sémantique, l'inopposabilité n'est pas juridiquement synonyme d'invalidité, le résultat produit ici reste le même.

---

357 Cf. Hugues SCALBERT et Laurent MAVILLE : Les clauses compromissoires pathologiques : Rev. arb. 1988, 117 ss.

358 Cass. soc.: 16 fév. 1999, Bull. civ. V ; n° 78, JCP E 1999. 1685, note COURSIER ; Gaz. Pal. 1er et 2 mars 2000, Somm. obs. NIBOYET ; LPA., 14 jan. 2000, note MAHINGA ; Rev. Crit. DIP 1999, 745, note F. JAULT-SESEKE, 1ère esp. ; 14 mai 1999, Bull. civ. V. n° 191 ; D. 1999, IR, 140, JCP 2000. II. 10337, note AMMAR, Rev. Arb. 1999, p. 290, note M.-A. MOREAU ; Rev. Crit. DIP 1999, 745, note F. JAULT-SESEKE, 2ème esp. ; 9 oct. 2001. Bull. civ. V. n° 312, D. 2001, IR, 3170.

BY NC ND

A ce sujet mais sur le plan interne, l'article L. 1411- 4 code du travail ne s'encombre pas de formules pour le faire savoir : « ***Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande****, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre.* ***Toute convention contraire est réputée non écrite*** ». L'article 2060 du Code civil qui fixe les limites de l'arbitrabilité dispose pour sa part qu' « *on ne peut compromettre (…) dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». Très clairement en effet, le code du travail tient pour exclusive et d'ordre public, la compétence du Conseil des prud'hommes pour connaître des litiges liés à l'exécution ou à la cessation du contrat de travail. Il s'ensuit que toute clause compromissoire qui interdit au salarié de saisir cette instance des contestations liées à son contrat de travail n'est pas valable.

Les seuls tempéraments apportés à cette interdiction ne jouent que lorsque les parties prévoient une tentative de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du Conseil ; ou encore lorsqu'après que celui-ci ait vidé sa saisine, les parties décident par compromis de s'en remettre à un arbitre[359]. Ce qui est d'autant plus compréhensible que dans une telle situation et malgré le conflit qui les oppose au sujet de leurs intérêts, elles sont restées dans un état d'esprit propice à la transaction, lequel s'accommode avec l'arbitrage. La Cour de cassation reste cependant très méfiante à l'égard de telles clauses. Même intervenues à la rupture du contrat de travail, elle doit les apprécier rigoureusement[360].

C'est au regard de ces considérations que la clause compromissoire n'est pas admise dans le contrat de travail interne de certains Etats comme la France. Le TAS ne l'ignore pas lorsqu'il prévoit les modèles de clauses d'arbitrage mis à la disposition des fédérations et organismes sportifs sur son site. Il attire notamment leur attention à la suite de la formule type d' "*acceptation de la*

[359] Cass. soc. : 5 nov. 1984, JCP 1985.II.20510; CA Paris : 14 déc. 1990, Rev. arb. 1991, p. 365, obs. MOREAU.

[360] Cass. soc. :5 avril 2005, arrêt n° 818, consultable sur le site de la Cour de Cassation : www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale-576/agrave_04_1005_html

clause d'arbitrage par les athlètes"[361], sur la non-validité des clauses qui excluent le recours au juge étatique dans certains ordres juridiques internes avant de leur recommander de procéder aux vérifications nécessaires.

Cette mise en garde TAS n'emporte cependant pas l'abandon de la clause compromissoire. Elle peut se comprendre comme une invitation à esquiver l'obstacle en procédant comme il appartiendra pour ne pas effaroucher ces ordres juridiques. En tout cas, "le chien aboie, la caravane passe", et même si la clause d'acceptation ne figure pas matériellement dans le contrat de joueur, des procédés de contournement permettent de déférer inéluctablement les litiges liés à l'activité sportive aux arbitres. Ainsi par exemple, « i*l résulte de ce qui précède, que les parties ont, à tout le moins tacitement, indirectement et, de façon subséquente à la conclusion du contrat de travail et de l'avenant professionnel à ce contrat, choisi de se soumettre aux divers règlements de la FIFA…* »[362], donc à l'arbitrage des litiges sportifs. Il s'infère que l'observation scrupuleuse des conditions de formation de la convention ne se prête pas trop à l'art. Elle rendrait très sinueuse la voie pour y parvenir. Il parait plus rapide de la reléguer au second rang et emprunter d'autres voies ; quitte à empiéter les zones interdites ou même faire recours à d'autres actes assimilés aux conventions, mais atteindre le but.

---

[361] b) "*Dans le cadre de ma participation à … [nom de la manifestation], je soussigné(e) … accepte que toute décision rendue en rapport avec cette manifestation puisse faire l'objet d'une procédure arbitrale d'appel suivant le Code de l'arbitrage en matière de sport du Tribunal Arbitral du Sport à Lausanne, Suisse. J'accepte la compétence du TAS à l'exclusion de tout recours aux recours aux tribunaux ordinaire*" www.tas-cas.org/fr/arbitrage asp/4-3-140-21-4-1-1/5-0-21-3-0-0/ consulté le 15/08/2012.

[362] Arbitrage CAS 2006/A/1180, Galatassaray SK v. Frank Ribéry & Olympique de Marseille, sentence du 24 Avril 2007, consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas cas.org/sites/Case Law/shared%20Documents/1180.PDF ; Arbitrage TAS 2009/A/1960 Trabzonspor c/ LOSC Lille Métropole & TAS 2009/A/1961 LOSC Métropole c/ Trabzonspor & T., sentence du 5 mai 2010, p.14, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/1960-1961.PDF.

§2 : LES FONDEMENTS CONVENTIONNELS PAR ASSIMILATION

Le contrat saisi par les pouvoirs privés économiques sert de couverture à tous usages ; même à ceux qui profondément ne s'en rapprochent que par fragment. On a pu ainsi admettre l'existence du consentement à l'arbitrage par renvoi de l'acceptation du contrat principal à un document annexe comportant la clause compromissoire, alors que ce document n'a pas une nature contractuelle, mais plutôt réglementaire.

Cette interprétation érigée en un principe durement ancré dans l'arbitrage commercial international pour des considérations qui lui sont propres, a été récupérée et étendue aux sportifs (A). Pourtant, du fait qu'elle se tricote comme une exception en marge des exigences légales, elle devrait être enfermée dans des limites assez strictes. Une telle approche libérée facilite la nidation de la clause compromissoire même dans les zones spécifiquement interdites à l'arbitrage. Il s'agit ici de toutes les conventions qui ont trait à la gestion de la qualité de salarié, même si elles ont pour but d'encadrer un secteur d'activité économique (B). Il en est de même pour les actes qui, vus de façade, sont perçus comme des conventions alors que dans leur for intérieur, il gît plutôt le *diktat* de la volonté d'une partie contractante sur les autres (C).

A : L'extension de la clause compromissoire par référence aux sportifs

Les clauses par référence sont la version arbitrale de la pratique des renvois qui est elle-même le lot des contrats de masse en matière de consommation. En pointe dans l'arbitrage commercial international[363], elle a été déjà récupérée par l'arbitrage des litiges sportifs. Le législateur français a élargi son admission dans les nouvelles dispositions de l'article 1443 du Code de procédure civile. En effet, après la modification de ce texte par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, il en ressort que « *la convention d'arbitrage (…)* ***peut résulter*** *d'un document auquel il est fait référence dans la*

[363] Cf. Xavier BOUCOBZA : La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international, Rev. arb. 1998, 495 ; L.-D. GRAFFI, International Arbitration Agreements « by reference » : a European perpective : Gaz. Pal. 21-22 oct. 2005, 22.

BY NC ND

convention principale » **au lieu de « doit être stipulée** par écrit (…) dans un document auquel celle-ci se réfère ».

C'est un pendant supplémentaire du principe de l'indépendance[364] juridique de la clause compromissoire par rapport au contrat principal[365]. L'acceptation de la clause compromissoire par référence signifie que la convention d'arbitrage, même non contenue dans le contrat principal, peut résulter d'un document séparé qui la contient et auquel le premier se réfère[366]. Nonobstant les exigences de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères selon lesquelles, ladite convention d'arbitrage doit être écrite, on la tient pour valable du fait d'un simple renvoi même non explicite.

Or la Cour de cassation française considérait comme « *nulle la clause compromissoire incluse dans l'annexe des statuts d'une société civile immobilière* »[367] par exemple. Pour l'entériner, elle a pris argument de ce que « *si l'article 1443 du nouveau Code de procédure civile exige que la clause compromissoire figure dans un document écrit, il ne régit ni la forme, ni l'existence des stipulations qui, se référant à ce document, font la convention des parties* »[368]. Pour elle en effet, la Convention de new York précitée ne poserait aucun obstacle dès lors que les parties ont jouit de leur liberté contractuelle[369].

---

[364] Cf. Philippe FOUCHARD : L'arbitrage commercial international, Paris, 1965, n° 112.

[365] Selon ce principe, la convention d'arbitrage présente, "par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte" : Cass. civ. 2e : 4 avril 2002, Bull. civ. II, n° 68 ; D. 2003. 1117, note DEGOS ; ibid, Somm. 2470, obs. Thomas CLAY ; JCP E. 2002, II. 10154, note REIFEGERSTE, ibid.. 2003. I. 105, n° 2, obs. Chr. SERAGLINI.

[366] On cite très souvent dans la vente internationale comme documents accompagnant la convention principale les conditions générales, les contrats types, le connaissement, etc.

[367] Cass. civ. 3e : 18 mai 1971, JCP 1972.II.16974, note P. L.

[368] Cass. civ. 2e: 21 janv. 1999.

[369] Cass. civ. 1ère: 21 nov. 2006, JCP 2006. IV. 3510, D. 2006, Pan. 3026, obs. Thomas CLAY.

BY NC ND

C'est en considérant que cette liberté fut entière que la Cour d'appel de Paris a retenu dans le cas d'un particulier qui avait passé pour son usage personnel la commande d'un véhicule vendu en série limitée, que la nature mixte de l'acte ne saurait rendre la clause compromissoire par renvoi manifestement nulle. En l'espèce, l'acheteur était un non commerçant, mais a été considéré comme suffisamment averti pour s'hasarder sur le terrain international[370] où se rencontre fréquemment ce genre de clauses.

Cette vision a été appuyée par la doctrine en soutenant que son existence et son efficacité sont admises sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique. Tout ceci découlerait de la nature substantielle de ce principe de base fondé sur une règle matérielle de droit international privé. Ce principe a-t-on remarqué, appartient à la catégorie des règles « *spécialement destinée[s] aux relations internationales qui s'impose[nt] sans la médiation d'une règle de conflit de lois* »[371]. Cette interprétation conduit à considérer la clause compromissoire comme acceptée, même si elle ne figure que dans un document annexe auquel le contrat principal a fait allusion sans forcément énoncer ladite clause, voire n'en n'a même pas expressément fait référence, parce qu'elle niche dans une coutume « *où il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux* ».[372]

Une telle grille de lecture peut s'admettre au sujet des conventions portant sur les retransmissions des manifestations sportives, les régies de publicité et de promotions y ayant trait, alors que la clause compromissoire était par

---

[370] CA Paris : 7 déc. 1994, Société V2000, société Project XJ 220 Ltd c/ Renault Jean François, RTD Com. 1995, pp. 401 et ss., notes Jean-Claude DUBARRY et Eric LOQUIN, Rev. Arb. 1996, p. 67.

[371] Eric LOQUIN : note sous Cass. civ. 1ère : 9 nov.1993 (Bomar Oil) op cit. et 20 déc. 1993 (Dalico) op. cit.

[372] Cass. civ. 1ère : 11 octobre 1989, Rev. arb. 190, 136, note Cathérine KESSEDJIAN ; JDI 1990, 638, note Eric LOQUIN ; Cass.com. : 3 mars1992, JDI 1993, p. 141, note Bernard AUDIT ; RTD com., 1993, p. 647, obs. DUBARRY et E. LOQUIN ; ou pour une suite d'accords successifs ou distincts : Cass. com. : 5 mars 1991, Rev. arb. 1992, 66, note AYNES.

BY NC ND

exemple enfouie dans le cahier des charges, si bien que le contrat principal n'y a fait qu'un renvoi. Ce cas de figure ne doit pas être perçu simplement comme le fruit de l'imagination, mais se prête aisément aux conventions que passent les organismes sportifs avec les équipementiers, les publicitaires et tous autres intervenants directement intéressés par les marchés qu'offrent les spectacles sportifs.

Toutefois, et cette réserve du juge reste fondamentale, si mention n'a pas été faite dans le contrat principal, sa validité n'est admise que « *lorsque la partie à laquelle la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat* »[373]. Ce qui implique bien, contrairement à la très large extension qu'on veut prêter à son interprétation, que sa validité se fait « *sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international,* [mais surtout] *d'après la commune volonté des parties* »[374].

Dans un arrêt rendu le 19 juin 1995, la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique confirme cette position en jugeant que « *la clause compromissoire incluse dans un connaissement et prévoyant un arbitrage hors des Etats-Unis et selon le droit en vigueur au siège de l'arbitrage doit trouver application, et partant, lier le destinataire, car elle ne contrevient ni aux Règles de la Haye (1924), ni au Carriage of Goods by Sea Act § 3.8* »[375].

A bien y regarder cependant, l'éviction de la loi interne n'est pas systématique et se fait aisément si surtout la commune volonté des parties y inclinait. Il ne faut pas non plus passer sous silence la protection qui est

---

[373] Cass. civ. 1ère : 20 déc. 1993, connue sous le nom DALICO, JDI 1994, p. 432, note Emmanuel GAILLARD.

[374] Cass. civ. 1ère : 09 nov. 1993 (Bomar Oil) et 20 déc. 1993 (DALICO) op. cit.

[375] Arrêt n° 94-623 du 19 juin 1995, Vimar Seguros y Reaseguros SA c/ M/V Sky Reefer et al. (extrait) Rev. Arb. 1996, n° 4, pp. 665 et s. ; cf. aussi la note de Jean-Louis GOUTAL : La Clause compromissoire dans les connaissements : La Cour de cassation française et la Cour suprême des Etats-Unis adoptent des solutions opposées, page 605 de la même revue.

BY NC ND

réservée à cette volonté, car tout risque d'aller dans tous les sens dans les contrats si on n'y prend pas garde. Cette tendance à mettre en marge le consentement dans l'arbitrage international pourtant a connu une censure énergique de la Cour d'appel de Paris le 1er juin 1999[376] dans une affaire où l'on cherchait à asseoir la clause compromissoire par renvoi à d'autres documents disparates, sans s'assurer véritablement que la défenderesse en avait réellement eu connaissance et y avait acquiescé. C'est aussi bien ce que rappelle le juge dans ces deux emblématiques décisions : chercher et établir la commune volonté des parties d'en être liées.

Dans cette recherche de la volonté, le juge ou l'arbitre reste libre, mais le document écrit est utile pour l'établissement de la volonté. On admet en matière internationale d'établir cette volonté commune par tous moyens. Si l'admission de la clause compromissoire par renvoi s'est avérée une thérapie contre les volte-face souvent récurrentes en milieux d'affaires, c'est son extension sans borne dans les relations de travail qui ne paraît pas admissible. Pourtant, le TAS qui reconnait que le consentement ne doit pas souffrir d'un doute, n'a pas hésité à fonder sa compétence sur une succession de renvois inaptes à établir que ledit consentement était explicite et direct. En l'occurrence dit-il, *« **les parties ont**, à tout le moins **tacitement, indirectement** et, de façon subséquente à la conclusion du contrat de travail et de l'avenant professionnel à ce contrat, **choisi de se soumettre aux divers règlements de la FIFA…** »*[377].

[376] Rev. Arb. 2000, p. 493 ; JDI 2000 ; p. 370, note Eric LOQUIN, RTD com. 1999, p. 659, obs. Eric LOQUIN ; Cf. aussi Brigitte STERN, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », Rev. Arb. 2000, pp. 403 et ss.

[377] Arbitrage CAS 2006/A/1180, Galatassaray SK v. Frank Ribéry & Olympique de Marseille, sentence du 24 Avril 2007, consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas cas.org/sites/Case Law/shared%20Documents/1180.PDF ; Arbitrage TAS 2009/A/1960 Trabzonspor c/ LOSC Lille Métropole & TAS 2009/A/1961 LOSC Métropole c/ Trabzonspor & T., sentence du 5 mai 2010, p.14 , consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/1960-1961.PDF

BY NC ND

Il ne souffre pas de doute que le sportif reste un salarié, quel que soit le montant de ses rémunérations. En plus il se trouve que dans l'impressionnante masse des salariés du sport professionnel, seule une petite poignée d'entre eux bénéficie de traitements mirobolants. Si on peut considérer pour cette raison que de tels sportifs ont aptitude ou à tout le moins, peuvent se donner les moyens nécessaires à leur protection et à la défense de leurs intérêts, cette considération admissible sous réserve pour une poignée ne saurait, sans causer de sérieux torts, empêcher que tous les sportifs bénéficient de la protection liée au statut spécial des salariés.

Ce ne serait pas choquant de limiter le champ de ce principe du consentement à l'arbitrage par référence, aux conventions passées entre les organismes sportifs et les opérateurs économiques personnes morales qui y prennent part par leurs prestations de services payées. Une telle option suivie à la lettre réduirait peut-être le nombre des dossiers à déférer au TAS, mais pas certainement, d'autant plus que la clause compromissoire ne manque en principe pas de figurer directement dans tous autres documents. Les pouvoirs sportifs y veillent comme sur le lait au feu, et s'il s'avère que si pour une raison ou pour une autre, cette clause à multiples têtes ne figure pas au contrat de travail, on la retrouvera dans d'autres textes à visée économique, mais intimement liés au salariat.

B : Les conventions d'encadrement des activités économiques sportives

Elles portent le nom de convention, mais ont dans leur nature profonde une mission réglementaire comme la loi. Le poids du consentement dans ce cadre est presque inexistant, tellement ce n'est pas la volonté individuellement prise qui les met sur pied, mais une agrégation de volontés où le poids de la majorité emporte et s'impose à la minorité lorsque ce ne sont pas les représentants des concernés qui ont délibéré. Il s'agit de la convention collective de travail des joueurs (1) et des conventions inter-fédérations (2).

BY NC ND

1) Les conventions collectives

Dans leur sens premier, les conventions collectives impliquent l'intervention et la participation de plusieurs parties prenantes. Autrement dit, elles se conçoivent comme un acte fait par plusieurs mais pas par tous à la fois, comme se font les lois. Du coup, il faut voir qu'en pareille circonstance, les volontés individuelles des sujets de droit sont noyées dans celle de l'ensemble. Dans cette catégorie, on retrouve aussi la sous-catégorie dite d'accord sectoriel qui en fait partie. Sa création procède de la même forme, puisqu'il est « *signé par les partenaires sociaux du secteur suivant le principe de majorité en audience* »[378] C'est donc la somme de ces volontés, prise à travers la majorité qui fait office de volonté commune et s'impose à tous, y compris ceux qui se sont opposés au projet en cours. La convention collective se conclut ainsi « *entre groupements ou organisations afin de définir le comportement respectif de leurs adhérents* »[379] et non suivant la volonté individuelle des cocontractants dont le contrat qui en est issu ne lie qu'eux seuls.

Dans le monde salarial qui constitue leur champ de prédilection, les conventions collectives établissent, tout en les rendant obligatoires les conditions de travail et de rémunération opposables tant au salarié qu'à l'employeur. Cependant, si les conventions collectives se rapprochent quasiment du contrat de par leur dénomination et les négociations qui précèdent leur formation, elles s'en éloignent sérieusement quant à leur portée. Ce n'est pas la force exécutoire attachée au contrat par l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil qu'il faut apercevoir ici, mais plutôt sa portée normative qui atteint en s'imposant à tous ceux qui intègrent son champ d'application : employeurs, salariés syndiqués ou non.
Il se trouve en plus que lorsque les conventions collectives jouissent d'une envergure nationale, elles sont « *très souvent rendues obligatoires dans toutes*

[378] Article 12.2.1 de la Convention collective nationale du sport (France).

[379] Gérard CORNU - Association Henri CAPITANT : Vocabulaire juridique, op. cit., p. 236.

BY NC ND

les entreprises par un arrêté dit "d'extension" du ministre du travail »[380]. Il découle de ce caractère obligatoire, de l'avis même de la jurisprudence française, que "*les conventions collectives sont des lois de police*"[381] auxquelles toutes les parties prenantes sont astreintes.

En tout état de cause, la convention collective participe de ce que André DE LAUBADÈRE appelait "*l'acte règle*" en ce qu'il « *crée, modifie ou supprime des situations générales et impersonnelles et, par conséquent, formule des règles de droit* »[382]. Dans ces conditions, de sérieuses réserves sèment le doute sur l'acceptation authentique supposée avoir été donnée à une convention d'arbitrage nichée dans l'une des prévisions d'une convention collective, alors même qu'elle ne ménagerait pas l'intérêt du salarié sportif, encore moins lui procurerait un régime de faveur qui puissent justifier une dérogation apportée à sa rigueur.

Sur l'échelle de classement des droits fondamentaux selon l'ampleur de leur protection, le droit de grève par exemple est classé dans la catégorie moins lourde des droits qui « *ont vocation à protéger les intérêts particuliers ou collectifs (…)* [si bien que] *leur protection constitutionnelle apparaît faible* »[383]. La raison étant que le Conseil constitutionnel donne le plus souvent sa préférence à l'intérêt général porté par une loi par rapport à la protection d'un droit fondamental dit de second rang. Mais si au contraire ce dernier relevait du premier rang, c'est lui qui aurait prévalu.

La Cour de cassation reste dans cette voie, s'appuie sur la valeur constitutionnelle de ce droit pour juger « *qu'une convention collective ne peut*

---

[380] Muriel FABRE-MAGNAN : Introduction générale au droit - Droit des personnes – Méthodologie juridique, PUF, 2011, p. 58.

[381] Cass. Soc. : 3 fév. 1993, RJES 1993, n° 24, p. 72 ; CA Paris : 1er avril 1995, Rev. Crit. DIP 1996, p. 319.

[382] André DE LAUBADÈRE : Traité de droit administratif, LGDJ, 1980, n° 16, p. 20.

[383] Nicolas MOLFESSIS : La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux in Rémy CABRIL-LAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, p.89.

BY NC ND

avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu [et que] *seule la loi peut créer un délai de préavis s'imposant à tous* »[384]. Il est donc clair que seul le législateur, pour des motifs d'intérêt général peut apporter des dérogations sur les droits fondamentaux dits de deuxième génération.

Si en France en principe, elles ne peuvent porter atteinte aux questions d'ordre public comme la renonciation à la compétence du Conseil de prud'hommes, cette pratique est au cœur des conventions collectives du sport dans le monde anglo-saxon. Ainsi par exemple, l'arbitrage des litiges sportifs est le seul système de gestion des litiges entre toutes les parties prenantes au Hockey tel que prévu à l'article 17 de la « Collective bargaining agreement » passée aux Etats-Unis d'Amérique entre la National Hockey League (NHL) et la National Hockey League Players' Association (NHLPA) en juillet 2005[385]. Il en est de même des conventions intervenues entre diverses fédérations sportives.

2) Les conventions inter-fédérations

Une convention d'une durée de quatre saisons à compter du 1er juillet 2012 lie deux grands organismes du football français : la Fédération Française de Football (FFF) et la Ligue de Football Professionnel (LFP). Elle définit leurs relations et les compétences qu'elles exercent en commun, et met expressément à l'abri de toute négociation les prérogatives « *relevant exclusivement de la FFF* [comme] *l'exercice du pouvoir disciplinaire en appel* »[386]. L'appel ici signifiant pour les pouvoirs sportifs, le recours contre une décision prise par leurs organes internes et non une quelconque institution judiciaire ou assimilée telle. Or la FFF seule a qualité en tant

[384] Cass. Soc. : 7 juin 1995, Dr soc., 1995.835, note J.-E. RAY ; RTDCiv. 1996.153, comm. Jacques MESTRE ; 12 mars 1996 ; JCP 1996, Actualités, n° 14

[385] Pages 89-94, consultable sur www.nhlpa.com /docs/about-us/nhl_nhlpa_cba.pdf (visité le 14/08/2012).

[386] Notamment dans son préambule, cf. www.fff.fr/common/bib_res/ressouces/420000/50000/090731105048_3_Convention%20_FFF_LFP%20V300709.pdf

membre affilié à l'Union of European Football Associations (UEFA) et à la FIFA pour canaliser même les simples correspondances[387] adressées à ces organismes internationaux auxquels elle doit entière dévotion.

Ce "*pouvoir disciplinaire d'appel*" préservé de tout empiètement ici est une stricte, mais discrète application des articles 63 alinéa 1 et 64 des Statuts de la FIFA. Il en ressort successivement que « *tout recours contre des décisions prises en dernière instance par la FIFA, notamment les instances juridictionnelles, ainsi que contre des décisions prises par les confédérations, les membres ou les ligues doit être déposé auprès du TAS…* », ces derniers s'étant formellement obligés « *à prendre toutes les dispositions nécessaires pour que* [toutes parties prenantes à leurs manifestations] *se soumettent à l'arbitrage du TAS* ».

Pourtant, on s'en appuie pour fonder la compétence des arbitres, les faisant ainsi passer pour une autre source, mais bien étrange du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs. Il est bien difficile ou à tout le moins inadmissible en de telles circonstances de « *parler de consentement lorsqu'il existe une obligation de contracter* »[388]. Evidemment ce procédé ne réussit pas à dissimuler son caractère non-consensuel, tout comme on en trouve dans nombreux actes sur lesquels on l'implante alors que ceux-ci ne sont conventionnels que de façade.

C : Les actes conventionnels de façade

Si à la naissance d'une personne morale de droit privé, les sociétaires s'accordent librement sur toutes les clauses de ses statuts par exemple, le libre consentement ne se vérifie généralement plus après sa constitution. En effet, toute autre personne tierce qui voudrait s'y associer, sauf si elle en prend le contrôle, se voit imposer les statuts, sans pouvoir renégocier ses clauses. A plus forte raison, il ne faut pas s'attendre à ce qu'un sportif

[387] Article 53 des Statuts de la FFF mis à jour au 26 mai 2012 pour la saison 2012-2013.

[388] Laurence BOY : Le cadre civil des affaires, Economica, 1989, p. 118.

BY NC ND

recruté comme salarié se voit reconnaitre l'aptitude de discuter les actes fondateurs des organismes sportifs. Sur le bénéfice de ces observations, nombre d'actes quoiqu'à l'origine sont issus du consentement, ne portent une image conventionnelle à l'égard des autres que parce qu'on la leur a prêté. En scrutant leur âme, on ne trouve pas à vrai dire de libre consentement de toutes les parties, ni même la possibilité d'en rediscuter, dans la charte olympique (1), les statuts (2) ou l'affiliation (3) aux organismes sportifs.

1) La charte olympique

Si un doute planait encore sur la véritable nature de la charte, la simplicité de cette définition qu'en donne "Le Robert pour tous" lève l'équivoque : c'est l'ensemble des « *lois et règles fondamentales d'une organisation officielle* »[389]. Ainsi, le mot charte traine toujours avec lui les reliques de ses heures de gloire. En fait, au temps médiéval la charte n'était rien de moins qu'un prestigieux titre délivré par le seigneur contenant la propriété ou les privilèges accordés à ses sujets. L'exemple restée célèbre est la Grande Charte d'Angleterre ("Magna Carta") accordée par Jean sans Terre en 1215. Ainsi vue, elle n'est guère loin des actuels actes administratifs unilatéraux.

Le deuxième sens retenu et proposé par Le Petit Robert ressort notamment l'expression du pouvoir que continue à couver la charte : « *lois constitutionnelles établies par un souverain* »[390]. Jusqu'à présent en effet, on la considère comme un « *nom de prestige donné à certains documents de référence* » lorsqu'on évoque tout « *document définissant solennellement des droits et des devoirs* »[391].

Il n'en faut pas plus pour s'apercevoir du privilège qui s'attache à la Charte Olympique, en tant que document de référence en matière sportive, pour

[389] Le Robert pour tous, 1994, p. 177.

[390] Le Petit Robert de la langue française, 2008, p.402.

[391] Gérard CORNU, Association Henri CAPITANT, Vocabulaire juridique, PUF, 2006, p. 147.

BY NC ND

toutes les fédérations qui s'agglomèrent autour d'un mouvement savamment tenu par une organisation devenue plus influente que les Etats. Ses vœux sont respectés à la lettre, ni les Etats, ni les fédérations internationales membres, encore moins les sportifs et autres parties prenantes de qui émane le consentement pour consacrer l'arbitrage des litiges sportifs, n'osent point rechigner à ses prévisions[392]. Tirant tous avantages de cette position de tenant du pouvoir, les puissances sportives ne lésinent pas pour créer un droit taillé à leur mesure.

Ainsi, l'**article 59 de la Charte Olympique** est formel : « **Tout différend survenant à l'occasion des Jeux Olympiques ou en relation avec ceux-ci sera soumis exclusivement au Tribunal Arbitral du Sport, conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport** ». Il ne s'agit bien évidemment pas d'une suggestion faite et laissée à l'appréciation des parties. Car derrière cet ensemble « *de points qu'on s'engage à observer par une adhésion, une signature* »[393], se cache en réalité un ordre auquel tout candidat aux Jeux Olympiques sous n'importe quelle étiquette, doit entière déférence. On y aura beau cherché une convention telle que voulue par les articles 1101 et suivants du code civil sans y parvenir, sauf à détourner profondément le sens des mots par nécessité du "politiquement correct". Le consentement ici n'est pas l'aboutissement d'une négociation librement menée, mais plutôt l'obéissance aux vœux du maître dès lors qu'un besoin y conduit.

2) Les statuts des organismes sportifs

Les statuts renvoient à un ensemble de textes dont le but est de constituer et de définir une personne morale, puis d'organiser et de réglementer son fonctionnement. On y voit une convention du fait qu'au commencement, les futurs associés négocient ensemble les différentes clauses qui les formeront.

[392] Cf. notamment le Code Mondial Antidopage dans ses fondements, ses articles 22 et 23.

[393] Le Petit Robert de la langue française, ibidem.

BY NC ND

Mais en réalité, dès que les statuts sont entrés en vigueur, l'adhésion à toute personne morale déjà constituée emporte entière soumission du nouveau venant aux règles préétablies.

Sous cet angle, les statuts s'apparentent plus au règlement intérieur qu'à une convention et épousent très vite tous les contours d'une réglementation émise par les personnes de droit privé jouissant d'un pouvoir normatif dont le caractère unilatéral ne souffre plus de doute. Il en est ainsi des statuts des associations et fédérations sportives rendu applicable au sportif professionnel, recruté en tant que salarié, mais pris pour les avoir acceptés, alors même qu'en réalité, il n'a rien à discuter au sujet de ses différentes clauses. On peut facilement affirmer qu'il était libre d'y adhérer ou pas, mais cela ne franchit pas le cap d'une simple affirmation, encore moins ne pourrait justifier l'absence des négociations préalables nécessaires à la passation d'une convention. Lorsque tout est à prendre ou à laisser, c'est très souvent la nécessité qui y conduit le sujet consentant. Dans ce cas de figure, on a concrètement affaire à ce qu'un auteur a appelé un arbitrage statutaire.[394]

Même s'il apparaît aux yeux de certains auteurs[395] ou de certaines législations nationales[396] que l'insertion d'une clause compromissoire dans les statuts d'une personne morale ne compromet pas nécessairement le caractère volontaire de l'arbitrage, le problème de l'arbitrage forcé n'est qu'éludé, dans la mesure où aucune brèche de négociation n'est ouverte au sportif qui n'est pas un actionnaire, mais un travailleur. Comme le remarque Monsieur Antonio RIGOZZI, « *le problème ne réside pas tant dans le caractère statutaire de la clause, mais plutôt dans le fait que les athlètes voulant*

[394] Antonio RIGOZZI : L'arbitrage international en matière de sport, op. cit., p. 249, n° 473.

[395] Pierre LALIVE, Jean-François POUDRET et Claude REYMOND : Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, PAYOT Lausanne, 1989, n° 12.

[396] Chapitre 12 de la Loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP).

BY NC ND

pratiquer un sport n'auront d'autre choix que d'adhérer aux statuts de la fédération sportive en question »[397].

Comment imaginer qu'il y a ne fut-ce qu'un résidu de consentement lorsque par exemple l'article 64 des statuts de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA), en son alinéa 3 ordonne froidement aux associations sportives « *d'intégrer dans leurs statuts ou leur règlementation une disposition qui, en cas de litige au sein de l'association ou en cas de litiges concernant les ligues, 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 règlementation de la FIFA ainsi que des dispositions juridiques contraignantes ne prévoient pas ni ne stipulent expressément la saisine des tribunaux ordinaires* » ?

Ce texte ne ménage pas d'efforts pour étendre sa rigueur aux autres intervenants qu'on estime détenir même une infime marge de liberté dans leurs rapports. Il est ainsi nettement prévu que « l*es mêmes dispositions s'appliquent aux agents de matches et aux agents de joueurs licenciés* »[398].

Ce phénomène n'est pas cantonné dans le monde du football et s'étend donc à d'autres disciplines du sport professionnel organisé. Chez les basketteurs par exemple, l'article 9.3 des "statuts généraux" de la Fédération internationale de basket (FIBA) commence par prévoir que « *les statuts et règlements des fédérations nationales affiliées doivent* [lui être en tous points] *conformes* »[399]. Puis, ajoute par ailleurs qu'ils sont *ipso facto* intégrés à ceux des fédérations nationales, non sans rappeler qu'en cas de doute ou de litige, ce sont eux qui prédominent, l'emportent. Sur la base de cette mise au point, l'article 9.5 du même texte invite les fédérations nationales affiliées à mettre sur pied « *un organisme d'arbitrage indépendant qui exclut – dans le*

[397] Antonio RIGOZZI : Ibidem, n° 474.

[398] Article 64, alinéa 1 statuts de la FIFA

[399] Version 2010, consultable sur www.fiba.com/downloads/Regulations/2011/FIBABookGSFR.pdf (visité le 13/10/2012).

BY NC ND

mesure légale du possible- le recours aux tribunaux étatiques » pour la gestion des litiges qui peuvent en naître.

Les organismes sportifs nationaux n'échappent donc pas à la règle. On s'en convainc en parcourant l'article 64 alinéa 4 des statuts de la Ligue Suisse de Hockey sur Glace (LSHG) : « ***Tous les litiges nés entre les membres (...) et l'association*** *et qui ne peuvent être résolus par voie de conciliation,* ***seront exclusivement soumis au Tribunal arbitral du sport*** *qui statuera définitivement en conformité avec les statuts et règlements,* ***sans possibilité d'appel à des tribunaux civils*** ». Il n'en fallait pas plus pour que le TAS en tire la conclusion suivante : « *S'agissant du consentement des parties à l'arbitrage du TAS, le tribunal constate que le (club) HCY a adhéré aux statuts de la LSHG … Le tribunal retient dès lors que chacune des parties a librement consenti à l'arbitrage.* »[400].

3) L'affiliation à un organisme sportif

Du latin juridique médiéval *affiliatio* qui signifie adoption, très proche de *filius* c'est-à-dire "fils". L'affiliation n'est pas seulement dans son articulation homonyme de "la filiation" (adoptive), mais s'en rapproche parce qu'elle porte elle aussi les stigmates d'un rapport d'affection mais surtout de d'allégeance, d'autant plus qu'ici, la volonté d'une seule partie au rapport fait la loi. Dans le droit féodal, l'affiliation signifiait l'« *assimilation des enfants du premier lit à ceux du second mariage* »[401]. Ce qui de nos jours est appelé adoption renvoie à l'acte d'un adulte épris de compassion par le sort d'un enfant perdu et sans défense qu'il prend sous ses ailes protectrices pour assurer sa survie, mais aussi s'octroyer le fidèle compagnon de ses derniers jours ; le temps faisant passer inexorablement tout le monde de l'âge de la force à la force de l'âge.

---

[400] Arbitrage TAS 95/139 HC Y c/ Ligue Suisse de Hokey sur Glace (LSHG), sentence du 21 déc. 1995, p. 4, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/139.PDF

[401] Grand Larousse encyclopédique en dix volumes, tome 1, 1960, p. 126 .

BY NC ND

Au commencement de la relation il y a un fort et un faible, et la volonté de ce dernier n'y est pas indispensable. C'est la nécessité qui préside à sa naissance. Il en est de même pour l'affiliation qui aujourd'hui signifie établir un lien avec un groupement ou un organisme[402]. Au contact des préoccupations économiques, la nécessité se double de la rentabilité et conduit la partie forte à élever des critères d'admission. Ce sont les activités de certaines sociétés commerciales qui ont donné à l'affiliation son sens profond et concret actuel. Car c'est ainsi que l'on désigne ce contrat par lequel une société juridiquement distincte (filiale) se rattache à une autre dite société-mère dans un rapport d'exclusivité très poussé. Il s'ensuit que malgré l'apparente autonomie juridique qui lui est reconnue, c'est la société mère qui détient matériellement le contrôle effectif de la filiale.

Toutes les décisions stratégiques de gestion prises par cette dernière lui sont en réalité dictées par la première. Ce qui débouche sur un rapport de dépendance sur fond de pouvoir disciplinaire à l'égard des groupements affiliés : « *Il appartient aux fédérations sportives*, [dit le juge administratif français] *de déterminer par leurs règlements les conditions d'exercice du pouvoir disciplinaire à l'égard des groupements affiliés* »[403].

Le sportif individuel ou l'association sportive qui désire s'affilier à une fédération, c'est-à-dire un organisme hiérarchiquement supérieur et donc, plus puissant que lui, passe par les fourches caudines des critères de plus en plus rudes, et surtout unilatéralement fixés par ce dernier. L'expression du rapport de forme n'y est d'ailleurs pas cachée, tel qu'il ressort des dispositions d'une fédération de football : En tant qu'association faîtière, son but est entre autres, « *à teneur de l'article 3 de ses statuts (…) de contrôler toutes les structures qui lui sont affiliées ; disposer dans le respect de ses textes d'un pouvoir disciplinaire à l'égard des associations qui lui sont*

[402] Gérard CORNU, Association Henri CAPITANT : Vocabulaire juridique, PUF, 2009, p. 37.

[403] CE Section : 13 juin 1984, Association Hand-ball club de Cysoing, Recueil, p. 755.

BY NC ND

affiliées, de leurs licenciés et de leurs dirigeants »[404]. Parlant de la licence qui est le manifeste extérieur de l'affiliation, l'article 3 bis des Statuts de la Fédération Française de Football dit qu'elle « *marque l'adhésion volontaire de son titulaire à l'objet social et aux statuts et règlements de celle-ci* ». S'affilier, c'est intégrer un groupement déjà existant, et adhérer les yeux fermés, sans jamais tâcher de les ouvrir, à toutes les normes qui le régissent, mais surtout qu'il édicte. C'est bien se faire tenir fortement par l'ensemble sans gémir, au risque de s'en faire exclure.

Les critères d'admission dans ce monde se veulent tout aussi discrétionnaires tel que l'illustre l'article 4 alinéas 2 et 3 des statuts de la Confédération Africaine de Football (CAF) : « *l'Assemblée générale décide de l'admission, de la suspension et de l'exclusion des membres* » tandis que « *le Comité exécutif peut accorder une affiliation provisoire* ». En plus et bien avant, il faut pour cela observer toute une longue procédure qui commence par une demande assortie « *d'une déclaration stipulant son engagement à se conformer, en tout temps, aux statuts, règlements et décisions de la CAF, ainsi qu'à la juridiction du tribunal Arbitral du Sport* »[405].

Il faut ensuite pour les besoins de contrôle de conformité à leurs exigences, joindre ses propres statuts et règlements dont toutes modifications ultérieures devront leur être communiquées, verser une "cotisation de la première année". La même stratégie se retrouve à l'IAAF[406] où tout candidat à l'affiliation doit joindre aux pièces produites en soutien de sa demande, « *un engagement formel d'appliquer et respecter [ses] statuts, règles et règlements* »[407]. De l'application des statuts, découle l'acceptation à

---

[404] Extrait des statuts de la Fédération de Football de la République Islamique de Mauritanie (FFRIM), cité par Sentence du Tribunal Arbitral du sport rendue à Lausanne le 28 octoble 2011 sous le n° TAS2011/A/2529, consultable sur le Site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/

[405] Article 5 alinéa 1 des Statuts de la CAF, consultable sur www.fr.cafonline.com/caf/reglements (visité le 10/07/2012).

[406] Association Internationale des fédérations d'athlétisme (plus connue sous le sigle en anglais IAAF.

[407] Article 4. 3. (e) des statuts de l'IAAF consultable sur www.iaaf

l'arbitrage du TAS[408]. Toutes choses à tous égards propres aux procédés qu'usent les détenteurs de pouvoir (étatique ou économique) dans l'administration des procédures d'agrément. En dehors d'une volonté prise dans les tenailles de la nécessité, les ingrédients des conventions ne s'y trouvent pas clairement établis. On a ici affaire à un acte unilatéral et non à une convention.

Devant de telles situations, on a quelque peine en effet à admettre sans frisson qu'il y a libre consentement à l'arbitrage des litiges sportifs par exemple dans l'affiliation à la Fédération européenne de handball[409]. A ce sujet, l'article 5 alinéa 1 de ses statuts dispose que « ***Tous les litiges de nature sportive et résultant de l'affiliation****, qui découlent de l'application du droit interne de l'EHF,* ***seront tranchés par le Tribunal arbitral de l'EHF*** ».

De même, le Comité Olympique National Italien (CONI) comprend dans son organisation la "*Camera di conciliazione e di arbitrato per le sport*" avec pour mission de trancher tous litiges entre les fédérations sportives nationales et leurs affiliés. Dans cette configuration où elle est l'une des conditions essentielles d'affiliation, aucune autre issue ne se présente et « *toutes les fédérations sportives italiennes ont ainsi intégré une clause d'arbitrage en faveur de la Chambre arbitrale du CONI* »[410] dans leurs statuts pour les besoins de la cause.

Il s'ensuit que même si la clause compromissoire n'a pas expressément été prévue par les parties, la simple affiliation d'un club employeur à un organisme sportif supérieur suffit pour les retenir dans les liens de l'arbitrage des litiges sportifs : « *Le LOSC est un club de football … membre de la Fédération Française de Football (FFF), laquelle est affiliée à la FIFA depuis*

[408] Article 15 des statuts de l'IAAF.

[409] FEH désigné couramment par son sigle anglais EHF.

[410] Antonio RIGOZZI: L'arbitrage international en matière de sport, op. cit., p. 146 et les références citées.

BY NC ND

1904 (…) T. est un joueur de football professionnel »[411], par conséquent, il y a acceptation de l'arbitrage. Heureusement qu' « *il convient d'ajouter que les parties ont expressément reconnu la compétence du TAS dans leurs écritures…* »[412]. Mais en tout état de cause, aucune autre alternative ne s'offrait à elles, plus précisément au joueur. Cet ajout, et il faut s'en apercevoir, n'est pas anodin. Il a pour but d'édulcorer l'aspect forcé d'un tel consentement à l'incontournable arbitrage.

Il faut garder les pieds sur terre : c'est bien rêveur de croire que de tout-puissants organismes instituent un système suffisamment structuré et articulé dans leur organisation et leur fonctionnement, pour admettre ensuite qu'un individu tiers puisse y venir faire sa loi, ne fut-ce qu'en négociant des concessions sur certaines prévisions en sa faveur. D'emblée et c'est un truisme, les détenteurs de pouvoir ne supportent pas la rivalité. Puisqu'ils n'entendent que le langage de l'intérêt et de la force, celui qui sur leur terrain, ne domine pas est dominé. Il va ainsi de soi que « *les adhésions sportives sont parmi les plus opaques, irréfléchies et irrationnelles qui soient et viennent enrichir l'inépuisable catalogue des lieux communs saturés d'idéologie* »[413].

C'est pourquoi l'affiliation présentée comme une convention, socle du consentement ajoute la confusion dans l'incompréhension, et reste intrinsèquement la couverture juridique d'un rapport de domination. Celui-ci ne fait d'ailleurs plus recours au camouflage lorsqu'il fait naître le consentement des fondements ouvertement extra-conventionnels.

---

[411] Arbitrage TAS 2009/A/1960 Trabzonspor c/ LOSC Lille Métropole & TAS 2009/A/1961 LOSC Métropole c/ Trabzonspor & T., sentence du 5 mai 2010, p. 3, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/1960-1961.PDF

[412] Ibidem, p. 12.

[413] Jean Marie BROHM : La tyrannie sportive- Théorie critique d'un opium du peuple, éd. Beauchesne, Paris, 2006, p. 25.

BY NC ND

Section 2 : LES FONDEMENTS CLAIREMENT EXTRA-CONVENTIONNELS DU CONSENTEMENT

Au regard de la liberté contractuelle, cette catégorie de sources du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs partage avec la loi le privilège peu reluisant de donner « *l'image d'un* [devoir] *créé par le sommet, le pouvoir, et qui descend vers la base pour s'imposer à ses destinataires, les sujets* »[414]. L'étiquette conventionnelle attribuée à ce qui donne naissance à l'arbitrage des litiges sportifs dans ces différentes hypothèses cache difficilement sa nature profonde. On n'y trouve pas comme on est en droit d'attendre pour une convention d'une telle envergure, la participation de leurs destinataires aux négociations.

Or *de lege lata*, les relations juridiques entre personnes de droit privé reposent principalement sur l'accord des volontés, accord scellé par le contrat. Ici la corde pour tenir l'autre à l'exécution réside dans son accord. Et de ce point de vue, un particulier ne peut par conséquent, imposer d'obligations à un autre sans recueillir son consentement. Un tel procédé est plutôt le propre de l'action administrative et porte fièrement le nom d'« *acte unilatéral, créateur de droits et d'obligations à l'égard des administrés, manifestation de la puissance publique et révélateur de la situation d'inégalité entre l'administration et les particuliers* »[415]. C'est l'expression de l'autorité, de l'aptitude d'enjoindre, schématiquement transcendantale à tous ses subordonnés, parce que venue "d'en haut".

A cet égard, les pouvoirs sportifs ne font pas un mystère d'user de l'influence, de la menace de sanction, de la persuasion pour aboutir à leurs fins. C'est cette raison que faire reposer le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs sur des actes unilatéraux (§1) et des normes-règles (§2) réalise un coup de force sémantique sur cette matière qui relève du registre des conventions dans leur sens profond.

---

[414] Pascale DEUMIER : Introduction générale au droit, LGDJ Lextenso éditions, 2011, n° 67, p. 73.

[415] Jacqueline MORAND-DEVILLER : Cours de droit administratif, Montchrestien Lextenso éditions, 2009, p. 372.

BY NC ND

§1 : LES ACTES UNILATERAUX COMME REFERENCES DU CONSENTEMENT

C'est un truisme que d'affirmer que les actes bilatéraux ou multilatéraux ne détiennent pas le monopole de la production des effets de droit née de la volonté. Bien plus nombreux sont ceux-là mêmes, qui sont pris sans que leur auteur s'encombre de l'avis du ou de leurs destinataires. Ils ont très souvent le mérite d'être ostensibles, car leur caractère unilatéral bien affiché fait partie des éléments déterminants dans l'efficacité de la mission qui est la leur : l'expression des rapports de domination.

Loin d'être le privilège des pouvoirs publics, certains actes d'autorité pris dans le monde sportif et pourtant considérés comme socle du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs, répondent aux mêmes critères. A ce titre, la licence de joueur (A) rejoint l'inscription aux Jeux olympiques (B) parmi les plus caractéristiques. On a aussi fait admettre que ce consentement se trouvait dans les actes de contestation initiés contre les actes d'autorité dans le but de rabaisser leur vigueur à défaut d'obtenir leur annulation pure et simple. Pourtant, ils ne sont eux aussi pas moins unilatéraux, car ils procèdent de la seule volonté de leur auteur. Mais prenant ces derniers de court, l'exercice de recours (C) puisqu'il en est bien question, fait plutôt présumer contre son auteur une acceptation donnée à l'arbitrage des litiges sportifs.

A : La licence de joueur

Quoiqu'au premier abord, elle fait penser à la liberté, la licence se conçoit profondément par rapport à la restriction de cette même liberté qu'elle tourne au préalable en dérision avant de s'en accaparer. Déjà était-elle anciennement considérée comme un désordre moral provenant d'une liberté incontrôlée. Schématiquement, on peut se représenter que dans un secteur d'activité mis sous réglementation, la liberté de s'y aventurer devient un amas de biens détenu par un certain hercule qui se donne le plaisir d'en distribuer en petites parcelles éphémères non pas à tous les demandeurs, mais à ceux parmi eux dont la tête lui plaît.

BY NC ND

La définition lapidaire du Petit Robert est révélatrice : « *Licence : Droit, liberté (de faire ou de dire quelque chose) en vertu d'une permission donnée par une autorité supérieure* »[416]. Il faut évidemment voir en toile de fond l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Or le pouvoir dans sa mouvance, son déploiement, se démarque à plus d'un titre de la convention qui à l'origine, fut conçue pour encadrer les rapports entre personnes de force égale. Derrière le mot autorisation qui porte les stigmates reconnaissables de la licence, se cachent l'autorité, la puissance. Celle-ci relevant naturellement de l'ordre des faits, se mesure par la force[417]. Dans ce cadre, l'autorisation prend de sérieuses distances avec l'accord ou le consentement qui la porte, pour signifier plus concrètement l'agrément, la permission.

En quelques mots, ils sont l'expression d'un rapport de force entre un dominant et un dominé, sans commune mesure avec les rapports contractuels classiques. Il s'ensuit que la licence sportive reste une autorisation limitée dans le temps que délivrent les autorités sportives et sans laquelle l'attributaire ne peut « *participer au fonctionnement et aux activités* »[418] qu'elles organisent. Tel que défini par le vocabulaire juridique de Gérard CORNU[419], on peut incliner à penser que le « *moyennant affiliation* » représente une contrepartie, et donc des rapports contractuels.

Pourtant l'autorisation modifie amplement la situation juridique du bénéficiaire et n'a qu'une influence moindre sur celle de son auteur, resté jusque-là maître de son maintien en cours. Il ressort par exemple des statuts de la Fédération française de football que « *la licence est annuelle et délivrée pour la durée de la saison sportive* (…), *peut être retirée à son titulaire soit pour non-respect de la réglementation administrative ou sportive, soit pour*

[416] Le Petit Robert de la langue française, 2011, p.1454.

[417] Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.) : Dictionnaire de philosophie politique, PUF, 2003, format poche, p. 388.

[418] Article 3 bis des statuts de la Fédération Française de Football.

[419] « Agrément ouvrant droit, pour son bénéficiaire, à la pratique d'un sport ou d'une activité, moyennant affiliation à un club ou à une association ».

BY NC ND

motif disciplinaire dans le respect de la procédure prévue à cet effet »[420]. Il s'agit donc du modèle d'acte unilatéral pris sans négociation préalable, qu'on ne saurait assimiler à une convention. Y voir le fondement d'un arbitrage constitue une aberration du sens des termes juridiques, puisqu'il ne s'agit pas, et ce ne sera jamais assez dit, d'une convention.

B : L'inscription aux Jeux Olympiques

Sous l'angle contractuel, l'inscription aux jeux Olympiques et les licences sportives sont dans leur âme, « *à un iota près, les patates d'un même billon* »[421], c'est-à-dire les variantes d'une même espèce. Car ils sont en cas d'admission, une autorisation unilatéralement et presque discrétionnairement décidée par les pouvoirs sportifs. A la manière des concours au moyen desquels l'administration étatique recrute ses agents, ce sont de procédés destinés à sélectionner avant d'admettre tout soupirant aux titres, gloires et honneurs des prouesses sportives, à la participation aux jeux qu'organise le Comité International Olympique (CIO). Comme le prévoit avec netteté le second point du texte d'application de la règle 45 de la Charte olympique, « ***les procédures et*** *les* ***délais pour les inscriptions des concurrents*** *aux compétitions sportives des Jeux olympiques (JO),* ***ainsi que leur admission, sont établis*** » et non pas négociés **par le CIO[422]**.

L'acte de candidature du soupirant serait-elle perçue comme une offre et dans ce cas, l'acceptation nouerait une convention entre les parties et légitimerait la clause d'arbitrage insérée dans le formulaire. En réalité, loin d'être une offre de contracter, la candidature se situerait du côté de l'acceptation du candidat. Mais sa volonté est focalisée sur un objectif autre que la clause compromissoire qui, même portée à sa connaissance, reste subsidiaire. Le nombre limité de places offertes par rapport à celui des

[420] Article 3 bis op. cit.

[421] Dieudonné TOUKAM : Parlons Bamiléké – Langue et culture de Bafoussam, L'Harmattan, 2008, p. 20.

[422] Cf. art. 45 de la Charte olympique.

BY NC ND

nécessiteux range juridiquement l'inscription aux JO dans la catégorie des concours et non des conventions. Pourtant, il est clairement inséré dans le formulaire prévu à cet effet une "acceptation" du candidat à l'arbitrage.

Serait-on tenté d'y voir une offre des autorités sportives ? Il n'en est point parce que l'acte de candidature à lui seul suffirait à nouer une convention avec tous les postulants. Or seule "l'acceptation" de l'organisme sportif les autorisant à prendre part aux compétitions implique le consentement à l'arbitrage. Le TAS à ce sujet soulève la portée de l'article 74 de la Charte Olympique pour décider que « ***seuls les athlètes "olympiques", à savoir dûment accrédités*** *par le Comité International Olympique, [sont] en mesure de* [s'en] *prévaloir pour* [le saisir]… *Les athlètes ayant uniquement un intérêt à participer aux Jeux Olympiques ne pouvaient se prévaloir de cette clause d'arbitrage* »[423].

Le refus des organismes sportifs d'admettre un sportif dans l'arène n'entraîne pas l'effectivité de l'arbitrage comme en donne témoignage une sentence du TAS rendue le 15 août 2000. Dans cette affaire, une tenniswoman prenant appui sur l'article 74 de la Charte Olympique[424], avait attaqué devant le TAS une décision du Comité National Olympique et Sportif Français (CNOSF) pour avoir « *présenté la sélection française dont* [elle] *était exclue* », aux JO de Sydney ; et ce selon elle, en violation de l'article 19 de la loi française du 6 juillet 2000 en vertu duquel le CNOSF "*procède à l'inscription des sportifs puis à leur engagement définitif aux Jeux Olympiques*". Sans ambages, le TAS lui a répondu que les conditions de la mise en œuvre d'une procédure arbitrale n'étaient pas remplies et l'empêchait de statuer sur le fond de l'affaire[425]. En France, un tel refus peut

[423] Sentence TAS NAG 1 Puerto Rico Ski Federation and David Quinn Steele Jr c/ International Olympic Committee citée in Arbitrage TAS 2000/A/288 T . c/ Comité National Olympique Français (CNOSF), consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/288.PDF

[424] Article 74 de la Charte Olympique : « *Tout différend survenant à l'occasion des Jeux Olympiques ou en relation avec ceux-ci sont soumis exclusivement au Tribunal arbitral du Sport, conformément au Code de l'Arbitrage en matière de sport* ».

[425] Arbitrage TAS 2000/A/288 : T. c/ Comité National Olympique Français (CNOSF), op. cit.

cc BY NC ND

en principe être contesté devant le juge de l'excès de pouvoir, même en référé. Mais la Chambre arbitrale du sport (CAS) créée par le CNOSF en son sein, pourra désormais y répondre, en permettant même d'urgence au sportif professionnel de prendre part aux compétitions dont l'organisateur l'exclut[426].

Dans cette décision, la motivation du TAS cache à peine le caractère non consensuel de l'arbitrage des litiges sportifs, si surtout c'est le sportif qui s'en prévaut. La parade avait été vite trouvée dans l'absence d'une "clause d'arbitrage en faveur du TAS" dans les statuts et règlements du CNOSF, avant qu'il lui soit, citant sa propre jurisprudence, « *rappelé que, lors même que la convention d'arbitrage ne devait pas nécessairement être insérée dans un contrat, ni même être signée par les deux parties, celle-ci devait* ***établir clairement, en la forme écrite, le consentement*** *mutuel des parties* ». Sachant que l'athlète n'est pas, sauf circonstances très exceptionnelles, l'auteur des écrits qui portent la signature valant acceptation de la clause d'arbitrage, encore moins du formulaire d'inscription aux JO, il lui est nettement impossible de fournir une telle preuve.

Cette position déjà bien solide vient de s'enrichir d'une sentence rendue tout récemment par la chambre *ad hoc* du TAS aux JO 2012 de Londres dans l'affaire du Boxeur irlandais Joseph WARD. Celui-ci a saisi le TAS d'une demande d'arbitrage aux fins d'obtenir l'infirmation de la décision « *des autorités compétentes* [pour n'avoir] *pas appliqué correctement les critères de qualification en ce qui le concerne* ». Cette demande n'a connu aucun bonheur, car la formation du TAS s'est déclarée incompétente pour y statuer. En fait, le demandeur n'étant pas devenu par sa non-qualification "boxeur olympique" sa bataille pour faire valoir un consentement à l'arbitrage n'a pu dans cette configuration prospérer.
Si le libellé de la clause d'arbitrage ne brille pas par une clarté sur ce point, la raison c'est qu'on a affaire aux "autorités" qui n'ont pas de compte à

[426] Cf. Florent LAJAT : La chambre arbitrale du sport du CNOSF, RJES-JURISPORT 129, mars 2013, pp. 18 – 21.

BY NC ND

rendre de leur décision. Afin que quiconque le sache une fois pour toute, les arbitres rappellent que même dans l'hypothèse où la compétence du TAS était retenue, cette demande restait vouée à l'échec, car « *WARD n'aurait pu bénéficier d'aucune place qualificative, même si une telle place avait été libérée sur la base de son argumentation que Bosco DRASKOVIC n'était pas éligible par la Commission tripartite* »[427]. Dans ce cadre, et sans qu'il soit besoin de le voir en perspective, la décision de qualification qui emporte *de facto* consentement à l'arbitrage des litiges sportifs est tributaire non pas de la volonté de l'athlète, mais du très discrétionnaire bon vouloir de l'autorité sportive.

Il ne fait donc plus l'ombre d'un doute que l'inscription aux JO ne peut juridiquement pas revendiquer une parenté avec les conventions. Y fonder le consentement à l'arbitrage biaise considérablement la base fondamentale de cette pratique. Il n'en ressort sincèrement qu'un arbitrage unilatéralement imposé alors qu'il doit en principe être librement consenti. Ce que reconnaît pourtant indubitablement le TAS lorsqu'il énonce clairement que « *la procédure arbitrale étant purement volontariste, il y a lieu de s'assurer de l'existence d'un tel consentement donné par les parties* »[428]. Or ce n'est que la volonté d'une seule partie qui joue ici, car l'"accréditation" qui sanctionne la candidature par voie d'inscription aux JO n'est pas équivalente à la convention dans son sens étymologique, et ne peut sans sérieuses réserves constituer la source du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs.

C : Les actes relatifs à l'exercice de recours

Il s'agit des actes qui visent certes à modifier l'ordonnancement juridique, mais qui ne sont pas destinés à nouer une convention. Au contraire, la manifestation de volonté ici cherche autre chose que le contrat. Tantôt son

[427] Sentence TAS du 26 juillet 2012, Joseph WARD c/ International Olympic Committee cf. Communications aux médias (2) sur www.tas-cas.org/d2wfiles/document/6148/5048/0/201220Com20Media202.pdf consulté le 30 juillet 2012.

[428] Arbitrage TAS 2000/A/288 T . c/ Comité National Olympique Français (CNOSF) op. cit.

BY NC ND

auteur l'exprime pour administrer le cheminement devant déboucher sur une décision, visant les mêmes finalités que ceux qu'on désigne dans le langage du palais les actes d'administration judiciaire. Au TAS, on parle d'ordonnance de procédure (1). Tantôt son initiateur cherche à obtenir par exemple le retrait d'une décision qui lui fait grief, comme le recours en excès de pouvoir devant le juge administratif. Les pouvoirs sportifs préfèrent la dénomination "procédure d'appel" (2) alors que dans l'orthodoxie juridique, l'appel est un recours contre la décision rendue en premier ressort par le tiers impartial.

1) "L'ordonnance de procédure"

L'ordonnance rappelle immédiatement dans le souvenir du public l'acte du médecin par lequel il fait en douceur certes, mais commandement tout de même, au pharmacien ou aux infirmiers de vendre tels médicaments ou d'administrer tels soins à un patient. Mais dans la sémantique venue du palais de justice, l'ordonnance est la décision prise en principe par un juge seul, généralement exécutoire sur minute avant provision, et parfois assortie d'astreintes comminatoires ou non. Prototype de l'acte juridique unilatéral, l'ordonnance participe de ces mots qui font bouger les choses, qui changent la situation juridique. Le domaine d'élection des ordonnances est bien sûr dans l'administration, aux mains du pouvoir exécutif, auteur sans pareil des ordres, d'où la plénitude du sens du pouvoir réglementaire.

Les ordonnances portent ainsi la marque du pouvoir, l'expression de la force, et rappellent sans coup férir l'image de la main de fer dans un gant de velours, tant est redoutable leur vigueur, même en douceur. Elles font généralement injonction, commandement de faire ou de ne pas faire. Ce qui est communément appelé "un rappel à l'ordre" concrétise évidemment cet « *acte par lequel un chef, une autorité manifeste sa volonté ; (…)* [en recourant aux] *dispositions impératives* »[429] qui s'infligent à son ou ses destinataires et ne leur laissent que l'unique alternative de s'y soumettre, d'obéir qu'il(s) le

[429] Le Petit Robert 2011, p. 1756

BY NC ND

veuille(nt) ou non. Le consentement n'a pas de place ici. En face des ordres, le destinataire obtempère ou y contrevient. Dans ce dernier cas, l'attitude pourra être qualifiée de rébellion et traitée comme telle.

L'ordonnance est donc un acte juridique, mais pas une convention. Y faire naître un arbitrage est à tout le moins une dénaturation supplémentaire du sens des mots. Lorsqu'on ordonne, il n'y a ni offre, ni négociation. *A fortiori* il n'y a pas de rencontre de volonté au sujet d'un même point, encore moins de liberté d'accepter. Pourtant, de l'avis TAS, « *il y a lieu de relever que les deux parties, en signant l'ordonnance de procédure du 30 mars 1998, ont accepté de soumettre leur litige au TAS…* »[430]. Bien plus encore, même si au regard de la pratique des voies de recours devant les juridictions étatiques, il peut être permis d'affirmer qu'"appel sur appel ne vaut" ; la jurisprudence arbitrale des litiges sportifs l'admet. Pour les arbitres en effet, « *toute décision rendue par le tribunal d'appel [d'un organisme sportif] peut faire l'objet d'un appel au TAS à Lausanne … [dont] les parties ont expressément reconnu la compétence (…) en signant l'ordonnance de procédure du 31 octobre 2001* »[431]. En tout état de cause, le consentement à l'arbitrage est établie et sa compétence. Le Règlement du TAS institue ce faisant un lien d'instance arbitrale sur tout justiciable qui côtoie son monde et exprime le besoin de contester une décision prise à son encontre. Pour le TAS, l'expression de ce besoin équivaut au consentement à l'arbitrage.

2) L'exercice d'une voie de recours

Il ressort de l'article R27 du Code de l'arbitrage en matière de sport que celui-ci entre en application si le litige a « ***trait à l'appel d'une décision rendue par un tribunal disciplinaire ou une instance analogue d'une***

[430] Arbitrage TAS 98/185, sentence du 22 juillet 1998, aff. Royal Sporting Club Anderlecht c/ UEFA, p. 4, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas cas.org/ sites/CaseLaw/shared%20Documents/185.PDF

[431] Arbitrage TAS n° A/340, sentence du 19 mars 2002, aff. S. c/ Fédération Internationale de Gymnastique (FIG), JDI 2003.1, pp. 308-321, obs. Gérald SIMON, plus précisément en p. 312.

BY NC ND

fédération, d'une association ou d'un autre organisme sportif *lorsque les statuts et règlements de cet organisme ou une convention particulière prévoient l'appel au TAS* ». Sur la procédure arbitrale dite d'appel, l'article R47 du même code reprend *in extenso* cette disposition. Mais Les statuts et autres actes réglementaires des associations sportives ne laissent pas la latitude aux sportifs de saisir le juge étatique des contestations qu'ils pourraient élevées contre les mesures disciplinaires prises à leur encontre, malgré la façade de liberté d'option qui se dégage de la lecture de ces dispositions.

En réalité, les statuts et les règlements des organismes sportifs font de l'arbitrage la seule issue de gestion de leurs litiges avant de les prescrire à tous partenaires. Presque sans rémission, il n'est surtout pas question pour qui que ce soit, de porter en contestation une décision rendue par ces "*autorités*"[432], même si elle lui fait grief, devant le juge étatique. A ce propos, les Statuts de la FIFA font interdiction formelle de saisir le juge étatique, avant d'imposer sous peine de sanctions, à toutes les associations affinitaires de prendre à travers leurs statuts ou règlements, des dispositions en ce sens. Bien entendu, elles sont tenues de prévoir *« que les recours contre les sanctions prononcées sont* [à soumettre] *uniquement à la juridiction arbitrale et ne peuvent pas non plus être déposés auprès d'un tribunal ordinaire* »[433].

Il suinte clairement de l'article 64 alinéa 4 des statuts de la Ligue Suisse de Hockey sur Glace (LSHG) que tous les litiges l'opposant à ses membres ne seront soumis qu'au TAS, "***sans possibilité d'appel à des tribunaux civils***". En toutes circonstances, les sociétaires s'engagent *manu militari* « *à se plier sans réserve à la sentence prononcée* » fût-elle fortement contestable. Même par simple bon sens, on se trouve là carrément hors des simples

[432] Cf. article R52, alinéa 2 du Code de l'arbitrage en matière de sport : "… **l'autorité** qui a rendu la décision attaquée".

[433] Article 64, alinéa 2 et 3 des statuts de la FIFA.

BY NC ND

rapports contractuels. Ce sont profondément des rapports de force sous le couvert des conventions.

Cela autorise à "penser à haute voix" qu'emprunter une voie unique pour contester une décision va au-delà des profits excessifs nés des utilités des contrats. Pourtant, le TAS en déduit très logiquement qu'**il y a libre consentement à son arbitrage pour chaque partie qui « *a**, d'une part, adhéré aux statuts de la LSHG et, d'autre part, **admis la compétence du TAS par son appel***. »[434]. Il ne reste que cette voie d'action, pourtant les arbitres du TAS y trouvent l'existence du consentement à l'arbitrage. A leur avis en tout cas, « *si toutes les parties ont expressément accepté de procéder devant la FIFA, puis devant le TAS, elles ont consenti à se soumettre à la réglementation de la FIFA et à celle du TAS (…) à partir du moment où certaines parties à une décision de la Chambre de résolution des litiges de la FIFA ont exercé valablement leur droit d'appel …* »[435].

Ces dispositions démontrent que la lecture que se donnent du droit les organismes sportifs se situe très largement en décalage avec l'orthodoxie juridique. En effet, il est absurde de considérer qu'une telle "source" d'arbitrage prévue à l'article R 47 du Code de l'arbitrage en matière de sport est équivalente au consentement. En plus, il ne s'agit pas à proprement parler d'un appel, dans la mesure où « *les instances disciplinaires des fédérations sportives ne sont pas des juridictions (…) et n'exercent pas une mission juridictionnelle* »[436], mais des instances disciplinaires, bras séculiers desdits organismes chargés d'assurer par eux leurs missions de police.

---

[434] Arbitrage TAS 95/139, sentence du 21 déc. 1995 : HC Y c/ Ligue Suisse de Hokey sur Glace (LSHG), p. 4 ; consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/139.PDF

[435] Arbitrage TAS 2009/A/1960 Trabzonspor c/ LOSC Lille Métropole & TAS 2009/A/1961 LOSC Métropole c/ Trabzonspor & T., sentence du 5 mai 2010, pp. 1 & 14, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/1960-1961.PDF

[436] Eric LOQUIN : observations sous sentence TAS n° 2001/A/350 du 25 mars 2002, aff. M. & S. & C. & Soc. P. c/ Fédération Cycliste Italienne (FCI) ; JDI 2004, p. 294 ; cf. aussi Gérald SIMON : L'arbitrage juridique en matière sportive, Rev. arb. 1995, n° 2, p. 194.

BY NC ND

§2 : LES NORMES-RÈGLES PRISES POUR SOURCE DU CONSENTEMENT

Les normes renvoient à « *l'instrument de mesure, de référence qui permet d'apprécier, dans chaque situation, ce qui va se passer si les conditions d'application de la règle sont réunies* »[437]. Dès qu'elles sont assorties de sanction, elles sortent du champ moral qui se contente des simples remords pour devenir juridiques. La sanction apparaît donc comme le critère essentiel des normes juridiques. Cette catégorie juridique s'affirme en ne laissant très souvent qu'une très réduite marge de manœuvre, voire en ignorant tout reconnaissance à la volonté des sujets auxquels elle s'applique. Dans la gestion des différends du monde sportif, il y est fait recours, si bien que la volonté des assujettis est réduite juste à se soumettre à l'arbitrage, tel qu'en témoignent les codes et lois (A), les directives (B) ou les règlements intérieurs (C) y consacrés.

A : Les codes et lois

Le code est une compilation de dispositions légales destinées à régir une matière, un secteur d'activités ou une organisation plus ou moins étendue. Contrairement aux conventions, il est par vocation opposable *erga omnes*, sans que la volonté individuelle en soit d'une moindre nécessité. Il en est ainsi du Code mondial antidopage qui, avec la courtoisie coutumière aux relations internationales entre personnes de droit public, invite d'un côté chaque gouvernement à privilégier « *l'arbitrage comme moyen de résolution des différends liés au dopage* »[438]. Mais cette courtoisie ne lui enlève pas la vigueur et surtout la sanction congénitales aux codes.

La différence fondamentale des codes et lois d'avec le contrat tient en principe à cette absence notoire du jeu de la volonté individuelle dans son effectivité. En faire la source de l'arbitrage est tout aussi étrange que de

[437] Laurence BOY : NORMES, RIDE, 1998 n° 2, pp. 129 ss.

[438] Article 22.3, version 2009.

BY NC ND

vouloir conserver à cette catégorie juridique [le même lissage] après tant de boursouflures reçues.

Dans le livre 2 de son introduction générale au droit consacré aux "composantes du droit", le Professeur François TERRÉ évoque au premier rang des normes la loi. Considérée comme l'"*expression de la volonté générale*" et non pas la volonté individuelle, la loi est l'incarnation par essence de l'unilatéralisme. Mais c'est dans sa définition restrictive qu'il convient de chercher son sens profond : la loi est la source de droit à qui mission a été confiée par la constitution de créer les règles applicables dès que la circonstance concernée s'y prête.

Le fondement incontestable de son autorité tient à son origine : elle est la volonté du législateur et en tant que telle, elle s'impose aux volontés individuelles. C'est bien parce que celui-ci ne peut tout prévoir que la loi laisse la possibilité aux acteurs de la vie juridique de se créer des obligations mutuelles entre eux, sans outrepasser les limites qu'elle fixe. Ainsi, la loi peut encadrer les obligations conventionnelles, sans évincer complètement le contrat lui-même. Elle s'en distingue fondamentalement en ce qu'elle produit ses effets *erga omnes*.

Or la convention a la particularité foncière de ne tenir vigoureusement en principe, que les parties qui l'ont faite, si bien que pour en être assujetti, il faut au préalable l'avoir voulu. A partir du moment où c'est la loi qui crée et instaure l'arbitrage des litiges sportifs, on est fondé à affirmer qu'il n'y a plus convention ou mieux arbitrage, si tant est que ce dernier ne se conçoit étymologiquement que dans le cadre d'une convention. Ici, la loi n'a plus seulement restreint la liberté des parties, mais l'a complètement supplantée en lui ôtant toute participation dans l'érection même de l'arbitrage.

Dans la mesure où elle prescrit ou interdit une action, la loi afflige la volonté. Prescrire ou interdire sont l'équivalent de l'ordre émanant d'un supérieur et à destination d'un inférieur qui doit obéir en s'exécutant. Thomas HOBBES

BY NC ND

ne fit pas une pirouette pour planter le décor qui sied à son sens profond : la loi, glisse-t-il, « *est proprement la parole de celui qui commande aux autres* », car « *c'est l'autorité, non la vérité qui* [la] *fait* »[439]. Ainsi, lorsque l'Agence Mondiale Antidopage édicte l'obligation à tout contestataire de décisions rendues par ses organes d'épuiser les voies de recours internes, avant de se porter en appel, elle n'entend pas s'encombrer de ce qu'il en pense, alors même qu'elle-même « *n'a pas à épuiser les recours internes* »[440] pour faire appel d'une décision qui ne l'agrée pas. Dans cette perspective positiviste, le caractère obligatoire « *de la loi procède non de son contenu, mais de sa forme et des modalités de son édiction* »[441]. Le Code Mondial Antidopage (CMA) par exemple, s'impose à tous les sportifs sans qu'il soit besoin d'en appeler à leur volonté. Avec la même ferveur, il organise les modalités de l'appel contre les décisions de ses organes, en prévoyant pour les cas comportant un élément d'extranéité, qu'il ne peut se faire uniquement que devant le TAS[442].

La tendance à rendre très officiellement obligatoire l'arbitrage des conflits nés du sport professionnel par la loi, bien entendu sans concours de la volonté du justiciable, a commencé aux Etats-Unis où en 1974, par un amendement des statuts du Comité Olympique américain (United States Olympic Committee-USOC-), le législateur a d'abord « *imposé aux fédérations nationales de prévoir un système d'arbitrage pour résoudre les litiges relatifs à la participation aux Jeux olympiques* »[443]. Ensuite, il a intégré lesdits statuts dans l'"US Amateur Sports Act" de 1978, révisé en 1998 par le "Ted Stevens Olympic and Amateur Sports Act"[444] . Il en ressort notamment que tous les athlètes, toutes les fédérations nationales et organismes sportifs nationaux

[439] Thomas HOBBES : Le Léviathan, XXVI, 1971, p. 295, n° 81.

[440] Article 13.1.1 du CMA .

[441] Jean-François KERVÉGAN : LOI, in Monique CANTO-SPERBER (dir.) : Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, PUF, 1996, p. 857.

[442] Article 13.2.1 du CMA.

[443] Antonio RIGOZZI: L'arbitrage international en matière de sport, op. cit., p 128, n° 222.

[444] Codifié au 36 USC Sec. 220501 et suiv. du United States Code.

BY NC ND

(“*amateur athletes, national gorverning bodies and amateur sports organizations*”) ne peuvent recevoir reconnaissance et l’accréditation officielle pour représenter les Etats-Unis dans les différents championnats mondiaux et compétitions internationales que s’ils s’engagent à soumettre tout litige y relatif à un bureau régional de l’American arbitration association (AAA).

Cette pratique a tout de suite fait ses tentacules au Canada. Par la Loi L.C.2003, ch. 2 du 19 mars 2003 (dernière modification le 17 octobre 2011) prise pour favoriser l’activité physique et le sport, a créé le Centre de règlement des différends sportifs du Canada (CRDSC). En vertu de son article 10 alinéa 1er, ce centre reçoit pour mission de « *fournir à la communauté sportive un service pancanadien de règlement extrajudiciaire des différends sportifs ainsi qu’une expertise et une assistance en la matière* », dans les cas où les protagonistes n’arrivent pas à s’accorder sur une solution amiable. Cette Institution née de l’initiative de la communauté sportive du Canada est transformée par la loi en un Tribunal arbitral où se résolvent tous les litiges relatifs aux activités sportives au Canada. Le “Tribunal ADR-sport-RED” créé par la loi garde une nature privée, mais reçoit son financement des fonds publics canadiens à travers “Sport Canada”, ce dernier étant une subdivision du ministère canadien du patrimoine[445].

Le Tribunal ADR-sport-RED reste ainsi une personne à but non lucratif de droit privé, chargée de la gestion d’un service public même s’il est autorisé par l’article 11 de la loi à « *conclure des contrats ou des accords sous son propre nom, effectuer des études touchant à ses attributions* ». Une espèce d’extériorisation du service public de la justice confiée aux spécialistes d’un domaine précis, mais qui n’appartiennent pas au corps de la magistrature. Mais cela n’y absout pas le caractère obligatoire du consentement à l’arbitrage, comme on en trouve dans certaines obligations légales de contracter[446].

---

[445] Cf. http://pch.gc.ca/pgm/sc/legltn/index-fra.cfm laws-lois.justice.gc.ca/PDF/P-13.4.PDF; (visité le 11/10/1012); Antonio RIGOZZI: L’arbitrage international en matière de sport, op. cit., pp 146-149, n° 268-272.

[446] Comme en matière d’assurance automobile par exemple.

BY NC ND

Cette mixture du public et du privé tend plutôt à protéger ses usagers car elle ne paraît pas nuisible à leurs droits. Elle paraît plus avantageuse dans la mesure où le financement d'origine public concourt à préserver sa neutralité et son indépendance, tandis qu'est désengorgé le service public de la justice, le tout s'ajoutant à l'expertise des arbitres qui y officient. Pour ces raisons, même s'il y a consentement forcé à l'arbitrage, les droits des sujets consentants seraient plutôt préservés ou mieux, ménagés.

On ne saurait se contenter de qualifier d'arbitrage sans un attribut destiné à préserver le sens de ce mot lorsqu'il n'est plus issu de la volonté des parties. Il y a pour ainsi dire un arbitrage obligatoire dans la loi espagnole du 15 octobre 1990, qui en ses articles 87 et 88, crée un organisme indépendant pour connaître comme arbitre ou conciliateur extrajudiciaire de tout litige touchant au sport, avec surtout la consécration de la renonciation expresse des parties de saisir le juge étatique de ses revendications[447]. C'est dans la même obédience que s'inscrivent les lois de nombreux Etats qui ont érigé l'arbitrage en mécanisme obligatoire de gestion des litiges sportifs. On en rencontre notamment en Grande Bretagne, en Italie, en Pologne, en Chine etc.

Lorsque c'est la loi qui institue l'arbitrage des litiges sportifs, elle ne laisse plus aucun rôle à la volonté des parties. La raison de le considérer comme une justice contractuelle, car l'intervention législative dans ce mécanisme en fait un arbitrage autoritaire. Une absurdité en sort dans la mesure où même un désaccord entre les parties sur le rapport de base ne les installe pas dans une impasse, car dans la mesure où le recours au juge étatique reste ouvert, leur imposer le tiers impartial par la loi ne s'avère pas indispensable.

[447] Cf. A. CAMPS-POVILL & CARRETERO LESTON : La structure sportive en Espagne, RJES 1990 – p. 92 ; G. REAL FERRER : Réflexions sur la nouvelle loi espagnole du sport, RJES 1992 – 4, P. 109.

BY NC ND

B : Les directives

Les directives font allusion aux "ordres" de service comme les instructions et recommandations, expriment la fixation d'une norme, le tracé de la ligne de conduite à suivre par une autorité dans l'exercice de ses pouvoirs, en direction de ses subordonnés, lesquels doivent y conformer leurs actions pour garder la cohérence nécessaire au fonctionnement de l'Institution. Les directives connaissent leurs heures de gloire avec la constitution de l'Union européenne, et ont surtout vocation à s'appliquer au domaine économique. Les caractéristiques des directives se présentent comme suit : « *ni tout à fait impérative ni tout à fait incitative, moins qu'un ordre* [formel]*, plus qu'un vœu, la directive correspond à une volonté d'encadrement souple des activités publiques et privées. Elle joue un rôle d'incitation et d'impulsion, ferme sur les fins mais effacée quant aux moyens pour y parvenir* »[448].

Les autorités sportives y font volontiers recours pour conduire les sportifs sur leur prétoire favori. En l'occurrence, lorsqu'elle oblige très poliment les Fédérations sportives nationales à prévoir les clauses compromissoires dans leurs actes (statuts, contrat de travail de joueur, licence sportive, dossier d'affiliation…), et mettent à leur disposition des modèles de convention d'arbitrage à insérer dans lesdits actes. Il n'en faut pas plus pour saisir ici l'efficacité de la voie des directives.

C : Le règlement intérieur des fédérations sportives

Pris au hasard, voici comment s'annoncent généralement les Règlements intérieurs :

> « ***Le Règlement Intérieur, arrêté*** *par le Conseil de l'Ordre,* ***réunit l'ensemble des prescriptions qui,*** *(a) en vertu de la tradition, des usages et de l'article 17 de la loi,* ***s'imposent*** *aux avocats du Barreau et à tous les avocats*

[448] Jacqueline MORAND-DEVILLER : Cours de droit administratif, Montchrestien Lextenso éditions, 2009, p. 380.

BY NC ND

que le Barreau accueille, ***et qui,*** *(b) en vertu du code de déontologie … **s'imposent** aux avocats…* »[449]

Forme la plus usitée d'expression de l'autorité dans les entreprises, le règlement est avant tout une règle contraignante émanant d'un dépositaire du pouvoir dont la vocation première est de s'imposer à tous. Les termes employés et mis en exergue dans l'exemple ci-dessus en disent long : le rapport de domination qu'il exprime ne se limite pas seulement au champ étatique, puisque ce ne sont pas autorités administratives qui établissent les règlements intérieurs dans les entreprises privées par exemple. D'autres lieux de prédilection sont formés des organisations sociales et groupements, lesquels sont pour leur quasi-totalité, dotés chacun d'un règlement, c'est-à-dire d'une « *disposition juridique s'appliquant* [à tous leurs] *membres y compris ceux qui n'y ont pas encore adhéré* »**[450]**.

On parle plus précisément de règlement intérieur pour désigner un ensemble de mesures arrêtées et fixées, opposables à tous parce que la finalité est de régir l'organisation et le fonctionnement du groupement concerné. La volonté du destinataire de la mesure est inefficace ici. A la base, le règlement intérieur se présente comme le recueil des mesures de discipline propres à assurer le fonctionnement permanent des unités de production. Ses dispositions, quoique générales, visent au premier chef les ouvriers, qui peuvent être tentés de s'oublier dans les actes improductifs pendant leur présence à l'usine.

Il est exécutoire comme dans tous les cas de figure où le procédé consacré normal de l'action est lié « *au pouvoir hiérarchique, pouvoir spontané détenu de plein droit par l'autorité supérieure sans qu'un texte soit nécessaire* »**[451]**. Seule la volonté de l'autorité, auteure de la mesure compte : Le Doyen

[449] Extrait de l'article 1.2 du Règlement Intérieur de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, 1992, p. 32.

[450] Gérard CORNU - Association Henri CAPITANT : Vocabulaire juridique, PUF, 2007, p. 790.

[451] Jacqueline MORAND – DEVILLER : Droit administratif, op. cit., p. 310. Principe de droit consacré par le CE dans son arrêt du 30 juin 1950 : Quéralt.

BY NC ND

HAURIOU en disait dans la première édition de son Précis de droit administratif et de droit public publié en 1892 que « *la décision exécutoire est toute déclaration de volonté, émise par une autorité administrative en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés* ».

C'est cette absence, ce refus de la participation de la volonté des autres parties à la gestation, doublé au caractère impératif de l'acte qui donne à son unilatéralisme la plénitude de son sens. Le pouvoir réglementaire du chef de service agissant par représentation du chef d'entreprise a été consacré depuis bien longtemps par la jurisprudence, qui lui a reconnu la possibilité d'édicter des actes réglementaires même sans disposition textuelle[452] préalable, à plus forte raison lorsqu'ils prennent appui sur le règlement intérieur. Les mêmes prérogatives sont dévolues aux fédérations sportives agréées et fort de cela, elles ont aptitude à prendre pareilles mesures, assorties de sanctions disciplinaires. Ces actes ne constituent pour autant pas des actes administratifs, car ne sont passibles de recours, comme pour toutes les personnes de droit privé, que devant le juge judiciaire[453].

Le dépositaire du pouvoir réglementaire édicte ainsi des décisions qui s'imposent à ses destinataires, sans conjuguer avec leur volition. Or la convention s'en distingue justement parce qu'elle fédère le concours d'au moins deux volontés. On ne saurait pour ainsi dire, sans obérer complètement le sens de cette dernière, la trouver dans les règlements, comme l'illustrent les articles 75 des statuts de l'Union Cycliste Internationale (UCI) qui affirme péremptoirement que « *le Tribunal arbitral du sport à Lausanne, Suisse, est exclusivement compétent, à l'exclusion des tribunaux d'état, pour prendre connaissance et trancher les litiges entre les instances de l'UCI, y compris les confédérations continentales, et les litiges entre fédérations* »[454] ; et 32.3 des statuts de la Fédération Internationale de

---

452 CE, Section : 7 fév. 1936, Jamart, Rec., p. 172 ; S. 1937.3.113, note Jean RIVERO ; GAJA n° 51, p. 313.

453 CE : 19 déc. 1988 Mme PASCAU, Rec., p. 459 ; Gaz. Pal 1989,2,589, concl. VIGOUROUX ; D. 1990, Somm. 280, obs. DUDOGNON ; AJDA 1989, 271, obs. MOREAU ; cf. Charles AMSON : Droit du sport, op. cit., p. 38, n° 70.

454 Consultable sur www.uci.ch visité le 25/10/2012.

BY NC ND

Basketball (FIBA), lequel renvoie simplement l'auteur du consentement à ses règlements internes pour se renseigner au sujet des dispositions opérationnelles de son tribunal arbitral[455] pour s'y conformer.

A bien saisir le sens qu'en donnent les arbitres du TAS, les règlements des organismes sportifs se présentent comme la source première de la convention d'arbitrage ; si bien qu'en faire un acte spécial au regard de la particularité de son objet s'avère plutôt subsidiaire. En l'occurrence, « *il est établi que les statuts et règlements du CNOSF ne contiennent pas de clause d'arbitrage spécifique en faveur du TAS. Il reste donc à examiner si les parties ont conclu une convention d'arbitrage particulière concernant le présent litige* »[456]. Ils font ce faisant une lecture littérale de l'article S1 des statuts du TAS pour lequel la source conventionnelle de l'arbitrage n'est classée qu'en dernière position.

[455] Consultable sur www.fiba.com visité le 25/10/2012.

[456] Arbitrage TAS 2000/A/288 T. c/ Comité National Olympique Français (CNOSF), consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/288.PDF

BY NC ND

Résumé chapitre 1

Comme un appendice incontournable, la clause d'arbitrage est accrochée à tous actes et documents liés aux activités du sport professionnel organisé. Presque tous ces actes sur lesquels est fondé le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs ont un caractère unilatéral affirmé. Il peut être permis de dire comme l'ont déjà fait les arbitres du TAS épinglant le déséquilibre contractuel entre un club et un joueur, qu'« *un tel mécanisme n'a de contractuel que la forme* »[457]. Cette mixture de l'unilatéral et du consensuel sur le compte de la convention d'arbitrage des litiges sportifs, aussi curieuse qu'elle puisse paraître, non seulement sur ce point fait l'affaire de ses stipulants, mais s'accompagne d'une étrangeté supplémentaire tout aussi spéciale comme en témoigne l'analyse de l'objet dudit consentement.

[457] Sentence TAS 2005/A/983 & 984 du 12 juillet 2006, aff. Club Atlético Peñarol c/ Carlos Heber Bueno Suarez, Cristian Gabriel Rodriguez Barrotti & Paris Saint-Germain, p. 2, point 6, consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/

BY NC ND

Chapitre 2 : LA SINGULARITE DE L'OBJET DU CONSENTEMENT

La volonté dont le consentement concrétise l'extériorisation est le principe déterminant de l'action qui découle d'une représentation, à savoir celle de la fin. L'objet de cette fin ainsi représentée précède le commencement de l'action après avoir mis en éveil la volonté[458]. S'il exerce un attrait sur cette dernière en tant qu'objet du désir, c'est en raison de ce que, disait ARISTOTE, cet objet est bon, d'autant plus que « *ce vers quoi tout tend, c'est le bien* »[459] pour soi *a priori*, peut-on ajouter.

Dans cette perspective plutôt réaliste, mais qui s'inscrit à contre-courant de l'impératif catégorique d'autodétermination de KANT[460], le consentement devient l'aboutissement d'un processus allant de la représentation d'un objet, puis de l'évaluation de ce que le sujet y trouve bon, pour s'achever par le mouvement d'appropriation de la chose. Le consentement doit ainsi porter sur quelque chose, sur un objet pour se parfaire. Il importe de l'examiner avec soin, en raison de ce qu'en matière d'arbitrage des litiges sportifs, il a une particularité qui bâtit la trame de sa spécificité. L'objet est lui-même un concept aux contours variables. Emmanuel KANT en dit que c' « *est ce dans le concept de quoi est réuni le divers d'une intuition* »[461].

Ce "*divers d'une intuition*" laisse entier le mystère sur son sens si l'on s'arrêtait là, tant sa diversité reste insaisissable d'un coup par la conscience.

---

458 Yves-Jean HARDER : la volonté in Monique CANTO-SPERBER (dir.) : Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, PUF, 1996, p. 1607.

459 ARISTOTE : Ethique à Nicomaque, I, 1094, *a3*.

460 Le rapport de la représentation de l'objet au sujet qui le désire « *se nomme le plaisir pris à la réalité de l'objet* » Emmanuel KANT : Critique de la Raison Pure, §2, Ak., V, 21, cité par Yves-Jean HARDER, ibidem.

461 Emmanuel KANT : Critique de la raison pure, "Analytique transcendantale", 2e éd. PUF, p. 115.

BY NC ND

Même en lorgnant du côté de son étymologie, cette difficulté n'est pas dissipée, car venu du latin médiéval *objectum,* l'objet signifie ce qui est "*jeté ou placé devant*". La définition qu'en donne Karl JASPERS témoigne de cette immensité insaisissable d'un coup : « *Nous appelons objet au sens large*, dit-il, *tout ce qui se trouve en face de nous, tout ce que nous voyons par le regard intérieur, spirituel, ou par le regard extérieur grâce aux organes des sens, tout ce que nous saisissons et pensons* »[462].

Ceci invite à procéder par découpage minutieux des différents sens que ce concept emporte dans les usages qui en sont faits. Dans son acception concrète, l'objet fait allusion à « *toute chose (y compris les êtres animés) qui affecte les sens* »[463]. Est ainsi visée toute réalité matérielle, tangible ou maniable qui s'offre à la vue et l'objet épouse ici les contours de la chose, que les allemands appellent « *das ding* ». Mais l'objet ne doit nullement être cantonné dans la dimension ontologique, tant c'est sa dimension abstraite même qui l'érige au rang de concept.

L'objet va donc bien au-delà des broutilles et colifichets qui forment ce que Platon appelait le "*tombeau de l'âme*", pour viser tout « *ce qui est pensé, représenté en tant que distinct de l'acte par lequel il est pensé* »[464], sans toutefois faire abstraction d'« *une partie des phénomènes observables qui donne lieu à la manifestation, dans les relations répétables, de valeur constante d'un certain nombre de paramètres.* »[465]. Ce dernier volet fait glisser en pente douce vers la matière d'une pensée, d'une religion, voire d'une science et forme ainsi les activités de l'esprit.

L'approche psychanalytique a le mérite d'être clair. On y voit dans l'objet « *ce qui est visé par le sujet dans la pulsion, dans l'amour, dans le désir* »[466].

[462] Karl JASPERS : Psychopathologie générale, ALcan, pp. 50-51.

[463] Le Nouveau petit Robert de la langue française 2009, sous objet.

[464] Jacqueline RUSS : Dictionnaire de la philosophie, Bordas, 1996, p. 196.

[465] Jean ULLMO : La pensée scientifique moderne, Flammarion, p. 49.

BY NC ND

Même doté de raison, l'homme à la façon des autres êtres de chair et de sang voire même plus, demeure enclin à suivre les inclinations sensibles. C'est pour cela que l'objet forme le but, la fin, le dessein vers quoi cheminent l'action, le désir, et bien entendu la volonté dans son effort. Peut-on vouloir sans vouloir quelque chose ? Ceci s'avère d'autant plus fondamental que concrètement, il faut à l'"être" pour s'accomplir pleinement, l'"avoir".

Au-delà de la satisfaction des besoins (qui se présentent comme des "pulsions d'autoconservation"), l'objet remonte même l'inconscient pour s'ériger en moteur des véritables pulsions[467]. En tout état de cause, chacun devra aller vers ce qu'il désire tant il ne fait pas l'ombre d'un doute qu'à l'origine, cet "avoir" recherché ne lui est pas lié, ne fait pas corps avec lui. N'est ce pas exactement pour ce manque que l'objet est recherché et voulu ? Ce d'autant plus qu'*a contrario*, il ne susciterait plus de convoitise dès lors qu'on le possède déjà.

Or, lorsque le besoin l'exige alors qu'il s'avère impossible d'y subvenir en se l'octroyant *ex-nihilo*, l'échange devient incontournable d'où le contrat. Au nombre des exigences rendues indispensables à la formation du contrat par l'article 1108 du code civil, il faut un « *objet certain qui forme la matière de l'engagement* » faisant ainsi allusion aux prestations et/ou contreprestations que les parties se feront en contractant.

Celles-ci doivent ainsi s'accorder sur "*quelque chose de précis*"[468], c'est-à-dire non sujette à équivoque. La doctrine de l'autonomie de la volonté dans son sens profond enseigne de laisser aux parties, sur le fondement de leur liberté contractuelle, celle de déterminer le contenu de leur convention. C'est le

---

[466] Bernard VANDERMERSCH : Objet in Grand Dictionnaire de la Psychologie, Larousse, 1999, p. 632.

[467] L'objet de la pulsion, écrit FREUD, c'est « *ce en quoi ou par quoi elle peut atteindre son but* » : Sigmund FREUD, "Pulsions et destin des pulsions", 1915, cité par Bernard VANDERMERSCH, ibidem.

[468] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 264, p. 274.

BY NC ND

principe consacré en droit positif des contrats, avec pour limite évidente, l'interdiction faite aux parties dans la jouissance de cette faculté, de ne pas « *déroger par conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »[469].

La convention d'arbitrage en général se noue évidemment sur un objet, dont la nature spéciale tient au fait que le caractère certain exigé par l'article 1108 du code civil, se brode plutôt autour d'un aléa, d'une incertitude ; car cet objet n'a pas absolument à se réaliser pour que la convention porteuse soit valable. Celui-ci serait donc la caractéristique de l'activité juridique, c'est-à-dire « *le conflit, potentiel ou avéré, et la recherche de sa prévention ou de sa résolution* »[470]. En substance, les parties à la convention d'arbitrage organisent préventivement le mode de règlement des difficultés pouvant naître ultérieurement de l'exécution du contrat principal.

Ce qui aurait paru comme une "*collision de droits fondamentaux*"[471] n'en sera guère, si l'on considère l'effet de la convention d'arbitrage comme le fruit de la liberté contractuelle. Pourtant, il paraît en tout cas difficilement envisageable de placer cette dernière sur le même palier que le droit au juge et chercher à les concilier, comme on le ferait volontiers concernant le droit de grève[472]. La renonciation de saisir le juge s'admet en matière d'arbitrage commercial international pour des raisons qui prêteraient avec peine leur appui à l'arbitrage des litiges sportifs.

Il appert en effet que si certaines libertés publiques s'apparentent au point d'être confondues avec les droits fondamentaux, la liberté contractuelle ne l'est qu'à un moindre degré. Elle est d'ailleurs bornée par l'article 6 du code

[469] Article 6 du Code civil.

[470] Pascale DEUMIER : Introduction générale au droit, op. cit., n° 69, p. 77.

[471] Louis FAVOREU et Alii. : Droit des libertés fondamentales, Dalloz, 4e éd. 2007, pp. 167, n° 200.

[472] C.C. : décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, irresponsabilité pour fait de grève, RJC I-132.

BY NC ND

civil au nom de l'ordre public. Ainsi, en dépit de son aspect aléatoire, l'objet de la convention d'arbitrage des litiges sportifs doit être aussi conforme audit article. Pourtant, c'est fatalement par son contenu qu'elle met à mal les limites qu'il pose, en dénoyautant un droit fondamental et en noyautant continuellement d'autres prérogatives et domaines jusque-là relevant de l'ordre public.

L'effet principal de cette convention est de mettre à la charge de l'acceptant, les obligations, tantôt positive "de faire", tantôt négative "de ne pas faire". Dans ce cadre, l'objet de l'obligation positive consiste pour le sportif, à soumettre toute contestation ayant un lien avec son activité professionnelle à un tribunal arbitral institué par l'offrant. Seulement, l'effectivité de cette obligation positive dans sa manifestation, paraît ne pas ménager le « *droit à une justice équitable* » en commençant par son accès. Autrement dit, l'objet du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs se démarque encore plus des autres conventions d'arbitrage par une extension de l'arbitrabilité sportive aux matières naguère couvertes par l'ordre public (Section 2). L'obligation négative, quant à elle, et c'est ici que réside la pierre d'achoppement la plus caractéristique, consiste en la captation d'un droit fondamental et ses Corollaires (Section 1).

BY NC ND

Section 1 : L'ATTEINTE A UN DROIT FONDAMENTAL

Les droits fondamentaux, quoique familièrement appelés "droits de l'homme"[473], donnent du tournis lorsqu'on s'hasarde à l'enfermer dans une définition arrêtée. Ils sont comme tous les concepts[474], fuyants et mouvants, portent en eux quelque chose de "magique" qui défie les critères de l'analyse juridique[475]. Malgré cette mouvance qui les fait osciller en précision et en opérabilité, les droits fondamentaux ont après tout partie fortement liée avec la reconnaissance universelle de la dignité inaliénable de la personne humaine.

Du fait de sa seule appartenance à l'humanité, chaque personne humaine est bénéficiaire de l'admission à un ensemble de droits d'agir librement par rapport aux cadres institutionnels, publics ou privés, dans lesquels elle se meut. Ces droits tiennent leur caractère fondamental de leur nécessité à l'épanouissement de chacun[476] et l'admission susdite se fait en envisageant toute personne, tout « *individu de manière singulière, en considération seulement de lui-même et pour lui-même, indépendamment notamment de toute référence à un groupe* »[477]. Ainsi, l'érection des droits fondamentaux consacre la reconnaissance due à ces valeurs suprêmes placées au dessus des Institutions sociales par leur vocation universelle, et de tous les hommes pris pour être tous égaux. Parce qu'elles sont le dernier rempart de "*ce qu'il y*

---

[473] Ils sont une construction philosophique et idéologique, mais aussi une conquête historique : Louis FAVOREUX et Alii. : op. cit., p. 23, n°16.

[474] Lorsqu'un mot devient un concept, on y retrouve « *le plus souvent des morceaux ou des composantes venus d'autres concepts, qui répondaient à d'autres problèmes et supposaient d'autres plans. … Les concepts se raccordent les uns avec les autres, coordonnent leurs contours, composent leurs problèmes respectifs…* » : cf. Gilles DELEUZE et Félix GUATARRI : Qu'est ce que la philosophie ?, éd. Minuit, 1991, voir Chapitre « Qu'est ce qu'un concept ? »

[475] Yves MADIOT : Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit, in La protection des droits fondamentaux, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15 mai 1992, PUF 1993, p.35 et s., spéc., p. 58.

[476] Gilles LEBRETON : Libertés publiques & droits de l'homme, Armand Colin, 7e éd. 2005, p. 14.

[477] Cf. Louis FAVOREU et Alii. Op. cit. p. 16, n° 7.

BY NC ND

a d'humain dans l'homme"[478], ces valeurs érigées en droits, échappent aux emprises du temps en ce qu'elles sont imprescriptibles, et à celles des individus du fait de leur inaliénabilité.

Le sens pénal de la notion d'atteinte, malgré sa forte récurrence, n'est pas son unique axe d'expression. L'atteinte se rencontre dans divers domaines de la vie en commun et fait allusion à une action destructrice ou restrictive, en tout cas illicite, quels qu'en soient les moyens utilisés, orchestrée même de façon mesquine en direction d'une cible. Dans un sens large, est constitutif d'une « *atteinte tout ce qui entrave ou pénalise l'exercice d'un droit* »[479]. L'atteinte aux droits fondamentaux est pour ainsi dire une spoliation faite au préjudice d'une prérogative jugée inaliénable et inhérente à la dignité de la personne humaine.

Pendant longtemps[480], la protection des droits fondamentaux a été conçue par rapport à l'Etat[481], du fait de son omnipotence auquel les administrés sont exposés. La violation de ces droits se situe bien plus souvent en dehors du droit pénal conçu pour neutraliser les infractions et maintenir la paix sociale ; si bien que « *mises à part les atteintes à la sûreté de l'Etat, la plupart des délits ne sont pas autre chose que la violation des droits de l'homme* »[482].

---

[478] Marie-Luce PAVIA : La dignité de la personne humaine in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., n° 190, p. 122.

[479] Julien RAYNAUD : Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse Aix-Marseille, PUAM, 2003, p.19, n° 4 et note 8 où l'auteur précise qu'une telle large définition permet d'appréhender le maximum d'atteintes, même celles qui ne s'imposent pas à l'esprit avec la force de l'évidence.

[480] Les premières manifestations relevées proviennent de la "Magna Carta" de 1215 en Angleterre qui consacra entre autres le droit de propriété, la liberté d'aller et venir, l'impartialité des juges…

[481] Et on parlait de libertés publiques ; or à présent, elles sont toutes devenues des droits fondamentaux, même si l'inverse n'est pas vrai et fait la différence : si leurs finalités peuvent se rejoindre, leurs perspectives de départ, leur niveau normatif et leurs modes opératoires sont distincts. Par exemple, tandis que la protection des libertés publiques se fonde sur les normes infra-législatives ou législatives, celle des droits fondamentaux bénéficie d'une origine supra-législative (constitution, traités internationaux). Cf. Louis FAVOREU & Alii. Op. cit. p. 3.

[482] Jean RIVERO : Une éthique fondée sur le respect de l'autre, in Les droits de l'homme en question, La documentation française, 1989, p. 181.

BY NC ND

La prise en compte des droits fondamentaux par le juge administratif a élargi le champ du contrôle de la légalité administrative[483], au point de leur faire paraître aux yeux de certains comme des charançons qui corrodent doucement, mais sûrement le caractère exorbitant de son droit[484]. Pourtant la même préoccupation devrait intervenir dans les actes entre personnes privées.

Il est par exemple devenu trivial qu'un propriétaire en vienne à n'accepter de donner à bail son studio à un preneur qu'à condition que ce dernier s'engage formellement tantôt à ne pas s'y faire à manger, tantôt à n'y recevoir aucune visite, voire héberger les siens[485] ; qu'un chef d'entreprise n'accepte d'embaucher une femme qu'à condition pour celle-ci de pratiquer la contraception[486] ou de faire mener à sa liberté nuptiale ou sexuelle une vie végétative ; qu'une congrégation religieuse soumette l'admission de ses pasteurs à l'office, aux vœux d'obéissance, de pauvreté et bien sûr de chasteté ; qu'une future dévolution successorale voit pendre en permanence sur elle l'épée de l'exhérédation si l'héritier commet la maladresse de convoler en juste noce avec un conjoint appartenant à une autre race, région ou religion, pour cause de préjugés péjoratifs.

Même le conseil supérieur d'un ordre professionnel a tenté d'endiguer abusivement au moyen des dispositions réglementaires, la liberté d'expression des membres de sa profession[487]. Ces actes attentatoires aux

---

[483] CE, Ass. : 19 avril 1991, Belgacem, RFDA 1991, p. 502, concl. R. ABRAHAM sanction de la violation de l'article 8 de la CEDH.

[484] S. BRACONNIER : Les potentialités de la Convention européenne des droits de l'homme pour le juge administratif, RJCO, septembre 1999, pp 45 ss, spéc. P. 53.

[485] Cass. civ. 3e : 6 mars 1996, Bull. civ. III, n° 60 ; D. 1997, p. 167, note Bertrand de LAMY, D. 1996, Somm., 379, notes Centre de Recherche en Droit Privé de l'Université de Nancy II. En l'espèce, le juge a porté sa préférence sur le droit fondamental du preneur pour limiter la liberté contractuelle du bailleur.

[486] Eric GARAUD : préface de Julien RAYNAUD : Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés op. cit.

[487] CE : 29 juillet 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables brevetés par l'Etat, Recueil, p. 492 ; GAJA, n° 63.

BY NC ND

droits “sacrés” sont légion, peuvent être dénichés dans la plupart des activités humaines et voir ainsi leur liste tirer à l’infini.

Ainsi, entre sujets de droit privé, l’acte juridique se prête aisément aux atteintes aux droits fondamentaux[488], tantôt en entravant son exercice actuel par intimidation au moyen de mesures de rétorsion ou de représailles unilatéralement prises ; tantôt en diluant dans des aménagements conventionnels suffisamment futés, c'est-à-dire de façon plus ou moins transparente de violations futures desdits droits, pour que l’initiateur en sorte blanchi comme d’un procès en sorcellerie. Naturellement, dans le cadre d’un contrat, l’acceptation de l’autre partie permet de légitimer la supercherie dénichée.

La convention d’arbitrage des litiges sportifs, en prenant pour cible le talon d’Achille de ce qui autorise aux droits fondamentaux de quitter la tour des vœux pieux pour se traduire en réalité concrète, épouse tous les contours des méfaits sus-déplorés. L’analyse du droit fondamental en cause (§1) permettra de mettre en exergue l’atteinte ainsi stigmatisée (§2). Derrière ce droit en captivité se cachent des corollaires tout aussi indispensables à une bonne justice, d’où l’impérieuse nécessité de le protéger (§3).

§1 : LE DROIT FONDAMENTAL EN CAUSE : LE DROIT AU JUGE

L’objet de la convention d’arbitrage des litiges sportifs a pour cible directe un droit fondamental dont le sens (A) et la portée (B) lui confèrent de caractéristiques propres (C). Le destin qui lui y est réservé laisse pantois pour peu qu’on soit enclin à la préservation d’une essence minimale dans les rapports humains.

[488] D’où son apparentement au fait juridique selon un auteur pour qui l’acte juridique est « *moins le contraire du fait juridique qu’une espèce particulière de fait juridique* » J. COMBACAU, Ouverture, in L’acte juridique, Droits 1988, p. 6 ; ainsi, “*les actes juridiques sont, parmi les faits juridiques, ceux où la volonté tient, dans la perspective de la production d’effets de droit, une place plus importante qu’ailleurs*” : Julien RAYNAUD : Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, op. cit., p.19, n° 3, note 7 ; cf. François TERRE, Sur la sociologie juridique du contrat, Arch. Phil. Droit 1968, t. XIII, p. 73.

BY NC ND

A : Le sens du mot droit au juge[489]

Il peut être très vite dit et ce n'est pas faux, que l'arbitre est aussi un juge. Mais la nuance mérite d'être relevée, car si l'arbitre fait office de juge, c'est dans un cadre purement privé. Or ce cadre se montre plus propice aux conflits d'intérêt et pressions de diverses sortes que celui du juge étatique. L'interdiction de se rendre justice à soi-même met à la charge de l'Etat l'obligation d'assurer le service public de la justice. Le principe de l'égalité de tous devant les charges publiques emporte aussi l'égal accès de tous à la justice : « *tout le monde s'accorde aujourd'hui pour reconnaître aux citoyens, personnes physiques ou personnes morales, un droit d'accès à la justice, devenu droit fondamental* »[490]. Le droit au juge est aujourd'hui inscrit en lettres d'or parmi les droits fondamentaux dont « *la protection constitutionnelle* (…) [se révèle le] *gage d'une modernisation du droit* »[491].

Il s'agit évidemment du juge étatique chargé de rendre justice au nom du peuple, en réalisant « *la vertu qui rend à chacun sa part* »[492], « *en tout temps et en tout lieu* »[493]. La compréhension du sens profond du droit au juge nécessite un bref détour sur son origine (1) dont les différentes étapes de son évolution ont concouru à la construction de sa nature (2) spécifique.

1) Une brève sur l'origine du droit au juge

L'accès au juge en tant que droit reconnaissable à chaque individu tient ses racines profondes de la grande Charte ("Magna Carta") britannique de 1215

[489] Expression plus précise par rapport au droit au recours, plutôt assez vague : Cf. Joël RIDEAU (Dir.) : Le droit au juge dans l'Union européenne, LGDJ, 1998.

[490] Catherine KESSEDJAN : La modélisation procédurale *in* Eric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.) : La mondialisation du droit, Litec, 2000, note 1, p. 237.

[491] Louis FAVOREU et Thiery RENOUX : Rapport général introductif in la Cour de cassation et la Constitution de la République, PUAM, 1995, p. 15, spéc. P. 20.

[492] Jean-Marie COULON et Marie-Anne FRISON-ROCHE : Le droit d'accès à la justice, in Rémy CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Thierry REVET (Dir.) : Libertés & Droits fondamentaux, op. cit., p. 385.

[493] Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND : Droit judiciaire privé, LexisNexis LITEC, 6e éd. 2009, n° 40 et ss.

BY NC ND

d'où ressortent l' « Habeas corpus act » de 1679, instauré pour protéger les individus contre les arrestations et séquestrations arbitraires[494] ; et le "Bill of Rights" de 1689. Ces textes inspireront le principe du « *due process of law* » qui imposa la soumission aux impératifs d'une procédure régulière[495]. En sa vertu, chaque individu est au moins assuré « *qu'il pourra faire valoir les autres droits dans les meilleures conditions, et que le droit lui sera appliqué de façon juste, régulière et non arbitraire* »[496].

La déclaration de l'indépendance américaine de 1776 en donne illustration. Sans reprendre *in extenso* ces textes, la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en tirera son inspiration tout en subissant l'influence de la philosophie des lumières et des théories du droit naturel. Mais de ces textes, il faut relever que tandis que « *les premiers correspondant à la mentalité anglo-saxonne sont essentiellement pragmatiques, la déclaration française est idéologique, elle énonce les principes abstraits* »[497] reposant sur la raison, le bonheur, la glorification de l'individu. L'homme passe pour un être suprême : tous désormais libres égaux jouissent des droits naturels et imprescriptibles : liberté, propriété, sûreté, résistance à l'oppression.

En France notamment les droits fondamentaux, avant d'avoir de nos jours pignon sur rue, ont connu une lente mutation qui part de leur émergence à partir de simples déclarations[498], en passant par leur consécration dans les textes fondamentaux de l'Etat, à leur effective sanction par leur

---

494 La liberté d'aller et venir aurait-elle un sens si les citoyens restent à tout moment passibles d'arrestation et de séquestration arbitraires ?

495 Cour Suprême de Etats-Unis : Gidéon c/ Wainwright de 1963 prise en application d'un procès équitable (« fair trial ») ; Cour EDH : 9 octobre 1979, Airey c/ République d'Irlande sur l'aide judiciaire et l'effectivité du droit d'accès au juge, cité par Louis FAVOREU et Alii, Droit des libertés fondamentales, op. cit., p. 310, n° 360.

496 Louis FAVOREU et Alii : ibid. n° 359.

497 Jean-Louis GAZZANIGA : La dimension historique des libertés et droits fondamentaux, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., n° 35, p.18.

498 A l'instar de la Déclaration de 1789 dont la référence aux "droits naturels, inaliénables et sacrés" l'a pendant longtemps enfermée dans les hauteurs ennuagées de la morale en ce qu'aucune sanction ne les protégeait ; le droit étant le fait des hommes et non de la nature.

BY NC ND

judiciarisation[499]. Il n'y a d'ailleurs naguère été enseigné que les "libertés publiques"[500] ; elles-mêmes apparaissant « *essentiellement comme des concessions ou des limites arrachées à l'administration par leur principal défenseur, le Conseil d'Etat* »[501]. Parmi ces droits fondamentaux, la reconnaissance du droit au juge a été d'abord l'œuvre de la doctrine avant la consécration jurisprudentielle. Il a donc ainsi été possible d'obtenir justice sans texte.

Dans sa portée, le droit au juge prend sous la plume de Gaston JEZE un sens plus profond ; car ce « *droit public* » est un « *pouvoir légal impersonnel et objectif dont dispose tout justiciable qui doit pouvoir s'exercer en toute occasion et auquel on ne peut pas renoncer de manière générale et absolue* »[502]. Par conséquent, il met à la charge de l'Etat le devoir d'accorder à tout individu une double protection juridictionnelle et juridique. Ainsi, en cas de violation de la règle de droit ou même d'une incertitude sur son application, l'Etat doit faire cesser le trouble ou l'incertitude par le biais du juge qui rend justice à son nom[503].

Aucun article de la constitution ne s'y prononce directement. Ce qui n'est cependant pas synonyme d'une non-reconnaissance des droits fondamentaux. Il faut emprunter le truchement de l'interprétation et des indices pour trouver leur fondement textuel et leur donner pleine

---

[499] Cf. Louis FAVOREU et Alii, Droit et libertés fondamentales, op. cit. pp. 11 et ss.

[500] Son cours créé en 1954 n'a été enseigné qu'à partir de 1962 cf. Gilles LEBRETON, Libertés publiques & droits de l'homme, Armand Colin, 7e éd. 2005, p. 1. Considérées comme un pendant naturel du droit administratif, les libertés publiques n'ont durant une longue période été prises en compte que par les publicistes, enseignées dans les cours du droit administratif, sous la partie consacrée au contrôle de la légalité administrative : cf. Jean RIVERO, "Les libertés publiques", 1ère éd.PUF, p. 10

[501] Louis FAVOREU et Alii : Droit des libertés fondamentales, op. cit., p. 1.

[502] Gaston JEZE, Principes généraux du droit administratif, 3e éd. III, pp. 15-16, 23 et ss.

[503] « *Si l'on reconnaît au justiciable un droit d'obtenir que la justice soit rendue sur sa requête, le sujet passif de ce droit n'est ni un juge personnellement désigné, ni une juridiction déterminée : c'est l'Etat tout entier, parce que c'est en son nom que la justice est rendue* » Marcel WALINE : préface in Louis FAVOREU : Du déni de justice en droit public français, (Thèse 1962) LGDJ 1965, p. II.

BY NC ND

effectivité[504]. Par exemple, s'appesantir sur l'article premier de la Constitution de 1958 aux termes duquel « *la France (…) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

Le Conseil constitutionnel dont les décisions font corps avec la constitution et « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et judiciaires* »[505], y a joué un rôle de premier rang. Aussi a-t-il en s'inspirant du principe de la séparation des pouvoirs, de l'institution du juge comme garant des libertés individuelles[506], voire des PFLR telle l'interdiction du déni de justice[507], commencé par reconnaître au préambule de la Constitution de 1958 une valeur constitutionnelle[508]. Ensuite, le conseil a un an plus tard, décidé de contrôler la conformité de la loi aux principes et droits contenus dans le préambule de la Constitution de 1958[509], pour continuer par la reconnaissance aux personnes des garanties de procédure au nom du droit d'égal accès au juge.

Pour la Cour en effet, « *la valeur fondamentale du droit d'agir en justice* »[510] ne se concilie point avec la discrimination. Par conséquent, sont jugées contraires à la Constitution les lois qui excluent une catégorie d'individus de l'exercice des voies de recours[511] ou qui entravent injustement le bénéfice du double degré de juridiction[512]. Aussi est-il devenu nécessaire par ce biais de

---

[504] Louis FAVOREU et Alii. : Droit des libertés fondamentales, op. cit., p. 162, n° 189.

[505] Article 62 de la Constitution française.

[506] Article 66 de la Constitution : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu.* ***L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle****, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

[507] Article 4 du code civil français : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

[508] Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, Rec., p. 15.

[509] Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec., p. 29.

[510] Thierry RENOUX : Le droit au recours juridictionnel, JCP 1993.I.3675.

[511] Décision du 27 décembre 1973, Rec. 25.

[512] Décision du 18 janv. 1985, D. 1986. 425, note Thierry RENOUX.

BY NC ND

prendre de plus en plus compte des droits fondamentaux par les juridictions des deux ordres, mais beaucoup plus par le juge administratif qui n'avait par exemple pas hésité à reconnaître une voie de recours contre une décision administrative jusque-là considérée comme une mesure d'ordre intérieur.

Particulièrement pour ce qui est du droit d'agir en justice, son caractère fondamental a été confirmé qu'en 1998 par l'article 1er de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions donc l'objectif est de « *garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines […] de la justice* ». Une telle préoccupation conjugue la solidarité et l'égalité pour déboucher sur un égal accès et un égal traitement de tous dans le service public de la justice. L'égal accès permettant l'effectivité du droit reconnu à chacun de pouvoir exprimer son désarroi, de crier sa détresse afin d'être repêché et réintégré dans la vie sociale ; ce que Von JHERING appelait la "*lutte pour le droit*".

2) La nature du droit au juge

L'action en justice se dresse comme le chemin qui conduit à la sanction de la violation du droit substantiel, patrimonial ou extrapatrimonial. Autrement dit, on l'exerce « *pour obtenir une décision de justice qui reconnaîtra la réalité du droit subjectif invoqué ou qui au contraire, en niera l'existence* »[513]. Mais l'action se détache du droit substantiel et devient un droit propre, celui d'accès au juge qui se comprend comme « *un droit fondamental reconnu à toute personne de soumettre au juge sa prétention, afin que ce dernier statue sur son* »[514] mérite. « *L'accès à la justice* [contenant] *tous les autres droits* »[515], chacun devra pouvoir en jouir librement, à tort ou à raison, si bien que le demandeur débouté de son action par le juge par exemple, ne perd pour cela pas son droit d'ester encore et à chaque fois si nécessaire en justice, quand

[513] Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND : Procédure civile, 30e éd. Dalloz, 2010, p. 120, n° 85.

[514] Coralie AMBROISE CASTEROT, Natalie FRICERO, Laurence-Caroline HENRY et Patrick JACQ : Glossaire des procédures, Gualino éditeur, 2007, p. 12.

[515] Jean-Marie COULON et Marie-Anne FRISON-ROCHE : Le droit d'accès à la justice, in Rémy CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Thierry REVET (Dir.) : Libertés & Droits fondamentaux, op. cit., p. 386.

bien même il aurait été condamné à des dommages-intérêts pour abus de droit.

Dans le but de consolider sa nature, cette sanction qui relativise la plénitude de « *cette prérogative essentielle pour la défense de* [tous les] *droits* »[516] n'était admise que de façon restrictive. Pour la jurisprudence, « *l'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute* (constitutive d'abus de droit) *pouvant donner lieu à des dommages-intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi, ou au moins une erreur équipollente au dol* ». Il fallait ainsi à l'élément matériel reconnu diffamatoire, ajouter l'intention délictueuse[517]. Mais la jurisprudence a depuis lors emprunté un chemin inverse en relâchant ses exigences : désormais, une simple faute ou une légèreté blâmable suffit[518].

Aussi a-t-il été admis qu'abusait de ce droit le plaideur qui avait exercé une voie de recours manifestement irrecevable[519] ou celui qui saisissait encore le juge étatique d'une cause déjà pendante devant une instance arbitrale[520]. Cette attitude qui peut s'interpréter comme une volonté de combattre le détournement du droit au juge à de fins mesquines, sans toutefois porter une entrave à son caractère fondamental, peut tout aussi être récupérée au profit de la *favor arbitrandum* par ces temps et en ce monde où « *l'arbitrabilité est (…) devenue la règle, et l'inarbitrabilité, l'exception* » [521]. On ne devrait s'en appesantir qu'au cas par cas, c'est-à-dire lorsque toutes les conditions d'un arbitrage sain sont réunies.

---

[516] Serge GUINCHARD et Alii op. cit. p. 127, n° 95.

[517] Cass. civ. 2e : 15 mars 2001, D. 2001, p 1517.

[518] Cass. civ. 2e: 10 jan. 1985, Gaz. Pal. 1985, Pan. p. 113, obs. GUINCHARD ; 9 mars 2000, Bull. civ., n° 43 ; 6 mars 2003, JCP 2003.IV.1771.

[519] Cass. com. 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 101.

[520] Cass. civ. 1ère : 9 janv. 2007, D. 2007 p. 451.

[521] Cf. Bernard HANOTIAU : L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen, JDI 1994, p.901.

BY NC ND

Il n'en demeure pas moins que la fondamentalité de ce droit ici touche à la substance, au sentiment naturel, à la valeur que le bon sens conduit à devoir protéger sans condition ; raison prise de ce que cette valeur se situe elle-même au « *dessus et en dehors du droit positif* »[522], et reste le prolongement perceptible de l'instinct de protection que portent congénitalement les espèces vivantes. Ainsi, le droit au juge n'est pas réductible à un simple droit subjectif supplémentaire. Au contraire, en tant qu'il permet à tout un chacun d'obtenir la protection du droit, il matérialise l'égalité des personnes, participe des conditions de la citoyenneté, se présente comme la servitude de passage vers « *la concrétisation pleine et entière de la prérogative de la personne* [et] *ultime des droits* »[523].

B : La portée du droit au juge

Le droit au juge profite et s'impose concomitamment à tous sans distinction de la prérogative en cause. Même si à quelques rares exceptions[524] le droit à un recours juridictionnel comme bien d'autres droits fondamentaux, ne jouit pas d'un caractère absolu, parce qu'enfermé dans certaines limites ou entraves, l'universalité du destin qu'il porte conduit à l'admettre au profit de toute personne sans aucune considération, seulement parce qu'il est homme. Il va sans dire qu'étant un principe de justice universelle, son « *origine dans une convention internationale* [ne doit pas exclure son] *intervention à l'encontre de normes émanant d'Etats qui ne sont pas parties à celle-ci* »[525] y compris les actes des personnes privées[526] sous quelque

[522] Dominique ROUSSEAU : Droits fondamentaux in Loïc CADIET (Dir.) Dictionnaire de la justice, PUF, p. 375

[523] Jean-Marie COULON & Marie-Anne FRISON ROCHE : Le droit d'accès à la justice, op. cit., p.394.

[524] Le droit de ne pas subir la torture ou l'esclavage.

[525] Yves LEQUETTE : Le droit international privé et les droits fondamentaux in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., n° 178, p. 108.

[526] CE Section : 25 avril 2001, N° 213460 : Sté PARFIVAL : En l'espèce, les saisies intempestives des biens de la contribuable par les services fiscaux l'avaient empêchée de payer la consignation nécessaire à la recevabilité de sa demande en justice. Le Conseil d'Etat cassa l'arrêt de rejet au motif que le droit au juge ne pouvait être restreint par des

chapiteau qu'elles s'abritent. Inversement, sa couverture s'étend même aux personnes morales de droit privé comme de droit public, titulaires de droits fondamentaux subjectifs (droit d'ester en justice) à l'exemple les établissements publics[527].

Les personnes tenues de l'observer sont au premier chef les pouvoirs publics constitués par l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Dans une remarquable décision rendue le 13 août 1993, au sujet du statut des étrangers en France, et après avoir clairement rappelé « *que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ; que le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne ; que dans ce cadre juridique les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux* ».

Le Conseil constitutionnel a décidé « *que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; (…)* [entre autres droits qui leur sont reconnus] ***ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés*** »[528].

On parle ici des effets verticaux, comme de l'exercice même du pouvoir qui partirait du haut, de ses auteurs vers le bas, soit à destination des administrés. Vu sous cette optique, le respect des droits fondamentaux se présente comme une espèce de voile destinée à atténuer le rayonnement très intense du pouvoir. Son effectivité s'est concrétisée par la soumission des actes des pouvoirs publics au contrôle de leur constitutionalité, c'est-à-dire de leur conformité à la Constitution.

---

mesures de recouvrement prises par le fisc avant la demande de sursis.RJF 7 jan. 2002, N° 1012.

[527] Louis FAVOREU et Alii : Droit des libertés fondamentales, op. cit. pp. 312 à 313, n° 365.

[528] Rev. Crit. DIP 1993, p. 597.

BY NC ND

Aux termes de l'article 62 de la Constitution française de 1958, « *les décisions du Conseil constitutionnel (…) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». C'est donc sur le Conseil que repose la noble mission de garantir l'interprétation et d'imposer l'effectivité de ce droit à tous les pouvoirs.

Aussi a-t-il, dans l'affaire des nationalisations, posé le principe que le législateur ne saurait être dispensé « *dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'Etat* »[529]. Cette suprématie consacrée des droits fondamentaux sur la loi ne se cantonne pas seulement sur la protection du droit de propriété, mais a vocation à s'appliquer à tous les droits fondamentaux donc celui de l'accès au juge[530]. Considérant que « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* ».

Dans l'affaire dite de l'Evolution de la Polynésie française où une disposition de la loi organique privait de tout droit de recours devant le juge de l'excès de pouvoir toute personne voulant contester la légalité d'un acte pris en application de la délibération de l'assemblée territoriale plus de quatre mois après la publication de ladite délibération, par souci y a-t-on argué, de renforcer la sécurité juridique, le Conseil a retenu plutôt qu'un tel souci « *ne saurait justifier que soit portée une atteinte aussi substantielle au droit à un recours juridictionnel* »[531].

---

[529] CC : 16 janvier 1982 RJC I -104.

[530] Louis FAVOREU et Alii. : Droit des libertés fondamentales, op. cit., pp. 162-163, n° 190.

[531] CC : décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, 4e considérant, JCP 1994.I.3761, obs. PICARD, n°s 9 et 35, RFD const. 1994. 364, obs. MELIN-SOUCRAMANIEN ; D. 1995 Somm. Comm. 302, obs. GAIA ; Justices 1995, 1, 204, obs. MOLFESSIS ; RFDA 1995, 7, obs. HOCREITERE ; RD publ. 1995. 91, obs. ROUSSEAU et 96-373 DC du 9 avril 1996, [rendue RJC I-660, § 85. JO 13 avr. ; AJDA 1996.371, obs. SCHRAMECK ; RFD const. 1996. 584, obs. RENOUX ; RD publ.1996. 953, obs. LUCHAIRE ; Justices 1997/5. 247, obs. DRAGO et MOLFESSIS ; D. 1998. Somm. comm. 153, obs. RENOUX ; RTD civ.

Cette décision a été confirmée par le Conseil dans sa décision CC n° 99-416 DC du 23 juillet 1999[532] en retenant sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration (citée), « *qu'il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ». Le droit d'accès au juge procure ainsi une protection contre la loi qu'il faut désormais étendre aux actes des personnes privées.

S'il ne fait pas l'ombre d'un doute que les pouvoirs publics sont tenus de respecter les droits fondamentaux, on peut légitimement, au regard certains faits, innombrables par ailleurs, se demander s'il en est de même des personnes privées. Déployée sous cet angle, l'effectivité des droits fondamentaux s'exprimerait en termes d'effets horizontaux. Mais son application directe ne rencontre pas l'unanimité des Etats. Certains n'ont pas admis le contrôle de constitutionalité des actes passés par les personnes privées. Ainsi pour la Cour suprême des Etats-Unis, les "*discriminations privées*" doivent y échapper, seules y sont soumises les différenciations de traitement résultant des actes de l'Etat.

Dans nombres d'Etats Européens cependant, cette obligation est clairement prévue dans le *corpus* même de la Constitution. Ce qui autorise un recours direct contre une règle en vigueur qui y contreviendrait. Ainsi, l'article 1er de la Loi fondamentale allemande de 1949 dispose en son alinéa 3 que les droits fondamentaux, parmi lesquels le droit au juge, « … *lient le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à titre de droit directement applicable* ». Les effets des atrocités de la seconde Guerre et le besoin de reconstruire la nation dévastée par celle-là y ont nécessairement pesé de tout leur poids. Mais les juges de Karlsruhe [la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande] ne se montrent pas assez enthousiastes pour l'application des droits fondamentaux aux actes des personnes privées.

[532] CMU, JO 28 juill. 11250, §38, RJC I-838.

BY NC ND

En Italie l'article 24 al. 1er de la Constitution énonce que « *tout citoyen peut ester en justice pour la sauvegarde de se droits et intérêts légitimes* ». L'article 25 al. 1 insiste sur la prohibition de créer des juges extraordinaires en reconnaissant à la seule loi l'aptitude de déterminer la compétence du juge selon la catégorie ou la nature du litige en jeu[533].

L'article 24 de la Constitution espagnole pour sa part, garantit à toute personne « *une protection effective des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes* ». Cette formulation se veut large et admet aisément « *le droit à l'accès au juge pour tout litige, le droit au recours et le droit à une décision juridictionnelle effective* »[534].

Même si de l'avis du Tribunal constitutionnel espagnol, le droit au recours n'est pas absolu en ce qu'il doit se concilier avec d'autres objectifs constitutionnels, il couvre même les personnes publiques titulaires de droits fondamentaux qui peuvent elles aussi se prévaloir du droit à une protection juridictionnelle effective[535]. Il y existe en tout cas une voie de recours dite d' "Amparo" par laquelle toute personne, y compris le Ministère public, peut saisir le juge ordinaire d'une violation des droits fondamentaux classiques.

Mais seulement, cette voie n'est pas ouverte aux droits économiques et sociaux. Or il se pose le problème du sort réservé à un travailleur lorsque l'un de ses droits fondamentaux est muselé justement dans le cadre de son travail, tel un sportif professionnel qui se trouve contraint de renoncer définitivement au droit de déférer au juge étatique tout litige né de son contrat de travail. La qualité de travailleur ne devrait pourtant pas faire totalement ombrage à la primauté du droit fondamental d'accès au juge étatique qui s'y trouve comme, porteur de tous les droits subjectifs.

---

533 Louis FAVOREU et Alii. , Droit des libertés fondamentales, op. cit., p. 313, n° 366.

534 Ibid., n° 367.

535 Arrêt n° 173/2002 du 9 octobre 2002) cité par Louis FAVOREU et Alii. Op cit., p. 314, n° 367.

BY NC ND

Cependant, si en Italie, au Portugal et en Espagne il est admis dans la Constitution l'application directe des droits fondamentaux constitutionnels aux actes passés par les personnes privées entre elles[536], en France, il est considéré qu'il va de soi que si les droits fondamentaux prévus par la constitution s'imposent aux pouvoirs publics, *a fortiori* ils le sont aussi aux personnes privées. La jurisprudence judiciaire s'est prononcée en ce sens.[537] Mais il faut ici faire cas à part du droit d'accéder au juge dont la nature lui confère une singularité parmi les droits fondamentaux.

C : La singularité du droit au juge

Il y a dans la coutume internationale certains droits considérés comme indispensables à la vie individuelle et commerciale reconnus à toute personne, sans discrimination tenant à sa nationalité par exemple. On les a d'abord désignés sous les vocables de "droits de l'homme", puis, cédant à la pression des mouvements féministes, de "droits de la personne humaine" ou de "droits humains" par traduction littérale de l'américain "human rights". L'élargissement de leur champ à des valeurs nouvelles conduit à considérer « *qu'il serait plus facile de les saisir par la dénomination ''droits fondamentaux''* »[538].

L'origine allemande de cette dernière appellation présage le sens, car la fondamentalité tient au fait que lesdits droits sont inscrits dans le socle de l'ordre juridique de la nation à savoir, la constitution, en allemand, "*die grundnorm*". La fondamentalité du droit au juge en fait un droit au cœur du

[536] L'article 18, alinéa premier de la constitution du Portugal ne laisse point de doute à ce sujet en admettant sans détour l'applicabilité des droits fondamentaux tant aux actes des personnes publiques qu'à ceux des personnes privées.

[537] Trib. Civ. Seine : 22 jan. 1947. En l'espèce, avait été déclarée nulle et réputée non écrite une clause testamentaire qui prévoyait la révocation d'un legs si son bénéficiaire épousait un juif, par application de l'alinéa premier du préambule de la constitution de 1946 qui prohibe les discriminations en raison de la race ou de la religion cité par Louis FAVOREU et Alii, op. cit., pp. 166, n° 197.

[538] Dominique ROUSSEAU : Droits fondamentaux in Loïc CADIET (Dir.) Dictionnaire de la justice, PUF, p. 373.

BY NC ND

système social (1) à vocation universelle en ce qu'il a partie fortement liée avec la dignité humaine (2) et reste pour cela imprescriptible (3).

1) Le droit au juge : un régulateur de l'harmonie sociale

D'emblée, le droit au juge est le canal par lequel transite l'équilibre des pouvoirs qui caractérise les démocraties[539]. L'avancée du progrès économique dans le cadre d'un libéralisme excessif a mis au jour les limites de la bienveillante omnipuissance de l'Etat pour garantir et préserver les droits subjectifs. Seul le droit lui-même[540] permet de l'assurer à travers l'accès au juge. Ainsi, l'accès au juge se veut le moyen idoine d'accès au droit et fait du service public de la justice « *ce par quoi l'Etat concrétise les droits des justiciables* »[541]. Que du fait de ses limites, on y perçoit un droit subjectif ou une faculté, le droit d'accès au juge passe pour être la tête de proue même de tous les droits subjectifs chaque fois qu'une menace plane sur leur respect.

En effet, il constitue avec l'interdiction du déni de justice, deux faces de la même médaille. Le droit au juge qui se concrétise par l'action en justice, est une prérogative légale[542] certes, mais porte en lui "*l'expression d'une liberté fondamentale*"[543] par laquelle il devient plus intelligible, manifeste et occupe une place primordiale au cœur du système juridique. Cette place primordiale forme le socle et la voie de passage de tous autres droits dont celui à un procès équitable, et empêche du même coup de le cantonner dans la seule

[539] CC. QPC 2011*138 du 17 juin 2011, Journal officiel du 18 juin 2011, p. 10460, texte n° 47, cons. 4 : en l'espèce, la Cour rappelle les termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». Est garanti par cette disposition, insiste-t-elle, le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif. Cf. le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr

[540] Cf. Laurent COHEN TANUGI : Le droit sans l'Etat, PUF, 1984.

[541] Jean-Marie COULON et Marie-Anne FRISON-ROCHE : Le droit d'accès à la justice,op. cit., p. 390.

[542] Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND : Procédure civile, op. cit., p. 116, n° 79.

[543] Yves STRICKLER : Liberté, j'écris ton nom !, *in* Mélanges Serges GUINCHARD, Dalloz 2010, p. 381.

BY NC ND

sphère de droit subjectif comme pourrait donner à croire une lecture stérile de l'article 30 du code de procédure civile.

Il n'y a pas de doute quant à l'objectif visé en saisissant le juge : c'est pour que celui-ci impose par sa décision « *le respect de droits et intérêts légitimes* »[544] de son titulaire. Si le droit est en soi un facteur de régulation sociale, l'action en justice lui donne un dynamisme et une plénitude de sens. L'auteur de l'action en justice entend par ce biais obtenir la protection d'un droit substantiel, lequel peut être subjectif, -comme le droit de propriété par exemple-, ou d'un droit non substantiel -comme la protection des intérêts d'une profession ou d'une liberté publique telle celle d'expression- menacée ou violée. Mais ce droit substantiel ne se confond pas à l'action en justice elle-même. Il se place bien au dessus de tous les droits fondamentaux qu'il concourt à rendre vivants, à protéger et doit ainsi par application de l'article 6-1 de la Convention EDH, être protégé contre toute entrave[545].

Un obstacle de fait comme le refus d'autoriser un plaignant d'entrer en contact avec son avocat, peut contrevenir à "*la Convention* [EDH] *à l'égal d'un obstacle juridique*". Selon la Cour EDH en effet, « *si le droit à l'équité, la publicité et la célérité de la procédure judiciaire ne peut, à coup sûr, s'appliquer qu'à une procédure engagée, il ne s'ensuit pourtant pas forcément qu'il exclue un droit à l'ouverture même de celle-ci* »[546]. Cette réponse est à ranger au soutien du sens fonctionnel dudit article dont la valeur profonde est fortement ancrée dans la prééminence du droit. Ceci en ajoute au caractère fondamental du droit d'accès au tribunal, car et prenant à profit cette vision de la Cour, **ce serait absurde qu'il « *décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier***

[544] Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND, op. cit., pp. 117 et ss, n° 81 et ss.

[545] CEDH : 21 février 1975, arrêt Golder c/ Royaume-Uni, consultable sur le site de la Cour EDH : www.echr.coe.int/pages/ Série A, n° 18.

[546] cf. même arrêt, § 32.

BY NC ND

en réalité ; équité, célérité, publicité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès »[547].

Cette lecture donnée par la Cour EDH de l'article 6-1 imprime au droit au juge une quintessence réductrice de sa subordination à l'existence préalable d'une "*contestation portant sur un droit*" et lui reconnait ce faisant une autonomie propre. Même si selon la Grande Chambre, il ne s'applique pas aux limitations matérielles d'un droit consacré par le législateur interne[548]. Cependant, l'autonomie propre du droit au juge est encouragée et se traduit par ailleurs dans la manifestation de la solidarité à travers l'aide juridictionnelle dont la finalité est de combattre la misère sur le terrain du droit, et permettre ainsi à tous d'y accéder.

A ce propos, le regard vigilent de Jacques MOURGEON l'avait déjà si bien perçu : « *De la revendication de quelques prérogatives estimées fondamentales car indispensables à la sauvegarde de l'autonomie personnelle, on est passé à la réclamation de satisfactions jugées tout aussi naturelles car essentielles, relatives non plus à une essence supposée de le personne, mais aux conditions d'existence et fonctions réelles de l'individu dans la société* »[549].

2) Le droit au juge, un droit constitutionnel à vocation universelle[550]

Le droit de recourir au juge se présente d'abord comme une des garanties fondamentales reconnues aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques[551], ensuite comme « *un principe de valeur constitutionnelle* »[552]. En France, la valeur constitutionnelle du droit au juge a été pour la première fois ouvertement proclamée par le Conseil constitutionnel en matière

[547] Cf. même arrêt, § 35.

[548] CEDH : 19 oct. 2005 Roche c/ Royaume-Uni, § 119, JCP 2006.I.109, n°4, obs. SUDRE.

[549] Cité par Jean-Louis GAZZANIGA, op. cit. n° 44, p.24.

[550] Cf. deuxième considérant du préambule de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI.1950.

[551] CE : 17 févr. 1950, Dame Lamothe, Recueil Lebon p. 26, concl. THERY.

[552] CE : 29 juill. 1998, Syndicat des avocats de France et autres, AJDA 1998. 1014, concl. SCHWARTZ, p. 1010.

BY NC ND

administrative sous l'angle passif de l'action, au profit de l'administré, afin que ce dernier soit mis à même « *d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toute personne [...] un droit fondamental à caractère constitutionnel* ».[553]

Mais pour reconnaitre directement au droit au juge "*un droit fondamental à caractère constitutionnel*"[554], le Conseil constitutionnel s'est fondé sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui figure au préambule de la Constitution et fait corps avec elle[555]. L'Assemblée plénière de la Cour de Cassation n'est pas du reste lorsqu'elle juge au visa du "droit de la défense" « *que la défense constitue pour une personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance de son défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention* »[556].

Mais bien avant, il avait déjà clairement enseigné que "*le libre exercice du droit d'agir en justice*" se rattache à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, lequel préserve « *la garantie des droits,* [tant et si bien que] *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ... n'a point de constitution* »[557]. Le caractère fondamental du droit d'accès au juge ne tient pas seulement à son inscription dans la constitution ou tout autre texte normatif. La raison est qu'il est ancré dans la dignité même de l'homme.

---

[554] CC : Déc. n° 93-325 DC, du 13 août 1993, JO 18 août 1993, p. 11722 ; RFDA 1993.871, note GENEVOIS ; RFD const. 1993/15. 587, note FAVOREU ; Droit social 1994. 69, note DUPEYROUX et PRETOT ; RD publ. 1994.5, note LUCHAIRE.

[555] Par une décision du 16 juillet 1971, le Conseil avait reconnu une valeur constitutionnelle aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) et aux droits et libertés consacrés par la Déclaration des droits de 1789, que vise le préambule de la Constitution de 1958, et les intégrait du même coup dans le "bloc de la constitutionnalité" : cf. Muriel FABRE-MAGNAN : Introduction générale au droit, op cit., p. 66.

[556] Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995, D. 1995, 513, concl. M. JÉOL, note R. DRAGO.

[557] CC : décision n° 80-119L du 2 décembre 1980 .

BY NC ND

En proclamant ce caractère, « *le législateur* (…) *ne fait que le révéler par le droit positif et non pas le créer* »[558]. Ainsi d'autant plus que ce n'est pas le droit qui découle de la norme, mais la norme qui prend sa source dans le droit. Pour cette raison, « u*n droit n'est pas fondamental parce qu'il est constitutionnel, il est constitutionnel parce qu'il est fondamental et il peut être fondamental sans être constitutionnel* »[559]. C'est pourquoi sa violation emporte des sanctions contre l'Etat coupable, sans que celui-ci puisse s'abriter derrière sa propre constitution ou même un souci de souveraineté.

Le droit au juge en tant que droit fondamental n'est pas rattaché spécifiquement à un Etat, mais au contraire une portée universelle comme en témoignent les systèmes juridiques de nombreux Etats démocratiques. A côté des autres droits fondamentaux, le droit au juge est celui qui est destiné à connaître une forte expansion. Il représente la locomotive de tous les autres droits subjectifs. Il est difficilement compréhensible que cette mission qui lui est intrinsèquement dévolue puisse ne pas recevoir droit de cité dans tout Etat se voulant de droit. D'ailleurs c'est l'appréciation de son effectivité qui permet de distinguer les Etats de droit de ceux qui ne le sont pas.

La Cour de cassation belge y a vu depuis bien longtemps un droit naturel[560] ; tandis que de son côté, la constitution allemande, en son article 19 al. 4 a prévu une protection juridique par le droit d'agir en justice contre toute décision de l'administration, à qui il n'est pas confié un pouvoir répressif ou une très grande marge d'appréciation. En outre, son article 101 al. 2 garantit à chacun le droit à un juge légal, c'est-à-dire établi d'avance par le législateur conformément aux exigences de la loi fondamentale, tout en laissant le soin aux lois de procédure et d'organisation de la justice, d'œuvrer à son effectivité. L'exigence du juge légal doit emporter celle de ses

[558] Bernard BEIGNIER : La protection de la vie privée *in* Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., n° 189, p.1.

[559] Dominique ROUSSEAU : Droits fondamentaux *in* Loïc CADIET (Dir.) Dictionnaire de la justice, PUF, p. 374.

[560] Arrêt du 12 mars 1840, Pasicrisie, 1840. 1. 316, Concl. LECLERQ.

BY NC ND

corollaires que sont l'indépendance et l'impartialité de celui-ci, comme gage de la protection des droits et libertés.

La jurisprudence américaine n'est pas en reste : elle le consolide et élargit sa portée en retenant que **le droit de saisir le juge d'une pétition ne se limite pas seulement au premier juge, mais couvre aussi les recours exercés en appel**, surtout lorsque de tels recours portent sur les droits fondamentaux en péril du requérant. C'est pourquoi, on ne saurait sans porter atteinte à la constitution, dénier à une personne le droit de déposer en appel un recours d'« d'habeas corpus » au motif que le recourant ne se trouvait pas en mesure de s'acquitter des droits d'enregistrement demandés[561].

Cette profonde préoccupation se retrouvait déjà dans le projet de Déclaration des droits de l'homme repris par celui de la Constitution française du 19 avril 1946 qui prévoyait en son article 11 avant de ne plus figurer dans le texte final que « *la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle* ». La justice dont l'expression la plus caractéristique est portée par le droit au juge, « *est un bien essentiel dont l'impécunieux ne doit pas être exclu* »[562].

Les Etats membres du Conseil de l'Europe ont signé à Rome le 4 novembre 1950, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales appelée couramment Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) et la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas hésité à y voir un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »[563]. Cette position en fait un texte supra-législatif qui s'impose à toute norme interne aux Etats membres prise à son encontre tels la loi, les règlements (ordonnances, décrets …) et donc, les contrats.

---

561 CS-USA : Smith v. Bennett, 365 US 708, 1961 citée par Louis FAVOREU et Alii., op cit., p. 310, n° 359.

562 Marie-Anne FRISON-ROCHE : Principes et intendance dans l'accès au droit et à la justice, JCP G 1997, I. 4051. P. 407.

563 Dominique ROUSSEAU : op. cit. ibid.

BY NC ND

En Europe : **La Conv. EDH** en son article 6 intitulé "*Droit à un procès équitable*", reprend elle aussi dans son premier paragraphe ce qui dans le texte précité, forme la trame de fond du droit au juge. Aussi reconnaît-elle à toute personne le droit d'être équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, entendue en sa cause, « *par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi* » à qui compétence est accordée pour connaître des prétentions sur des droits et obligations de nature civile ou de toute action pénale[564].

Il reste cependant à relever que le droit d'accéder librement au juge n'est pas expressément visé dans cet article, et c'est dans son article 13 que la Convention, dans le but de protéger les droits et libertés qu'elle octroie à chaque personne « *le droit* [à] *un recours effectif devant une instance nationale* » sans explicitement le qualifier de juridictionnel. Mais le législateur ne peut tout prévoir et il revient au juge lui-même d'interpréter le texte mis à sa disposition, pour en faire juste et saine application.

C'est ce qu'a fait la composition plénière de la Cour EDH en prenant appui sur « *les principes fondamentaux de droit universellement reconnus* » et sur l'article 6-1 de la Convention[565], pour asseoir le principe du « *droit d'accès aux tribunaux à toute personne souhaitant introduire une action (…) relative (…) à une contestation sur ses droits et obligations de caractère civil* ».

Dans cette retentissante affaire et contrairement à l'argument du gouvernement britannique pour lequel l'article visé ne conférait au requérant qu'un droit à un procès équitable pendant une instance en cours et non celui du libre accès au juge par un détenu, la Commission suivie par la Cour, a répondu « *à l'unanimité, que l'article 6-1 garantit un droit d'accès aux tribunaux; que pris séparément ou en combinaison avec d'autres articles de la*

[564] Article 6-1 de la Conv. EDH.

[565] Cour EDH : 21 février 1975, arrêt Golder c/ Royaume-Uni, Série A, n° 18, §36 ; 9 déc. 1994, affaire des monastères grecs, Gaz. Pal. 28 sept. 1995, note WORMS ; consultable sur le site de la Cour EDH.

BY NC ND

Convention, il ne renferme aucune limitation implicite au droit d'un condamné détenu d'introduire une action et à cette fin de consulter librement un avocat, de sorte que les restrictions imposées par la pratique actuelle des autorités britanniques [lui] sont incompatibles »[566]. Ainsi, la prérogative reconnue à toute personne, fût-elle embastillée, « *de faire reconnaître et respecter ses droits, au besoin en saisissant les juridictions appropriées, apparaît aujourd'hui comme une composante essentielle de tout Etat de droit* »[567].

Cet acquis dont la préservation se veut capitale, est consacré par la combinaison des articles 6-1 et 13 de la Convention EDH et des libertés fondamentales. A la suite de la Cour EDH, même la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) s'est approprié ce principe. C'est en substance ce qui ressort de son arrêt du 15 mai 1986[568], confirmé le 15 octobre 1987[569].

Défiant les limites frontalières des Etats, la protection que nécessite ce droit à vocation planétaire se trouve renforcée par la même Cour pour qui sa reconnaissance à tous reste acquise, « *même si les règles de la procédure interne ne le prévoient pas* »[570] ou lorsque sa mise en œuvre est exécutée par le juge national de chaque Etat membre[571]. Ce droit « *est à cet égard le cœur du droit processuel communautaire* »[572] Cette position jurisprudentielle sera confirmée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice en décembre 2000, en son article 47 ainsi que la Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

---

[566] cf. même arrêt, §§ 21et 28.

[567] Yvon DESDEVISES : Accès au droit/accès à la justice in Loïc CADIET (Dir.) Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 1.

[568] Marguerite Johnson, aff. 222-84, Rec. N° 1651.

[569] CJCE, 15 oct. 1987, aff. Heylens, Rec. N° 4097 ; D. 1986. IR. 454, obs. CARTOU.

[570] CJCE 3 déc. 1992, aff. n° C. 97/91, OLEIFINIT BORELLI SPA c/ Commission européenne.

[571] CJCE 19 déc. 1968, SALGOIL, aff. 13/18, Rec. 661.

[572] Olivier DUBOS : Les juridictions nationales, juge communautaire, Dalloz 2001, p. 461.

cc BY NC ND

Au-delà de l'Europe, la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) adoptée et promulguée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1948 énonce en son article 8 que « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.* ». Cette Déclaration consacre au niveau planétaire le droit de se faire entendre dans ses réclamations par un tiers impartial qu'est le juge étatique.

Cette disposition fait partie intégrante d'un texte à l'origine non contraignante, en ce qu'il se contente de proclamer un idéal à atteindre, sans en faire une véritable obligation inscrite au passif des Etats membres. De même à première vue, elle enferme le droit au juge dans les limites de la violation des droits fondamentaux reconnus par la Constitution ou par la loi, sans en faire expressément un droit fondamental. Ainsi, dans les Etats où l'accès au juge ne jouit pas du couvert de la fondamentalité, il n'en sera qu'une prérogative non protégée.

Sous l'instigation du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, le **Pacte international relatif aux droits civils et politiques**[573] a été adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion des Etats Parties[574] à New York, par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Entré en vigueur le 23 mars 1976, ce pacte fondé lui-même sur la Charte des Nations Unies, a pour but d'élever au rang des droits opposables à tous, la « *reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables [en tant que] fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde*, (…) *ces droits [découlant] de la dignité inhérente à la personne humaine …* »[575].

[573] Consultable sur : http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm le 19/01/2012.

[574] article 48.

[575] Préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Par sa ratification, les Etats signataires ne se voient plus simplement invités à observer sans contrainte un *corpus* d'idéaux proclamés, mais souscrivent ce faisant un véritable engagement d'avoir effectivement de tels égards à toutes ses dispositions en y "*conformant leurs procédures constitutionnelles*"[576]. Dans le §3 de article 2, le droit au juge, noyé dans le registre des recours, est rangé avec ceux-ci sous la bannière d'une obligation de résultat mise à la charge des Etats Parties. Aussi ce texte oblige-t-il fermement chacun d'eux à :

a) « *garantir que toute personne dont les droits et libertés (…) [ont] été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. C'est le droit au recours pas nécessairement juridictionnel.*
b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel.
c) *Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.* »

Doivent ainsi être assurées non seulement l'effectivité du recours, mais aussi celles d'une décision sur son mérite et de son exécution. C'est dans son article 14 - 1 que le Pacte affermit expressément, au nombre des " *droits et libertés* [y] *reconnus*", le droit au juge en disposant clairement que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal (…) établi par la loi (…)* ».

3) Le droit au juge : un droit imprescriptible

A la différence du droit substantiel qui est frappé par la décision, la prérogative reconnue à son auteur de saisir chaque fois le juge dès que le besoin se fait sentir n'est pas soumis au même traitement, ni n'encourt pas la même sanction. Le droit au juge à cet égard reste comme « *le moi*

[576] article 2 §2.

BY NC ND

[toujours] *antérieur aux fins qu'il poursuit* »[577]. C'est pour cette raison que le juge qui déclare une action irrecevable n'éteint pas ce faisant toute possibilité de le saisir de nouveau d'un autre cas. Inversement et toujours en reconnaissance de l'autonomie du droit au juge par rapport à ses prétentions, le fait d'y renoncer n'éteint pas, selon la Cour de cassation, le droit substantiel[578].

Le droit au juge est comme un contenant à ne pas confondre avec ce qui est son contenu, c'est-à-dire la matière qu'il permet de porter et d'exposer au juge. Il reste un contenant appelé à continuer d'être autant que l'existence de l'homme. Car « *il serait vain de considérer que le justiciable a droit à des garanties procédurales s'il n'est pas assuré de saisir le juge* »[579]. Même s'il peut faire l'objet d'une dérogation parce que sa jouissance ou son exercice pourrait être suspendu(e) pour cause de guerre par exemple, le droit au juge ne peut souffrir d'aucune restriction[580].

Le droit au juge ajoute en épaisseur son sens fondamental en ce qu'il existe par lui-même, sans forcément être lié à un droit subjectif préexistant. Dans cette optique, il encadre simplement et permet un contrôle *a priori* de l'application du droit objectif. Ainsi, en est-il de l'action du ministère public lorsqu'il agit en cas de menace à l'ordre public ou forme un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Même si c'est très fréquemment le cas en matière civile, la saisine du juge ne tient pas nécessairement sa mise en marche à une violation préalable d'un droit subjectif ou d'une liberté.

Car il y a des contentieux objectifs qu'on ne rencontre pas seulement en matière administrative ou pénale, mais même dans les rapports de

---

[577] Cf. John RAWLS : Théorie de la justice, Seuil, 1997, pp. 601 ss.

[578] Cass. com. : 22 mai 2007 : il a été jugé en l'espèce que la renonciation par le créancier du droit d'agir en paiement contre le débiteur principal n'emportait pas l'extinction de l'obligation principale ni du recours de la caution contre ce débiteur. Bull. civ. 2007, IV, n° 136 ; RTD Civ. 2007, p. 805, obs. THERY ; D. 2007, p. 1999, obs. DESHAYES.

[579] Natalie FRICERO : Droit européen des droits de l'Homme, Gualino éditeur, 2007, p. 129.

[580] Frédéric SUDRE : La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) op. cit., n° 61 p.46.

BY NC ND

personnes à personnes. Par exemple, la loi autorise à toute personne intéressée par certains types de contrats et marchés de fournitures et travaux relevant pourtant du droit privé, le ministère public aussi, à saisir le président du Tribunal de grande instance ou du commerce afin qu'il prenne « *des mesures provisoires ou curatives pour manquement à des obligations de publicité et de concurrence pour* [leur] *passation* (…)*, dès lors que cette personne est susceptible d'être lésée par ce manquement* »[581].

Cette distinction se révèle encore plus par la différence de régime juridique entre l'action et le droit substantiel qu'elle porte en cas de besoin. En effet, tandis que l'action est toujours soumise à la loi de procédure en cours du fait de son application immédiate, le droit substantiel quant à lui, est régi par la loi en vigueur à sa naissance. La clause compromissoire sème dans l'esprit une confusion entre le droit au juge et l'action elle-même, et favorise ainsi une neutralisation de l'action à travers son droit saisi sous son angle subjectif.

Or il faut reconnaître que malgré le caractère relatif de ce droit, il est couvert du sceau de la fondamentalité renforcée de celui de la constitutionnalité. Ce qui devrait conduire spécialement à ne pas l'abandonner entièrement sans contrôle à la libre disposition des parties au contrat. La raison en est que les conventions en général prêtent sans gêne leurs faveurs à « *l'art de vaincre sans avoir raison* »[582] dès lors que pour la partie forte, l'objectif est de vaincre même sans convaincre, et arguer après-coup de l'acceptation de l'autre.

A la différence des autres droits substantiels, le droit au juge est imperméable aux influences du temps : il est permanent. C'est pour cette

---

[581] Article 7 de la loi française n° 92-1282 du 11 déc. 1992 prise dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ; cf. Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND, Procédure civile, op. cit., pp. 119, n° 83 et note 3.

[582] Cf. Cheik Hamidou KANE : L'Aventure ambiguë, Julliard, 1961, nouvelle édition : 10/18, n° 617, 2003 : Dans le choc et les contradictions survenus dans la société africaine encore enfouie dans ses valeurs ancestrales, mais bousculées par la colonisation et ses nouvelles formes de pensées, il fallait persuader les conservateurs traditionalistes de laisser le petit Samba DIALLO aller à "l'école des Blancs". Pour s'y prendre, la Grande royale leur démontra l'utilité, voire la nécessité pour ce porteur d'espoir en l'avenir, d'apprendre non seulement l'art de lier le bois au bois, mais aussi l'art de vaincre sans avoir raison que sont entre autres la technique, la science, la politique, mais aussi le droit … venus de l'Occident.

BY NC ND

raison que seul le législateur, pour cause justifiée d'intérêt général, devrait pouvoir y apporter des limites. Une telle considération a conduit le Conseil constitutionnel à admettre que l'inexistence des voies d'action pour obtenir réparation d'un préjudice subi, est une atteinte au droit d'agir en justice, donc la conséquence qui en découle est d'admettre pour cela le principe constitutionnel d'un droit à compensation au profit du membre de la société dont le préjudice était né de la rupture d'égalité devant les charges publiques[583].

Mais ce principe manque encore en affermissement, comme l'établit du reste la très médiatisée affaire Perruche rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000[584]. Cette solution sera confirmée par la même Cour quelques mois après[585]. Mais le législateur français y a très vite mis un terme par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (dite anti-Perruche) en fermant la porte à « *toute indemnisation, donc à tout recours à un juge, pour le préjudice de naître handicapé … au profit* » de la solidarité nationale et a été suivi en ce sens, avec quelques inquiétudes par la Cour EDH. Cette dernière a dans ses arrêts MAURICE et DRAON contre France[586], jugé qu'il n'y a pas violation de l'article 13 de la Convention EDH du fait de l'application immédiate de cette loi aux instances en cours.

Même le Conseil constitutionnel y a versé son onction en considérant que nonobstant le considérable obstacle qu'elle formait pour les enfants nés handicapés, cette loi restait compatible avec la Constitution, en ce qu'elle ne

---

583 CC. : 22 oct. 1982, Gaz. Pal. 1983. 6, note François CHABAS ; Dr. soc. 1983. 155, note HAMON.

584 Dans cette affaire, l'auguste Cour avait reconnu à un enfant handicapé à la naissance, parce que les médecins et laboratoires s'étaient abstenus de conduire sa mère sur la voie de l'IVG, le droit de saisir le juge pour en demander réparation : D. 2000. 316, concl. SAINTE ROSE, 322, note Denis MAZEAUD et 336, note Patrice JOURDAIN ; D. 2001. Chron. pp. 489 par Jean Luc AUBERT, 492 par Louis AYNES et 1889 par P. KAYSER ; JCP 2000. II. 10438, note François CHABAS, et Chron. François TERRE, I. 279. Chron. MEMETEAU ; pour les concl. SAINTE ROSE et le Rapport SARGOS ; Gaz. Pal. 25 jan. 2001. 316, JCP 2000. II. 10438; D. 2001. 316 ; JCP 2001. I. 293, n° 7, obs. MURAT ; RTDciv. 2001. 103, obs. HAUSER, n° 149, obs. Patrice JOURDAIN, p. 226, obs. LIBCHABER ; LPA 2000, n° 245, Chron. GOBERT.

585 Cass. Ass. Plén. : 13 juillet 2001, D. 2001. 2325, note Patrice JOURDAIN.

586 Cour EDH : 6 oct. 2005, JCP 2006.II.10061, note ZOLLINGER.

BY NC ND

portait atteinte ni au principe de la responsabilité, ni au droit à un recours juridictionnel. Pour qui prône la protection du droit au juge comme un droit substantiel, cette position à première vue déconcertante[587] nous paraît justifiée par le souci de ne pas faire de ce droit un ferment de l'anarchie. Comme toute œuvre humaine, ce droit porte lui aussi sa marge d'incomplétude.

Ce point de vue n'est cependant pas valable au sujet du musellement du droit au juge en matière d'arbitrage des litiges sportifs, dans la mesure où les finalités ne sont pas les mêmes et n'autorisent aucune confusion. Dans le premier cas, le cantonnement de l'accès au juge plonge ses racines dans le domaine de l'essence même de l'homme, de l'être, contrôlé par la nature et où le hasard est roi. Or du côté de l'arbitrage des litiges sportifs, il est question de l'avoir, de l'action et ses méfaits corrigibles de l'homme, sans qu'un séisme puisse poindre à l'horizon. L'accès au juge, vu comme un droit substantiel procédural, doit rester reconnu indépendamment de tous les autres droits eux aussi substantiels. Son rôle de cheval de Troie est indispensable à la reconnaissance, au respect et à la préservation de ces derniers. En muselant ce droit subjectif procédural, on muselle du même coup les droits subjectifs substantiels.

Tandis qu'il est en outre exigé pour ces restrictions un usage raisonnable en en évitant une application injustement rigide[588], leur observation en matière d'arbitrage des litiges sportifs demeure encore sujette à caution dès lors que le consentement d'un mineur produit le même effet que celui d'un majeur. Malgré la protection dont il jouit légalement sur ce point, on ne lui y accorde aucune dérogation à la rigueur des effets liés à son consentement. Il se trouve ainsi dépossédé de son pouvoir de saisir le juge des difficultés liées à ses activités sportives.

---

[587] Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND, Procédure civile, op. cit., p. 141, n° 111.

[588] CEDH, ch. 2e sect. : 7 juill. 2009, STAGNO c/ Belgique, RDC 2010/1, p. 201, chron. MARGENAUD.

BY NC ND

Ne s'agit-il pas bien là d'une "atteinte substantielle"[589]? Si l'on s'en tient à la lecture qu'en a donnée la Cour EDH dans l'affaire de l'Eglise catholique de la Canée c/ Grèce rendue le 16 décembre 1997, la privation par le truchement d'une convention, de toute éventualité d'accéder au juge, même s'il ne vise pas directement son droit substantiel, frise la dénégation de la personnalité juridique de la victime. En l'espèce, la Cour avait jugé que le fait de refuser de la personnalité juridique à une église dont l'un des effets consiste à lui méconnaître toute possibilité d'agir en justice constituait "*une atteinte à la substance même du droit à un tribunal*", si ce n'est simplement nier son existence[590].

§2 : L'ATTEINTE A EVITER AU DROIT AU JUGE

La renonciation forcée au droit de saisir les tribunaux (A) emporte avec elle la perte de certains avantages que procure la justice étatique (B).

A : La renonciation forcée au droit au juge étatique

Tandis que la Cour EDH, malgré quelques dérives à inscrire objectivement à son passif[591], s'évertue par ses condamnations de faire lever par les Etats signataires les obstacles tant juridiques que matériels[592] qui jonchent la voie d'accès au juge[593] et ainsi "*assurer l'effectivité du droit d'agir en justice*"[594],

---

589 CC. : déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration ; 93-335 DC du 21 janv. 1994, considérant n°4.

590 Serge GUINCHARD et Alii, op. cit. p. 148, n° 124.

591 Cf. Bernard EDELMAN : La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?, D. 2008, pp. 146 ss. ; et la réponse par S. HENNETTE-VAUCHEZ : Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique, D. 2009, pp. 238 ss.

592 L'effectivité du droit au juge appelle en cas de nécessité une aide financière au profit du justiciable démuni: CEDH : 9 oct. 1979, AIREY c/ Irlande.

593 Comme par exemple le flou dans une loi (loi française n° 91-1046 du 31 décembre 1991 dite "du virus du SIDA") qui ne fixait pas clairement la victime d'une contamination sanguine sur le droit ou non de saisir le tribunal d'un recours après avoir reçu un dédommagement du Fonds d'indemnisation. En l'espèce, la Cour a estimé que l'absence "une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses actes", la « victime n'a pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif devant la cour d'appel de Paris, (...) il y a eu violation de l'article 6 § 1 » ; dans le même sens : CEDH : 4

l'objet du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs en a fait son cheval de guerre. La première conséquence tirée de la signature de la convention d'arbitrage ne laisse pas d'ambiguïté sur ce point : « *la convention d'arbitrage n'a pas pour objet d'investir l'arbitre, mais de retirer le différend à la compétence des juridictions étatiques* »[595]. Elle est le fruit d'une longue interprétation faite, compte tenu de nombreuses considérations[596] ayant conduit à admettre aisément l'arbitrage commercial international.

Or en matière d'arbitrage des litiges sportifs, il n'est pas attendu que le dessaisissement du juge étatique soit l'effet découlant de la volonté conjointe des parties. Une tactique si efficiente de contournement de ce juge ne doit pas être abandonnée au hasard des interprétations. La Charte olympique se termine d'ailleurs sur ce point : « *tout différend survenant à l'occasion des Jeux Olympiques ou en relation avec ceux-ci sera soumis* ***exclusivement*** *au tribunal Arbitral du Sport* »[597]. La Fédération Internationale de Handball (FIH) abonde dans le même sens en prévoyant que tous litiges concernant ses statuts, ses règlements et les décisions de ses organes, ses fonctionnaires, les joueurs ainsi que les fédérations membres « *sont* ***exclusivement*** *soumis à la juridiction sportive des instances juridiques prévues par* [lesdits] *statuts* »,

déc. 1995, BELLET c/ France : D. 1996, 357, note COLLIN-DEMUMIEUX, AJDA 1996, 382, obs. FLAUSS ; JCP 1996. I. 3910, n° 21, obs. SUDRE, II. 22648, note Michèle HARICHAUX ; D. 1997, somm. comm. 205, obs. N. FRICERO ; CEDH: 30 oct. 1998, F.E. c/ France, JDI 1999, 235, obs. TAVERNIER ; RTD civ. 1999, 490, obs. MARGENAUD ; D. 1999, somm. comm. 269, obs. N. FRICERO et PEREZ ; RD publ. 1999, 888, note HUGON ; ou un procédé de tri consistant à vérifier au préalable si "*la décision attaquée présente une importance cruciale au point de vue juridique*" : CEDH, 12 nov. 2002, ZVOLKY c/ République TCHEQUE, BELES et autres c/ République TCHEQUE, ou encore le fait de déclarer un recours irrecevable pour cause de retard alors que l'erreur dans signification était imputable à l'Huissier de justice, un "organe public de l'Etat" : CEDH, 11 janv. 2001, PLATAKLOU c/ Grèce, JCP 2001. I. 342, n° 10, obs. SUDRE, Dr. et Proc. Juill. 2001, p. 232, obs. MARGUENAUD ; ou encore une computation des délais qui méconnait celui que nécessite l'acheminement du courrier entre la métropole et une partie fort éloignée du territoire national : CEDH, 10 juillet 2001, TRICARD c/ France, JCP 2002.II. 10034, note L. Di RAIMONDO.

[594] Serge GUINCHARD et Alii, op. cit. p. 194, n° 181

[595] Thomas CLAY : L'arbitre, Thèse, Paris II, 14 janv. 2000, Dalloz 2001, n° 652, p. 517.

[596] Vincent CHANTEBOUT : Le principe de non révision au fond des sentences arbitrales, Thèse Paris II, 2007, pp. 33 à 96.

[597] Article 59 de la charte Olympique.

BY NC ND

en l'occurrence la Commission de discipline, la Commission d'arbitrage et le Tribunal arbitral tous internes à l'organisation.

Il est ainsi organisé une renonciation forcée et non volontaire à cette prérogative. L'adverbe exclusivement ajoute en détermination, la volonté de bannir des parties prenantes aux activités sportives, toute tentative de soumettre au juge étatique leurs revendications. Un caractère plus prononcé de cette interdiction provient d'une convention passée entre le Royal New Zealand Yacht Squadron et le New York Yacht Club dans le cadre de la Coupe de l'America. Ce "protocole RNZYS" qui portait création d'un nouvel organe de gestion des litiges entre les participants (l'America's Cup Arbitration Panel –ACAP-), en remplacement du "Trustee Committee", lui-même créé par le Protocole de San Diego dans le même but et en réaction aux déballages judiciaires qui ont suivi l'édition de 1988, disait clairement "*que tout recours aux tribunaux étatiques est exclu*"[598]. Ceci n'appartient pas qu'au passé dans la mesure où cette disposition est presque automatiquement reprise dans les autres protocoles qui accompagnent les éditions futures.

Très pertinemment conscients du caractère contestable de cette pratique, les statuts généraux de la FIBA n'en démordent pas, car ils demandent aux fédérations nationales affiliées de porter quand même cette atteinte au droit au juge, mais avec tact et circonspection pendant qu'elles instituent chacune « *un organisme d'arbitrage indépendant qui exclut – **dans la mesure légale du possible**- le recours aux tribunaux étatiques* »[599]. En toutes circonstances, « *no case may be taken to a court of law* »[600] et pour y parvenir aisément, « *members associations and clubs shall provide appropriate clause/clauses in*

[598] Cf. Antonio RIGOZZI: L'arbitrage international en matière de sport, op. cit., pp. 151-152 et les références citées.

[599] Article 9.5, version 2010, consultable sur www.fiba.com/downloads/Regulations/2011/FIBABookGSFR.pdf (visité le 13/10/2012).

[600] Article 44 alinéa 5 des statuts de l'International Canoe Federation (ICF) 2011.

BY NC ND

their statutes to restrain their officials and players from referring their disputes to ordinary courts »[601].

Une clause de renonciation expresse à la saisine du juge étatique figure dans les modèles de clause compromissoire que le TAS propose aux organismes sportifs pour être insérée dans leurs différents actes : « *J'accepte*, y lit-on, *la compétence du TAS à l'exclusion de tout recours aux tribunaux ordinaires* »[602]. Sachant que de cette clause, résulte une atteinte à un droit fondamental, le TAS attire par prudence l'attention des fédérations et organisateurs de manifestations sportives sur son illicéité dans certains Etats, avant de recommander à chacun de procéder aux vérifications et au besoin, recourir aux recoupages nécessaires à sa mise en conformité, sans toutefois l'abandonner.

Cet avertissement n'entrave en tout cas pas la poursuite de cette logique. Ainsi, une interdiction est faite en termes d'ordre à tous ceux qui participent aux activités du monde footballistique, de s'adresser au juge étatique. On la retrouve notamment dans les statuts de la FIFA qui disent explicitement dans l'alinéa 2 de leur article 64 que « *tout recours devant un tribunal ordinaire est interdit …* ». L'interdiction ne s'arrête pas là, car aux termes de l'alinéa 3 du même article, « *les associations* [sportives] *doivent également s'assurer que cette disposition est bien appliquée* [partout, et] *sont tenues (…) de stipuler que les recours contre les sanctions prononcées sont de la même façon soumis uniquement à la juridiction arbitrale et ne peuvent pas non plus être déposés auprès d'un tribunal ordinaire* ».

La renonciation se comprend comme l'abandon volontaire des avantages que peut procurer une situation à son titulaire. Si dans certains cas particuliers, l'abdication peut se déduire d'un long silence gardé par le titulaire d'un

[601] Article 58 des statuts de l'Asian Football Confédération (AFC) Consultable sur : www.the-afc.com/en/resources/guidelines/regulations-a-guidelines/70-general-regulations visité le 20/10/2012.
[602] Deuxième série de modèles de clauses d'arbitrage : 2 b) à faire accepter aux athlètes avant sa participation à une manifestation sportive, consultable sur www.tas-cas.org/fr/arbitrage.asp/4-3-140-21-4-1-1/5-0-21-3-0-0/ visité le 08/07/2012.

BY NC ND

droit[603], la volonté y tient une place fondamentale, si bien qu'on ne saurait l'admettre si la volonté du renonçant n'était pas entière. Autrement dit, « *la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer* »[604]. Il faut ainsi, pour que la renonciation soit valable, que la volonté du titulaire soit entière, éclairée, libre et provenir d'une personne apte à passer les actes juridiques. La renonciation étant un acte de disposition grave, le législateur français l'a endurci en matière de représentation ou d'assistance des mineurs par leurs parents : dans l'administration légale pure et simple, « *même d'un commun accord, les parents ne peuvent (…) renoncer pour [le mineur] à un droit, sans l'autorisation du juge des tutelles.* »[605]

La jurisprudence s'est montrée suffisamment ferme sur ce point, et a retenu, dans un cas mettant en cause le droit au juge d'une mineure que « *la validité d'un acte qui, tout en se présentant comme une transaction, constitue plutôt une renonciation à un droit, est subordonnée à l'autorisation du juge des tutelles* »[606]. Pourtant c'est bien d'une renonciation semblable que les pouvoirs sportifs font accepter à tout prétendant aux manifestations sportives d'envergure. En réalité, ils poussent expressément le sportif à souscrire la renonciation à saisir le juge de toute prétention en relation avec son activité sportive lorsqu'une interdiction formelle ne lui a pas été adressée en ce sens. Il y a bien là des obstacles de fond au droit au juge que pourfend le juge européen des droits de l'homme.

---

[603]Cass. com. : 26 janv. 1993, D. 1994, 69, note MOURY pour le silence gardé pendant deux ans, durée prévue pour lever l'option, par le bénéficiaire d'une promesse de vente ; 8 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 43, D. 2005. AJ. 884, obs. CHEVRIER ; D. 2006, Pan. 164, obs. D. R. MARTIN, JCP E 2005. 1676, n° 17 s., obs. A. S. pour le refus de remettre en cause une opération bancaire pour cause de silence gardé pendant près d'une décennie par le titulaire d'un compte après que le banquier l'eut soldé.

[604] Cass. civ. 2e : 10 mars 2005, Bull. civ. II, n° 68 ; Cass. crim. : 16 mai 2006, Bull. crim. N° 133 ; D. 2006, 2771, note NOGUERO.

[605] Article 389-5 alinéa 3 du Code civil.

[606] Cass. Ch. Mixte : 29 janv. 1971 : Bull. civ. N° 1, D. 1971, 301, concl. LINDON, note HAUSER et ABITBOL. Il s'agissait en l'occurrence d'un abandon après perception d'une somme d'argent, de toute autre prétention relative à la réparation du préjudice subi par une mineure victime de viols.

BY NC ND

On s'est pendant longtemps focalisé sur le comportement de l'administration pris par exemple dans les actes de police (contrôle d'identité, garde à vue et détention arbitraire) ignorant, la paix dans l'âme, les problèmes cruciaux que pouvaient générer la violation « *de la présomption d'innocence, des droits de la défense, du droit au juge, d'impartialité et d'indépendance des magistrats qui ne concernent pas le comportement de l'administration et que le juge judiciaire lui-même ne prend pas en compte* »[607]. Dans le cas des pouvoirs privés économiques, nombre des conquêtes et avancées du droit qui n'ont pas encore périclité reculent ou sont simplement mis à leur service. On sait que le marché a, comme la nature, horreur du vide. Il s'accapare tout secteur susceptible à ses yeux de procurer des intérêts pour en tirer le plus grand avantage. La convention d'arbitrage offre à ce titre un parfait exemple.

En effet, la puissance et ses dérives dictatoriales n'ont pas toujours été, malgré la croyance qu'on y a attachée, l'apanage exclusif de l'Etat. Des pouvoirs privés économiques tout aussi puissants que l'Etat se sont avec le temps constitués, et naturellement à coups de contrats. Ils font aujourd'hui légion. Une observation attentive sur l'organisation et le fonctionnement de leurs activités donne à relever qu'ils constituent chacun « *un bouillon de culture d'innombrables atteintes* »[608] aux droits fondamentaux.

Le rôle du juge judiciaire sur qui pèse notamment la mission d'apprécier et de sanctionner la régularité des actes des personnes privées a, sous l'angle de la protection des droits fondamentaux, toujours été si bien relayé au second plan. Il appert en effet que lui-même n'a pas suffisamment eu le courage de prendre de deux mains cette prérogative[609] que lui a expressément confiée l'article 6 de la constitution française à savoir, la sauvegarde des libertés individuelles sous-entendu des droits fondamentaux y compris. Pourtant, en dehors de l'administration et les excès de son

[607] Louis FAVOREU : ibidem.

[608] François RIGAUX : La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant-LGDJ, 1990, n° 687.

[609] Comme son collègue du Conseil d'Etat, avant que la loi du 30 juin 2000 lui confia une mission similaire dans le cadre du référé-liberté pour ce qui est des libertés publiques.

BY NC ND

pouvoir régalien, les personnes privées s'attribuent très aisément le droit de les violer en commençant, comme en l'espèce, par celui dont le but ultime réside entre autres dans la protection des autres.

C'est mettre considérablement en cause les objectifs visés par l'érection d'un tel droit au rang des droits fondamentaux : lutter contre l'indigence juridique par la facilitation de la compréhension et l'information continue sur le phénomène, et faire de tout justiciable le principal acteur de ses actes, meilleur protecteur de ses droits et intérêts. Comment les citoyens pourraient-ils préserver leurs acquis s'ils ne peuvent pas accéder au juge pour trancher en cas de menaces sur leurs droits.
Cet objectif, vu du côté du juge lui-même, trouve à se réaliser par le biais de l'interdiction du déni de justice, en ce qu'il est formellement prohibé à ce dernier de refuser de remplir un acte relevant des missions mises à sa charge. Il serait utopique de vouloir se fier en cette matière à "la main invisible" du marché. Celui-ci ne concrétise que de manière très inéquitable la fonction fondamentale de la justice telle que la définissait Aristote consistant à "*donner à chacun ce qui lui revient*".

L'atteinte de cet objectif passe nécessairement par l'effectivité, et invite à sortir du cadre des déclarations pour permettre à tout citoyen d'avoir accès à la justice ou à tout le moins, assurer la protection juridique de tous, d'autant que « *le marché* [a le don], *aussi bien qu'un service public dépourvu de limite raisonnable,* [de] *paralyser en fait l'accès des individus au droit et à la justice* »[610]. Cette nécessaire effectivité a reçu de la Cour EDH une assise jurisprudentielle en ces termes : « *La Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs* »[611].

Il s'en suit que chaque Etat ne doit pas se complaire de prévoir dans ses lois le droit d'accès au juge, mais surtout en garantir, sans se contenter de rester

[610] Yvon DESDEVISES : Accès au droit/accès à la justice in Loïc CADIET (Dir.) Dictionnaire de la justice, op. cit., p. 3.

[611] Cour EDH : 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, série A, n° 32.

BY NC ND

passif, l'accès réel à tout justiciable « *dans le vécu quotidien et concret de sa relation avec la justice* »[612]. Aussi lui revient-il de mettre en œuvre tous les moyens appropriés et les meilleures conditions possibles pour y parvenir[613].

Quoique la mise en œuvre de ce droit fondamental soit tributaire des lois de procédure internes aux Etats membres, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) l'a encadrée de deux vertus constitutives de limites à la liberté des législations procédurales propres à chaque Etat. En effet, il leur est imposé premièrement un "*principe de l'équivalence*" qui repose d'une part sur l'exclusion de toute discrimination dans « *l'application des lois de procédure nationale* » pour tous les litiges de même nature et d'autre part sur l'interdiction faite à l'égard de ces dernières de constituer une entrave difficile ou insurmontable dans « *l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union* »[614].

La seconde vertu affectée à l'effectivité de l'accès au juge à toute personne est, quant à elle fondée sur un « *droit à la reconnaissance d'une protection juridictionnelle "provisoire"* ». Par ce principe jurisprudentiel, tout justiciable peut, après avoir soulevé la primauté du droit européen, exiger du juge devant lequel une affaire l'impliquant est pendante, qu'il ne lui soit pas dans l'immédiat, fait application d'une loi interne non conforme tantôt la Constitution, tantôt aux engagements internationaux de l'Etat membre[615].

---

612 Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND : Procédure civile, op. cit., p. 192, n° 1 ; CEDH : 20 nov. 1995, British American Tobacco Co Limited c/ Pays-Bas, série A, n° 331 ; RUDH 1996, p. 13, obs. SUDRE ; 22 nov. 1995, Bryan c/ Royaume Uni, série A, n° 333-B, RUDH 1996, p. 13, obs. SUDRE, p. 80.

613 CJCE : 12 juin 1980, Express Dairy Food Ltd, aff. n° 130/79, Rec, n° 1887, (§14).

614 Serge GUINCHARD et Alii : Procédure civile, op. cit., p. 135, n° 107 ; CJCE : 7 juillet 1981, REWE, Aff. 155/80, Rec. n° 1805.

615 CJCE : 19 juin 1990, Factortame, aff. n° 213/89, Rec. I. 2433 ; D. 1990, p. 547, note FOURGOUX: En l'espèce, la Cour a décidé qu'un obstacle à l'octroi de mesures provisoires tenant seulement à l'application d'une règle de procédure interne ne devait aucunement faire ombrage à l'application des droits reconnus aux justiciables par des règles communautaires.

BY NC ND

Le juge doit ainsi accéder à la demande et se référer au préalable à la juridiction suprême de l'ordre duquel il relève, laquelle devra à son tour déférer telle "question prioritaire de constitutionalité" à la CJUE[616]. De même et par conséquent, le justiciable peut à sa demande obtenir du juge, l'application d'une mesure destinée à protéger provisoirement ses intérêts en attendant que soit vidée la procédure sur la question préjudicielle[617].

B : La perte de certains avantages de la justice étatique

Dans l'éternelle mouvance ondoyante des rapports humains, le droit distingue et maintient concomitamment la relation entre l'individuel et le collectif. Ce rôle se présente comme la matrice essentielle même des rapports juridiques. Ils se distinguent foncièrement des relations morale et religieuse en ce que ces dernières sont essentiellement binaires alors que les rapports juridiques mettent en jeu trois entités en cas de pathologie. Le critère de la juridicité est l'admission au sein de la relation de l'intervention de l'idée de justice portée par un « *tiers impartial et désintéressé* »[618].

Parce qu'il serait issu de l'échange et se retrouve dans tout type de société humaine, le droit porte l'ambivalence inhérente à l'homme lui-même, et croupit lui-aussi « *sous la nécessité d'une prise de conscience du relatif et du variable. A partir de là, sa mission médiatrice repose sur une recherche spontanée tout à la fois du juste et du sage* »[619]. Sur la foi d'un adage tiré des capitulaires de Charlemagne et valant interpellation[620], il est attendu de celui qui porte sur ses épaules le poids de toutes les difficultés liées à la

[616] Serge GUINCHARD et Alii : op. cit. pp. 408-409, n° 509.

[617] Ibid., p. 136, n° 107.

[618] Alexandre KOJEVE : Esquisse d'une phénoménologie du droit, Gallimard, 1981, p. 188.

[619] François TERRE : Introduction générale au droit, Dalloz, 2009, n° 49 - 51, pp.46 – 47.

[620] « *Judices secundum legem scriptam juste judicent, non secundum arbitrium suum* » : "*Les juges doivent statuer justement selon la loi écrite, non selon leur sentiment personnel*" ; Cf. Article 12 NCPCiv., cf. Gérard CORNU - Association Henri CAPITANT : Vocabulaire juridique, PUF, 2007, p. 964.

BY NC ND

délicatesse de cette mission, le respect de nombres d'exigences sans lesquelles il cessera d'incarner le droit tel que précédemment défini.

A propos, DIDEROT mettait déjà en brillance l'importance d'avoir de bons juges plus que de bonnes lois, en faisant remarquer dans ses Observations sur le Nakaz que « *Les meilleures lois sont vaines si le juge est mauvais, et les plus mauvaises lois peuvent être rectifiées par de bons juges* »[621]. Pour que sa mission garde le visage humain sur lequel tout justiciable peut reposer ses espérances, et qu'il ne soit pas réduit à une machine destinée à exécuter la seule volonté de certains, le tiers appelé à intervenir dans les rapports des autres, doit notamment paraître sous l'image du "bon juge" retenu comme un être indépendant, désintéressé et impartial, honnête et rigoureux.

C'est celui qui en permanence doit garder la probité et l'honneur, la responsabilité et la discrétion. La prudence doit lui rester cardinale et « *implique une aptitude à bien délibérer pour discerner les meilleurs moyens d'atteindre un bien. Pour ce faire, le juge devra développer les vertus de distance, de proximité, d'intégrité et de mesure* »[622].

En considérant que l'arbitre du contentieux sportif remplit comme le juge étatique la quasi-totalité de ces conditions dans l'exécution de sa mission, des réserves non moins importantes peuvent être élevées à l'aulne de l'article 6 de la convention EDH aux termes duquel « ***toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue*** *équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable,* ***par un tribunal indépendant et impartial****, établi par la loi…* ».

A première vue, on peut apercevoir dans ce texte une redondance. Mais c'en est pas une, dans la mesure où si l'on ne doute pas qu'un juge dépendant perd en impartialité, il n'est pas non plus exclu qu'un juge indépendant ne

[621] Cité par Pascale DEUMIER : Introduction générale au droit, op. cit., n° 79, p. 85.

[622] Pascale DEUMIER : ibid.

BY NC ND

soit pas forcément impartial[623], surtout si cette indépendance vis-à-vis des facteurs extérieurs ne s'installe pas dans son for intérieur. Dans un tel cas de figure qui n'est pas que d'école puisque tout juge est d'abord et avant tout un homme, transportant « *avec lui un vécu antérieur qui influe sur son jugement par des a priori le plus souvent inconscients* »[624].

Pour cette raison, il peut lui-aussi crouler sous le poids de ses préjugés ou être soumis « *à d'autres dépendances plus cachées, plus complexes, porteuses de plaisirs, d'avantages et de satisfactions* »[625] surtout en milieu où l'argent règne en maître.

En admettant sous le commandement de l'article 1134 du Code civil que la convention d'arbitrage des litiges sportifs est la loi des parties, et que le devoir de l'exécuter de bonne foi conduit le sujet consentant à désigner l'arbitre qui connaîtra de ses prétentions, les distorsions qui à l'origine de la convention asphyxient le noyau dur du consentement restent prégnantes.

De plus, l'ancrage bien poussé de l'institution arbitrale dans les organismes sportifs qui l'ont fait naître, ne peut que susciter la méfiance sur leur autonomie vis-à-vis d'eux. Le fait de leur attribuer la dénomination de "tribunal arbitral" n'y change rien dès lors qu'une *"fédération ne peut être en même temps juge et partie"*[626], alors et surtout que « *l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre (…) sont de l'essence même de la fonction arbitrale* »[627]. En matière d'arbitrage commercial, le doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre repose sur « *l'existence de liens*

[623] Pierre CROCQ : Le droit à un tribunal impartial in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., n° 580, p.398.

[624] Pierre CROCQ : op cit., n° 598, p. 417.

[625] Jean-Denis BREDIN : Qu'est ce que l'indépendance du juge ?, Justices, n° 3, 3 janv.-juin 1996, p. 164.

[626] Eric LOQUIN : observations sous Sentence TAS n° 2001/A/350 du 25 mars 2002, aff. M. & S. & C. & Soc. P. c/ Fédération Cycliste Italienne (FCI) ; JDI 2004, p. 294.

[627] Cass. civ. 1ère : 16 mars 1999, D. 1999, 497, note P. COURBE.

BY NC ND

matériels ou intellectuels avec une partie »[628]. Dans cette hypothèse, le juge prononce généralement la nullité de la sentence[629].

Ce fort ancrage fait en tout cas rejaillir quelques ressentiments sur l'indépendance (1) et l'impartialité (2) de l'arbitre des litiges sportifs dont le mode de désignation est pour le moins, peu conformiste. Même s'il a été démontré que l'opération de désignation du ou des arbitres relève d'une autre convention bien différente de la convention d'arbitrage elle-même[630], elle n'en reste moins sa conséquence. De même, on se serait attendu que pour parfaire l'équitabilité du procès devant l'arbitre des litiges sportifs qui doit observer et faire observer le principe du contradictoire, qu'une publicité des débats (3) s'ensuive.

1) L'indépendance du juge arbitre des litiges sportifs ?

La justice dans son idéal est transcendantale. Mais même descendue du piédestal elle reste, écrit Madame Simone ROZÈS « *liée à l'indépendance du juge. Elle seule est de nature à assurer l'égalité des citoyens devant la loi,* [mais surtout] *à garantir que la décision rendue n'est dictée ni par le pouvoir, ni par la hiérarchie, ni inspirée par les sentiments personnels* »[631]. Exigence indispensable pour une bonne justice, la règle de l'indépendance du juge se trouve déjà énoncée par Ulpien : « *Celui qui est préposé pour rendre justice ne doit point juger dans sa cause, ni dans celle de sa femme, de ses enfants, de ses affranchis ou des autres qui vivent avec lui* »[632].

---

[628] Pierre JULIEN et Natalie FRICERO : Droit judiciaire privé, 3e éd. par Natalie FRICERO, LGDJ, 2009, n° 802, p. 452.

[629] Cass. civ. 1ère, 16 mars 1999, D. 1999, p. 497, note COURBE ;

[630] Thomas CLAY : « *La convention d'arbitrage est indépendante de la formation du contrat d'arbitre parce qu'elle existe sans lui. En outre (…) le mode de constitution du tribunal arbitral est sans conséquence sur la survie de la convention d'arbitrage* » *in* L'arbitre Thèse Paris 2, Dalloz 2001, n° 659, p. 522.

[631] Simone ROZÈS & Paul LOMBARD : Le juge et l'avocat : Dialogue sur la justice, Robert LAFFONT, 1992, p. 65.

[632] au livre 3 sur l'Edit D., 2, 1, De Jur., 10

CC BY NC ND

Ce principe signifie que dans l'exercice de ses fonctions, le juge doit échapper à la subordination et aux pressions ayant pour effet ou pour but d'imprimer une orientation aux décisions qu'il rend[633]. Ce principe constitutionnel[634] a pour finalité de le mettre à même de rendre justice de sa propre autorité, en son âme et conscience en tranchant « *le litige conformément aux règles qui lui sont applicables* »[635]. Dans l'idéal, il faut pour cela que le juge soit préservé de l'influence des pouvoirs, de ses collègues[636] (puisque « *l'esprit de corps* [n'est pas] *favorable à une grande ouverture d'esprit* »[637]), des médias, de l'opinion publique, des experts[638], des préjugés[639], dès lors que sa conviction sera forgée à l'avance, il accepte avec enthousiasme d'être trompé et les experts savent plaire à ceux qui les font travailler [640]. Il ne doit pas aussi redouter les représailles et les parties[641].

---

[633] Cour EDH : 24 nov. 1994 affaire "Beaumartin" retenant la violation de l'article 6-1 de la Convention EDH par manque d'indépendance et d'impartialité du Conseil d'Etat français pour s'être cru lié par une interprétation d'un traité international qu'en avait faite le Ministère des affaires étrangères : Justices, n° 1, 1995, p. 163, obs. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS ; JCP éd. G. 1995. I. 3823, n° 25, obs. François SUDRE.

[634] Article 64 de la Constitution française de 1958 : Alinéa 1 : « *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'**autorité judiciaire*** ». La valeur constitutionnelle de ce principe à l'égard du juge administratif est reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 juillet 1980 pour qui cette indépendance fait partie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

[635] Article 12 du nouveau Code de procédure civile.

[636] Pour la jurisprudence constante de la Cour EDH, il n'y a pas d'indépendance du juge dès lors que les règles de procédures régissant une juridiction reconnaissent à un officier hiérarchiquement supérieur aptitude à diligenter les poursuites, nommer les juges qui statueront sur une affaire et garde la latitude d'infirmer ou de confirmer leur décision : à propos des cours martiales anglaises 25 févr. 1997, "FINDLAY", et 24 déc. septembre 1997, "COYNE", Rev. Sc. Crim. 1998, p. 392, obs. Renée KOERING-JOULIN ; 18 févr. 1999, "CABLE et autres c/ Royaume-Uni", (arrêt disponible sur le site de la Cour : www.dhcour.coe.fr); pour la Cour de sûreté de l'Etat turque où siège un militaire : 9 juin 1998, "INCAL c/ Turquie",28 oct. 1998, "ÇIRAKLAR c/ Turquie", Rev. Sc. Crim. 1999, p. 402, obs. Renée KOERING-JOULIN.

[637] Jacques VERGÈS : Les erreurs judiciaires, "Que sais je ?" PUF, 2002, préface, p. 3.

[638] Considérés parfois comme seuls à parler en connaissance de cause alors qu'un rapport erroné fait le lit des erreurs judiciaires. Or il faut relever que pour cause d'orgueil, leur raisonnement supporte la contradiction, mais eux ne la supportent pas.

[639] L'expertise ajoutée aux préjugés devient redoutable dès lors que "*les juges de parti pris savent (…) que les experts peuvent donner une apparence d'objectivité ''scientifique '' à leurs préjugés* » : Jacques VERGÈS op. cit. p. 105.

[640] Jacques VERGÈS : op. cit. , p. 103.

BY NC ND

Celles-ci ne doivent en aucune façon, avoir ou entretenir une quelconque relation avec le juge, si bien qu'aux yeux de la jurisprudence, un avocat ne pouvait valablement être l'arbitre d'un litige concernant son client[642].

C'est pour préserver cette indépendance "*inhérente à la fonction juridictionnelle*"[643] qu'il est de règle que tout juge qui, en conscience, pense qu'il pourrait faire preuve de partialité en statuant, s'abstienne de juger[644]. Pour la Cour EDH, « *doit se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité* »[645]et dès lors, constitue une violation de l'article 6 §1 de la Convention EDH la présence au sein d'un tribunal, d'une personne se trouvant dans les liens de subordination de fonctions ou de services par rapport à l'une des parties en litige[646].

Tout comme c'est pour atténuer sans complètement effacer cette influence que dans l'arbitrage traditionnel, la collégialité paraît moins suspecte que l'arbitre unique, car ce sont ceux qui ont été choisis par les parties qui élisent le troisième. Celui-ci ressent moins le poids de la relation. Dans l'arbitrage des litiges sportifs par contre, ils sont tous issus d'une liste établis par les autorités sportives. En dehors de celle-ci, le sportif ne peut opérer aucun choix. Ce qui au fond ne comporte aucune différence avec la nomination.

---

641 Pierre CROCQ : Le droit à un tribunal impartial, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., pp. 399 ss et les jurisprudences citées.

642 Paris : 19 avril 1985, Rev. Arb. 1986, p. 57 ; TGI Paris, 15 jan. 1988, rev. Arb. 1988, p. 316, note J. ROBERT, Versailles 14 nov. 1996, RTD com. 1997, p. 234 s., obs. Jean-Claude DUBARRY et Eric LOQUIN .

643 Olivier DUBOS : Les juridictions nationales, juge communautaire, op. cit., p. 15.

644 Article 339 NCP civ.

645 Cour EDH : 24 mai 19898, HAUSCHILDT, série A, n° 154, Vincent BERGER :Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, sept 2013, n° 322 et s.

646 Cour EDH : 22 oct. 1984, SRAMEK c/ Autriche, série A, n° 84, V. BERGER préc. N° 370 ; 29 avril 1988, "BELILOS c/ Suisse", série A, n° 132, V. BERGER op. cit., N° 335.

BY NC ND

On n'ignore pas que « *la nomination directe par le pouvoir permet un bien meilleur contrôle des juges* »[647] comme de tous les autres agents nommés. Une attitude est vérifiable sur ce point : a toujours été taxée d'ingrate toute personne qui se retourne contre celui de qui elle tient une bonne position dans le système où elle s'exerce. Le juge étatique n'en est pas complètement épargné puisqu'on estime non sans fondement, que sa légitimité est moindre du fait que son office n'est pas le fruit de la désignation par voie d'élection directe du peuple au nom duquel il rend justice. Le terme "*autorité judiciaire*" utilisé à dessein pour désigner leur corps à côté des autres pouvoirs étatiques ne plaide pas contre cette conception.

Il est à considérer que « *l'écart croissant entre le rôle exceptionnel du juge et son statut institutionnel incite à réformer sa légitimité démocratique* »[648]. A cet égard, l'arbitre traditionnel paraît plus légitime que le juge étatique lorsque les exigences requises pour sa saine désignation ont été respectées. Car ce dernier tient le mandat et le pouvoir de rendre justice de ses propres justiciables. Pour autant, l'arbitre se trouve-t-il véritablement à l'abri du bâton et de la carotte. Si en matière d'arbitrage commercial international l'arbitre peut être considéré comme placé à côté du bâton puisque par hypothèse, même la partie qu'il l'a choisi n'a plus aucune emprise sur lui, on a quelque peine à l'admettre facilement pour les arbitres du monde sportif.

Concrètement, ceux qui exercent ces offices dans les organismes sportifs ne paraissent éloignés ni du bâton, ni de la carotte. Non seulement leur sélection se fait individuellement après examen du dossier de candidature par les pouvoirs sportifs, mais ce sont encore ces derniers qui pourvoient aux charges de leur mission, directement ou par voie d'exonération comme en témoigne cette disposition tirée de l'article 34.9 des statuts de le FIBA au

[647] Jean-Louis GAZZANIGA : La dimension historique des libertés et droits fondamentaux, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., p. 16.

[648] Denis SALAS : Le juge (aujourd'hui) in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, op. cit., p. 862.

BY NC ND

sujet des exonérations de responsabilité et de dépenses accordées à : « *toute personne possédant la qualité d'officiel de la FIBA en raison de son appartenance* [entre autres] *aux tribunaux et instances disciplinaires …* » de l'organisme. Ce qui blêmit quelque peu l'authenticité de l'indépendance que l'article 32.1 des mêmes statuts pourvoyait aux arbitres du Tribunal Arbitral du Basket en leur assignant la mission de résoudre les litiges de ce monde pour autant « *que la FIBA, ses divisions respectives ou ses corps disciplinaires* [n'y] *soient pas directement impliqués* ».

A côté des points saillants de la différence entre la justice étatique et l'arbitrage que sont la publicité[649] des débats et de la décision et l'obligation de motiver sa décision, se trouve le principe de la gratuité de la justice[650]. Il veut que les parties ne rémunèrent pas par elles-mêmes le juge pour sa mission. N'y a-t-il pas persistance d'un doute sur l'indépendance et l'impartialité du juge lorsqu'il tient sa rémunération des parties ou de l'une d'elles comme dans l'arbitrage des litiges sportifs ? Au regard du bon sens tout simplement, à moins de s'installer dans une logique de blanchiment d'argent ou celle du dilatoire utile à d'autres fins, ce serait aberrant de payer directement de sa poche un juge saisi, tout en étant pertinemment conscient qu'on finira par exécuter ce qu'on conteste devant lui. Lorsqu'on paie, ce n'est pas de prime à bord pour se faire condamner à exécuter ce que l'on contestait, mais pour en être libéré et ce, quelle que soit la partie. Or le paiement du juge par une partie est bien une masse de pression placée sur sa conscience.

Il ne faut pas perdre de vue que « l*e cœur du droit est la question de sa légitimité et ceux qui ont le pouvoir doivent toujours, d'une façon ou d'une autre, veiller à conserver aussi une certaine autorité, c'est-à-dire précisément une certaine légitimité sans laquelle le pouvoir n'est plus accepté* »[651]. Il reste

[649] Cf. infra, p. 249.

[650] Même si la saisine du juge étatique emporte versement des frais.

[651] Muriel FABRE-MAGNAN : Introduction générale au droit, op. cit., p. 42.

BY NC ND

très difficile de faire admettre que les organismes sportifs fassent les frais pour la mise sur pied et le fonctionnement de leurs instances arbitrales sans en demander de contrepartie, fût-ce en nature en rendant leurs sentences conformément à leur politique. A titre d'exemple, le TAS est une création du CIO. C'est ce dernier qui, par le truchement de CIAS[652] fait et défait seul la liste de ceux qui peuvent y officier en tant qu'arbitre. Ainsi, aux termes de l'article R35 du Règlement de procédure devant le TAS, « *tout arbitre, peut être révoqué par le CIAS s'il refuse ou s'il est empêché d'exercer ses fonctions ou s'il ne remplit pas ses fonctions conformément au présent code* ».

Dans d'autres situations, le tribunal est tellement inféodé à l'organisme sportif qui ne s'abstient pas d'intervenir sur sa gestion quotidienne. Ainsi, une Formation du TAS a tout récemment, émis de sérieuses réserves sur l'indépendance d'une institution d'arbitrage et l'organisme sportif auteur de ses jours. En effet, appelée à statuer sur un recours où était en cause l'Union Internationale du Pentathlon Moderne (UIPM) pendant les XXXe Jeux olympiques de Londres, la Formation a retenu qu'« *il n'y a en effet aucune séparation marquée entre l'UIPM elle-même et sa Cour d'Arbitrage* [dès lors que] *c'est l'UIPM directement qui a annulé le première audience prévue le 21 juillet 2012, la veille de celle-ci uniquement, sans avoir consulté la Cour d'arbitrage ou les demandeurs* » Qu'en agissant ainsi, cette Cour n'assurait pas le respect des droits des parties[653].

Cette sentence est elle aussi critiquable dans la mesure où du constat qu'elle dresse, la Formation ne se soucie pas de sanctionner telle attitude, mais y fonde plutôt sa compétence. Il ne résout pas le problème des demandeurs et finit au contraire par entériner par le rejet de leur demande, la décision mise

---

[652] Conformément à l'article S6 du Code de l'arbitrage en matière de sport, c'est le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS) qui entre autre, « *désigne les personnalités devant constituer la liste des arbitres et la liste des médiateurs du TAS et peut les retirer de ces listes* ».

[653] Arbitrage TAS, Chambre Ad Hoc, Jeux de la XXXème Olympiade à Londres, Sentence n° TAS OG 12/08 du 06 août 2012, consultable sur www.tas-cas.org/d2wfiles/document/6222/5048/0/sentence_08-201220-20FINAL.pdf

BY NC ND

en cause, dans une motivation bien floue, qui cache à peine l'emprise toujours prégnante des pouvoirs sportifs sur leur fonctionnement.

Il y a donc lieu de relever qu'il est fait table rase sur le consentement du justiciable dans l'arbitrage des litiges sportifs. Il est bien difficile d'éluder complètement le problème d'influence des pouvoirs sportifs dès lors que le choix des arbitres ne peut être exercé qu'au sein d'une sphère professionnelle étroite, institué par l'organisme dans lequel il fonctionne. Quand bien même l'arbitre « *doit être et demeurer indépendant vis-à-vis des parties* »[654], il ne paraît pas dans cet enfermement pouvoir valablement « *invoquer le seul respect de la déontologie arbitrale pour garantir son indépendance* »[655].

A la suite du Tribunal Fédéral suisse, le TAS reprend comme un soliloque destiné à se convaincre lui-même, que « *les statuts d'une association peuvent* ***habiliter une juridiction arbitrale présentant toutes les garanties d'indépendance*** *à trancher des litiges (…) opposant les sociétaires à l'association* »[656]. L'accent qu'il met sur cette "indépendance" est révélateur d'un souci qui le préoccupe. L'objectivité commande de laisser aux tiers le soin d'apprécier cette indépendance.
Il est toujours subjectif de s'apprécier soi-même dans la mesure où on ne se met pas au balcon et se voit dans la rue en train de marcher. Heureusement que l'onction du Tribunal fédéral suisse est venue le réconforter, car selon le TAS, il « *considère de manière générale qu'une véritable sentence, assimilable au jugement d'un tribunal étatique, suppose que le tribunal arbitral qui la rend offre des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance* »[657]. En tout

[654] Article R33 du règlement de procédure devant le TAS.

[655] Bruno OPPETIT : Justice étatique et justice arbitrale in Etudes Pierre BELLET, LITEC, 1991, p. 425.

[656] Arbitrage TAS 95/139 HC Y c/ Ligue Suisse de Hokey sur Glace (LSHG), sentence du 21 déc. 1995, p. 1, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas cas.org /sites/CaseLaw/shared%20Documents/139.PDF

[657] Arbitrage TAS 95/139 HC Y c/ Ligue Suisse de Hokey sur Glace (LSHG), sentence du 21 déc. 1995, op.cit p. 4.

BY NC ND

cas, pour peu qu'on saisisse la profondeur de son sens, ces affirmations s'avèrent insuffisantes pour dissiper le doute toujours prégnant sur l'impartialité des arbitres des litiges sportifs.

2) L'impartialité des arbitres des litiges sportifs ?

L'impartialité rime avec la neutralité et est sa signification immédiate. Sans cet attribut -"impartial"- collé à ce tiers, la juridicité serait vidée de son sens, car l'impartialité s'impose comme l'« *exigence consubstantielle à* [la mission de juger] *dont le propre est de départager des adversaires en toute justice et équité* »[658]. Pour ce faire, elle nécessite une absence de situation d'intérêts ou de concurrence[659] en imposant au juge "*une juste distance*"[660] à l'égard des parties. Elle est l'une des exigences premières de la légitimité du juge, comme l'a bien reconnu le Président COULON : « *qu'elle soit objective ou subjective, c'est celle que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation mettent, à juste titre, en avant* »[661].

Individuellement ne ressentons-nous pas souvent une gêne lorsque nous sommes personnellement invités à départager raisonnablement deux protagonistes dont l'un nous est proche par un quelconque lien, alors que le même sentiment ne supplante pas notre raison s'ils étaient tous deux totalement étrangers ? Dans pareille situation, à moins de se ressaisir à temps, l'impartialité cède place soit à la rudesse, soit à la complaisance du fait de la pression psychologique qu'exerce la relation sur notre liberté de juger.

---

658 Gérard CORNU - Association Henri CAPITANT : Vocabulaire juridique, PUF, 2006, p. 458.

659 CEDH 20 mai 1998 : GAUTRIN, l'existence d'une situation de concurrence avec une autre activité du juge constitue une violation de l'article 6 de la Convention EDH. JCP G 1999, I, 105, n° 33, obs. François SUDRE.

660 D. N. COMMARET : Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, D. 1998, chron. p. 262.

661 Jean-Marie COULON & Daniel SOULEZ LARIVIÈRE : La justice à l'épreuve, Odile Jacob, 2002, p. 77.

BY NC ND

Cette triviale expérience montre, pour peu que chacun puisse admettre de se remettre en cause, que l'impartialité est une préoccupation cardinale de justice et se présente comme une autre profonde source de la légitimité du juge.

L'interdiction faite au tiers impartial d'avoir un parti pris lorsqu'il est appelé à trancher entre des personnes en conflit, remonte le temps. On la retrouve dans le Livre de l'Exode de l'ancien testament où commandement est fait au juge de ne point « *favoriser le miséreux dans son procès, (…)* [ni de] *dévier le droit du pauvre dans son procès* » [662]. Ces règles sont reprises dans le Deutéronome (160 – 19) en ces termes : « *Tu ne biaiseras pas avec le droit, tu n'auras pas de partialité, tu n'accepteras pas de cadeaux, car le cadeau aveugle les yeux des sages et compromet la cause des justes* ». C'est pourquoi « *il incombe à tout juge d'observer une réserve rigoureuse et d'éviter tout comportement de nature à entraîner le risque que son impartialité puisse être remise en doute* »[663].

La justice étant la mère de toutes les vertus, celle par laquelle passe l'harmonisation dans l'âme individuelle et qui préside au bonheur de la cité[664], celle qui conduit à accomplir ce qui est avantageux à un autre en lui donnant ce qui lui revient[665], « *ne cherche pas à devenir juge, si tu n'es pas capable d'extirper l'injustice, car tu pourrais être influencé par la personne d'un prince et compromettre ainsi ta propre intégrité* »[666].

Si le juge se laisse engloutir dans de telles circonstances, il cessera nécessairement d'être impartial. Ses décisions seront iniques, car « *selon que*

---

[662] Bible : ancien testament, Livre de l'Exode, chapitre 23, versets 3 à 8.

[663] Cf. La jurisprudence disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire, rapport des services judiciaires de la Chancellerie étudiant les décisions rendues par le Conseil supérieur de la Magistrature depuis 1958, établi le 9 juin 1994 et publié en extraits in Justice, p. 13 ss., spécialement p. 36.

[664] PLATON : La République, 443 d – 444 a.

[665] ARISTOTE : Ethique à Nicomaque, V,3,1129b29, allotrion agathon 1130 a 4)

[666] Bible : livre des Proverbes, chapitre 24, versets 23 et 29, Lévitique, 19, 15.

BY NC ND

vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir »[667]. La justice de classe a pour effet de plonger les justiciables dans un sentiment d'injustice, propice à la vengeance. C'est pour la réprouver et la combattre qu'à la source même du phénomène, il est imparti au juge le devoir primordial d'être impartial.

Ce devoir est contenu en termes de droits des justiciables par plusieurs textes internationaux, et pour citer quelques uns : L'article 10 de la DUDH de 1948, Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1996 en son article 14. L'article 6 § 1 de la Conv. EDH[668] pose un principe applicable à tous les procès : celui de l'égalité des armes. Il implique que toutes les parties au procès puissent être traitées de façon égalitaire, soit bénéficier des égards de même poids que témoigne à tous égards la symbolique balance de la justice. Cette métaphore invite toute personne chargée de juger, à éviter qu'aucune des parties à l'affaire qui les oppose ne soit désavantagée par rapport à son adversaire.

Dans un arrêt rendu le 3 décembre 1996, la première chambre civile de la Cour de cassation invalidait l'exequatur que le juge du fond avait accordé à une décision étrangère, sans se prononcer sur le grief articulé contre elle pour avoir été rendue par un juge dessaisi pour cause de suspicion légitime à cause des intérêts communs qui existaient entre une des parties au procès et lui. Pour la Cour suprême en effet, il ne fait pas l'ombre d'un doute que « *l'impartialité du juge est une exigence de l'ordre public international* »[669]. L'impartialité se trouve ainsi partout au cœur même du souci de la justice.

---

667 Jean de La FONTAINE : Fables, livre VII : Les animaux malades de la peste.

668 Voir aussi les articles 37 et 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, 13 des Statuts du tribunal pénal international de la Haye, 14 des statuts du Tribunal pénal international pour le Rwanda in Résolutions n° 827 et 955 du Conseil de sécurité des Nations Unies.

669 Cass. civ. 1ère: 3 déc. 1996, Bull. civ. I. n° 427 ; Rev. Crit. DIP, 1997, p. 328, note Horatia MUIR WATT.

BY NC ND

Pour Monsieur le Procureur général BURGELIN, « *le devoir d'impartialité possède (…) un caractère, en quelque sorte d'ordre public, de sorte que les parties ne sauraient par leur silence ou par leur inaction en affranchir le juge* »[670]. La Cour de cassation renchérit en affirmant que la liste limitative des cas de récusation prévus par l'article 341 du CPC. n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction par l'article 6 de la Convention EDH[671].

Pourtant, il est clairement énoncé dans l'article S3 du Code de l'arbitrage en matière de sport que « *le Tas dispose d'une liste d'arbitres afin de procurer la solution des litiges survenant dans le domaine du sport par la voie de l'arbitrage, assuré par des formations composées d'un ou de trois arbitres* ». C'est alors un secret de Polichinelle, le choix du ou des arbitres devant connaitre d'un litige mettant en cause un sportif à l'occasion de ses activités ne laisse pas à ce dernier une suffisante marge de manœuvre dans la désignation de l'arbitre. Il ne peut en l'occurrence opérer qu'un choix dans la liste des arbitres présélectionnés et retenus par le CIAS. Ce qui « *n'est pas typique de l'arbitrage dans son acception le plus consensuelle* »[672].

Or c'est encore le CIAS qui est en charge de la gestion du TAS, c'est-à-dire qui supporte les frais de son existence et de son fonctionnement parmi lesquels ceux, fussent-ils minimes, de rémunération des arbitres juges qui y officient. Le penchant naturel des choses veut qu'à moins d'être frappé de démence, on ne mange pas dans les paumes de quelqu'un et lui crache dans le visage. Comment admettre ainsi sans réserve que dans pareilles circonstances, les arbitres de ce tribunal puissent ne pas y perdre une part

---

670 Cf. réquisitions dans l'arrêt "Guillotel" rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 6 novembre 1998, Bull. civ. N° 4, D.1999, p. 1 et ss. Concl. Jean-François BURGELIN ; RTD civ. 1999, p. 183 et s., obs. J. NORMAND ; p. 193 et ss. Obs. Roger PERROT ; JCP G. 1998, II. 10199, Rapp. P. SARGOS Gaz. Pal. 15 déc. 1998, note F.-J PANSIER et J.-B. BLADIER.

671 Cass. civ. 1re: 28 avril 1998, Bull. civ. I. n° 155 ; JCP G 1998, I. 173, n° 16, obs. L. CADIET ; RTD civ. 1998, p. 744. Obs. Roger PERROT, JCP G 1999, II. 10102, note J. PRALUS-DUPUY.

672 Antonio RIGOZZI : L'arbitrage international en matière de sport, op. cit., p. 345.

BY NC ND

considérable de leur liberté de jugement. Il s'avère difficile de transposer cette circonstance au juge étatique, car son salaire est supporté par le contribuable, car fondu dans la masse des charges publiques, et non attribuable à des personnes identifiées en raison de la non-affectation de l'impôt.

Dans le monde sportif au contraire, on peut admettre aisément que la présence des pouvoirs sportifs est immanente dans le cadre restreint des activités des arbitres unilatéralement choisis par eux. Les gestionnaires des instances sont nommés par eux et les incarnent. Il ressort par exemple de l'article 37 – 6 des Statuts de la FIH[673] que « *le Tribunal arbitral se compose d'un Président et de 10 membres élus par le Congrès* ». Même si ceux-ci « *ne peuvent [y] exercer aucune autre fonction* », n'accomplissent-ils pas leurs missions en exécution des lignes de conduite tracées par les autorités sportives, ce sous leur vigilance ?

Nonobstant la position du Tribunal Fédéral Suisse[674] qui observe au préalable qu'une véritable sentence assimilable au jugement d'un tribunal étatique, suppose que le tribunal arbitral qui la rend offre des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance pour retenir finalement que le TAS "*offrait des garanties suffisantes d'indépendance auxquelles le droit suisse subordonne l'exclusion valable de la voie judiciaire ordinaire*", le doute reste permis.

En effet, le cordon ombilical qui le lie au CIO laisse planer de sérieuses réserves sur son indépendance. L'article 38 des statuts de la FIH livre bon témoignage de ce lien lorsqu'il affirme qu' « *on peut faire appel au Tribunal Arbitral du Sport (TAS)* ***du*** *Comité International Olympique* ». La même crainte plane aussi sur le tribunal arbitral de l'EHF nonobstant sa présentation

[673] Fédération internationale de handball, plus connue sous son sigle anglais : IHF

[674] Arrêt n° TF 4P.217/1992 du 15 mars 1993 : affaire GUNDEL c/ Fédération Equestre Internationale (FEI), rec. I. p. 355, Bull. ASA 1993, p. 398 note SCHWAAR ; ATF 119 II 271 ; JDT 1994. I. 384 ; RSDIE 1994, p. 149, note KNOEPFLER.

BY NC ND

comme "*une instance autonome et indépendante*". C'est bien une instance créée par elle en son sein pour connaître de « *tous les litiges de nature sportive et résultant de l'affiliation …*»[675]. L'indépendance ainsi proclamée ne garantit pas l'impartialité des arbitres qui y officient.

Il faut en dépit de réserves émises, relever que la plupart si ce n'est l'ensemble des arbitres figurant sur la liste du TAS sont de personnalités jouissant d'une solide réputation de professionnels aguerris. L'observation par le CIAS des conditions de leur sélection concourt nécessairement à penser qu'une importante marge de manœuvre reste sous leur contrôle pour dévier les éventuelles tentatives de pression que peuvent exercer sur eux les autorités sportives et préserver ce faisant leur indépendance de juger.

Nous espérons en effet que la formule du serment qu'ils prêtent pour figurer sur la liste ne reste pas lettre morte à cet égard. A en croire l'article S18 du code de l'arbitrage en matière de sport, « *lors de leur désignation, les arbitres et les médiateurs du TAS signent une déclaration selon laquelle ils exerceront leurs fonctions à titre personnel, en toute objectivité et indépendance…* ».

Pour autant leur impartialité[676] en tant que corollaire de l'indépendance de tout juge n'en sort pas indemne. En effet, il est prévu à l'article R42 du Règlement de procédure du TAS que « *le Président de la chambre, avant la transmission du dossier à la Formation* (de jugement), *puis la Formation peuvent en tout temps tenter de résoudre le litige par voie de conciliation.* ». En considérant que le rôle du président de chambre se limite à la distribution des affaires aux différentes formations le problème de son impartialité qui pourrait naître de ses préjugés ne se poserait guère.

[675] Article 5 des statuts de la Fédération Européenne de Handball (FEH/EHF).

[676] Cf. sur ce point Pierre CROCQ : Le droit à un tribunal impartial, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., n° 598, p.418-419.

BY NC ND

Mais les arbitres n'en sont pas épargnés. Henri SOLUS et Roger PERROT le soulevaient déjà au sujet du juge étatique, en se demandant si celui-ci appelé « *à faire acte d'autorité si la conciliation échoue, est psychologiquement le mieux placé pour suggérer des solutions transactionnelles qui, dans l'esprit des plaideurs, risqueraient d'être interprétées comme des jugements anticipés* »[677]. La partie qui par son refus, fait échouer la tentative de conciliation ne crée-t-elle pas ainsi dans la tête de l'arbitre juge un préjugé en sa défaveur ? Ces deux missions ne sont certes pas incompatibles, mais si l'on veut lever tout soupçon sur l'impartialité nécessaire à la bonne justice, « *on gagnerait (…) en maintes occasions à les dissocier nettement, tant au niveau de l'efficacité du procès qu'au niveau des exigences d'un procès équitable* »[678].

Ce faisant, l'arbitrage des litiges sportifs remettrait ainsi en cause un des principes directeurs du procès issu de l'article 21 du NCPC[679], tout en proposant une solution à ce problème sensible que le législateur français n'a pas résolu lorsqu'il maintient que « *la tentative préalable de conciliation peut être menée par le juge* »[680].

Selon la Cour EDH, celui-ci doit revêtir à tout le moins les "apparences de l'impartialité" en en faisant témoignage « *à la mesure des attentes de son public et* [en se plaçant] *dans le prolongement du regard que celui-ci porte sur lui* »[681]. La légitimité du juge étatique entamée par sa désignation non démocratique se rattrape ici, inversement à l'arbitre sportif qui devra lui aussi faire preuve d'une impartialité sans équivoque et se sentir responsable de l'image qu'il donne de son action.

---

[677] Henri SOLUS et Roger PERROT : Droit judiciaire privé, Tome 3, Sirey, 1991, n° 1180.

[678] J. Van COMPERNOLLE : Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge, Mélanges Roger PERROT, Dalloz, 1996, p. 533.

[679] Article 21 du CPC. : « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ».

[680] Article 831 du CPC

[681] Denis SALAS : Le juge (aujourd'hui) in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, op. cit., p. 866.

BY NC ND

Le regard d'autrui devient ainsi un rempart considérable de la légitimité de l'activité du tiers impartial s'il ne s'en méfie plus, mais y fait confiance. Car il y a lieu de craindre que cette "justice du sport" renferme en réalité un "sport de la justice" dont la spécificité serait elle aussi, comme on s'en inquiète pas forcément à raison, menacée[682].

Lorsque l'article 38 des statuts de la Fédération Internationale de Handball (IHF) dans la version de septembre 2007[683], dispose sans détours que « *Dans des cas particuliers (problèmes concernant le dopage, plaintes individuelles des sportifs) on peut faire appel au Tribunal Arbitral du Sport (TAS) du Comité International Olympique* », n'est ce pas là la reconnaissance explicite de l'appartenance dudit tribunal à la prestigieuse instance internationale ?

3) La publicité

Lorsqu'il n'y a rien à craindre, il n'y a aussi et par conséquent rien à cacher. C'est pourquoi sauf cas exceptionnels, les audiences, dans toute organisation sociale doivent être publiques, un peu comme se tiennent les palabres sous l'arbre en Afrique. Toute personne doit pouvoir bénéficier de la faculté de venir et y assister, dans la mesure du possible.

Pour ne rien avoir à cacher, l'alinéa 2 de l'article 485 du CPC français ne va-t-il pas jusqu'à prévoir que l'audience du référé d'heure à heure, mue par l'extrême urgence, peut se tenir au domicile du juge, mais, les « portes ouvertes » alors même que statuant ainsi, on ne doit s'attendre qu'à une décision provisoire ? Toute chose mettant en exergue l'aspect capital du caractère public que doit revêtir le déroulement de tout procès. Plus révélateurs à cet égard sont l'article R 621-40-I C du Code monétaire et financier qui impose la publicité des débats devant l'Autorité des marchés

[682] Philippe ICARD : La spécificité du sport menacée ?, D. 2007, Etudes et commentaires, p. 635 ss.

[683]Consultable sur http://www.ihf.info/files/Uploads/NewsAttachments/O_IHF_STATUTS_CHAP_01_FR_PDF)

financiers si l'une des parties en cause en exprime le besoin[684], et la Loi organique du 25 juin 2001 qui en fait autant devant le Conseil supérieur de la magistrature lorsqu'il siège en matière disciplinaire.

Dans la justice sportive et bien que ce soit un peu spécial, il est curieusement prévu qu'un justiciable puisse « *comparaitre* (…) *par téléphone selon les instructions du tribunal*"[685], alors même qu'il est mis en cause pour une infraction à la réglementation antidopage. Ce drôle de procédé (peut-être efficace ?) ne manque pas d'esprit, mais trahit l'esprit des poursuites pénales où l'authentique détecteur de mensonges, loin d'être encastré dans un appareil[686], se trouve simplement dans l'expression du visage. Même le plus poltron caché dans un coin peut dire n'importe quoi au téléphone alors que devant les regards croisés des juges et du public, il ne réunira pas toujours les forces du mensonge de son côté.

Evidemment, s'il y a matière à contestation au sujet de la décision ainsi rendue ou même contre bien d'autres relatives au sport, le contestataire devra frapper à l'huis du TAS, mais à peine entrée, il se clôt derrière lui. En effet, l'**article R44.2** du **Code de l'arbitrage en matière de sport (TAS)** dispose que « ***les débats ont lieu à huis clos*** ». Ce qui est moins surprenant tant il reste que c'est le lieu commun de l'arbitrage. De cette pratique, l'arbitrage n'en fait pas un mystère, dit-on pour préserver la confidentialité des affaires. La forte poussée des finances dans l'activité sportive en a fait un terrain de prédilection de l'arbitrage, vue comme la justice des riches conçue pour contourner le juge étatique dans ses besoins de justice.

C'est un secret de polichinelle : les affaires n'aiment pas les bruits. C'est pourquoi on ne peut s'empêcher de penser qu'au-delà de la confidentialité du litige, se cachent bien d'autres choses si on s'en réfère au Nouveau

[684] Elle ne pourra être restreinte qu'en cas d'atteinte à l'ordre public, au secret des affaires ou tout autre secret protégé par la loi.

[685] Article 3.2.4 du Code Mondial Antidopage.

[686] Que tourne en dérision l'actrice Sharon Stone dans "Basic Instinct", film américain réalisé en 1992 par Paul VERHOEVEN.

Testament : « *la lumière est venue au monde et les hommes ont mieux aimé les ténèbres que la lumière, car leurs œuvres étaient mauvaises. (…) de peur* [qu'elles] *ne soient démontrées coupables* »[687]. Lorsqu'un système si bien entretenu consiste à soustraire une pratique dont la finalité -le souci de justice- s'avère l'une des choses les mieux partagées au monde et paraît solidement ancrée dans le for intérieur de tout être doué de raison, il y a de quoi nourrir le scepticisme à son sujet. Les arguments déployés en faveur de la cachotterie ne réussissent toujours pas à dissiper ce doute. Il ne s'agit aucunement ici de tisser tous les lauriers à la publicité en noircissant le secret. Les deux aspects ont chacun ses vertus et ses tares, mais la publicité a le mérite supplémentaire de réduire les marges de l'asymétrie d'information et d'entretenir le ressenti de ce qui est juste.

Ainsi, que l'instruction du dossier judiciaire et son délibéré soient en principe couverts par le secret, cela n'est foncièrement pas une entrave à la publicité dans la mesure la première prépare les débats tandis que le second les clôt. Rien n'empêche de répartir les deux versants du rituel sur le long de la procédure arbitrale. En fixant le « *huis clos* » pour principe sans que ce soit à la demande des parties ou soit justifié par un péril encouru en cas de publicité, ce code fait acte d'autorité qui ajoute à sa pratique arbitrale la suspicion qui colle à la peau des cachotteries. Il opère aussi un retour à l'ancienne justice où le secret disait-on, se faisait par crainte de mauvaise publicité ou de contagion des comportements anormaux. Quoiqu'on en dise, pour la tranquillité que la transparence et le caractère public des débats procurent à l'esprit, « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »[688].

---

[687] Bible : évangile selon Jean, 3, 19 – 20.

[688] Cour EDH : 17 janv. 1970, DELCOURT, série a, n° 11, §31 reprenant un proverbe anglais selon lequel "*la justice ne doit pas seulement être rendue, mais être vue par chacun comme rendue*". Cet adage aurait été pour la première fois prononcé par le juge anglais Lord HEWWARD se référant à un droit général à un procès équitable dans sa décision dans l'affaire Rex v. Sussex Justices. Cf. Thomas CLAY : l'arbitre, Dalloz 2001, n° 205.

BY NC ND

Il paraîtrait un peu malaisé de l'admettre aussi facilement dans l'arbitrage des litiges sportifs dès lors que les fondamentaux même du droit sont contournés, et que le coup de sifflet sanctionnateur qu'on est en droit d'attendre tarde à retentir. Dans la pratique judiciaire notamment pour ce qui est de la tenue des audiences, la publicité est le principe, le huis clos l'exception : article 14 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques[689].

Les exceptions au principe de la publicité des débats procéduraux peuvent être limitées à certaines étapes seulement ou couvrir seulement certaines procédures, « *dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* »[690].

Aussi ne faut-il recourir au secret de la procédure, qu'en présence d'« *impératifs jugés supérieurs, mais (…) éminemment liés à la question litigieuse* »[691] ou si les parties s'accordent pour y renoncer comme l'autorise l'article 779, alinéa 3 du CPC français. L'option du Règlement intérieur du TAS, ne s'encombre pas de ces préoccupations, et la volonté des parties ne compte pas non plus pour choisir ou non le secret. Pourtant, il n'y a rien à redouter dès lors que pendant les audiences civiles comme devant le TAS, la publicité des débats n'a pas lieu à tout moment. Les parties s'échangent

[689] En droit interne français : Dans le Code de procédure civile : articles 22, 433 et 451 pour les instances civiles ; dans le Code de procédure pénale (CPP) : articles 306 pour le procès en Assises, 145 pour la faculté d'en demander devant le juge des libertés et de la détention, 199 devant la chambre de contrôle de l'instruction, 400 pour le procès correctionnel et 535 en matière de simple police ; Dans le code de la justice administrative (CJA) article L.6 pour les audiences et L.10 pour le jugement ; Dans le règlement intérieur du Conseil constitutionnel du 4 février 2008 : article 8 pour ses audiences de QPC.

[690] Article 6 §1 de la Convention EDH.

[691] Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI MEKKI : Théorie générale du procès, PUF, 2010, p. 668.

BY NC ND

généralement les conclusions et l'assistance reste hors du secret s'il y en avait à garder.

La publicité relève des standards internationaux d'une bonne justice commune à la quasi-totalité des procès. L'activité de la justice exercée au nom du peuple ou non, n'est pas à cantonner sur les intérêts des parties au procès, mais porte aussi intérêt au public. Il est indispensable de l'informer de ce qui s'y fait, en portant à sa connaissance "l'existence, le déroulement et l'issue" de l'instance[692]. Le principe du procès équitable posé par l'article 6 de la Convention EDH « *cherche à éviter le prononcé d'une décision injuste au fond* »[693] et nécessite que soient observées toutes ces "*garanties procédurales du droit à un bon juge*"[694] parmi lesquelles l'aspect public de la procédure.

Le regard de l'ensemble des personnes venues assister à l'audience[695] est déterminant sur le déroulement du procès. Il constitue sans forcément en être conscient, une espèce de contrôleur, de juge ultime de l'action des juges. C'est le point d'achoppement de cette exigence, car c'est pendant les débats que chaque partie doit porter à la connaissance de l'audience, mais surtout sous leurs yeux inquisiteurs qu'on ressent à ces moments-là, même s'ils proviennent pour la plupart de derrière, toute la vérité sur les méandres de l'action en cours.

La sérénité des audiences -de l'ouverture à la levée- veut irrésistiblement qu'« *au tribunal, on ne peut ni téléphoner, ni s'affairer, ni s'affaler, ni aider ses enfants à finir leurs devoirs, ni même grignoter une pomme. « La Cour ! : les*

---

692 Dominique d'AMBRA : Publicité in Loïc CADIET (dir.) : Dictionnaire de la justice, PUF 2004, p. 1111.

693 Yves LEQUETTE : Le droit international privé et les droits fondamentaux in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., n° 180, p.110.

694 Serge GUINCHARD et Alii : Droit processuel - droits fondamentaux du procès, Dalloz, 2011, n° 408, p. 952.

695 Voire l'appui des médias (dernier rempart des personnes torturées sous les cieux où la justice aux mains des politiques, est transformée en machine à broyer des droits humains), mais dont on doit aussi s'en méfier pour risque de récupération à d'autres fins.

BY NC ND

fonctions corporelles doivent être maîtrisées, la vie doit suspendre son bourdonnement pour que puisse se déployer la cérémonie judiciaire. Il en va d'ailleurs de la justice comme de la religion… »[696]. Pendant ces temps sacrés, c'est sur le juge que converge les prunelles presque divines du public. Cette convergence « *est vécue par ceux qui assistent comme une authentique commémoration rituelle (…), un événement fondateur qu'il faut à la fois célébrer et exorciser* »[697] et cela confère nécessairement à la décision qui en sera issue toute sa vigueur.

Dans les systèmes de *Common Law* par exemple, la présence physique à l'audience ajoute en émotion et intensifie la force de persuasion de la décision qui en est issue, comme en témoigne la présence de jury populaire aux Etats-Unis. Il ne faut pas perdre de vue que devant un tel jury, la présence physique des parties et la pratique de la "*cross-examination*" tissent un lien fort, sans les confondre en tout cas, entre la publicité et le contradictoire nécessaire à la légitimité du procès. Il n'en demeure pas moins que pour l'effectivité du débat contradictoire, il faut reconnaître aux plaideurs l'égalité d'arme, mais surtout confronter « *publiquement leurs arguments et preuves devant ce public* »[698].

De ce qui précède, il appert que la publicité des débats aux côtés de l'obligation de motiver la décision et le droit aux voies de recours comme garanties du procès équitable, recouvre elle aussi le manteau des droits de la défense, en ce sens qu'elle protège le justiciable « *contre l'arbitraire du juge* (…) [tout en] *permettant d'asseoir l'autorité et la légitimité de la justice* »[699]. En tant qu'acteur vivace de la régulation sociale en démocratie, la justice court le risque de perte de légitimité si un temps soit peu, le peuple perd

[696] Alain FINKIELKRAUT : La mémoire vaine, Gallimard, Paris, 1988, p. 118.

[697] Antoine GARAPON : Bien juger, essai sur le rituel judiciaire, Paris, Odile Jacob, 1994, p. 64.

[698] Natalie FRICERO : observations sous CEDH 27 mars 1998, X c/ Pays Bas, D. 1998, somm., p. 368.

[699] Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI MEKKI : Théorie générale du procès op. cit., p. 659.

BY NC ND

confiance en elle. Ce souci doit animer autant les juges que les arbitres, lesquels devraient chercher à savoir quelle opinion le public se fait de leurs sentences.

Pour balayer la suspicion dont l'absence de publicité des débats et de la décision fait le lit, le Conseil d'Etat a donné une réponse claire par un arrêt du 04 octobre 1974, en accordant à la publicité de la procédure (lecture publique des décisions) la valeur de principe général de droit : parce que les citoyens doivent relativement à son arrêt, « *se convraincre qu'il a été rendu conformément au droit* » [700].

Puisqu'il ne fait pas l'ombre d'un doute que le public a besoin d'avoir une grande confiance en sa justice et son opinion constitue la jauge et le gage de sa sérénité, l'un des moyens idoines pour l'en assurer est la publicité. Celle-ci lui permet en outre d'exercer un rôle éducateur en rendant possible « *une meilleure compréhension et réception par les justiciables* »[701] de son action. La Cour EDH l'a déjà si bien rappelé : la publicité « *préserve la confiance des justiciables dans l'institution judiciaire et participe pleinement, par cette transparence, du droit au procès équitable et de sa finalité* »[702].

La publicité du procès a été posée comme un droit fondamental par l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme en ces termes : « ***Toute personne a droit****, en pleine égalité,* ***à ce que sa cause soit entendue*** *équitablement et* ***publiquement*** *par un tribunal indépendant et impartial* ». Il a été repris par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 en son article 14 §1. Même si sa fondamentalité s'avère peu confirmée, la jurisprudence de la Cour

[700] CE : 04 octobre 1974, Dame David, Rec., p. 470, concl. GENTOT ; D. 1975, p. 369 note AUBY; JCP 1975, 17967, note GRAGO ; Gaz. Pal. 1975, 1, 117, note AMSON, RTD civ. 1975, p. 353, note NORMAND. En l'espèce, le juge administratif avait annulé un décret instituant l'article 435 du NCPC pour avoir prévu des limites à la publicité.

[701] Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI MEKKI : Théorie générale du procès, op. cit., p. 660.

[702] Cour EDH, 8 déc. 1983, AXEN c/ Allemagne, § 33-36.

BY NC ND

européenne des droits de l'homme n'hésite pas à imposer l'application de la publicité devant toutes les instances appelées à officier comme juge.

§ 3 : L'INDISPENSABLE PROTECTION DU DROIT AU JUGE

A l'origine des droits fondamentaux, il s'est agi de protéger les citoyens contre les excès du pouvoir étatique. La vérité a changé de camp, car aujourd'hui, c'est de sa protection contre eux-mêmes dont ils ont besoin. De tout temps les hommes se sont toujours individuellement crus plus fort que tout autre. Ce qui les incline tout aussi naturellement à préférer commander aux autres qu'à obéir, à torpiller leurs droits dès qu'ils se sentent suffisamment cachés.

C'est bien pour parer à cette évidence propice à l'adversité qu'une ancienne jurisprudence tirée du code Justinien[703] et devenue adage, prohibe à quiconque, de se rendre justice à lui-même[704]. Quoique la justice privée ait encore de beaux jours devant elle au regard des cas encore reconnus et maintenus par la loi[705], la reconnaissance du droit au juge, comme celle des autres droits et libertés fondamentaux, reste une quête permanente. La susdite interdiction de la sagesse implique naturellement celle de rendre justice pour ou par soi-même quelque soit le montage juridique mis en place à cet effet. L'accès au juge dans tout Etat de droit, est "*si fondamental*"[706]

---

[703] Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND, op. cit., p. 115, n° 77.

[704] Henri ROLAND et Laurent BOYER, Adages du droit français, op. cit., n° 287 ; Xavier LAGARDE, "Nul ne peut se faire justice à soi-même. Principe fondateur du procès civil », Mélanges Serge GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 795.

[705]Exemples : la convention de compte courant qui permet au banquier de se payer lui-même ; l'exécution du gage par le créancier gagiste ; le propriétaire d'un fond autorisé à y couper les racines venant d'un arbre du fond voisin ; l'exception d'inexécution ; le droit de rétention etc…, cf. Denis ALLAND, Justice privée in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF/LAMY, 2003, pp. 907 et ss.

[706] Et sans discrimination tenant par exemple à la nationalité, cf. François TERRÉ : Sur la notion de droits et libertés fondamentaux in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., p. 8.

BY NC ND

qu'il doit être libre et largement ouvert à toute personne se trouvant dans le besoin[707].

Il reste bien entendu que la fondamentalité du droit au juge ne lui imprime pas un caractère absolu[708], sinon il court par sa vertu même, le risque d'un usage anarchiste dont l'issu lui sera fatal. En effet, si les portes de la justice s'ouvrent sans condition à toutes les prétentions, l'appareil judiciaire s'en trouvera aussitôt pris dans l'étau d'une impossibilité technique et cessera de fonctionner[709]. C'est dans le cadre des limites légales conçues pour son exercice[710] qu'il faut concevoir sa protection, sans que pour autant, ces limitations l'endiguent « *d'une manière telle ou à tel point que le droit s'en trouve atteint dans sa substance* »[711]. Les restrictions apportées à ce droit, non seulement doivent viser un but légitime et rester proportionnelles à leur cause, mais aussi devraient emporter à d'autres égards la protection des justiciables visés comme en matière du non accès à la justice aux personnes frappées d'incapacité.

Plus que le droit objectif, l'accès au juge s'avère « *une nécessité inhérente à toute vie en société* »[712] pour dompter l'arbitraire et la violence qui nichent dans les relations humaines, et maintenir la veille sur l'ordre, le progrès et la justice. C'est dans la société humaine, un « *des points sur lesquels celle-ci ne saurait transiger* [entièrement] *sans se perdre,* [et reste] *de nature à rappeler*

---

[707] « *Le fait d'interdire à quiconque de se faire justice à soi-même a pour corollaire indispensable la faculté reconnue à tous, sans discrimination d'aucune sorte, de saisir les tribunaux en vue d'obtenir justice* » : Giuseppe CHIOVENDA : Istituzioni di dirittto processuale civile, vol. 1, Naples, Jovene 1933, n° 12, p. 42, cité par Serge GUINCHARD et Alii : op.cit. p. 115, n° 77.

[708] Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Paul MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX et Guy SCOFFONI : Droit constitutionnel, Dalloz, 2010, n° 1367.

[709] Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND, op. cit., p. 143, n° 115 .

[710] Intérêt, qualité, délai pour agir : cf. Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND : op. cit., pp. 146 ss, n° 119 ss.

[711] Cour EDH : 27 août 1991, Phillis c/ Grèce, série A, n° 209, p. 20, § 59 ; 16 déc. 1992, De GEOUFFRE de la PRADELLE c/ France, II, § 28, D. 1993. 561, note BENOÎT-ROHMER.

[712] François TERRE : Introduction générale au droit, Dalloz, 2009, n° 3, p. 3.

BY NC ND

aux juges trop sensibles aux sirènes de la vie internationale qu'il est des bornes à ne pas franchir »[713].

Puisqu'il est défendu de se rendre justice à soi-même, l'accès au juge implique que : "*la liberté de se défendre ne* [puisse] *être refusée à personne*"[714] dès lors que la grande majorité d'hommes ne reste juste que par la peur du juge. L'action distributive des droits de ce dernier contrecarre utilement les méfaits du marché dont le mécanisme propre s'est avéré incapable de contenir, encore qu'elle n'entrerait même pas dans ses soucis. « *La mission de faire respecter les droits* [fait du] *recours au juge, une condition d'existence des droits et du juge une condition d'humanité du droit* »[715]. Il n'en faut pas plus pour y voir une espèce de régulatrice de la vie sociale.

Le droit d'ester en justice se concrétise par l'exercice de l'action pris pour un droit subjectif que IHERING définissait « *comme un intérêt légitime juridiquement protégé* »[716]. Ce qui a conduit à confondre l'action en justice et le droit substantiel. Mais ce droit par son immensité profonde, brise la digue de cette conception devenue trop restreinte pour le contenir. Car, même si son titulaire l'active pour son propre intérêt, il exerce en réalité une liberté « *distribuée de façon égalitaire, uniforme, à tous ceux qui en bénéficient* »[717]. Certains auteurs y ont vu sans tort « *un pouvoir légal permettant aux agents publics ou aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de la loi* ».

---

[713] Yves LEQUETTE : Le droit international privé et les droits fondamentaux in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., n° 188, p.115.

[714] « *Defendendi facultas nemini est denegenda* ».

[715] Hubert HAENEL & Marie-Anne FRISON-ROCHE : Le juge et le politique, PUF, 1998, pp. 43 à 52.

[716] Rudlof Von IHERING : L'esprit du droit romain, traduit par O. de MEULENAERE, 2e éd., Marescq, 1880, t. IV, p. 326, §70 et p. 327, §71.

[717] Jacques GHESTIN, G. GOUBEAUX, Murielle FABRE-MAGNAN : Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 1994, p. 50.

BY NC ND

Ce droit pour le Doyen MOTULSKY est « *la faculté d'obtenir du juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise* »[718]. Mais à certains égards, il est bien plus qu'une faculté lorsque la loi l'impose dans certaines circonstances (cf. supra) et le reconnaît à tout le monde, pour se rapprocher mieux du pouvoir[719] d'exiger du juge "l'application de la loi"[720]. Pour que le droit au juge rime avec l'action qui l'exprime en le portant, il convient de considérer cette dernière de façon souple en y voyant tout simplement avec Serge GUINCHARD « *une prérogative légale* »[721] de s'adresser aux tribunaux.

Elle est d'abord en soi une liberté reconnue à tous, ensuite exprime aussi son exercice dans la mesure où chacun choisit librement son chemin d'accès au juge - c'est-à-dire sous quelle qualification juridique apte à bien porter son action-, tout comme le moment de l'exercer. Cette conception a le mérite de réunir en son sein les vertus du pouvoir et de la faculté, mais la plénitude de son sens pour ce qui est du droit au juge, commande qu'elle reste "*impersonnelle, objective et permanente*"[722].

Pour cette raison fondamentale qu'il « *ne saurait, de la part d'un individu, faire l'objet d'une renonciation générale et absolue* »[723] sans qu'on aboutisse à l'abdication de la raison voire de la justice elle-même devant la ruse. Parce que le droit au juge ne traduit en substance que ce "*droit d'être entendu*"[724] qui ne se trouve plus cantonné au cœur du procès pour exprimer le principe du contradictoire, mais tout aussi bien avant celui-ci. Sans entier égard à cette préoccupation, aucun autre droit sur lequel il porte ne pourra se manifester en cas d'étouffement. Il ne doit pas être confondu, mais plutôt

[718] Henry MOTULSKY : Le droit subjectif et l'action en justice Ecrits, t. I, p. 95.

[719] Avec la limite que le pouvoir dans son sens strict n'est accordé à son titulaire que « *pour s'occuper des intérêts d'autrui* » Paul ROUBIER : Les prérogatives juridiques, Archives Phil. Dr., n° 5, 1960, p. 81.

[720] Cette éternelle ritournelle du ministère public dans ses réquisitions au juge doit pouvoir aussi et sans gêne être reprise en chœur par tous.

[721] Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND : op. cit., p. 125, n° 93.

[722] Henri VIZIOZ : Etudes de procédure, 1956, p. 147.

[723] Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND : op. cit., p. 126, n° 94.

[724] Article 30 du CPCiv.

BY NC ND

rester détaché « *du droit subjectif dont [il] permet la sanction* »[725], l'émergence et la protection.

Le tempérament admis à la rigueur du principe protecteur de cette liberté est que son abdication n'est acceptée que de façon particulière et limitative. Pour la Cour de cassation en effet, l'ambiguïté des motifs d'une renonciation anticipée entraîne son refus[726]. En tout état de cause, les clauses contractuelles en ce sens, pourtant censées librement consenties, n'échappent en principe au « réputées non écrites » par lequel le juge sanctionne de nullité certaines d'entre-elles jugées abusives, qu'à condition de ne pas l'opposer au consommateur. Sont ainsi visées ces clauses dont l'effet ou l'objet vise à anéantir ou gêner cette liberté d'accès au juge comme le fait expressément la convention d'arbitrage des litiges sportifs *in extenso*, « *en l'obligeant à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par les dispositions légales* »[727].

La liberté de porter une action devant le juge est une liberté fondamentale facultative certes, mais qui doit être effective[728] et permanente[729] en ce qu' « *elle traduit aussi une liberté publique essentielle* »[730] bien distincte de la matière sur laquelle il s'exerce. L'abandonner sans protection rigoureuse aux mains des personnes privées équivaut nécessairement à le priver de son rôle capital qui fait son essence et par là, à le vider de son sens profond. D'où la vive et immense nécessité de le mettre à l'abri de la râpeuse malice de tous

[725] Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND : Droit judiciaire privé, LexisNexis Litec, 2009, n° 315, p. 211.

[726] Civ 2e, 19 nov. 1998, Procédures janv. 1999, n°1, obs. PERROT : en l'espèce, une veuve dont le conjoint était décédé au cours d'une aide bénévole à un ami, avait dit « ne vouloir intenter aucune action en justice » contre ce dernier. La 2e chambre civile a plutôt estimé que ce motif prêtait à confusion pour ne pas l'admettre.

[727] Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND : ibidem.

[728] Serge GUINCHARD : Le procès équitable, droit fondamental ?, AJDA, n° spécial, juillet/août 1998, p. 191.

[729] Roland VANDERMEEREN : Permanence et actualité du droit au juge, AJDA 2005, 1102.

[730] Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, op. cit., n° 449, p. 303.

BY NC ND

les pouvoirs privés, y compris sportifs, tous mus par les mêmes préoccupations que les autres dieux du marché.

A défaut, il ne restera de ce droit fondamental au contenu autant dense qu'intense, lui-même locomotive de tous les droits menacés d'immobilisme, qu'une notion vidée de sa substance bien plus que « *d'un contenu assez pauvre* »[731] ou « *d'un concept inutile* »[732]. Cette liberté fondamentale n'est pas l'apanage d'une seule, mais de toutes les parties au procès ; parce que le demandeur comme le défendeur, au sens de l'article 30 du code de procédure civile, dispose chacun sur le plan procédural, du droit de faire valoir ses prétentions. Un organisme sportif trainé devant les tribunaux par un athlète bénéficiera comme lui, du même droit de protection juridictionnelle dont la charge pèse sur l'Etat[733].

« *Dans la mesure où cela est en pratique possible, le procès doit donner à celui qui a un droit tout ce à quoi et exactement ce à quoi il a droit de prétendre.* »[734]. Il est indispensable de continuer à faire descendre des hauteurs métaphysiques toutes les composantes des droits fondamentaux pour leur donner droit de cité. Leur protection ne doit donc pas être cantonnée sur le seul spectre administratif, mais a vocation à s'ensemencer dans tous les domaines de la vie sociale pour devenir ainsi opposable à tous détenteurs de pouvoir, individuels ou collectifs, aux contrôleurs des Institutions, publiques comme privées, y compris celles qui ne laissent luire que leur façade ludique.

Etendre l'assise fondamentale du droit d'accès au juge à tous sans exception n'augure pas particulièrement un présage redoutable. Il ne s'agit pas d'en faire usage pour transformer la société en un agglomérat d'égoïsme. Au

---

731 Jacques HERON : Droit judiciaire, Montchrestien, 3e éd. Par Thierry LE BARS, 2006, n° 34, note 3.

732 R. MARTIN : L'action en justice, petite histoire d'un concept inutile, Dr et Proc. 2002/1. P. 14.

733 Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND : op. cit., p. 129, n° 97.

734 Giuseppe CHIOVENDA, Istituzioni di diritto processuale civile, vol. 1, Naples, Jovene, 1933, n° 12, p. 42.

BY NC ND

contraire, la libre disposition qui le caractérise n'est pas synonyme de son abandon à la vindicte du plus fort qui pourra à tout moment, sans scrupule et avec outrecuidance se l'arracher, même par voie contractuelle. Lorsque l'abandon de son droit au juge, au moyen de la clause compromissoire se fait entre personnes d'égale force, le bon sens conduit à ne point s'en offusquer, d'autant plus qu'il n'en est qu'un exercice d'une faculté. En plus, les raisons profondes de ce geste peuvent se situer bien loin des préoccupations visibles des parties. Par ailleurs, on considère généralement et l'évidence de leurs infrastructures et structures organisationnelles invitent à s'en incliner, que les personnes morales qui interviennent dans le commerce international sont suffisamment outillées pour se parer des risques pris en contractant ainsi.

D'ailleurs, le secret des affaires les conduirait irrésistiblement à constituer par convention, leurs propres juges et tribunaux privés. Il s'agit en réalité d'une stratégie efficace qui participe des moyens propres à leur éviter de s'exposer par leurs colossaux chiffres d'affaires à l'insatiabilité sans cesse grandissante du Fisc.

Mais peut-on sans frémir de remord dérouler le tapis rouge à l'entrée de l'arbitrage des litiges sportifs à ces considérations très aisément déployées à la *favor arbitrandum* dans le commerce international ? Autrement dit, tout soupirant aux grandes manifestations sportives peut-il être placé, avec les conséquences qui s'y attachent, sur un pied d'égalité que ces puissantes personnes morales et être ainsi considéré comme maître de la sagacité de la convention d'arbitrage ? A l'exception des personnes morales agissant dans cette sphère en opérateurs économiques (sociétés détentrices de mass-médias et autres gros prestataires de services), les sportifs, leurs encadreurs et les arbitres agissant individuellement ou dans le cadre d'une équipe, ne sont pas pourvus desdites prérogatives.

Ils ne paraissent pas, même en le forçant, en même de revêtir ce lourd manteau de pouvoir quand bien même certains d'entre eux bénéficieraient après quelques épreuves, de traitements hors du commun. Ils sont à l'origine liés par un contrat de travail et leurs prestations ne sont que l'exécution des

BY NC ND

obligations de tout salarié. Le droit au juge n'est pas absolu. Son sort est abandonné à la sagacité de son titulaire qui garde dans l'absolu, la latitude d'en faire ce qu'il veut, à condition de le faire librement[735]. Mais la particularité de ce droit est de constituer le cheval de Troie sans lequel les autres droits subjectifs n'obtiendraient pas toujours reconnaissance et protection dans la marée des rapports de force interhumains, raison suffisante pour qu'il soit indispensable de lui attribuer une emprise plus forte sur le terrain international.

Sans le droit au juge en effet, les autres droits subjectifs, fondamentaux ou non, seraient réduits à de coquilles vides ou de séduisantes et simples "déclarations"[736] dignes d'un catéchisme juridique, si leur violation n'incitait aucune réaction protectrice des sujets consentants. Ce qui nécessite l'intervention du tiers impartial qu'est le juge, entre l'auteur et la victime de la méconnaissance. Non seulement cet appel à intervention du juge permet de restituer et/ou de préserver leur contenu, mais figure lui aussi au nombre de ces droits[737] fondamentaux dont le noyau ne saurait être attaqué sans le vider de son essence profonde. Leur expression devra évoluer de l'étape des priorités pour passer à celle d'exigences quasi-absolues[738].

Une « *conception aussi impérialiste* »[739] du droit au juge ne paraît pas incompatible avec les nécessités des activités internationales du sport

---

[735] Y renoncer par exemple est un acte unilatéral abdicatif grave pour lequel son titulaire doit avoir une conscience entièrement libre et être éclairé sur ses conséquences, celles-ci ne devant souffrir d'aucune ambiguïté. A défaut, même obtenue par malice, la renonciation devient illicite et porte le nom de spoliation.

[736] Encore que le terme "déclaration" employé par les différents textes politico-juridiques y consacrés restituent leur grandeur aux droits fondamentaux « *que l'on ne saurait que proclamer ou révéler et non créer ou constituer* », cf. Christine FAURE : Ce que déclarer des droits veut dire, Histoires, PUF, Paris, 1997.

[737] Sur le droit au recours juridictionnel, cf. J.-F. FLAUSS : Des répercussions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif, LPA, 04 août 1989, p. 26.

[738] René SÈVE : les libertés et droits fondamentaux et la philosophie, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, op. cit., n° 61 p.32.

[739] Yves LEQUETTE : Le droit international privé et les droits fondamentaux in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) ibid. n° 183, p. 112 .

BY NC ND

professionnel, malgré les craintes de leurs organisateurs. Il s'avère dans ce contexte malaisé de considérer que la renonciation au droit au juge soit le libre exercice d'une faculté. Bien au contraire, il est légitime qu'à la façon des autres droits protégés des travailleurs par exemple, l'accès au juge rentre dans les préoccupations des législations nationales pour se voir reconnaître une protection adéquate.

Comme à tout citoyen qui en jouit, il ne s'agit pas de leur confier l'arme fatale contre les pouvoirs sportifs, malgré leur crainte manifestée en ce sens. Le caractère fondamental de ce droit ne le met pas à l'abri de la sanction que provoque l'abus qu'en fait son titulaire. En effet, le droit au juge trouve lui aussi « *une limite dans la théorie de l'abus de droit* »[740].

Si sa mise en branle s'inscrit dans une logique de nuisance parce que dénuée de fondement, elle ne vise pas sincèrement à faire valoir les droits de son auteur, ou a pour objectif profond de déstabiliser l'adversaire. Mais en tant que droit fondamental à préserver, l'interprétation de ces deux critères posés le juge européen, doit rester restrictive « *de manière à ne pas tenir en échec l'application du principe général* »[741]. Par ailleurs et c'est un truisme, la règle générale ne s'applique pas automatiquement d'elle-même « *à l'infinie diversité des situations particulières : c'est le juge qui assure ce passage* »[742].

C'est pourquoi agir en justice ne sera constitutif d'abus que « *dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, l'accès au juge étant un droit fondamental et un principe général garantissant le respect du droit* »[743]. Il ne suffit plus pour protéger les droits de poser et promulguer ses règles, mais surtout de veiller à leur bonne application pratique, d'où le rôle

[740] Serge GUINCHARD et Alii : op. cit. p. 136, n° 107.

[741] TPI 17 juill. 1998, ITT Promedia NV c/ Commission, aff. T. 111/96 (§60).

[742] Pascale DEUMIER : Introduction générale au droit, op. cit., 2011, n° 69, p. 78.

[743] TPI CE : 17 juill. 1998, ITT Promedia NV c/ Commission, aff. T. 111/96 (§61), Europe, oct. 1998, n° 310, obs. Simon, JCP 1998.I.2, obs. BOUTARD-LABARDE ; RTDE 1999, 287, obs. BLAISE et Laurence IDOT ; 7 mars 1997, WWWFUK, aff. T. 105/95, Rec. II.113.

BY NC ND

incontournable du juge. A notre humble sens, la gloire dont il faut ennoblir le droit au juge ne devrait connaître aucune autre borne que celle de la sanction de son abus.

Son usage dans ces limites ne suscite pas d'inquiétude particulière dans la mesure où, contrairement à d'autres droits fondamentaux dont l'impérialisme consacre parfois des situations ubuesques comme le transsexualisme[744], le droit au juge ne présente pas le danger d' « *envahir la quasi-totalité de la scène juridique* »[745] alors et surtout que le droit ne reçoit sa plus palpitante expression qu'à travers le procès.

Même en considérant que toute personne a vocation à détenir par sa seule naissance un patrimoine fut-ce largement débiteur, il faut retenir que s'y trouve au moins ce noyau dur qu'on peut considérer comme une créance sur l'Etat dont le devoir ne limite pas « *tant de conférer l'accès à la justice, d'en sanctionner les entraves, mais encore d'en assurer l'effectivité pour chacun* »[746]. Même sous l'angle de la créance, ce droit n'est aliénable à aucun prix ; car sa spécificité en fait un de ces « *droits dont le sujet ne serait pas l'individu, (…) mais l'humanité dans son entier* »[747], même s'il n'est pas encore ouvertement reconnu dans tous les Etats de notre globe.

Nous inclinons facilement à y voir quelque chose d'intimement lié à la dignité dont Emmanuel KANT dotait tout être humain en raison de sa nature rationnelle[748], en tant que cette possibilité, au-delà facteurs extérieures

---

[744] Aujourd'hui admis au nom des droits fondamentaux alors qu'en 1990, la Cour de cassation l'avait repoussé au motif qu' « une réponse affirmative était de nature à faire vaciller les bases sur lesquelles repose une société » : JCP 1990. II. 21588.

[745] Yves LEQUETTE : Le droit international privé et les droits fondamentaux in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, n° 185, p.113.

[746] Jean-Marie COULON & Marie-Anne FRISON ROCHE op. cit., n° 564, p.391.

[747] Muriel FABRE-MAGNAN : Introduction générale au droit op. cit. , p. 216.

[748] Emmanuel KANT : Fondements de la métaphysique des mœurs, II, A. IV, 434-435.

BY NC ND

(religion, division sociales etc) de faire usage de sa raison autonome[749] dans son jugement et son comportement pour la maîtrise de soi.

Pour s'en convaincre, on peut constater qu'il est devenu presque instinctif dans toutes les Nations avancées dans l'organisation, qu'à chaque moment où un citadin impuissant est frappé de frayeur ou se sent menacé tant dans sa personne que dans son patrimoine par un ou d'autres, sauf profonde et regrettable ignorance, il se réfère au juge pour obtenir restauration de son droit au lieu de se rendre justice à lui-même. N'est ce pas là le manifeste d'un enracinement profond de l'accès à ce dernier rempart des faibles dans le genre humain ? Un ancrage qui conduit l'accès au juge à prendre une part non-négligeable dans la construction d'un droit commun mondial parti du relatif à l'universel.

Pour avoir déjà donné parfaite illustration en forçant un dialogue entre des représentants d'Etats antipathiques à travers des compétitions internationales, le sport constitue pourtant un terreau exceptionnellement fertile à la germination d'une communauté universelle des valeurs conçue à partir d'un pluralisme ordonné tellement chère à Madame Mireille DELMAS-MARTY [750]. Les autorités sportives ont alors manqué de saisir à la perche une occasion idoine lors des Jeux de Pékin en 2008 pour apporter leur contribution à l'édification des valeurs universelles. Pourtant, une autre grosse pierre à la construction de ce si ambitieux projet avait reçu commencement d'exécution par les ONG au sujet des droits de l'homme en Chine, et au cœur desquels, le droit au juge. Les embûches difficiles à dissimuler qu'ils ont plantées dans le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs sont sur le plan individuel, un embrigadement de ce droit

[749] Autonomie : définition du petit Robert - Sens 1 : "*Droit de se gouverner par ses propres lois*" ; Sens 2 (philosophique par référence à KANT) : "*Droit pour l'individu de déterminer librement les règles auxquelles il se soumet*".

[750] Cf. notamment Mireille DELMAS-MARTY : Pour un droit commun, Paris, Seuil, 1994 ; Trois défis pour un droit mondial, Paris, Seuil, 1998 ; Les Forces imaginantes du droit I : Le relatif et l'universel, Paris, Seuil, 2004. Les forces imaginantes du droit II : Le pluralisme ordonné, Paris Seuil, 2006 ; Les forces imaginantes du droit III : La refondation des pouvoirs, Paris, Seuil, 2007 ; Les Forces imaginantes du droit IV : Vers un pluralisme ordonné, Paris, Seuil, 2011.

BY NC ND

fondamental. Or comme le remarque si bien un Monsieur KARAQUILLO, les « *relations individuelles fondées sur des valeurs (sont) pourtant vitales à la survie du sport* »[751]

Le droit d'ester en justice relève de la sphère de ces « *pouvoirs d'autodétermination, c'est-à-dire des pouvoirs que l'homme exerce sur lui-même* »[752] et dont la mise en branle commande à autrui de s'abstenir de toute entrave. Le droit au juge occupe une place carrefour dans le système juridique car, situé à mi-chemin entre d'une part, le droit objectif qui institue les règles et le cadre général de leur manifestation en tant qu' « *un ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée – et plus ou moins organisée -, régissent les rapports entre les hommes* »[753] ; et d'autre part, les droits subjectifs par lesquels chacun s'approprie la reconnaissance issue des premiers.

Ceci tient son sens du fait que les droits subjectifs ne sont autres que « *les prérogatives que le droit objectif reconnait à un individu ou à un groupe d'individus et dont ceux-ci peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les autres, en invoquant, s'il y a lieu, la protection et l'aide des pouvoirs publics* »[754] dont très souvent du juge. Par lui, est garantie l'effectivité du passage entre les deux faces du droit sus-évoquées. La mutation du droit objectif en droits subjectifs au profit de son titulaire ne circulerait pas aisément si le droit au juge ne dissuadait pas plus d'un à maîtriser leur penchant égoïste.

Le simple fait de redouter une condamnation par sa mise en branle participe de façon insoupçonnable au maintien de l'harmonie sociale. Sur ce point, il s'est avéré qu'en cas de multiplicité, d'absence ou de contradiction de

[751] Jean-Pierre KARAQUILLO : Editorial RJES janvier 2012, p. 3.

[752] Gilles LEBRETON : Libertés publiques & droits de l'homme, Armand Colin, 7e éd. 2005, p. 11.

[753] François TERRE : Introduction générale au droit, op. cit., n° 3, p. 3.

[754] François TERRE, Ibidem.

BY NC ND

valeurs, c'est le juge qui fixe les délimitations nécessaires, au point de devenir « *dans une société désertée par la morale et la religion, le nouveau clerc de la religion des droits de l'homme* »[755].

De façon palpable en cas de disharmonie née d'une contestation, l'action en justice permet de la rétablir. A ce titre, chaque justiciable doit pouvoir en cas de besoin, en disposer sans que sa décision lui soit dictée par un autre. Or la convention d'arbitrage s'est évertuée à y produire un effet annihilant. Il est largement consacré que sa signature équivaut à la renonciation volontaire de saisir encore le juge étatique de tout litige y ayant trait. Mais cette pratique tirée de l'arbitrage commercial international est radicalisée voire dénaturée dans l'arbitrage des litiges sportifs, car même si cette renonciation se présente sous les jours d'un effet obligatoire du contrat, elle est intrinsèquement forcée alors même que ses offrants ne garantissent pas aux inféodés consentants les avantages de la justice étatique.

Section 2 : LES MUTATIONS OPEREES PAR L'OBJET DU CONSENTEMENT A L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

L'extension sans cesse croissant du secteur marchand favorise de profondes et pérennes transformations dans la propriété des droits. Même les droits jusqu'ici considérés comme liés à la personne même de son titulaire ou affectant directement son corps se trouvent de nos jours pris dans les filets des pouvoirs privés économiques pour peu qu'ils accostent leur champ d'action. On a opéré la scission manifeste de ces droits pourtant dits extra-patrimoniaux en deux, rendant ce faisant marchandisable et arbitrable[756] une importante frange. Les pouvoirs privés sportifs s'en sont inspirés pour récupérer en leur faveur des catégories juridiques relevant dans leur essence

[755] Denis SALAS : Le juge (aujourd'hui) op. cit., p. 863.

[756] L'arbitrabilité étant « *une condition de validité et, partant, de la compétence des arbitres* » : Bernard HANOTIAU : L'arbitrabilité et la favor arbitrandum ; un réexamen, JDI 1994, n° 4, p. 899.

BY NC ND

des relations privées des Etats comme le statut personnel du sportif (§1). Mais ces mutations ne s'arrêtent pas là. Des secteurs relevant de l'ordre public de direction, parce qu'ils sont encore inscrits à l'encre indélébile dans ce qu'a l'ordre public de dur en raison de leur viscéral rattachement à la souveraineté des Etats, sont au moyen du consentement contractualisés

§1 : LES TRANSFORMATIONS DANS LE STATUT DU SPORTIF : DES DROITS PERSONNELS AUX DROITS REELS

La question fondamentale ici est de voir comment l'objet du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs s'accapare les attributs de la personne. Il s'agit de démontrer le retournement par lequel en retenant qu'il y a consentement à l'arbitrage des litiges sportifs, surgissent nonobstant la qualité de salarié du sujet consentant, des pertes de prérogatives en lien avec son statut personnel, en ce qu'elles sont étroitement attachées à sa personne même. L'objet du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs s'avère une consécration de la mutation de la titularité du droit sur l'image (A), de la nationalité (B) et la disponibilité embrigadée dans le transfert (c) des sportifs, le tout à la faveur de l'extension de l'arbitrabilité « aujourd'hui devenue la règle, et l'inarbitrabilité, l'exception »[757].

A : La titularité du droit sur l'image des sportifs

1) Le droit positif en matière de droit sur l'image

Si tous les objets répondant aux mêmes critères produit industriellement sont absolument identiques, le mystère autour des êtres vivants s'ils n'ont subit aucune modification génétique, c'est que chacun d'eux constitue une unicité dans son genre. Ainsi chaque personne est seule et unique par ses données biométriques. La pression des lois de l'hérédité n'a pas pu endiguer ce phénomène, si bien que les traits de ressemblance, aussi poussés soient-ils entre vrais jumeaux, ne gomment pas cet élément presque indicible qui fait l'individualité de chaque personne.

[757] Bernard HANOTIAU : ibid. p. 901.

BY NC ND

L'image en tant qu'ensemble des traits caractéristiques physiques, uniques et infalsifiables **de chaque personne** en est la première manifestation et **lui est consubstantielle**. D'ailleurs "personne" vient du latin « *persona* » qui veut dire masque, ce dehors trompeur par l'aspect du visage, de l'image du personnage construit pour les besoins d'une représentation théâtrale ou d'une cérémonie, mais qui finit par devenir un rôle social, socle de la personnalité de chacun.

Même sans trop bien appréhender ce rôle social, chacun le joue à son niveau, parfois même à la façon du garçon de café dont parlait Jean-Paul SARTRE[758]. Le personnage où se consoliderait l'unité du moi, suit chacun des membres du groupe social, à quelque niveau qu'il soit, et devient plus ostentatoire à mesure que le rôle qu'il tient est éminent (ministre, évêque, médecin, professeur, footballeur …). Paul Valéry écrivait à ce propos que « *dans toute carrière publique, une fois que l'on a construit son personnage et que le bruit qu'il fait revient à son auteur et lui enseigne qui il paraît, celui-ci joue son personnage ou plutôt son personnage le joue et ne le lâche plus* »[759]. Il n'est donc pas surprenant de constater que toujours plus nombreux, sont encore ceux qui restent sourds à ce cris qu'avait lancé LA FONTAINE[760] pour stigmatiser ces "*habits du pouvoir*"[761], et confondent très volontiers l'image sociale et le personnage y associé d'une part, et leur propre personne d'autre part[762].

---

[758] Cf. Jean Paul SARTRE : L'Être et le néant, Gallimard, 1943.

[759] Cité par André VERGEZ et Denis HUISMAN : Nouveau « cours de philo », Tome 4: op. cit., p. 25.

[760] « *Maître Baudet, ôtez-vous de l'esprit une vanité si folle. Ce n'est pas vous, c'est l'idole à qui cet honneur se rend, et que la gloire est due.* » D'un magistrat ignorant c'est la robe qu'on salue. Jean de LA FONTAINE : l'Âne portant les reliques, cité par Antoine GARAPON : Bien juger : Essaie sur le rituel judiciaire, op. cit., p. 11.

[761] Cf. Jacques BOEDELS : Les Habits du pouvoir. La justice, Paris, Antébi, 1992.

[762] L'exemple le plus célèbre vient d'une œuvre de SHAKESPEARE où le roi RICHARD II ne se reconnut plus pour avoir perdu son trône ; son angoisse s'enfonça encore lorsqu'après avoir arboré les armoiries du pouvoir, il ne put persuader ses sujets de lui réserver la même révérence d'antan. Ne comprenant toujours rien à ce qui lui arrivait, il demanda un miroir pour se rassurer en s'y regardant, qu'il était toujours la même personne. "*Il* [avait] *besoin de cette image pour continuer à exister*", remarque Denis HUISMAN, op cit. p. 26.

BY NC ND

Une telle confusion n'est pas anodine : sans élévation d'esprit, on n'opère pas une scission entre l'image et la personne dont elle n'est que l'harmonisation des traits extérieurs. C'est à première vue par son image qu'on distingue chaque être vivant des autres et même de ses semblables. Dans un monde où le paraître s'est taillé la meilleure des places réservées aux valeurs, le reflet extérieur est devenu le critère favori d'appréciation : la beauté ou la laideur sont une lecture, une appréciation de l'image. Sur le plan personnel, l'image est le point de départ de l'amour ou de la haine de soi-même, avec le cortège de complexes que chacun développe selon l'image qu'il se donne de lui-même.

Sans tuer l'esprit, l'image le suit et le conditionne intensément au gré des ravages que fait subir le temps au corps. La vieillesse par exemple, en laissant transparaître les failles de l'image, soumet l'esprit à de rudes épreuves de surpassement, comme en disent long ces propos de Mary CARSON au prêtre Ralph de BRICASSART, quelques instants avant que la lassitude ne la conduise à abandonner la vie. Une vie à ses yeux devenue morne, à cause de [ce temps] « *vengeur qui détériore nos corps sans rémission et qui nous laisse seulement assez d'esprit pour avoir des regrets.* [Mais que malgré tout, chacun tient dur comme fer et se dit, comme elle, qu'] *à l'intérieur de ce corps stupide et malade, je suis toujours jeune (…), je continue de vouloir, je continue de rêver …* »[763].

Nonobstant les crises identitaires du moi, l'image se confond volontiers avec la personne elle-même. Comment en aurait-il été autrement dès lors que les meurtrissures infligées par le temps à la fragile carapace de chacun n'ont jamais réussi à emporter avec elles l'unicité du moi, ni le muter en un autre être, tant qu'il est encore en vie ? C'est toujours la même personne qui au fond, "*n'a pas changé*"[764]. Le changement et il importe de le souligner, ce n'est pas être remplacé par une entité nouvelle, un être nouveau. Au

[763] Cf. Stan MARGULIES : Les oiseaux se cachent pour mourir, film, 1ère partie, 1983.

[764] Pour en ajouter à la profondeur de ces paroles, écouter leur mise en musique par Julio IGLESIAS en 1979 ; cf. aussi Jacques VILLERET interprétant Le maréchal Ludwig von APFELSTRUDEL dans "Papy fait de la résistance", un film de Jean-Marie POIRE, 1983, d'après une pièce de théâtre de Martin LAMOTTE et Christian CLAVIER.

BY NC ND

contraire, c'est rester soi-même, mais autrement, si bien que chacun aura toujours son dos derrière lui, même s'il se tourne. Tout changement n'est donc que changement de l'apparence.

Le législateur consacre par plusieurs textes cette réalité. Lorsque dans l'article 9 du Code civil, il érige le droit reconnu à toute personne, au respect de sa vie privée, c'est justement pour combattre la traque et la capture de son image à des fins mesquines ou non, dans son milieu réservé[765]. Ou encore lorsque ces faits tombent sous le coup des articles 226-1 et suivant du code pénal français pris en répression des atteintes portées à l'intimité de la vie privée. La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite loi informatique et libertés, porte la même préoccupation sur les actes faits en dehors du domaine privé.

Le législateur entend ainsi protéger la personne saisie à travers ses données à caractère personnel au premier rang desquelles son image. Plus directement expressives en ce sens sont chronologiquement, la Convention de Strasbourg du 28 janvier 1981 sur « *la* ***protection des personnes*** *à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* »[766] et la Directive européenne n° 95 /46/CE du 24 octobre 1995[767] relative à la **protection des personnes physiques** à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

On a pourtant enseigné pendant longtemps et on continue à tenir pour vrai que la personne n'était pas dans le commerce. Mais pour combien de temps encore ? Puisque le corps humain n'est pas un bien disponible, son image devrait aussi logiquement l'être. Mais, puisque l'"avoir" a pris le dessus sur l'"être", l'unicité qui aurait caractérisé le droit à l'image pour consolider la

[765] Le 18 septembre 2012, le juge des référés du TGI de Nanterre a sur le fondement de l'atteinte à la vie privée et la violation du droit à l'image, retenu que « *l'intimité d'un couple partiellement dénudé sur la terrasse d'une résidence privée, à plusieurs centaines de mètres d'une route ouverte au public et pouvant légitimement supposer être à l'abri des regards indiscrets sont de nature particulièrement intrusive* ».

[766] Publiée en France par le Décret n° 85-1203 du 15 nov. 1985, D. 1985, Actualité législative, p. 581.

[767] JOCE L 280 du 23 novembre 1985.

BY NC ND

personnalité est fragmenté. Ce droit s'est ainsi scindé en deux : un aspect patrimonial et un autre extra-patrimonial. Si ce dernier aspect dont on ne connait le contenu semble encore protégé par la morale qui entend le tenir loin du contact avec l'argent et, ce faisant lui conférer un caractère indisponible, imprescriptible et intransmissible, l'aspect patrimonial ne bénéficie pas des mêmes égards.

La jurisprudence a consacré cette bipartition en admettant que chacun puisse faire de ses images et de sa vie privée ce qui lui plaisait. En effet selon elle, une biographie qui reprend des « *révélations faites par l'empereur lui-même dans des écrits autobiographiques sur certains aspects de sa vie intime* » ne porte pas atteinte à la vie privée[768]. Sur ce point un jugement rendu le 24 novembre 1988 par le Tribunal de Grande instance d'Aix-en Provence[769] dans l'affaire Raimu, confirmé par la Cour d'appel[770] s'est voulu on ne peut plus clair : « ***Le droit à l'image revêt un caractère, non seulement moral****, strictement personnel à son titulaire, s'éteignant avec lui et bénéficiant de la protection de l'article 9 du Code civil,* ***mais aussi patrimonial,*** *puisque de nombreuses célébrités se livrent, selon des rémunérations allant croissant avec leur notoriété, à une exploitation commerciale de leur propre image* ». La messe est ainsi dite. Si le corps humain est situé hors du champ du commerce, certains de ses attributs n'y échappent donc pas et tombent de ce fait sous l'emprise de la marchandisation.

C'est donc cet aspect marchandisable, potentiellement producteur d'intérêt qui intéresse le monde sportif. Il faut trouver le moyen idoine de se l'approprier. Une convention particulière en ce sens ne doit pas courir le risque de s'exposer au courroux de l'article 6 du Code civil. Puis, le sportif risque de très vite y réfléchir et verser dans des attitudes nihilistes dont on

[768] Cass. civ. 1ère : 10 oct. 1995, Affaire de l'épouse du dernier empereur de Chine, Bull. civ. I. n° 356, JCP 1997, II. 22765, obs. J. RAVANAS.

[769] JCP 1989. II. 21329, note HENDERYCKSEN.

[770] Bull. inf. C. cass., n° 331, p. 40.

BY NC ND

n'en a besoin. En plus, son image ne vaut encore rien tant qu'il n'a encore réalisé aucun exploit. Mais comme une victoire peut lui faire pousser les ailes, autant s'en prémunir en acquérant prématurément de lui cet aspect qui n'a encore aucune valeur.

Pourtant c'est encore la jurisprudence qui décide que « *chacun a le droit de s'opposer à la reproduction de son image, et, (…) l'utilisation dans un sens volontairement dévalorisant de l'image d'une personne, justifie que soient prises par le juge toutes les mesures propres à faire cesser l'atteinte ainsi portée aux droits de la personne* »[771]. Il « *devient absurde de retenir ce terme* [droit à l'image] *quand on veut faire du commerce à partir de cette image. Il faudrait mieux alors parler de ''droit sur l'image'' (…) chacun [étant] né avec la figure et les traits qui sont les siens* »[772]. Finalement, comme le remarque pertinemment le professeur BEIGNIER « *ce n'est vraiment pas de l'image, en tant que telle, qui est protégée mais la tranquillité de l'existence de celui dont l'image est publiée* »[773].

Le second aspect issu de cette mitose qui frappe le "droit à l'image" se rapproche des "auberges espagnoles" où l'on ne trouve que ce qu'on y a apporté, mais facilite sa saisie par les préoccupations marchandes. Ainsi, les organisations sportives en le sélectionnant, donnent à chaque sportif l'occasion de rendre son image vendable après la mise en scène de ses exploits. Mais il en est bien auparavant dépouillé de ses prérogatives profondes. Tout comme les acteurs du cinéma ou de théâtre, les mannequins, les artistes voire les hommes de lettres, l'image du sportif est chosifiée et véhicule plutôt la réussite notoire de ses aptitudes dans son art.

C'est finalement du commerce de sa notoriété, de son talent qu'il s'agit en réalité. Mais elles ne sont pas réductibles aux droits de la personnalité, car avec courage et ardeur, « *l'intéressé aura par son activité ou sa notoriété,*

---

[771] Cass. civ. 1ère : 16 juillet 1998. Affaire des jeux vidéo, D. 1999, p. 54, note Chr. SAINT-PAU.

[772] Bernard BEIGNIER : La protection de la vie privée in Rémy CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Thierry REVET (Dir.) : Libertés & Droits fondamentaux, op. cit., p. 167.

[773] Ibid.

BY NC ND

conféré une valeur commerciale à son image »[774]. Ce lien étroit entre l'image et la notoriété génère autour du sportif un conflit entre le respect du droit qu'il a sur son image et son activité. Car par cette dernière, il perd toute emprise légale sur son image au profit des organismes sportifs. Pourtant, de telles prérogatives, parce que liées à la personne même de son titulaire devraient échapper à l'arbitrage.

A ce sujet, la Cour de Versailles a jugé que « *toute personne quelle que soit sa notoriété, a sur son image et sur l'utilisation qui en est faite un droit exclusif en vertu duquel elle peut s'opposer à sa reproduction et à sa diffusion, sans son autorisation expresse ou spéciale, sous réserve des impératifs de la liberté d'expression* »[775]. Dans cette hypothèse, on quitte allègrement ce qui paraît un négoce sur le corps pour se diriger vers le droit de la propriété intellectuelle. Malheureusement pour le sportif professionnel, il ne lui est pas permis de saisir le juge étatique, mais seulement les arbitres des litiges sportifs. Après avoir vendu ce droit patrimonial, il peut circuler et entrer dans les circuits marchands. Dès lors, il relève du droit des affaires et devient arbitrale.

2) L'expropriation du droit de l'image dans le monde sportif

Même si la rigueur accordée à la protection du droit que chacun a sur son image s'estompe en fonction du lieu (place publique) ou de ses activités (politiques) par exemple, les pouvoirs sportifs ne s'en contentent pas. Mieux que les diverses lois étatiques, leurs textes même déguisés en convention, le leur procure tout en assurant au mieux le moyen de assurer universellement leur conservation. A la différence de l'Etat qui s'approprie les biens de ses sujets de façon brutale pour cause d'utilité publique, mais contre dédommagement, les pouvoirs privés sportifs font passer cette expropriation du droit de l'image "pour cause d'utilité sportive" comme le fruit du consentement de leur auteur. Bien entendu on ne fait pas de tort à celui qui

[774] Philippe Le TOURNEAU : Le parasitisme dans tous ses états, D. 1993, Chron. p. 310 ; Paris, 10 sept. 1996, Bull. inf. C. cass., n° 444, 1er févr. 1996, n° 96.

[775] Versailles, 30 juin 1994, D. 1995, p. 645, note J. RAVANAS.

BY NC ND

consent. Cependant, le procédé d'obtention de ces consentements individuels est un secret de polichinelle. Il est notoire que pour être admis à s'inscrire seulement aux Jeux olympiques, tout sportif doit au préalable avoir accepté « *d'être filmé, notamment par la télévision, photographié, identifié ou enregistré de toute autre manière pendant les Jeux Olympiques, dans les conditions et pour les fins autorisées actuellement ou dans le futur par le Comité International Olympique (CIO) en relation avec la promotion des Jeux Olympiques et du Mouvement olympique* »[776].

Cette acceptation opère un transfert du droit que chacun des athlètes détient sur son image au profit des organisateurs des manifestations sportives. C'est de cette façon que l'image captée par exemple pendant les jeux olympiques fait désormais partie des "propriétés olympiques". Dans sa recherche de « *toutes autres ressources lui permettant de remplir ses tâches* »[777], une telle opération constitue une source de gains digne de protection entre les mains du CIO. Lui seul, et sur son autorisation, les CNO chargés eux-aussi de rechercher des sources de financement, peuvent faire usage de cette propriété olympique, conformément aux règles 7-4 de la Charte olympique[778].

Versant dans le même sciage, l'article 74 des statuts de la FIFA est suffisamment élargi et lui permet de déterminer toute seule le type et l'étendue de l'exploitation[779] après s'être appropriée « *sans restriction de contenu, de temps, de lieu et de droit – de tous les droits pouvant naître des compétitions et des autres manifestations* ». Y sont notamment visés tous « *les droits patrimoniaux en tous genres, les droits d'enregistrement, de reproduction et de diffusion audiovisuels, les droits multimédias, les droits de*

[776] Point 6 de la Règle 45 de la Charte olympique : Invitations et inscriptions.

[777] Article 25 1. De la Charte olympique.

[778] Article 28 – 7 .4 de la Charte olympique.

[779] Article 74 - 2. des statuts de la FIFA.

BY NC ND

marketing et de promotion ainsi que les droits sur la propriété intellectuelle tels que les droits d'auteur sur les signes distinctifs et les droits d'auteur ».

Cette disposition est presque mot à mot reprise par l'article 71 des statuts de la Confédération asiatique de football (AFC) qui la proclame en y joignant les associations membres, uniques propriétaires de tous les droits émanant des compétitions et autres événements placés sous leur juridiction. A ce titre, eux seuls "*are exclusively responsible for authorizing the distribution of image and sound and other data carriers of football matches and events coming under their jurisdiction, without any restrictions as to content time, place and technical and legal aspects*"[780]. La Fédération internationale de Handball n'en est pas en reste, car ses statuts la proclament « *seule qualifiée pour autoriser la diffusion d'images et de sons, tout comme d'autres données relatives aux matchs et manifestations de handball dont elle détient les droits sans aucune restriction en terme de contenu, dates, lieu, aspects techniques et légaux* »[781].

C'est la transposition *mutatis mutandis* dans l'activité sportive professionnelle de procédés courants en entreprise industrielle à l'exemple notoire des puissants laboratoires de recherches scientifiques où les chercheurs sous contrat de travail qui réalisent des découvertes ne se voient reconnaître aucune titularité sur les droits attachés aux œuvres issues de leurs travaux de recherche ou leur création[782]. A moins de se construire un monde à part, l'activité sportive professionnelle ne saurait faire complètement table rase des préoccupations de gestion courantes en entreprise. Loin d'être une activité désintéressée, « *le sport professionnel est une activité économique étroitement liée aux impératifs et aléas de la compétition sportive* »[783]. Lorsqu'il définit son champ d'application, le premier

[780] Article 72 des statuts de l'AFC.

[781] Article 18.1 des statuts de l'IHF.

[782] Tel est aussi le cas en matière informatique où selon l'article L.113-9 du Code de la propriété intellectuelle, « ***les droits patrimoniaux*** *sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions (…)* ***sont dévolus à l'employeur*** *qui est seul habilité à les exercer* ».

[783] Préambule article 12 de la Convention collective nationale du sport (France).

BY NC ND

alinéa de l'article 12.1 de la Convention collective nationale du sport (France) ajoute en précision sur la nature réelle de cette activité en prévoyant que « *les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent qu'aux entreprises (sociétés ou associations) ayant pour objet la participation à des compétitions et courses sportives, et qui emploient les salariés pour exercer, à titre exclusif ou principal, leur activité en vue de ces compétitions* ».

L'image du sportif professionnel se mue du fait de son contrat de travail, en une espèce de propriété industrielle dévolue aux organismes sportifs employeurs. La Convention collective nationale du sport en France consacre en son article 12.11.2 alinéa 2 cette orientation. Prenant appui sur le respect des intérêts légitimes de l'employeur, elle autorise ce dernier à interdire « *les actions d'exploitation de l'image individuelle du salarié* [motif pris de ce qu'elles peuvent bénéficier] *à une entreprise concurrente de partenaires commerciaux significatifs de l'employeur* ».

Une telle brèche ouverte réduit considérablement cet attribut personnel du sportif en peau de chagrin, car et comme il vient d'être vu, en dépit des dispositions prises pour encadrer l'exploitation de l'image dans le même texte à l'application d'ailleurs limitée sur le territoire français, les organismes sportifs internationaux n'entendent y concéder aucune limitation pouvant tenir au contenu, au temps, à l'espace ou à un quelconque aspect technique ou légal de ce qui est devenu leur propriété privée.

Le sort de l'image des sportifs professionnels finit dans ce rapport de force par se solder au profit desdits organismes. Ce sont eux qui, comme tout propriétaire, en usent, en récoltent les fruits et conservent le droit d'en disposer à leur gré. Sur le plan interne, en France, en l'occurrence, il a fallu que le législateur intervienne pour qu'une partie des gains générés par le commerce de l'image des sportifs par leur club leur revienne. Deux lois sont intervenues à cet effet : le 1er août 2003 et le 15 décembre 2004. La première

BY NC ND

dite "loi Lamour"[784] a sur ce point, réglementé la commercialisation des droits audiovisuels des manifestations sportives ; tandis que la seconde[785] a instauré une rétribution à verser au sportif professionnel, à ne pas considérer comme un salaire, parce provenant de la vente de son image, dans l'image « *collective de l'équipe à laquelle il appartient* »[786].

Avec le consentement concomitant à l'arbitrage des litiges sportifs, aucune possibilité n'est plus offerte au titulaire de l'image, de formuler une quelconque revendication devant un juge étatique. Seules les instances arbitrales instituées par les pouvoirs sportifs détiennent la compétence pour connaître toute contestation pouvant en naître. Ce contexte devient favorable en permettant d'opposer plus aisément au contestataire la force obligatoire des conventions, fussent-elles régulièrement passées ou non. Toujours est-il que les questions liées au droit de l'image de la personne font ainsi leur entrée solennelle dans l'arène de l'arbitrabilité.

B : la nationalité des sportifs

1) Le caractère en principe inaliénable de la nationalité

En droit positif, la nationalité est un droit extrapatrimonial inaliénable. Dire d'une personne qu'elle est de telle nationalité, c'est lui reconnaître dans un sens large, un attachement, un lien de droit avec « *un groupe d'hommes unis par une communauté de territoire, de langue, de traditions, d'aspirations* »[787] communes, toutes choses qui forment la trame d'une nation. Il s'ensuit que

[784] Loi n° 2003-708 du 1er août 2003, cf. JO du 2 août.

[785] Loi n° 2004-1366 du 15 décembre 2004, cf. JO du 16 décembre 2004.

[786] Article 1er devenu l'article L.222-2 du Code du sport, alinéa 1er : « *n'est pas considéré comme salaire la part de la rémunération versée à un sportif professionnel par une société [sportive] et qui correspond à la commercialisation par ladite société de l'image collective de l'équipe à laquelle le sportif appartient* ».

[787] Le Petit Robert de la langue française 2009, p. 1672.

BY NC ND

la nationalité est plus simplement encore, « *l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un Etat* »[788].

De la nationalité ainsi comprise, il ressort qu'à l'appartenance à un groupe, s'ajoute une relation d'allégeance de la personne à son Etat, comme on parle du sujet britannique pour désigner un anglais. Si le concours de la volonté des individus participe des sources de la nationalité comme en cas de naturalisation, son attribution procède pour la plupart des cas, de la volonté unilatérale de l'Etat qui agit en tant que dépositaire d'un pouvoir normatif. En effet les mouvements très récurrents des joueurs suivis très souvent aussi de mutations de nationalité, font répondre cette pratique aux arrangements entre eux et les Etats avides de titres sportifs.

Dans cette optique on peut percevoir aisément le critère fondamental d'une convention qu'est la rencontre de deux volontés libres et éclairés. En effet, l'octroi de cette qualité à un demandeur manifeste l'expression de la volonté entre ce dernier et l'Etat. Mais il n'en demeure pas moins que cela s'avère insuffisant pour consacrer objectivement la théorie contractuelle de la nationalité[789].

En définissant de son seul chef les critères d'éligibilité et en décidant pareillement de l'attribution effective de sa nationalité, chaque Etat établit ce faisant une distinction entre ses nationaux et les étrangers. La conséquence immédiate est que moins de droits sont reconnus aux étrangers, parce que leur statut est inférieur à celui des nationaux. Il est ainsi clair qu'usant de son pouvoir régalien, l'Etat décide presque discrétionnairement qui est son national ou ne l'est pas et « *possède à l'égard de ses nationaux une*

[788] Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE : Droit international privé, Paris, LGDJ, I, 8e éd. 1993, n° 50, Paul LAGARDE : nationalité in Denis ALLAND & Stéphane RIALS (Dir.) op. cit. p. 1051.

[789] Développée par A. WEISS et selon laquelle « *c'est dans un contrat synallagmatique, intervenu entre l'Etat et chacun des individus qui le composent, que se trouve le fondement juridique de la nationalité* » in Traité théorique et pratique de droit international privé, Paris, Larose et forcel, 2e éd., 6 vol. 1907-1913, cité par Pierre MAYER et Vincent HEUZE Droit International Privé, op. cit., n° 868, p. 575.

BY NC ND

compétence personnelle opposable aux autres Etats qui se manifeste en particulier par la protection diplomatique »[790].

En cette matière, même le droit international public, qui n'a pas pour vocation de proposer aux membres de la communauté internationale une "organisation positive et rationnelle", se réserve avec précaution de donner des leçons aux Etats pour ce qui relève du domaine de leurs relations privées, même internationales. Son objectif étant d'harmoniser le respect de la souveraineté des autres par chaque Etat, chacun d'eux garde sa liberté d'en fixer les critères qui ménagent ses intérêts[791].

Il peut en être déduit que le lien de nationalité entre chaque Etat et son citoyen est un solide rapport d'affection, de confiance, de responsabilité et de protection. C'est d'ailleurs sur ce lien que se fonde leur représentation par les sportifs dans les compétitions internationales, symbolisé par le port de leur drapeau et l'exécution de leur hymne national. En outre, cette représentation est au cœur d'une règle assez prégnante dans l'organisation de ces activités sportives, car l'article 42.1 de la Charte olympique pose que « *tout concurrent aux Jeux olympiques doit être ressortissant du pays du CNO qui l'inscrit* ». C'est pourquoi personne ne peut y prendre part à ce titre sans être rattachée à un Etat qu'il représente. De ces prérogatives ainsi accordées au national parce que c'est lui par rapport à l'étranger, il résulte que la nationalité est un droit lié au statut personnel. Il ne s'agit donc pas d'un droit patrimonial.

En plus, quand bien même les vertus comme les vices de la nationalité peuvent être étendus aux proches parents d'un bénéficiaire en cas de naturalisation, la nationalité n'est pour autant pas aliénable. Elle ne peut ainsi, en vertu des conditions requises pour l'arbitrabilité d'un litige, être arbitrable. En principe, un droit n'est arbitrable que lorsqu'il est disponible, c'est-à-dire se trouve « *sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne*

[790] Ibid., n° 28, p. 17.

[791] Sur l'ensemble de la question, cf. Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE op. cit., Pierre MAYER et Vincent HEUZE, op cit.

BY NC ND

qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer ».[792] Quoiqu'un individu soit en mesure de renoncer à sa nationalité, il ne peut ni en faire un don, ni la vendre. Parce qu'elle est liée à la personne même de son titulaire, elle échappe à l'arbitrage, si bien que seul le juge étatique en droit positif a compétence pour connaître des différends portant sur la nationalité. Pourtant, tous ces égards semblent ne plus accompagner la nationalité lorsqu'elle fait son entrée dans le monde sportif.

2) La nationalité d'opportunité dans le monde sportif

En dressant la composition du mouvement olympique **placée** « ***sous l'autorité suprême*** *du Comité International Olympique* », sa Charte énumère « *les organisations, les athlètes et les autres personnes qui* [s'y] *soumettent* »[793]. En plus, elle porte à la connaissance de « *toute personne ou organisation appartenant de quelque manière que ce soit au Mouvement olympique* [qu'elle] *est liée par* [ses] *dispositions*, [non sans rappeler qu'elle] *doit respecter les décisions du CIO* »[794]. Son article 15. 4 dispose clairement que « *les décisions du CIO sont définitives* », et réserve la connaissance de tout litige né de son application ou de son interprétation à sa commission exécutive.

Il y est néanmoins prévu qu'exceptionnellement, « *certains cas* [non-énumérés ne peuvent être tranchés que] *par arbitrage devant le TAS* ». Faut-il pour autant en déduire que les différends qui portent sur la nationalité des membres du mouvement olympique tel qu'énumérés ci-dessus, relèvent de ces cas exceptionnels ou en sont plutôt absolument exclus, parce que laissés à la seule connaissance de la commission exécutive ? Une réponse apparemment tranchée à cette préoccupation semble provenir de la règle 42.2 de la Charte Olympique selon lequel « *tous les litiges relatifs à la*

[792] P. LEVEL : L'arbitrabilité, Rev. arb., 1992, p. 219.

[793] Article 1.1 de la Charte olympique.

[794] Article 1.2 de la Charte olympique.

BY NC ND

détermination du pays qu'un ressortissant peut représenter aux Jeux olympiques seront résolus par la commission exécutive du CIO ». Si l'on s'en tient à ce point, il peut être permis de considérer que les questions relatives à la nationalité des sportifs relèvent du pouvoir exécutif du Mouvement sportif. C'est donc la commission exécutive du CIO qui tranche les problèmes qui peuvent survenir de la bi ou pluri nationalité des athlètes. Sa volonté est enfermée dans des limites dont l'une des vertus serait de conférer aux manifestations sportives une certaine harmonie.

Les législations internes en matière de nationalité sont le reflet des mœurs de chaque Etat. Leur diversité ne se prête guère à une cohérence pour des activités étendues sur toute la planète. Le contractuel paraît plus propice à la mise sur pied d'un système de gestion d'ensemble. Laisser aux Etats la possibilité de mener les revendications fondées sur la nationalité serait une espèce de boîte de pandore qu'il ne faut pas laisser s'ouvrir. Les pouvoirs sportifs fixent eux-mêmes les règles de gestion de la nationalité dans leur domaine. Partant de la nationalité de droit commun, ils ont créé une autre catégorie dite "nationalité sportive"[795] gérée tout aussi discrétionnairement par leurs soins chaque fois que l'organisation des compétitions internationales le commande.

Dans le monde footballistique qui tient en la matière lieu de champ de prédilection, l'article 15 alinéa 2 du règlement d'application des statuts de la FIFA[796] fait interdiction à tout footballeur qui a déjà pris part à une compétition internationale sous les couleurs et emblèmes d'un Etat de réitérer cet exploit sous une autre bannière. Même si le joueur a acquis une nouvelle nationalité, cela n'empiète pas les pouvoirs des autorités sportives, car elles arrêtent unilatéralement les conditions à observer pour faire produire ses effets à ce statut. En tout cas, le bénéficiaire devra à tout le

[795] « … *her request for change of* ***sport nationality*** *can not be approved according to the FINA rules* » : Extrait d'une lettre de la FINA à la Fédération Portugaise de Natation (FPN) en date du 9 mai 2007. Cf. Sentence TAS 2007/A/1377 du 26 novembre 2007, Mélanie RINALDI c/ FINA (en anglais) consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw, p. 4.

[796] Lequel y consacre quatre articles (de 15 à 18) d'une intelligibilité peu évidente.

moins observer un certain délai pour se voir reconnaître le droit de représenter sa nouvelle patrie[797]. Les confédérations continentales étant astreintes à s'y conformer, l'article 15 des règles d'application des statuts de l'AFC énonce que « *player's elligibility to play for representative teams of members association teams shall be governed in occordance with FIFA statutes and regulations* ».

Les Etats assistent sans pouvoir s'y opposer à une annihilation d'un pan profond de leur souveraineté. Leur décision d'octroyer leur nationalité à un candidat, aussi discrétionnaire fut-elle, ne produit pas d'effet immédiat sur le terrain des compétitions internationales, avant que les pouvoirs sportifs saisis sur demande se soient au préalable prononcés[798].

La volonté du sportif subit une énième crucifixion alors qu'en décidant de lui accorder la nationalité à sa demande, l'Etat l'avait magnifiée ; car cette décision le couvre immédiatement de tous les effets attachés à cette qualité. Mais que sa nouvelle patrie et lui-même le veuillent ou pas, ce sont les autorités sportives qui décident de la représentativité de celui-là par celui-ci sur leur terrain. De même, la connaissance de toute contestation ou querelle opposant à ce sujet deux Etats différents appartient aux autorités sportives[799] qui tranchent, sans attendre une quelconque décision du juge étatique. Ce n'est que leur décision qui peut être déférée aux arbitres des différends sportifs[800].

Ainsi, même si au regard des exigences légales, l'objet d'une telle contestation ne remplit pas, par sa nature, les conditions de l'arbitrabilité des litiges dont le plus saillant est que l'objet du litige porte sur un « bien » dont on peut disposer, le tribunal arbitral du sport ne s'abstient pas d'y reconnaître sa compétence et de faire savoir sa participation dans la lutte « *to preserve the meaning and concept of national representation* (… and) *to*

[797] Articles 16 alinéa 1 d) et 17 d) du Règlement d'application des statuts de la FIFA.

[798] Article 18 alinéa 3 du Règlement d'application des statuts de la FIFA.

[799] Commission exécutive du CIO, Commission du statut du joueur pour la FIFA.

[800] Cf. les articles 60 alinéa 4, 63 alinéa 1 des statuts de la FIFA.

BY NC ND

prevent athletes becoming sports ''mercenaries'' involved in ''nation shopping'' (…), [because] *from a purely human perspective it would of course be much nicer to enable Ms RINALDI to represent Portugal internationally at this juncture [but] GR 26 which is a clear and legitimate rule, prevents any exception being made* »[801], retient l'arbitre unique.

Il peut être argué de ce que le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs ne posait, en l'espèce pas de problème, dès lors que c'est la victime de la décision contestée qui a initié la procédure. Mais il ne faut pas perdre de vue que la saisine de l'instance arbitrale de ce problème qui d'emblée ne paraît pas justiciable devant les arbitres tient au fait qu'il n'est laissé aucun choix[802] à la demanderesse à l'action. Tous les textes consacrés à l'organisation du système l'y convergent irrésistiblement.

C : Le transfert des joueurs

Que les sportifs qui continuent de penser tout haut que le droit d'avoir son corps à soi[803], c'est-à-dire de disposer de sa personne en toute liberté est une prérogative absolue reconsidèrent cette vision. Ce droit qui ne consacre autre qu'une autre liberté fondamentale, n'échappe pas lui aussi à l'emprise et aux mutations qu'ont subi tant d'autres droits du même acabit, dès qu'entrés en prise avec l'activité du sport, organisée et contrôlée par les pouvoirs sportifs.

Le sportif dont la dextérité notoire dans ses pratiques fait converger vers lui la convoitise des chasseurs de talents, devra vite comprendre qu'il ne dispose plus dans l'absolu, de la liberté de choisir sur quelle cour mettre en exergue son art. S'il peut lui être reconnu le droit d'opposer un refus quant à rejoindre une quelconque équipe pour de motifs personnels par exemple, encore qu'il soit en même de résister à la pression de l'argent, sa liberté

[801] Sentence TAS 2007/A/1377 du 26 novembre 2007, Mélanie RINALDI c/ FINA (en anglais) op. cit.

[802] Cf. supra pp. 64 ss.

[803] Par soliloque dans le même sens que l'habeas corpus qui signifie littéralement "*que tu aies ton corps*".

BY NC ND

s'arrête là. Il peut tout au plus obtenir que soient revus à la hausse les gains et avantages liés à sa mutation. Très souvent, ces mutations se décident en hauts lieux, et il ne lui est laissé que le temps d'aller où les décideurs l'envoient.

En principe, sont très souvent en jeu de faramineuses sommes d'argent qui cristallisent du même coup l'appétit insatiable des autres parties prenantes, sans doute plus puissantes. Mais comme son talent ne lui confère pour autant pas une puissance supplémentaire, le sportif devient l'objet d'un contrat dont les tenants et les aboutissants sont négociés, convenus et arrêtés par d'autres. En droit, la personne c'est à dire le corps humain plus précisément est située au dehors du commerce. Seulement, ses qualités acquises attirent et nourrissent la concupiscence. Ce sont ces qualités qui forment « *la valeur du marché des services du joueur* »[804]. Pourtant elles sont viscéralement ancrées dans son corps, si bien qu'il n'est pas possible de s'en approprier à des fins spéculatives en laissant de côté la personne qui les porte[805].

Ainsi, la commercialisation de ce talent emporte une réelle captation de la personne même du sportif. Il y a là à n'en plus douter un net renversement de l'adage « *accessorium sequitur principale* »[806]. La nouvelle réalité ici tient au fait que ces qualités acquises du personnage que joue le sportif, paraissent à première vue comme des accessoires de la personnalité[807] dont il est propriétaire. Il peut naturellement les perdre sans se perdre lui-

[804] Sentences TAS n° 2009/A/1960 et 1961 du 5 mai 2010, aff. Trabzonspor c/ LOSC Lille Métropole et LOSC Lille Métropole c/ Trabzonspor consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw, p. 2.

[805] Cf. Jean-Pierre COT : J. M. BOSMAN : travailleur ou marchandise ?, Gaz. Pal. du 23 mai 1996, pp. 498-503.

[806] "*L'accessoire suit le sort du principal*", consacré par plusieurs textes du Code civil français au sujet des biens dans le commerce juridique (Cf. notamment les articles 546 sur les accessoires de la propriété des biens mobiliers et immobiliers ; 2293 sur l'étendue du cautionnement ; 1692 sur la cession de créance ; 1615 sur la délivrance de la chose vendue …).

[807] On sait avec Charles Michael SCHWAB que « *la personnalité est à l'homme ce que le parfum est à la fleur* »

même[808]. Mais loin de le suivre où il va, ce sont ces accessoires qui emportent sa personne dans le marché où décident de les placer les autorités sportives. La peine qu'il y a à mettre complètement en mots ce phénomène n'empêche pas de retenir que si le corps au regard du droit est hors du commerce, c'est bien pour préserver à la personne la dignité qu'elle y perd si on n'y prend pas garde. En effet il faudrait en permanence se remémorer que « *le corps, s'il fonde la personne par son unité organique, la brise en l'asservissant aux caprices mobiles des instincts* »[809] et des convoitises. C'est ce qui explique autant qu'il justifie l'indispensable rôle du droit en tant qu'organisateur de la distance sociale pour assurer « *une certaine cohérence et consistance de la personne dans l'espace et dans le temps* » afin que contracter, *c'est*-à-dire *"s'engager pour l'avenir"* demeure une domination du temps[810] et non un asservissement pendant le temps qu'il dure.

Mais il se trouve que dans le monde du sport professionnel, la personne du sportif ne se présente pas sous ces jours-là. Pour les pouvoirs sportifs par exemple, « *l'enregistrement pour la première fois d'un joueur en qualité de professionnel auprès d'un club confère au club formateur,* ***en application des dispositions de l'article 3 de l'Annexe 4 du Règlement du Statut et du Transfert des joueurs*** *(…) un droit à perception de l'indemnité de formation …* »[811]. Toute chose en nette contradiction avec sa liberté de disposer de soi-même. En réalité, cette pratique chosifie absolument la personne même du joueur, en le transformant en objet de la transaction. Ce sont les organismes sportifs qui décident de son sort, et bien entendu de son coût ; si bien qu'en cas de malentendu, l'arbitre n'hésite pas à condamner « *l'appelant* [à] *payer*

[808] A ce propos, Blaise PASCAL fait remarquer -même s'il est difficile de lui donner un sens unique- que la personne n'est pas ce que nous avons, mais ce que nous sommes, puisque nous pouvons perdre ces qualités empruntées sans nous perdre nous-mêmes. Cf. Les Pensées, op. cit., pensée n°323, pp. 178-179.

[809] André VERGEZ, Denis HUISMAN : Nouveau cours de philo, Tome 4, op. cit., p. 28.

[810] Jean LACROIX : Le personnalisme comme anti-idéologie, PUF, 1972, pp. 87-88.

[811] Sentence TAS n° 2007/A/1338 du 8 avril 2008, aff. SASP Le Havre Athletic Club c/ AS Vita Club de Kinshasa consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/

BY NC ND

à l'intimé une indemnité de formation pour le joueur M. d'un montant de € xxx portant intérêt à x% dès le … »[812].

Comme dans les enchères, ce talent entretenu, nourri et enrichi est vendu à travers le joueur au club le mieux offrant par le procédé conventionnel dit du transfert[813]. Il est mis sur pied un véritable marché saisonnier où les spéculations « *sur la valeur marchande future des sportifs professionnels* [vont bon train]. *Les joueurs circulent, tels des actifs, d'un club à l'autre, dans une logique financière et non plus sportive* »[814] Les intérêts engrangés par les transferts de joueurs ne laissent pas les organismes sportifs indifférents. Au contraire, c'est un marché tellement juteux qu'il ne faut pas abandonner au hasard des arrangements contractuels des uns et des autres, encore moins aux divergences des lois de portée nationale sans l'envoyer en déperdition.

Les organismes faîtiers dans chaque domaine sportif s'en emparent et le réglementent des mains de maître. En matière footballistique par exemple, et ceci doit être connu et retenu par tout justiciable plaidant devant le TAS qui veille à ce que "*le but fondamental des règles internationales instituées*" soit atteint, la FIFA a instauré pour ces finalités « *des règles uniformes valant pour tous les cas de transferts internationaux et auxquelles l'ensemble des acteurs du football est soumis* »[815]. C'est dans un tel contexte que les arbitres du TAS justifient leur compétence pour se prononcer sur la fixation de la "*valeur des services d'un joueur*" mû par la volonté de changer de club et le sort d'un tel changement, en prenant appui sur le fait pour un sportif "*sous*

---

[812] Sentence TAS n° 2007/A/1338 du 8 avril 2008, aff. SASP Le Havre Athletic Club c/ AS Vita Club de Kinshasa consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/

[813] Cf. Gérald SIMON et David JACOTOT : La marchandisation du sportif, l'opération de transfert du footballeur in Eric LOQUIN et Annie MARTIN (dir.) : Droit et marchandisation, Travaux du CREDIMI, vol. 33, LexisNexis Litec, 2010, pp. 305-319.

[814] Eric LOQUIN : Sport, commerce et éthique *in* Ahmed El KOSHERI (dir.) : L'éthique dans les relations économiques internationales en hommage à Philippe FOUCHARD, PEDONE, Paris, 2006, p. 150.

[815] Sentence TAS 2005/A/983 & 984 du 12 juillet 2006, aff. Club Atlético Peñarol c/ Carlos Heber Bueno Suarez, Cristian Gabriel Rodriguez Barrotti & Paris Saint-Germain ; consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/

BY NC ND

contrat de joueur professionnel" d'avoir expressément accepté (comme s'il en avait le choix) de procéder devant la FIFA, puis devant le TAS. A leurs yeux, cela vaut consentement « *à se soumettre à la réglementation de la FIFA et à celle du TAS*, [lequel aurait été donné] *à tout le moins tacitement, indirectement et de façon subséquente à la conclusion du rapport de travail* »[816].

On ne peut être plus clair et dans ce contexte, la volonté du joueur "vendu" ne fait aucun poids face aux règlements et autres actes unilatéraux provenant des autorités sportives qui les encadrent. A titre d'exemple supplémentaire, l'article 19.2 des statuts de la Fédération internationale de handball énonce qu'« *en cas de transfert d'un joueur d'une fédération nationale vers une autre fédération nationale, le Règlement de transfert entre fédérations constitue la base obligatoire* ».

On sait que ce Règlement de transfert ratifié par son Conseil constitue l'un des piliers de « *l'ordre juridique* » de l'organisme, lequel regorge en outre « *la composition et les tâches des instances juridiques de l'IHF* »[817]. On n'ignore pas non plus que « *pour tout litige concernant les statuts, les règlements et les décisions des organes de l'IHF, les fonctionnaires, les joueurs ainsi que leurs fédérations membres sont exclusivement soumis à la juridiction sportive des instances juridiques prévues par les statuts de l'IHF* »[818], c'est-à-dire la Commission d'arbitrage et le Tribunal arbitral[819].

C'est bien de cette façon que non seulement le bénéfice de la protection découlant de son statut de travailleur connaît un enlisement devant l'arbitre, mais aussi la connaissance des questions liées à la personne même du sportif et dignes de protection plus accrue comme la minorité sont passibles

---

[816] Arbitrage TAS 2009/A/1960 Trabzonspor c/ LOSC Lille Métropole & TAS 2009/A/1961 LOSC Métropole c/ Trabzonspor & T., sentence du 5 mai 2010, pp. 1, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/1960-1961.PDF

[817] Article 21.1 des statuts de l'IHF.

[818] Article 21.1.1 du même texte.

[819] Article 21 alinéas 1 c) et d), et 3 du même texte.

BY NC ND

d'arbitrage. Le transfert de joueur fait le lit du déplacement des mineurs à l'étranger, devenu à cause de son talent prématuré la marchandise entre les mains des agents de joueurs, alors même que les textes qui encadrent cette profession ne les protègent pas suffisamment[820].

L'objet du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs met tout aussi en berne le privilège de juridiction qu'accordent certains Etats à leurs ressortissants. Ce faisant, les questions d'ordre public de protection désormais mises sous son contrôle, l'arbitrabilité des litiges sportifs poursuit ses conquêtes vers celles de l'ordre public de direction, pourtant d'un encrage très poussé dans le tréfonds même de la composante essentielle des Etats : la souveraineté.

§2 : LE HAPPEMENT D'UN DOMAINE D'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION

Le happement ici relevé est l'effet notoire de l'« *élargissement de la sphère de l'autonomie qui touche de plus en plus de domaines du droit dans lesquels elle n'était pas forcément admise* »[821]. Les domaines d'ordre public ont trait aux préoccupations très en prise avec la paix sociale que sont la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques. La rupture ou la simple menace d'une de ces composantes met en branle l'harmonie sociale ; conduit à y adopter et observer des mesures « *qui s'imposent avec une force particulière* »[822] que seul l'Etat peut détenir pour diriger sa population.

L'ordre public sert ainsi à préserver « *les intérêts d'une société qui ne partage pas avec la société de la juridiction d'origine le même héritage juridico-sociologique ou dont les règles de droit sont suffisamment dissemblables pour*

[820] Cf. Jean-Christophe LAPOUBLE : Une nouvelle loi sur les agents de joueurs ou une nouvelle loi pour les agents de joueurs ? CDS n° 21, 2010, pp. 39 ss.

[821] Catherine KESSEDJIAN : Le droit entre concurrence et coopération, in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, mélanges en l'honneur de Hélène GAUDEMET-TALLON, Dalloz, 2008, p. 121.

[822] Gérard CORNU - Association Henri CAPITANT : Vocabulaire juridique, op. cit., p. 632.

BY NC ND

justifier une protection accrue de l'Etat requis »[823]. De même, le pouvoir étatique est resté pendant bien longtemps le seul à conserver l'usage légal de la force et de rendre justice par délégation à des personnes appartenant aux corps de fonction spécialement institués. Le législateur français fait par exemple recours aux notions d'ordre public et de bonnes mœurs[824] pour limiter et encadrer la liberté des parties dans un but d'empêcher les personnes privées d'organiser par convention l'usage de la force pour se rendre justice. Une disposition légale est dite d'ordre public « *toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'en empêcher,* [de contourner ou de détourner] *l'application* »[825]

Cependant, dans l'optique de la justice dans ces relations privées, cette interdiction vise à instaurer et maintenir un certain équilibre contractuel, mais aussi et surtout à préserver la volonté d'une partie contre les empiètements de l'autre. Dans cette acception, on a affaire à un ordre public mou, dit de protection, dont la rigueur se veut moins marquée dans la mesure où les parties arrivent parfois à y déroger, à le contourner voire à ne pas le respecter tout simplement par inadvertance, sans exciter l'ire du juge. Ainsi par exemple, un consommateur peut se voir refuser l'application d'une disposition protectrice du code de la consommation pour avoir fait preuve de légèreté ou de mauvaise foi en contractant. Puisqu'on considère que la loi ne protège pas les imbéciles, il ne réussira pas à faire valoir la violation du devoir d'information dès lors qu'il a commis la négligence de se renseigner. Ce n'est en effet pas le défi à cet ordre public énergiquement réduit qui attire l'attention ici, mais celui porté à l'ordre public dur censé resté sous l'emprise des pouvoirs étatiques.

---

[823] Catherine KESSEDJIAN : La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis, Economica, 1987, p. 295.

[824] Article 6 du Code civil.

[825] Marcel PLANIOL cité par Jacques GHESTIN (Dir.) : Traité de droit civil, op. cit., p. 85 ; n° 93.

BY NC ND

En mêlant concomitamment pour y trouver un équilibre les préoccupations et les contrecoups des secousses d'ordre politique et économique, voire même sociologique et philosophique, l'ordre public a une portée encore plus grande et se veut directionnel lorsqu'il pose les conditions exigées pour une vie paisible dans la société où il est conçu. Même s'il reste que « *les bases de l'ordre social varient avec les lieux et les époques* »[826]et que son contenu évolue pour mieux s'accommoder aux évolutions que traverse son espace au cours du temps[827], on peut retrouver un certain ordre public mondialisé construit autour de la défense sociale dès lors qu'un comportement qui lui est contraire suscite une réaction punitive de tout groupe social.

Mais pour combattre en même temps l'arbitraire que peut provoquer cette réaction sociale, le législateur seul avait compétence pour définir les infractions en tant que faits proscrits par la loi sous la menace de peines. Autrement dit, c'est chaque législateur national qui a en principe seul qualité pour décrire et interdire les comportements nuisibles à sa société, fulminer des peines dissuasives contre ceux qui les enfreignent, et organiser la répression[828]. Le corollaire logique de ce principe est que la connaissance de des problèmes liés à la criminalité est l'apanage des pouvoirs publics nationaux. Ainsi, ce sont les représentants de chaque peuple qui édictent au préalable un certain nombre de faits considérés comme attentatoires à son ordre public, et à ce titre passibles de sanctions afflictives et infâmantes, prononcées par des juges impartiaux et en son nom, ce après des travaux de longue haleine[829].

Cet aspect de l'ordre public est foncièrement ancré dans la société et jouit d'une telle prégnance que dans toutes les juridictions pénales, elle est

[826] Bernard BOULOC : Droit pénal général, Dalloz 2011, n° 1, p. 1.

[827] Cass. civ. : 22 mars 1944 : « *l'ordre public dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France* ».

[828] Cf. Jacques-Henri ROBERT : Droit pénal général, Thémis PUF, 2005, p. 33.

[829] Par exemple, le code pénal français actuel est le fruit de travaux commencés depuis 1974 par la désignation d'une Commission de révision dudit code, et achevés en décembre 1992, soit près de 20 ans.

BY NC ND

représentée par le ministère public ; l'infraction est poursuivie et punie en tant qu'atteinte à l'ordre public ; et même le droit pénal tout entier a été considéré comme « *l'ensemble des normes juridiques qui réglementent le recours de l'Etat à la sanction pénale* »[830] ou plus succinctement comme « *l'étude* (…) *de la répression par l'Etat des agissements de nature à créer un trouble dans la société* »[831]. L'Etat se présente ainsi comme une composante essentielle qui donne sens à cette branche du droit, lequel inversement apparaît sous un autre aspect comme la partie visible de la politique criminelle de toute nation.

Il s'en suit que la mise sur pied des règles pénales, la poursuite suivie de la condamnation des individus qui les ont violées, ainsi que l'exécution des peines prononcées sont l'expression même de la puissance du groupe sur l'individu. Une puissance que les Etats avaient toujours gardée pour eux seuls, l'ont organisée et adaptée à leurs fins consistant à protéger la société entière « *contre ceux de ses membres qui ont désobéi à ses ordres ou qui manifestent simplement de sérieuses tendances à ne pas s'y soumettre* »[832] . Pour y parvenir, les interdictions à observer pour le maintien de l'ordre public sont toutes prévues, définies et versées dans la catégorie très générale des infractions, avant d'être assorties des peines arrêtées selon la gravité du désordre, et auxquelles s'expose tout contrevenant.

Le dopage n'a pas échappé à cet arsenal. En tant qu'un méfait consistant à recourir aux substances impures pour modifier dans le sens de l'augmentation, les performances naturelles d'un être vivant, tombe sous le coup de la loi pénale. Restant conforme au principe de la légalité pénale, il y est évidemment présenté comme un délit consistant à utiliser des substances énumérées par décret, dans le but d'améliorer une performance sportive au cours d'une compétition. Les Etats se sont effectivement saisis de

[830] Cf. Jacques-Henri ROBERT : Droit pénal général, Thémis PUF, 2005, p. 51.

[831] Bernard BOULOC, Droit pénal général, Dalloz 2011, n° 36, pp. 31-32.

[832] Ibidem, n° 18, p. 15.

BY NC ND

ce phénomène pathogène à la salubrité publique et ont prévu comme pour toutes autres infractions, un régime de répression propre. Or si pendant très longtemps, la justice répressive a relevé du domaine réservé des Etats, il y a lieu de constater que ce monopole subit un dépeçage de plus en plus grandissant, à mesure que croit le champ d'action des pouvoirs privés économiques et à leur profit.

La répression du dopage dans le monde sportif fournit un exemple ostentatoire de ce phénomène ; car les pouvoirs privés sportifs ont savamment organisé et obtenu son arrachement et sa gestion des mains des organes étatiques. Pour s'y prendre, les pouvoirs privés sportifs imposent en amont aux Etats la contractualisation de l'ordre public, avant de l'imposer en aval par la même voie aux sportifs. Pour les besoins de la cause, la pression qu'exerce sur les Etats l'action des Institutions internationales comme l'Organisation des Nations Unies l'Education, la Science et la Culture (UNESCO) offre un avantage insoupçonnable aux puissances sportives.

Le CIO commence par mettre sur pieds un programme mondial antidopage, en sort tel un législateur le Code mondial, puis crée l'Agence Mondial Antidopage qui reçoit pour principale mission de veiller à la bonne application du Code. Mais l'efficacité réelle dudit code nécessite l'onction, mais surtout la participation des Etats à travers leur gouvernement qu'on sait friand de l'organisation sur leur territoire des manifestations sportives pour leurs laitières et mellifiques retombées politiques.

Leur structure organisationnelle n'est pas loin s'en faut, un menu fretin en la circonstance, mais offre au contraire la voie idoine pour atteindre rapidement le but recherché, tout en gardant le contrôle du système ainsi institué. Après avoir dompté l'organe de la puissance étatique qu'est au premier chef le gouvernement, il ne sera plus difficile de faire plier les autres personnes, morales ou physiques attirées par la chose sportive. Pour cela et à travers l'article 22 du Code mondial antidopage, le CIO s'octroie un pan entier de la souveraineté sans au départ s'encombrer de formules

BY NC ND

autoritaires. En l'occurrence, il fait poliment injonction à chaque gouvernement de lui signifier ses allégeance et entier dévouement « *en signant la Déclaration de Copenhague contre le dopage dans le sport (…) et en ratifiant, ou approuvant la Convention de l'UNESCO*[833] *ou en adhérant à celle-ci* ».

On se rappelle avec Alfred de VIGNY que celui qui se trouve pris dans l'étau d'airain d'un plus fort devra juste se résigner à faire « *énergiquement sa longue et lourde tâche,* [car], *gémir, pleurer, prier, est également lâche* »[834]. C'est peut-être cette idée - et il n'y a pas lieu de feindre ignorer que les idées habitent les faits – qui explique l'attitude des pouvoirs publics devant les pouvoirs privés sportifs. Dans ce domaine où le maître mot est la compétition, et que le vainqueur a toujours raison[835], « *la compétition l'emporte sur la coopération* »[836] et à la faveur de l'autonomie de la volonté, « *les acteurs de la vie sociale et économique choisissent les règles sous l'égide desquelles ils placeront leur activité* »[837].

Mais il n'est en réalité laissé à ce que l'article 22 du CMA dénomme la « *participation des gouvernements* »[838], que le piètre rôle d'exécutant. Ce qui est le lot de tous les soumis. Jusqu'à présent, il s'est avéré que dans l'art de la domination, les pouvoirs sportifs sont orfèvres, si bien qu'il ne reste plus aux pouvoirs publics qu'à s'y plier stoïquement. A eux aussi, comme à toutes

---

833 Sur le dopage du 19 octobre 2005, ratifiée par la France par la loi n° 2007/129 du 31 janvier 2007.

834 A. de VIGNY : La mort du loup (in Les Destinées), cf. André LAGARDE et Laurent MICHARD : Collection littéraire des mêmes noms : XIXe SIECLE, éd. Bordas, 1985, p 132, vers 85 et 86.

835 La vie de tous les jours ne nous enseigne pas le contraire : « La raison du plus fort est toujours la meilleure » dit Jean de LAFONTAINE dans ses fables : "Le loup et l'agneau".

836 Daniel COHEN : "Les débats de l'Obs.", Le nouvel Observateur du 30 août au 5 septembre 2012, p. 78 ; Cf. aussi du même auteur « Homo economicus », Albin Michel, 2012.

837 Catherine KESSEDJIAN : Le droit entre concurrence et coopération, op. cit., p. 119.

838 C'est en fait ainsi qu'est intitulé ledit texte.

BY NC ND

les autres parties prenantes dans les activités sportives, il n'y a pas d'alternative offerte.

Presque tous les Etats se montrant en proie à la réception et à l'organisation des manifestations sportives de grande envergure, il n'est plus besoin de se donner autre peine pour asseoir leur domination. Les pouvoirs sportifs tirent aussi tous avantages de cet enthousiasme aux gloires immarcescibles et symboles qu'ils distillent au cours des événements, dont l'effet est de rendre plus digeste leur domination. A ce propos, un rapide coup d'œil dans l'article 22.6 du Code Mondial Antidopage dissipe le moindre doute :

> « *le gouvernement qui omettra de ratifier, d'accepter, d'approuver la Convention de l'UNESCO ou d'y adhérer avant le 1er janvier 2010, ou qui ne se conformera pas à la Convention de l'UNESCO par la suite, pourra ne plus être admissible aux fins de candidature à l'organisation de manifestations, comme le prévoient les articles 20.1.8 (Comité International Olympique), 20.3.10 (fédérations internationales) et 20.6.6 (organisations responsables de grandes manifestations), et pourra être assujetti à d'autres conséquences, par exemple : perte de bureaux et de sièges au sein de l'AMA, inadmissibilité de toute candidature relative à la tenue d'une manifestation internationale dans un pays ; annulation de manifestations internationales, conséquences symboliques et autres conséquences en vertu de la Charte olympique* ».

Ce n'est pas de la poudre jetée aux yeux des Etats. « *Désormais, de manière indirecte mais certaine, [chaque] pays s'oblige à suivre les évolutions initiées par l'Agence mondiale antidopage* »[839]. A la manière du protocole officiel qui entoure le détenteur du pouvoir, cet arsenal de mesures constrictives de leur libre arbitre vient en protection et garantie de l'efficacité de l'injonction faite à « *chaque gouvernement* [de privilégier] *l'arbitrage comme moyen de résolution des différends liés au dopage* »[840], entre autres.

---

[839] [839] Jean-Christophe LAPOUBLE : Mise en conformité du Code du sport avec les principes du Code mondial antidopage : citius, altius, fortius, CDS n° 20, 2010, p. 19

[840] Article 22.3 du Code mondial antidopage.

BY NC ND

Ainsi est consacrée une mutation supplémentaire que subissent les fondamentaux du droit à savoir la contractualisation de l'ordre public dur. En abandonnant la gestion des problèmes relevant de ce domaine aux mains de personnes privées, lesquelles recourent aux conventions pour y fonder leurs actions, il y a entière remise en question du sens même du principe de la légalité. Ce principe forme le socle de tout le droit répressif et doit sa justification au fait qu'il a jusqu'ici été acquis, en vertu de la protection des sacrés droits et libertés fondamentaux, qu'en matière pénale, « *nullum crimen, nulla poena sine lege* »[841].

L'un des corollaires du principe de la légalité est celui de l'interprétation restrictive. Ce dernier s'est avéré nécessaire à l'application de la loi pénale en ce qu'il permet de préserver à la justice son aspect humain aux vœux de CICERON[842]. Ce principe se trouve lui aussi mis à mal ou alors devra à l'avenir épouser de nouveaux contours. En effet, tel qu'il est jusqu'à présent entendu, l'interprétation restrictive de la loi pénale commande d'appréhender l'élément légal de l'infraction dans son sens restreint, à savoir une loi en tant que texte émanant plus généralement des instances de représentation du peuple que sont le(s) parlement(s) des Etats.

Il est vrai qu'un léger assouplissement de sa rigidité conduit à assimiler aux lois pénales les textes réglementaires, toutefois, avec la réserve qu'ils aient été pris et restent conformes à la loi ou à la Constitution en tant que loi fondamentale. Ce qui exclut d'office aux règlements intérieurs d'une association ou d'une entreprise par exemple -alors que leurs sanctions ont à certains égards des vertus toutes aussi afflictives- de connaître un rayonnement au-delà du cadre de l'association ou de l'entreprise pour laquelle ils ont été pris. La raison étant qu'ils émanent des personnes privées et ne visent par les mêmes buts que la loi pénale générale.

---

841 « *Il n'y a pas de crime, ni de peine sans loi* » Cf. article 7 de la Conv. EDH.

842 *Summum jus, summa injuria.*

BY NC ND

De ce qui précède, les pouvoirs sportifs ne font pas un mystère, tel que l'approuve et en dit long sans détours le petit commentaire apposé aux pieds de l'article 22 du Code mondial antidopage : « *la plupart des gouvernements ne peuvent être parties à des instruments privés non gouvernementaux tels que le code, ni être liés par de tels instruments. C'est pourquoi on ne demande pas aux gouvernements d'être signataires du Code, mais plutôt de signer la Déclaration de Copenhague et de ratifier, d'accepter ou d'approuver la Convention de l'UNESCO, ou d'adhérer à celle-ci.* »[843]. Quoiqu'il en soit, les pouvoirs sportifs ont plus d'une flèche à leur arc, car en dépit de ces mesures dissuasives, « *le Code mondial antidopage est obligatoire pour tout le mouvement sportif* »[844].

[843] Cf. Code mondial antidopage 2009, consultable sur www.wada.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-The_Code/WADA_Anti-Doping_CODE_2009_FR.pdf p. 114 visité le 04/12/2012.

[844] Article 44 de la Charte olympique.

BY NC ND

Résumé chapitre 2

L'objet du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs ne se préoccupe guère des limites qu'impose l'ordre public de direction. C'est en quelque sorte la souveraineté de l'Etat qui « *s'est retirée d'un espace où il avait vocation à être présent* »[845]. La confiscation du droit d'accès au juge qu'elle consacre confère aux pouvoirs sportifs un avantage excessif en leur servant sur un plateau en or une espèce d'absolution judiciaire. Ce qui est équivalent à une reconnaissance implicite de leur souveraineté : l'un des effets manifestes s'exprime par la nationalité d'opportunité et la commercialisation dont les acteurs du spectacle sportif sont l'objet.

[845] Jean CARBONNIER : Flexible droit, op. cit., p. 32, au sujet de certains quartiers de banlieues pauvres autour de grandes villes devenus impénétrables par la police du fait de la grande délinquance et de la violence.

BY NC ND

Résumé titre 2

Après la mise en déroute notoire de la volonté, les autres éléments qui concourent à l'érection du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs sont tout aussi rétifs au droit positif : ses références expriment une mise à l'index de l'origine conventionnelle de l'arbitrage, car il est plutôt obligatoire. L'objet sur lequel porte ce consentement quant à lui, réalise une méconnaissance ostentatoire du droit fondamental d'accès au juge étatique. Il opère une refonte du sens des droits personnels et s'accapare ainsi de domaines relevant de l'ordre public de direction, pour élargir le champ de l'arbitrabilité de ses différends.

BY NC ND

Résumé 1ère Partie

Les éléments dont l'encastrement forme le consentement prennent tout un autre relief dans l'arbitrage des litiges sportifs. Les pouvoirs privés sportifs ne font rien de moins qu'opérer un véritable arrachage du consentement, en faisant de la résignation et de la capitulation le socle de leur convention. Autant par le mécanisme de sa manifestation que par son objet, ce consentement porte les marques d'une incontestable déformation du sens originaire de l'arbitrage. Est-ce, au regard du droit positif, une nouvelle acception qu'il faut admettre en l'adoptant clairement, ou rejeter en la condamnant ? Toujours est-il que les pouvoirs sportifs se sont emparés de ce qui fait l'âme du contrat, l'ont instrumentalisé afin qu'il joue dans leurs activités économiques un rôle fondamental.

BY NC ND

CC BY NC ND

2ème PARTIE : LA FONCTION DU CONSENTEMENT DANS L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

« Aujourd'hui se décide ce que sera le monde en 2050 et se prépare ce qu'il sera en 2100.

Selon la façon dont nous agirons, nos enfants et nos petits-enfants habiteront un monde vivable ou traverseront un enfer en nous haïssant. »,

Jacques ATTALI : Une brève histoire de l'avenir, Fayard, 2006, p. 9.

Depuis le VIe av. JC, le célèbre législateur athénien SOLON avait écrit la règle suivante : « ***Si les citoyens veulent choisir un arbitre pour terminer les différends*** *qui se sont élevés entre eux pour leurs intérêts particuliers,* ***qu'ils prennent celui qu'ils voudront d'un commun accord*** *; qu'après l'avoir pris, il s'en tiennent à ce qu'il aura décidé (…)* »[846]. Conçu ainsi pour une vie sociale sans trop d'incertitude, le droit croule aujourd'hui sous le poids de sa longue histoire faite, d'accumulation des restes[847] et du « *culte des grands morts, des grands moments du passé* »[848]. Parce que *« trop complexes pour être issues de la pensée d'un moment, les données du droit sont produites par l'histoire* »[849]. De ce point de vue, la culture juridique qui nourrit la science du droit ne fait pas cas à part, d'autant plus que scruter le passé ne se réduit pas à sa contemplation morose, mais à y puiser et méditer

[846] Cité par Dominique BUREAU et Charles JARROSSON in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (Dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, Lamy/PUF, 2003, format poche, p. 76, sous arbitrage.

[847] Cf. SAVIGNY pour qui « *la substance du droit est donnée par le passé tout entier d'une nation* » in Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, cité par IHERING, l'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 3e éd., trad. O. de MEULENAERE, Paris, Maresq, 1877, t. 1, p. 4.

[848] Sur tous ces points, cf. Régis DEBRÉ dans "Les matins de France Culture" présentés par Marc VOINCHET le 4/01/2013 de 8h à 9h ; consultable sur www.franceculture.com

[849] Vincent FORRAY : Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, op. cit. p. 27, n° 25.

BY NC ND

pour inventer l'avenir. C'est aussi bien pour ces raisons que les juristes restent « *par essence lecteurs du passé* »[850], c'est-à-dire de véritables militants qui, comme les "orateurs du parquet" plus spécialement, « *se posent en défenseurs intransigeants de l'ordre social (…) contre les mauvaises passions et les mauvaises mœurs* »[851].

Il n'aurait pas pu en être autrement puisque le système juridique s'est construit par et demeure une longue systématisation du relationnel sous différentes catégories dont chacune reçoit un traitement particulier. Ainsi, lorsqu'en définissant l'élément matériel d'une infraction, le législateur distingue soigneusement les actes positifs (faits par commission) des actes négatifs (faits par omission), « *les juges s'interdisent scrupuleusement de les confondre* »[852], quand bien même le résultat aurait été le même. Au nom de la logique juridique[853] qui se veut volontiers positiviste et catégorique, le droit dans son application se montre plus soucieux des procédés d'action que de leurs résultats. Par conséquent, dans l'orbite du droit civil continental, il ne saurait y avoir convention valable que si toutes les conditions posées par le législateur ont été observées.

Mais seulement, « *les catégories juridiques, même assouplies, sont rigides et rendent mal compte de la diversité des situations de fait, en raison des nuances dont la volonté est susceptible* »[854]. Ce phénomène pour le moins constant fit déjà dire à Sénèque[855] que les vices d'autres fois étaient devenus

---

[850] Gérard FARJAT : Les grands juristes contemporains - Trois thèmes de droit économique, Collection dirigée par Yves CHAPUT, compact disc audio, Laboratoire de sémantique juridique des affaires, 2001.

[851] Sur les représentations que les magistrats se font du droit et de la justice dans la société, Cf. Jean-Claude FARCY : Magistrats en majesté : Les discours de rentrée aux audiences solennelles de Cours d'appel (XIXe - XXe Siècles), éd. CNRS, collection CNRS droit, 1998.

[852] Jacques-Henri ROBERT : L'obligation de faire pénalement sanctionnée, in L'obligation, Archives de Philosophie du droit, tome 44, Dalloz, 2000, p. 153.

[853] Chaïm PERELMAN : Logique juridique - Nouvelle rhétorique 2e éd. Dalloz 1979, n° 49, pp. 99 ss.

[854] Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNK : Les obligations, op. cit., p. 240, n° 463.

[855] Sénèque (-4 à 65 J. C.) Philosophe (stoïcien), conseiller de Caligula, précepteur de Néron.

BY NC ND

les mœurs d'aujourd'hui. Et comme le droit a son raisonnement à lui, si bien qu'un fait qui ne remplit pas entièrement ses critères n'entre pas dans ses catégories, il est considéré comme extra-juridique. Alors que faire de ces autres actes de l'Homme qui n'ont pas place dans les classifications existantes ? La technicité et l'incertitude des faits économiques par exemple, « *mettent le juriste accompli en porte-à-faux parce qu'il faudra intégrer dans les solutions juridiques les notions et les raisonnements hétérogènes et au maniement desquels il n'a pas été particulièrement préparé* »[856].

Si le droit ainsi construit permettait d'effacer petit à petit les sources ontologiques d'inquiétude et assurer ce faisant une sécurité juridique, il lui faudra désormais conjuguer avec les asymétries d'information pour juguler à défaut de phagocyter les incertitudes. L'évolution économique que connait le monde invite avec force à quitter le dogmatisme juridique « *qui se raidit dans une conception du droit affranchie de toute efficience* »[857], à expérimenter pour s'arrimer et éviter sa propre perte, une autre approche des relations humaines. Ces rapports ne vivent pas seulement de considérations morales, mais voient leur dynamisme bien enfoui dans les rapports de force. Leurs survie et progrès nécessitent des échanges d'intérêt où chacun obtient sa part à lui. Il s'avère profondément illusoire de croire y faire table rase sans être très vite rattrapé. En tout cas, le commerce a déjà fait ses preuves dans la marche vers la mondialisation et invite à dresser le constat de la récupération à cet effet du droit en sa faveur, ou tout simplement sa mise à son service[858].

Venue du monde économique, cette grille de lecture encore récente dans la cour du système juridique classique, incite à saisir les mêmes phénomènes

---

856 Marie-Anne FRISON-ROCHE & Sébastien BONFILS : Les grandes questions de droit économique, Introduction et documents, PUF, 2005, p. 2.

857 Guy CANIVET : Avant-propos *in* Guillaume ROYER : L'efficience en droit pénal économique : Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit, Thèse, Nancy, déc. 2007, LGDJ 2009.

858 Cf. Didier DANET : La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? RIDE 1993, p. 5.

BY NC ND

sous un angle nouveau et « *à repenser les fonctions des différentes institutions juridiques* [en s'attachant] *à une vision dynamique du droit envisagée dans son historicité et son perfectionnement* »[859]. En ce domaine, elle exprime à sa manière cette vertu qu'a la chimie de défaire la composition d'une matière pour la refaire à sa façon. On en veut pour cas typique les pouvoirs sportifs qui font preuve de la maîtrise d'un savant aller-retour entre embrasser d'abord le consentement pour l'arracher à son détenteur et le brasser ensuite pour construire, contrôler et justifier l'institution d'arbitrage créée par eux pour leurs propres besoins. La mise du consentement au service de l'arbitrage des litiges sportifs (titre 1) suit un processus et une logique vérifiable en industrie. Puis c'est en parcourant les effets attachés au consentement à l'arbitrage des litiges sportifs (Titre 2) qu'on perçoit la nature réelle de sa convention, et voit poindre les difficultés posées par l'institution arbitrale qui lui doit sa raison d'être.

[859] Bruno OPPETIT cité par Guy CANIVET : op cit. ibid.

BY NC ND

Titre 1 : LE CONSENTEMENT AU SERVICE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

Partant du constat que toute catégorie juridique « *renferme un domaine d'application déterminé* »[860], le consentement idéal est présenté comme « *celui dont le contenu des deux volontés est identique avec celui des déclarations correspondantes* »[861]. Cet idéal n'a pas seulement pour effet de garantir le respect sans encombre de la parole donnée, mais aussi et avant tout de la légitimer aux yeux de tous. Seulement, le courant de pensée instrumentaliste qui convient à la "vision des choses" dégagée par l'arbitrage des litiges sportifs, se veut pragmatique : il est inutile, à la limite choquant d'abandonner en jachère toutes les théories dans le monde des idées. Leur sens ne s'accomplit pleinement que dans l'utilité. C'est intéressant à tout le moins d'en faire usage pour construire. Afin qu'elle ne soit assignée à demeurer *ad vitam aeternam* une "bonne à rien", « *toute théorie est un outil, un instrument pour l'action* »[862] qu'il suffit de saisir, la transformer afin d'en tirer tous avantages selon ce qui est recherché.

La vérification d'une telle proposition ne donne pas de fil à retordre lorsque ces concepts encore abstraits échouent dans de mains fortes, avec pour première vertu d'ennoblir ceux qui détiennent le pouvoir. Lorsqu'à ceci s'ajoute donc l'imagination, ce qui était jusque-là une abstraction adulée est transformé en une arme sobre et efficace dont se sert l'auteur dans le dessein bien visible d'atteindre ses fins. Ces fins se confinent en principe dans les intérêts de l'acteur agissant dès lors que, pour lui, n'est important, voire légitime que ce qui est bien rentable à l'immédiat et au moindre effort.

---

[860] Francis LIMBACH : Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté op. cit., n° 5, p. 4.

[861] Claude WITZ : Préface de Francis LIMBACH : op. cit., préface, p. VI.

[862] Cf. Le nouveau Petit Robert de la langue française 2013.

BY NC ND

Dès lors, toutes les autres considérations ne sont perçues que sous le prisme d'encombrements inutiles.

Le monde moderne où l'activité sportive occupe une place de choix, fourmille d'exemples à ce propos. Même l'histoire récente ou médiévale subit « *l'instrumentalisation destinée à la construction d'une mythologie* [inter]*nationale et à l'entretien d'un souvenir collectif* »[863] pour avoir été transformée en « *un réservoir de formules qui servent à persuader nos contemporains d'agir de telle ou de telle manière* »[864]. Il faut rentrer dans une telle optique pour comprendre le sens du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs. Elle permet avec la faveur supplémentaire de la passion collective que nourrissent les compétitions sportives, de digérer sans douleur l'incrustation des préoccupations économiques dans le sort qui lui est réservé. Dans « *cette totale subordination de l'institution sportive aux stratégies économiques* »[865], le consentement subit une réification (Chapitre 1) pour l'exploitation efficiente (Chapitre 2) par la partie qui sait le mieux tirer avantage de sa position de force.

[863] Cf. Joseph MORSEL avec la collaboration de Christine DUCOURTIEUX : L'histoire (du Moyen Âge) est un sport de combat … Réflexions sur les finalités de l'histoire du Moyen Âge destinées à une société dans laquelle même les étudiants d'histoire s'interrogent ; LAMOP – Paris 1, 2007 ; consultable sur le site de Paris 1 : lamop.univ-paris1.fr/IMG/pdf/sportdecombatMac.pdf, visité le 18 mars 2013

[864] Joseph MORSEL et al. Op. cit. ibidem.

[865] Jean Marie BROHM : La tyrannie sportive- Théorie critique d'un opium du peuple, éd. Beauchesne, Paris, 2006, p. 82.

BY NC ND

Chapitre 1 : LA REIFICATION DU CONSENTEMENT

D'emblée, il importe de savoir que « *le sport n'est ni libre ni sans attache, il ne flotte pas dans un espace neutre, il est au contraire* [désormais plus que jamais] *déterminé dans (…) ses structures, ses modes de fonctionnement et ses finalités par la logique du capital* »[866]. Parlant du contexte socio-économique qui inspire aussi les fondements de la convention d'arbitrage des litiges sportifs, Georges RIPERT souligne que le monde « *capitaliste a son état d'esprit. C'est la recherche du profit illimité par l'habile maniement des capitaux* [mais aussi et surtout de nos jours, des mots du Droit] (…) *La fortune dans la société égalitaire est la seule supériorité reconnue. La conquête de la richesse pour la jouissance ou la puissance est devenue le seul but de la vie* »[867].

Il s'infère que la convention telle que voulue par la doctrine économique dominante[868] ne saurait aller au-delà d'« *un accord qui détermine les actions à effectuer par les deux parties[869], pendant une certaine période de temps, en fonction de signaux vérifiables et de messages transmis* »[870] selon la voie dictée par les intérêts propres de chacune d'elles. Le critère du bon contrat dans cette perspective serait de se limiter à n'encadrer que « *de comportements fondés sur la seule mécanique de l'utilité et de l'intérêt personnel* »[871]. La plasticité du contrat et surtout de ce qui est sa source –le consentement- une fois maîtrisée, se veut idoine pour parvenir à « *la*

[866] Jean Marie BROHM : op. cit., p. 89.

[867] Georges RIPERT : Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, 1946, n° 5

[868] Courant orthodoxe fondé sur un individualisme méthodologique dur et tracé par les plumes de Keynes, Vleben, Popper, Coase, Posner.

[869] Des performances à réaliser, des quantités à échanger, des transferts à payer, etc.

[870] Olivier FAVEREAU : Qu'est ce qu'un contrat ? in Christophe JAMIN (Dir.) : Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008, p.24, n°51

[871] Thierry KIRAT : Economie du droit, Coll. Repères, éd. La Découverte, Paris, 1999, p. 50.

BY NC ND

concentration et [à] *l'organisation de l'économie* [sportive] *par les pouvoirs privés* »[872] qui en ont le contrôle.

Puisque ce que cherche l'agent économique rationnel dans le contrat c'est d'atteindre le but poursuivi au moindre effort. Serait parfaite toute convention optimale, complète et auto-exécutable[873]. C'est-à-dire, dans l'idéal, celle où chaque partie doit pouvoir du même coup maximiser ses avantages, maîtriser les tenants et les aboutissants, et laisser la rationalité le conduire à s'exécuter sans trouver un quelconque intérêt à la rompre. Dans une telle optique, l'opérateur économique n'assigne au contrat que « *la fonction essentielle de coordonner l'action des partenaires* »[874] tout en préservant du même coup les acquis. L'optimisation de la convention commande et incite les agents à viser d'abord les poches de conflits, puis à mettre sur pied les stratégies adéquates pour les neutraliser, c'est-à-dire les mécanismes de leur résolution.

Or, même si c'est plutôt ce mécanisme en soi qui est en cause, dès lors que son exploitation répond à un besoin de l'agent économique, il subit un parcours similaire à celui des matières premières entre les mains de l'industriel. Le but visé comportant une dimension planétaire, on ne saurait s'y mettre avec des moyens artisanaux. Il est procédé à une espèce de traitement industriel du consentement (Section 1). Puis, dans la logique de combiner les avantages de sa flexibilité en évitant l'inconvénient des coûts élevés, le consentement sera pris dans l'étau des économies d'échelle (section 2).

---

872 Gilles J. MARTIN : Cours d'Introduction au droit économique, Master 1 Droit économique et des affaires, Université de Nice Sophia-Antipolis, le 23 janv. 2007.

873 Cf. Thierry KIRAT et Frédéric MARTY : Economie du droit et de la réglementation, Gualino éditeur, 2007, p. 52-53.

874 Claude MENARD : Le contrat entre l'entreprise et ses clients : Que signifie « s'engager » ? in Christophe JAMIN (Dir.) : op. cit. p. 248, n° 638.

BY NC ND

Section 1 : LE TRAITEMENT ‘‘INDUSTRIEL’’ DU CONSENTEMENT

La marchandisation des compétitions sportives porte les traces d’« *une guerre farouche entre les différents taux de productivité et les divers niveaux d’investissements scientifiques, technologiques, économiques des usines à muscle* »[875]. Dans cette perspective où tout devient économique, même les droits sont vus comme des créances, c'est-à-dire des biens dont seuls les mouvements (production, flux et consommation) sont intéressants : « *la vie y circule. L’action y est permanente. Or cette même vie économique alimente la vie du droit* »[876] et s’est installée dans la logique de s’en approprier pour accroître son aptitude à vouloir toujours plus de rendement.

Les agissements des pouvoirs privés économiques du monde sportif sont à inscrire dans cette recherche de l’efficience. En effet, ceux-ci entendent tirer le plus grand profit que peut procurer le consentement. En plus et surtout, ils n’entendent pas se contenter d’approcher seulement les objectifs qu’ils se sont assignés, mais prennent toutes les dispositions pour les atteindre[877]. Ils empruntent ainsi à l’industrie les procédés et étapes de mise en œuvre des moyens de production parmi lesquels la stratégie dite d’économie d’échelle. Ces étapes commandent que soit préalablement choisi le matériel (§1) qui sera par la suite transformé (§2) en prélude d’un traitement nécessaire à son exploitation.

[875] Jean Marie BROHM : La tyrannie sportive, op. cit., p. 10.

[876] René SAVATIER : La théorie des obligations en droit privé économique, Dalloz, 1979, p. 10.

[877] Elie COHEN : Dictionnaire de gestion, éd. La Découverte, coll. Repères, 2000, p. 131.

BY NC ND

§1 : LA SELECTION PREALABLE DU CONSENTEMENT

La valeur économique ne niche plus seulement dans les biens matériels. Toute une matière à étudier est consacrée à l'économie de l'information et de la connaissance. Depuis un certain temps, « *la catégorie fondamentale de l'analyse économique n'est plus la marchandise mais le contrat* »[878]. Il se trouve d'ailleurs que l'immatériel est une source intarissable, moins énergivore et budgétivore que les autres matières premières. Selon le mot de Daniel COHEN, « *nous vivons aujourd'hui un troisième âge, celui où la connaissance est le principal facteur de production* »[879] supplantant au passage les précédentes. Le sport n'échappe pas à cette analyse. N'étant au départ que la maîtrise d'un art exercé à des fins ludiques. Le sport a été identifié et transformé en l'une des plus prisées marchandises de l'industrie de l'amusement. De même, il faut reconnaître tous les accessoires qui peuvent accompagner ce facteur de production de gains et les soumettre à un traitement identique.

Dans une telle perspective, le consentement qui forme le noyau de la convention se fait distinguer comme un objet spécifique doté d'une énorme potentialité et d'un intense intérêt au regard de « *son aptitude instrumentale à atteindre des buts* »[880]. Ceci est favorisé par les suppositions préalables à la naissance du lien contractuel, car elles tiennent toutes les parties pour égales, rationnelles et à la poursuite chacune de la satisfaction de son intérêt. Ces présupposés légitiment la force obligatoire qui y est attachée[881]. Avec la marchandisation sans borne de presque toutes les sphères de l'activité humaine, il est indiqué de tirer profit du couloir qu'ouvre la voie conventionnelle : qui a le consentement, tient son auteur.

---

878 Olivier FAVEREAU et P. PICARDI : Contrats et pratiques contractuelles : approches pluridisciplinaire, sociologie du travail, 1996, n°4.441.

879 Daniel COHEN : La mondialisation et ses ennemis, éd. Grasset & Fasquelle, 2004 pp. 89-90.

880 Marie-Anne FRISON-ROCHE : L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit, op. cit., p. 22.

881Cf. Judith ROCHFELD : Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011, p. 428.

BY NC ND

Leur multitude sur le terrain permet de posséder en quelque sorte « *des marchandises vivantes au service des marchandises mortes, voilà ce qu'est aujourd'hui le spectacle sportif* »[882]. Il faut bien entendu le choisir à la mesure de ses ambitions et de ses outils. Pour s'y prendre, il est procédé comme dans la nouvelle configuration fonctionnelle des entreprises multinationales où « *la conception en amont et la prescription en aval [sont devenues] le cœur de l'activité* »[883].

Un détour sur un autre aspect du même genre n'est pas surabondant, dès lors que reconnaître un objet usuel, selon le mot d'Henri BERGSON, consiste surtout à savoir s'en servir[884]. Le cas emblématique et similaire à soulever est celui de la multinationale américaine Disney qui, pour accepter d'investir dans l'aménagement d'un site d'attraction dans les encablures de Paris (en l'occurrence, le parc Eurodisney de Marne-la-Vallée) a exigé et obtenu au préalable le consentement à l'arbitrage de l'Etat français[885], à un moment où le principe d'interdiction de la clause compromissoire aux personnes morales de droit public paraissait à l'abri d'un bouclier indestructible[886]. Le recours à une législation spéciale s'est rendu indispensable à cet effet[887].

Il en est de même lorsqu'est envisagée l'organisation d'une compétition sportive internationale dans un Etat. Parmi les dérogations apportées aux lois générales, figure toujours en bonne place le recours à l'arbitrage comme moyen de résolution des litiges qui « pourraient naître de la construction ou de la rénovation des équipements sportifs » faites avec les deniers publics. La

---

882 Jean Marie BROHM : La tyrannie sportive, op. cit., p. 11.

883 Daniel COHEN : Trois leçons sur la société post-industrielle, éd. du Seuil, 2006, extraits cités par le magazine de presse économique : Capital, septembre 2006, p. 102.

884 Cf. Josette REY-DEBOVE et Alain REY (Dir.) : Le Petit Robert 2013, sous "objet",sens I.

885 Cf. Serges LAZAREFF : L'arbitrage conquiert de nouveaux espaces, in Alexis MOURRE (dir), Les cahiers de l'Arbitrage, Gaz. Pal. Juillet 2004, p. 10.

886 Cf. notamment l'avis du Conseil d'Etat rendu le 6 mars 1986 dans l'affaire Eurodisney in Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1987, p. 178 et Rev. arb. 1992, p. 397.

887 Loi n° 86-972 du 19 août 1986, J.O. du 22 août 1986, p. 10190 ; Cf. Matthieu de BOISSESON : Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986, Rev. arb. 1987, p. 3.

BY NC ND

loi française n° 2011-617 du 1er juin 2011 sur l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016[888] s'est conformée à cette tendance. Ceci montre jusqu'où sont conduits les Etats à troquer leur souveraineté en contrepartie d'une procédure qui n'est elle-même pas publique ; en plus d'être sous le contrôle des instances internationales « *dont le fonctionnement est loin d'être transparent* »[889]. Le consentement aux mains des pouvoirs privés économiques, s'est avéré un redoutable remède contre les dernières poches indigestes à leurs visées. Il est devenu le facteur en chef de l'« *ineffectivité des prohibitions internes* »[890].

Il a été indispensable aux pouvoirs privés sportifs de discerner parmi les catégories juridiques existantes, celle qui leur procurera le plus d'avantages. Le consentement on l'a vu, est la parole donnée dont les effets consécutifs matérialisent sa puissance[891]. C'est bien plus par sa nature profonde, quelque chose de spécifiquement humain dans l'Homme. Parmi les êtres vivants et animés, seul l'Homme fait des échanges, du commerce ; conçoit aussi des lois à côté de celles de la nature pour organiser, gérer et contrôler son milieu de vie ; va chercher ailleurs et découvre autres réalités que ceux de son milieu et aujourd'hui, transforme par ses conquêtes le globe terrestre en un grand village. Toutes ces prouesses émergent de sa pensée par la voie de la parole écrite ou verbale, avant d'être concrétisées[892]. Le consentement est ainsi « *un bon objet en ce qu'on peut* [le] *saisir* (…) *qu'on peut en tirer quelque chose* »[893] dans « *l'expansion (…) irrépressible du mode de production sportif* »[894].

---

888 JORF du 2 juin 2011, p. 9553

889 Jean-Christophe LAPOUBLE : Errare humanum est, perseverare diabolicum, CDS n° 24, 2011, p. 11.

890 Ousmane DIALLO op. cit. , p. 25.

891 Cf. supra, pp. 12 ss.

892 La différence entre l'architecte le plus habile et l'abeille, c'est que l'architecte porte sa maison dans sa tête.

893 Marie-Anne FRISON-ROCHE : L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit, op. cit., p. 29.

894 Jean Marie BROHM : La tyrannie sportive op.cit., p. 10.

BY NC ND

Sous l'angle d'une lecture juridique pure, les rapports dans lesquels en raison de certaines aptitudes dont elle est nantie, une partie fait obligation à l'autre qui y est tenue ou lui enjoint une attitude à observer pour se conformer à sa volonté, même si c'est l'honneur qui en est le mobile, ne sont autres que des ordres. De tels actes portant commandement n'ont pas besoin du consentement de leur destinataire pour être valables. Lorsque pareilles prescriptions émanent d'une autorité administrative, les exigences à respecter sur ce point s'appesantissent plutôt sur leur conformité à la loi et surtout sur un formalisme bien pointilleux. L'administration est écrite et non verbale.

L'une des difficultés majeures que rencontreraient les pouvoirs sportifs dans l'encadrement d'une activité économique aussi étendue que celle du sport organisé provient sans conteste de la très grande diversité des législations nationales. Car il s'avère utopique, voire impossible de les uniformiser en un trait en comptant sur les autorités publiques de chaque Etat. Mais pour autant, les pouvoirs sportifs seraient bien inspirés, pour préparer le terrain aussi bien de la preuve que de l'efficacité nécessaire à l'institution de l'arbitrage, de faire reposer leurs actes sur l'exigence fondamentale à laquelle sont soumis les actes de commandement : l'écrit. Il ne fait plus de doute qu'en le simplifiant pour l'adapter à chaque domaine précis, l'écrit a mis en déroute tous les préjugés défavorables qui ont pendant longtemps jonché le chemin des conventions. Cette vision ne resplendit-elle pas désormais sous les qualités de non-cherté, fiabilité, rapidité et sécurité ?

Les conventions pour leur part, tirent leur sens profond et leur nature spéciale du consentement. Elles sont volontiers présentées comme le fruit du consentement des parties qui y sont impliquées, sans que les éléments formels en soient d'un précieux secours comme pour les actes unilatéraux. , A ce propos, écrit le Doyen CARBONNIER, « *le contrat a une existence juridique par la seule force de la volonté, sans que celle-ci ait besoin d'être revêtue de quelques empreinte qui lui serait conférée d'en haut* »[895]. Il est ainsi

[895] Jean CARBONNIER : Droit civil, 4 – Les Obligations, op. cit., n° 16.

BY NC ND

légitime que ce que les parties ont elles-mêmes voulu devienne leur loi. Le caractère consensuel s'est de cette façon posé selon le vœu profond des civilistes, comme le principe cardinal en matière de contrat. Dans l'arbitrage des litiges sportifs en l'occurrence, l'ambiguïté aurait demeuré quant à « *savoir si le contrat consensuel constitue la manifestation d'un principe relatif à la forme ou au fond* »[896]. Mais sur ce terrain, le consentement se rapproche plus de la forme en tournant quasiment le dos au fond.

La convention « *est dans le monde entier, l'instrument quasi-exclusif de la circulation des richesses et l'un des mécanismes essentiels de l'activité économique* »[897]. Mais il paraît improductif de préserver à chaque fois son orthodoxie. En plus ce serait très peu efficace de s'y attarder chaque fois que le cocontractant est un acteur du spectacle sportif. Car respecter méticuleusement les conditions requises pour sa formation est fastidieux et d'une lenteur insupportable. Le temps nécessaire à l'information et à la réflexion du cocontractant est propice à la chicane et peut éveiller son attention sur certains éléments. Il n'est pas utile de l'inciter à user de son libre arbitre, pour éventuellement s'opposer à la convention. Mieux vaut recourir aux astuces et l'idéal consiste à diluer cette convention dans tout document écrit qui peut lier le sportif. Il lui sera au moment opportun opposé sa signature comme preuve de l'acceptation.

§2 : LA TRANSFORMATION DU CONSENTEMENT

Parce qu'il a été compris que chaque accord porte en soi une corde[898] qui sera nécessaire à la maîtrise de son auteur, « *le contrat est l'un des modes de gestion de l'ignorance et de la liberté* »[899]. Il tient « *un rôle fondamental dans*

[896] Vincent FORRAY : Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, op. cit., p. 6, n° 4.

[897] Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNK : Les obligations : op. cit., p. 189

[898] L'anagramme du mot accord par suppression des deux premières lettres ("ac") laisse voir "cord" dont l'ajout du "e" suffit pour obtenir la corde donnée par son auteur pour se faire ficeler après. Cf. supra, pp. 12 ss.

[899] Christian ATIAS : Qu'est ce qu'un contrat ? in Christophe JAMIN (Dir.) : op. cit., p.19, n° 43.

l'organisation et des activités économiques en permettant la mise en place et le suivi des transactions entre partenaires »[900]. La transformation de son noyau dur qu'est le consentement, consistera dans l'annihilation des barrières qui l'entourent et ont pour nom la liberté et la volonté, tout en préservant son efficacité. En se demandant d'entrée de jeu si la liberté et la volonté sont incontournables à la perfection d'une convention formellement établie, le pragmatisme conduit à s'apercevoir que la finalité recherchée à travers elle donne la réponse franche, même si sous d'autres cieux, un idéal continue à être entretenu. La position définitive dépendra donc de la tradition juridique dans laquelle on l'inscrit.

En droit continental et français notamment, la forme dans certains contrats est substantielle parce que répondant à un commandement de la loi. Mais elle n'a pas vocation à supplanter la volonté. C'est la présence de cette dernière, fut-elle complètement amincie, qui est le critère décisif de classification d'un acte juridique dans cette catégorie. L'acte juridique sans toujours être contractuel, tire lui aussi son essence de son origine volontaire, par opposition aux faits juridiques. Sans la volonté, il n'y a intrinsèquement pas de convention.

En revanche, dans d'autres traditions juridiques, notamment anglo-saxonnes, l'efficacité de la convention ne prend que faiblement appui sur la volonté. Comme dans la Rome antique, l'écrit reçoit tous les égards. En réalité, la philosophie qui sous-tend ce droit, d'essence ontologique, est basée sur l'utilitarisme. Le droit ici est le produit des échanges matériels. La convention qui les encadre est gouvernée par l'usage qui en sera fait et ne se préoccupe guère de ce qu'aurait été l'état d'esprit des parties. C'est cette philosophie qui inspire les autorités sportives dans la mise sur pied des conventions d'arbitrage utiles à leurs activités.

[900] Claude MENARD : Le contrat entre l'entreprise et ses clients : Que signifie « s'engager » ? in Christophe JAMIN (dir.) : op. cit.,p. 245, n °628, citant lui-même Olivier E. WILLIAMSON, "The vertical integration of production : Market failure considerations", American Economic review, 61, (May 1971), 112-113.

BY NC ND

Refusant en effet de s'encombrer des exigences légales qui, à leurs yeux, constitueraient de bien ennuyeuses entraves à l'atteinte rapide de leur finalité, les pouvoirs sportifs portent leur préférence sur un consentement situé à la crête extrême d'une volonté médusée. Le consentement dans son entièreté est regardé sous de fâcheux auspices, alors qu'en retour il faudrait même en partie s'y appuyer. Pour ce faire, il convient de le transformer à sa guise en le dénoyautant comme on procède des prunes et des olives et le résultat sera atteint en toute quiétude, d'un tour de main.

La transformation ici évoquée procède d'une espèce de dissection du consentement consistant à mettre d'un côté la volonté profonde, et de l'autre l'acte de concordance pour croire que les parties ont agi sincèrement de concert. Or ce consensus établi en vertu d'une construction artificielle du concours de volonté[901] reste factice. A la faveur d'une froide indifférence vis-à-vis de la volonté qui ne "paie pas", le choix est porté sur l'acte matériel.

Plus précisément, en matière d'arbitrage des litiges sportifs comme dans les contrats économiques en général, le consentement d'où ils proviennent subit un schisme pour être libéré des considérations traditionnelles tissées autour de la volonté et de la liberté. Il est construit avec l'accord superficiel, l'adhésion obtenue. Le consentement retenu est une coquille vidée de sa substance. Sur ce terrain, la part de fiction n'est pas moindre, car la convention est devenue la catégorie juridique choisie pour abriter autant de pratiques dont certaines s'éloignent considérablement de sa conception civiliste.

Tout comme dans le monde sportif où ce n'est pas l'intérêt supérieur de l'athlète individuellement pris qui prime sur l'activité sportive organisée, dans l'arbitrage de ses litiges, l'intégrité du consentement individuel ne jouit pas d'une considération sincère. Ce consentement ne se présente pas autrement qu'un des éléments qui permettent l'institutionnalisation et

[901] Cf. Emmanuelle CLAUDEL : Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?, RTD Com.1999 P. 301.

BY NC ND

l'organisation du système. Il est par ailleurs difficile à l'athlète de l'invoquer utilement à l'appui d'un recours contre la sentence arbitrale.

C'est une ombre de consentement ou plus précisément un consentement de façade, limité à la forme. L'aspect consensualiste n'y réside donc que lorsqu'il faut établir qu'il y a eu consentement. Elle ne paraît pas recevoir l'onction de la bonne foi qui permettrait d'éviter que « *l'honnête homme, ignorant des affaires, se trouve à la merci d'un adversaire retors et sans conscience, car il sait se servir de la forme, s'en fait une corde pour étrangler l'homme inexpérimenté* »[902]. Un consentement ainsi dénoyauté suite aux transformations devenues nécessaires à son exploitation présente un gain d'efficience inestimable. En effet, c'est à partir des consentements qu'est construit le TAS. C'est encore sur le consentement que se fonde toute justification de cette l'institution.

Dans les mailles de l'instrumentalisme, le consentement est devenu une matière première exploitable et, en tant que tel, a d'innombrables sculpteurs dont les pouvoirs privés sportifs. La parfaite maîtrise de la technique contractuelle permet de circuler dans ses rouages en combinant les tours et les détours de son mécanisme pour s'emparer aisément du but recherché sans solliciter le juge étatique. Mais comme des méfiances sont aussi nourries à l'égard de ce dernier, alors que règnent en permanence dans le domaine sportif des aléas potentiellement nuisibles à son accalmie, il vaudrait mieux de prendre ses dispositions non seulement en contournant le juge des Etats, mais aussi et surtout, en instituant ceux sur qui on peut d'une façon ou d'une autre exercer son influence.

Sous l'angle de l'analyse économique du droit, le processus conventionnel manifeste concrètement « *un comportement permettant le recours utilitaire à un outil, à un instrument dont l'efficacité se relie à la compréhension et au choix d'un itinéraire déterminé* »[903]. Pour la maîtrise de la sphère que se sont

[902] Rudolf Von IHERING : L'esprit du droit romain, t. III, Maresq, 1887, n° 50, p. 173 .

[903] François TERRÉ : Introduction générale au droit, op. cit., n° 43, p. 42.

BY NC ND

octroyée les pouvoirs privés sportifs, le consentement mutilé sera ensuite pour les besoins d'efficience placé sous l'emprise des économies d'échelle.

Section 2 : LE CONSENTEMENT SOUS L'EMPRISE DES ECONOMIES D'ECHELLE

La forte concentration des pouvoirs entre les mains des autorités sportives y conduit nécessairement et explique les méthodes utilisées pour tirer le plus grand profit du consentement dans la sphère arbitrale de leurs activités. Cette voie d'action choisie participe des variances de la loi d'économie d'échelle qu'on rencontre dans l'extension dimensionnelle des opérations productives. Car, « *lorsque la réflexion porte sur une échéance suffisamment éloignée pour permettre d'envisager toutes les dimensions possibles* »[904] de l'entreprise, il est nécessaire de reprendre de façon plus élaborée, l'habileté de la loi de rentabilité selon laquelle la production en très grande quantité des biens destinés au marché permet d'abaisser leur coût unitaire[905].

Le trait saillant c'est qu'au lieu d'associer les partenaires à leur mise sur pied, la décision émane de la partie forte qui la présente néanmoins sous les aspects d'une convention. Puisqu'est visé le rendement optimal entre le moyen et le but, cette démarche débouche inéluctablement sur la rédaction unilatérale (§1) et de façon standardisée (§2) de la convention objet du consentement.

---

[904] Henri BOURACHOT : Cours d'économie générale : Mécanismes, écoles de pensée, histoire des faits. Coll. Optimum, Ellipses, 2004, p. 126.

[905] Cf. Alain BEITONE, Antoine CAZORLA, Christine DOLLO et Anne-Mary DRAI : Dictionnaire des sciences économiques, Armand Colin, 2001, pp. 142-143 ; Frédéric TEULON (Dir.) : Dictionnaire. Histoire, Economie, Finance, Géographie : Hommes-Faits-Mécanismes-Entreprises-Concepts. PUF, 5e éd. PUF, 2008, p. 237.

BY NC ND

§1 : LA REDACTION UNILATERALE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Les conventions tirent cette qualification juridique du consentement. En mettant à part les catégories spéciales comme les conventions collectives, c'est concrètement du consentement d'une personne seule à chaque fois qu'il s'agit. Cette individualité le rend facilement accessible plus que si on choisissait de procéder de façon générale et impersonnelle. Les autres voies de droit seraient très inefficientes et très pénibles au regard des entraves que constituent les législations nationales des Etats de la planète. Seules les conventions, le plus sublime « *des procédés plastiques de la technique juridique* » facilite l'atteinte de l'objectif visé : « *dans le contrat, le résultat juridique est issu de l'accord de volontés, opération essentiellement interne que* »[906] le consentement ne fait que porter au dehors. Mais pour faire vite et beaucoup, on esquive toutes les exigences profondes de son élaboration, pour que la convention ne serve finalement qu'à dissiper les irrégularités commises.

La combinaison de la connaissance des rouages du procédé juridique favorable et de quelques mutilations faites sur l'élément substantiel après qu'ait été saisie sa singularité débouche sur une méthode idéale pour la mission qui lui est assignée. Il est considéré de façon pragmatique qu'« *une puissante société ne discutera pas avec un salarié isolé les conditions de son contrat de travail et prétendra lui appliquer un règlement élaboré à l'avance par elle seule* »[907]. L'offrant taille ainsi sur mesure, avec toutes les précautions nécessaires à la protection de ses propres intérêts, une convention à laquelle toutes les autres parties ne feront qu'adhérer.

De même, comme tous les contrats dits d'adhésion, la convention d'arbitrage sportif est unilatéralement rédigée par les puissances sportives. L'unilatéralisme rédactionnel est à lui seul insuffisant pour conférer et

[906] François GENY : Science et technique en droit privé positif, t. 3, Librairie de la société du recueil SIREY, 1921, n° 204.

[907] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 196, p.201.

BY NC ND

expliquer ce caractère dans la mesure où les parties peuvent s'entendre pour laisser à l'une d'elles le soin de rédiger seule leur convention. Ce qui accentue l'unilatéralisme provient du fait que les pouvoirs sportifs procèdent comme le législateur arrête les textes normatifs. En effet, tous les tenants et aboutissants de la convention d'arbitrage des litiges sportifs sont définis, fixés et prescrits par eux. En un mot, son contenu est « *fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle* »[908]. On peut ainsi considérer avec Monsieur JAVILLIER que les mains qui ont rédigé cette convention d'arbitrage ont manifestement « *trempé leur plume dans les encriers du droit public* »[909].

Le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs est loin d'être une « *juxtaposition de deux volontés unilatérales* »[910], car sa convention on l'a vue, n'est pas simplement proposée, mais littéralement imposée à la volonté des adhérents par les pouvoirs privés sportifs. Concrètement, leur puissante volonté donne automatiquement en grains à moudre à leurs institutions arbitrales les consentements individuels, tout en évitant d'être moulue elle-même de la même façon. Il est indubitable que la superposition, l'agglomération des consentements des autres parties prenantes aux manifestations sportives forme la raison d'être même desdites institutions.

§2 : LA STANDARDISATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

La pratique du commerce conduit inéluctablement vers une relative uniformisation des conventions dans chaque secteur d'activité économique. Dans le cadre des affaires, le maître mot est le gain au moindre effort. Pour cela, la validité des contrats n'exige plus nécessairement des négociations librement menées au cas par cas par les parties. On procède par une

[908] Georges BERLIOZ : Le contrat d'adhésion, LGDJ, 1973.

[909] Jean-Claude JAVILLIER : L'exercice et le contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire, Dr social 1983, p. 537.

[910] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 91, note 1.

BY NC ND

reproduction en masse des clauses modèles, des contrats stéréotypés et uniformes qui se concluent juste par recueillement de la signature de l'adhérent, qu'il ait eu ou non, le temps de prendre amples connaissances de son contenu. L'objectif du stipulant, c'est « *de rationaliser la masse de ses relations contractuelles* »[911], même si la voie empruntée est détournée de la tradition à suivre pour une réelle expression du consentement.

Alors que telles conventions comportaient en outre une violation d'un droit fondamental, on s'inspire d'un arrêt de la Cour de cassation qui avait jugé que **les stipulations pré-imprimées ont la même valeur que celles tracées à la main**[912]. Seulement, la raison était qu'« *à cette époque, l'exploitation de l'inégalité contractuelle n'est prise en compte qu'autant qu'elle ait déterminé un type d'accord si déséquilibré qu'il ne répond plus à la structure fondamentale du contrat* »[913]. La convention d'arbitrage des litiges sportifs est pourtant le prototype de ce type d'accord.

En effet, le sport était naguère fortement imprégné des valeurs non marchandes, et véhiculait aisément autant que le commerce le dialogue entre Nations même ennemies[914]. Mais les préoccupations financières, noyau dur du commerce, ont fini par infecter et englouti celles du monde sportif. Là aussi comme dans bien d'autres secteurs de la vie sociale emportés par cette vague, il faut s'approprier les enjeux et élaborer ses choix avec subtilité. La voie conventionnelle s'y est vite prêtée, à la condition que tout requis « *se contente* [et doit se contenter] *de dire oui sans rien discuter sérieusement* »[915]

---

911 Francis LIMBACH : op. cit., n° 2, p. 2.

912 Cass. req. : 19 janv. 1863 DP 1863, 1, 248 : au sujet d'un contrat de bail dans lequel le bailleur avait fait insérer une clause par laquelle le preneur s'engageait à n'intenter aucune action contre lui pendant tout son cours.

913 François-Xavier TESTU : Le juge et le contrat d'adhésion, JCP G 1993, I. 3673, pp. 197 ss.

914 On sait par exemple que l'Iran est un "Etat pas fréquentable" par la très grande majorité des Etats occidentaux. Mais des matches de football chaque fois chargés de symboles ont opposé cette nation à nombre d'entre eux dont les plus emblématiques ont été contre l'Israël les 25 mai 1958 à Tokyo et 16 septembre 1974 à Téhéran, puis contre les Etats-Unis les 26 juin 1998 à Lyon et 16 janvier 2000 à Pasadena en Californie.

915 Laurence BOY : Le cadre civil des affaires, op. cit., p. 119.

BY NC ND

à tous les actes proposés aux véritables acteurs du spectacle sportif par ceux qui détiennent son contrôle et son organisation : les pouvoirs privés sportifs. Le consentement se donne ainsi sur un modèle conçu, décidé et arrêté par chaque organisme qui coiffe une discipline sportive, ou par l'organisme faîtier pendant les manifestations sportives.

Pour s'y prendre, ces derniers empruntent tout simplement les stratégies en usage dans les contrats de consommation de la vie courante. En effet, la très grande majorité des contrats de la vie quotidienne entrent dans cette catégorie. Si on y range très vite la vente, c'est en raison du fait que la modernisation du marché et surtout celui de la consommation de masse et la recherche de l'efficience ont incité à la mécanisation du lien contractuel pour servir à toujours et sans cesse réaliser de gros chiffres d'affaires. C'est à prendre ou à laisser, sans discussion ni négociation quelconque. Il est imparti à l'acheteur juste "un instant de raison" pour la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Le fonctionnement d'un tel système a vite servi le penchant des vendeurs à fixer unilatéralement le prix de vente sans plus autoriser le moindre débat, si bien que depuis bien longtemps déjà, « *le prêt à porter s'est substitué au sur mesure* »[916].

Mais les contrats de vente ne sont pas toujours d'adhésion quoique ce soit statistiquement le modèle devenu dominant dans la mesure où même le fonctionnement de l'épicerie du coin n'échappe pas à ce procédé. Cependant, l'acheteur qui se détourne des magasins et autres boutiques pour faire ses achats sur la place du marché, n'a pas perdu la possibilité de discuter le prix du cageot de laitue ou de tomates avec le vendeur, ni celle de bien examiner la qualité de la chose qu'il achète. Toute chose démontrant que l'acte de décès de la volonté profonde que les autres systèmes auraient déjà signé, n'y a pas totalement mis un terme.

---

[916] Laurence BOY : Ibid.

BY NC ND

La volonté, l'âme du consentement résiste encore à la perversion qui l'envahit au contact des préoccupations économiques, où l'interlocuteur favori est de plus en plus une machine. Celle-ci fait entendre sa version en exposant ses catégories d'offre, mais ne peut écouter la moindre proposition de l'autre. L'enjeu de la convention d'arbitrage exige qu'y soit observé le processus de réflexion et de compréhension de la chose pour laquelle on s'engage.

BY NC ND

Résumé Chapitre 1

Puisque la loi est nature rigide, le contrat par sa plasticité facilite le passage du virtuel au réel. Pour la maîtrise des individus qui formeront chacun autant de consommateurs nécessaires à la réalisation de leur projet, les pouvoirs sportifs chosifient le consentement en le traitant parallèlement aux principes constants dans la production industrielle. Ainsi, après l'avoir au préalable identifié, le consentement est transformé par annihilation de la volonté, avant de subir la loi des économies d'échelle.

BY NC ND

Chapitre 2 : L'EXPLOITATION DU CONSENTEMENT

Dans la droite ligne de « *l'économie politique productiviste des organisations sportives en tant qu'entreprises capitalistes du spectacle* »[917] l'une des préoccupations et non la moindre des pouvoirs sportifs est de réguler harmonieusement tout le système sous leur contrôle. Le rôle du droit dans la régulation sociale (qui les inspire) est capital à cet égard, mais réside fondamentalement « *dans l'activité des tribunaux et dans le pouvoir du juge* »[918]. Il est indispensable d'en avoir à sa disposition, quitte à emprunter des raccourcis pouvant provenir de l'usage du consentement. Celui-ci, identifié comme on le fait pour les matières premières, se prête à une exploitation et devra aussi être traité comme elles.

La dimension instrumentale de la convention « *laisse entièrement ouverte la question des finalités pour la concrétisation desquelles la puissance du droit, puissance de prescription de comportement et puissance d'organisation, sera sollicitée* »[919]. L'observation d'une telle logique a rendu aisé la possibilité de faire d'abord usage du consentement comme instrument dans la construction et le contrôle du système sportif (Section 1), ensuite et après coup, comme instrument de légitimation dudit système (Section 2) aux yeux de ceux que la passion sportive n'a pas réussi à emporter leur stupéfaction.

[917] Jean Marie BROHM : op. cit., p. 84.

[918] Thierry KIRAT : Economie du droit, op. cit., p. 54.

[919] [919] Marie-Anne FRISON-ROCHE : L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit, op. cit., p. 23.

BY NC ND

Section 1 : LE CONSENTEMENT : INSTRUMENT DANS LA CONSTRUCTION ET LE CONTRÔLE DU SYSTEME SPORTIF

Le système sportif n'est pas seulement une réunion « *d'éléments organisés intellectuels* », mais est physiquement un « *ensemble possédant une structure constituant un tout organique* »[920]. Plus simplement, tout système renvoie à une agglomération d'éléments, de phénomènes c'est-à-dire de composantes ou infrastructures hétérogènes reliés entre eux ou à une superstructure déjà existante, dans l'optique de participer à la poursuite d'une finalité précise. Le monde du sport spectacle est en réalité conçu suivant le schéma d'un système de gestion, en tant qu'« *un ensemble complexe de dispositifs qui tendent à assurer (…) le développement de l'organisation* »[921] dans sa structuration et son fonctionnement.

Le consentement permet de façonner une composante essentielle qui joue un rôle capital dans « *l'intériorisation des valeurs et des normes sécrétées (…) ou simplement reprises et exaltées* »[922] par la superstructure sportive. Elle accorde en outre chaque membre avec lui-même dans le rôle qui est le sien dans le système tout entier, en le protégeant des incursions extérieures. En un mot, le consentement chosifié occupe une importante place dans la construction (§1) et le contrôle (§2) de l'édifice qui forme un véritable "*espace juridique mondial*"[923] du sport organisé.

---

[920] Sur ces deux aspects, cf. Le Petit Robert de la langue française, 2013, p. 2089 à 2490, sens I et II.

[921] Elie COHEN : Dictionnaire de Gestion, op. cit., p. 361.

[922] Ibid., p. 362.

[923] Catherine KESSEDJIAN : La modélisation procédurale *in* Eric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.) : La mondialisation du droit, Litec, 2000, pp. 237 ss.

BY NC ND

§1 : LE CONSENTEMENT : UN INSTRUMENT DANS LA CONSTRUCTION DU SYSTEME

Les mots sont le véhicule de la communication, de la transposition et de la mémorisation des abstractions. L'usage social de la parole à travers eux structure au passage la pensée commune. En imposant l'usage de certaines expressions, on arrive très vite à l'assujettissement de la masse par ceux qui détiennent le pouvoir dans le groupe. Celui qui a donc la maîtrise de cet usage est détenteur du pouvoir et peut, au gré des circonstances, devenir manipulateur des autres. La passation de la convention d'arbitrage des litiges sportifs, on l'a vue, consacre une mise en déroute du consensualisme dans ce qu'il a de plus profond.

Cette théorie a été présentée classiquement dans la phase de formation des conventions comme un principe qui « *consacre la liberté d'expression du consentement* »[924] parce que « *les modes d'extériorisation de la volonté sont libres* »[925]. C'est dans une telle optique que la doctrine consensualiste admet que « *les obligations sont créées par la seule volonté des parties* »[926]. Cette euphonie doctrinale ne manque pas d'attraction, mais les pouvoirs privés sportifs ne s'en encombrent guère. Ils ont porté leur préférence sur une version conventionnelle allégée et bâtie subtilement dans l'euphorie obnubilant que procurent les plaisirs, les joies et les larmes des compétitions sportives.

Or dans la rationalité économique, il faut rattraper le temps qui court tant dans la formation que dans la mise en œuvre de la convention d'arbitrage des litiges sportifs. Le vœu secret est d'instaurer et de maintenir à travers elle un rapport de dépendance qu'on retrouve dans ces « *contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle, l'un des partenaires, l'assujetti, se*

[924] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, op. cit., n° 93, P.103.

[925] Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX : Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 300.

[926] Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS : Leçons de droit civil, T. II, Vol. 1 Obligations, op. cit., n° 66.

BY NC ND

trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique ou sous sa domination »[927].

Un consentement étant une convention, il représente individuellement un matériau de construction. L'assemblage ordonné de leur multitude débouche sur l'érection d'une institution. Celle-ci est indispensable à l'équilibrage et à la survie d'un système plus énorme : celui de l'exploitation du secteur économique du marché des activités sportives. Le système doit se comprendre au sens que lui donnait CONDILLAC dans le traité qu'il y a consacré : « *un système n'est autre chose que la disposition de différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement et où les dernières s'expliquent par les premières* »[928].

Après l'avoir traité par élimination des agrégats nuisibles, on en fait la matière première propre à la réalisation d'un objectif : la construction de l'institution arbitrale. Les pouvoirs sportifs réunissent en un tout bien compact, les conventions individuelles obtenues par adhésion massive et sans exception, de tous aspirants aux spectacles qu'ils organisent. Cette agglomération des consentements individuels leur permet de mettre sur pied le Tribunal arbitral du sport (TAS) indispensable à la satisfaction de leurs besoins en justice. Ils suivent en cela la même logique que les autres pouvoirs privés économiques. En effet, les relations de dépendance sous la bannière contractuelle sont l'outil idoine à l'érection des groupes économiques. Les empires financiers par exemple, sont construits à coup de contrats agglutinés autour d'un pôle d'affaires précis, créé pour nourrir sans limitation un centre d'intérêt des pouvoirs privés économiques.

L'objectif visé s'inscrit dans une démarche partant dans le langage marxiste de l'infrastructure contractuelle pour déboucher sur une superstructure

[927] Georges-J. VIRASSAMY : Les contrats de dépendance : op. cit.

[928] Cité par Paul AMSELEK : Etudes de droit public, éd. Panthéon Assas, Collection les introuvables, LGDJ diffuseur, 2009, p. 286.

BY NC ND

institutionnelle. Sa réalisation fait ainsi naître du consentement par essence individuel quelque chose de collectif et consacre l'inversion en leur faveur de « *la dialectique subtile de l'individuel et du collectif* [vue comme la] *pointe de la parabole conventionnaliste : (…) pas d'individus sans institution,* [pourtant] *les institutions sont faites pour les individus, et non les individus pour les institutions* »[929].

Il reste que la collecte forcée des consentements a permis de construire au sein de chaque microcosme sportif une unité investie des missions de justice arbitrale. Le TAS qui chapeaute sur le plan organisationnel les unités créées au sein de chaque fédération, a déjà mis en marche la politique d'extension connue des entreprises multinationales, avec la création effective de bureaux décentralisés à New York (aux Etats–Unis d'Amérique) et à Sydney (en Australie). Il est envisagé d'en créer deux autres en Afrique et en Asie. D'aucuns y voient simplement « *de succursales du greffe du TAS* »[930] dès lors qu'ils « *constituent des antennes administratives rattachées* [à son] *siège principal (…) et agissent toujours sous le contrôle du greffe de Lausanne* »[931].

Pour l'exploitation du consentement devenu à cet égard la matière première, l'organisation mise sur pied est définie très rationnellement et encadrée des règles qui impartissent les différentes tâches de toutes les parties prenantes. On retrouve ici les caractéristiques formelles essentielles des organisations destinées à leur faire atteindre leurs objectifs par l'optimisation de son utilisation et la coordination de tous les moyens nécessaires tout en réduisant l'imprévisibilité des comportements. Ce sont en l'occurrence la division des tâches, les systèmes de contrôle hiérarchique, de communication, de recrutement et rapports avec d'autres organisations[932].

---

[929] Olivier FAVEREAU : Qu'est ce qu'un contrat ?, op. cit., p.33, n° 76.

[930] Cf. sur ce point Antonio RIGOZZI : op. cit. pp. 130 à152, n° 227 à 281.

[931] Charles AMSON : droit du sport op. cit., p. 141, n° 330.

[932] Cf. Michel FOUDRIAT : Sociologie des organisations, éd. Pearson Education France, 2011, p. 51.

BY NC ND

La logique de construction ne s'arrête pas là car « *la puissante contribution de l'arbitrage à la mise en place d'un ordre juridique sportif international qui soit un ordre de droit* »[933] en est le prolongement nécessaire. En effet, « *la construction de cet ordre de droit (…) permise par l'énoncé, par les différentes formations du TAS, de principes généraux du droit du sport* »[934] a ses racines profondes enfouies dans le consentement. La "justice" sous ces cieux est ainsi « *happée dans les logiques techniciennes et économiques de l'opération* » des manifestations et le consentement « *apparaît, au-delà de sa qualification formelle, comme un instrument d'organisation durable* »[935] en ce qu'il prête l'habillage juridique auquel seront rattachées nombreuses conséquences.

Le consentement et la convention qui en sort dépassent désormais la simple fonction d'échange. Ils servent aussi d'instrument d'organisation de structures sociales durables telles que les sociétés, les syndicats, etc. L'extension est déployée sur des organisations autrefois considérées comme institutionnelles et soumises aux prévisions légales[936] à l'exemple du Tribunal Arbitral du Sport.

§2 : LE CONSENTEMENT : UN INSTRUMENT DANS LE CONTRÔLE DU SYSTEME

L'usage que font les pouvoirs sportifs du consentement à l'arbitrage n'est pas limité à la construction de l'indispensable institution chargée visiblement de la gestion de leurs besoins de justice. Le consentement s'offre en outre comme un moyen de contrôle permanent de la stabilité tantôt de l'intégralité (A), tantôt du fonctionnement (B) du système sportif.

---

933 Eric LOQUIN : Chronique des sentences arbitrales, JDI 2003, p. 270.

934 Gérald SIMON : Traitement arbitral (du contentieux sportif) in Fabrice RIZZO, Didier PORACCHIA (dir.) et Alexandre DURAND (Cord.): Lamy droit du sport, tome 2, éd. Wolters Kluwer, 2008, n° 648-285.

935 Katja SONTAG : op. cit., Résumé.

936 Judith ROCHFELD : Les grandes notions du droit privé, op. cit., pp. 448-449.

BY NC ND

A : Le contrôle de l'intégralité du système

Le pouvoir venant d'en haut, il faut remonter jusqu'au Prince du mouvement Olympique pour saisir dans son ensemble cet autre usage fait du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs. Son premier acte en vue de neutraliser le consentement commence par la négation d'un quelconque droit acquis à la participation aux Jeux olympiques, susceptible d'être rattaché à l'acceptation de son offre d'arbitrage (1). Ce qui ne fait pourtant pas obstacle à ce que ce même consentement soit érigé en une condition d'admission dans l'arène (2), voire de maintien dans le système (3) tout entier.

1) L'inexistence d'un droit acquis après consentement à l'arbitrage des litiges sportifs

A plus d'un titre, le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs ne revendique pas une parenté avec les contrats négociés et les effets qui en découlent pour les parties. Même si par souci des convenances, on parle de convention, elle est volontiers atypique en ce qu'elle ne met de charges qu'au passif de l'une des parties, sans en faire autant à l'égard de l'autre. C'est ce qui ressort clairement de la Charte Olympique selon laquelle « *personne ne peut se prévaloir du droit de participer aux Jeux Olympiques* »[937]. Ainsi, après l'acceptation de l'offre d'arbitrage, le sportif qui n'a pas été retenu pour participer aux jeux ne pourra attraire sa cocontractante devant le tribunal arbitral. Or un refus par lui opposé à l'offre d'arbitrage des litiges sportifs le disqualifie d'office.

Cette pratique ramène à l'esprit l'image des lois vues par RABELAIS comme les toiles d'araignée où les moucherons et papillons sont pris, tandis que les taons et frelons malfaisants les rompent et passent à travers[938]. Le filet conçu à l'image desdites toiles n'est-il pas lui-même un précieux outil dans la pratique du sport ? Les auteurs de cette convention demeurent volontiers

[937] Article 2, règle 45 de la Charte des Jeux Olympiques.

[938] François RABELAIS : Le cinquième et dernier livre, Seuil, 1997, 12.

BY NC ND

dans la tradition qui est propre aux détenteurs du pouvoir. Dans leurs veines et artères coule le sang bleu des princes. En refusant « *de reconnaître cette réalité et d'en faire une alliée, elle devient automatiquement [une] ennemie* »[939]. Mais même après avoir accepté, tout dépend de leur humeur des pouvoirs sportifs.

Leurs offres sont d'une précarité renversante comme le sont les promesses politiques. L'offre d'arbitrage des litiges sportifs, en prenant de sérieuses distances avec l'offre traditionnelle en tant qu'engagement ferme, se concilie à merveille avec l'expression du pouvoir, puisque même acceptées, elles n'inscrivent aucune obligation civile ni à la charge de leurs auteurs, ni au profit de leurs destinataires.

Pour cette raison, il s'avère plutôt fortement hasardeux d'y fonder un recours. C'est la leçon à tirer d'un attendu prononcé sans confession par la Cour d'appel de Paris : « *… celui qui agit en la cause pour obtenir le paiement des dommages-intérêts en raison du préjudice moral qu'il affirme avoir subi du fait des promesses non tenues qui lui auraient été faites par les parties intimées ;(…) ces promesses ne* [constituent] *pas des obligations civiles…* »[940]. A ce sujet, un brocard bien connu dit que toutes les promesses politiques n'engagent que ceux qui les écoutent. C'est pourquoi toute action en vue d'obtenir son exécution n'est qu'une peine d'avance perdue.

C'est une vérité de La Palisse : la politique est par essence le signe d'existence de tout pouvoir. Ce dernier, pour se manifester prête ses faveurs plus à l'unilatéralisme des ordres qu'aux négociations. Celles-ci, à ses yeux, seraient un cercle vicieux. Même rendu sur le terrain conventionnel, il éprouve un mal intense à se passer de son mode favori d'action. Il lui est bien plus naturel de procéder seul qu'à deux. La convention sera conçue et

939 Robert J. RINGER : Réussir par l'intimidation du titre original « Winning through intimidation », traduit de l'américain par Elisabeth KERN, Businessman/first, 1987, p. 26.

940 C.A Paris, 1ère ch. A : 18 octobre 1994, RTDCiv. 1995, p. 351, obs. Jacques MESTRE. Etaient en cause dans cette affaire des promesses électorales faites par le Candidat MITTERAND et le parti socialiste français.

BY NC ND

dirigée à sa guise, sans subir l'influence des rêves exagérés de l'autonomie de la volonté.

Loin d'être purement artificiel, cet apparentement trouve encore une extension dans les stratagèmes auxquels font recours les pouvoirs sportifs, bien à cheval sur les convenances, pour s'octroyer l'accord du sportif. Cet accord entre leurs mains d'airain, fût-ce par malice dérobé, est suffisant pour se targuer d'une convention.

2) Le consentement : une condition d'admission dans le système

Un cas emblématique y conduit directement, celui-des Etats-Unis d'Amérique : la loi américaine sur les activités sportives dite l'"US Amateur Sports Act"[941] fait de l'acceptation de l'arbitrage des litiges sportifs la condition non négociable à satisfaire par tout prétendant aux compétions, sans laquelle il ne saurait être autorisé à y participer. En substance, elle dit clairement que **tous les athlètes, toutes les fédérations nationales et organismes sportifs nationaux ne peuvent recevoir reconnaissance et l'accréditation officielle pour représenter les Etats-Unis dans les différents championnats mondiaux et compétitions internationales que s'ils s'engagent à soumettre tout litige y relatif à un bureau régional de l'American Arbitration Association (AAA).**

Dans cet amalgame de deux logiques contradictoires que sont celle de la volition et celle de l'injonction, c'est-à-dire de la liberté et de l'ordre de la loi, en considérant qu'il y a offre d'arbitrage, l'acceptant se trouve d'ores et déjà pris dans les filets d'une obligation légale qui l'y conduit inexorablement. La force obligatoire émane de l'instruction et non de la convention en raison de l'autorité qui en est la source. L'observation fait voir que ce procédé a inspiré et a été adopté par presque tous les organismes sportifs internationaux.

Ils invitent en effet les fédérations nationales membres à mettre tout en œuvre pour obtenir de tous leurs partenaires, le consentement à l'arbitrage

[941] Codifié au 36 USC Sec. 220501 et ss. du United States Code, op cit., cf supra, note 446.

BY NC ND

avant toute chose[942]. Les statuts de la CAF par exemple commencent en la matière par concéder une légère marge de manœuvre aux parties[943], avant de reprendre d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre. Ils opèrent en effet un revirement complet dans leur article 51.5 aux termes duquel « *les associations nationales, les ligues et les clubs (…) s'engagent à prendre toutes les dispositions nécessaires pour que leurs membres ainsi que leurs joueurs et officiels se soumettent à l'arbitrage TAS* ». Afin de ne rien oublier de côté, ce texte ajoute que « *les mêmes dispositions s'appliquent aux agents de matches et aux agents de joueurs licenciés* ». Il ne saurait y avoir de participation aux manifestations sans ce préalable. Pour faire plier tous les membres intégrés, il est procédé comme dans les ordres professionnels où on ne s'encombre plus des recours au juge étatique, car la mise au banc de tout éventuel récalcitrant est bien plus qu'efficace.

3) Le consentement : une condition de maintien dans le système

On sait que l'un des principaux axes du consentement à l'arbitrage niche en matière internationale dans le libre choix du droit applicable au litige. C'est ce qu'enseigne nombreux textes nationaux tel l'article 187 de la loi suisse[944] sur le DIP (LDIP) duquel il ressort que les règles de droit applicables dans le cadre d'un arbitrage international se déterminent en priorité sur la base du choix des parties. Celles-ci y disposent ainsi d'une liberté plus étendue que dans les cas soumis aux tribunaux ordinaires, si bien que seules les exigences d'ordre public y apportent quelque limite. Les arbitres qui retracent avec minutie tous ces principes n'omettent pas d'ajouter en complément que le choix tacite ou direct d'un droit né de la soumission des parties à un règlement d'arbitrage vaut choix des règles matérielles et non plus simplement des règles de conflit. Cela, insistent-ils, « *est d'autant plus*

[942] Pour quelques cas d'illustration : cf. supra, pp. 139 ss.

[943] Cf. notamment l'article 49.1 selon lequel les sujets consentants « *s'engagent à soumettre tout litige à un tribunal arbitral nommé d'un commun accord* ».

[944] On connaît l'hospitalité désormais légendaire que réserve l'Etat Suisse à l'arbitrage : il ne l'a jamais limité aux contrats commerciaux, ni en a fermé l'accès à l'Etat et aux entreprises publiques, remarque Mme Bénédicte FAUVARQUE-COSSON : Libre disponibilité des droits et des conflits de lois, LGDJ, paris, 1996, p. 102, n° 166.

BY NC ND

vrai lorsque l'élection est faite à titre principal en faveur des règles d'une fédération internationale [or il ne faut aucunement perdre de vue que] **ces dernières n'ont évidemment pas pour vocation de renvoyer à des règles nationales particulières mais bien de régler matériellement et de manière uniforme les questions qu'elles ont pour objectif de traiter** »[945].

Le parcours des actes sur lesquels on le repose révèle que le défaut de consentement à l'arbitrage des litiges sportifs est une cause d'éviction du système. Ceci est tout aussi valable vis-à-vis des sujets consentants individuels, qu'à l'égard des organismes sportifs et autres organisations affinitaires. A titre d'illustration, l'article 64-3 des Statuts de la FIFA enjoint toutes les associations sportives d'assurer non seulement le respect de l'obligation d'arbitrage en leur sein, mais aussi et sous menace de sanctions, de la transférer à leurs membres. Plus expressif encore, « *les recours contre* [ces] *sanctions (…) sont de la même façon soumis uniquement à la juridiction arbitrale et ne peuvent pas non plus être déposés auprès d'un tribunal ordinaire* »[946]. Pourtant en droit français par exemple, les fédérations sportives pour la plupart, sont délégataires de la puissance publique et les actes qu'elles prennent à ce titre sont contestables devant le Conseil d'Etat.

Il convient d'abriter derrière l'exemple précédent[947] et ses succès l'article 45.4 du Règlement d'application des statuts de la CAF qui interdit formellement la tenue de tout match inter-clubs ou inter-ligues entre des équipes des différents membres sans autorisation préalable, mais surtout édicte nettement que « *si les joueurs appartiennent à des clubs ou à des membres de confédérations différentes, une autorisation de la FIFA est nécessaire* ». Il en est même de l'article 19.1 des statuts de la Fédération internationale de Handball selon lequel « *l'autorisation de jouer pour les*

[945] Sentence TAS 2005/A/983 & 984 du 12 juillet 2006, aff. Club Atlético Peñarol c/ Carlos Heber Bueno Suarez, Cristian Gabriel Rodriguez Barrotti & Paris Saint-Germain ; consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/

[946] Article 64-3 alinéa 2 des statuts de la FIFA.

[947] Tiré de l'article 64-3 des statuts de la FIFA.

BY NC ND

rencontres internationales (d'équipes nationales, d'associations et de clubs) *est stipulée dans le code d'admission pour les joueurs de handball* »

Les basketteurs n'en sont pas épargnés. En effet, il ressort de l'article 9 en ses alinéas 1 et 2 "Statuts Généraux"[948] de la Fédération internationale de basketball (FIBA) que « *les fédérations nationales affiliées doivent conserver le contrôle et la direction intégraux du basketball dans leur pays (…) s'engagent à respecter rigoureusement l'ensemble des règlements et décisions de la FIBA et s'assurent que leurs membres les respectent également* ». La demande tendant à l'obtention de telle autorisation devra par conséquent comporter sous peine de refus, la mention d'acceptation préalable à l'arbitrage des litiges sportifs.

Les statuts de la CAF résument sans détours ce point de l'analyse en prévoyant notamment que « ***l'Assemblée générale décide de l'admission, de la suspension et de l'exclusion des membres*** ». Chacun d'eux devant au préalable lui soumettre une demande d'admission nantie « *d'une* ***déclaration*** *stipulant son* ***engagement à se conformer, en tout temps, aux statuts, règlements et décisions de la CAF, ainsi qu'à la juridiction du tribunal Arbitral du Sport*** »[949]. Les actes réglementaires des fédérations nationales « la mise en œuvre, voire la reproduction pure et simple, des règlements sportifs internationaux »[950].

B : L'endiguement du consentement aux fins de contrôle du fonctionnement du système

« *La justice arbitrale est une justice, mais une autre forme de justice que la justice étatique* »[951] et celle des litiges sportifs s'insère bien entre les deux. En

[948] En vigueur depuis 2010, consultable sur www.fiba.com/downloads/Regulations/2011/FIBABookGSFR.pdf (visité le 13/10/2012).

[949] Article 4 alinéas 2 et 3 des statuts de la Confédération Africaine de Football (CAF).

[950] Gérald SIMON : Puissance sportive et ordre juridique étatique, Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées, LGDJ, 1990, p. 234.

[951] Serge LAZAREFF : Le respect du contrat, Rev. Arb. 1984, p. 203.

BY NC ND

effet, sous la bannière de l'arbitrage, elle se rapproche de la justice étatique, mais ne réalise pas encore profondément nombre des principes cardinaux que cette dernière a conquis avec le temps. Le principe d'égalité entre les justiciables par exemple n'y a pas encore recouvré ses vertus, au point de faire épouser à l'institution les contours d'un mécanisme entièrement sous contrôle des pouvoirs privés sportifs. Ce contrôle s'incarne dans les influences des pouvoirs sportifs non seulement sur des éléments dont la spécificité donne à la convention d'arbitrage (1) sa nature spéciale, mais aussi sur l'exercice de la voie de recours ordinaire qu'est l'appel (2)

1) L'influence sur les éléments caractéristiques de la convention d'arbitrage

Sur ce point, le consentement est mué en un instrument malléable de la technique juridique, perçue sous l'angle d'une « *technique de direction des conduites par les autorités* [sportives] *au moyen des normes* »[952]. Avec la pression exercée sur le consentement et à travers lui, les pouvoirs sportifs investissent complètement le champ de l'arbitrage. Se trouvent ainsi contrôlés l'indépendance de la clause d'arbitrage (a), le choix du siège et de la langue de l'arbitrage (d), des arbitres (b) et la détermination de leurs pouvoirs (c).

a) L'indépendance de la clause d'arbitrage

Dans le droit de l'arbitrage commercial international, il est un acquis, et la jurisprudence étatique y a donné toute son onction, que « *l'existence de la clause* [compromissoire] *doit être appréciée sur la seule base du consensualisme, sans référence aucune à la loi applicable au contrat* »[953] de base. En l'espèce, la Cour de Paris avait jugé valable une convention

[952] Paul AMSELEK : L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, RDP 1982, pp 275 – 294 ; Etudes de droit public, op. cit. p. 27 – 45.

[953] CA Paris : 7 déc. 1994, Société V2000, société Project XJ 220 Ltd c/ Renault Jean François, RTD Com. 1995, pp. 401 et ss., notes Jean-Claude DUBARRY et Eric LOQUIN, Rev. Arb. 1996, p. 67.

BY NC ND

d'arbitrage contenue dans un contrat de consommation au motif qu'elle mettait « *en jeu les intérêts du commerce international* ». Une telle clause en matière d'arbitrage interne français serait nulle malgré l'extension du champ de la clause compromissoire aux "activités professionnelles" par l'article 2061 du Code civil. Cette indépendance de la convention d'arbitrage suppose qu'ayant été le fruit du consentement des parties, elle produit les conséquences qui y sont attachées, et entre autres, l'obligation pour toutes les parties de comparaître devant la juridiction arbitrale si elle venait à être constituée, quand bien même le contrat de base serait nul.

On croyait le débat clos à ce sujet, mais l'activité sportive y donne encore du grain à moudre. Ce principe est vidé d'une partie de sa substance, car si l'on considère que le caractère contestable des actes juridiques de base, c'est-à-dire ceux dans lesquels sont incluses les clauses d'arbitrage des litiges sportifs, est resté sans influence sur la validité de cette dernière, puisqu'elle est réputée s'en être détachée, elle devrait lier toutes les parties contractantes. Pourtant, l'acceptation ne noue véritablement la convention que si le sportif consentant a été retenu pour participer aux compétitions. En cas de non sélection, il ne peut plus tirer avantage de son consentement pour contester le refus de sa sélection devant le TAS en l'occurrence.

Il s'infère que sur le plan de la logique juridique pure, la convention d'arbitrage des litiges sportifs reste un accessoire, tributaire du sort de la décision que prennent les autorités sportives, pourtant de l'autre côté, elle occupe un rang fondamental en ce que c'est sa présence qui détermine le sort de toute autre relation avec ces mêmes autorités. Cette indépendance en trompe-l'œil ne joue donc qu'en faveur des autorités sportives. Dans le système fort intégré qui est le leur, chaque élément est un simple facteur de la totalité qui les enveloppe, et tous les éléments de l'édifice interagissent les uns sur les autres. On ne saurait donc dans un tel cas de figure, être question de totale indépendance de la clause arbitrale, dont le sens est de faire fi de la convention de base ou tout autre acte à son origine pour produire la plénitude de ses effets.

BY NC ND

b) Le choix des arbitres

Considérant toujours qu'on ne pouvait apprécier la convention d'arbitrage que sur la base du consensualisme, la jurisprudence a retenu qu'une convention d'arbitrage était caduque au décès de l'arbitre dès lors qu'il a été démontré que les parties n'y avaient consenti qu'en considération de la personne dudit arbitre. Parce qu'il donne par ailleurs lieu à toute une convention particulière dite "le contrat d'arbitre", le choix des arbitres est en principe le fruit de la volonté libre des parties. Il ne saurait par conséquent pas être imposé par l'une d'elles à son cocontractant. Même en cas de résistance inopinée d'une des parties à désigner son arbitre, c'est par des voies procédurales spéciales, devant le juge étatique qu'on lui en impose un. Pourtant en matière d'arbitrage *ad hoc* institué auprès des grandes manifestations sportives, le CIAS fixe le nombre et la liste des arbitres devant connaître des litiges pendant la durée des jeux. Puis, en cas de contestation sur le choix d'un arbitre, c'est le président dans le cadre de chaque affaire, les arbitres sont désignés par le président de la chambre saisie, et non par les parties.

c) La détermination des pouvoirs de l'arbitre

Dans une procédure arbitrale par nature contractuelle, les pouvoirs de l'arbitre sont en principe enfermés dans les limites arrêtées par les parties dans leur convention. Les atermoiements à ce principe cardinal en matière d'arbitrage commercial tiennent à ce que l'arbitre doit tenir compte des usages du commerce et observer le respect de l'ordre public dans sa sentence. Il n'en est strictement pas le cas en matière d'arbitrage des litiges sportifs. Les pouvoirs de l'arbitre sont tracés par le code de l'arbitrage y consacré. Ce qui paraît aller de soi dès lors qu'est en cause l'application des normes issues de la pratique du sport elle-même. Il n'en demeure pas moins qu'en tant que juge, les arbitres doivent pouvoir garder une sérieuse marge de manœuvre pour rendre justice en leur « âme et conscience », là où l'application trop rigide des normes issues des textes statutaires des organismes sportifs peuvent trahir son esprit. A titre d'exemple, l'affaire

BY NC ND

MATUZALEM[954] a paru inadmissible aux yeux du juge fédéral suisse, alors que les arbitres n'avaient en réalité fait en l'espèce, qu'une application rigoureuse des normes de la FIFA.

d) Le choix du siège et de la langue de l'arbitrage

Dans l'arbitrage commercial international, les préoccupations de réalisme ont conduit la pratique à laisser une marge de manœuvre bien grande aux parties quant au choix du siège du tribunal arbitral. Les nécessités du litige conduisent à y arrimer le lieu où se réunissent les arbitres. Car « *il peut être utile de statuer immédiatement après une descente sur les lieux, après avoir constaté l'état de la marchandise ou entendu les témoins sur place* »[955]. Mais ce qu'il cadre le plus avec la liberté des parties tient au fait qu'elles peuvent décider d'un lieu comme siège de leur arbitrage alors qu'elle s'est effectivement tenue dans un autre Etat.

C'est généralement le souci de l'exécution efficace de la sentence qui influence le choix à faire en cette circonstance. Mais tous ces éléments n'ont qu'une faible influence sur l'arbitrage des litiges sportifs. Ses audiences se tiennent dans les lieux institués par les pouvoirs sportifs. Il reste en tout cas sur ce point que les besoins de célérité et d'intérêt des compétitions président très souvent à ce choix. Mais lorsque ces impératifs n'ont plus d'enjeu, cela ne profite pas aux sujets consentants. Les pouvoirs sportifs gardent la mainmise sur le siège de l'arbitrage. Il se trouve par ailleurs que lorsque les sentences sont rendues dans les bureaux annexes de New York ou de Sidney, le siège de l'arbitrage reste Lausanne où le Greffe du TAS conserve le pouvoir de contrôle[956].

---

954 Trib. féd., 1ère cour droit civil : 27 mars 2012, 4A_558/2011, Francelino da Silva MATUZALEM c/ FIFA, Cah. Dr. sport, n° 27/2012, p. 11 et ibid. n° 28/2012, pp. 35-43, note Simon LE RESTE.

955 Frédéric-Edouard KLEIN : Autonomie de la volonté et arbitrage, op. cit., pp. 255 ss, spéc. p. 282.

956 Pour une sentence rendue par le bureau du TAS en Océanie, voir Oceania registry Sentence n° 2003/A/477 du 15 octobre 2003, aff. Gary WAYNE BEATON and Brian John SCHOLES c/ Equestrian Federation of Australia Limited.

BY NC ND

Quant à la langue de l'arbitrage, les pouvoirs sportifs sont formels : Le choix se fait entre le français et l'anglais. Ce sont les deux langues de travail au TAS. Il n'est pas catégoriquement interdit de recourir à une autre langue en dehors des deux précitées. Mais celui qui opte pour une langue tierce devra supporter tous les frais liés à sa traduction.

2) Le contrôle exercé sur la procédure dite ''d'appel''

En se prêtant à la technique de direction des uns par les autres, le consentement lui permet de se déployer en matière d'arbitrage des litiges sportifs dans un monde désespérément clos sur lui-même[957]. Ceci est perceptible à travers le bornage du droit de recours (a) et du principe contradictoire (b).

a) La canalisation du droit d'appel

En vertu des articles 13.1 et suivants du Code Mondial Antidopage (CMA), on peut attaquer par voie d'appel devant le TAS toute décision rendue en matière de dopage par « *un tribunal ou un tribunal disciplinaire professionnel compétent'' à condition toutefois d'épuiser toutes les ''voies de recours* » internes à l'Agence mondiale antidopage (AMA). Or l'AMA n'est elle-même pas astreinte « *à épuiser ces recours internes* (…) [et] *peut porter cette décision en appel directement devant le TAS* ». Pourtant, le même code énonce en son article 13.2.2 les éléments qui fondent le procès équitable en parlant du « *droit d'être entendu par une instance équitable, impartiale et indépendante* ». Il y a des craintes qu'il n'en soit qu'un vœu pieux puisque y parvenir commande qu'au préalable, l'égalité des parties au procès soit bien observée. Ce qui loin s'en faut, ne se dissimule pas ici. En effet, tandis que certaines parties sont obligées de s'épuiser dans les circonvolutions des voies de recours internes à l'organisme avant d'atteindre l'instance dite "d'appel", l'autre peut y accéder directement.

957 Paul AMSELEK : Etudes de droit public, op. cit., p. 30.

BY NC ND

Techniquement, une telle disposition prête le flanc aux incidents de procédure tenant à la litispendance. En effet si la partie condamnée conteste la décision qui lui fait grief devant une instance supérieure interne à l'organisme sportif, et de son côté l'AMA –qui est une espèce de ministère public en la matière- la porte directement devant le TAS comme prévu, la litispendance est provoquée. Non seulement cela pourra constituer un frein à la célérité recherchée dans l'arbitrage, mais aussi s'avérer déséquilibré vis-à-vis du simple justiciable.

b) Le coup de frein sur le principe contradictoire

L'article 13.2.3 alinéa 2 du CMA dispose que « *la partie faisant appel aura droit à l'aide du TAS pour obtenir toute information pertinente auprès de l'organisation antidopage dont la décision est portée en appel, et* ***l'information devra être fournie si le TAS en donne l'ordre*** ». Ce qui signifie clairement que si la partie à un litige qui conteste une décision prise à son encontre, ne bénéficie pas d'un accès automatique à "toute information pertinente" la concernant. Cet accès dépend du bon vouloir de l'organisme sanctionnateur qui ne reçoit d'ordre à cet effet que du TAS. Si ce dernier refuse son "aide" au recourant, il ne sera pas mis à même de bien organiser sa défense. Ce qui est constitutif d'une véritable entorse au principe cardinal du procès qu'est le principe contradictoire. Mais la finalité reste pour les pouvoirs privés sportifs, de garder par cette voie une mainmise sur le contrôle du système qu'il a bâti.

§3 : L'INSTITUTION ISSUE DU CONSENTEMENT : UN OUTIL DE GESTION DES RISQUES ET DU FONCTIONNEMENT DU SYSTEME

L'usage des mots permet d'entretenir un rapport structurant avec son monde. En l'occurrence, par les mots, on le pense, l'organise, le décompose et l'habille pour y donner configuration son choix. L'arbitrage des litiges sportifs a ainsi sa lecture propre des mêmes réalités que le droit étatique a entendu pourtant garder sous protection. Récupérant à leur manière des catégories consacrées par la loi dans des domaines précis, les arbitres

BY NC ND

consacrent un véritable bouleversement de leur sens. Pour débouter un demandeur qui exigeait la protection de ses données personnelles, le TAS invente un nouveau fait justificatif qu'il ajoute au consentement de la victime en ces termes : s'« *il est incontesté que les règles relatives à la protection de la personnalité (…) font partie de l'ordre public, (…) il est également incontesté que la personnalité individuelle ne jouit pas d'une protection absolue*. [Par conséquent,] ***n'est pas considéré comme illicite une atteinte à la personnalité qui est justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé*** *ou public ou par la loi* »[958].

Il faudrait désormais penser à consacrer ce nouveau fait justificatif venu de la justice arbitrale du sport qu'est l'"intérêt prépondérant privé". En droit positif du moins dans les démocraties capitalistes, l'intérêt public se situe au dessus des intérêts privés et ramène aux relations entre le droit objectif et les droits subjectifs. Le premier a vocation à encadrer les seconds et non à les museler. Si l'intérêt public a exceptionnellement justifié par exemple certaines expropriations dites "pour cause d'utilité publique", cela fait néanmoins l'objet d'un contrôle strict du juge.

Puis, si en droit pénal il est admis que le consentement de la victime vaut fait justificatif, c'est aussi de façon très restrictive. Notamment pour les atteintes à l'intégrité physique de la personne rendues nécessaires par les soins médicaux, en l'occurrence les injections et les interventions chirurgicales incontournables. Même s'il en est de même matière sportive, c'est dans la stricte limite de ce qui est nécessaire pour sa pratique. Pour la jurisprudence, le fait d'accepter en connaissance de cause de s'exposer volontairement à une situation dangereuse « *s'entend des risques normaux et prévisibles* »[959]. Au-delà, une atteinte disproportionnée est passible de poursuites.

---

[958] Arbitrage TAS 2009/A/1879, Sentence du 16 mars 2010 : Alejandro VALVERDE BELMONTE c/ Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) & Agence Mondiale Antidopage (AMA) & Union Cycliste Internationale (UCI), consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw, pp. 3-4.
[959] Cass. civ. 2e : 8 mars 1995, Bull. civ. II, n° 83, Concl. BIZOUARD.

BY NC ND

Seulement, ce "consentement de la victime" est bien récupéré par les arbitres pour justifier leur compétence quant à connaître des questions situées en dehors de l'arbitrabilité. Or cela n'est en principe admis que pour les droits dont le titulaire en a la libre disposition. Il se trouve que, pour les pouvoirs sportifs, il est bien risqué de laisser toutes les affaires à la sagacité du juge étatique. L'institution arbitrale des litiges sportifs les préserve sans le dire des incursions des Etats et leurs juges que les décisions et leurs motivations ne ménageraient pas toujours, car représentent plutôt une immense source d'inquiétude.

L'arbitrage des litiges sportifs répond en outre au souci évident des pouvoirs sportifs d'établir leur propre stratégie juridictionnelle et d'en contrôler la mise en œuvre sans s'en remettre seulement à la volonté du sujet consentant ou aux hésitations des organismes sportifs subalternes. C'est du reste ce qu'enseigne un cas tiré des sentences rendues par le TAS : à une intimée (en l'occurrence la Fédération Cycliste Italienne -FCI-) qui contestait la compétence du TAS pour connaître de l'affaire, motif pris de ce que les appelants avaient déclenché au préalable un recours interne en saisissant une instance nationale avant de porter l'affaire devant lui et n'avaient ce faisant, pas épuisé les voies de recours existant en son sein, le TAS répondit par un argumentaire pour le moins spécieux en disant qu'il retenait sa compétence en raison de ce qu' « *en saisissant la CAF préalablement au Tas, les appelants avaient clairement manifesté leur volonté d'obtenir une décision sur recours de la part de cette instance et qu'il convient de tenir compte de leur volonté* »[960].

En fait, la volonté qui se démarque ici est bien celle du TAS de passer par tout moyen pour retenir sa compétence, quitte à donner une lecture absurde à celle de l'autre. En fait, mû par cet objectif presque passionnel, les arbitres du TAS ont porté un coup sérieux à l'article R. 47 de son Code de l'arbitrage qui non seulement ne ménage pas le consentement librement donné comme

[960] Sentence TAS n° 2001/A/350 du 25 mars 2002 : aff. M. & S. & C. & Soc. P. c/ Fédération Cycliste Italienne (FCI), JDI 2004, pp. 289 SS. Obs. Dominique HASCHER et Eric LOQUIN.

BY NC ND

source de l'arbitrage, mais encore conditionne sa saisine à l'épuisement des voies de recours internes à la disposition du demandeur à l'action. Ceci jette de sérieuses réserves sur le principe "compétence-compétence" alors que parallèlement, un accent particulier est mis sur l'exclusion d'un recours possible contre la sentence arbitrale.

L'institution de l'arbitrage des litiges sportifs se fait le complément nécessaire de cette stratégie, lorsque les mesures prises en amont à travers les statuts et autres textes organisationnels pourraient laisser s'échapper certains risques. A cet effet, les organismes sportifs sous contrôle doivent sans exception aligner systématiquement tous leurs textes réglementaires à ceux des organismes faîtiers. A titre d'exemple, la Confédération africaine de boxe (CAB) a adopté à l'unanimité par l'Assemblée générale extraordinaire tenue à Casablanca, de nouveaux statuts par lesquels elle s'aligne sur la réglementation de la Fédération internationale de boxe (AIBA)[961]. Pour sa part, l'article 69 des statuts de la Confédération africaine de handball (CAH) prévoit que tous les cas qui n'y sont pas prévus « *sont tranchés par le Conseil* (…) *conformément aux Statuts et Règlements de la Fédération Internationale de Handball* »[962].

L'arbitrage des litiges sportifs auquel il faut consentir est loin d'être un colloque sentimental. En réalité, des recherches de son existence, il n'en ressort qu'un de ces "*nouveaux visages de la subordination*" dont parle Alain SUPIOT. Subordination non seulement des auteurs du consentement que sont les sportifs et autres parties prenantes aux manifestations et activités tenues par les organismes sportifs, mais aussi subordination des Etats, garants de l'ordre public, y compris de protection, qui ont laissé faire. En effet, comment auraient-ils pu faire autrement en face des toutes puissantes autorités sportives alors que plus qu'au XVIIIe Siècle, « *la raison du plus fort*

[961] Jeune Afrique du 08/02/2009 consultable sur www.jeuneafrique.com/article/DEPAPA88259/ visité le 10/07/2012.

[962] Consultable sur www.cahbonline.info/reglement.php#regle20 visité le 15/07/2012.

est toujours la meilleure »[963] ? Les pouvoirs politiques ne peuvent pas tirer d'énormes avantages de la pratique et des manifestations sportives sans payer le prix, ou à tout le moins, apprendre à partir sans demander la différence. Et ce prix à payer, cette différence à abandonner, c'est la protection due aux individus devant ces autres pouvoirs.

On connaît la rudesse de la concurrence qui oppose les Etats pour gagner la réception sur leur territoire de l'organisation de grandes manifestations sportives. Tirant sans coup férir avantage de leur position de décideur, les pouvoirs privés sportifs préfèrent tenir les pouvoirs politiques demandeurs dans la mendicité, afin d'exercer avec aisance leur "charité".

Après avoir mis les pouvoirs politiques des Etats dans l'obséquiosité à travers l'octroi du choix de l'hébergement de l'organisation desdites manifestations, les dieux du sport international tiennent les sportifs au respect. Il faut aussi les maintenir dans la nécessité pour exercer en temps utile leur "condescendance". Par exemple, en exonérant certains et selon les circonstances, des frais que nécessite la procédure arbitrale. Cela n'emporte pas un effet considérable sur ce système qui ferme la boucle et régule convenablement le fonctionnement du monde auquel il appartient.

En fait, il y est appliqué le système de justice que les pouvoirs privés sportifs auront institué en leur sein, après l'avoir trouvé adéquat à ce qu'ils visent comme objectif. Sur ce point, il y a un parallélisme avec la justice étatique, car concrètement, malgré quelques soubresauts et résistances des juges face au pouvoir politique, mais très souvent pour arrondir les angles très brusques de certaines de leurs décisions, l'évolution jurisprudentielle a toujours été et reste largement tributaire de la volonté politique de l'équipe au pouvoir. Les décisions très répressives et parfois inhumaines selon que les politiques vacillent du fait de revendications populaires en donnent témoignage.

[963] Jean de la FONTAINE : Les fables ; op. cit., :Le loup et l'agneau.

BY NC ND

Comme les contrats-types dont les formulaires généralisés sont utilisés par les grandes entreprises, la convention d'arbitrage sportif se construit sous forme de modèles mis à la disposition des fédérations sportives pour les offrir aux sportifs. « *La pratique professionnelle, corporative, s'est ici substituée au législateur pour élaborer un ensemble complexe et diversifié de règles qui complètent ce qui a fait véritablement l'objet d'un accord des parties. Or cette pratique a toujours, en fait, un caractère de généralité, qui la rapproche des règles légales (…) Il y a bien généralité du côté de ceux qui adhèrent aux contrats pré-rédigés* »[964].

Pourtant, on fait produire plein effet à ces conventions par application du principe qui fait du contrat la loi des parties, alors que nul n'ignore que, dans ces conditions, le consentement retenu ici n'est que pure fiction. Cette fiction est plus évidente encore lorsqu'il s'agit des contrats-types qui, à la différence de la loi, ne font l'objet d'aucune publication et ne sont le plus souvent communiqués à l'une des parties au moins, que dans des conditions qui ne lui permettent guère d'en mesurer les conséquences[965]. La soumission ne s'exerce plus ici aux lois étatiques, mais aux formulaires pré-imprimés qui confèrent à ses rédacteurs l'exercice d'un pouvoir réglementaire de fait[966].

La rédaction unilatérale de la convention ne lui confère certes pas à tout coup la nature unilatérale. Dès lors que malgré cette rédaction, une brèche de négociation préalable peut être ouverte à l'autre partie au sujet des points les plus importants. L'unilatéralité perd ainsi de sa rigidité. Mais sans cette négociation préalable, la rédaction unilatérale devient le terreau fertile du contrat d'adhésion et dans certains cas bien plus que majoritaire par ailleurs, on se retrouve plutôt dans des ordres et non plus des conventions. Par conséquent, il faut reconnaître que le terrain contractuel renferme d'absurdes pratiques avec lesquelles il faut au plus se résoudre à faire.

---

964 Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil : op.cit. p. 65.

965 Ibid. p. 66.

966 Georges BERLIOZ : Le contrat d'adhésion, op. cit., p. 34, n° 54.

BY NC ND

Section 2 : LE CONSENTEMENT : UN INSTRUMENT DE LEGITIMATION

Sous le prisme du droit étatique, l'acte juridique qui ne repose pas sur un quelconque fondement légal est illégal. La légalité confère de ce fait à l'acte une certaine légitimité puisqu'on considère que l'action restée dans le cadre tracé par la loi respecte la volonté du peuple, ou du moins, est conforme à ce qu'il a consacré comme juste. Il paraît ainsi légitime de considérer que « *volunti non fit injuria* »[967] si l'auteur du consentement s'est librement engagé à soustraire la connaissance de ses prétentions au juge étatique dès qu'il opte pour l'arbitrage. Il a été pour cela été considéré que le consentement « *est un trait fondamental et caractéristique de* »[968] l'arbitrage, voire plus angéliquement que son « *aspect volontaire* (…) *en est la marque* »[969]. En tant que "*pierre angulaire*"[970] et "*dénominateur commun*" de toutes formes d'arbitrage[971], c'est sur le consentement que pèse au principal la fonction de leur légitimation.

Corrélativement, lorsque les exigences requises pour l'exercice d'une prérogative légale sont foulées au pied ou sont abusées, on débouche encore sur l'illégalité. La difficulté surgit lorsque l'auteur de l'acte prend plutôt soin de contourner ces exigences pour se dérober « *au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité* » [972] aux fins d'un usage limité à son autosatisfaction. Même s'il s'agit de la jouissance d'un droit subjectif, l'inscrire dans une telle logique constitue, un abus de droit qu'il faut sanctionner. La légitimité est aussi à chercher de ce côté-là. Sentiment diffus et variable au gré des individus, de l'opinion et du contexte social dans son évolution, la légitimité

---

[967] Il n'est pas fait de tort à celui qui a consenti.

[968] Ousmane DIALLO op. cit. pp. 1-2.

[969] Jean ROBERT (avec la collaboration de B. MOREAU) : L'arbitrage. Drit interne, droit international privé, 6e éd., Dalloz, Paris 1993, p. 3.

[970] Charles JARROSSON : Les frontières de l'arbitrage, Rev. Arb. 2001, pp. 5 – 41.

[971] Ousmane DIALLO : op. cit. p. 8.

[972] Cf. Louis JOSSERAND : De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, Dalloz 1939, n° 292 ; Antoine PIROVANO : La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de JOSSERAND, D-S 1972, Chron., pp. 67 – 70.

BY NC ND

vole régulièrement au secours des situations manifestement illégales, et les rachète si du reste la fonction sociale de l'acte est appréciée comme acceptable, parce que c'est la raison des choses.

C'est alors jusqu'ici un truisme : le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs, par sa source, son objet et sa manifestation, se sépare à plus d'un titre des exigences légales en la matière. Ne faut-il pas trouver par contraste la légitimation d'une telle convention non plus seulement dans la raison des choses, mais de la belle image que porte encore et pour bien longtemps encore le consensuel ? Il se trouve que l'incrustation de la clause d'arbitrage dans divers documents relatifs aux manifestations sportives ne répond plus seulement et isolément aux soucis de preuve sur le plan de la forme, mais va se trouver rachetée au moyen d'un consensualisme *a minima*, c'est-à-dire de façade, dès lors que ses auteurs peuvent y trouver leur compte.

Conscient de ce qu'il n'aurait pas été bien vu, voire toléré que le monde sportif institue sa cour de justice alors que celle-ci ne pourrait être rendue au nom d'un peuple, il est paru fondamental de reposer le système sur une raison acceptable. Même si les voies empruntées ne ménagent guère la liberté, un consentement obtenu fait reconnaître que chacun devrait pouvoir être tenu de donner suite à sa propre parole. Sans respect scrupuleux de la parole donnée, rien de sérieux ne pourra être construit, la moralité publique ploierait sous la menace d'un gros péril. Ce principe est le socle et le garant de la confiance qu'on sait sous-tendre l'économie toute entière. Ainsi, dans la catégorie juridique des conventions, les arguments qui ont favorisé l'érection du consensualisme au détriment du formalisme sont les bienvenus.

Même si la théorie de l'autonomie de la volonté s'est avérée insuffisante pour justifier la force obligatoire des conventions tirée de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil, parce qu'aucun texte ne l'a par ailleurs manifestement consacrée comme source unique du contenu contractuel, les arguments déployés en sa faveur par la doctrine ne sont pas des moindres. Ainsi, prise pour le fondement de la liberté, cette théorie met en avant l'omnipotence de la

BY NC ND

volonté individuelle à se fixer elle-même sa loi lorsqu'elle « *crée à elle-seule et librement le contrat et tous ses effets* »[973]

En plus de sa souplesse au niveau de la conclusion du contrat qu'il rend possible même à distance et évite les nullités pour irrégularité de pure forme[974], « *le consensualisme apparaît comme seul admissible rationnellement. On conçoit que la volonté engage l'individu, mais non que cette volonté pour être efficace, doive être coulée dans un moule* »[975]. Par ailleurs, « *plus que de rationalité,* écrit Jacques GHESTIN, *il s'agit d'un choix moral, économique et social* »[976]. Dans tous les cas, la société humaine vit plus sur la base du consensualisme que sur celle du formalisme et « *les théoriciens du droit affirment que la conception du droit est moderne, dynamique, profondément intelligente lorsque le consensualisme prime* »[977].

Le consensualisme a ce faisant trait aux éléments tant substantiels que formels. Cependant, même si « *le problème de la positivité du consensualisme brouille la vision de son contenu* »[978], il faut se garder de considérer ici que cet arsenal d'arguments en sa faveur et d'une grande utilité pour la légitimation de la convention d'arbitrage des litiges sportifs, consacrent seulement le consensualisme tel que conçu sur le terrain des éléments substantiels, c'est-à-dire ceux qui entrent dans la définition de la convention. Le consensuel sur ce point est magnifié seulement par rapport à la volonté déclarée, même si sa manifestation au fond est viciée. En appui on considérera qu'il n'est pas évident d'aller chercher dans la tête de chaque cocontractant sa ferme volonté si tant est qu'elle peut changer. Autant s'en tenir juste à ce qu'il a déclaré, même de force ou par nécessité.

---

[973] Clémence MOULY-GUILLEMAUD : op. cit., n° 61.

[974] Vincent FORRAY : op. cit., p. 9, n° 9.

[975] Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS : Leçons de droit civil, op. cit., n° 67.

[976] Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, op. cit., n° 375.

[977] Yves JEANCLOS : Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats, Hommages à Gérard BOULVERT, Nice, 1987, pp. 333 ss.

[978] Vincent FORRAY, op. cit., p. 10, n°10.

BY NC ND

Sous l'angle de la raison des choses où le réalisme conduit tout bon *homo economicus*, la volonté individuelle se présente comme un agrégat qui, prise à elle seule, est de faible importance. Le fondement de l'action s'inscrit en droite ligne dans la philosophie thomiste pour qui le sujet isolément pris ne compte pas, car il n'est qu'« *une substance première* » ontologiquement rattaché à l'Être qui l'a créé. L'organisation sociale ne pouvant être abandonnée à l'autonomie de ses membres, il s'infère que ses devoirs doivent l'emporter sur ses droits. Pour cette raison, une force unificatrice est indispensable à la construction et à la cohérence du système, et une autorité doit veiller sur son existence.

Prenant appui et partant de cette opinion, l'arbitrage des litiges sportifs tient plus de l'exercice de l'autorité que d'une simple pratique contractuelle. En réalité, le sport organisé étant intrinsèquement quelque chose de fondamentalement règlementaire, il serait surprenant qu'une superstructure destinée à l'encadrer puisse ne pas incarner l'exercice du pouvoir: « *l'autorité (…) s'inscrit dans un ordre de finalités, par quoi d'ailleurs elle est censée susciter l'adhésion de ceux qu'elle soumet (…) [et] n'est justifiée que lorsqu'elle se place au service du développement plénier des êtres dont elle limite l'autonomie* »[979]. Dans cette optique, le pouvoir sportif cherche à faire passer son institution d'arbitrage comme le fruit de l'accord de ses justiciables. Ce qui ferait croire qu'il s'agit d'une institution dotée de la mission d'assurer le côtoiement paisible des concurrents et la survie de tout le système.

Le fondement du contrat ne se situerait pas dans la volonté, mais sur d'autres terrains, car la convention se présente une « *rencontre provisoire et limitée d'intérêts, de besoins et de moyens.* »[980]. Les pouvoirs privés choisissent volontiers parmi les multiples formes de traitement juridique, la formule des contrats pour sa grande plasticité, tant il ne souffre pas de

[979] Philippe PORTIER : AUTORITE in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.) : Dictionnaire de philosophie politique, PUF, 2003, format Poche, p. 47.

[980] Christian ATIAS : Qu'est ce qu'un contrat ? op. cit. op. cit. p.9, n° 13.

BY NC ND

doute que même sous l'angle psychologique, « *le mal [provenant] de la contrainte est moins amèrement ressenti par le débiteur qui s'est obligé volontairement : volenti non fit injuria* »[981]. Il s'avère indispensable de le lui faire croire. Dans cette optique, le consensuel ne se limite pas à ces symboles auxquels se laissent prendre les esprits naïfs, mais doit plutôt être vu « *comme l'ultime degré de simplification des formes ou comme l'instrument de la conceptualisation du contrat conçu comme un échange des consentements* »[982]. Le tribunal arbitral qui en est issu étant sous une approche économique, « *un dispositif destiné à restaurer par une sanction adéquate la crédibilité des engagements contractuels, et donc à légitimer socialement l'acte contractuel* »[983].

[981] Jean CARBONNIER : Droit civil, 4 – Les Obligations, op. cit., n° 23.

[982] Vincent FORRAY : op. cit., p. 61, n° 85.

[983] Claude MENARD : « Le contrat entre l'entreprise et ses clients : Que signifie « s'engager » ?" in Christophe JAMIN op. cit. , p251, n° 641.

Résumé chapitre 2

La réification et le traitement du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs facilitent son exploitation idoine. Il tient à ce titre lieu d'instrument d'organisation d'un système à mettre en place par les pouvoirs privés sportifs, en permettant sa construction et son contrôle. Ce rôle ne s'arrête pas là, car le consentement permet d'instituer en outre une véritable machine de gestion des risques et du fonctionnement de tout le système, avant de passer pour une couverture de légitimation à leur profit.

BY NC ND

Résumé titre 1

Le consentement dont la plus belle forme d'expression reste les conventions, porte en lui la célébration de l'imagination en perpétuel mouvement. Finalement, que l'on jette son dévolu sur la conformité aux exigences légales ou plutôt sur l'anticonformisme, le champ des possibles contractuels défie sans relâche les limites devenues vagues qu'impose l'ordre public. C'est l'ordre économique qui semble détenir à présent le dernier mot. En son nom et pour son compte, on réifie le consentement par nature virtuel, le traite comme la matière première en industrie avant de s'en servir à diverses fins.

BY NC ND

Titre 2 : LES EFFETS DE LA MISE DU CONSENTEMENT AU SERVICE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

Les conventions ne se conçoivent plus dans un univers conceptuel pur, d'autant qu'elles sont fortement incrustées dans leur milieu institutionnel, à la faveur des lois, usages, traditions et coutumes dans lesquels se moulent les engagements réciproques des parties. Leur crédibilité et leur portée dépendent pour une large part de l'intervention d'une tierce partie, le juge par exemple, pour leur mise en œuvre après les avoir interprété et/ou comblé leurs lacunes et incomplétudes, en vertu des suites légales que les usages et même le bon sens y attachent. Cette intervention confère aussi aux tribunaux la mission d'instituer la cohérence contractuelle lorsque le cadre institutionnel s'en est distrait.

C'aurait été idéal si cette perception de la mouvance venue de l'évolution et des transformations sociales qui s'empare des contrats ne connaissait pas un coup d'arrêt presque brusque aux portes de l'arbitrage des litiges sportifs. Car dans cette cour, les maîtres mots qui y gouvernent s'inspirent et répondent à toute une autre aspiration : l'efficacité. En son nom, le consentement et à travers lui, la convention est mise au service de l'institution créé à partir de lui. En sacrifiant l'élément intrinsèque du consentement, on opère un retour aux origines romaines de la convention où les contrats non écrits étaient tout simplement tenus pour inexistants. La forme y étant de leur essence même, c'est-à-dire la condition de leur existence[984]. C'est ainsi qu'à travers l'efficacité attachée à un consentement purement formel (Chapitre 1), se révèle la véritable nature de la convention d'arbitrage des litiges sportifs (Chapitre 2).

[984] Vincent FORRAY : op. cit., p. 28, n° 28

BY NC ND

CC BY NC ND

Chapitre 1 : L'EFFICACITE DU CONSENTEMENT

Chaque jour dans le monde entier, nombre de gens tout aussi ordinaires, en ce qu'ils « *ne sont ni des saints ni des fous, signent des contrats incomplets, dont seule une fraction suscitera des conflits soumis au juge (…) ce problème est beaucoup moins compliqué dans la réalité que dans la théorie, puisque apparemment ce que les économistes mathématiciens les plus talentueux n'arrivent pas à résoudre, les agents économiques les plus ordinaires y parviennent, sans avoir conscience de leur exploit !*»[985]. Un constat similaire est à première vue valable au consentement à l'arbitrage des litiges sportifs.

Mais l'incomplétude est au cœur de sa convention : tantôt elle est incomplète sur sa forme car il ne renseigne pas le sujet consentant sur tout son contenu et ses implications. Tantôt elle est conçue pour contenir les asymétries que même ses auteurs ne pourraient entièrement définir. Cette convention est axée sur d'éventuels litiges qui pourraient survenir ou non entre les parties. C'est donc un cas typique d'imprévisibilité du futur qui pousse le concepteur de la convention dans une logique de "recherche de rente" qui consiste à adopter des stratégies pour l'orienter vers l'exécution automatique en sa faveur et surtout pas dans l'intérêt commun des parties[986].

Seulement, le cadre fonctionnel dans lequel elle s'inscrit et pour lequel elle sera en cas de besoin appelée à intervenir, l'incline à n'avoir pour souci permanent que le gain d'utilité, gage de son efficacité. C'est le maître mot devenu l'unique baromètre de l'état de santé des institutions. Cela est si prégnant que le non-respect des exigences légales aurait empêché d'y voir une convention valable. Pourtant ces écueils n'amoindrissent en rien son efficacité. C'est sur ce dernier terrain qu'elle entend bâtir son devenir. Elle a dans cette optique, brisé la moralité dans laquelle les civilistes enferment les conventions, pour atteindre ses fins. Des explications viendront au secours,

[985] Olivier FAVEREAU : Qu'est ce qu'un contrat ?: op. cit., p.32, n° 73.

[986] Thierry KIRAT et Frédéric MARTY : Economie du droit et de la réglementation, op. cit., p. 52-53.

BY NC ND

mais après coup. En d'autres termes, quand bien même la convention d'arbitrage des litiges sportifs est le sacre d'une réelle entorse au consentement, elle jouit dès que son besoin se fait sentir, d'une effectivité (section 1) qui laisse pantois avant qu'aient été comprises les raisons d'une telle situation (section 2).

Section 1 : L'EFFECTIVITE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

Dans cet arbitrage, tant à l'étape de la formation de la convention qu'à celle de l'exécution des sentences, « *le chef d'orchestre a des moyens qui vont fort au-delà de la baguette symbolique* »[987]. Ce qui lui permet d'imposer à ses cocontractants d'agir sans réfléchir. Le consentement embrassé puis brassé a permis d'hisser l'arbitrage des litiges sportifs « *au rang d'un ordre universel structurant à la fois l'économie et les consciences* »[988]. Il faut peut-être puiser dans les clichés de l'automatisme pour découvrir qu'en restant néanmoins bien superficiel, le consentement permet à l'arbitrage des litiges sportifs d'accéder à une cour d'honneur en termes de résultat obtenu, tant la soumission des litiges (§1) que l'exécution des sentences rendues par la suite (§2) se réalisent presque spontanément.

§1 : LA SOUMISSION AUTOMATIQUE DES LITIGES SPORTIFS A L'ARBITRAGE

C'est ici que le consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs retrouve la plus haute expression de la mission qui est la sienne. En effet, la convention qui en est issue doit forcément produire les effets escomptés dans la régularité et le respect des règles déjà arrêtées par les pouvoirs sportifs. Malgré le sérieux doute sur la profondeur du consensuel dans cette convention, la forme prête son secours et « *les effets substantiels de l'échange des consentements se réalise[nt] mécaniquement* ». [989]. De ce point

[987] René SAVATIER : L'ordre public économique, D. 1975, chron. P. 39.

[988] Marie-Anne FRISON-ROCHE : Le modèle du marché, Arch. De philosophie du droit, 1995, T. 40, p. 310.

[989] Vincent FORRAY : Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, op. cit., n° 10.

BY NC ND

de vue et à partir de la vigueur de ses effets, la convention ainsi obtenue ressemble à un serment verni. Il s'agirait, en pareilles circonstances, de la concrétisation du système de la forme essentielle. Celui-ci ne s'encombre pas de distinction entre le fond et la forme de l'acte juridique. Il considère que la simple forme confère à l'acte son caractère obligatoire[990]. Le cheminement se veut suffisamment clair sur ce point : il est pris appui sur la forme dont la diversité et la multiplication des traces permettent d'en établir la preuve (B) ; après quoi il ne reste plus qu'à opposer l'acte au sujet supposé avoir consenti, pour l'amener à s'exécuter bon ou malgré lui, le respect de la parole donnée (A) alors que clairement, le caractère obligatoire surgit de l'accomplissement de la formalité de signature requise avant toute chose.

A : L'application du principe du respect de la parole donnée

Substantiellement, la convention d'arbitrage des litiges sportifs se rapproche des contrats administratifs dans lesquels, contrairement aux contrats de droit privé, l'égalité des parties contractantes est en principe écartée et l'administration dispose d'une incontestable supériorité dans son exécution[991]. Mais c'est du côté de la religion qu'il faut trouver la signification profonde de cet automatisme. « *Le sport élevé au rang de religion, avec ses pontifes et ses thuriféraires [est] devenu un marché porteur* »[992] intéressé par les contrats de droit privé qui offrent un avantage supplémentaire sur les contrats administratifs en termes de malléabilité dans un contexte de libéralisme économique. Dans ces contrats de droit privé en l'occurrence, il est facile de faire comprendre que "*son contenu se compose, à la fois, de la déclaration de volonté et de la nature de l'obligation*"[993]. Qu'en plus, si les conventions font office de loi des parties qui

[990] Ibid. p. 29, n° 30.

[991] Cf. Laurent RICHER : Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2008.

[992] Jacques ALMIRA cité par Le Petit Robert de la langue française 2013, p. 2425 sous "SPORT" sens I.A.

[993] Christian ATIAS et Rémy CABRILLAC : Avant-propos de Clémence MOULY-GUILLEMAUD : Retour sur l'article 1135 du Code civil – une nouvelle source du contenu contractuel, Op cit., p. VII.

BY NC ND

les ont faites, c'est parce que par leur nature, les obligations pour lesquelles elles se sont engagées obligent. Ainsi, à côté de l'article 1382, l'article 1134 est « *l'une des dispositions les plus connues du Code* »[994] civil. Il s'impose par l'éclat de son « *adage porteur d'un principe fondamental* »[995] et dogmatique (1) qu'appuie la pression du milieu (2).

1) Le dogmatisme fondamental du principe

Le respect de la parole donnée plonge ses racines dans la croyance religieuse qui lui imprime un sens déterminant, sans qu'on ait à y ajouter une quelconque solennité comme au serment d'ailleurs réprouvé. Le Christ avait prohibé le serment en ces termes : « *Vous avez appris qu'il a été dit aux anciens : Tu ne te parjureras point, mais tu t'acquitteras envers le seigneur de ce que tu as déclaré par serment. Mais moi, je vous dis de ne jurer aucunement… Que votre parole soit oui, oui, non, non ; ce que l'on y ajoute vient du malin* »[996]. Pour les pères de l'église, le serment n'était pas nécessaire à la véracité des paroles[997]. On peut trouver par exemple dans le canon *juramenti*[998] du décret de Gratien qu'entre un serment et une simple parole, Dieu ne fait pas de différence, et lorsqu'on l'a donnée, il faut la respecter sans quoi il y a un péché passible de damnation aux enfers. La croyance religieuse investit ainsi l'état psychologique des contractants et érige la divinité en "*garant de la force obligatoire*"[999] de leur parole.

L'histoire enseigne que le fameux principe *pacta sunt servanda* avait reçu un appui du droit canon à partir d'une décision rendue à propos d'un litige

---

994 Christian ATIAS : Précis élémentaire de contentieux contractuel, 2e éd. Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2003, pp. 149,158.

995 Ibid., p. 47, 29 ; cité par Clémence MOULY-GUILLEMAUD, op. cit., p. 6, n° 3.

996 Bible : évangile selon Matthieu, Versets 24-37.

997 Jean Philippe LEVY et André CASTALDO : Histoire du droit civil, Dalloz, 1ère éd. 2002, pp. 780 à 782, n° 531.

998 N° 22, qu. 5, c. 12 : « *Dominus inter juramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam* ».

999 Vincent FORRAY, op. cit. p. 39, n° 45.

ponctuel entre évêques par un concile tenu à Carthage en 348. Cette décision rendue en conciliation entre pontes d'égale force du pouvoir ecclésiastique, retenait essentiellement, mais fermement pour éviter toute fissure et contenir en interne la discorde, que « *pax servetur, pacta custodiantur* »[1000]. A ce texte sorti de son contexte, les canonistes donneront un sens général en argumentant qu'on commet un péché mortel en se détournant d'un pacte. C'est ainsi que ce qui paraissait une règle morale venue de la religion, a été étendue au droit civil, et un devoir de conscience érigé en obligation juridique[1001]. L'engagement étant le fruit du libre arbitre s'impose à son auteur parce qu'il y a librement consenti. Ce qu'on ne saurait légitimer si se trouvait à sa base une quelconque contrainte. L'obligation naît donc du seul consentement sans qu'il y ait besoin d'une forme.

Tout comme il doit entière fidélité à sa religion et à la divinité qu'elle porte, l'auteur du consentement doit le rester pour ses intentions exprimées. La force obligatoire des conventions résumée dans la formule *pacta sunt servanda* repose ainsi sur la fidélité à l'intention exprimée : Celui qui ne réserve pas à ses paroles les égards escomptés se rend coupable de parjure au même rang que la violation d'un serment[1002] ou la commission d'un péché aux yeux du divin. Parce qu'elle « porte *sur quelque chose que l'on promet de faire* »[1003] ou de ne pas faire, l'acceptation endurcit la parole donnée et la transforme en assureur de l'exécution de l'engagement pris. Cette doctrine chrétienne a favorisé la montée en puissance du consensualisme dans le droit civil des contrats, mais n'a pas enterré le formalisme qui inspire tout aussi les autorités sportives.

En la considérant comme l'expression de la volonté des parties, la convention d'arbitrage est entièrement tenue pour leur loi par application du premier alinéa de l'article 1134 du code civil. Pourtant, la loi contractuelle

[1000] « *Que la paix soit conservée, que les pactes soient observés* ».

[1001] Jean-Philippe LEVY et André CASTALDO : op. cit. p. 781, n° 531.

[1002] Cf. Vincent FORRAY : op. cit. p. 78, n° 117 et les références citées.

[1003] Alain SERIAUX : Droit canonique, PUF 1996, n° 259.

BY NC ND

« *entendue comme synonyme de règle, par la juste mesure qu'elle exprime, n'est ni plus, ni moins qu'un instrument technique, qu'un guide indispensable mais insuffisant, et parfois vicieux* »[1004]. Le déclenchement de cet effet légal[1005] ne vaut que par application de la maxime universelle du "respect de la parole donnée", mais se fonde sur la liberté de la volonté de s'engager vue comme le « *garant universel de la parole donnée*[1006]. Cependant, l'analyse conduit logiquement à ne pas admettre qu'il y ait arbitrage, car que le consentement indispensable à sa naissance loin d'être libre, porte plutôt les stigmates d'une spoliation. Mais la conjugaison des éléments utiles dans les deux approches sont mis à contribution dans un milieu dont la pression qui en émane ajoute sa pierre à l'édifice.

2) La pression du milieu

Nous avons vu que la maîtrise de l'usage des mots conférait un pouvoir susceptible de se prêter à la manipulation et autres vices[1007] en provenance des dominants de l'organisation sociale considérée. Dans telles circonstances, la sémantique se construit en fonction « *des références axiologiques, des cadres herméneutiques ou des schémas d'intelligibilité a priori* »[1008] tracés par les décideurs. Pour nourrir les ferveurs sportives chargées d'emporter dans leurs vagues les ivres de bonheur ou les sonnés par la défaite, on fait au préalable comprendre que le sport est l'ami intime de la culture, de l'intégration, de la fraternité, de la paix, de la liberté, en un mot, le parangon de toutes les vertus. Malheureusement, cette axiologie finit par « *transformer les amateurs de sport en serviteurs de l'asservissement idéologique, à des chimères et enchaîne des foules hébétées* »[1009] où

[1004] Jean-Pierre CHAZAL : De la signification du mot loi dans l'article 1134 du code civil, RTDCiv. 2001, p. 283.

[1005] Cass. Ch. Mixte : 13 mars 1981, Bull. civ. N° 3.

[1006] Alain SUPIOT : Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Seuil, Paris, 2005, p. 155.

[1007] Cf. supra, pp. 327 ss.

[1008] Jean-Marie BROHM : La tyrannie sportive op. cit., p. 85.

[1009] Ibid., pp. 14 à 15.

BY NC ND

l'autonomie individuelle est fondue dans une sorte d'assemblage bien soudé. Le sport est ainsi devenu un fait social avec son cortège de pressions sur les individualités.

En plus, une société, une organisation « *ouverte offre moins de prise au népotisme et à la corruption qu'une société fermée* »[1010]. Dans ce second modèle qui semble bien cadrer avec les organismes sportifs, un constant effort est déployé pour tenir à perpétuité, par le verbe et la conduite, les sujets sous la domination. Sans vouloir introduire d'inutiles complications dans la délimitation déjà suffisamment complexe à cause du champ planétaire de leur action, leurs autorités dressent en termes clairs les missions de chacun sous la bannière de "l'esprit sportif" : « l*e sportif est appelé à tout moment à évaluer et à comparer, et cela avec une grande rapidité* »[1011] tous ses efforts pour la victoire. Dans une telle attitude figée sur ses performances et ancrée dans l'observation scrupuleuse dudit "esprit", le sportif doit se conformer dans ses actes aux ordres, par obéissance due à la hiérarchie.

A la façon du droit canonique[1012] qui pénètre « *dans le for interne de ses gouvernés beaucoup plus en avant que ne le font généralement les droits civils* »[1013], il est même implicitement mais très religieusement mis dans l'entendement de tous ceux qui aspirent s'associer à quelque titre que ce soit aux évènements sportifs, et à plus forte raison de toute partie qui y prend directement part, que la parole donnée ne devra souffrir d'aucune restriction dans son exécution. L'état de nécessité et l'immanente domination des autorités sportives sur leurs partenaires concourent à l'achèvement du processus.

[1010] Daniel COHEN : La mondialisation et ses ennemis, op. cit., p. 176.

[1011] Pierre De COUBERTIN : cité par Le Petit Robert 2013, p. 2425 sous "SPORTIF, IVE" sens 2.

[1012] Propre aux membres de l'église catholique constitutif d'un groupe humain autonome.

[1013] Alain SERIAUX : Droit canonique op. cit., pp. 2 et 3.

BY NC ND

Il n'y a pas lieu de prendre à la légère cette source d'inspiration où s'abreuvent de très nombreuses formes d'organisation sociale. L'église de Rome a imprimé une telle vigueur à la parole donnée, disant agir ainsi dans le but de préserver l'âme de son auteur des affres de l'enfer. L'Etat s'en est appuyé pour façonner les esprits et encadrer à sa manière la gestion des libertés individuelles : la partie la plus intense du droit des obligations est construite sur le contrat. En appuyant ses fondements sur les idées tirées du droit canon, on inculque dans l'esprit des juristes l'idée qu'une promesse sans forme reste obligatoire.

De même, d'autres détenteurs de pouvoir structurant s'y sont appesantis pour fonder et légitimer leurs institutions. L'arbitrage commercial international par exemple est construit sur le consentement, rien de moins que la parole donnée. Ce qui a un effet légitimant certain sous l'abri duquel a pris place l'arbitrage des litiges sportifs. Le point d'achoppement tient essentiellement au dosage accordé au consentement par chaque système.

Sous un autre aspect chacune des deux sociétés affecte au consentement un rôle fonctionnel en tant que moyen efficace pour réduire au silence et préserver l'harmonie de l'organisation. Tout comme les pouvoirs sportifs, ce qui intéresse au premier chef les pouvoirs ecclésiastiques « *est que ce corps des fidèles qui constituent l'église soit dûment organisé de manière à ce que tous, chacun à sa place, servent par leur comportement à la réalisation du bien commun de l'église qui est la sainteté de tous et de chacun* »[1014]. Les détenteurs du pouvoir de contrôle dans chaque microcosme en tirent avantage pour présenter le consentement comme « *une déclaration suffisante de la volonté qu'on a de donner à celui en faveur de qui l'on s'engage, un véritable droit d'exiger l'effet de notre parole* »[1015]

[1014]Ibid., p. 4.

[1015] Jean BARBEYRAC : Traduction de H. GROTIUS : Du droit de la guerre et de la paix, livre 2, Chap. 11, §IV, n° 1, cité par Francis LIMBACH : Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, op. cit. , n° 34, note 70, p. 28.

BY NC ND

A terme, même sans en avoir d'amples éclaircissements sur le phénomène, chacun a retenu que le consentement une fois donnée, le sujet consentant en perd le contrôle. Il « *appartient à autrui, à celui qui l'a reçu* »[1016]. Sur le chemin, il s'est à peu près mué en un bien endurci et tombé en pleine propriété dans le patrimoine de son destinataire. C'est pour cela que si la force obligatoire de la convention est fort ancrée dans l'obligation de tenir la parole donnée, elle exprime bien plus énergiquement la répression d'un comportement jugé déloyal. Pour éviter les incertitudes du procès par exemple -ce qui constitue par ailleurs la préoccupation centrale des conventions d'arbitrage- le serment volontaire occupe une place primordiale parmi les pactes prétoriens. Or ce type d'accord préalable entre les parties[1017] participe à sa façon du « *sentiment du caractère obligatoire que procure aux parties l'accomplissement scrupuleux des formes* »[1018]. La forme permet aussi de dissimuler un fond léger, mais surtout d'en établir la preuve.

B : La preuve de la parole donnée

En considérant dans un sens strict que la convention est strictement le fruit d'une stipulation consensuelle des parties, l'écrit n'aura pour rôle que d'en établir la preuve. Par conséquent, la nécessité d'appuyer l'allégation de la convention par un écrit est confinée à une simple règle de forme. Dans ce sens, on pourra plaider l'absence d'un consentement véritable ou plus aisément le vice du consentement rendant illicite la convention d'arbitrage des litiges sportifs.

Mais le formalisme en est une composante essentielle, si bien que concrètement dans son appréciation, l'écrit comme règle *ad probationem* est assimilé très facilement à l'écrit règle *ad substantiam*. Autrement dit, « *l'écrit,*

[1016] Alain SERIAUX : op. cit. n° 259.

[1017] Paul-Frédéric GIRARD : Manuel élémentaire de droit romain, 8e éd. F. SENN, Paris, 1929, p. 639.

[1018] Vincent FORRAY : op. cit., p. 38, n° 44.

BY NC ND

qui n'est d'abord que le moyen d'établir que la formalité substantielle a bien été réalisée, devient un mode [direct] de création des obligations à mesure qu'il acquiert la forme probante absolue (…) et ne connaît pas de contestation possible »[1019].

Le sportif fut-il mineur est lié et toutes les conséquences y attachées seront tirées. Les autorités sportives détiennent la preuve de la convention qui doit recevoir entière application. La signature du sportif est bien ressortie sur divers supports écrits que les pouvoirs sportifs emmurent du sceau inviolable de la confidentialité[1020]. Les dispositions sont donc prises pour se prémunir des réquisitions de la preuve écrite.

L'établissement de la preuve littérale met de côté le système de la preuve libre encore dite morale où celle-ci se fait par tout moyen, et où le juge jouit d'une véritable liberté dans la formation de sa conviction. Cette pratique évite d'heurter de front le moyen de la preuve légale pour lequel seules certaines formes de preuve sont admises et s'imposent au juge. En droit civil français, les actes juridiques « *doivent, en principe, être prouvés par écrit, et il n'est reçu aucune preuve par témoin contre ou outre le contenu de l'écrit* »[1021]. Le consentement dans l'arbitrage sportif n'est pas à ranger dans la catégorie des faits juridiques pour s'encombrer du système de la preuve morale. On ne s'y appesantit pas des sentiments des sujets consentants pour résoudre les éventuelles contestations. Autant ne pas se dispenser de l'écrit car l'efficacité de l'objectif poursuivi ne doit souffrir d'un moindre problème de cette nature.

[1019] Ibid., p. 54, n° 71.

[1020] Sous menace de lourdes sanctions, interdiction itérative est faite aux sportifs de communiquer au monde extérieur les éléments relatifs à ses relations avec les organismes sportifs. Répondant à un journaliste qui allait trop loin dans les questions "indiscrètes" relatives à leurs rapports avec l'instance dirigeante de son équipe, un joueur de football dit clairement sur les ondes de BFM Radio le 26/07/2012 à 21h ceci : "Nous n'avons pas à nous adresser à la presse, c'est dans le contrat". La loi du silence autour du péché (omerta) passe pour être une règle fondamentale affectueusement partagée par nombreuses organisations économiques privées au bras fort.

[1021] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, les obligations, op. cit., n° 151.

BY NC ND

La preuve écrite doit donc être préconstituée, c'est-à-dire « *établie au moment même où le contrat est conclu* »[1022]. Lla convention d'arbitrage des litiges sportifs n'enfreint pas cette règle, mais l'observe scrupuleusement. Le sportif devra au préalable consentir et par écrit à l'offre avant toute prestation. Tout est fait pour que la preuve écrite soit constituée, et c'est une fois la convention en sa possession que l'offrant autorise à l'acceptant de se s'exercer. Aux yeux des pouvoirs sportifs, le sujet consentant ne pourra plus efficacement arguer de ce que le contenu de la convention ne rend pas compte de la réalité.

Par ailleurs, le juge appelé à recevoir ces prétentions ne sera en fait que l'arbitre dont la mission reste profondément redevable à la convention ainsi passée. Or, ouvrir la contestation quant à l'existence même de la convention ou sur son contenu est par avance voué à l'échec, d'autant plus que cet angle d'attaque en constitue une véritable menace, dès lors qu'elle a pour cible effective, l'admission de la mission de l'arbitre. Or la jurisprudence arbitrale est très peu tolérante à l'endroit de toute contestation qui oserait mettre en branle leur office. En raison du principe "fondateur"[1023] de « *compétence-compétence* »[1024] consacré en droit de l'arbitrage, les arbitres font preuve d'une volonté non dissimulée d'imposer leur compétence avec ardeur.

Le principe "*actorit probatio incumbit*"[1025] conduit nécessairement à ce que ce soit le demandeur qui établisse la preuve de ses allégations. Celui-ci peut

---

[1022] Ibid., n° 153.

[1023] Jean-Pierre ANCEL : La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international, in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, p. 161 ; Cf. Magali BOUCARON, épouse NARDETTO : Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, Thèse, Nice, 2011.

[1024] Article V, § 3 de la Convention de Genève de 1961 : « *Sous réserve des contrôles judiciaires ultérieurs prévus par la loi du for, l'arbitre dont la compétence est contestée, ne doit pas se dessaisir de l'affaire ; il a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie* », cf. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN : op. cit. n° 650 ss., pp. 409 ss.

[1025] La charge de la preuve pèse sur le demandeur.

BY NC ND

prendre refuge sur le domaine de la preuve libre donc le domaine d'élection est la matière commerciale, quoiqu'il s'agisse pour l'essentiel des conventions. La preuve libre y a même supplanté la preuve littérale. Cependant, il n'en demeure pas moins que la liberté de preuve s'admet entre commerçants[1026] ou s'il s'agit d'un acte de commerce ; alors qu'à l'égard des actes mixtes, la libre preuve n'est valable qu'à l'égard du commerçant, et le non commerçant peut exiger l'écrit (preuve littérale) sur lequel s'appuie son partenaire.

Les organismes sportifs étant des entreprises, leurs activités économiques vont au-delà de la proportion nécessaire à l'intérêt sportif légitime poursuivi[1027]. Leurs actes devraient être soumis au droit commun applicable à tous les commerçants. La convention d'arbitrage sportif ne doit à cet égard y échapper. Car, la qualité de salarié du sportif l'autorise à se placer sur le terrain de la preuve littérale pour contester l'existence de la convention d'arbitrage, même "*in limine litis*".

Logiquement, c'est l'auteur du consentement qui sera généralement porté à soulever cette contestation. Or l'organisme contre lequel il peut engager une telle bataille s'est déjà protégé. S'il arrive au sujet consentant de chercher à prouver l'inexistence du consentement par l'argument de l'impossibilité ou celui de l'absence de négociation préalable, l'organisme sportif fait inscrire au préalable dans presque tous les documents conventionnels intervenus entre lui et le sportif, y compris ceux de nature unilatérale, une " clause d'arbitrage" aux pieds de laquelle celui-ci doit apposer, avant toute chose sa signature valant acquiescement.

Par ailleurs, une formule type de contrat de travail de joueur contenant ladite clause est mise à la disposition des toutes les organisations sportives. Ce qui rend plus que facile sa preuve, ainsi établie au moyen de ce que des

[1026] Article L. 110-3 code de commerce.

[1027] Selon la formule de Bruxelles (UE) dans son livre blanc sur le sport et la jurisprudence de la CJCE, cf. Libération du 13 juillet 2007.

BY NC ND

auteurs ont appelé « *copies fidèles et durables* »[1028], qu'on opposera à tout contestataire, sans qu'il soit besoin de recourir à une publicité préalable. Ainsi, qu'il ait eu la possibilité d'en prendre directement connaissance ou pas, ses chances de succès sont rabougries.

En se portant plutôt dans l'arène de l'inversion de la charge de la preuve, il pouvait être exigé de l'organisme sportif d'établir l'existence d'une convention d'arbitrage. Jusque-là, la partie n'est pas d'avance gagnée, car aux yeux des arbitres juges, la qualité de professionnel[1029] qui pèse sur le sportif le rend inapte à méconnaitre ladite clause. On considère qu'il est pour cela censé avoir signé même par référence, au cas où sa signature ne figurerait matériellement pas au pied du document qui comporte la clause compromissoire[1030].

Pourtant, la loi n'a pas tenu compte de l'intérêt, mais de la "dangerosité"[1031]. de la clause compromissoire pour exiger la forme écrite en matière interne[1032], ce, par souci de protéger la partie faible. Cette exigence devrait conduire à une interprétation stricte qui est le propre de toute loi d'exception. Dans ce cas, on ne saurait étendre à un sportif l'admission de la clause compromissoire par référence comme c'est devenu le cas à l'égard des géants opérateurs du commerce international, en faisant table rase sur les considérations qui ont présidé à cette prise de position.

Si la qualité de "professionnel" s'avère utile dans le monde sportif pour la classification des acteurs du spectacle, on ne saurait s'y appuyer pour

---

[1028] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 160.

[1029] Perçue comme une présomption de connaissance de l'existence de la clause d'arbitrage.

[1030] TAS : sentence du 2 mai 2003 : En l'espèce, il a été jugé qu' « *un sportif licencié … participant à une épreuve internationale … ne peut sérieusement soutenir qu'il n'a pas connaissance de la clause d'attribution de compétence au TAS. La licence signée par le coureur confirme l'engagement de son titulaire à respecter les statuts et règlements de l'UCI qui incluent notamment le recours au TAS en dernière instance en cas de contestation…* ».

[1031] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Op. Cit. n° 143

[1032] Article 1443 du Code de procédure civile français.

apprécier le statut du travailleur comme l'avait fait la Cour de cassation[1033] avant l'entrée en vigueur de la Convention collective nationale du sport. En effet, la haute Cour s'est ravisée et retient à cet égard que « *le footballeur qui est employé pour exercer, à titre exclusif ou principal, son activité en vue des compétitions, est un footballeur professionnel* » et ce titre n'emporte pas de conséquence sur sa qualité de salarié et les prérogatives qui s'y attachent, parmi lesquelles « *la faculté, en l'absence d'écrit, de prouver au soutien d'une demande en requalification en contrat à durée déterminée, que les parties avaient entendu conclure un contrat à durée déterminée* »[1034]. Cette décision restitue à la loi son esprit dès lors que la qualification juridique doit rester indépendante de la qualification sportive[1035], autant que de celle de tous les autres acteurs de la vie économique.

§2 : L'EXECUTION AUTOMATIQUE DES SENTENCES EN MATIERE SPORTIVE

Partant des contestations qui s'élèvent très souvent et de plus en plus au sujet de l'exécution des sentences arbitrales commerciales, le sort réservé à celles rendues dans les litiges sportifs laisse pantois. L'exécution des sentences rejoint la soumission automatique des litiges à l'arbitrage dans la loge des effets les plus visibles et prégnants du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs. La grande diversité des sociétés du monde entier, toutes impliquées dans les activités sportives, aurait inspiré une multiplicité de stratégies dans la gestion des contestations, pour tenir compte des particularités de chaque milieu. Au contraire, les pouvoirs sportifs n'éprouvent aucun besoin de réunir jusqu'à cent façons pour se faire obéir sans cris[1036]. Ils vouent leur énergie pour servir la gloire de l'institution arbitrale qu'ils ont créée.

[1033] Cass. soc. : 12 novembre 1997, n° 95-42.247 ; Bull. civ., V, n° 361 ; D. 1998, 365, note J. MOULY ; 16 juillet 1998, n° 96-42.117, D. 1998, 597, note J.-P. KARAQUILLO.

[1034] Cass. soc. : 12 décembre 2012, pourvoi n° 11-14.823, M. X. c/ Société AJ Auxerre Football, CDS n° 30 , 2013, p. 37, note Daniel GOLDENBAUM.

[1035] Daniel GOLDENBAUM : note sous l'arrêt précité, CDS op. cit., p. 38.

[1036] Cf. Anne BACUS : 100 façons de se faire obéir sans cris ni fessées, éd. Marabout, 2012.

BY NC ND

Le caractère péremptoirement exécutoire des actes administratifs unilatéraux et même de toutes autres décisions prises par l'administration exprime sans nul doute l'omnipuissance de leur auteur. Cet aspect incline naturellement, comme si on donnait le goût du sang à d'autres tigres, les autres détenteurs du pouvoir à se faire obéir au premier geste. Il est incontestable, à cet égard, que tout pouvoir a une tendance inhérente à exister pour lui-même et d'étendre sans arrêt son rayonnement, même en faisant recours aux stratagèmes polis pour y parvenir. En l'occurrence, les sentences rendues par les arbitres à l'issue des litiges sportifs sont immédiatement et universellement prises en compte dans tout le système. La suspension d'un joueur dans un championnat européen le suit automatiquement dans tout autre se tenant sur un autre continent.

Pour un cas d'application concrète à titre illustratif, il n'est pas inutile de reprendre même largement quelques extraits de sentences du TAS qui énonce par exemple avant de se prononcer les dispositions de l'article 64 alinéa 1 des statuts de la Ligue Suisse de Hockey sur Glace (LSHG) que « *sans possibilité d'appel à des tribunaux civils,* ***les parties s'engagent à*** *se soumettre aux statuts et règlements du Tribunal Arbitral du Sport, et de* ***se plier sans réserve à la sentence prononcée*** ».

Pour le TAS en effet, « a*u vu des faits de la présente cause, la Formation se réfère notamment aux dispositions d'un arrêt rendu par le TAS en relation avec l'article 17 du Règlement de la FIFA et aux principes qui y ont été dégagés. Il s'agit de la cause CAS 2008/A/1519-1520, dans laquelle le TAS a notamment insisté sur les points suivants : (…) l'article 17 fait partie du chapitre IV du Règlement FIFA 2008 concernant la stabilité contractuelle entre professionnels et clubs. L'indemnité prévue à cet article joue un rôle essentiel dans ce contexte.* ***Son but est de consolider la stabilité contractuelle et dès lors le respect de la maxime 'pacta sunt servanda'' dans le monde du football international. L'indemnité prévue par cette disposition vise à dissuader les parties au contrat à envisager une résiliation unilatérale de ce dernier. En outre, l'effet dissuasif doit être renforcé***

BY NC ND

par l'impossibilité pour la partie qui dénonce le contrat *d'évaluer précisément le montant de l'indemnité qui sera finalement due* »[1037] ou d'effectuer ses prestations dans un autre club avant que le montant de la condamnation soit entièrement liquidé[1038].

Dans ces sentences qui aux premiers abords, font croire qu'il s'agit de discipliner durement les sportifs, se trouvent des enjeux financiers colossaux dont le joueur fait l'objet. La centralisation des arbitrages TAS en suisse est un gage pour l'automaticité de l'exécution de ses sentences. L'internationalité de son arbitrage ne rend possibles les contrôles judiciaires que devant le juge suisse en tant que juge du *for*[1039]. Or les pouvoirs publics de cet Etat ne se précipitent pas dans cette voie, consacrant ce faisant une quasi-absence de contrôle des pouvoirs publics sur les sentences en matière sportive.

§3 : LA QUASI-ABSENCE DE CONTRÔLE DES POUVOIRS PUBLICS

Ce serait faire preuve d'une naïveté sans borne que de croire qu'une personne, dont la providence, la malice ou la richesse (l'une et/ou l'autre) ont ennoblie d'un pouvoir pour agir sans avoir de compte à rendre, ou même à être simplement aperçue, fut-elle la plus bonne de l'espèce, ne cèdera pas à la tentation de commettre l'injustice dès que son désir l'y conduit. « *Nous prendrons,* dit PLATON, *le juste en flagrant délit de poursuivre le même but que l'injuste, poussé par le besoin de l'emporter sur les autres* »[1040]. Il est

---

[1037] Arbitrage TAS 2009/A/1960 Trabzonspor c/ LOSC Lille Métropole & TAS 2009/A/1961 LOSC Métropole c/ Trabzonspor & T., sentence du 5 mai 2010, p. 21, consultable sur le site du TAS : www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/shared%20Documents/1960-1961.PDF.

[1038] Arbitrage TAS 2008/A/1519, sentence du 19 mai 2009 : Aff. FC Shakhtar Donetsk c/ MATUZALEM et Real Zaragossa SAD, Gaz. Pal., 18 juillet 2009, p. 29, note A. PINNA, RDES Jurisport n° 110, 2011, p. 27, obs. J.-P. DUBEY.

[1039] Cf. article V, § 3 de la Convention de Genève de 1961 op. Cit.

[1040] PLATON : La République, Livre II, Discours de Glaucon,359a – 360d, éd. Garnier Flammarion 1966, traduction et notes par Robert BACCOU, pp 109 à 110. En substance, Gygès, berger au service du roi de la Lydie, avait à la suite d'un séisme qui venait de secouer non loin de son pâturage, découvert sur un cadavre une bague d'or et s'en empara. Peu après qu'il eut pris place près des autres bergers en assemblée, il s'amusa à faire tourner le

indispensable de permettre la dénonciation, ou à tout le moins, d'en donner l'alerte afin que la finalité de la justice que porte le droit reprenne sa place dans le monde du sport organisé. Un bref aperçu de la situation (A) incite à proposer au moins une voie d'action pour y remédier (B). Mais pour ce faire, un regain de courage s'avère indispensable (C).

A : Un bref état des lieux

Du fait des lâchetés quotidiennes commises pour gagner toujours plus, l'érosion continue mais en parcelles négligeables -si on les considère isolément- des valeurs profondes qui fondent le socle de la vie commune, va croissant et doit susciter de l'indignation. Peut-on inscrire l'absence de réaction des justices nationales vis-à-vis de l'arbitrage des litiges sportifs dans le registre de « *l'esprit de tolérance qui tend à prévaloir aujourd'hui* »[1041] sur le courage ou plutôt dans celui d'une annihilation voire d'une simple substitution des vieilles valeurs par des nouvelles venues des plaisirs et émotions des événements sportifs ?

Toujours est-il que le royaume du sport épouse les contours d'un impressionnant rouleau compresseur idéologique dont le filet embrigade la terre entière pour imposer à toutes les sociétés humaines, à tous les Etats et leurs régimes politiques successifs ses spectacles, son fonctionnement et sa façon propre de penser et de faire. C'est l'incarnation d'une authentique « *pensée unique qui soumet les masses du monde entier à une unique propagande d'autant plus efficace qu'elle n'est pas dénoncée comme telle* »[1042].

En tout cas, les seigneurs du sport organisé et leurs actes restent, comme les princes d'autrefois, quasiment absous de la puissance de la loi. On y a vu

---

chaton de sa trouvaille sur son doigt et s'aperçut qu'en dedans, celui-ci le rendait invisible. Il renouvela l'expérience et dès qu'assuré de ce prodige, il s'infiltra parmi les messagers du roi, séduisit la reine avant de comploter avec elle la mort du roi pour s'emparer du pouvoir…

[1041] Jacques GHESTIN (Dir.) : Traité de droit civil, Les Obligations, Le contrat : Formation, op. cit., n° 112.

[1042] Jean Marie BROHM : La tyrannie sportive op. cit, pp. 104-105.

BY NC ND

une espèce de consensus mou qui s'organise autour des dérives regrettables et sans cesse croissantes de l'économie sportive. C'est véritablement « l*a servitude sportive qui réduit chaque nation à n'être plus qu'un troupeau d'animaux timides et industrieux, dont le gouvernement est le berger* »[1043]. Les pouvoirs sportifs au premier rang desquels le CIO et la FIFA, ne ratent pas l'occasion de se servir de leur puissance réglementaire tout en revendiquant un statut d'extraterritorialité juridique par rapport aux systèmes juridiques étatiques. Sur le plan mondial, en dehors de quelques exceptions[1044], au lieu de prendre à bras le corps leur rôle dans la régulation sociale par l'application judicieuse du droit pour rassembler les morceaux de la dignité humaine en destruction continue par les ravages économiques, les pouvoirs publics restent des spectateurs de l'exécution des vœux des dieux du sport.

Mais il reste que le droit abandonné à l'emprise du tout économique n'avancera lui aussi que sous l'éclairage du tout utilitaire, tout efficient et tout contractuel, ce en toute liberté, comme le veut la doctrine libérale[1045]. Pourtant, au risque d'ouvrir une porte déjà ouverte, cette illumination a débouché au résultat aujourd'hui connu de tous : « *Les plus forts ont exploité les plus faibles, et l'intérêt général a été souvent sacrifié aux intérêts particuliers* »[1046]. Le Droit que présentait SHAKESPEARE[1047] comme une ruse

---

[1043] Alexis de TOCQUEVILLE : De la démocratie en Amérique, Garnier-Flammarion, Paris, 1981, tome 2, pp. 384-385, cité par Jean Marie BROHM : La tyrannie sportive op. cit. p. 15.

[1044] Venus du droit français à notre connaissance. Pour citer quelques exemples jurisprudentiels faisant prévaloir les dispositions d'ordre public du droit du travail: Le sportif professionnel reste un salarié soumis au droit du travail (et non un professionnel au sens du droit de la concurrence) : Cass. soc. : 12 décembre 2012, n° 11-21849, aff. CASARTELI c/ Stade Brestois 29, CDS n° 30/2013, p. 45, note Virginie RENAUX-PERSONNIC ; JCP S 2013. 1124. RJES 2013, n° 110 ; LPA 2013, Chronique de droit du sport, obs. G. RABU ; CA Paris, Pôle 6, Ch. 2 : 27 sept. 2012, RG n° 12/00348, SASU Brahim Asloum Group c/ Nordine OUBAALI, CDS précités, p. 49, note Virginie RENAUX-PERSONNIC ; La modification des dispositions du code du travail sur la rupture de plein droit du contrat de travail par la Charte du football professionnel est illicite : Cass. soc. : 23 mars 1999, n° 96-40181, Bull. civ. V. n° 136 ; Dr. soc. 1999, p. 623, note Jean-Pierre KARAQUILLO ; D. 1999, 470, note François LAGARDE.

[1045] Laisser faire les lois naturelles du libre échangisme, de la main invisible du marché c'est-à-dire soit celle de l'offre et de la demande, et de la libre concurrence.

[1046] Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, Les Obligations, Op. Cit, p. 107 ; n° 113.

[1047] Cf. William SHAKESPEARE : le marchand de Venise.

BY NC ND

venue sauver les faibles, se voit dans cet autre habillage, happé et obligé de se mordre la queue en desservant sa cause fondamentale. Ce que dénonçait déjà Karl MARX[1048] en le faisant voir plutôt sous les couleurs d'une arme de musellement des libertés et des volontés entre les mains des puissants détenteurs des moyens de production. Le consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs mime davantage la coloration marxiste que shakespearienne.

B : Une possible voie d'action pour y remédier

Le constat ci-dessus dressé invite urgemment à encadrer cette trop grande liberté laissée au monde sportif comme cela s'impose aujourd'hui à l'économie financière dont la crise pousse les Etats aux portes de sa régulation. Une action en contrebalance des pouvoirs publics se fait indispensable, pour rétablir la prévalence de l'intérêt général sans que le système sportif en sorte exténué. Ce qui est faisable par un encadrement flexible de l'ordre public sportif par l'ordre public de direction sans tuer l'esprit de celui-là. Parce que trop de liberté tue la liberté, il peut être imposé aux pouvoirs sportifs de redorer son blason à la liberté contractuelle dans la soumission de l'athlète à l'arbitrage. Ce qui le conduit à faire bon usage de sa volonté, à la façon de ce « *libéralisme bien tempéré entaché de quelques rémanences du passé* »[1049] où les pouvoirs publics peuvent intervenir si la nécessité s'en fait sentir tel que le préconisait en termes prémonitoires Adam SMITH après avoir enseigné les vertus du libéralisme guidé par des harmonies économiques venues de nulle part et fustigé l'esprit mercantile « qui maîtrise et opprime l'autre » [1050].

Les pouvoirs qui ont construit l'arbitrage des litiges sportifs ne cachent pas leur volonté d'échapper à l'emprise d'un ordre juridique étatique. Ces conventions se dressent face aux Etats et à leurs juges, et tiennent aux

[1048] Cf. Karl MARX : Le capital, éd. sociales, Paris, 1976.

[1049] F. DELBARRE : Le choix d'une politique commerciale après l'ordonnance du 1er décembre 1986 : "Rapport du 6e congrès de l'Association nationale des conseils juridiques", LPA n° 112, du 18 sept. 1987, p. 90.

[1050] Cf. Adam SMITH : La richesse des nations, Flammarion, Paris, 1991, pp. 143 ss.

BY NC ND

vœux de l'article 1134 alinéa 1 du code civil, lieu de loi des parties. Pourtant, dans les autres domaines, "*le juge ne se considère pas automatiquement lié par la volonté des parties de maintenir leur accord en dehors de la sphère du droit étatique*"[1051]. L'état d'infériorité constaté des sportifs dans la convention d'arbitrage incite à s'indigner de l'absence d'une protection particulière qui leur est due. Leur situation s'apparente à plus d'un égard à celle des consommateurs.

L'infériorité économique et les abus qui en ont été faits en tirant avantage des lacunes de la théorie des vices du consentement, ont inspiré le droit de la consommation marqué par une rapide expansion, avec pour finalité la protection de la masse à qui on fait signer « *un contrat pré-rédigé sans l'avoir clairement compris et librement accepté* »[1052]. La masse mondiale des sportifs appelés à donner leur consentement dans des circonstances similaires est non négligeable. Mais en s'appuyant sur la qualification que leur donne les autorités sportives, on les considère tous comme des professionnels au sens de la Directive européenne en la matière[1053] pour leur refuser la protection qu'ils sont susceptibles de recevoir si l'on s'en tenait au sens des clauses visées par ladite directive[1054]. L'absence de précision sur la distinction de l'activité professionnelle par rapport à l'activité salariée par le droit de la consommation n'endigue pas la difficulté. Il reste qu'une lecture piétiste de la directive susvisée n'incite pas à leur admettre sa protection.

[1051] Laurence BOY : Le cadre civil des affaires, op. cit, p. 117.

[1052] Jean CALAIS-AULOY et Franck STEINMETZ : Droit de la consommation, Dalloz, n° 158 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNK, Les oligations op. cit., n° 10

[1053] L'article 2 b de la Directive européenne 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur la « *protection des intérêts économiques des consommateurs contre les abus de puissance (…) et l'exclusion abusive de droits essentiels dans les contrats* » voit en le consommateur à qui s'appliquera la directive « *toute personne physique qui (…)agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* » et toujours selon le même texte en son point "c", le professionnel vise "toute personne physique ou morale qui (…)agit dans le cadre de son activité professionnelle publique ou privée".

[1054] L'annexe de ladite directive énonce clairement que sont stigmatisées les « *clauses ayant pour objet ou pour effet i) de constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat* ».

BY NC ND

On devra pour palier ce problème, leur accorder le bénéfice des dispositions du droit du travail. Seulement, celles-ci n'accordent pas leur faveur à la clause compromissoire. Un autre effet annihilant cette préoccupation viendrait des salaires mirobolants versés à une poignée de sportifs. Il conduirait à une erreur consistant à prendre une minorité pour le tout[1055] et donc sceller le sort des sportifs individuels si l'on ne prenait en compte que la personne physique contractante en état de faiblesse.

Même le juge étatique a pu estimer qu'une personne physique qui passe à l'étranger pour son usage personnel la commande d'un véhicule de marque, commercialisé en série (en l'occurrence un Jaguar) n'est pas un consommateur ordinaire. Ce, pour admettre la validité d'une clause compromissoire par référence dans un contrat de consommation[1056]. Mais cette démarche n'incite point à faire l'économie de la différence qu'il faudra établir et maintenir entre la poignée de sportifs abondamment rémunérés, de la très grande masse dont le sort n'est point différent de celui de la masse commune des salariés. Si cette poignée peut dans l'imagerie populaire subir le même sort que les non commerçants avertis du fait de leur richesse, on ne saurait abandonner la grande masse d'entre eux sans défense aux excès des pouvoirs sportifs.

Ce penchant de les prendre tous pour des professionnels est paresseux et contestable, car ce professionnalisme conduit au plus à la maîtrise de l'art du spectacle pour lequel ils s'entraînent en permanence, sans leur ajouter un supplément notable de reflexe de protection juridique. Très clairement, ils sont maîtres de leur art, mais non des professionnels avisés. C'est pourquoi rien ne s'oppose à ce qu'ils bénéficient *de facto* de la protection du régime du droit de la consommation qui s'étend aussi bien aux professionnels qu'aux

[1055] Cf. : Guy PAISANT : Essai sur la notion de consommateur en droit positif, JCP E. 1993, I, 267.

[1056] CA Paris : 7 déc. 1994, Société V2000, société Project XJ 220 Ltd c/ Renault Jean François op. cit. RTD Com. 1995, pp. 401 ss., notes Jean-Claude DUBARRY et Eric LOQUIN, Rev. Arb. 1996, p. 67.

BY NC ND

non professionnels[1057]. A défaut d'y fonder directement la décision, on peut à la lumière de ses enseignements prévenir les déséquilibres contractuels top prononcés, l'inégalité précontractuelle engendrant le déséquilibre dans la le contenu du contrat[1058].

Un texte spécial ne s'avère pas absolument nécessaire à cet effet. Les principes généraux appliqués en matière de consentement, mais assouplis pour éviter l'effet contraire de ce qu'il faut pour le progrès des activités sportives, peuvent être d'un bon apport pour redorer son blason au consentement donné par tous ceux dont minorité et la faiblesse nourrissent en tout être équilibré le sentiment d'injustice. Ce n'est pourtant pas difficile dans cette optique, de se régénérer en puisant dans le traitement juridique passé de l'essence[1059] du consentement pour construire son futur dans d'autres domaines où il s'avère fondamental. La prise en compte de la faiblesse de l'autre pour rétablir un équilibre même imparfait, mais un équilibre contractuel tout de même, n'est pas l'apanage du juge étatique.

Le régime de l'arbitrage des litiges sportifs est presqu'entièrement tourné vers un objectif économique, car on exclut en principe d'y connaître des contestations mettant en cause les décisions des arbitres de terrain faisant application des règles du jeu. Pourtant, ces décisions restent le point central de la pratique même du sport organisé. Ce régime étant ainsi mû par la recherche de l'efficience, il n'entretient pas de souci quant à l'intégrité psychologique du consentement. Or sa légitimité toute entière y repose pourtant. Les pouvoirs sportifs, les arbitres des litiges sportifs eux-mêmes - et ce rôle est capital- peuvent prendre le problème à bras le corps. Il suffit pour y parvenir, d'un simple regain de courage.

[1057] Florian LINDITCH : La protection en droit public in Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (Dir.) : Les clauses abusives entre professionnels, Economica, 1998, p. 79.

[1058] François-Xavier TESTU : Le juge et le contrat d'adhésion, op. cit. ; K. SONTAG op. cit., n° 1354, p. 411.

[1059] **Essence** prise ici pour valeur profonde, c'est-à-dire d'après Le Petit Robert 2013, « *ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle est et ce sans quoi elle ne serait pas ; ensemble des caractères constitutifs et invariables* ».

BY NC ND

C : L'indispensable regain de courage

Nous sommes dans une société d'image. On y fait appel non pas seulement pour nourrir l'imagination, mais aussi pour l'éblouir et l'endormir. Le contexte d'euphorie planétaire dans lequel sont situés les téléspectateurs des tournois et compétitions sportives fait quasiment tomber tout le monde en admiration devant le spectacle et ses organisateurs. La joie se renouvelant à chaque occasion, est presque devenue quotidienne et permanente, avec la création des chaînes médiatiques entièrement dédiées au sport. Cette addiction de l'esprit par le plaisir tiré de la chose sportive favorise l'enlisement du courage[1060].

Il est évident que l'actuel contexte économique, l'obsession de la pensée populaire par la beauté, la jeunesse et la richesse tue la vaillance en empêchant de « *savoir dire non au diktat du monde et savoir se dessaisir du besoin de reconnaissance –falsifié- qu'il organise* »[1061]. Pourtant, loin d'être la préoccupation gardée en contemplation, mais abandonnée aux héros d'autrefois, le courage doit reprendre la place qui est la sienne dans le temps présent. Il doit s'inscrire à l'encre indélébile dans les actions des hommes ordinaires qui ne cèdent pas à la marginalisation dont font généralement l'objet les courageux. Parce qu'il est inaliénable comme devrait en être tout autant le consentement, « *le courage forme autant une théorie du sujet qu'un outil de régulation de nos sociétés* »[1062].

Pour rester dans le cercle du droit, après le jugement du roi Salomon, le juge MAGNAUD dont les décisions furent tout aussi plus fondées sur la sagesse que sur l'application bête des textes, tient lieu à cet égard d'exemple demeuré célèbre devant inspirer ses collègues du monde entier. Si sa jurisprudence reste d'un retentissement perpétuel, c'est bien parce que

---

[1060] Cf. Cynthia FLEURY : La fin du courage, éd. Fayard, Paris, 2010.

[1061] Cynthia FLEURY : in Plage philo (3/7) : La vertu du courage, Le Figaro Madame du 19 juillet 2010, consultable sur http://madame.lefigaro.fr/feminin/il-y-a-un-temps-pour-tout-et-un-art-de-vivre-chacun-de-ces-temps-091210-28576. visité le 8 mars 2013.

[1062] Cynthia FLEURY, ibid.

BY NC ND

sachant nettement faire la distinction entre la justice instituée et l'idéal de justice que poursuit l'institution, il s'était muni du courage nécessaire pour imposer que les principes ne soient plus en permanence trahis par la pratique, fut-ce par application démesurée des textes.

A ce propos, il ne manqua pas l'occasion de dire dans une affaire qu'il jugeait le 1er décembre 1887, ce qu'était à ses yeux une clause d'irresponsabilité qu'une compagnie de chemin de fer avait incluse dans les conditions générales de transport. Constatant d'abord que la clause dont ladite compagnie sollicitait l'application à son profit en raison de la force obligatoire des contrats, d'une part avait été insérée par elle « *pour en imposer aux ignorants de leurs droits, et éviter ainsi un certain nombre de réclamations* », puis d'autre part repoussait en termes absolus toute responsabilité de leur part ; ensuite saisi par la raison, "Le bon juge" se dressa à l'encontre de la jurisprudence en cours à ce moment[1063], retint que « *semblables stipulations, si elles étaient admises, seraient particulièrement dangereuses de la part desdites compagnies à raison de leur monopole* ». La clause fut ainsi déclarée « *illicite, nul ne pouvant* selon lui, *stipuler qu'il ne répondra pas de sa faute personnelle* »[1064]. Si telles choses n'étaient pas sanctionnées par le juge, la vie les rapports humains ne seraient régis que par la loi du talion.

L'être humain étant d'abord et avant tout un être ondoyant et divers, il faut reconnaître, et aucun secteur des activités n'est épargné, que toute personne est passible de faiblesses. Ce qui est vérifiable dans « *des positions ou des agissements où le devoir de servir l'intérêt général, ou l'intérêt d'autrui, emprunte les traits d'un intérêt personnel* »[1065]. Le croisement de l'intérêt personnel et de l'intérêt général emporte très souvent dans son tourbillon

[1063] Dans cette affaire, un particulier se plaignait des avaries relevées sur quelques pièces de cidre après qu'elles eurent été transportées en tarif réduit par la compagnie des chemins de fer de l'Est. La position jurisprudentielle en cours à ce moment était que la libre option du client pour le tarif réduit mettait sur ce dernier la charge de la preuve de la responsabilité.

[1064] Cf. André ROSSEL : Le bon juge, éd. A l'enseigne de l'arbre verdoyant éditeur, 1983, pp. 25 à 27.

[1065] Jean-Pierre KARAQUILLO : Conflits d'intérêts : une régulation pertinente … mais parfois déjouée, RJES n° 130, avril 2013, p. 3.

BY NC ND

invisible l'impartialité, l'objectivité, l'indépendance de la personne en charge d'une mission. La matière arbitrale en général en est bien gangrénée, si bien que le recours au juge étatique s'avère la voie idoine pour y trouver une solution concrète.

Un concept comme l'ordre public est à la disposition du juge pour lui permettre de préserver « *les principes fondamentaux relatifs à la justice et à la morale que l'Etat désire protéger, même lorsqu'il n'est pas directement concerné* »[1066] Mais comme l'arbitre international n'est pas le gardien « *d'un ordre public étatique, il n'est pas chargé par l'Etat d'appliquer ses lois de police* »[1067] Le contrôle de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public [1068] reste indispensable pour sortir l'arbitrage international des dérives qu'il connaît de temps en temps. Le juge fédéral suisse, en tant que juge du for des sentences rendues par le TAS, ne s'est pas montré assez favorable et n'a exercé ce contrôle que de façon très limitée[1069]. Pourtant, ce refus de contrôler le fond des sentences du TAS paraît véritablement « *inéquitable aux yeux des athlètes, en particulier sachant que l'arbitrage leur*

[1066] Jean Salmon (dir.), Dictionnaire de droit international public, op. cit. p. 788.

[1067] Bernard HANOTIAU : L'arbitrabilité et la favor arbitrandum ; un réexamen, op. cit., n° 4, p. 915.

[1068] Il divise la doctrine : Pour les tenants du contrôle : cf. Pierre MAYER : La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. arb. 1994, 630, n° 18); Christophe SERAGLINI : Lois de police et justice arbitrale internationale, nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2001, n° 416 et s. ; L'affaire Thalès et le non usage immodéré de l'exception d'ordre public … Gaz. Pal., 21-22 oct. 2005, n° 9); Jean-Baptiste RACINE : L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ 1999, p. 497 et s.; Vincent. CHANTEBOUT : Le principe de non révision au fond des sentences arbitrales, Thèse Paris II, 2007 ; Sylvain BOLLEE : Note sous Paris 18 nov. 2004, Rev. Crit. DIP 2006, 111 ; Chron. de jurisprudence française, Rev. arb. 2007,97; Eric LOQUIN : note sous Civ. 1ère 3 juin 1998 Rev. arb. 1999, 71 ; Elie YAMDJIE : Contrôle de l'ordre public dans les sentences arbitrales et prohibition de la révision au fond, Mémoire MASTER 2 Recherche à l'Université de Nice Sophia-Antipolis, 2008, pp. 64 et ss.

Pour les adversaires du contrôle, cf. A. Mourre : note sous Paris,18 Nov. 2004, Thalès, JDI, 2005, 365; Y. DERAINS : Chron. de jurisprudence française, Rev. arb. 2001, 805; L. RADICATI di BROZOLO : L'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public international, Rev. arb.2005, 530 ; Thomas CLAY : Obs. sous Paris, 18 Nov; 2004, D 2005, 358.

[1069] Depuis la création du TAS, très peu de sentences ont été par le tribunal fédéral suisse : cf. S. NETZLE : "Appeals against Arbitral Award by the CAS", Bulletin TAS, fév. 2011 ; Simon LE RESTE : Recours en annulation des sentences du TAS devant le Tribunal fédéral suisse : « Est-ce une révolte ? – Non Sire, c'est une révolution ! », CDS n° 28/2012, p. 40.

BY NC ND

a été imposé par les fédérations sportives et que le Tribunal accepte le caractère non consensuel de l'arbitrage sportif »[1070]. Ce qui n'a pas empêché que « *jusqu'ici, le TAS n'avait à souffrir que quelques, très rares, annulations pour incompatibilité à* ***l'ordre public procédural*** *suisse* »[1071].

Mais il paraît que le juge suisse a enfin pris conscience des dérapages qu'autorisait son attitude : Par un arrêt rendu le 27 mars 2012[1072] dont l'importance l'a incité à y consacrer un communiqué de presse qui sonne comme un avertissement déposé sur son site internet[1073] le Tribunal fédéral suisse a annulé une sentence rendue par le TAS pour incompatibilité à **l'ordre public matériel**. Les circonstances de cette affaire à multiples rebondissements méritent d'être amplement énoncées ici. Un joueur de football avait résilié son contrat de travail pour rejoindre une nouvelle équipe. Le joueur et l'équipe ont été condamnés par application des règlements de la FIFA, à payer solidairement à l'équipe victime de la résiliation brutale de contrat, la somme de six millions huit cent mille (6.800.000) euros de dédommagement. Cette somme était assortie d'intérêts au taux de 5%. Le TAS saisi sur recours avait aggravé la peine en portant le montant de la condamnation à (onze millions huit cent cinquante huit mille

---

[1070] Antonio RIGOZZI : Le recours contre les sentences du Tribunal arbitral du sport (TAS), Anwalt Revue de l'Avocat, Mai 2008, p. 220.

[1071] Jean-Michel MARMAYOU : Le TAS et la juste proportion entre ordre sportif et ordre public, CDS n° 27/2012, p. 11 ; Trib. Féd. 1ère cour dr. civil, 11 juin 2001, 4P.64/2001, Abel XAVIER c/ UEFA, Bull ASA, 2001, p. 570 ; 22 mars 2007, 4P172/2006, G. CANAS c/ ATP Tour et TAS, ATF 133 III 235, Rev. arb. 2008, n° 3, p. 570, obs. Mathieu MAISONNEUVE ; Gaz. Pal. 13-17 juil. 2007, p. 35, obs. A. PINNA, Cah. Dr. sport n°8 / 2007, p. 43, note Frédéric BUY ; Gaz. Pal. 28-29 mars 2008, p. 46, obs. P.-Y. GUNTER ; Rev. arb. 2008, n° 4, p. 770, obs. P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH ; 9 fév. 2009, 4A_400/2008, José Ignacio URQUIJO GOITIA c/ Liedson Da Silva Muñiz, Gaz. Pal. 17-18 juil. 2009, p. 33, note Antonio RIGOZZI ; Rev. arb. 2009, p. 641, obs. C. CHAUSSARD ; ibid. p.862, obs. P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH; 13 avril 2010, 4A_490/2009, club Atlético de Madrid SD c/ Sport Lisboa E Benfica Futebol SAD et FIFA, Cah. Arb. 2010, p. 825, note A. RIGOZZI, cah. Arb. 2011, p. 1093, note C. PONCET, Rev. arb. 2010, p. 637, note F. KESSLER; ibid. p. 902, obs. P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH.

[1072] Trib. Féd., 1ère cour droit civil, 27 mars 2012, 4A_558/2011, Francelino da Silva MATUZALEM c/ FIFA, Cah. Dr. sport, n° 27/2012, p. 11 et ibid. n° 28/2012, pp. 35-43, note Simon LE RESTE.

[1073] www.bger.ch/fr/mm_4a_558_2011_d.psf

BY NC ND

neuf cent trente quatre (11.858.934) euros avec le même taux d'intérêt. Le joueur et l'équipe espagnole ont saisi le Tribunal fédéral en annulation. Mais celui-ci avait par arrêt en date du 2 juin 2010[1074], rejeté le recours, motifs pris de ce que l'ordre public procédural et matériel suisse n'avait point été violé.

Alors que généralement, l'exécution de ce genre de condamnation est effectivement faite par le club, l'employeur de MATUZALEM était entretemps tombé dans les mailles de la déconfiture financière. Il ne pouvait plus par conséquent payer. La FIFA par la voie de sa Chambre de résolution des litiges (CRL), condamna encore le joueur à une amende de 30.000 Francs suisses pour retard dans l'exécution. Cette dernière décision lui accordait un délai supplémentaire pour s'acquitter du dernier montant retenu contre eux par le TAS, mais comportait aussi une mesure comminatoire menaçant le joueur d'une interdiction d'exercice de toute activité relative au football jusqu'à entier règlement desdites sommes.

Le joueur porta une nouvelle fois devant le TAS, la contestation de cette décision de la FIFA. Le TAS rejeta ce recours. C'est cette deuxième sentence (non rendu publique par le TAS) que le sieur MATUZALEM défère au juge fédéral. Celui-ci finit par admettre qu'était « *fondamentalement illicite le prononcé par la FIFA d'une mesure disciplinaire en vertu de laquelle le footballeur MATUZALEM s'était vu menacé d'une interdiction d'exercer sa profession pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation de payer des dommages-intérêts à son ancien employeur* ».

Le juge suprême va plus loin en énumérant quelques éléments qui permettent de déterminer à peu près le contenu de cet aspect de l'ordre public (l'ordre public matériel). Pour lui en effet, « *lorsqu'elle viole les principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable*

[1074] Trib. Féd., 1ère cour droit civil, 2 juin 2010, 4A_320/2009, MATUZALEM et Real Saragoza SAD c/ FC Schakhtar Donestk et FIFA, consultable sur le site du tribunal : www.bger.ch/fr/

BY NC ND

avec l'ordre juridique et le système de ***valeurs déterminants*** *; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle,* ***le respect des règles de bonne foi,*** *l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que* ***la protection des personnes civilement incapables*** »[1075]. Même si une hirondelle ne fait pas le printemps, cette décision révolutionnaire[1076] est un désaveu qui invite plus que jamais les pouvoirs sportifs et le TAS en premier, à entrer « *dans la normalité et c'est heureux* »[1077], sauf s'ils font montre d'une imperméabilité à tout crin aux arguments de la raison. Le juge fédéral ne donne-t-il pas ainsi un coup d'arrêt à un banal rôle de « juge d'appui » complémentaire[1078] qu'il a joué pour l'arbitrage des litiges sportifs ?

Dans la mesure où il n'est pas concevable de faire appel à une intervention législative planétaire contre les dérives jusqu'à présent relevées, ils peuvent s'inspirer des attitudes comme celle sus-évoquée, pour y porter quelques corrections. Le problème du conflit d'intérêt n'y est pas nouveau, et une légère solution y a été apportée au moyen de la modification du Code de l'arbitrage du TAS du 29 septembre 2009, notamment par l'interdiction de la "double casquette". En l'occurrence, il a été question de ne plus permettre aux arbitres et médiateurs de l'Institution de continuer à y agir en qualité de conseil représentant les parties[1079]. Toujours est-il que la nomination unilatérale des arbitres du TAS, la faculté de leur retirer leur mission[1080] et "*la haute surveillance sur les activités* [de son] *greffe*", laissent toujours planer un doute sur leur indépendance, que les justifications brandies ne réussissent pas à effacer.

[1075] ATF 132 III 389, considérant 2.2.1.

[1076] Simon LE RESTE op. cit.p. 40.

[1077] Jean-Michel MARMAYOU : op. cit., ibid.

[1078] Cf. Catherine KESSEDJIAN : Le droit entre concurrence et coopération, op. cit, p. 122, note 5.

[1079] Article S 18 al. 3 du Code de l'arbitrage en matière de sport, cf. RJES, supplément 2 au n° 92 de septembre 2009, Actualités juridiques, p. 7

[1080] Articles S6 paragraphes 3 et 6 ; S13 et S19 al. 2 du Code de l'arbitrage en matière de sport.

BY NC ND

Section 2 : LES JUSTIFICATIONS A CES ENTORSES AU CONSENTEMENT

La réception et l'usage du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs invitent à mettre résolument les idées en accord avec les faits. Il lui colle à la peau bien plus que l'imperfection liée à toute œuvre humaine, car comment admettre que les actes juridiques privés lésant les libertés ne soient au moins autant contrôlés que ceux émanant de l'autorité publique ? Est-il concevable [qu'une personne privée] puisse se permettre dans son activité juridique ce qui est interdit à une autorité administrative ?[1081] A défaut, comment donner un visage humain à une pratique spécialisée dans l'enlisement des libertés et des droits fondamentaux. Nombreux sont les arguments déployés à son soutien. Mais ils participent pour la plupart de ces voilages qu'entretiennent les versions officielles à côté de l'état réel d'une circonstance. Autrement dit, derrière les justifications alléguées (§1) en faveur de l'arbitrage des litiges sportifs, se cachent les justifications réelles (§2).

§1 : LES JUSTIFICATIONS ALLEGUEES

Il a été démontré que dans le circuit qu'empruntent les parties prenantes pour arriver à l'arbitrage des litiges sportifs, le consentement dénué de sa libre volonté se trouve complètement dépassé et ne saurait dans telles conditions emporter la victoire finale. En tout cas, il termine sa course aussitôt commencée avant d'avoir connu les méandres du parcours. Pourtant sur le podium de consécration de la victoire ou même après en être descendus, les vainqueurs ne s'empêchent pas de le placer de nouveau en pool position, cette fois pour innocenter leur pratique pour le moins critiquable afin de les légitimer. Pour s'y prendre, ils prennent appui sur des justifications empruntées aux traditionnelles vertus de l'arbitrage (A) pour reconstruire l'exception sportive (B).

[1081] Julien RAYNAUD : Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, op. cit., p. 176.

BY NC ND

A : Les justifications basées sur les traditionnelles vertus de l'arbitrage

On a justifié la pratique arbitrale et fondé l'essor qu'elle connaît depuis un certain temps par rapport à la justice étatique sur les arguments de célérité née de la suppression du formalisme procédural et du délai imparti à l'arbitre pour rendre sa sentence ; de confidentialité parce que le secret de la procédure œuvre au maintien des relations commerciales entre les parties ; de l'adaptabilité venue de sa flexibilité par rapport à l'action devant le juge. Toutes ces vertus débouchent sur efficacité de la sentence qui doit en principe être spontanément exécutée par les parties[1082].

En plus, s'y ajoutent la confiance que feraient les pouvoirs publics aux arbitres et l'indifférence des juges étatiques[1083]. Ceux-ci n'auraient guère fait preuve d'enthousiasme dans leur implication dans la résolution des litiges sportifs. La lourdeur de la procédure devant les tribunaux n'arrange pas les affaires sportives. En effet, il faut vite trancher les contestations pour éviter d'entraver le cours normal des compétitions. Ceci nécessite un allègement des étapes et du temps de l'instance et fait partie de la logique de réactivité qui confère à la procédure arbitrale son sens profond.

Au temps où le sport organisé se contentait de décerner les honneurs à travers les médailles et autres trophées, il entretenait avec le droit étatique de rapports cordiaux. Avec l'entrée du roi l'argent dans la scène, cette activité s'est vue atteinte par le virus de l'égoïsme. Son esprit est sorti complètement bouleversé, si bien que les Etats et leurs juges paraissent comme une réelle entrave au plein épanouissement de son économie. Aussi fait-on désormais valoir que la réglementation issue de la pratique même du sport et consacrée par les institutions sportives est d'un caractère complexe et ésotérique. Ce qui rend leur application difficile et embarrassante par des personnes étrangères au milieu.

[1082] Pierre JULIEN et Natalie FRICERO : Droit judiciaire privé, 3e éd. par Natalie FRICERO, op. cit., n° 795, p. 447.

[1083] Vincent CHANTEBOUT : Le principe de non révision au fond des sentences arbitrales, op. cit. n° 33 ss.

BY NC ND

Le juge étatique éprouverait suffisamment de peines dans sa volonté d'appliquer aux litiges sportifs, les règles étatiques sans menacer l'existence même du sport. Tout comme il ne lui est pas évident d'appliquer directement les règles sportives. C'est pourquoi l'Etat dont les tribunaux sont déjà saturés, préfère lui aussi confier le traitement de certains litiges sportifs à des spécialistes. Ce qui équivaut à « *la reconnaissance d'une autonomie de l'ordre sportif* »[1084].

Il existe ainsi d'énormes affinités électives entre l'arbitrage et l'activité sportive, puisqu'ils témoignent tous les deux des mêmes préoccupations. Au nom de l'efficacité, il faut toujours aller « *plus vite, plus haut et plus fort* !», pour reprendre la devise du père de l'Olympisme moderne. Il va de soi que le sport et l'arbitrage accordent leur violon, du moment où "qui se ressemble s'assemble": dit le dicton. En tout état de cause, un constat s'impose : « *à l'heure où le sport professionnel s'est largement ''commercialisé'', l'arbitrage apparaît comme un mode de règlement des litiges particulièrement adapté à l'ensemble des difficultés contractuelles pouvant survenir en matière ''économico-sportive''* »[1085]

B : L'exception sportive

Elle s'appuie de prime à bord sur le sens profond de la pratique du sport dont l'idée de prescription obligatoire[1086] fait partie intégrante. L'activité sportive organisée ne se conçoit pas sans règles précises de déroulement et de sanction de chaque discipline. C'est ce qui fait du sport « *un univers de*

[1084] Charles AMSON : Droit du sport, op. cit., p. 109, n° 238 ; Cf. aussi Gérald SIMON : Existe-t-il un ordre juridique sportif ?, Droits 2001, p. 97.

[1085] Laura WEILLER : Les grands principes du droit de l'arbitrage et leur application en matière sportive, RJES (jurisport) n° 129 mars 2013, p. 23.

[1086] Le Robert pour tous de 1994 définit le sport comme « une activité physique (…) dont la pratique suppose un entrainement méthodique et le respect des règles » p. 1059 ; Le Petit Larousse illustré de 1998 dit quasiment la même chose : le sport est l'« ensemble des exercices physiques (…) pouvant donner lieu à compétition et pratiqués en observant certaines règles » p. 961.

BY NC ND

règles et de lois »[1087], autrement dit « *un monde de droit, au centre duquel domine la règle* »[1088] dont l'affirmation se fait prégnante à mesure que l'on quitte du sport loisir au sport compétition, du sport amateur au sport professionnel. Dans le cadre compétitif, ces règles techniques de source coutumière se voient assigner un objectif précis : « *établir les différentes données à partir desquelles va s'établir la confrontation et qui permettront la mesure de la performance* »[1089]. Elles assurent au passage "*l'uniformité de la pratique*"[1090] d'une discipline sportive, si bien que ses adeptes y adhèrent de façon presque spontanée.

Au regard de son émancipation par rapport aux Etats et de la configuration du système sportif, les Etats apparaissent comme des sujets un peu effacés aux côtés des principales parties prenantes, au point que le droit du sport a pris les allures d'un "droit sans l'Etat"[1091] dans le monde entier et le système est devenu comme un "Etat sportif mondial". On fait valoir en tout cas qu'« *on ne peut traiter l'activité sportive au regard du droit comme n'importe quelle activité sociale au risque de le dénaturer* »[1092], car les lois du monde sportif sont acculturées et ne pourraient être à bon escient appréciées et appliquées que par ses organes. Par le truchement des conventions collectives, l'Etat ne navigue pas entièrement à contre-courant lorsqu'il retient que « ***l'équité sportive impose*** *au sein d'un même sport professionnel, voire d'une catégorie de celui-ci,* ***une unicité de statuts qui justifie la mise en place d'accords sectoriels*** *destinés à former partie intégrante du présent chapitre* »[1093].

[1087] Jean-Marie BROHM : Sociologie politique du sport, éd. universitaires, 1976, p. 57.

[1088] Gérald SIMON : Puissance sportive et ordre juridique étatique, op. cit., p. 1.

[1089] Ibid. p. 72.

[1090] Charles AMSON op. cit., p. 64, n° 121.

[1091] Laurent COHEN-TANUGI : Le droit sans les Etats ?, Arch. Phil. Droit, Tome 47, 2003, p. 286.

[1092] Gérard AUNEAU et Patrick JACQ : Les particularismes des contentieux sportifs, JCP G, 1996, Doctrine, n° 3947, p. 285, spéc. 286.

[1093] Cf. Convention collective nationale du sport, préambule du chapitre 12, alinéa 3.

BY NC ND

Il est donc logique que ces règles comportent en elles-mêmes les mesures de sanction contre les violations dont elles peuvent être l'objet. Or s'il faut pour chaque cas saisir les tribunaux pour obtenir la condamnation du contrevenant, les jeux cesseront considérablement d'être attractifs. A l'inverse, on ne peut pas non plus laisser totalement impunies les atteintes aux règles sans faire de l'activité sportive que celles-ci encadrent, une pétaudière. Cet ensemble de normes forme ce qu'on appelle les règles techniques de jeu, applicables par l'arbitre de terrain et insusceptibles de contrôle du juge étatique sauf cas très exceptionnel de faute lourde[1094]. Dans une telle perspective, le sport n'aurait plus besoin des règles de droit étatiques pour s'accomplir.

En plus, pour le mouvement sportif, ses propres règles impératives ne sont guère différentes de celles édictées par les pouvoirs publics. En tant que principes fondamentaux des ordres juridiques du sport, ils ont une identité propre qui invite à ne pas les confondre avec les principes fondamentaux communs. Ils puisent leur essence à la spécificité de l'organisation, du fonctionnement de l'activité sportive et de sa pratique. Ces principes incontournables de la *lex sportiva*[1095], annoncés dans des textes du mouvement sportif, prennent vie au fil des contentieux sur lesquels se penchent les juridictions étatiques et le Tribunal arbitral du sport ainsi que les conciliateurs du Comité national olympique et sportif français »[1096]

Comme aux côtés des dirigeants emportés par l'instinct dictatorial, une idéologie d'accompagnement, apparemment ajustée à la volonté des détenteurs du pouvoir dominant, se développe et cherche à rendre

[1094] CA Rennes, 1ère chambre A ; 25 juin 2002, Association culturelle des Camerounais de Loire-Atlantique c/ FIFA, Cf. Dictionnaire Permanent Droit du sport, Bulletin n° 80, juillet 2002 et Le monde du 10 juillet 2002, p. 23 ; CE, 13 juin 1984, Association Club Athlétique de Mantes La Ville, n° 44648, rec. p. 218, AJDA 1984, p. 531 ; pour ce point, cf. aussi Charles AMSON, op. cit., pp. 67 à 69, n° 126 et ss et les références citées.

[1095] Cf. François LATTY : La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

[1096] Jean-Pierre KARAQUILLO : Les principes fondamentaux propres à la lex sportiva, RJES n° 127, janvier 2013, p. 35.

BY NC ND

intelligible les dérives qui surgissent du monde sportif : « *on ne peut espérer comprendre le sport sans prendre en compte les valeurs que poursuivent les sportifs* »[1097]. Or depuis un certains temps, il ne fait plus de doute que les sportifs attitrés et ceux qui y aspirent encore en masse aujourd'hui ne poursuivent autre finalité que le lucre, l'argent facile, le luxe. Ceux-ci ne sont rien de moins que des valeurs marchandes, apparemment les seuls aptes, dans la pensée commune, à conduire tout droit vers les niches chaudes de la réussite sociale.

§2 : LES JUSTIFICATIONS REELLES

La mise sur pied de l'arbitrage des litiges sportifs est loin de se résumer en un simple réservoir de techniques assez futées. Il peut y être décelé « *un système cohérent de prescriptions dotées d'une âme* »[1098] mais dont l'accueil jusque-là accordé à ses effets « *masque l'obscurité de sa cause* »[1099]. En réalité, si l'on éprouve du mal à l'admettre dans les critères du droit classique des contrats, c'est parce que l'évolution de la société a rendu très étroit le cadre ancien où s'est conçu ce droit. Sociologiquement, « *l'élaboration des théories relatives au consentement s'inscrivait dans un cadre fort différent de celui qui a déterminé la conceptualisation des clauses standardisées* »[1100] de l'acceptation de l'arbitrage des litiges sportifs.

En effet, jusqu'à la révolution industrielle, les rapports de domination ne faisaient pas en principe partie de la sphère judiciaire, les règles morales et sociales étant encore bien prégnantes dans le monde économique. Quand bien même l'existence de puissants n'est pas contestable, les contrats unissaient en principe des parties d'égale force économique et sociale. La négociation directe des différentes clauses de leur convention garantissait

[1097] Pascal DURET et Patrick TRABAL : Le sport et ses affaires. Une sociologie de la justice de l'épreuve sportive, Paris, Métailié, 2001, p. 235.

[1098] Eric SAVAUX : La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? Thèse, LGDJ, 1969, BDP, t. 264, n° 191.

[1099] Clémence MOULY-GUILLEMAUD : op. cit., p. 2.

[1100] Francis LIMBACH : op. cit., n° 3, p. 3.

BY NC ND

dans ces conditions leur bonne maîtrise. En plus, la mouvance des mœurs suivant en cela celle des nouvelles donnes sociales qu'impose l'évolution économique, n'était pas devenue vertigineuse comme aujourd'hui. De ce point de départ, on arrive à percevoir que le sort du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs est dicté par des visées utilitaires (A) nourries par la recherche de l'efficience (B) et le souci de sécurisation du système (C) mis sur pied. C'est la conséquence logique du changement du statut de la pratique du sport devenue une activité économique[1101].

A : Les visées utilitaires tirées de l'idée de maîtrise des coûts de transaction

Tout part ici de préoccupations essentiellement égoïstes et présentées sous la bannière de la rationalité. Venu des pays anglo-saxons, berceau du libéralisme, l'Etat doit abandonner à l'initiative privé le domaine économique. Le sport organisé ayant montré ses aptitudes à produire énormément des retombées financières, doit rester aussi libre et indépendant. Ce qui devra se traduire « *par une autonomie administrative et réglementaire du mouvement sportif* »[1102]. En tant que courant de pensée économique, le libéralisme construit son idéal « *sur une certaine idée de liberté qui (…) insiste moins sur la participation politique que sur les effets : le droit de chacun de vivre comme il lui plaît dans un cadre réglé par les lois, et où l'on compte davantage sur le commerce que sur la vertu* »[1103]. Le système trouve son équilibre dans une harmonie entre l'individu, le pouvoir et le marché.

Le marché qui aura pour tâche de réguler le système, repose aussi sur l'idée de la maîtrise des coûts de transaction, mise en exergue par les ultralibéraux.[1104] En substance, la meilleure stratégie de gestion est la moins

---

[1101] CJCE : 12 déc. 1974 WALRAVE & KOCH c/ UCI et autres, Recueil CJCE 1974, p. 1405. 2.

[1102] Gérard AUNEAU et Patrick JACQ : Les particularismes des contentieux sportifs, JCP G, 1996, Doctrine, n° 3947, p. 285, spéc. 286.

[1103] Philippe RAYNAUD : libéralisme in Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.) : Le dictionnaire des sciences humaines, PUF, 2006, p. 690.

[1104] Dont HAYECK, COASE, POSNER, etc.

BY NC ND

dépensière que possible en temps et en argent. Il faut avec pertinence reconsidérer que dans les rapports intéressés avec les autres, « *le processus de marché est mis en mouvement par les conséquences de l'ignorance initiale des auteurs* »[1105] sur l'avenir. On ne doute pas non plus de ce que « *presque tous les contrats impliquent l'avenir, or l'avenir révèlera presque toujours des surprises* », l'avenir est lourd d'imprévus[1106]. Dans cette perspective, l'incomplétude préoccupe cette doctrine économique où on ne s'encombre pas de jugement de valeur morale. Mais cela ne doit pas constituer un frein à la construction. Karl PROPPER fait remarquer à ce propos qu'"*on ne peut contracter sur des événements que l'on ignore, et pourtant il le faut bien*"[1107]. Ainsi, tandis que le droit entend traiter le problème de l'incomplétude à la source[1108], l'économiste quant à lui, préfère apporter des solutions plutôt à ses effets.

Partant de la considération que l'économie n'est qu'une compilation de petits marchés interdépendants les uns des autres, qui s'auto-équilibrent automatiquement sous l'effet de la main noire, voire d'un ordre spontané. Il lui faut pour se constituer, juste la marchandise et l'individu rationnel dès qu'il sait se focaliser sur son objet et maximiser ses intérêts personnels. Le marché doit reposer ainsi dans cette logique, sur cet agent modèle -à suivre par tous-, fin "*calculateur froid et infatigable, dont les préférences respectent les axiomes de cohérence et de continuité*"[1109], parce que par son comportement seul, peut préserver ses intérêts en sachant à chaque moment apprécier avant de décider les coûts et les avantages de chaque acte qu'il pose. De là surgit le problème de l'importance économique du respect de la

[1105] Israël Mayer KIRZNER : Concurrence et esprit d'entreprise, Traduction Raoul AUDOUIN, Paris Economica 2005, p. 8.

[1106] Olivier FAVEREAU : Qu'est ce qu'un contrat ? in Christophe JAMIN (Dir.), op. cit. p.22, n° 47.

[1107] Cité par Olivier FAVEREAU : ibid. note 2.

[1108] En repoussant par exemple la validité des contrats imparfaits comme ce fut pendant longtemps encore le cas en matière du prix dans la vente avant l'atermoiement jurisprudentielle de 1995.

[1109] Olivier FAVEREAU : op. cit. p.23, n° 49.

BY NC ND

règle de droit, c'est-à-dire ses conséquences en termes de coût dans la vie du marché. Il faut par conséquent les limiter au plus strict minimum à défaut de les éliminer complètement.

Ce n'est donc pas sur l'Homme en tant qu'être doué de raison, dont l'action ne se cambre pas uniquement au service de ses intérêts égoïstes, mais sur l'homo economicus qui, malgré sa forme humaine, n'entend par ses attitudes, préserver aucune différence avec le chien de Monérot qui ne contemplait jamais le bleu du ciel parce qu'il n'est pas comestible, qu'il faut compter pour construire le marché. Le contrat social et son cortège de préoccupations invendables ne lui sont d'aucune utilité. Seule compte la convention en tant que simple cadre de relations d'échanges, parce qu'elle sert à le construire. Le marché n'y prend appui que pour se protéger. Pourtant, « *à vouloir trop axer sur l'économique, on s'expose à refouler, même involontairement, les considérations d'ordre moral, du moins, celles qui ne se plient pas à* [l']*évaluation* »[1110] monétaire.

Dans cette optique, il est bon de savoir que le temps est venu de ne plus faire peser sur les conventions le poids des illusions et convictions héritées de la théorie morale de l'autonomie de la volonté. Le contexte invite l'observation à cesser de s'encombrer d'idéologie et qualifier les choses telles qu'elles sont et non telles qu'on voudrait qu'elles soient. En tout cas, « *le volontarisme, le dirigisme étatique ou autre, le moralisme ont coexisté ; le dosage a … changé au gré d'influences multiples* »[1111]. Les conventions seraient victimes de la tentation sans cesse entretenue de ne les apercevoir que sous une forme idéale, parfaite. En tenant la volonté pour le fondement même des conventions, on rêve « *d'une sorte de contrat imaginaire conclu entre deux parties également savantes et libres, maîtresses d'elles mêmes, comme de leurs besoins et moyens* »[1112]. Or n'étant transparent ni aux autres,

[1110] François TERRÉ : Introduction générale au droit, op. cit., n° 43, p. 42.

[1111] Christian ATIAS : op. cit., p.6, n° 7.

[1112] Christian ATIAS : op.cit. p.8, n° 9.

BY NC ND

ni à lui-même, l'Homme doit faire avec l'insu[1113], avec l'inconnu que les économistes dénomment affectueusement l'"asymétrie d'information".

La représentation de l'"*animal métaphysique*" venue du regard d'Alain SUPIOT ne colle-t-elle pas à la peau de l'homme ? En effet, l'auteur fait comprendre que celui-ci dans ses actes existentiels, doit de façon pérenne établir des jonctions entre « *l'univers du sens et celui des sens* », entre « *l'infinitude de univers mental à la finitude de l'expérience physique* »[1114]. La convention n'est plus seulement volontaire tout comme elle ne demeure plus sous l'entière maîtrise de la volonté de ses auteurs. Et il s'avère évident que « *le degré en deçà ou au-delà duquel il n'ya plus contrat n'est pas clairement déterminé* »[1115]. En tout état de cause, la volonté de l'auteur consentant à l'arbitrage des litiges sportifs ne doit pas dépasser le cap de la rationalité économique. Elle ne doit pas non plus être redorée de tous ces attributs imbus de grandeur que lui prête le droit continental sans tenir compte de sa lourdeur. Puisque chacun est seul à savoir la vérité de sa volonté, il faut s'en tenir et construire avec celle qui a été concrètement extériorisée.

La volonté comme source de l'arbitrage des litiges sportifs, doit rester dans un rôle limité, prêter juste cette onction juridique donc l'organisation a besoin pour se construire. Ce serait assez fastidieux et coûteux de cheminer toutes les méandres des exigences individuelles. Or rendue sur le terrain de l'utilité et de l'efficacité, lesquels ont de nos jours pris le pas sur la crédibilité et la légitimité, il faut qu'elle se prête, quitte à en sortir dénaturée, au jeu de la minimalisation des coûts. La convention devra à cet effet constituer un simple lien modulable et adaptable ; l'appréciation de sa validité elle-aussi devant désormais se faire sur des considérations économiquement (…) opportunes[1116].

[1113] Muriel FABRE-MAGNAN : Introduction générale au droit, op. cit., p. 57.

[1114] Alain SUPIOT : L'Homo Juridicus op. cit., pp. 7, 10, 40.

[1115] Christian ATIAS : op.cit. p.11, n° 18.

[1116] Clémence MOULY-GUILLEMAUD : op. cit., pp. 1 et 5, n°1 et 4.

BY NC ND

Parce que son contenu concilie les intérêts des parties, la convention parfaite n'accorde au droit qu'un rôle subsidiaire d'autant plus qu'on y fait recours qu'en cas d'imperfection. La position de la convention d'arbitrage dans les statuts et autres documents liés à l'organisation et au fonctionnement du monde sportif en dit long. C'est dans la froideur des calculs économiques que tout est conçu et forgé. La finalité recherchée prime sur toutes autres considérations. « *La position de l'économiste sur le contrat, dit clairement un auteur, repose sur la construction d'un monde de référence où le droit est inutile. Cela signifie, poursuit-il, que le droit n'a pas pour l'économie dominante, de justification propre, en dehors du domaine que celle-ci veut bien lui concéder* »[1117]. Le consentement contractuel devra quitter le terrain de la mesure des valeurs pour s'émanciper sur celui de la mesure des coûts, car sous ce prisme là son utilité emporte sur sa validité.

B : La recherche de l'efficacité et de l'efficience économiques

Dans le courant de pensée économique, « *une entreprise ou une unité quelconque (…) font preuve d'efficience lorsqu'elles manifestent leur aptitude à tirer parti au mieux des ressources qui leur sont confiées* »[1118]. Les arguments tirés du droit positif sont moins convaincants pour apporter réponse aux questionnements suscités par l'usage fait du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs. Il faut en sortir pour percevoir ce qui, en réalité meut ce système. Ce sont des raisons beaucoup plus économiques. Il a été nettement démontré que pour l'"*homo economicus*", le motif fondamental de ses calculs à tous crins réside dans la recherche effrénée de satisfaction en évitant au maximum les dépenses et les risques. Ces derniers étant « *à la fois l'éventualité de la survenance d'un événement aléatoire (…) ; de la réalisation de dommages consécutifs à cet événement (…) et l'élément du patrimoine qui est menacé par l'événement redouté (…)* »[1119].

[1117] Olivier FAVEREAU : op. cit., p.25, n° 56.

[1118] Elie COHEN : dictionnaire de gestion, op. cit., pp. 131 à 132.

[1119] Katja SONTAG : op. cit. p. 15, n° 5.

BY NC ND

La recherche effrénée de l'efficacité passe pour être l'âme de la conjuration contre la volonté profonde dans le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs. Pour nous en convaincre, il suffit de constater que comme par dogmatisme et surtout par mimétisme de tous ceux qui sont déjà tombés dans le piège des mêmes préoccupations, les organismes pourvus du contrôle des activités sportives organisées, se sont aussi installés, même sans le dire ouvertement, dans la logique d'obtenir en peu de temps, au moindre coût et au plus petit effort la plus grande satisfaction de leurs besoins. La sécurisation du système se montre insuffisante si ses failles peuvent constituer une cause de décadence. Il est tout aussi important d'y maintenir l'idée que l'ajustement continuel de la stratégie de gestion au souci d'efficacité voudrait que les anciennes modalités laissent place aux nouvelles, inventées en s'inspirant de l'existant. Dans cette perspective schumpetérienne où l'innovation est le meilleur facteur de la concurrence et du progrès, il faut se préparer à toujours vivre l'élimination compétitive du vieux par le nouveau, entendu ici comme l'élimination des valeurs jugées vieilles par de nouvelles considérations, c'est-à-dire celles qui paient.

En réalité, les puissances sportives sont elles aussi plus que jamais animées par le souci de l'efficacité et des raccourcis. La règle de droit s'est révélée d'une importance capitale dans ce tournoi. A cet effet, la règle de droit permet d'orienter le comportement des agents pour aisément atteindre les objectifs recherchés. Aussi faut-il tirer le plus grand avantage des dispositions légales qui font du consentement dès qu'il est donné, une loi d'airain contre son auteur. En agglomérant ces consentements individuels, les pouvoirs privés sportifs sont vite parvenus à faire de leur somme une construction efficiente et efficace à leur entreprise. Sans cela, une si puissante institution comme l'arbitrage en matière de sport ne serait restée qu'au stade sporadique.

Ce constat bat en brèche les considérations qui ont prêté à l'arbitrage commercial le mérite d'être cru, mérite tout aussi nécessaire à son admission. Pour ces considérations en effet, la convention d'arbitrage « *est*

BY NC ND

l'œuvre des parties seules. La sentence est celle des arbitres. L'investiture de ces derniers est l'œuvre commune des parties et des arbitres »[1120]. L'arbitrage en matière sportive quant à lui fonde son progrès sur la rationalité économique sans concurrence.

Ce qui permet de commander/gouverner aux autres est le consentement, l'acceptation. Il suppose concession, renoncement, abandon de certaines prérogatives et certains droits, pour écouter, obéir, exécuter la volonté de l'autre, voire lui laisser aussi place. Il règne ainsi un esprit civique qui fait le ciment social, lequel se délite dès que se perdent ses repères moraux. Or l'homo economicus pris dans le piège de ses ambitions en permanence excitées par l'étalage des richesses des nantis, n'oriente pas ses pensées et réflexions dans ce sens. Il navigue en permanence dans les airs des calculs de gains et profits. En faisant croire que le bonheur des hommes se trouve dans l'accumulation effrénée de biens, cette façon de penser installe la société entière dans une rivalité exacerbée et la conséquence visible est que « *partout, la compétition progresse, et la coopération recule* »[1121], on connaît le prix de tout mais la valeur de rien.

Concrètement l'Homo economicus a une rationalité limitée et conscient de cet état, il devra se parer contre d'éventuelles surprises désagréables dans la vie de la convention. C'est pour cette raison que les pouvoirs privés sportifs mettent sur pied le dispositif de résolution des litiges pouvant provenir de l'exécution des différentes conventions qui tiennent lieu de matériaux de base de la construction de tout leur système. La convention d'arbitrage sportif, sous cette angle se rapproche plus de ce qu'un auteur a appelé "contrat-opération" distinct d'un contrat obligation tout court[1122].

[1120] Frédéric-Edouard KLEIN : op. cit., p. 260.

[1121] Daniel COHEN : Les débats de l'Obs., Le nouvel observateur n° 2495 du 30 août au 5 septembre 2012, p. 78 ; cf. du même auteur : homo economicus, prophète (égaré) des temps nouveaux, Albin Michel 2012.

[1122] Sébastien PIMONT : L'économie du contrat, PUAM, 2004, Préface Jean BEAUCHARD p. 183, n° 274.

BY NC ND

C'est à l'aune de l'efficacité que sera déterminée la place à accorder au droit. Or l'efficacité en passe de devenir l'unique baromètre de toute action humaine a son siège dans l'égoïsme. Il signifie atteindre les plus grands objectifs, obtenir les plus grands résultats recherchés ou mieux, satisfaire au maximum les besoins moyennant le minimum d'effort possible. Même s'il pousse à réaliser des bonds en termes d'avancement dans le progrès matériel, son revers est de jouer essentiellement la partition des partisans de moindre effort.

C : Le souci de sécurisation du système

La nécessaire prise en compte des exigences nouvelles que génère le développement économique et social constitue un savant jeu d'équilibre avec les principes fondamentaux de 1789. Dans ce sens, le législateur nettoie des règlements intérieurs d'entreprises les clauses qui y portent atteintes, mais tolère certaines qui sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et qui ne sont pas disproportionnées au but recherché[1123]. L'entreprise étant un centre de production, obéit à des « *finalités qui peuvent impliquer […] une restriction à certaines libertés* »[1124]. Il est aussi nécessaire de reconnaître que « *le centre de gravité du développement du droit, à notre époque …, comme en tout temps, ne doit pas être cherché ni dans la législation, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même* »[1125], c'est-à-dire dans le milieu où il germe et se déploie.

En réalité, de l'expression du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs jusqu'à l'entier accomplissement de son objet, c'est-à-dire l'exécution des sentences rendues en sa vertu, ce n'est pas véritablement le libre arbitre des sujets consentants qui en est le moteur. Ce ne sont pas les considérations démocratiques qui prévalent ici, mais un régime de droit

[1123] Cf. article L., 122-35 du code du travail ; Bernard TEYSSIE, Droit civil, Les personnes, op. cit., p.18.

[1124] Jean CHERIOUX : Rapport Sénat 1982, n° 470, p.36.

[1125] SALTUS : La "Grundlegung" cité par Jean CARBONNIER : Flexible droit op. cit., p. 23.

BY NC ND

intrinsèquement autoritaire, comme on en trouve dans des Etats dits dictatoriaux. La philosophie de gestion des autorités sportives évolue dans une voie parallèle à la doctrine instrumentaliste consistant à tirer avantage de l'usage des rapports de force en s'imposant par de méthodes dissuasives et en se légitimant avec le « *brouillage terminologique* »[1126].

Soit le sportif veut convoiter les titres et honneurs issus des compétitions et se met les œillets en renonçant à toutes autres pensées que les pouvoirs sportifs, soit il n'y renonce pas et n'aura pas accès à l'arène. Et quand bien même il y a été admis, le même phénomène continue, car s'il fait l'objet d'une condamnation, il n'a autre choix que de s'aplatir. Sinon, il sera très rapidement mis au banc et c'est dans tout le monde entier que la mesure reçoit application, au grand dam du malheureux contrevenant. Il y a lieu de remarquer que jusqu'à présent, ça marche, comme pour signifier que la démocratie n'est pas le seul système efficace.

Cette analyse cadre évidemment avec l'attitude de pouvoirs privés sportifs aux yeux desquels une condamnation de payer prononcée par le juge étatique ainsi que son exécution par le paiement consécutif, portent un coup sûr et inadmissible à leur patrimoine en diminuant les chiffres des comptes bancaires.

De tels risques sont à éviter en trouvant une réponse d'ensemble à l'incertitude de laisser aux juges étatiques la connaissance et le règlement de ses contestations. Pour ce faire, la technique idoine d'évitement de ce risque réel consistera à construire un système autonome d'iceux, et au mieux, placé sous le contrôle des auteurs de ses jours. On peut être fondé à voir dans ce système la rationalité économique du moment où en principe, l'offre d'arbitrage des litiges sportifs qu'on ne refuse pas, ratisse bien large incluant dans son objet tous litiges qui entretiennent un moindre rapport avec le sport organisé. Mais dans la pratique, certains plus récurrents comme les

[1126] Mireille DELMAS-MARTY : Libertés et sûreté dans un monde dangereux, Seuil, 2010, p.22.

BY NC ND

contestations sur l'application des règles de jeu sont le plus souvent abandonnées dans l'irrationnel et l'émotionnel.

Pour les opérateurs économiques et dans la logique qui est la leur, un litige ne doit pas conduire à l'obéissance à une injonction morale. Le litige « *ne peut pas être uniquement* [perçu comme] *un dossier opposant X à Y, dans lequel les parties revendiquent l'application de telle ou telle règle juridique ; il sera nécessairement tenu compte du coût qu'il induira (…) tant du plan des indemnités à régler que des frais internes et externes nécessités pour sa résolution* »[1127]. Puisque l'application du droit étatique paraît à cet égard comme une entrave à la rentabilité, le litige doit être tenu pour « *un dossier commercial qu'il convient de gérer au mieux et non une affaire appelant une juste application de la règle de droit* »[1128], surtout venu d'ailleurs. Il devient dès lors indispensable pour la poursuite du but recherché, d'opérer « *le contournement du circuit institutionnel de droit commun* [devenu] *possible* »[1129] grâce à la parade contractuelle.

Marchand sur les pas d'une logique similaire, la gestion des litiges sportifs « *s'inscrit dans le cadre plus global* (…) [et] *l'emporte alors sur une démarche individualisée* »[1130]. La convention d'arbitrage sportif est ainsi conçue et fondée sur l'analyse profonde des risques à venir qu'il faut circonscrire, anticiper et maîtriser. Aussi se prête-t-elle efficacement « *à la gestion des risques par le contrat* »[1131] dont les autres du même genre partage la même finalité à savoir : « *réduire les conséquences patrimoniales de la survenance d'événements dommageables probables* »[1132]. Il s'agit d'un objet économique

---

[1127] Noël BRERO : l'Assurance et l'accès à la justice, Thèse Nice, 1994, p. 327 et les références citées.

[1128] Katja SONTAG : op. cit., p. 181, n° 568.

[1129] Mireille DELMAS-MARTY : Libertés et sûreté dans un monde dangereux, op. cit., p. 132.

[1130] Katja SONTAG : Op. cit., n° 571.

[1131] Jean Marc MOUSSERON : La gestion des risques par le contrat, RTD Civ. 1988, p. 483 ; J. BARTHELEMY : L'ingénierie juridique : un concept, JCP, Cah. Dr. entr. N° 2, 1993, p. 1.

[1132] Katja SONTAG : Op. Cit. n° 363, p. 114 et les références citées.

BY NC ND

qui se superpose à l'objet classique de la convention et en ajoute à ses utilités[1133].

Cet objet contractuel à même de justifier l'existence d'une nouvelle sous-catégorie parmi les contrats économiques[1134] peut porter le nom de "contrat de protection". Il partage avec les clauses exonératoires de responsabilité l'objectif d'être une arme contre les risques pouvant mettre en branle le système qu'il encadre. Bien entendu, il se conçoit et s'exécute en l'espèce, au profit presque exclusif des organismes sportifs. C'est un reflexe propre aux pouvoirs privés économiques en général. Comme l'Etat, chacun d'eux délimite l'empire de ses activités, puis met sur pied les outils nécessaires à sa protection. Les arbitres du TAS le reconnaissent eux-mêmes : « *la nouvelle réglementation de la FIFA (…) protège tout particulièrement les intérêts des clubs formateurs par le biais des indemnités de formation et de la contribution de solidarité, ainsi que les intérêts de l'ensemble des clubs, par le biais du maintien de la stabilité contractuelle entre clubs et joueurs professionnels* »[1135].

Il n'y a rien de surprenant dès lors que la visée économique qui la sous-tend s'est faite à l'aune de leurs intérêts. Le consentement est en tout cas retenu comme il l'a été dans d'autres types de contrat d'adhésion où on classe ces autres « *clauses compromissoires habilement rédigées, ou clauses attributives de juridiction favorisant une seule partie au détriment de l'autre ; clauses de "voie parée" ; parfois même, l'adhérent doit accepter de s'en remettre à la décision de l'autre partie en cas de litige* »[1136].

[1133] Cf. Laurence BOY : Les "utilités" du contrat, LPA, 10 sept. 1997, n° 109-7, pp. 3 et s.

[1134] Dans son cours d'Introduction au droit économique, Gilles J. MARTIN dresse après leur avoir donné leur sens concret, une typologie des contrats économiques que sont : les contrats de restructuration du capital, les contrats de marché, les contrats collectifs et les contrats de souveraineté

[1135] Sentence TAS 2005/A/983 & 984 du 12 juillet 2006, aff. Club Atlético Peñarol c/ Carlos Heber Bueno Suarez, Cristian Gabriel Rodriguez Barrotti & Paris Saint-Germain, point 5, p. 2, consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/

[1136] Maurice PRELLE et G.P. ALESSI : Les « contrats d'adhésion » et la défense du consommateur, op. cit, p. 717.

BY NC ND

Très pragmatiquement, l'importance accordée à la convention se fonde sur « *une conviction : la moins mauvaise information, la moins fragile et décevante, est celle qui est plus proche de la situation réelle, des intérêts, besoins et moyens de chacun* »[1137]. L'interventionnisme étatique préfère l'information abstraite que seuls les pouvoirs publics détiendraient en raison de leur impartialité et de leur désintéressement. Or la politique de régulation prisée par les pouvoirs privés économiques situerait l'information pertinente à mi-chemin entre la situation concrète et les objectifs généraux, raison pour laquelle elle n'entend pas trop agir sur le régime des contrats privés. Pourtant l'abstention d'agir dans le domaine contractuel pour protéger les parties contre elles-mêmes ne s'avère sans importance que dans la mesure où elles pourront exercer valablement l'autonomie de leur volonté, et se soumettre, dans le respect de **l'ordre public,** au régime d'arbitrage qui leur plait.

[1137] Christian ATIAS : Qu'est ce qu'un contrat ? op. cit., p.12, n° 21.

BY NC ND

Résumé chapitre 1

Même dépouillé de ce sans quoi, au regard du droit positif, le consentement n'existe pas, tous les conséquences de la convention d'arbitrage des litiges sportifs sont effectifs : la soumission automatique des litiges à l'arbitrage et l'exécution des sentences qui en sont issues. On fait comprendre après coup que cet état de chose tient à l'étroite affinité qui lie l'arbitrage au sport, encore que ce dernier jouit d'une exception qui le mettrait à l'abri des rigueurs de la loi étatique. Même si ces arguments ont quelques fondements raisonnables, il n'en demeure pas moins que le principal motif est porté par les soucis marchands : les visées utilitaires et de sécurisation du système.

BY NC ND

CC BY NC ND

Chapitre 2 : LA REVELATION DE LA VERITABLE NATURE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

Il faut partir de la considération réelle que la stabilité d'un édifice repose sur la solidité de la fondation sur laquelle il est bâti, d'autant plus que c'est proprement vouloir « *tout détruire* [que de] *se vouer à construire sans fondation* »[1138]. C'est comme bâtir sur du sable mouvant. De même, la valeur juridique, voire la légitimité d'une règle comme celle d'une institution est tributaire de son origine, de sa source, c'est-à-dire de ce sur quoi elle repose et qui lui sert de socle. On sait que même le développement de la doctrine subit l'influence des orientations que veulent y donner ceux qui occupent la position de force dans la création et la diffusion du droit. Le système juridique paie ainsi un lourd tribut au milieu où il est appelé à intervenir[1139].

Mais il ne faut pas abandonner le droit dans l'embrigadement qu'en font les détenteurs -étatiques ou privés- du pouvoir sans y laisser périr la vocation salvatrice qui doit rester sienne. Classer une pratique dans une typologie juridique sous-entend qu'elle est conforme aux exigences essentielles qui forment la trame de la catégorie visée. Même si on a fait remarquer que « *dans la vaste demeure du droit, l'acte juridique occupe une pièce obscure, et l'on y entre plus aisément qu'on n'en ressort* »[1140], le devoir de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »[1141] ne pèse pas exclusivement sur le juge, mais doit rester le premier devoir de probité de tout juriste.

[1138] Cf. Albert CAMUS : L'homme révolté, Gallimard, 1951 ; Le petit Robert" de la langue française 2013, sous "fondation", p. 1070.

[1139] Gérard FARJAT : Avant propos in Actes du Colloque international des 25 et 26 novembre 2005, INTERPRETER & TRADUIRE, CERC ; Faculté de Droit de Toulon, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 11.

[1140] Jean COMBACAU : Ouverture, in L'acte juridique, Droits 1988, n° 7, p. 3.

[1141] Cf. article 12 al. 2 du CPC.

BY NC ND

Dans le raisonnement qui est le sien, la qualification, c'est-à-dire le rangement d'un fait ou d'une situation dans une catégorie juridique, est le premier reflexe du juriste. « *Le plus souvent*, écrit Christian ATIAS, *la qualification de contrat n'est pas discutée. Elle relève de l'évidence et constitue un préalable qui peut être négligé. Il réapparaît seulement lorsque les parties étaient unies par des relations que le contrat ne paraît pas pouvoir expliquer… Dans ces circonstances très particulières, la qualification de contrat ne peut être adoptée sans précaution* »[1142], à moins qu'une partie s'empresse à y recourir dans l'intention même inavouée de « favoriser délibérément des confusions et des illusions »[1143] pour en tirer profit.

Quand bien même le consensualisme ne se confondrait pas avec le total de ses manifestations, en raison de ce que les domaines de connaissance auxquels il se rattache sont divers[1144], un socle d'appréciation existe tout de même dans le droit commun[1145] du contrat en général. Le Code civil français porte à cet égard un « *ensemble de règles qui valent a priori pour tous les contrats nommés et à plus forte raison pour les contrats innomés* »[1146]. Cet ensemble de règles et les différentes analyses doctrinales forment la trame de fond de la grille d'interprétation à faire d'un acte juridique. L'interprétation doctrinale forme dialectiquement avec celle de la pratique le ferment de l'évolution l'une de l'autre[1147]. La foisonnante doctrine qui se développe autour de l'arbitrage dans tous ses divers champs d'action en donne témoignage. Une activité doctrinale de bon aloi nous paraît indispensable, surtout dans le champ des activités sportives pour encadrer dans le sens de

---

[1142] Christian ATIAS : Qu'est ce qu'un contrat ? op. cit., p.9, n° 15.

[1143] Mireille DELMAS-MARTY : op. cit., p.59.

[1144] Vincent FORRAY, op. cit., p. 12, n° 11.

[1145] C'est-à-dire selon le Vocabulaire juridique du doyen CORNU, sens 5, « celui qui s'applique à toutes les espèces d'un genre ».

[1146] Alain SERIAUX : Droit des obligations, 2e éd., PUF, 1998, p 26.

[1147] Dans l'optique dialectique développée par HEGEL (op. cit.), les contradictions sont le moteur de l'histoire, cf. André VERGEZ et Denis HUISMAN : Nouveau cours de philo, tome 4, op. cit., p.157.

BY NC ND

la pérennité, sa jurisprudence encore dans les balbutiements des premières années d'existence.

La profonde mutation que subit le consentement dans le cadre de l'arbitrage des litiges sportifs permet de mettre en évidence l'exacte qualification de sa convention (Section 1) et les difficultés nées du caractère nouveau de l'institution d'arbitrage qui en est issue (Section 2). Il ne faut pas ici passer sous silence l'enjeu de l'interprétation d'où part la qualification. C'est la remontée en surface de la force des mots, à la fois source et moteur des controverses juridiques sans laquelle celles-ci se neutraliseraient.[1148] Malgré l'effort de simplification qu'on doit observer ici, on reste dans l'hypothèse d'une convention privée en la forme, mais "administrative" dans son âme, parce que fait d'un savant mélange des règles et tactiques autoritaires recouvertes d'une légère couche supposée volontaire.

Section 1 : L'EXACTE QUALIFICATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

L'arbitrage des litiges sportifs dans sa logique est conçu sur cette analyse : un arbitrage est supposé contractuel. Il n'est pas question pour cela de prendre en compte les lois nationales sauf pour les contourner. Le pragmatisme voulant, ce serait inopérant de vouloir être à tous points conformes aux exigences légales de tous les pays du monde. La qualification d'une telle convention commande de les saisir « *non pas à travers les catégories déjà existantes, mais en fonction de la réalité des rapports de force économique et juridique, et des finalités économiques poursuivies…* »[1149].

[1148] Alexandre VIALA : "Aux sources de la controverse juridique" cité par Gérard FARJAT, Avant propos in Actes du Colloque international des 25 et 26 novembre 2005, INTERPRETER & TRADUIRE, CERC, Faculté de Droit de Toulon, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 8. [CERC : Centre d'Etudes et de recherches sur les contentieux].

[1149] Laurence BOY & Gilles J. MARTIN : Cours de droit économique général, cité par Katja SONTAG, op cit. p. 443.

BY NC ND

Si les travaux de la doctrine se présentent très souvent sous les jours d'une activité de soutien à la pratique, ils sont appelés pour ce qui est des théories juridiques, à « *démontrer leur valeur en cessant d'être des théories pour passer dans la pratique* »[1150]. Heureusement, ils ne se définissent pas toujours sous l'angle de soutien. Au contraire, certains travaux doctrinaux prennent plutôt l'encontre pied des pratiques juridiques en cours dans certains milieux avec pour objectif parfois inavoué de les humaniser. Parce qu'elle est le reflet de la branche du droit dont elle compose la grille de lecture et de compréhension, la théorie juridique ne doit pas être confondue avec le droit positif en soi, même si elle y est indéfectiblement liée, car son but est au premier chef de le faire connaître[1151] et comprendre.

L'atteinte de cette finalité assigne à chaque théorie juridique le devoir de faire connaître après les avoir mis sur pied, les critères et méthodes d'appréciation, de lecture, voire d'identification autour desquels seront brodées ses démonstrations. Dans cette perspective, l'analyse substantielle pratiquée en droit économique qui s'évertue d'appréhender et présenter le phénomène juridique sous l'emprise de l'économie, rend aisée la compréhension de la nature profonde de la convention d'arbitrage des litiges sportifs à partir du consentement.

L'évaluation de l'utilité juridique de la notion de consentement en tant que géniteur de toute relation conventionnelle fait constater tout de suite qu'il n'inspire certainement pas le même respect partout. En effet, dans une optique d'orthodoxie où on continue à croire à la force transcendantale du sens profond de chaque concept, il n'est pas possible de séparer les éléments qui forment un ensemble cognitif sans ébranler considérablement sa compréhension. Il a pourtant été démontré que l'aspect substantiel du consentement est évacué de la conclusion de la convention d'arbitrage des litiges sportifs. C'est pourquoi son maintien dans cette catégorie juridique participe de sa légitimation. Dans ce cas, même un consensualisme à

[1150] Cf. Vincent FORRAY : op. cit., p. 14, n° 14.

[1151] Ibid.

BY NC ND

minima serait donc suffisant pour y parvenir, puisque le formalisme à lui seul ne suffit pas pour conférer la qualité de convention à un acte juridique. En s'inscrivant dans cette logique, la convention d'arbitrage sportif rime avec les contrats économiques (§1), puisque toutes les autres caractéristiques de ces derniers s'y retrouvent (§2) sans trop de difficultés.

§ 1 : LA CONVENTION D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS RIME AVEC LES CONTRATS ECONOMIQUES

Dans le monde économique plus attaché au formalisme, la convention est réduite en un banal point où convergent la forme, même si le fond est presque vide. Les contrats économiques parmi lesquels la convention d'arbitrage des litiges sportifs, dans la poursuite de leur finalité, prennent de sérieuses distances avec les contrats classiques en commençant par reléguer la volonté au second rang, avant de porter leur préférence sur les rapports unissant généralement les parties d'une inégalité économique indiscutable.

De l'efficacité des effets du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs, rejaillit l'insuffisance de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire des conventions. En effet, même si la volonté est présentée comme toute puissante dans la formation des contrats, « *aucune disposition n'édicte celle-ci seule source de ses effets* »[1152], car l'inobservation constatée des exigences légales en la matière rendrait ineffectif nombre de conventions. Faux semblant venue de la psychologie, la volonté interne ne serait pas plus qu'« *une figure politique du discours juridique qu'un instrument d'analyse* »[1153]. La force du lien tirée du consentement s'appuierait mieux sur sa forme que sur sa substance. Le civiliste belge De PAGE fit remarquer à ce sujet que « *le principe du consensualisme ne doit pas se confondre avec celui de l'autonomie de la volonté* »[1154]. Ce serait un manque de réalisme que d'entonner encore la chanson de la supériorité de l'autonomie de la volonté

[1152] Clémence MOULY-GUILLEMAUD : op. cit., n° 62.

[1153] Jean-Jacques BIENVENU : De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française, DROITS, n° 28, 1998, p. 3 et ss, spéc. P. 7.

[1154] De PAGE : Traité élémentaire de droit civil belge, Principes, Doctrine, Jurisprudence, t. 2, Les incapables, Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 1ère éd., 1934, n° 464.

BY NC ND

sur les théories concurrentes dans la formation des contrats. Même dans le consensualisme où elle est censée en être le principal vecteur, on a en matière d'arbitrage des litiges sportifs affaire à une consécration fièrement établie de son aspect formel sur ses éléments intrinsèques. En effet, il ne s'y déploie pas comme ailleurs, les exigences de justice contractuelle. De même, la théorie des vices du consentement (B) comme outil de police des comportements et/ou d'équilibre contractuel, n'y reçoit aucune suite, parce que la volonté, source autonome de la formation des conventions et de leurs effets, n'a que peu d'importance (A) pour qu'on n'y fasse pas table rase.

A : La volonté du sujet consentant importe peu

Dans la convention d'arbitrage des litiges sportifs, même si la volonté déclarée ne coïncide pas avec son penchant intérieur, c'est la manifestation extérieure qui importe, quelles qu'en aient été les conditions dans lesquelles elle s'est extériorisée. La doctrine individualiste de laquelle le dogme de l'autonomie de la volonté tire sa source fait prévaloir l'intention réelle de contracter sur la volonté exprimée. Mais récupérant le souci la sécurité juridique, qui commande « *de faire en sorte que les signes extérieurs dont on se sert et surtout les paroles, représentent fidèlement nos pensées à ceux qui ont droit de les connaître* »[1155], une doctrine opposée et pragmatique, s'attache à faire valoir que foi est due à la volonté déclarée.

C'est l'extériorisation de la volonté et donc le consentement qui fait le contrat dès qu'on ne peut aisément démontrer la discordance entre la volonté profonde et la volonté déclarée. Il paraît d'ailleurs vain d'appliquer cette morale anthropologique incertaine à tous les « *actes juridiques tout en sauvegardant la linéarité de la volonté et de ses effets* »[1156]. Avec l'arbitrage des litiges sportifs où seul compte l'automatisme rationnel et rassurant, la force obligatoire des contrats tient sa vigueur « *des conséquences que le*

[1155] Samuel Von PUFENDORF : Le droit de la nature et des gens, trad. Par Jean BARBEYRAC, t. I, éd. De Bâle, 1732, p. 436.

[1156] Jean-Jacques BIENVENU, op. Cit. p. 8.

BY NC ND

milieu social attache au fait objectif de la déclaration de volonté »[1157] et non plus seulement de la volonté interne de chaque sujet consentant.

En France, la jurisprudence civile dans l'appréciation qu'elle fait du consentement dans les conventions, oscille entre les deux doctrines sans s'attacher rigoureusement à l'une d'elles : tantôt, la volonté profonde sera retenue contre la volonté déclarée à condition de prouver que son auteur a été victime d'une des causes de nullité prévues par le code civil, tantôt on s'en tiendra seulement à la volonté déclarée pour faire produire entiers effets au contrat.

Cependant, en matière d'arbitrage commercial en général, c'est le deuxième courant doctrinal qui emporte la préférence. Plus spécialement en matière d'arbitrage des litiges sportifs, il suffit d'établir que le consentement existe. Dès lors, peu importe si la volonté interne de l'adhérent a manqué ou a été bridée, influencée, moins éclairée et le consentement émis dans ces circonstances tenu pour arraché. C'est la finalité qui compte, l'arbitrage sera effectif et les sentences qui en seront rendues donneront machinalement lieux à exécution, sans qu'il soit besoin de s'encombrer de l'exequatur.

Lorsqu'on recherche dans la convention d'arbitrage sportif les raisons qui la maintiennent debout malgré les failles relevées à son passif, une évidence s'impose : c'est les missions dont elle s'est vue assignées. Si ces vicissitudes ne constituent en fin de compte pas un frein à son efficacité, c'est parce qu'elles n'ont pas réussi à faire le poids devant la multitude de finalités pour lesquelles on l'a mise sur pied, et qu'on peut résumer sous le vocable "l'économie du contrat". Il renvoie à « *l'opération globale et concrète que veulent réaliser les parties* »[1158], mais plus précisément en l'espèce, celle qui en a pris l'initiative. La convention « *ne se dessine pas seulement comme un équilibre entre les obligations. Elle est beaucoup plus riche et nuancée. Les*

[1157] François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 93.

[1158] Sébastien PIMONT : L'économie du contrat, op. cit., p. 293, n° 449.

BY NC ND

raisons de contracter, les positions des parties et leur projet y ont leur part »[1159] déterminante. Il est nécessaire de scruter « *l'économie générale de la convention, sans s'astreindre à la décomposer en ses segments abstraits. Et l'on a raison, car la méthode de décomposition abstraite ne saurait nous apporter rien de vivant* »[1160].

Il a été soutenu que l'utile et le juste fixaient le régime tout entier du contrat, et justifiaient par delà, sa force obligatoire. La raison en étant que ce qui est juste est utile. Ainsi, « *le juste et l'utile sont les fondements même de la force obligatoire du contrat, d'où se déduira l'ensemble de son régime… l'objectif pour le droit positif [étant] de ne sanctionner que les contrats justes et utiles. Lorsque ces deux impératifs ne coïncident pas, il faut, et c'est là le véritable problème législatif du contrat, préciser le domaine qui revient à l'un et à l'autre* »[1161]. Or tout ce qui est juste ne répond pas toujours à l'appel de l'utilité. Ce qui signifie à l'inverse que ce fondement souffre d'un handicap. En effet, un seul de ses membres semble s'arrimer aisément au droit de l'arbitrage sportif. Sinon, ce serait absolument contradictoire de soutenir que le consentement tel qu'il y est manifesté, est à tout le moins injuste et retenir du même coup qu'il justifie le plein effet y attaché.

En réalité, la préoccupation de justice n'y paraît que superfétatoire ou alors, relève d'une autre conception qu'il faut déterminer. En tout état de cause, ce qui importe, c'est l'effet utile que produit la convention issue de ce "consentement". SALEILLES considérait pour être clair que le contrat d'adhésion ne doit pas donner lieu à une recherche de la volonté commune, car cette recherche n'a de valeur que là où les deux volontés ont un rôle égal à jouer. Lorsqu'une des parties a défini seule la norme contractuelle avant de l'imposer à l'autre comme on traiterait un lampiste, il convient d'interpréter

[1159] Christian ATIAS : Qu'est ce qu'un contrat ? op. cit., p.18, n° 39.

[1160] Jean CARBONNIER, RTDCiv 1952, p. 385, n° 1.

[1161] Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, les obligations, Le contrat : Formation, op. cit., n° 174.

BY NC ND

les stipulations en cause comme on aurait pu le faire au sujet d'une norme générale, c'est-à-dire la loi[1162].

Envisager l'éventuel revers de l'effacement si majestueux de la volonté profonde du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs inspire véritablement quelque inquiétude. Il est un truisme en droit que la vigueur de cette notion ne se cantonne pas dans le domaine de la formation des conventions, car elle « *intègre toute forme d'acte juridique, en particulier celui de l'acte juridique unilatéral tel que le testament, la résolution ou la ratification* »[1163], les injonctions et actes administratifs... En réalité, il faut reconnaître qu'en tant que concept d'une immense richesse intérieure, elle est la source réelle du pouvoir. A ce propos, un brocard populaire bien connu l'exprime en trois mots : « qui veut peut ». Dans un de ses "discours à la nation", le Président Ronald REAGAN avait mis un point d'honneur à le souligner en disant en substance qu'il n'y avait dans aucun arsenal au monde, ni dans aucune armurerie, un arme aussi puissante que la volonté.

Lorsqu'un sujet consentant a été libre d'exprimer cette volonté, son propre pouvoir se neutralise et il lui devient difficile de revenir sans frisson sur ses propres engagements, même de mauvaise foi avérée. Par contre, on se trouve plutôt psychologiquement à l'aise de les dénoncer avec fougue, l'inspiration et les mots pour ce faire arrivant facilement, lorsque la volonté à leur base a été surprise ou arrachée.

Il faut le reconnaître sans vainement chercher à se cacher derrière son doigt : le consentement tel qu'il est pris pour la construction de la convention d'arbitrage des litiges sportifs, trahit l'esprit de ce concept. Il y a à craindre que la conversion d'une telle pratique peu orthodoxe en "valeur pérenne" procure à terme à leurs auteurs de cuisantes déceptions. Sans prétendre prédire l'avenir, nous n'éprouvons là qu'un sentiment personnel, tant il reste que c'est bien plus aisé de perdre la confiance que de la

[1162] De la Déclaration de volonté op. cit., p. 230.

[1163] Francis LIMBACH : op. cit. n° 7, p. 8.

BY NC ND

retrouver, et que surtout la pénitence se dessine au bout de la facilité. La crise économique actuelle née de la pratique des sub-primes au cœur du capitalisme "pur et dur" en donne un cinglant témoignage.

La convention d'arbitrage sportif poursuit une finalité déterminée à savoir, encadrer et organiser un secteur économique bien défini. L'accomplissement de cette mission conduit à en faire le garde-fou des autres conventions dans lesquelles elle est incrustée. L'ensemble permet de rechercher, d'encadrer en formant les jeunes. Mais il ne s'agit aucunement de charité, puisque devenus des acteurs fort appréciés de leur art, leur talent sera exploité comme retour sur investissement. Pour y parvenir, le sportif doit contracter de nombreuses obligations au nombre desquelles, celle de l'arbitrage. Le tout sans qu'il puisse leur être fait nuisance par des tiers au système.

On peut se permettre de ne plus voir dans la volonté l'âme et le signe distinctif du contrat. De même et nonobstant le pouvoir qui lui est reconnu de se donner sa propre loi, n'est plus l'unique « *source et la mesure des droits subjectifs* »[1164] Il n'y est uniquement tenu compte de la volonté, mais beaucoup plus des intérêts des parties prenantes, lesquels sont « *à la base des contrats …* [devenus] *un acte productif des normes… bilatérales, c'est-à-dire liant les centres d'intérêts* »[1165]. Pour prendre en compte de nouveaux critères d'appréciation, il est considéré que « *la conduite des parties dépend de circonstances étrangères à l'accord des volontés proprement dit* »[1166], car les « *contractants ne sont plus maîtres chez eux ; le contenu obligatoire n'est plus tel qu'ils l'*[auraient ensemble] *voulu, mais tel qu'on leur impose* »[1167]. Sur le sol économique, les considérations éthiques se sont évaporées, ratatinant

[1164] Véronique RANOUIL : L'autonomie de la volonté, naissance d'un concept, PUF, 1980, p. 9.

[1165] Georges ROUHETTE : Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse Paris, 1965, cité par Jacques GHESTIN (dir.) : Traité de droit civil, op. cit. p. 174, n° 167 et les références citées.

[1166] Christian ATIAS : Qu'est ce qu'un contrat ?, op. cit., p.18, n° 41.

[1167] Louis JOSSERAND : Le contrat dirigé, DH 1933, Chron. p. 90.

BY NC ND

la théorie des vices du consentement, la rendant incapable d'offrir à toute demande en annulation s'y fondant, la moindre chance de succès.

B : La théorie des vices du consentement est inopérationnelle

L'autonomie de la volonté ne suffit pas à elle seule pour apprécier la loyauté d'une convention. L'article 1134 lui donne en principe force obligatoire à condition qu'elle soit légalement formée. Même si la référence à la loi pour l'évaluation reste vague, il n'en demeure pas moins que les préoccupations des rédacteurs du Code ont reposé sur de principes supérieurs de justice inspirés de la morale et de la bonne foi. C'est sur leur fondement que certains faits et gestes qui lui sont contraires ont été étiquetés et proscrits dans la formation des contrats. Mais ces principes et considérations n'exercent aucune influence notoire sur la validité des contrats économiques, et aussi de la convention d'arbitrage des litiges sportifs.

1) Un bref regard sur la théorie

Pour les conventions consensuelles où seul le consentement réel des parties est requis, il est admis entre autres exigences qu'elles doivent être de bonne foi. Leur bon accomplissement y a aussi partie liée dès lors qu'il est considéré qu'elles obligent « *à tout ce qu'exigent l'équité et la bonne foi* »[1168]. C'est cette dernière notion qui a ouvert la porte du contrôle de la volonté dans les contrats au juge. En plus, la fluidité engluée des contours de cette notion et le cortège de fantasmes qu'elle chavire ont considérablement élargi ce pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre des vices du consentement, pour trancher « *d'après ce qui est bien et équitable* »[1169]. Ces considérations donnent ainsi au juge un sérieux point d'appui dans l'appréciation des différentes sources de vice du consentement prévus par le Code civil que sont le dol, la violence et l'erreur.

[1168] Digeste, 2, 3, 7, 44.

[1169] Institutes de Digeste 4, 6 et 30 : « *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi* » cité par Jean Philippe LEVY et André CASTALDO : Histoire du droit civil, op. cit., p. 691.

BY NC ND

Le dol : Le dol supposant de manœuvres mesquines destinées à surprendre la religion du cocontractant, semble sans importance pour la partie forte à la convention d'arbitrage des litiges sportifs. L'inégalité économique joue en sa faveur. Les leviers du commandement sont sous son contrôle. Toute chose lui permettant de s'imposer sans avoir besoin de la duperie qui, somme toute, reste l'arme des lâches. Le dol ne s'avère ainsi pas véritablement caractérisé dans cette relation conventionnelle. Par conséquent, nous ne nous y attarderons guère. La recherche dans la convention d'arbitrage des litiges sportifs, des deux vices légaux restants -c'est-à-dire la violence et l'erreur- ne pose pas une difficulté particulière.

La violence : Il a été déjà suffisamment démontré que s'y trouve établie la violence sous ses nouvelles formes : la violence économique. Tournant le dos à la brutalité de la violence physique qu'il ne faut pas pour le moins s'attendre à rencontrer ici, la nouvelle forme de violence se veut subtile, moins ostentatoire. Mais elle s'inscrit dans la même finalité : persuader, déterminer son cocontractant à accepter son offre. L'exclusion de toute négociation préalable qui caractérise toutes les conventions de la même famille[1170] en est le premier signe[1171].

L'erreur : L'erreur quant à elle, peut aussi être établie, même si cela pourra prêter à discussion. Lorsque la loi fait appel à l'erreur au rang des vices du consentement susceptibles de fonder l'annulation de la convention, elle n'en donne pas d'explication. C'est le juge à mesure de ses décisions qui en a tracé les contours. Il s'en est dégagé des hypothèses où il peut être considéré qu'une des parties consentantes a été victime d'une erreur, en concluant le contrat. Parmi ces hypothèses non limitatives au demeurant, on pourrait ranger, pour rester vautré dans l'aspect ontologique[1172] de la convention d'arbitrage des litiges sportifs, **l'erreur sur son objet**. Il a été démontré que

[1170] Cf. infra, pp. 413 ss.

[1171] Cf. supra, pp. 64 ss.

[1172] Dans cette perspective, l'erreur qui n'a pas trait à l'objet de la convention ne joue pas ; Digeste 18, 1, 34 pr.

BY NC ND

cette convention brillait par l'absence de pourparlers et d'éclaircissements[1173].

L'immaturité et l'analphabétisme de nombre de sportifs n'allège pas le flou qui précède sa passation, si bien que la première **erreur** portera même **sur la nature de l'acte** qu'il passe : même s'il est dit au sportif qu'il s'agit d'un contrat, rien ne lui permet de le distinguer d'un ordre auquel il doit déférence. Si nombre de personnes même instruites ignorent de bonne foi le sens juridique de la notion d'arbitrage[1174], parce que son incarnation aux yeux du commun des mortels rappelle généralement cette personne en noir vêtue, ou alors d'un maillot différent de celui des joueurs et chargée de diriger une rencontre, il faudrait imaginer la vacuité de son sens dans l'esprit de ces jeunes dont le talent a supplanté pour la plupart, le goût de l'instruction. Il n'est par ailleurs pas non plus surprenant que les ignorants du sens juridique de l'arbitrage se recrutent encore parmi les juristes. *A fortiori*, même en indiquant au sportif consentant l'existence, mais sans lui expliquer la quintessence de la clause compromissoire, il y consentira en croyant à autre chose qu'à tout ce que celle-ci lui réserve comme devoir dès que le besoin se fera sentir.

Ainsi, bien plus que sur l'erreur substantielle qui porte sur la qualité intrinsèque de la chose dont l'aspect extérieur ne la laissait pas présager, une erreur née d'une divergence manifeste des volontés contractuelles forme l'"*error in negotio*", « *c'est-à-dire celle commise sur la nature* [même] *du contrat* »[1175]. En matière d'arbitrage commercial international pourtant, il est admis l'invalidation entière de la clause compromissoire et de la sentence rendue en sa vertu, si le point pathologique s'est avéré un « *élément essentiel et déterminant du consentement des parties* » comme la désignation nominale d'un arbitre dès lors qu'il apparaît que ladite clause a été acceptée en

[1173] Cf. supra, pp. 72 ss.

[1174] Son sens étant tributaire du domaine spécifique (dans une diversité) où il est utilisé : Politique, économique, juridique, financier, sportif…

[1175] Francis LIMBACH : op. cit., n° 18, p. 20.

BY NC ND

considération de la personne de ce dernier[1176] ou en raison de la possibilité de faire appel de la sentence[1177].

Les conflits d'intérêt pouvant nicher dans des relations préexistantes entre un arbitre et une des parties à l'instance se présente comme un vice du consentement si l'arbitre ne lui a pas, en révélant cette relation, permis d'exercer son droit de récusation. Toute chose démontrant qu'il demeure important d'éclairer considérablement la lanterne de tout adhérent à la convention d'arbitrage des litiges sportifs.

De l'exécution quasi automatique de cette convention et ses suites, il appert que tétanisée par cette vigueur un peu étrange aux conventions classiques[1178], la théorie des vices du consentement ici aussi, n'est pas opérationnelle.

2) L'inopérationnalité de la théorie

Puisque l'économie fait évoluer la société, les idées avec, on laisse sur le bord de la route les anciens paradigmes de la vérité, si bien que « *la faiblesse pratique du droit civil est de constituer un ensemble d'exigences élevées, nettement au dessus de ce que les simples citoyens sont capables de concevoir* »[1179]. Dans le domaine où relève concrètement la convention d'arbitrage des litiges sportifs, règne l'indifférence aux autres « *ressorts juridiques des processus et des relations économiques* »[1180]. Ainsi, faire jouer la théorie des vices du consentement mettrait en péril tout l'édifice construit sur la base d'un consentement de façade. En tout cas, ce serait redorer le

[1176] Cass. civ. 23 mai 1973, Rev. Arb. 1974. 102, note Eric LOQUIN.

[1177] CA Paris, 27 oct. 1994, Société De diseno c/ Mendes, RTD Com. 195, 398, note Jean-Claude DUBARRY et Eric LOQUIN.

[1178] Dont la vigueur et on l'a déjà souligné, doit répondre au préalable à la condition d'être "légalement" formées.

[1179] Paul ROLAND : Les contradictions du droit pénal et du droit civil, Annales de la Faculté de droit de Lyon, 1972, p. 37.

[1180] Thierry KIRAT : Economie du droit, op. cit., p. 50.

BY NC ND

blason à la tendance très lourde de chercher le sens de la convention dans sa définition profonde au lieu de se contenter des règles qui la régissent. Il ne sert plus à grand-chose de s'attarder sur ce penchant consensualiste tout en sachant qu'elle a commis le péché majeur d'introduire « *dans la technique juridique des éléments philosophiques qui rendent la notion de contrat extrêmement féconde mais, du coup, quasiment impossible à saisir concrètement* »[1181] alors que par ses nombreuses utilités, il a plus d'un service à rendre.

Il se peut qu'en réponse à l'économiquement correct, on ne vérifie que l'efficacité de la convention, même si toutes les convenances légales exigées ne s'y rencontrent pas. Lorsque par exemple, le stipulant se contente de procéder au renvoi de l'adhérent aux conditions générales de son contrat, tout comme certains actes assoient le régime de l'arbitrage des litiges sportifs sur le renvoi de l'acceptant aux statuts du TAS[1182], le laissant ce faisant dans l'ignorance de ses dispositions au moment de la signature de la convention, ce manquement au devoir de renseignement semblent ne soulever aucun émule. L'adhésion, a-t-on soutenu, n'est qu'une manière de consentir et on ne peut présumer d'une manière générale qu'il y a consentement vicié chez tous les usagers, voyageurs, assurés et salariés, sous peine de détruire entièrement la notion du contrat[1183]. Le droit civil exige, de la part de son justiciable, lorsqu'il contracte, de la prévoyance, du discernement, du jugement. Or, n'est-il pas clair que le citoyen ordinaire n'est capable ni de prévoyance, ni de jugement, ni d'esprit critique, ni de modération[1184]. Les manifestations notoires du rapport de force nées du déséquilibre contractuel sont légion et expriment la forme de violence douce dite économique.

[1181] Vincent FORRAY, op. cit., p. 21, n° 19.

[1182] Cf. Charte olympique.

[1183] Cf. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT : Traité pratique de droit civil, LGDJ, Paris, 1925, T. II, n° 122 à 125.

[1184] Paul ROLAND op cit.ibid.

BY NC ND

Or la violence économique n'est que « *très exceptionnellement reconnue par le juge : la question du déséquilibre contractuel est traditionnellement évacuée du contrôle des vices du consentement* »[1185]. Il est à ce propos considéré que pour les contrats à incidence économique ; la théorie des vices du consentement est d'un médiocre rendement social et n'a pas une grande portée concrète.[1186] Mais l'une des causes profondes de l'inopérationnalité des vices du consentement tiendrait aux dimensions nouvelles qu'il a prises en entrant dans le champ économique. En effet, en servant d'instrument d'organisation des structures sociales durables fondées institutionnellement, le consentement est devenu le "*substitut aux liens institutionnels*"[1187] où la dimension individuelle se noie rapidement. On considère qu'il existe dans la pratique de la partie forte à la convention, « *une institution déjà formée ou en cours de formation* »[1188], dotée d'un caractère quasi-réglementaire.

La doctrine et la jurisprudence, en regardant seulement l'angle de l'opposabilité de tels documents, ne se sont pas empressées de se demander si une telle ignorance était constitutive d'un vice du consentement[1189]. Il a ainsi été considéré que « *lorsqu'un "adhérent" signe sans l'avoir lu* [un document renfermant une clause compromissoire] *il est vrai que son consentement n'est pas entaché ni d'erreur, ni de dol, ni de violence selon la théorie classique du Code civil* [mais il y a] *absence de consentement sur la clause* (…) *de la part de l'adhérent qui* (…) *le plus souvent l'ignore purement et simplement*»[1190]. Il reste au demeurant qu'aucune sanction autre que la nullité pour vice de consentement n'est attachée par les textes aux entraves à la perfection de la volonté contractuelle[1191]. Le pragmatisme a pris le

[1185] Katja SONTAG, op. cit, p. 422, n° 1391 ; voir aussi Cass. civ. 1ère, 3 avril 2002 : Larousse-Bordas c/ Dame KANAS, D. 2002, IR, p. 1466.

[1186] Jean CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ : Droit de la consommation, Dalloz, 196, n° 17 ss, pp. 16 ss.

[1187] Judith ROCHFELD : Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011, p. 452.

[1188] Maurice HAURIOU : Principes de droit public, 2e éd. p. 206 et ss.

[1189] Francis LIMBACH : op. cit., n° 5, p. 5.

[1190] Maurice PRELLE et G.P. ALESSI : op. cit., pp. 715 ss.

BY NC ND

dessus et conduit plutôt à chercher si ce que les parties entendaient accomplir en signant le contrat est faisable.

L'élargissement des frontières de l'ordre public de protection tel que l'a fait le Tribunal fédéral suisse dans l'affaire MATUZALEM[1192] précitée, au lieu de « *malmener la liberté des parties contractantes* » [1193], lui remettra plutôt ses lettres de noblesse. Leur fragilité commande que soient adoptées « *des mesures destinées à rétablir une meilleure égalité entre* [elles, juridiquement parlant]*, afin que le consentement de la plus faible soit plus libre, plus conscient et plus réfléchi* »[1194]. La diversité des cultures du monde entier, pourtant toutes réunies sous la tente de la cause sportive devrait plutôt y prêter ses faveurs. Puisque chaque Etat pourra facilement se retrancher derrière ses valeurs nationales pour justifier un refus ou une lenteur sur cette voie, les pouvoirs sportifs, mais beaucoup plus les arbitres devraient s'y pencher puisqu'ils sont réputés indépendants dans leurs décisions.

En lorgnant du côté de la finalité, on peut s'apercevoir que le souci d'efficacité de la sentence qui pousse les arbitres du commerce international à s'intéresser au sort de leurs sentences, les conduit du même coup à les consolider en observant avec scrupule « *le respect de la volonté des parties, élément fondamental* »[1195] de leur mission. C'est le témoignage qu'ils ont compris que « *la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique* »[1196], à défaut de quoi leur sentence s'expose à la nullité en cas de contestation devant le juge de l'*exequatur*.

[1191] Francis LIMBACH ibid.

[1192] Trib. féd., 1ère cour droit civil, 27 mars 2012, 4A_558/2011, Francelino da Silva MATUZALEM c/ FIFA, op Cit. Cah. Dr. sport, n° 27/2012, p. 11 et ibid. n° 28/2012, pp. 35-43, note Simon LE RESTE.

[1193] Emmanuelle CLAUDEL : Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? RTDCom. 1999 P 291.

[1194] Jacques GHESTIN (Dir.) Traité de droit civil,op. cit., n° 122.

[1195] Pierre MAYER : Le contrat illicite, Rev. Arb. 1984, p. 206.

[1196] Jean-Etienne-Marie PORTALIS : Discours préliminaire du premier projet de Code civl, LOCRE, tome IV, p. 302, n° 84.

BY NC ND

Le principe de la liberté contractuelle n'est pas synonyme de libertinage. L'article 6 du Code civil prohibe toute dérogation aux lois d'ordre public et aux bonnes mœurs par le truchement des conventions. Intrinsèquement, ce sont les limitations et contrôles exercés sur la liberté qui lui donnent un sens. C'est pourquoi ce principe est « *subordonné à l'ordre public et à la justice* »[1197].

§2 : LES AUTRES CARACTERISTIQUES DES CONTRATS ECONOMIQUES DANS LA CONVENTION D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS

Sur le terrain économique, le contrat n'a pas vocation à jouer le saint-bernard des agents égarés. Tout beigne ici dans une visée purement commerciale et technicienne, car l'accent est essentiellement mis sur les conditions qui favorisent l'optimisation du contrat, c'est-à-dire sur ce qui incitera les parties à s'exécuter spontanément dans les termes acceptés. Les pouvoirs privés économiques mettent sur pied et propagent leurs conventions rédigées d'avance en n'y ménageant que seuls leurs intérêts. La recherche de l'efficience dans son usage les conduit à lui imprimer des caractéristiques communes par lesquels on peut les reconnaître. L'article 2.1.19 alinéa 2 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international version 2010 : en définissant les clauses-types, en donne une vue synoptique : « *sont des clauses-types les dispositions établies à l'avance par l'une des parties pour un usage général et répété et effectivement utilisées sans négociation avec l'autre partie* ».

En plus des traits dominants ordinairement rencontrés dans les contrats d'adhésion comme la rédaction unilatérale et la standardisation[1198], il n'est pas surabondant de remettre en relief leur provenance (A), leur pré-formulation (B), le refus de toute négociation (C) par leurs offrants, et leur

[1197] Jacques GHESTIN (Dir.) Traité de droit civil,op. cit., n° 51.

[1198] Cf. supra : pp. 321 ss.

BY NC ND

usage futur et diffus (D). Ils permettent d'apercevoir le dessein qui leur est assigné : éviter d'y associer la partenaire contractuel dès leur conception et courir le risque de s'embourber dans les détails et autres sources d'ennui.

A : La provenance de la convention

Il est important pour la compréhension de la présente rubrique, de mettre en surbrillance la provenance de la clause compromissoire dans le monde sportif. Comme tous les autres contrats de la même famille, la convention d'arbitrage des litiges sportifs provient uniquement de la partie à qui elle rend le plus grand service : Les pouvoirs sportifs. Ce sont eux en effet, qui conçoivent, rédigent les différentes clauses valant convention d'arbitrage avant de les mettre à la disposition des organismes placés sous leur contrôle. Ces derniers sont réduits dans le rôle d'en estampiller presque tous les actes juridiques en relation, fut-elle très mince, avec leurs activités.

Dès leur origine, un lien de parenté est singulièrement établi entre elles et ces clauses-types qu'impose souvent l'autorité administrative ou proposent des organismes professionnels[1199]. Un point de vue doctrinal souligne en plus qu'en cette circonstance, « *il n'est pas nécessaire que le stipulant ait lui-même rédigé les clauses. Il suffit qu'il se les soit procurées chez un tiers dans le but de les inclure dans un contrat* »[1200]. Mais point n'est besoin pour les pouvoirs sportifs se les procurer d'un tiers. Les organismes sportifs subalternes ont à cet effet à leur disposition sur le site du TAS, les modèles types de clauses compromissoires ou de compromis à reprendre *in extenso* dans tous leurs actes s'ils n'en contenaient pas encore, et ce sans modification.

Avec la réussite de faire instituer dans la quasi-totalité des Etats du monde l'existence d'une unique fédération officielle par discipline sportive, les

[1199] Cf. Jacques LÉAUTÉ : Les contrats types, RTDCiv . 1953, p. 429 et ss. ; Jean CARBONNIER, Droit civil, op. cit., n° 39, Jacques GHESTIN (Dir.) Traité de droit civil, op. cit, n° 88 et ss. Christian LARROUMET, Droit civil, tome 3. Les obligations, le contrat, n° 266 et ss.

[1200] Francis LIMBACH : op. cit., n° 10, p. 12.

BY NC ND

autorités sportives ajoutent au caractère unilatéral de la provenance de la convention d'arbitrage, un monopole digne d'une forteresse inattaquable.

B : La pré-formulation de la convention

C'est la détermination unilatérale du contenu conventionnel par la partie forte au contrat, en l'occurrence, la hiérarchie des pouvoirs privés sportifs. L'objectif assigné à la convention d'arbitrage des litiges sportifs n'incite pas à abandonner sa rédaction au hasard des organismes subalternes. Il ne faut pas non plus envisager que sa formulation soit laissée à leur gré. Leur disparité pourra y laisser des failles préjudiciables à tout le système. La solution donnée à ces préoccupations est simple : les formules simplifiées et allégées des différents types de convention d'arbitrage (clauses compromissoires et compromis, etc) sont pré-rédigées et mises à la disposition des organismes sportifs. Il suffit pour eux de les reproduire et les rendre parfaites en cas de besoin, par simple recueil de la signature du soupirant adhérent.

Même si la pré-rédaction destinée à une multiplicité d'utilisation de pareilles formules peut poser dans d'autres secteurs de problèmes d'adaptation par rapport aux contrats que celles-ci doivent concrètement régir[1201], la concision et la précision des termes choisis cadrent ici avec le but recherché, autrement dit, elles saisissent à merveille l'objet de la convention. Ce point maîtrisé, il ne reste plus qu'à imposer la transposition de la formule adéquate dans tous les actes écrits par lesquels passent l'autorisation à tout prétendant pris dans le désir de prendre part aux manifestations organisées sous leur contrôle.

C : L'exclusion de toute discussion préalable du contenu de la convention

[1201] Cf. Francis LIMBACH : Op. cit. pp. 13 et 14 où l'auteur relève au sujet des conditions générales, que « *les difficultés posées (…) en matière de consentement par des clauses servant à une pluralité de contrats ne sont pas les mêmes que celles soulevées par les clauses non négociées, certes, mais destinées à régir un contrat individuel* », p. 14.

BY NC ND

La visite des divers actes sur lesquels est établi le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs démontre s'il fallait encore le rappeler, que la plupart procède de l'unilatéralisme. En effet, les sujets consentants se retrouvent tous désarmés en face des prescriptions des rapports de domination économique. Ce procédé est le propre de la partie qui occupe la position de force dans la relation contractuelle façonnée et taillée à sa guise. De même, il traduit sa ferme volonté de s'opposer catégoriquement à toute négociation individuelle des clauses impératives qu'il a conçues et impose à tout éventuel adhérent[1202]. Ordinairement, l'humeur du détenteur du pouvoir le porte moins à la discussion, surtout pas lorsqu'il est en face d'un subalterne. Il lui est plutôt naturel de se faire obéir.

Les pouvoirs sportifs ne sont pas du reste, car ne s'encombrent pas de détours pour y parvenir. Les formules-types de convention d'arbitrage mises à la disposition des structures chargées de la gestion de leurs activités doivent rester telles. Il leur est laissé pour tâche essentielle, de compléter le formulaire prévu à cet effet par les éléments d'identification de l'adhérent, et d'obtenir de celui-ci l'apposition de sa signature.

Les instructions hiérarchiques à leur attention se passent de tout détours pour rappeler que « *les associations doivent également s'assurer que cette disposition est bien appliquée* [en leur sein] *en transférant si nécessaire cette obligation à leurs membres* »[1203]. Et si ceci s'avérait insuffisant, ces associations se voient investies du pouvoir « *de prendre des mesures appropriées pour dissuader la non-conformité au Code* »[1204], et plus directement, « *de sanctionner toute partie qui ne respectera pas ces obligations* »[1205]. Nonobstant la courtoisie qui l'accompagne, -diplomatie oblige- l'expression du pouvoir dans cette relation traverse les adhérents individuels pour engager avec subtilité, mais très clairement les

[1202] Ibid : p. 12.

[1203] Article 64 – 3 alinéa 2 des statuts de la FIFA.

[1204] Article 20.1.4, 20.3.6 du Code Mondial Antidopage (CMA).

[1205] Article 64-3 alinéa 2 des statuts de la FIFA op. cit.

BY NC ND

gouvernements des Etats du monde entier, « *à privilégier l'arbitrage comme moyen de résolution des différends (…)* »[1206].

Passée cette étape, cette expression du pouvoir retrouve l'éclat de ses amours anciens dont la particularité est de la porter aisément au sommet de sa gloire la menace de sanction ou la sanction. Les pouvoirs sportifs préviennent sans ambages, afin qu'il n'en ignore et s'y conforme, tout « *gouvernement qui omettra de ratifier, d'accepter, d'approuver la Convention de l'UNESCO ou d'y adhérer avant le 1er janvier 2010* (…) [qu'il] *pourra ne plus être admissible aux fins de candidature à l'organisation de* [grandes] *manifestations* [internationales] (…) *et être assujetti à d'autres sanctions* »[1207] destinées à mettre à rude épreuve leurs ferveur et orgueil, telles la perte de sièges, l'annulation de manifestations internationales, les conséquences symboliques et autres conséquences.

En faisant cordialement profession de faire jouer les uns contre les autres, les pouvoirs sportifs se sont construit une solide expérience dans la diplomatie de l'influence vis-à-vis des Etats. Ils réussissent ainsi à happer par voie contractuelle une frange non négligeable de leur souveraineté sans passer par un affront. Avec subtilité, ces véritables ordres voient leur ardeur atténuée, mais restent fermes. De là à estimer qu'étant en face d'autres détenteurs de puissance, ils évitent que tout leur glissent entre les doigts, il n'y a qu'un pas à franchir, et le commentaire attenant cette disposition portant sanctions contre les Etats l'autorise. Cela mérite d'être repris tel quel :

« *La plupart des gouvernements ne peuvent être parties à des instruments privés non gouvernementaux tels que le Code, ni être liés par de tels instruments. C'est pourquoi on ne demande pas aux gouvernements d'être signataires du Code, mais plutôt de signer la Déclaration de Copenhague et de ratifier, d'accepter ou d'approuver la Convention de l'UNESCO, ou d'adhérer à celle-ci. Bien que les mécanismes d'acceptation puissent être*

[1206] Article 22.3 du CMA.

[1207] Article 22.6 du CMA.

BY NC ND

différents, toutes les mesures visant à lutter contre le dopage par un programme coordonné et harmonisé tel que reflété dans le Code, restent un effort commun du mouvement sportif et des gouvernements. »

Il reste en tout état de cause, ce même si cela a déjà pris les allures d'un débat dépassé[1208], que la volonté d'exclure toute négociation préalable à la signature, conserve son ampleur d'origine sur les conventions des pouvoirs sportifs, voire même un peu plus que dans celles des autres pouvoirs privés économiques sur lesquels les pouvoirs étatiques gardent encore une relative pression au moyen des sanctions le plus souvent portées par le droit de la concurrence.

D : L'utilisation diffuse et future de la convention d'arbitrage

A la manière des clauses de style[1209] qui caractérisent les contrats économiques en général, parce qu'on les retrouve « *partout où la rédaction d'un acte est répétitive et machinale* »[1210], la convention d'arbitrage des litiges sportifs niche dans nombreux *instrumenta* importants émis par les organismes sportifs et ayant vocation à les lier aux tiers, ce sans distinction entre actes conventionnels et ceux qui ne le sont pas. L'atteinte de l'objectif visé au moment de sa conception la prédisposait à passer par la même voie qu'empruntent toutes « *les clauses contractuelles rédigées en vue d'une utilisation généralisée* »[1211] On peut incliner à croire que si ces organismes bénéficieraient d'une marge suffisante de manœuvre pour façonner les conventions convenables à leurs propres besoins ou du moins les y adapter, la clause d'arbitrage leur échappe entièrement.

[1208] Adrian POPOVICI : Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ?, in Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis BAUDOUIN, Montréal, Presses universitaires, 1974, pp. 161 ss.

[1209] Définies comme toute « *clause d'usage figurant d'une façon routinière dans les contrats de même type ou dans les formulaires de contrat et insérée quasi-automatiquement (…) sans discussion lors de la rédaction* » : Pierre SCARANO : Dictionnaire de droit des obligations, Ellipses, 1999, p. 43.

[1210] D. DENIS : La clause de style, in Etudes offertes à Jacques FLOUR, Defrénois, 1979, p. 1175 ss.

[1211] 21e considérant de l'introduction de la directive européenne 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives.

BY NC ND

Il appert en effet que la prise en compte spécialement observée à son égard par la hiérarchie de l'organisation fait supposer qu'il pourrait leur être toléré des oublis et négligences à faible enjeu, comme on pardonne aisément les péchés véniels, mais pas l'oubli de la convention d'arbitrage. De cette attention particulière y accordée et de sa présence systématique dans les actes même unilatéraux par nature, Il en découle que la convention d'arbitrage de litiges sportifs se situe à un cran au dessus du simple « *emploi de ces clauses pour une pluralité de contrats à conclure à l'avenir* »[1212].

Parlant des clauses standardisées qui participent du même genre et ne sont autres qu'une variante dénominative de la même réalité, car « n'*ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* »[1213], la définition qu'en donne l'alinéa 2 de l'article 2.19 des Principes relatifs aux contrats du commerce international dit « Principes Unidroit » facilite leur reconnaissance en disant qu'il s'agit des "*clauses destinées à un usage général et répété*". Il faut admettre qu'au-delà du souci de preuve qu'on nourrirait vite le penchant de lui reconnaître, cette omniprésence réussit à faire du respect du formalisme observé dans ce milieu, un élément de validité même de la convention. La réutilisation illimitée de celle-ci s'avère le baromètre de sa stabilité, et le garant de l'état de santé de tout le système qu'elle sert.

Section 2 : LES PROBLEMES DE QUALIFICATION LIES A L'INSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT (TAS)

Une jurisprudence déjà établie veut que « l*a qualité des tiers chargées d'une mission par les parties à un contrat ne saurait dépendre des termes employés par celles-ci, mais ressort de la nature de la mission à eux confiée* »[1214]. Se seraient-elles en toute liberté remis au jugement du tiers, on aura affaire à

[1212] Francis LIMBACH : op. cit. p. 13.

[1213] C'est la formule consacrée par la directive européenne n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

[1214] Cass. Req. : 31 mars 1862, DP 1862,1,242 ; Cass. civ. : 26 oct. 1976, Rev. arb. 1977, p. 327.

BY NC ND

l'arbitrage. Lorsque c'est plutôt l'une d'elles qui a par malice ou par force trainé son cocontractant devant ce tiers tel que vue en matière des litiges sportifs, la doctrine dans la quasi-totalité, rejoint tout récemment en cela par la jurisprudence suisse, se contente de parler d'un arbitrage forcé. Quand bien même la nature de la mission ne soulève pas de difficulté particulière si l'on s'en tient superficiellement à son objet, à savoir trancher un différend, cela ne clôt pas les préoccupations sur les problèmes posés par la plus haute institution de gestion des litiges sportifs.

Dans la mesure où en principe le tribunal judiciaire rend justice au nom de l'Etat qui l'a créé, et que l'arbitrage s'en différencie par son caractère privé et temporaire, au nom de quelle autorité consacrée se prononce le tribunal d'arbitrage créé par le CIO[1215] à l'égard duquel le cordon ombilical est présenté comme coupé ? Le consentement dont la collecte telle qu'observée a nourri la création du TAS et le lien ombilical qui l'unit au CIO, l'interpellent sur deux points qui méritent de retenir l'attention. Lorsque le tribunal arbitral tient son existence de la volonté libre des parties, il est difficile de se soucier de sa nature (§1) et de sa légitimité (§2). Dès lors que personne ne les y a contraintes, elles doivent assumer les conséquences de leur liberté.

§1 : LE PROBLEME DE LA NATURE JURIDIQUE DU TAS

L'indépendance judiciairement prononcée[1216] du TAS par rapport au CIO n'a pas éradiqué l'influence de celui-ci sur celui-là, puisque de tels "organes de justices" s'avèrent fondamentaux à la vie des organisations sportives. A ce sujet, le père du mouvement Olympique moderne leur rappelait péremptoirement que « *la première, la plus nécessaire des tâches qui*

[1215] Même s'il trône sur la pyramide mondiale du sport organisé, le CIO est une association, c'est-à-dire une personne morale de droit privé, soumise aux lois suisses sur les associations.

[1216] Trib. Féd. Suisse, 1ère cour civile : 15 mars 1993, aff. GUNDEL c/ FEI, Rec. TAS, I, p. 545 ; Bull. ASA, 1993, p. 398, note G. SCHWAAR ; Inter. arb. Rep., vol. 8, n° 10, 1993, p. 12, note PAULSSON, RSDIE, 1994, note F. KNOEPFLER, JDI 1996, p. 735 ; et 27 mai 2003, aff. LAZUTINA et DANILOVA c/ CIO, FIS & TAS, Bull. ASA 2003, p. 601, JDI 2003, p. 1 906, note A. PLANTEY ; Rev. arb. 2005, p. 181 ; chron. P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH GAZZINI.

BY NC ND

incombent à une fédération sportive, c'est de s'organiser judiciairement. Elle doit être en effet à la fois un conseil d'Etat, une cour d'appel et un tribunal des conflits. A elle de maintenir les règlements, de les interpréter, de juger en dernière instance »[1217]. Dans toutes les formes d'organisation de la société humaine et quoique n'étant « *pas consubstantielle à l'Etat, (…) la fonction juridictionnelle est l'expression d'une fonction sociale (…) nécessaire au maintien et à la perpétuation* »[1218] du système. Tirant avantage d'un quasi don d'ubiquité qui gît en lui, le sport organisé met un accent particulier sur la création des voies privées de résolution des litiges. Autrement dit, les autorités du monde sportif devenu un super Etat mondial", réalisent une conquête « *dans les marges de l'action des Etats* »[1219], et le TAS en est la parfaite expression.

Cependant, que l'Etat paraisse n'être plus à même de remplir tout seul son rôle de tiers dans le règlement des litiges, « *ce point est aujourd'hui acquis. Mais on ne voit pas ce que pourrait signifier un acte de justice et d'abord une parole de justice qui ne soient pas issus d'un tiers, non partie au conflit, qui écoute des voix adverses, met chacun à sa place, et ainsi restaure ou même instaure la juste distance que le tort n'a pas respecté* »[1220].

Le TAS reste la création d'une personne morale de droit privé qui relève elle-même du droit suisse des associations. Cette origine peu orthodoxe du TAS par rapport à la volonté des parties ou des Etats et la finalité qui lui est assignée cachent mal l'aspect très économique de ses différents paramètres. Il occupe en effet une place maîtresse dans le rééquilibrage entier du système qui l'a institué. Car son activité repose sur une bonne prévisibilité à grande échelle et son action s'inscrit dans une logique de gestion globale des

[1217] Pierre de COUBERTIN : Le rôle des fédérations in Revue Olympique, mars 1907, p. 231.

[1218] Olivier DUBOS : Les juridictions nationales, juge communautaire, op. cit., pp. 2 et 3.

[1219] Laurent COHEN-TANUGI : Le droit sans les Etats ?, Arch. Phil. Droit, n° 47, 2003, p. 287.

[1220] Paul RICOEUR : Le juste, la justice et son échec, éd. de l'L'herne, 2005, pp. 65 à 66.

BY NC ND

équilibres financiers[1221] et fonctionnels dudit système. Son extension en cours témoigne de cette orientation et de son efficacité, nourrissant au passage les questions sur sa nature véritable.

Les manquements mis en relief expriment l'inaptitude des catégories juridiques classiques –arbitrage et tribunal- à le contenir entièrement. Le TAS a en plus, le privilège d'échapper à leur emprise et les verrait d'en haut, d'autant plus que son domaine d'action ignore avec grande aisance les frontières nationales. Les autorités sportives ne revendiquent-elles pas à cet effet « *un statut d'exterritorialité juridique* [par] *la reconnaissance* [planétaire] *de l'autonomie et de la spécificité du sport* »[1222] ? Il y a lieu de relever qu'un tel système autoréférentiel fait emprunt pour se construire, à diverses branches et théories du droit, « *selon les modes et les alliances du moment, mais* ***son objectif fondamental est de neutraliser la force dissolvante des concepts*** »[1223] venus des branches et théories prêteuses. Son indépendance vis-à-vis des systèmes étatiques en dépend.

Mais les pouvoirs sportifs, comme les autres pouvoirs privés économiques en général, ne privilégient pas la voie du commandement au sens traditionnel, c'est-à-dire autoritaire dans tous ses aspects. Ils font au préalable usage de la voie conventionnelle qui laisse en apparence une marge de manœuvre au destinataire de la mesure, alors qu'intrinsèquement il n'en dispose pas dès lors que les lignes de conduite sont tracées d'avance et de façon rigide sans lui. Il ne saurait en tout cas s'en écarter de son initiative personnelle. C'est selon la loi de Maine, l'évolution de la technique juridique du "statut" au "contrat"[1224] dont l'effet premier est de laisser planer un flou considérable sur la frontière entre actes unilatéraux et les actes contractuels.

[1221] Katja SONTAG, op. cit. n° 566, p. 180.

[1222] Cf Libération du 13 juillet 2007 : Le sport est-il une activité économique comme les autres ? et le CIO et la FIFA insatisfaits. Consultable sur www.liberation.fr/sports/0101107284, visité le 25/06/2013.

[1223] Jean Marie BROHM : La tyrannie sportive, op. cit., p. 77.

[1224] In Le problème politique et la démocratie, Paris, 1945, cité par Paul MASELEK op. cit, p. 44.

BY NC ND

Il s'avère difficile aux conventions nées de tels rapports de ne pas répondre exclusivement, comme toutes autres de la même obédience, qu'aux appels de la rentabilité économique devenue la valeur maîtresse du monde actuel. Il en est de même de l'institution qui en est sortie. Cependant, elle prend ses distances avec un autre système juridique international comme l'Union européenne et ses Institutions parmi lesquelles sa Cour de justice. Tandis qu'elles incarnent un compromis de souveraineté et concilient en permanence le droit économique et les droits fondamentaux, la plus haute institution arbitrale des litiges sportifs porte manifeste d'un « *droit des affaires internationalisé et contractualisé, lieu d'élection (…) de la justice privée* »[1225] dont le monopole en fait le masque de la superpuissance des autorités sportives.

Le foisonnement de ses sources du consentement à l'origine de l'arbitrage des litiges sportifs rend presque inaccessible à l'entreprise de pensée une identification, voire une définition stable de l'arbitrage, sauf à vouloir le conduire dans d'autres horizons de sens. Par prudence, faudrait-il peut-être emprunter la même stratégie que Jean-Paul SARTRE dans ses travaux sur le langage pour « *élargir, approfondir, ouvrir les portes et laisser entrer, en les contrôlant au passage, le troupeau des idées neuves* »[1226] ? Certainement, mais la crainte principale se fonde sur l'orientation de sa jurisprudence presque obstinée et aveuglée par les préoccupations cristallisées sur le volet financier des activités sportives.

L'observation fait percevoir à travers cette institution les traits saillants des services juridiques des moyennes et grandes entreprises. On sait que lorsque l'entreprise se donne la dimension des multinationales, ces services deviennent des divisions d'une direction administrative et des contentieux chargées d'encadrer les activités de la société mère tout en maintenant une veille juridique permanente et prépondérante sur ses liens contractuels avec

[1225] Laurent COHEN-TANUGI : "Le droit sans les Etats ?" op. cit., p. 286.

[1226] Jean-Paul SARTRE : "Qu'est ce que la littérature" op. cit. p. 337.

BY NC ND

toutes les parties prenantes. La seconde branche non moins importante de ses charges consistant dans la gestion des contentieux qui constituent la cuisine interne d'où peuvent provenir les failles de l'immense entreprise. L'ampleur planétaire des activités économiques organisées du sport professionnel ne méritait pas moins qu'une institution comme le TAS, chargé de chapeauter dans le sens de la coordination de leurs actions et parfaire la construction de tout le système autoréférentiel porté par la *lex sportiva*. La rigidité du système ne se cache pas, si bien que même « *les organisations sportives composant le mouvement (…) n'osent visiblement pas remettre en question les sentences rendues à leur détriment* »[1227]

En effet, le chemin suivi pour y parvenir emprunte intensément au système étatique. On y relève à cet effet une « *monopolisation de la production juridique par* [les autorités sportives] *jointe à la codification des règles* »[1228] comme le ferait tout législateur étatique. La prééminence des règles qu'elles produisent sur toutes autres considération et règle situées en dehors du système sportif est symptomatique. La hiérarchisation kelsénienne des normes juridiques est de mise dans le monde sportif. Parallèlement au système étatique du droit où le juge ne décide en principe qu'en s'appuyant sur les règles préexistantes toutes conçues et définies préalablement par le législateur, les arbitres du TAS ainsi que ceux des autres unités d'arbitrages internes aux organismes sportifs, ne doivent pas dans leur sentences prendre beaucoup des largesses avec les règles posées par ces derniers. Ainsi, tout comme le juge étatique, ce qui est attendu des arbitres n'est pas de créer le droit, mais d'appliquer les règles déjà prédéfinies, et même s'il leur était reconnu le pouvoir de les interpréter, ils ne sauraient en faire usage « *en dehors de celui qui consiste à faire apparaître la volonté* »[1229] des pouvoirs sportifs.

[1227] François LATTY : "La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 578-579.

[1228] Thierry KIRAT, Economie du droit, Coll. "Repères", éd. La Découverte, Paris, 1999, p. 51.

[1229] Sur l'ensemble de ce point, cf. Thierry KIRAT op. cit. p. 53.

BY NC ND

Le tout forme une unité bien distincte du droit étatique, mais ne conserve pas moins la vocation à régler les éventuels conflits entre les différentes parties prenantes à l'organisation, et « *beaucoup plus largement à encadrer, orienter, rationaliser l'ensemble [des] activités* »[1230] et la conduite du système tout entier, étant entendu que la technique juridique participe d'une des variétés particulières de l'art de diriger les conduites des humains. Ce qui appelle, et c'est désormais un truisme, à ne plus confondre le droit à l'Etat. Ce dernier n'en est plus le principal inspirateur ou la source primordiale.

Le caractère d'institution juridictionnelle ne diminue rien de l'origine privée du TAS. Ce qui est nouveau c'est qu'une institution dont l'aptitude à connaître des litiges d'une telle envergure émane d'une personne privée sans susciter de surveillance, alors que ce ne sont pas les sujets d'indignation qui font défaut dans sa pratique. Pourtant, alors que l'intervention de l'Etat dans la sphère économique est présentée sous certains cieux comme une horreur, les domaines qui ont été son apanage à cause de leur spécificité sont conquis par les pouvoirs privés sans remous. Seulement, cette stratégie consistant à faire de façon inductive à arrimer les structures juridiques aux nouveaux besoins et leurs structures de satisfaction que produisent sans cesse l'évolution socio-économique, appellent à compréhension. Pour la paix de l'entendement, ces arrimages doivent pouvoir être juridiquement bien casés et expliqués, quand bien même le critère déterminant aurait cessé d'être juridique.

La question de la nature de l'institution arbitrale du sport reste entière et « *ne comporte guère de réponse qui s'impose parce que cette réponse dépend précisément de la manière de concevoir cette systématisation, laquelle procède d'un choix* »[1231] et surtout de l'orientation qu'entendent donner au droit les hommes et les organisations qu'ils créent. Le droit est un art pratique, cela

[1230] Paul AMSELEK : op. cit., p. 31.

[1231] André de LAUBADERE cité par Paul AMSELEK : Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs : l'identification directe in Etudes de droit public, op. cit., p. 271 ;

BY NC ND

signifie qu'il est ce que les hommes en font, qu'il dépend de la qualité de ceux qui le manient[1232] comme en donnent illustration les diverses orientations politiques des pouvoirs publics, toujours enfermées dans une enveloppe légale.

Pourtant, on y assiste très souvent à la régression du sens et des valeurs du droit qui « *ne saurait se réduire à la seule volonté qui l'instaure* »[1233]. Si on n'a pas besoin d'être un saint pour poursuivre des buts nobles, il s'agit ici d'attirer l'attention des pouvoirs sportifs sur l'enjeu d'un mauvais usage de cet outil, et surtout l'impact qu'une impasse remarquable sur le sens et les sources du droit laisse sur leurs finalités. Au risque de revêtir le manteau d'un "marginal en quête d'idéal" –et c'est un risque négligeable-, nous pensons avec Stéphane HESSEL qu'« *il est grand temps que le souci d'éthique, de justice, d'équilibre durable devienne prévalent* »[1234]. On a fait savoir que Pierre de COUBERTIN, lorsqu'il proposait la rénovation des Jeux olympiques, souhaitait « *intégrer le sport dans une perspective plus globale, éducatrice et humaniste, le sport* [étant à ses yeux] *un moyen au service d'une idée élevée : la formation du citoyen* »[1235].

Malheureusement, le sport faisant partie de l'héritage culturel de l'humanité, a vite glissé sur la pente de l'argent. Certaines de ses pratiques saisies par l'économie du spectacle, se sont ainsi vues développées et étendues sur toute la planète, effaçant au passage nombre parmi elles, restées plutôt ancrées dans l'inconscient collectif des peuples. Le sport spectacle prête aujourd'hui ses vertus éblouissantes aux procédés d'asservissement de l'Homme. En toutes circonstances, il reste que toute action des pouvoirs dans les relations humaines, qui refuse de prendre en compte la légalité, les droits de la

---

[1232] Cf. Marie-Anne FRISON-ROCHE : L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit Op. cit., p. 30.

[1233] Bruno OPPETIT : Philosophie du droit, Dalloz 1999, p. 24.

[1234] Stéphane HESSEL : Indignez vous !, Indigènes éditions, 2010, p. 21.

[1235] Roger BAMBUCK : Pour un sport réellement démocratique, Le monde diplomatique d'août 1992, consultable sur www.monde-diplomatique.fr/1992/08/BAMBUCK/44635 , visité le 28/06/2013.

BY NC ND

personne ou à tout le moins l'impératif moral de justice souffre d'une sérieuse carence de légitimité.

§2 : LE PROBLEME DE LA LEGITIMITE DU TAS

Un cas emblématique peut servir de point de départ : avant d'imposer aux confédérations sportives, à ses membres et ligues de « *prendre toutes les dispositions nécessaires pour que leurs membres (…) joueurs et officiels se soumettent à l'arbitrage du TAS* », l'**article 67 des statuts de la FIFA** les engagent au préalable « ***à reconnaître le TAS comme instance juridictionnelle indépendante*** », qu'on présentera au public comme le fruit de la volonté des parties au contrat. Comme si le droit devait se contenter d'accompagner les humeurs changeants de la société menée par ses "happy few" dans leurs rapports avec l'argent, « *les cas d'obligation de contracter, de contrats forcés ou imposés* (…) *dans les relations entre particuliers* »[1236] repoussent toujours leurs limites.

Dans le microcosme sportif on dirait « *hanté par la compétition et la nécessité* »[1237], l'inégalité des parties favorise l'abus de domination avec l'octroie d'« *un privilège inhabituel à l'une d'elles* »[1238]. Or cette partie privilégiée n'a du rapport avec l'autre, qu'une écoute circonscrite par l'unique partition de l'aléa entre le profit et la perte, où s'engouffre le désir sans fin de s'enrichir. Dans un tel cas de figure, « *la subordination du cocontractant est la transcription inverse des pouvoirs de son partenaire contractuel* »[1239]. Ceci interpelle particulièrement au plus haut niveau le tribunal arbitral du sport dans la mesure où le consentement pour y aller, au lieu de porter comme il devrait lui échoir, l'expression d'une volonté

[1236] Paul AMSELEK, op. cit., p. 282 ; cf. aussi Paul DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel op. cit., p. 33.

[1237] Maurice MERLEAU-PONTY : Eloge de la philosophie, Gallimard, Paris, 1952, cité par Bruno OPPETIT op. cit. p. 11.

[1238] Paul AMSELEK : op. cit., p. 272.

[1239] André de LAUBADERE et Alii, Traité des contrats administratifs, T. 1, LGDJ 1983, n°6, p. 19.

BY NC ND

conquérante, manifeste plutôt une volonté contenue[1240]. Autrement dit, c'est le sacre d'un arbitrage dénué de légitimité. Le fait est si notoire qu'« *on peut considérer qu'il y a actuellement une véritable crise de légitimité du TAS* »[1241], relève un éminent spécialiste du droit du sport.

La légitimité de l'arbitrage provient de ce que le consentement pour y aller « *procède du principe fondamental d'égalité de toutes les personnes intéressées par une telle procédure : aucun des protagonistes n'[étant pour cela] en mesure d'imposer l'arbitrage à d'autres … Quant à l'arbitre, il ne peut contraindre les plaideurs à se soumettre à sa juridiction, laquelle procède de leur libre volonté* »[1242]. En imposant une telle instance, on ouvre les vannes de l'iniquité dans la mesure où en l'absence de tiers impartiaux, rien ne permet de « *garantir l'équilibre entre les divers espaces offerts à l'action de chacun* »[1243]. La convention d'arbitrage des litiges sportifs telle qu'elle est nouée et appréciée par les arbitres laisse croire que ces derniers ne seraient que les mandataires de l'organisation.

Dans les organisations où un détachement est chargé de la mission de juger, où mieux de faire appliquer leurs règlements, l'existence d'une voie de recours contre la décision rendue lui restitue une bonne part de la crédibilité que l'absence de neutralité concrète aurait entamée. Ainsi, lorsque le service des ressources humaines prend une décision manifestement illégale ou disproportionnée à l'encontre d'un salarié, une voie de recours en contestation ou en réparation pour les cas de licenciement jugés abusifs reste possible.
L'arbitrage des litiges sportifs en prenant de sérieux écarts avec son fondement, manque en légitimité. Les contours fuyants de ce concept, du fait

[1240] Ousmane DIALLO : Le consentement des parties à l'arbitrage international, op. cit. pp. 13.

[1241] Pierre COLLOMB : Entretien accordé le 23 juillet 2013, consultable sur le site www.droitdu sport.com rubrique Tribunal arbitral du sport.

[1242] Ousmane DIALLO op. cit. , p. 63.

[1243] Marie-Anne FRISON-ROCHE : L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit, op. cit., p. 31.

BY NC ND

de la multitude des sens qui l'ont traversé ou auxquels il se prête[1244] encore, n'empêchent pas d'y percevoir essentiellement un sentiment qui procède du sérieux et répond pour chaque personne à un besoin de confiance. « *La légitimité constitue un rempart contre le caprice ou l'anarchie, l'arbitraire ou l'insensé ; elle donne au pouvoir sa plénitude et sa force.* »[1245] Il faut y voir cette onction procurée par l'acceptation d'un rapport où les différentes parties prenantes ne se sentent pas trompées, admettent parce que le fait qui le nécessite ne s'écarte pas de l'idée du juste.

Comme la légitimité du pouvoir politique sur les pas duquel marche le système sportif, « *l'autorité de ceux qui gouvernent a besoin pour être bien fondée, de l'investiture et du soutien de ceux qui sont gouvernés* »[1246]. C'est dans les actes des pouvoirs sportifs qu'il convient de retrouver ce qui les fonde et les fait passer pour justes. Si les juges étatiques trouvent leur légitimité dans la loi, la raison est que la loi ne subordonne pas la liberté parce qu'elle est issue de la volonté même du peuple au nom duquel elle est votée. En plus, ils peuvent engager leur propre responsabilité pour s'être écarté de leur mission. De même, l'arbitrage ne se veut légitime que parce qu'il a pour source la volonté. Les parties sont ainsi soumises à une loi dont elles sont elles-mêmes le législateur, « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite [étant] liberté »[1247].

Le forçage mis au passif des pouvoirs privés sportifs heurte d'ailleurs de front nombreuses lois fondamentales des Etats qui font interdiction de soustraire les citoyens de leur juge naturel institué par la loi pour les

[1244] Pour s'en tenir au Petit Robert de la langue française, elle est l'"*état, la qualité de ce qui est légitime* (c'est-à-dire) *fondé en droit et en équité, consacré par la loi ou reconnu conforme au droit naturel*" par différence à la légalité qui est plutôt restreinte. En fait, la légitimité se ressent pour ce qui s'est accompli comme ça devait s'accomplir. C'est pourquoi certaines situations s'avèrent légales sans être légitimes lorsque la loi sur laquelle elles sont basées manque elle-aussi de légitimité.

[1245] Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.) : Dictionnaire de philosophie politique, PUF, 2003, format poche, p. 388.

[1246] Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.) : Dictionnaire de philosophie politique,op. cit., p. 389.

[1247] Jean-Jacques ROUSSEAU : Du contrat social, Aubier, éd. Montaigne, 1943, p. 106.

BY NC ND

soumettre aux juges extraordinaires ou spéciaux[1248] pour la protection de leurs droits et intérêts légitimes. En France, la récente extension de la validité de la clause compromissoire sur les contrats conclus dans le cadre de l'exercice de sa profession ne confère pas automatiquement la légitimité à ce type d'arbitrage.

L'inobservation des exigences légales ne devrait en principe que conduire à l'invalidité des sentences de la convention de base dénuée de consentement. Il peut être pris prétexte que l'appréciation de la nature conventionnelle de l'arbitrage se fait en fonction du droit de son rattachement étatique[1249]. Et les arbitres du TAS ne ratent d'ailleurs pas l'occasion de rappeler à longueur de sentences que le droit de rattachement de la convention d'arbitrage est le droit suisse.

Pourtant, l'arbitrage qui accompagne les compétitions sportives internationales devrait tirer avantage de l'universalité de celle-ci pour promouvoir les valeurs humaines mondiales et éternelles. Dans ce « *droit premier* » du fait de « *l'intervention d'un tiers impartial* » pour reprendre Alexandre KOJEVE, l'arbitre prend appui en principe sur un contrat. Il échappe ce faisant à l'emprise d'un droit étatique quelconque. Les choix par les parties de l'arbitre et « *de la langue de l'arbitrage international* (en font) *un vecteur d'universalisme* »[1250].

De l'avis de certains auteurs, l'autonomie de la volonté devrait en matière internationale suffire pour admettre la validité des conventions par le seul effet du consentement des parties, sauf si ce sont encore elles-mêmes qui

[1248] Articles 24, 25 et 102 al. 2 de la Constitution Italienne du 27 déc. 1947 ; dans le même sens, Article 8 et 94 de la Constitution de la Belgique du 7 février 1831.

[1249] Cass. civ. : 21 juin 1950, Messageries maritimes, D. 1951, p. 749, note HAMEL ; S. 1951.1.1., note NIBOYET : En substance, toute convention internationale est nécessairement rattachée à la loi d'un Etat.

[1250] Gérard FARJAT : Avant propos in Actes du Colloque international des 25 et 26 novembre 2005, INTERPRETER & TRADUIRE, CERC, Faculté de Droit de Toulon, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 11.

BY NC ND

décident de soumettre leur contrat à une loi donnée[1251]. La conséquence d'une telle analyse est qu'en consacrant ainsi le consentement comme unique condition de validité des conventions, celles-ci devraient en toutes circonstances recevoir exécution sans bien entendu, laisser trop de place à la discussion ; et au besoin, se passer de l'appui d'un élément autoritaire, fut-ce léger pour l'encadrer.

Le cadre où s'inscrit la présente situation fait ressortir les limites d'une solution inspirée par la remarque d'Henri LACORDAIRE pour qui « *entre le fort et le faible (…) c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* »[1252]. En effet, le recours à une intervention législative se veut presqu'impossible, en raison de la souveraineté des Etats. En plus, ceux-ci ne cachent pas non plus leur entière dévotion à l'endroit de la chose et de la puissance sportive, au point d'en faire un pouvoir absolu.

Jean-Jacques ROUSSEAU écrivait qu'« *il n'ya point d'assujettissement si parfait que celui qui garde l'apparence de la liberté ; on captive ainsi la liberté même* »[1253]. Or la liberté n'est pas un bien économique, mais un idéal auquel tout le monde aspire. Sa préservation au moyen de la protection de la partie faible au contrat ne nécessite pas pour la circonstance un affrontement entre les pouvoirs étatiques et sportifs. Ces derniers doivent eux-mêmes les prendre en main, en imprégnant leur ordre public sportif de toutes les valeurs portées par l'ordre public dans le cadre étatique. Qu'il s'agisse de l'ordre public de direction ou de protection, ou encore de l'ordre public économique, la finalité de la paix sociale à travers ses différentes amplifications reste l'être.

Le dynamisme de la vie en commun s'exprime en permanence à travers l'être et l'avoir. Mais l'avoir est nécessairement la conséquence de l'être, car il faut déjà être pour ensuite avoir et non l'inverse. Ceci suppose qu'on ne peut

[1251] WENGLER : "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im I.P.R.", Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, t. 54, p. 168 ss.

[1252] Cf. Henri LACORDAIRE : 52e Conférence de Notre-Dame, 1848.

[1253] Jean-Jacques ROUSSEAU cité par François TERRÉ : in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.), op. cit., p. 6.

posséder avant d'avoir été. C'est pourquoi le sujet reste bien l'être. Quand bien même toutes la tendance des valeurs sociales actuelles est d'accorder la primauté à l'avoir, une constance reste au regard de la bipolarité du Droit : le Droit objectif en tant qu'un ensemble des prescriptions destiné à régir l'organisation et le déroulement de la vie en société, occupe une bonne place dans la catégorie de ce qui, dans le vocabulaire freudien, s'appelle le "surmoi".

Les lois en tant qu'expression de la volonté générale, restent son socle et son expression la plus manifeste. Nous les approchons volontiers de l'être. Car ces principes obligatoires de conduite collective – qui innervent par ailleurs entièrement la pratique et le sens même des compétitions sportives- font partie intégrante de la vie commune. Il s'avère aberrant de n'y voir comme HAYEK qu'un pouvoir totalitaire « *prétendant diriger les efforts des individus et répartir délibérément leurs fruits* ».[1254] Ensuite, les droits subjectifs en tant que ce dont chacun peut prétendre s'approprier, sans sortir du cadre mis en place par le droit objectif, sont de l'ordre de "l'avoir". Mais il faut déjà "être " pour "avoir" et l'inverse s'apparente à s'y méprendre du non sens tout simplement.

Ceci étant et considérant que le système mis en place pour encadrer et gérer par voie d'arbitrage les litiges sportifs peut accepter de se regarder un tant soit peu dans le miroir pour se reconnaître un visage humain, nous croyons que la légitimité est un complément nécessaire à son épanouissement. Il n'est pas difficile de se l'octroyer. La solution consiste, en ces moments où le juridique cède continuellement et dans presque tous les domaines le pas à l'économique, à opérer une espèce d'équilibrage des deux axes d'action, mais surtout d'éviter que ce qu'il y a de plus profond en l'homme soit mis à la traîne des armoiries destinées à cacher ses fragilités au premier rang desquelles l'argent et le pouvoir.

[1254] Friedrich A. Von HAYEK : Droit, législation et liberté, tome 3, PUF, 1983, p. 182.

BY NC ND

Ce sont en effet deux facettes d'une même réalité douée d'un magnétisme digne des sirènes dont parle la mythologie. Il faut en tout état de cause ne garder avec eux que des relations assez circonspectes. Car doucement mais sûrement avec le temps, à la façon des racines qui fracturent pour les renverser des fondations tenues pour des rocs au moment de leur construction, ou de l'eau qui rompt les digues si elle ne trouvent pas de passage, le pouvoir absolu dont la particularité est de rendre très régulièrement "*stupides des hommes jusque-là brillants*"[1255], finit toujours par dévorer l'âme de son détenteur. L'argent pour sa part s'y rapproche d'autant plus qu'en déniant aux pauvres la dignité[1256], il produit à peu près le même effet comme la merde qui nuit si on l'entasse, alors qu'il fertilise lorsqu'on la répand.

En enfermant la régulation des rapports sociaux dans la simple logique financière avec pour seul lien les conventions incontrôlées, on en vient à sacrifier le socle même de l'harmonie sociale, et créer un péril lent, mais péril tout de même au système dans lequel l'acte s'intègre. Car la convention n'est pas -sans risque pour les mœurs- réductible à un banal support d'échanges économiques. Bien au contraire, elle participe « *des nombreux instruments qui permettent de façonner jour après jour les relations de personne à personne* »[1257]. Dans une telle perspective, il ne peut y avoir d'harmonie, de stabilité voire de paix profondément durables lorsque chacun entendra seulement travailler à sa propre extension sans le moindre souci du "qu'en dira-t-on".

Dans le rapport dialectique entre le pouvoir et la liberté toujours prégnant dans l'humanité entière, le plus dur n'est pas de parvenir à être le plus fort, mais de toujours le rester. De façon toute aussi répétitive et à charge d'en tirer les leçons pour l'avenir, il revient que passés les jours de la toute

[1255] Jacques VERGES : Journal – La passion de défendre, éd. du Rocher, 2008, p. 14.

[1256] Ibid., p. 37.

[1257] Christophe JAMIN et Marc BILLIAU : La cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé, Dalloz 1998, chron., pp. 145 ss, spéc. p. 146.

BY NC ND

puissance, même les complices des forfaits du tyran devant qui tout doit céder et plier le tiennent pour un déséquilibré.[1258] C'est pour cette raison que si l'arbitrage des litiges sportifs entend continuer à se développer de façon pérenne, les pouvoirs privés sportifs devraient veiller à ce que cette pratique ne soit pas détournée de ses fondements pour se transformer en instrument de musèlement de la liberté : moralité : qui trop embrasse, mal embrasse !

Les crises sociales répétées mettent en exergue les excès du capitalisme bâtit autour du dieu argent et de l'individualisme. Pourtant, « *les problèmes les plus vitaux ne sont pas les problèmes économiques, mais ceux du maintien de l'unité sociale en face des intérêts économiques* »[1259], que le sport ludique est, plus que le commerce à nos yeux, très largement apte à propager dans le monde entier. Il suffira à ses promoteurs de sortir des excès de la logique économique pour prendre en compte les principes fondamentaux qui inhibent les systèmes juridiques nationaux, d'en faire même leurs chevaux de bataille contre les Etats récalcitrants et procurer à l'humanité même a minima, le peu de bonheur que chacun peut tirer de la liberté et de l'éthique.

On ne le redira jamais assez, car en refusant de restituer à la convention son rôle de premier rang dans le lien social pour l'emprisonner plutôt dans le calcul froid des intérêts patrimoniaux, les pouvoirs sportifs s'enfoncent dans l'emprise de l'imaginaire utilitariste qui met sérieusement à mal la société mondiale contemporaine, en passant pour « une sorte de seconde nature »[1260].

L'harmonie et la tranquillité sociales peuvent se construire avec tous ces instruments sans encourir une grave contradiction. Leur préservation

[1258] Cf. Henryk SIENKIEWICZ : Quo vadis ?, op. cit., pp. 250 – 251.

[1259] Frank KNIGHT : Risk incertainty and profit (1921), cité par Michel GLAIS et Philippe LAURENT : La Commission de la concurrence : premiers avis, Gaz. Pal. 1979.1. Doctr., p. 30.

[1260] Christophe JAMIN et Marc BILLIAU : ibidem, cf. aussi Alain CAILLÉ : Critique de la raison utilitaire, éd. La Découverte, 1989, p. 127.

BY NC ND

commande d'accorder la prévalence du droit objectif sur les droits subjectifs, c'est-à-dire à notre sens, de placer « *les personnes avant les biens, l'être avant l'avoir [car] la personne est première* »[1261]. Il s'agit essentiellement d'adjoindre la juste mesure de chaque composante dans le mur de l'édifice. En effet, plus encore qu'au XVIIIe siècle, le droit objectif fondé sur les valeurs humaines éternelles, doit constituer "*le principe et la fin*"[1262] de tout système de justice, étatique ou privé. On ne saurait, sans s'exposer à un risque d'anarchie, « *laisser chacun libre d'aligner son comportement sur la norme de son choix* »[1263].

Le droit de la concurrence[1264] dont « *la mission est de protéger le marché et la libre concurrence entre contractants* »[1265], pour apprécier le caractère restrictif de concurrence de certaines conventions comme l'entente, vérifie l'effectivité, l'existence voire l'intégrité du consentement. Inversement, il tient compte pour valider certaines ententes en dépit de l'interdiction, de certaines finalités visant à protéger le bien-être de l'homme comme la réduction de la consommation énergétique de la machine à laver. On y a donc bien compris que « *la satisfaction de l'intérêt des consommateurs est une composante du progrès social* »[1266], même si cette branche du droit n'a pas reçu pour principal mission la protection des contractants.

Les problèmes nés du consentement ramèneront inévitablement à la force des mots. Les mots sont vivants, au point que le maximum de la puissance leur échoit. Le TAS devrait tirer avantage de la liberté dont doit jouir tout

---

[1261] Gérard CORNU : Droit civil, Les personnes, op. cit., dernière page couverture.

[1262] Cf. D'AGUESSEAU : Essai sur l'état des personnes, Œuvres complètes, T. V. 1767, p. 416.

[1263] Bruno OPPETIT : Philosophie du droit, op. cit., p. 26.

[1264] Pour Karl MARX, « *La concurrence doit se charger d'expliquer ce les économistes ne comprennent pas alors que ceux-ci auraient inversement pour mission de nous expliquer la concurrence* » : Le capital, Ed. sociales, Paris, 1976, t. 3, p. 780.

[1265] Marie MALAURIE-VIGNAL : Droit de la concurrence et droit des contrats, D-S 1995, chron., p. 54.

[1266] Antoine PIROVANO : Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence), D-S 1980, chron. 149.

BY NC ND

juge, tout arbitre et ouvertement reconnue aux siens, imiter certains juges vis-à-vis du pouvoir politique, pour se donner un regain de légitimité, en exigeant que soient restituées au consentement ses exigences essentielles. Ce combat est d'autant aisé qu'il s'agit d'user à leur tour le pouvoir des mots pour soigner les maux générés par les mots du pouvoir sportif.

A la façon des pouvoirs politiques qui en ont le reflexe, les pouvoirs sportifs tiennent au sujet du consentement à l'arbitrage un discours à l'attention d'un auditoire incapable pour la majorité, de l'entendre. C'est parmi tant d'autres, un des aspects de la pratique en cours dans la société contemporaine, qui consiste à brouiller les concepts à la portée juridique incertaine. Ce qui débouche sur l'effacement des normes et des garanties juridiques en les engluant dans des critères de politique économique. S'il ne résiste pas à la tentation, le juriste s'abandonnera à l'"économisme" et revêtira les qualités de « *la servante du seigneur* »[1267] et "*non sa maîtresse*"[1268].

Le TAS à travers ses arbitres, "juristes"[1269] en l'occurrence, devrait ne pas se contenter seulement d'assurer le rôle de garant de la cohérence formelle de la déviation des sens observé dans son champ d'activité, mais aussi et surtout se donner la mission de parvenir entre autres à obtenir que soient utilisés les mêmes mots pour désigner la même chose, c'est-à-dire que ceux-ci renvoient aux mêmes références, aux mêmes certitudes. Ces arbitres en sont tous conscients comme le témoigne ce large extrait d'une démonstration juridique faite en s'appuyant sur le droit étatique dans une sentence par eux rendue :

[1267] Alex JACQUEMIN : Le droit économique, serviteur de l'économie ?, RTD Com. 1972, pp. 283 et 292.

[1268] Claude CHAMPAUD : Contribution à la définition du droit économique, D. 1967, chron., 24.

[1269] Pour être inscrit sur la liste des arbitres du TAS, il faut avoir "*une formation juridique complète, une compétence reconnue en matière de droit et/ou d'arbitrage international…*" : Article S14 du Code de l'arbitrage en matière de sport.

BY NC ND

6. « *Le système uruguayen de prolongation unilatérale des contrats est contraire aux principes fondamentaux du droit suisse du travail.* ***Un tel mécanisme n'a de contractuel que la forme****. Il met en revanche le club au bénéfice d'un "tarif" fondé sur une négociation contractuelle initiale menée au moment où le joueur se trouve dans la position la plus faible.* ***Le fait que ce déséquilibre contractuel soit ancré dans des règles collectives qui seraient applicables de manière impératives*** *au regard du droit uruguayen* ***ne le rend pas plus acceptable****. Bien au contraire,* ***c'est précisément son caractère obligatoire et la conséquence que les joueurs n'ont aucune manière d'y échapper qui le rend totalement inacceptable****. Un tel système, parce qu'il livre le travailleur à l'arbitraire de son employeur, est immoral et donc incompatible avec les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse* ».

7. *Le mécanisme de mise en "rébellion" par lequel le joueur qui refuse de signer un nouveau contrat est privé de toute prestation de la part de son club, soit non seulement de son salaire, mais aussi de la possibilité même d'exercer son métier, ne serait-ce que de s'entraîner, tout en demeurant pleinement lié à son club, vide complètement la relation contractuelle de tout élément qui la caractérise comme un contrat de travail, c'est-à-dire la fourniture d'un travail contre un salaire. Le fait pour l'employeur de refuser à un joueur sous contrat toute prestation, y compris la possibilité d'exercer son métier, constitue une résiliation de fait de ce contrat de travail.* ***La mise en "rébellion" est donc une construction juridique inacceptable et aberrante, en contradiction avec les principes les plus fondamentaux de la conception juridique suisse du droit. On ne saurait lui reconnaître la moindre validité et lui faire déployer le moindre effet valable.*** *Partant, même à supposer que le contrat entre le club et les joueurs ait perduré au-delà de la date de son échéance, la déclaration de "rébellion" prononcée par le club à l'encontre des joueurs doit être considérée juridiquement comme la résiliation des rapports de travail.* »[1270]

Forts des précédentes démonstrations, nos propos ne consistent nullement à éviter d'enrichir le sens du consentement, mais au contraire de lui restituer ses lettres de noblesse en le considérant autrement que dans un rapport pécuniaire qui lui dénie son essence. C'est une exigence intellectuelle sur laquelle est fondée l'humanité et par voie de conséquence, un facteur de

[1270] Sentence TAS 2005/A/983 & 984 du 12 juillet 2006, aff. Club Atlético Peñarol c/ Carlos Heber Bueno Suarez, Cristian Gabriel Rodriguez Barrotti & Paris Saint-Germain op cit. pp. 2 et 3, points 6 et 7, consultable sur le site du TAS www.tas.cas.org : jurisprudence.tas-cas.org/

BY NC ND

légitimation indéniable dont le premier bénéficiaire en crédibilité sera le TAS. Dans ce sens, la place qui est la sienne sur le plan mondial, lui permet dans ce domaine infiniment fourni en instants de bonheur, d'humaniser l'univers au moindre effort. Il faudrait toutefois qu'il comprenne que tant que l'homme reste la fin de nos actions, « *la philosophie des droits de l'homme a un sens, l'efficacité économique ne peut être la raison suprême* »[1271]. Faut-il le rappeler avec AMARTYA SEN que « *le travail humain ne peut être rendu productif sans considération pour ce que l'homme dit de ses aspirations* »[1272].

Ce que vise essentiellement l'économie, à savoir la satisfaction des besoins des Hommes, se cantonne essentiellement sur l'avoir. Son érection en la chose la mieux partagée génère et entretient la vie en repli des citadins, au lieu d'une vie en communion avec l'autre, la volonté de se relier cédant continuellement place au désir de rivaliser. Or c'est aussi dans cette communion intègre avec l'autre, dans la dignité et la loyauté que « *toute compétition sportive puise son identité* »[1273] et participe à l'épanouissement des citoyens, même si au cours de son exercice, chacun déploie dans le respect des règles préalablement définies, sa puissance pour être déclaré premier. Si de prime à bord, l'idée de solidarité s'oppose à celle de la concurrence, la magie du sport les rend plutôt complémentaires. L'Homme est d'abord et avant tout un être, dont nombre de valeurs qui permettent d'en faire un tout indivisible, ne se limitent pas à l'avoir. Parmi ces valeurs, celle de la justice est capitale. Elle porte en elle l'idée de la sécurité juridique en tant que « *première valeur sociale à atteindre* »[1274] et à travers laquelle « *la*

[1271] Gérard MARCOU : Introduction, in GUY BRAIBANT et Gérard MARCOU (dir) : Les droits de l'homme : universalité et renouveau, 1789-1989, éd. L'Harmattan, 1990, p. 30.

[1272] Amartya SEN : Development as freedom, Oxford University Press, 1999, éd. Française Odile Jacob sous le titre Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté, 2000, p. 72.

[1273] Jean-Pierre KARAQUILLO : Le poids de l'argent : la dignité humaine ignorée, RJES (Jurisport) n° 116, p. 3.

[1274] Paul ROUBIER : Théorie générale du droit, Sirey, 1946, p. 269

BY NC ND

question de la finalité du droit est posée »[1275], peu important le système auquel il appartient.

Tout en restant un idéal revendiqué par toute l'humanité, mais aussi, l'une des plus difficiles à réaliser chaque fois que les désirs supplantent la volonté, cette vertu du juste incline chacun à refuser toute compromission et défaillance en s'opposant à l'impérialisme des tendances égoïstes, même si cela conduit très souvent, dans un secteur gangrené par la corruption, on s'attire de sourdes haines par sa rigueur. Car « *la justice est l'inhibition des valeurs biologiques par la raison* »[1276] et oblige le respect de la dignité humaine en se laissant entre autres guider par le légitime souci de ne pas laisser une partie en opprimer une autre, même par malice. La Charte Olympique magnifie ces points de vue en y consacrant ses deux premiers principes fondamentaux qu'il n'est pas surabondant de reprendre *in extenso* ici :

1. « *L'olympisme est une philosophie de vie, exaltant et combinant en un ensemble équilibré les qualités du corps, de la volonté et de l'esprit alliant le sport à la culture et à l'éducation, l'olympisme se veut créateur d'un style de vie fondé sur la joie dans l'effort, la valeur éducative du bon exemple et le respect des principes éthiques fondamentaux universels.* »

2. « *Le but de l'olympisme est de mettre le sport au service du développement harmonieux de l'homme en vue de promouvoir une société pacifique, soucieuse de préserver la dignité humaine* »[1277].

Tous les outils sont dont entre les mains des arbitres des litiges sportifs, et on peut trouver l'immensité même dans un éclat de verre. Ils ne leur reste qu'à prendre appui sur ces éléments textuels, partie intégrante de ce qui forme la loi fondamentale du monde sportif, à la façon dont le Conseil d'Etat

---

[1275] Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIAINEN : Propos introductifs in Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRAINEN : Sécurité juridique et droit économique, éd. Larcier, 2008, p. 19.

[1276] Gabriel MADINIER : Conscience et amour, essai sur le "nous", PUF, Paris, 1938. , p. 119.

[1277] Cf. Charte Olympique entrée en vigueur le 11 février 2010, p. 11, format PDF consultable sur le site du CIO.

impose à l'administration le respect scrupuleux du principe de la légalité, pour éviter que désormais, le consentement à l'arbitrage des litiges sportifs y demeure un mot creux, depuis que le sport s'est avéré un puits inépuisable d'argent. C'est peut-être un vœu pieu d'autant plus que si « *la plupart des choses –des autos, des maîtresses-* dit John KENNETH GALBRAITH, *ne sont importantes que pour ceux qui les ont (…) l'argent intéresse tout le monde* »[1278]. Seulement « *la seule certitude qui vaille, c'est que l'argent dirige non seulement le monde, mais qu'il inspire la peur* »[1279]. Ce qui est plus visible dans le monde sportif aujourd'hui où il devient une fin au lieu de demeurer un moyen.

L'argent produit un redoutable effet annihilant sur la pensée, siège du consentement et de tous les rapports humains. Pourtant, on a pu établir comme la pratique pure du sport en est le lieu favori, que même sans argent, à "Anand Nagar"[1280] en Inde, pourtant réputée pour sa misère, sa laideur, sa grisaille, sa boue et sa merde à n'en plus finir, il y avait « *plus d'héroïsme, plus d'amour, plus de partage, plus de joie et, finalement, plus de bonheur (…) que dans bien de villes de notre riche occident* »[1281]. Si les arbitres du TAS comprennent que c'est avec la parole qu'ont été construites les existences qui résistent à la corruption du temps et à la dispersion de l'espace, il ne leur est pas impossible d'investir les certitudes du passé dans les espoirs de l'avenir, sans qu'il soit forcement besoin de l'intervention des juges étatiques.

En tant que juges, leur indépendance ne doit plus rester au stade de la proclamation. « La principale erreur à éviter est de considérer comme un fait

---

[1278] John KENNETH GALBRAITH : L'argent, (du titre original : Money, whence it came, where it went, 1975), traduit de l'anglais par Daniel BLANCHARD, éd. Gallimard, 1976, 4e page de couverture.

[1279] Isabelle PREVOST-DEPREZ avec Jacques FOLLOROU : Une juge à abattre, Fayard, 2010, p. 8

[1280] C'est-à-dire "La cité de la joie", ville inhumaine où "*de milliers d'hommes, de femmes et d'enfants sont condamnés à survivre avec moins de cinquante centimes par jour, à surmonter les malédictions d'un destin implacable (…) A vaincre avec le sourire*" mais dotée aussi "*du pouvoir magique de fabriquer des saints*", cf. Dominique LAPIERRE, La cité de la joie, Robert LAFFONT, 1992, Pages de couverture.

[1281] Ibid.

BY NC ND

accompli ce qui reste une attente »[1282]. En s'inspirant de la montée en puissance des juges étatiques, ils doivent se l'arracher effectivement, car on attend d'eux la prise de « *conscience de l'exemplarité que suppose la fonction de juger* »[1283]. Leurs actions en ce sens empêcheront de faire du TAS un château d'interrogations et de doutes. Il ne s'agit pas d'effectuer une rupture brutale avec le système, mais de nettoyer petit à petit les actes qui mettent à mal la légitimité du TAS. L'expérience montre que même « la progression de la pensée est plus efficace par petites touches et que les solutions possibles doivent passer par des avancées dialectiques prudentes »[1284]. En effet, corriger une faute comme ce que subit le consentement dans l'arbitrage qu'ils officient dans leur institution, ne constitue pas en soi un attentat à l'autorité des pouvoirs sportifs envers lesquels les arbitres ne doivent pas toujours se sentir obligés de faire plaisir.

Ils doivent s'appesantir sur « *cette forte maxime du temps des parlements : La cour rend des arrêts et non point des services* »[1285]. Ils n'ignorent pas que le propre du sport est d'asseoir en permanence un rapport de reconnaissance, et non pas de dissimuler celui de la spoliation et de l'humiliation. « *les moyens et les fins du développement exigent que la perspective de la liberté soit placée au centre de la réflexion, que les personnes soient considérées comme des acteurs à part entière, tirant parti des occasions à leur disposition et maîtrisant leur destin, non comme les destinataires passifs des fruits d'un développement programmé par les experts* »[1286].

[1282] Amartya SEN : op. cit., p. 20

[1283] Guy CANIVET et Julie JOLY-HURARD : La déontologie du magistrat, Dalloz 2009.

[1284] Catherine KESSEDJIAN : Remarques conclusives de Ahmed El KOSHERI (dir.) : L'éthique dans les relations économiques internationales en hommage à Philippe FOUCHARD, PEDONE, Paris, 2006, p. 231.

[1285] Eric de MONTGOLFIER : Le devoir de déplaire, Michel LAFFON, 2006, p. 337.

[1286] Amartya SEN : op. cit., p. 188.

BY NC ND

Résumé chapitre 2

Le traitement subi par le consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs emporte un effet théorique important : la révélation de la véritable nature de la convention sur lequel porte ce consentement. Cette convention relève de la famille des contrats économiques qui ne s'embarrassent guère des considérations traditionnelles tissées autour de la volonté. Ce qui compte pour eux, c'est l'objectif poursuivi : organiser, gérer et contrôler les unités économiques qu'ils permettent de mettre en place. Mais ce pragmatisme laisse aussi entier le problème de la nature juridique de l'institution créée et contrôlée par une personne morale de droit privé. En admettant qu'il s'agit d'un tribunal arbitral, le fait de l'imposer aux parties alors que chacun devrait jouir de sa liberté pour y aller, fait resurgir le problème de sa légitimité.

BY NC ND

Résumé Titre 2

La convention d'arbitrage des litiges sportifs est la célébration du déploiement de la puissance des pouvoirs privés sportifs. Cela explique sans le justifier l'efficacité qui en découle, comme l'établissent la mécanique saisine des arbitres de tous les litiges en lien avec le sport, et l'exécution systématique des sentences rendues. Les pouvoirs publics qui doivent veiller scrupuleusement sur leur régularité laissent faire : les questions liées au sport seraient elles aussi assez spéciales pour y intervenir sans tuer le sport. Or cette convention est enracinée dans le libéralisme pur avec pour mission d'organiser les activités du système sportif, et de neutraliser sans les résoudre, ses excès. Les dérapages du tribunal créé au moyen des consentements collectés de force n'allège pas les écueils liés à sa légitimité.

BY NC ND

Résumé 2ème partie

La réification du consentement dans l'arbitrage des litiges sportifs emporte en plus des conséquences qui découlent ordinairement des contrats en général, et de la convention d'arbitrage en particulier, des effets plus vigoureux sous la pression des soucis d'efficience. Du même coup, il met en exergue le sens profond de cette convention. Mais les justifications alléguées ne suffisent pas à lever l'inquiétude qui plane toujours sur la légitimité de l'institution d'arbitrage que l'agrégation des consentements a permis d'édifier. Il revient aux autorités sportives de revoir leurs procédés de récolte du consentement aux fins d'arbitrage. Les juges étatiques au premier rang desquels ceux de l'Etat du *for* ont déjà commencé à donner au problème un début de solution louable et doivent maintenir le cap. Mais le travail de légitimation du TAS repose sur ses arbitres qui, pour s'y prendre, doivent avoir le courage d'observer et faire observer les exigences du sens de la justice.

BY NC ND

CC BY NC ND

CONCLUSION GENERALE

Consentement volontaire ou consentement involontaire ? La convention sur laquelle repose l'arbitrage des litiges sportifs ne célèbre pas la beauté du consensualisme, mais nie à la volonté sa place centrale dans le consentement pour consacrer malgré sa façade contractuelle l'unilatéralisme. On n'y consent pas parce qu'on veut, mais parce qu'on y est, par nécessité et par force, et sans autre alternative, contraint. Par ses caractéristiques, cette convention invite à réfléchir sur une énième typologie contractuelle construite sur le critère de la volonté. Relativement à sa source, elle permet en effet de s'apercevoir qu'à côté des conventions volontairement acceptées, il y en a qui se passent sans coup férir de la volonté du sujet consentant. Pourtant, elles produisent tous les effets que le droit attache aux conventions au nom du fameux respect de la parole donnée. Ne s'agit-il pas là d'une *suma divisio* de la source même des contrats pouvant donner lieu à de futures explorations ?

Relativement à son objet, la convention d'arbitrage des litiges sportifs incarne très visiblement une dialectique du contrôle du pouvoir de rendre justice entre le privé et le public. Par la prohibition du recours au juge étatique qui donne sens à la convention d'arbitrage, les personnes privées récupèrent un privilège que la naissance de l'Etat leur a arraché. Le système sportif par son rayonnement planétaire, accélère en sens inverse le processus d'aller-retour de la justice de la sphère privée à la sphère publique.

Selon l'analyse hobbesienne où il faut rentrer pour saisir ce cheminement, dans l'état de nature régnait la loi du talion. C'est-à-dire qu'inversement au juste qui devrait être le plus fort, c'est plutôt le plus fort qui est vu comme juste. En tout cas, les actes de justice étaient de la vengeance organisée ou non, menée sans le concours de la collectivité. C'est par le jeu du contrat social qui voit naître l'Etat que la répression sera récupérée par le pouvoir politique. Celui-ci proscrit à chaque membre de sa population de se rendre justice à lui-même, conserve pour lui le monopole de

BY NC ND

la violence autorisée, dans un but de pacification. Parlant au nom de tout le monde à la fois, le législateur décrit pour les interdire les comportements nuisibles ; les assortit de peines dissuasives avant de confier l'appréciation et la répression à un de ses organes pour « ôter aux criminels l'espoir de demeurer impunis »[1287]. Cet organe se voit aussi confier la connaissance de tous les litiges. Ce n'est que de façon exceptionnelle que l'aptitude de rendre justice est reconnue aux personnes privées.

Les limites de l'arbitrabilité des litiges trouvent leur justification dans les risques liés à la nature potentiellement versatile et à la moins-étendue bienveillance de l'Homme. Car au contact de certaines choses extérieures relativement rares par rapport à ses besoins, son esprit déjà égoïste et mû par la pulsion du profit, l'appât du gain, l'aspiration à gagner le plus d'argent possible »[1288] est pris en otage par l'envie ou la jalousie et l'incline à se détourner du chemin socialement convenu comme juste[1289]. Il ne s'y maintient que par crainte des sanctions qui peuvent s'abattre sur lui en cas de faute. S'il peut agir sans être vu ni inquiété, on surprendra même "*le juste en flagrant délit de poursuivre le même but que l'injuste*"[1290].

L'économie a plus que le droit montré son aptitude à changer le monde, mais surtout à proposer des solutions aux problèmes qu'on ne se pose pas en inventant sans cesse de nouveaux besoins. Dans cette lancée, la doctrine économique a démontré que la justice n'était plus à abandonner sur l'étale des vertus, mais une prestation de service au même rang que toutes autres. Ce serait selon elle, abscons dans une économie libérale qu'un tel "bien" soit entièrement abandonné l'Etat sans en faire un monopole anticoncurrentiel, car la justice peut aussi être rendue par le secteur privé contre paiement.

[1287] Jacques-Henri ROBERT : Droit pénal général, PUF, 2005, p. 33.

[1288] Max WEBER : L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme, éd. Pocket, 1989, note 33.

[1289] Cf. David HUME : Traité de la nature des hommes cité par Jean-Fabien SPITZ sous Justice (Doctrines) in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.) op. cit., p. 891.

[1290] PLATON : La République, op. cit., ibid.

BY NC ND

Concomitamment, la montée en puissance des personnes privées les dote des aptitudes à copier le schéma mis sur pied par le législateur pour instituer leur système de justice. Aussi récupèrent-elles de façon fragmentaire mais continue, cette importante frange du pouvoir régalien de l'Etat. Or, les pouvoirs privés n'étant pas un pouvoir politique, cette récupération vise plus concrètement à préserver leurs acquis et à leur garantir une espèce d'absolution judiciaire. Le penchant très prononcé des forces économiques d'« *instrumentaliser systématiquement les règles de droit* » est notoire : « *non seulement, le capitalisme s'accommode des institutions qui le nourrissent mais, de surcroit, il se les approprie et les contraint à s'adapter en permanence pour son plus grand profit* »[1291]

Les finalités et les raisons fondamentales des deux systèmes ne convergent pas toujours, or la mission de rendre justice a quelque chose de profond, qu'on ne peut cerner entièrement parce qu'elle encadre l'Homme dans sa diversité et versatilité. En cela, elle peut être redoutable en prêtant une couverture aux actes malsains dans l'hypothèse d'un mauvais usage. Le bon usage en fait un pouvoir qui arrête les autres dans la sphère étatique.

Le constat qui s'impose : le processus de son arrachement aux personnes privées, de son institutionnalisation comme l'une des formes d'expression de la souveraineté étatique, a pris le chemin retour par la voie contractuelle. Les arguments soulevés au soutien de ce retour ne sont pas moins pertinents, mais ne paraissent pas suffisants pour continuer à tolérer en silence les manipulations souvent relevées dans la mission de rendre justice abandonnée aux personnes privées. A cet égard, les dérives qui s'inscrivent régulièrement au passif de l'arbitrage sont édifiantes. Il est donc indispensable d'y maintenir comme l'épée de Damoclès, un contrôle permanent sur l'activité arbitrale en général, et sportive en particulier.

[1291] Catherine KESSEDJIAN : Remarques conclusives de Ahmed El KOSHERI (dir.) : L'éthique dans les relations économiques internationales op. cit. p. 231.

BY NC ND

CC BY NC ND

BIBLIOGRAPHIE

I : OUVRAGES GENERAUX

Ahmed El KOSHERI (dir.) : L'éthique dans les relations économiques internationales en hommage à Philippe FOUCHARD, PEDONE, Paris, 2006.

Alain (Emile-Auguste CHARTIER, dit) : Histoire de mes pensées, Gallimard, Paris, 1936.

ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane) (Dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, Lamy/PUF, 2003.

AMBROISE CASTEROT (Coralie), FRICERO (Natalie), HENRY (Laurence-Caroline) et JACQ (Patrick) : Glossaire des procédures, Gualino éditeur, 2007

AMSELEK (Paul) : Etudes de droit public, éd. Panthéon Assas, Collection les introuvables, LGDJ diffuseur, 2009

AMSON (Charles) : Droit du sport, Vuibert 2010

ARISTOTE : Ethique à Nicomaque, Classiques Hachette, 1998

Association française de philosophie du droit : Archives de philosophie du droit, Dalloz : Tome 5 : La théologie chrétienne et le droit, 1960 ; Tome 40 (1995) ; Tome 44 (2000) ; Tome 47 (2003)

ATIAS (Christian) : Précis élémentaire de contentieux contractuel, 2e éd. Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2003

ATTALI (Jacques) : Une brève histoire de l'avenir, Fayard, 2006

BACUS (Anne) : 100 façons de se faire obéir sans cris ni fessées, éd. Marabout, 2012

BARBEYRAC (Jean) : Traduction de H. GROTIUS : Du droit de la guerre et de la paix, livre 2, Chap. 11, §IV,

BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul) : Droit international privé, Paris, LGDJ, I, 8e éd. 1993, n° 50

BAUDOUIN (Louis) : Problèmes de droit contemporain, (Mélanges offerts à), Montréal, Presses universitaires, 1974.

BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel) et. BARDE (Louis-Joseph) : Traité théorique et pratique de droit civil des obligations, T. 1, éd. SIREY et Journal du palais, 1906

BY NC ND

BEITONE (Alain), CAZORLA (Antoine), DOLLO (Christine) et DRAI (Anne-Mary) : Dictionnaire des sciences économiques, Armand Colin, 2001

BELLET (Pierre), Etudes offertes à, LITEC, 1991

BERGER (Vincent) : Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 12e éd. 2013

BEUDANT (Robert) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (Paul) : Cours de droit civil français, t. 8, 2e éd. 1936

BIBLE : Evangile selon Jean, chapitre 1er, versets 1 et 3.

BOEDELS (Jacques) : Les Habits du pouvoir. La justice, Paris, Antébi, 1992.

BONFILS (Philippe) et GOUTTENOIRE (Adeline) : Droit des mineurs, Précis Dalloz, 2009

BOY (Laurence) : Le cadre civil des affaires, Economica, 1989

BOY (Laurence), RACINE (Jean-Baptiste) et SIIRIAINEN (Fabrice) : "Sécurité juridique et droit économique", éd. Larcier, 2008, p. 19

BOULOC (Bernard) : Droit pénal général, précis Dalloz, 2011

BOURACHOT (Henri) : Cours d'économie générale : Mécanismes, écoles de pensée, histoire des faits ; Coll. Optimum, Ellipses, 2004

BRAIBANT (GUY) et MARCOU (Gérard) (dir) : Les droits de l'homme : universalité et renouveau, 1978-1989, éd. L'Harmattan, 1990

BROHM (Jean Marie) : Sociologie politique du sport, éd. universitaires, 1976

2) La tyrannie sportive- Théorie critique d'un opium du peuple, éd. Beauchesne, Paris, 2006

CADIET (Loïc) (Dir.) : Dictionnaire de la justice, PUF, 2004

CADIET (Loïc), NORMAND (Jacques) et AMRANI MEKKI (Soraya) : Théorie générale du procès, PUF, 2010

CADIET (Loïc) et JEULAND (Emmanuel) : Droit judiciaire privé, LexisNexis Litec, 2009

CAILLÉ (Alain) : Critique de la raison utilitaire, éd. La Découverte, 1989

CALAIS-AULOY (Jean) et STEINMETZ (Franck) : Droit de la consommation, Dalloz, 2010

BY NC ND

CAMERLYNCK (Guillaume-Henri) et LYON-CAEN (Gérard) : Précis du droit du travail, Dalloz, 1967

CAMUS (Albert) : L'homme révolté, Gallimard, 1951

CANIVET (Guy) et JOLY-HURARD (Julie) : La déontologie du magistrat, Dalloz 2009

CANTO-SPERBER (Monique)(dir.) : Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, PUF 1996

CARBONNIER (Jean) : Droit civil, t. 3, Les biens, PUF, 19e éd., 2000
2) Droit civil, 4 – Les Obligations, PUF 1990
3) Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur", LGDJ 2001

CESAIRE (Aimé) : Cahier d'un retour au pays natal, éd. Présence africaine, 1983

CHENEDE (Olivier) et JOURDAN (Dominique) : CONTRAT DE TRAVAIL, Du recrutement à la rupture, 6e éd. Delmas

CHIOVENDA (Giuseppe) : Instituzioni di dirittto processuale civile, vol. 1, Naples, Jovene 1933

COHEN (Daniel) : Homo economicus, Albin Michel, 2012.
2) La mondialisation et ses ennemis, éd. Grasset & Fasquelle, 2004
3) Trois leçons sur la société post-industrielle, éd. du Seuil, 2006, extraits cités par le journal "Capital", septembre 2006

COHEN (Elie) : Dictionnaire de gestion, éd. La Découverte, coll. Repères, 2000

CORNU (Gérard) : Droit civil, Les personnes, 13e éd. Montchrestien, 2007

2) (dir.) Association Henri CAPITANT, Vocabulaire juridique, PUF ; in Maximes et adages de droit français

COULON (Jean-Marie) & SOULEZ LARIVIÈRE (Daniel) : La justice à l'épreuve, Odile Jacob, 2002

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise) (Dir.), L'enfant, la famille et l'argent, LGDJ, 1991

DELEUZE (Gilles) et GUATARRI (Félix) : Qu'est ce que la philosophie ?, éd. Minuit, 1991

DAGUESSEAU, Essai sur l'état des personnes, Œuvres complètes, T. V. 1767, p. 416

BY NC ND

DELMAS-MARTY (Mireille) : Pour un droit commun, Paris, Seuil, 1994
2) Trois défis pour un droit mondial, Paris, Seuil, 1998
3) Les Forces imaginantes du droit I : Le relatif et l'universel, Paris, Seuil, 2004
4) Les forces imaginantes du droit II : Le pluralisme ordonné, Paris Seuil, 2006
5) Les forces imaginantes du droit III : La refondation des pouvoirs, Paris, Seuil, 2007
6) Les Forces imaginantes du droit IV : Vers un pluralisme ordonné, Paris, Seuil, 2011
7) Libertés et sûreté dans un monde devenu dangereux, Seuil, 2010

De PAGE (Henri) : Traité élémentaire de droit civil belge, Principes, Doctrine, Jurisprudence, t. 2, Les incapables, Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 1934

DESCARTES (René) : Le Discours de la méthode, Les petits classiques Bordas, 1970

DESPORTES (Frédéric) et Le GUNEHEC (Francis), Droit pénal général, 15e éd. Economica, 2008

DEUMIER (Pascale) : Introduction générale au droit, LGDJ Lextenso éditions, 2011

DRAI (Pierre) : Le juge entre deux millénaires, (Mélanges offerts à) Dalloz, 2000

DURET (Pascal) et TRABAL (Patrick) : Le sport et ses affaires. Une sociologie de la justice de l'épreuve sportive, Paris, Métailié, 2001

Esope : Fables, traduction et introduction par Daniel LOAYZA, Garnier Flammarion, (1995)

FABRE-MAGNAN (Muriel) : Introduction générale au droit - Droit des personnes – Méthodologie juridique, PUF, 2011,

FARJAT (Gérard), Droit Economique, Thémis, 1971

FARCY (Jean-Claude) : Magistrats en majesté : Les discours de rentrée aux audiences solennelles de cours d'appel (XIXe - XXe Siècles), éd. CNRS, collection CNRS droit, 1998.
FAURE (Christine) : Ce que déclarer des droits veut dire, Histoires, PUF, Paris, 1997

FAVEREAU (Olivier) et PICARDI (P.) : Contrats et pratiques contractuelles : approches pluridisciplinaire, sociologie du travail, 1996

BY NC ND

FAVOREU (Louis) et Alii : Droit et libertés fondamentales, Précis Dalloz, 4e éd., 2007

Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Paul MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX et Guy SCOFFONI : Droit constitutionnel, Dalloz, 2010

FINKIELKRAUT (Alain) : La mémoire vaine, Gallimard, Paris, 1988

FLEURY (Cynthia) : La fin du courage, éd. FAYARD, Paris, 2010

FLOUR (Jaques) : Etudes offertes, éd. Defrénois, 1979

FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Eric) : Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, 11e éd., Armand Colin, 2004

La FONTAINE (Jean de) : Les fables , Classiques Poche,

FOUCHARD (Philippe), GAILLARD (Emmanuel) et GOLDMAN (Berthold) : Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996

FOUDRIAT (Michel) : Sociologie des organisations, éd. Pearson Education France, 2011

FOULQUIE (Paul) : Dictionnaire de la langue philosophique, PUF, 4e éd. 1982

FRICERO (Natalie) : Procédure civile, Gualino éditeur, 2007, p. 30.

2) Droit européen des droits de l'Homme, Gualino éditeur, 2007, p. 129.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne) & BONFILS (Sébastien) : Les grandes questions de droit économique, Introduction et documents, PUF, 2005

GARAPON (Antoine) : Bien juger, essai sur le rituel judiciaire, Paris, Odile Jacob, 2010

GENY (François) : Science et technique en droit privé positif, t. 3, Librairie de la société du recueil SIREY, 1921

GHESTIN (Jacques) (Dir.) : Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation, LGDJ, 1988
2) Le contrat au début du XXIe siècle, (Etudes offertes à) LGDJ, 2001

GHESTIN (Jacques), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (Muriel) : Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 1994

GIRARD (Paul-Frédéric) : Manuel élémentaire de droit romain, 8e éd. F. SENN, Paris, 1929

BY NC ND

GIRAUDOUX (Jean) : La guerre de Troie n'aura pas lieu, Grasset 1935

GODIN (Christian) : Dictionnaire de la philosophie, Fayard, édition du temps, 2004

GOLDMAN (Berthold) : (Etudes offertes à) Litec, 1987

Grand Larousse encyclopédique en dix volumes, tome 1, 1960

GREEFF (Etienne de) : Aux sources de l'humain, éd. Les petits-fils de PLON et NOURRIT, 1949

GUINCHARD (Serge), CHAINAIS (Cécile) et FERRAND (Frédérique) : Procédure civile, 30e éd. Dalloz, 2010

GUINCHARD (Serge) et Alii ; Droit processuel - droits fondamentaux du procès, Dalloz, 2011

GUINCHARD (Serge) (Mélanges en l'honneur de) : Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Dalloz, 2010

GUYON (Yves) (Mélanges en l'honneur de) : Aspects actuels du droit des affaires, Paris, Dalloz, 2003

HAMIDOU KANE (Cheikh): L'Aventure ambiguë, Julliard, 1961 ; nouvelle édition : 10/18
2) Les gardiens du temple, Stock, 1995

HAENEL (Hubert) & FRISON-ROCHE (Marie-Anne) : Le juge et le politique, PUF, 1998

HARDER (Yves-Jean) : la volonté in Monique CANTO-SPERBER (dir.) : Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, PUF, 1996, p. 1607

HAURIOU (Maurice) : Principes de droit public, 2e éd. SIREY, 1916, pp. 206 et ss

Von HAYEK (Friedrich A.) : Droit, législation et liberté, tome 3, PUF, 1983.

HEGEL (Georg Wilhelm Friedrich) : La dialectique du maître et de l'esclave in Phénoménologie de l'esprit, 1807, Gallimard
HESSEL (Stéphane) : Indignez- vous !, Indigènes éditions, 2010

HERON (Jacques) : Droit judiciaire, Montchrestien, 3e éd. Par Thierry LE BARS, 2006

HOBBES (Thomas) : Le Léviathan, XXVI, 1971

BY NC ND

IHERING (Rudolf Von) : L'esprit du droit romain, tomes I, III et IV, traduit par O. de MEULENAERE, 2e éd., Marescq, 1880,

JAMIN (Christophe) (Dir.) : Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008

JAMIN (Christophe) et MAZEAUD (Denis) (Dir.) : "Les clauses abusives entre professionnels, Economica, 1998, p. 79

JASPERS (Karl) : Psychopathologie générale, Alcan,

JEZE (Gaston) : Les principes généraux du droit administratif, BERGER-LEVRAULT ET Cie, Paris, 1936.

JOSSERAND (Louis) : De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, Dalloz 1939

JULIEN (Pierre) et FRICERO (Natalie) : Droit judiciaire privé, 3e éd. par Natalie FRICERO, LGDJ, 2009

KANT (Emmanuel) : Critique de la raison pure, "Analytique transcendantale", 2e éd. PUF

2) Fondements de la métaphysique des mœurs, II, A. IV, 434-435 ;

KARAQUILLO (Jean-Pierre) : Le droit du sport, 2e éd., Dalloz, 1997

KENNETH GALBRAITH (John) : L'argent, (du titre original : Money, whence it came, where it went, 1975), traduit de l'anglais par Daniel BLANCHARD, éd. Gallimard, 1976

KIRAT (Thierry) : Economie du droit, Coll. "Repères", éd. La Découverte, Paris, 1999

KIRAT (Thierry) et MARTY (Frédéric) : Economie du droit et de la réglementation, Gualino éditeur, 2007

KIRZNER (Israël Mayer) : Concurrence et esprit d'entreprise, Traduction Raoul AUDOUIN, Paris, Economica, 2005

KOJEVE (Alexandre) : Esquisse d'une phénoménologie du droit, Gallimard, 1981

LAGARDE (André) et MICHARD (Laurent) : Collection littéraire des mêmes noms : XIXe SIECLE, éd. Bordas, 1985

LACROIX (Jean) : Le personnalisme comme anti idéologie, PUF, 1972

LALANDE (André) : Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, 14e éd. 1983

LALIVE (Pierre), POUDRET (Jean-François) et REYMOND (Claude) : Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, PAYOT Lausanne, 1989.

LAMBERT-FAIVRE (Yvonne) et LEVENEUR (Laurent) : Droit des assurances, Dalloz, 2005

LANGSHAW AUSTIN (John): How to do Things with words, OUP, 1962, trad. fr. : Quand dire, c'est faire, Paris, Seuil, 1970

LAPIERRE (Dominique) : La cité de la joie, Robert LAFFONT, 1992

LARROUMET (Christian) : Droit civil, tome 3. Les obligations, le contrat,

De LAUBADÈRE (André): Traité de droit administratif, LGDJ, 1980

De LAUBADERE (André) et Alii, Traité des contrats administratifs, T. 1, LGDJ, 1983

LEBRETON (Gilles) : Libertés publiques & droits de l'homme, Armand Colin, 7e éd. 2005

LEVY (Jean-Philippe) et CASTALDO (André) : Histoire du droit civil, Dalloz, w1ère éd. 2002

MACHIAVEL (Nicolas): Le prince, Traduction et commentaire Jean-Louis FOURNEL et Jean-Claude ZANCARINI, PUF, 2000

MADINIER (Gabriel) : Conscience et amour, essai sur le "nous", Paris, PUF, 1938

MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent) et STOFFEL-MUNK (Philippe) : Les obligations, 3e éd., Defrénois, 2007

MARX (Karl) : Le capital, Ed. sociales, Paris, 1976

MAYEAUD (Yves) : Droit pénal général, collection droit fondamental - Classiques 2e éd. PUF, 2007
MAYER (Pierre) et HEUZÉ (Vincent) : Droit international privé, Montchrestien, 2001

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François) : Leçons de droit civil, T. II, Vol. 1 Obligations, théorie générale, 9e éd. Par François CHABAS, Montchrestien, 1998

MERLEAU-PONTY (Maurice) : Eloge de la philosophie, Gallimard, Paris, 1952

MESURE (Sylvie) et SAVIDAN (Patrick) (dir.) : Le dictionnaire des sciences humaines, PUF, 2006

cc BY NC ND

Mc CULLOUGH (Colleen) : “Les oiseaux se cachent pour mourir” de son titre original : “THE THORN BIRDS” -littéralement “Les oiseaux des épines”-, traduit par Jacques HALL et Jacqueline DELAGRANGE) éd. Belfond, 1978

De MONTGOLFIER (Eric) : Le devoir de déplaire, Michel LAFFON, 2006, p. 337.

MORAND-DEVILLER (Jacqueline) : Cours de droit administratif, Montchrestien Lextenso éditions, 2009

MOTULSKY (Henry) : Ecrits, Tome 1 : Le droit subjectif et l’action en justice ; Tome 2 : Etudes et notes sur l’arbitrage, Dalloz, 1974,

MULLER (Lara): La pratique sportive en France, reflet du milieu social, INSEE, Données sociales, 2006.

OPPETIT (Bruno) : Philosophie du droit, Dalloz 1999

PASCAL (Blaise) : les Pensées, éd. Rombaldi, 1943.

PERELMAN (Chaïm) : Logique juridique - Nouvelle rhétorique 2e éd. Dalloz 1979

PERROT (Roger) : Mélanges offerts, Dalloz, 1996

PLATON, La République, éd. Garnier Flammarion 1966, traduction et notes par Robert BACCOU.

PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges) : Traité pratique de droit civil, LGDJ, Paris, 1925

PORTALIS (Jean-Etienne-Marie) : Discours préliminaire du premier projet de Code civl, LOCRE, tome IV

PREVOST-DEPREZ (Isabelle) avec FOLLOROU (Jacques) : Une juge à abattre, Fayard, 2010, p. 8.

PUFENDORF (Samuel Von) : Le droit de la nature et des gens, trad. Par J. BARBEYRAC, t. I, éd. De Bâle, 1732
RABELAIS (François) : Le cinquième et dernier livre, Seuil, 1997,12

RAWLS (John) : Théorie de la justice, Seuil, 1997.

RAYNAUD (Philippe) et RIALS (Stéphane) (dir.) : Dictionnaire de philosophie politique, PUF, 2003

BY NC ND

REY (Alain)(Dir.) : LE ROBERT, Dictionnaire culturel en langue française, 2005

REY-DEBOVE (Josette) et REY (Alain) (dir.) Le Nouveau Petit Robert de la langue française, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

RICHER (Laurent) : Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2008

RICOEUR (Paul) : Le juste, la justice et son échec, éd. de l'L'herne, 2005

RIDEAU (Joël) (Dir.) : Le droit au juge dans l'Union européenne, LGDJ, 1998

RIEG (Alfred) : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse Strasbourg, 1961

RINGER (Robert J.) : Réussir par l'intimidation, édition originale : « Winning through intimidation », traduit de l'américain par Elisabeth KERN, Businessman/first, 1987

RIPERT (Georges): La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ 1949
2) Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, 1946

RIVERO (Jean) : Les libertés publiques, 1ère éd.PUF

RIZZO (Fabrice), PORACCHIA (Didier) (dir.) et DURAND (Alexandre) (Cord.): Lamy droit du sport, tome 2, éd. Wolters Kluwer, 2008

ROBERT (Jacques-Henri) : Droit pénal général, Thémis PUF, 2005

ROBERT (Jean) et MOREAU (Bertrand) (collaboration de.) : L'arbitrage. Droit interne, droit international privé, 6e éd., Dalloz, Paris 1993

ROCHFELD (Judith) : Les grandes notions du droit privé, PUF, 2011

ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent): Adages du droit français, Litec, 1999

ROSSEL (André) : Le bon juge, éd. A l'enseigne de l'arbre verdoyant éditeur, 1983

ROUBIER (Paul) : Théorie générale du droit, Sirey, 1946

ROUSSEAU (Jean-Jacques) : Du contrat social, Aubier, éd. Montaigne, 1943
ROZÈS (Simone) & LOMBARD (Paul) : Le juge et l'avocat : Dialogue sur la justice, Robert LAFFONT, 1992

RUSS (Jacqueline) : Dictionnaire de la philosophie, Bordas, 1996

Salmon (Jean) (dir.), Dictionnaire de droit international public, Bruylant/AUF, 2001

BY NC ND

SARTRE (Jean-Paul) : 1) Les mots, Gallimard, Paris, 1964
2) Les mains sales, Paris, Gallimard, 1948, Folio Poche, 1972.
3) L'être et le néant Paris, Gallimard, 1943

SAVATIER (René) : La théorie des obligations en droit privé économique, Dalloz, 1979

SCARANO (Pierre) : Dictionnaire de droit des obligations, Ellipses, 1999

SERIAUX (Alain) : Droit canonique, PUF 1996
2) Droit des obligations, 2e éd., PUF, 1998

SIENKIEWICZ (Henryk) : "Quo vadis ?" 1895, traduction française par KOZAKIEWICZ et J.-L. JANASZ, Hachette, 1935.
SOLUS (Henri) et PERROT (Roger) : Droit judiciaire privé, Tome 3, Sirey, 1991, n° 1180

SMITH (Adam) : La richesse des nations, Flammarion, Paris, 1991.

SUPIOT (Alain) : Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, éd. Seuil, Paris, 2005

TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves) : Droit civil, les obligations, Dalloz, 10e éd., 2009,

TERRE (François) : Introduction générale au droit, Dalloz, 2009

TEULON (Frédéric) (Dir.), Dictionnaire. Histoire, Economie, Finance, Géographie : Hommes-Faits-Mécanismes-Entreprises-Concepts. PUF, 5e éd. PUF, 2008

TEYSSIE (Bernard) : Droit civil, Les personnes, Manuel Litec, 9e éd. 2005

De TOCQUEVILLE (Alexis) : De la démocratie en Amérique, tome 2, Garnier-Flammarion, Paris, 1981

TOUKAM (Dieudonné) : "Parlons Bamiléké – Langue et culture de Bafoussam", L'Harmattan, 2008

TRUCHET (Didier) : Droit administratif, Thémis PUF, 2010

ULLMO (Jean) : La pensée scientifique moderne, Flammarion, 1969.

VERGÈS (Jacques) : Les erreurs judiciaires, "Que sais je ?" PUF, 2002
2) La passion de défendre, éd. du Rocher, 2008

BY NC ND

VERGEZ (André) et HUISMAN (Denis) : Nouveau cours de philo, tome 3 : La connaissance et la raison, tome 4: La pratique et les fins, éd. Fernand Nathan, 1980

VILLEY (Michel) : Leçons d'histoire de la philosophie du droit, rééd. Dalloz, 2002

De VIGNY (Alfred) : La mort du loup (in Les Destinées), cf. André LAGARDE et Laurent MICHARD : Collection littéraire des mêmes noms : XIXe SIECLE, éd. Bordas, 1985, p 132, vers 85 et 86

VIZIOZ (Henri) : Etudes de procédure, éd. Bière, 1956

Max WEBER : L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme, éd. Pocket, 1989

WEISS (A.) : Traité théorique et pratique de droit international privé, Paris, Larose et forcel, 2e éd., 6 vol. 1907-1913

WENGLER : "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im I.P.R.", Zeitschrift f¨r vergleichende Rechtswissenschaft, t. 54

II : OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES ET MEMOIRES

AUBERT (Jean-Luc) : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thèse, LGDJ 1970

BERLIOZ (Georges) : Le contrat d'adhésion, LGDJ 1973

BOUCARON (Magali) (épouse NARDETTO) : Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, Thèse, Nice, 2011

BRERO (Noël) : l'Assurance et l'accès à la justice, Thèse Nice, 1994

BRETON (André) : La notion de violence en tant que vice du consentement, Etude critique, thèse Caen, 1925

CABRILLAC (Rémy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne) et REVET (Thierry)(dir.) : Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000

CHANTEBOUT (Vincent) : Le principe de non révision au fond des sentences arbitrales, Thèse Paris 2, 2007,

CHAUSSARD (Cécile) : Les voies de règlement des litiges sportifs. Essai sur la coexistence des différentes formes de justice, thèse, Dijon, 2006, p. 9.

CLAY (Thomas) : L'arbitre, Thèse Paris 2, 14 janv. 2000, Dalloz 2001

BY NC ND

COHEN TANUGI (Laurent) : Le droit sans l'Etat, PUF, 1984.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) (Dir.), L'enfant, la famille et l'argent, LGDJ, 1991

DIALLO (Ousmane) : Le consentement des parties à l'arbitrage international, The Graduate Institute / Geneva publications - PUF, 2010

DUBOS (Olivier) : Les juridictions nationales, juge communautaire, Dalloz 2001.

FABRE-MAGNAN (Muriel) : De l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie, LGDJ, 1992

FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte) : Libre disponibilité des droits et des conflits de lois, paris, LGDJ, 1996

FAVOREU (Louis) : Du déni de justice en droit public français, (Thèse 1962) LGDJ 1965

FORRAY (Vient) : Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, LGDJ, 2007

FOUCHARD (Philippe) : L'arbitrage commercial international, Paris, 1965

GODE (Pierre) : Volonté et manifestations tacites, Thèse Lille, PUF, 1977

GOLDENBAUM (Daniel) : note sous Cass. soc., 12 décembre 2012, pourvoi n° 11-14.823, M. X. c/ Société AJ Auxerre Football, CDS n° 30 , 2013, p. 37,

JAMIN (Christophe) (Dir.) : Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008

JARROSSON (Charles) : La notion d'arbitrage, LGDJ, Paris, 1987

JOURDAIN (Patrice) : La bonne foi dans la formation du contrat, Travaux AssociationHenri CAPITANT 1992, p. 121

KASSIS (Antoine): Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, T. 1 : Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, LGDJ, Paris, 1987,

KESSEDJIAN (Catherine) : La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis, Economica, 1987.

LATTY (François) : La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational, Martinus Nijhoff Publishers, 2007

LIMBACH (Francis) : Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté, LGDJ, 2004.

BY NC ND

MAISONNEUVE (Mathieu): L'arbitrage des litiges sportifs, LGDJ 2011

MOTULSKY (Henri) : Ecrits, Tome 2, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974

MOULY-GUILLEMAUD(Clémence) : Retour sur l'article 1135 du Code civil – une nouvelle source du contenu contractuel, Thèse, Paris, 2004, BDP, tome 460, LGDJ

PIMONT (Sébastien) : L'économie du contrat, PUAM, 2004

RACINE (Jean-Baptiste) : L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ 1999

RANOUIL (Véronique) : L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980

RAYNAUD (Julien) : Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse Aix-Marseille, PUAM, 2003

RIEG (Alfred), Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse Strasbourg, 1961

RIGAUX (François) : La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant-LGDJ, 1990, n° 687

RIGOZZI (Antonio) : L'arbitrage international en matière de sport, Helbing & Lichtenhahn, 2005

ROUHETTE (Georges) Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse Paris, 1965

ROYER (Guillaume) : L'efficience en droit pénal économique : Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit, Thèse Université de Nancy, déc. 2007

SALEILLES (Raymond) : De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (article 116 à 144) éd. F. PICHON, 1901, p. 230

SAVAUX (Eric) : La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? Thèse, LGDJ, 1969

SERAGLINI (Christophe) : Lois de police et justice arbitrale internationale, Dalloz, 2001

SIMON (Gérald) : Puissance sportive et ordre juridique étatique, Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées, LGDJ, 1990

BY NC ND

SONTAG (Katja): L'assurance de dommages des communes : approche contractuelle, Thèse Nice, 2003

VIRASSAMY (Georges-J.) : Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans la dépendance économique, LGDJ, 1986

YAMDJIE (Elie) : Contrôle de l'ordre public dans les sentences arbitrales et prohibition de la révision au fond, Mémoire MASTER 2 Recherche à l'Université de Nice Sophia-Antipolis, 2008

ZEN-RUFFINEN (Piermarco)(dir.) : Droit et sport, éd. staempfli, 1997

III : ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS, COURS, FASCICULES, NOTES ET OBSERVATIONS :

ALLAND (Denis) : Justice privée in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF/LAMY, 2003, pp. 907

D'AMBRA (Dominique) : Publicité in Loïc CADIET (dir.) : Dictionnaire de la justice, PUF 2004, p. 1111.

AMSELEK (Paul) : L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, RDP 1982, p. 275

ANCEL (Jean-Pierre) : La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international, in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000

ATIAS (Christian) :

1) Qu'est ce qu'un contrat ? in Christophe JAMIN (Dir.) : Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008, p.8, n° 9.

2) Préface de Vincent FORRAY : Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, LGDJ, 2007

ATIAS (Christian) et LINOTTE (Didier) : Le mythe de l'adaptation du droit au fait, Dalloz-Sirey 1977, p. 257.

ATIAS (Christian) et CABRILLAC (Rémy) : Avant-propos in Clémence MOULY-GUILLEMAUD : Retour sur l'article 1135 du Code civil – une nouvelle source du contenu contractuel, BDP, tome 460, LGDJ, 2006 p. VII

AUBY (Jean-Marie) : note sous CE 1er fév. 1980 Peintures Corona, RDP 1980, p. 1717

AUNEAU (Gérard) et JACQ (Patrick) : Les particularismes des contentieux sportifs, JCP G, 1996, Doctrine, n° 3947, p. 285

BY NC ND

BARTHELEMY (J.) : L'ingénierie juridique : un concept JCP, Cah. Dr. entr. N° 2, 1993, p. 1

BEIGNIER (Bernard) : La protection de la vie privée in Rémy CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Thierry REVET (Dir.) : Libertés & Droits fondamentaux, 6e éd. Dalloz, 2000, p. 167.

BERNARD (M) : Le phénomène sportif sous "sport" in Encyclopedia Universalis, 1992, vol. 21, p. 512.

BIENVENU (Jean-Jacques) : De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française, DROITS, n° 28, 1998, p. 3

De BOISSESON (Matthieu) : Interrogations et doutes sur une évolution législative : l'article 9 de la loi du 19 août 1986, Rev. arb. 1987, p. 3

BOTROS (Sophie) : Le consentement, in Monique CANTO-SPERBER (dir.) : Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, PUF 1996

BOUCOBZA (Xavier) : La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international, Rev. arb. 1998 p.495

BOY (Laurence) : cours de Droit de la concurrence, Université de Nice Sophia-Antipolis, Master 1 Droit économique et des affaires, 2006-2007

2) NORMES, RIDE, 1998 n° 2, pp. 129 ss

3) Les "utilités" du contrat, Les Petites affiches – 10 sept. 1997, n° 109-7, p. 3

BOY (Laurence) (dir.) : Déséquilibres économiques et droit économique, Colloque de Nice, les 7 et 8 février 2013, à paraître.

BOY (Laurence) : Cours de droit économique général, Université de Nice Sophia-Antipolis, Master 2 Droit économique et des affaires, 2007-2008

BRACONNIER (S.) : Les potentialités de la Convention européenne des droits de l'homme pour le juge administratif, RJCO, septembre 1999, pp 45

BREDIN (Jean-Denis) : "Qu'est ce que l'indépendance du juge ?", Justices, n° 3, 3 janv.-juin 1996, p. 164.

BUREAU (Dominique) et JARROSSON (Charles) : Arbitrage in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (Dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, Lamy/PUF, 2003, format poche pp. 76 et ss, sous.

BY NC ND

CANIVET (Guy) : Avant-propos in Guillaume ROYER : « L'efficience en droit pénal économique : Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit », Thèse Université de Nancy, déc. 2007

CAMPS-POVILL (A.)& LESTON (CARRETERO) : " La structure sportive en Espagne", RJES 1990 – p. 92

CERMOLACCE (Arnaud) : Les contrats du mineur, Dr. fam. 2006, étude n° 27

CHAZAL (Jean Pierre) : De la signification du mot loi dans l'article 1134 du code civil, RTDCiv. 2001, p. 283

CHERIOUX (J.) : Rapport Sénat 1982, n° 470, p.36

CHEVILLARD (Alain) : note sous CA Paris 7 juin 1990, JCP (E) 1991.II.191

CLAUDEL (Emmanuelle) : Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?, RTD Com.1999 P. 301

COHEN (Daniel) : in "Les débats de l'Obs.", Le nouvel Observateur du 30 août au 5 septembre 2012, p. 78

COHEN-TANUGI (Laurent) : "Le droit sans les Etats ?", Arch. Phil. Droit, n° 47, 2003, p. 286

COLLOMB (Pierre) : Entretien accordé le 23 juillet 2013 aux éditions droitdusport.com ; consultable sur le site www.droitdusport.com rubrique Tribunal arbitral du sport

COMBACAU (J.) : Ouverture, in L'acte juridique, Droits 1988, p. 6

COMMARET (D. N.) : Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, D. 1998, chron. p. 262

Van COMPERNOLLE (J.) : Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge, Mélanges Roger PERROT, Dalloz, 1996, p. 533.

CORNU (Gérard) : L'âge civil, in mélanges Paul ROUBIER, Dalloz, 1961, T. 1, p. 9

COT (Jean-Pierre) : J.-M. BOSMAN : travailleur ou marchandise ?, Gaz. Pal. Du 23 mai 1996, p 498

De COUBERTIN (Pierre) : Le rôle des fédérations' in Revue Olympique, mars 1907, p. 231

COULON (Jean-Marie) et FRISON-ROCHE (Marie-Anne): Le droit d'accès à la justice, in Rémy CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Thierry REVET (Dir.) : Libertés & Droits fondamentaux, 6e éd. Dalloz, 2000, p. 385

CROCQ (Pierre) : Le droit à un tribunal impartial, in in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, p. 399

DANET (Didier) : La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? RIDE 1993, pp. 5 et ss.

DELBARRE (F.) : Le choix d'une politique commerciale après l'ordonnance du 1er décembre 1986 : "Rapport du 6e congrès de l'Association nationale des conseils juridiques", LPA n° 112, du 18 sept. 1987, p. 90.

DELANOY (L. C) : Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions ; Rev. arb. 2007, p. 184

DENIS (D.) : La clause de style, in études offertes à Jacques FLOUR, Defrénois, 1979, p. 117

DESDEVISES (Yvon) : "Accès au droit/accès à la justice" in Loïc CADIET (Dir.) Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 1

DURAND (Paul): La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTDCiv. 1944, p. 8

EDELMAN (Bernard) : La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D. 1997, Chron. P. 185
2) La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?, D. 2008, p. 146

FARJAT (Gérard) : - Avant propos des Actes du Colloque international des 25 et 26 novembre 2005, « Interpréter & traduire » , Faculté de Droit de Toulon, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp 4 et 8.

FAVEREAU (Olivier) : "Qu'est ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie" in Christophe JAMIN (Dir.) : Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008

FAVOREU (Louis) et RENOUX (Thiery) : Rapport général introductif, in la Cour de cassation et la Constitution de la République, PUAM, 1995, p. 15

Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Paul MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX et Guy SCOFFONI : Droit constitutionnel, Dalloz, 2010.

FLAUSS (J.-F.) : Des répercussions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif, LPA, 04 août 1989, p. 26.

BY NC ND

FLEURY (Cynthia) : La vertu du courage in "Plage philo (3/7) :, Le Figaro Madame du 19 juillet 2010,

FRICERO (Natalie) : observations sous CEDH 27 mars 1998, X c/ Pays Bas, D. 1998, somm., p. 368

FRISON ROCHE (Marie-Anne):
1) Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement, RTDCiv. 1995, p. 573
2) Le modèle du marché, Archives de philosophie du droit, T. 40, 1995, p. 310
3) L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit, in Guy CANIVET, M.-A FRISON-ROCHE et Michael KLEIN (Dir.) : Mesurer l'efficacité économique du droit, LGDJ 2005, p. 22.

GARAUD (Eric) : Préface de "Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés", PUAM, 2003,

GAZZANIGA (Jean-Louis) : La dimension historique des libertés et droits fondamentaux, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, n° 35, p.18.

Glais (Michel) et Laurent (Philippe) : La Commission de la concurrence : premiers avis, Gaz. Pal. 1979.1. Doctr., p. 30

GOUTAL (Jean-Louis) : La Clause compromissoire dans les connaissements : La Cour de cassation française et la Cour suprême des Etats-Unis adoptent des solutions opposées » Rev. Arb. 1996, p. 605

GRAFFI (L.-D.) : International Arbitration Agreements « by reference » : a European perpective : Gaz. Pal. 21-22 oct. 2005, p. 22.

GUINCHARD (Serge) : Le procès équitable, droit fondamental ?, AJDA, n° spécial, juillet/août 1998, p. 191

HANOTIAU (Bernard) : L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen, JDI 1994, n° 4, pp.899 et 901

HENNETTE-VAUCHEZ (S.) : Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique, D. 2009, pp 238 ss

HAURIOU, Principes de droit public, 2e éd. p. 206 et ss.

ICARD (Philippe) : La spécificité du sport menacée ?, D. 2007, Etudes et commentaires, p. 635 ss

IDOT (Laurence) : note sous CJCE 26 oct. 2006, Rev. arb. 2007 p. 118

BY NC ND

IZORCHE (Marie-Laure) : La liberté contractuelle, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, p. 547

JACQUEMIN (Alex) : Le droit économique, serviteur de l'économie ?, RTD Com. 1972, p. 283

JAMIN (Christophe) et BILLIAU (Marc) : La cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé, Dalloz 1998, chron., pp. 145

JAVILLIER (Jean-Claude) : L'exercice et le contrôle juridictionnel du pouvoir disciplinaire, Dr social 1983, p. 537

JEAMMAUD (Antoine) : CONFLIT/LITIGE in ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane) (Dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, Lamy/PUF, 2003, 255

JEANCLOS (Yves) : Formalisme ou consensualisme : la sempiternelle querelle du droit des contrats, Hommages à Gérard BOULVERT, Nice, 1987

JOSSERAND (Louis) : Le contrat dirigé, DH 1933, Chron. p. 90.

KARAQUILLO (Jean-Pierre) : La promotion du formalisme : une application particulière aux contrats de travail de sportifs professionnels D. 1995, Chron., p. 168
2) Editorial, RJES janvier 2012, p. 3
3) Le poids de l'argent : la dignité humaine ignoré", RJES (Jurisport) n° 116, p. 3
4) Conflits d'intérêts : une régulation pertinente … mais parfois déjouée, RJES n° 130, avril 2013, p. 3
5) Les principes fondamentaux propres à la lex sportiva, RJES n° 127, janvier 2013, p. 35.

KERVÉGAN (Jean-François) : LOI, in Monique CANTO-SPERBER (dir.) : Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, PUF, 1996, p. 857

KESSEDJIAN (Catherine) : Le droit entre concurrence et coopération, in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, mélanges en l'honneur de Hélène GAUDEMET-TALLON, Dalloz, 2008, p. 119

2) Remarques conclusives de Ahmed El KOSHERI (dir.) : L'éthique dans les relations économiques internationales en hommage à Philippe FOUCHARD, PEDONE, Paris, 2006, pp. 229 ss

3) La modélisation procédurale *in* Eric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.) : La mondialisation du droit, Litec, 2000, pp. 237 ss.

KLEIN (Frédéric-Edouard): Autonomie de la volonté et arbitrage, Rev. Crit. DIP 1958, p. 258

BY NC ND

Henri LACORDAIRE, 52e Conférence de Notre-Dame, 1848

LAGARDE (Paul) : nationalité in Denis ALLAND & Stéphane RIALS (Dir.) Dictionnaire de la culture juridique, Lamy PUF 2003, format poche, p. 1051.

LAGARDE (Xavier) : Nul ne peut se faire justice à soi-même. Principe fondateur du procès civil, Mélanges Serges GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 795

LAITHIER (Yves-Marie) : Remarques sur les conditions de la violence économique, LPA, 23 nov. 2004, n° 234, p. 5

LAJAT (Florent) : La chambre arbitrale du sport du CNOSF, RJES-JURISPORT 129, mars 2013, pp. 18 – 21

LAPOUBLE (Jean-Christophe) : Errare humanum est, perseverare diabolicum, CDS n° 24, 2011, p. 11.

2) Mise en conformité du Code du sport avec les principes du Code mondial antidopage : citius, altius, fortius, CDS n° 20, 2010, p. 19

3) Une nouvelle loi sur les agents de joueurs ou une nouvelle loi pour les agents de joueurs ? CDS n° 21, 2010, pp. 39 ss.

LAZAREFF (Serges) : L'arbitrage conquiert de nouveaux espaces in Alexis MOURRE (dir), Les cahiers de l'Arbitrage, Gaz. Pal. Juillet 2004, p. 10.

2) Le respect du contrat, Rev. Arb. 1984, p. 203

LÉAUTÉ (Jacques) : Les contrats types, RTDCiv . 1953, p. 429 et ss

LEBOULANGER (Philippe) : Etat, politique et arbitrage. L'affaire du Plateau des Pyramides Rev. Arb., 1986, P. 3

LEQUETTE (Yves) : « Le droit international privé et les droits fondamentaux » in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, n° 178, p. 108

LE RESTE (Simon) : Recours en annulation des sentences du TAS devant le Tribunal fédéral suisse : « Est-ce une révolte ? – Non Sire, c'est une révolution ! », CDS n° 28/2012, p. 40

LE TOURNEAU (Philippe) : Le parasitisme dans tous ses états, D. 1993, Chron. p. 310

LEVEL (P.) : L'arbitrabilité, Rev. arb., 1992, p. 219

BY NC ND

LEVY (Jean-Philippe) : Le consensualisme et les contrats, des origines au code civil, Rev. Sc. Morales et politiques, 1995. 209

LINDITCH (Florian) : La protection en droit public in Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (Dir.) : Les clauses abusives entre professionnels, Economica, 1998, p. 79

LOQUIN. (Eric) : La notion d'arbitrage, Jurisclasseur Procédure Civile, fascicule 1005

2) Note sous Cass. civ. 1ère : 9 nov.1993 (Bomar Oil) et 20 déc. 1993 (Dalico), JDI 1994, p. 392.

3) Observations sous sentence TAS n° 2001/A/350 du 25 mars 2002, aff. M. & S. & C. & Soc. P. c/ Fédération Cycliste Italienne (FCI) ; JDI 2004, p. 294

4) Chronique des sentences arbitrales, JDI 2003, p. 270.

5) Eric LOQUIN : Sport, commerce et éthique *in* Ahmed El KOSHERI (dir.) : L'éthique dans les relations économiques internationales en hommage à Philippe FOUCHARD, PEDONE, Paris, 2006, pp. 139 ss.

MADIOT (Yves) : Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit, in La protection des droits fondamentaux, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15 mai 1992, PUF 1993, p. 135

MAINE de BIRAN (Pierre) : Le problème politique et la démocratie, Paris, 1945

MALAURIE-VIGNAL (Marie) : Droit de la concurrence et droit des contrats, Dalloz Sirey 1995, chron., p. 54.

MARCOU (Gérard) : Introduction, in BRAIBANT (GUY) et MARCOU (Gérard) (dir) : Les droits de l'homme : universalité et renouveau, 1978-1989, éd. L'Harmattan, 1990, p. 30

MARMAYOU (Jean-Michel) : Le TAS et la juste proportion entre ordre sportif et ordre public, CDS n° 27/2012, p. 11

MARTIN (Gilles J.) : Cours d'Introduction au droit économique, Master 1 Droit économique et des affaires, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2007

MARTIN (Rémy) : L'action en justice, petite histoire d'un concept inutile, Dr et Proc. 2002/1. P. 14

MAYER (Pierre) : La sentence contraire à l'ordre public au fond Rev. arb. 1994, 630, n° 18
2) Le contrat illicite, Rev. Arb. 1984, p. 206

MAZEAUD (Denis) : Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, Mélanges GHESTIN, 2001, p. 641

MENARD (Claude) : Le contrat entre l'entreprise et ses clients : Que signifie « s'engager » ? *in* Christophe JAMIN (Dir.) : Droit et économie des contrats, LGDJ, 2008, p.248, n° 638

MIEGE (Colin) : Les initiatives de la "famille du football" pour rétablir les quotas dans les équipes professionnelles : La règle "home grown players" de l'UEFA et la règle "6 +5 " de la FIFA, CDS 2008, n° 14, p. 27

MOLFESSIS (Nicolas) : La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux, in Rémy CABRIL-LAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, p. 89

MORSEL (Joseph) avec la collaboration de DUCOURTIEUX (Christine) : Réflexions sur les finalités de l'histoire du Moyen Âge destinées à une société dans laquelle même les étudiants d'histoire s'interrogent ; LAMOP – Paris 1, 2007 ; consultable sur le site de Paris 1 : lamop.univ-paris1.fr

MOUSSERON (Jean Marc) : La gestion des risques par le contrat, RTD Civ. 1988, p. 483

NETZLE (S.) : Appeals against Arbitral Award by the CAS, Bulletin TAS, fév. 2011

OPPETIT (Bruno) : Sur le concept de l'arbitrage in Le droit des relations internationales, Etudes offertes à Berthold GOLDMAN, Litec, 1987, p. 229

2) Justice étatique et justice arbitrale, Etudes offertes à Pierre BELLET, Litec, 1991, p. 425

PAISANT (Guy) : Essai sur la notion de consommateur en droit positif, JCP E. 1993.I.267

PARLEANI (Gilbert) : Violence économique, vertus contractuelles, vices concurrentiels, aspects actuels du droit des affaires in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON, Paris, Dalloz, 2003

PAVIA (Marie-Luce): La dignité de la personne humaine in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, n° 190, p. 122

PIROVANO (Antoine) : La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de JOSSERAND, DS 1972, Chron., p. 67

2) Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence), Dalloz Sirey 1980, chron. 149

BY NC ND

POPOVICI (Adrian) : Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ?, in Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis BAUDOUIN, Montréal, Presses universitaires, 1974, pp. 161 ss.

PORTIER (Philippe) : Autorité in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.) : Dictionnaire de philosophie politique, PUF, 2003

POSTEL (Jacques) sous volition in Grand dictionnaire de la psychologie, Larousse 1999

PRELLE (Maurice) et ALESSI (G.P.) : Les « contrats d'adhésion » et la défense du consommateur, Gaz Pal. 1973, II, pp. 715 ss

RACINE (Jean-Baptiste) : L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits? Contribution à la définition du terme alternatif, LPA n° 105, 28 mai 2001, p. 16.

RACINE (Jean-Baptiste) et SIIRIAINEN (Fabrice) : Propos introductifs in Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRAINEN : Sécurité juridique et droit économique, éd. Larcier, 2008, p. 19

RAYNAUD (Philippe) : libéralisme, in Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.) : Le dictionnaire des sciences humaines, PUF, 2006, p. 690.

RADICATI di BROZOLO (Lucas) : L'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public international, Rev. arb.2005, p. 530

REAL FERRER (G.) : Réflexions sur la nouvelle loi espagnole du sport, RJES 1992 – 4, P. 109

RENOUX (Thierry) : Le droit au recours juridictionnel, JCP 1993.I.3675.

RIGOZZI (Antonio) : Le recours contre les sentences du Tribunal arbitral du sport (TAS), Anwalt Revue de l'Avocat, Mai 2008, p. 220.

RIVIER (Marie-Claire) : arbitrage in Loïc CADIET (dir.) : Dictionnaire de la justice, PUF, 2004

ROBERT (Jean): L'arbitre et le contrat, Rev. Arb. 1984, p 193

RODIERE (René) : La formation du contrat, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun, Institut de droit comparé de Paris, 1977

ROLAND (Paul) : Les contradictions du droit pénal et du droit civil, Annales de la Faculté de droit de Lyon, 1972, p. 37

BY NC ND

ROUBIER (Paul) : Les prérogatives juridiques, Archives de Philosophie du droit, n° 5, éd. Dalloz 1960, p. 81

ROUSSEAU (Dominique) : Droit au juge in Loïc CADIET (Dir.) Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 375

SALAS (Denis) : Le juge (aujourd'hui) in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.) : Dictionnaire de la culture juridique, éd. Lamy/PUF, 2003, pp. 862-863.

SEN (Amartya) : Development as freedom, Oxford University Press, 1999, éd. française sous le titre : Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté, Odile Jacob, 2000.

SCALBERT (Hugues) et MAVILLE (Laurent) : Les clauses compromissoires pathologiques, Rev. arb. 1988, 117.

SAVATIER (René) : L'ordre public économique, D. 1975, chron. P. 39

SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna) : La période précontractuelle en droit français, RID Comp. 1990, p. 545

SERAGLINI (Christophe) : L'affaire Thalès et le non usage immodéré de l'exception d'ordre public ... Gaz. Pal., 21-22 oct. 2005, n° 9

SÈVE (René) : les libertés et droits fondamentaux et la philosophie, in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, n° 61 p.32.

SIMON (Gérald) : L'arbitrage juridique en matière sportive Rev. arb. 1995, n° 2, p. 194

2) Le conflit sportif, un conflit de norme ?, in Piermarco ZEN-RUFFINEN (dir.), Droit et sport, éd. staempfli, 1997, p. 105.

3) Existe-t-il un ordre juridique sportif ?, Droits, 2001, p. 97.
4) SIMON (Gérald) : Traitement arbitral (du contentieux sportif) in Fabrice RIZZO, Didier PORACCHIA (dir.) et Alexandre DURAND (Cord.): Lamy droit du sport, tome 2, éd. Wolters Kluwer, 2008

SIMON (Gérald) et JACOTOT (David) : La marchandisation du sportif, l'opération de transfert du footballeur in Eric LOQUIN et Annie MARTIN (dir.) : Droit et marchandisation, Travaux du CREDIMI, vol. 33, LexisNexis Litec, 2010, pp. 305-319

SIMON (Odile) : La nullité des actes juridiques pour trouble mental, RTDCiv. 1974, p. 707.

BY NC ND

SPITZ (Jean-Fabien) : Justice (Doctrines) in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, LAMY / PUF, 2003, p. 891.

STERN (Brigitte) : Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juin 1999, Rev. Arb. 2000 p. 403

STRICKLER (Yves) : Liberté, j'écris ton nom ! Mélanges Serge GUINCHARD, Dalloz 2010, p. 381

SUDRE (Frédéric) : La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, n° 61 p.46

TERRÉ (François) : Sur la sociologie juridique du contrat, Arch. Phil. Droit 1968, t. XIII, p. 73

2) Sur la notion de droits et libertés fondamentaux in Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET (dir.) Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2000, p. 8.

TESTU (François-Xavier) : Le juge et le contrat d'adhésion, JCP G 1993, I. 3673, pp. 197

La trilogie, chef-d'œuvre absolu en DVD : Le parrain ; Fascicule, éd. SEP GESP

VANDERMERSCH (Bernard) : Objet in Grand Dictionnaire de la Psychologie, Larousse, 1999, p. 632.

VANDERMEEREN (Roland) : Permanence et actualité du droit au juge, AJDA 2005, 1102

VERKINDT (Pierre-Yves) : Le droit des revenus professionnels du mineur in F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (Dir.), L'enfant, la famille et l'argent, LGDJ, 1991, p. 77

VIALA (Alexandre) : Aux sources de la controverse juridique : la force des mots in Actes du Colloque international des 25 et 26 novembre 2005, INTERPRETER & TRADUIRE, CERC, Faculté de Droit de Toulon, Bruylant, Bruxelles, 2007

WEILLER (Laura) : Les grands principes du droit de l'arbitrage et leur application en matière sportive, RJES (jurisport) n° 129 mars 2013, p. 23

WITZ (Claude) : Préface in Francis LIMBACH : Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales : de l'utilité du concept de déclaration de volonté, LGDJ, 2004

BY NC ND

YONNET (Paul) sous “Sport”, in MESURE (Sylvie) et SAVIDAN (Patrick) (dir.) : Le dictionnaire des sciences humaines, PUF, 2006, p. 1112

IV : FILMS - SITES INTERNET- ARTICLES AUDIO ET EMMISSIONS RADIOPHONIQUES

BAMBUCK (Roger) : Pour un sport réellement démocratique, Le monde diplomatique d’août 1992 consultable sur www.monde-diplomatique.fr/1992/08/BAMBUCK/44635

COCTEAU (Jean) : La belle et la bête, film, 1946

COPPOLA (Francis Ford) : Le Parrain film, 1ère partie, 1972

Jeune Afrique du 08/02/2009, consultable sur www.jeuneafrique.com/article/DEPAPA88259/

Libération du 13 juillet 2007, Consultable sur www.liberation.fr/sports/0101107284

MARGULIES (Stan) : Les oiseaux se cachent pour mourir, film, 1ère partie, 1983

Nouvel observateur (Le) n° 2495 du 30 août au 5 septembre 2012, p. 78

POIRE (Jean-Marie) : Papy fait de la résistance, film, 1983

VERHOEVEN (Paul) : Basic Instinct, film, 1992

Agence Mondiale antidopage (WADA) : www.wada.org

CAF: www.fr.cafonline

CNOSF: www.franceolympique.com

Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr

Conseil d’Etat : www.arianeinternet.conseil-etat.fr

Cour de cassation : www.courdecassation.fr

Cour européenne des droits de l’homme : www.dhcour.coe.fr – www.echr.coe.int

www.droitdusport.com

FFF : www.fff.fr

FFR: www.ffr.fr

BY NC ND

FIBA : www.fiba.com/downloads/Regulations/2011/FIBABookGSFR.pdf

FIFA : www.FIFA.com

FARJAT (Gérard) *in* Les grands juristes contemporains - Trois thèmes de droit économique, Collection dirigé par Yves CHAPUT CD audio, Laboratoire de sémantique juridique des affaires ; 2001.

Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme : http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm

IGLESIAS (Julio) : Chansons en français : je n'ai pas changé, 1979.

K. MOKTOÏ (Dave) (David KEMZEU dit) : L'homme bien de là bas, pièce vocale de théâtre humouristico-satirique, 1982, consultable sur camerooninfo.net, la version imparfaitement retranscrite est consultable sur booksgoogle.fr/books?

REY (Alain) sur les ondes de France Culture, Emission "Cultures d'Islam" vendredi, le 06 avril 2012.

Régis DEBRÉ dans "Les matins de France Culture" présentés par Marc VOINCHET le 4/01/2013 de 8h à 9h

Consultable sur le site de l'AFC : www.the-afc.com/en/resources/guidelines/regulations-a-guidelines/70-general-regulations visité le 20/10/2012

Conferedacion sudamericana de futbol (CONMEBOL) sur www.conmebol.com/export/sites/conmebol/pages/descargas/estatuto_de_la_conmebol.pdf

Capital (magazine de presse économique) septembre 2006, p. 102.

Le Figaro Madame du 19 juillet 2010 consultable sur http://madame.lefigaro.fr/feminin

Libération du 13 juillet 2007 : Le sport est-il une activité économique comme les autres ? et le CIO et la FIFA insatisfaits ; consultables sur www.liberation.fr/sports/0101107284, visité le 25/06/2013.

TAS : www.TAS/jurisprudence
Union européenne : sur http://ec.europa.eu:sport:whitepaper:wp on sport

UCI : www.uci.ch

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux pages)

A

abus, 51, 54, 69, 84, 86, 90, 91, 92, 93, 94, 100, 126, 203, 264, 352, 380, 388, 440
  domination, 440
abus de droit, 264
acceptation, 29, 67, 73, 75, 92, 95, 96, 97, 98, 99, 102, 108, 109, 112, 113, 114, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 146, 147, 148, 149, 155, 164, 166, 168, 170, 171, 172, 197, 221, 276, 316, 324, 334, 336, 339, 341, 365, 395, 401, 431, 442
accessorium sequitur principale, 286
actes
  actes conventionnels de façade, 157
  actes réglementaires, 176, 185, 339
action en justice, 202, 203, 210, 211, 258, 259, 260, 261, 268
actorit probatio incumbit", 372
ad probationem, 369
ad substantiam, 369
ad validitatem, 103, 136
affiliation, 158, 162, 163, 164, 165, 166, 169, 183, 247
American Arbitration Association, 336
arbitrabilité, 146, 193, 203, 268, 269, 279, 281, 282, 284, 290, 300, 347, 385, 460
arbitrage
  arbitrage forcé, 160, 433
  Institutionnel, 80, 110
argent, 21, 49, 60, 70, 74, 92, 100, 228, 234, 239, 273, 285, 286, 391, 394, 396, 440, 446, 447, 451, 453, 460
Asian Football Confederation, 5, 112
automatique, 43, 345, 361, 374, 408, 422
autonomie administrative et réglementaire du mouvement sportif, 396
autonomie de l'ordre sportif, 391

B

bonne foi, 71, 73, 76, 144, 234, 319, 388, 419, 421
bonus pater familias, 42, 89, 130

C

Canada
  Centre de règlement des différends sportifs, 6, 181
  Tribunal ADR-sport-RED, 181
capitalisme, 130, 309, 418, 447, 460, 461
captation, 104, 193, 286
Charte
  Charte olympique, 101, 110, 111, 120, 131, 170, 225, 276, 281, 282, 296, 298, 423
  Chartes des droits fondamentaux de l'Union européenne, 217
CIO, 6, 47, 100, 111, 113, 114, 119, 120, 170, 240, 246, 276, 282, 283, 284, 294, 378, 433, 434, 435, 453
Clause
  Clause abusive, 144
  Clause attributive de compétence, 61
  Clause d'arbitrage, 373
clause d'arbitrage
  Clause d''arbitrage, 51, 76, 81, 82, 89, 129, 147, 165, 170, 171, 172, 173, 186, 187, 340, 352, 372, 432
clauses
  Clause compromissoire, 19, 46, 47, 48, 61, 64, 66, 108, 138, 140, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 160, 165, 171, 221, 227, 262, 313, 341, 373, 381, 421, 424, 427, 443
  clauses conventionnelles, 51, 145
Clauses
  Clauses attributives de juridiction, 406
  clauses-types, 74, 426, 427
Common Law, 254
compétence-compétence, 348
consensualisme, 13, 22, 31, 40, 41, 43, 62, 77, 101, 103, 104, 131, 316, 330, 341, 342, 352, 353, 362, 365, 410, 412, 413, 459
Consentement
  validité, 42
consommateur, 105, 121, 144, 145, 260, 291, 380, 381, 406
contrat (s)
  d'arbitre, 235, 342
  de travail, 49, 68, 107, 141, 142
  économique, 3, 45, 86, 318, 405, 413, 419, 431, 456
contrôle, 50, 52, 89, 117, 127, 143, 157, 163, 164, 196, 200, 205, 207, 220, 221, 229, 238, 247, 252, 290, 294, 310, 314, 322, 324, 327, 329, 332, 333, 334, 339, 340, 344, 345, 346, 348, 356, 368, 369, 376, 385, 393, 400, 404, 419, 420, 424, 427, 428, 459, 461
convention
  convention d'arbitrage, 19, 20, 21, 29, 31, 36, 37, 44, 46, 47, 48, 53, 59, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 83, 86, 87, 88, 92, 93, 96, 99, 100, 101, 108, 109, 110, 112, 114, 120, 122, 123, 124, 125, 128, 129, 130, 137, 138, 141, 142, 144, 148, 149, 155,预172, 183, 186, 187, 192, 193, 197, 225, 229, 234, 235, 260, 262, 268, 309, 321, 322, 323, 325, 330, 340, 341, 342, 350, 354, 359, 362, 363, 365, 369, 371, 372, 373, 380, 399, 401, 402,

405, 408, 412, 413, 414, 415, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 427, 428, 429, 431, 432, 441, 443, 457, 458, 459
Convention
Convention européenne des droits de l'homme, 6, 196, 215, 263
Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH), 48, 52, 154, 278, 374, 393
Cour
Cour de justice de l'Union européenne, 231
Cour européenne des droits de l'homme, 6, 215, 224, 237, 242, 256
courage, 89, 229, 275, 377, 383, 384, 458
crédibilité, 355, 359, 399, 441, 451

D

d'absolution judiciaire, 299, 461
débat contradictoire, 254
Déclaration universelle des droits de l'homme, 255
déni de justice, 200, 201, 210, 230
différend, 19, 23, 110, 120, 128, 129, 140, 159, 171, 225, 433
droit (s)
droit à l'image, 273
droit au juge, 192, 198, 200, 202, 203, 204, 207, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 226, 228, 229, 256, 257, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267
droit d'ester en justice, 205, 258, 267
droit de la défense, 213
droits extra patrimoniaux, 268
droits fondamentaux de valeur constitutionnelle, 205
droits patrimoniaux, 277, 447

E

économie d'échelle, 311, 320
efficience, 3, 20, 305, 311, 319, 320, 324, 383, 395, 400, 426, 458
engagements, 52, 60, 73, 83, 99, 101, 103, 120, 231, 355, 359, 417
entreprises du spectacle sportif
entreprise, 49
équité sportive, 393
erreur, 71, 84, 203, 225, 381, 419, 420, 421, 424
Etat
état de faiblesse, 55, 381
état de nécessité, 45, 64, 65, 66, 69, 70, 94, 126, 367
état de dépendance, 47, 91
exception sportive, 390, 392
exequatur, 244, 415, 426

F

Faiblesse
faiblesse, 43, 44, 45, 61, 126
situation de faiblesse, 47, 48
fait justificatif, 41, 64, 346
favor arbitrandum, 203, 262, 268, 385
fédération
internationales, 22, 33, 36, 47, 55, 62, 109, 111, 150, 159, 178, 181, 263, 266, 281, 283, 284, 288, 294, 296, 314, 336, 339, 430, 443, 454, 461
Fédération
nationales, 47, 112, 161, 180, 181, 226, 336, 337, 339
FIFA, 7, 28, 58, 59, 112, 117, 131, 147, 152, 157, 161, 165, 176, 177, 227, 276, 283, 284, 288, 338, 339, 343, 375, 378, 386, 387, 393, 406, 425, 429, 435, 440
finalité, 24, 41, 45, 93, 96, 184, 212, 236, 251, 255, 317, 318, 329, 345, 352, 377, 380, 394, 399, 405, 412, 413, 415, 418, 420, 425, 435, 445, 452
fondamentalité, 204, 209, 218, 221, 255, 257
fondements, 138, 159, 166, 309, 368, 408, 416, 447
force obligatoire, 134, 279, 312, 336, 353, 364, 365, 369, 384, 413, 414, 416, 419
formalisme, 75, 103, 104, 105, 106, 107, 315, 353, 365, 369, 390, 413, 432

I

illicéité, 227, 385
impartialité, 195, 215, 229, 234, 235, 236, 237, 239, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 385, 406
inarbitrabilité, 63, 203, 269
incapacité, 48, 55, 57, 58, 61, 63, 109, 114, 257
incomplétude, 223, 361, 396
indemnité de formation, 287
indemnités de formation, 59, 406
inscription aux JO, 113, 171, 172, 173
instrumentum, 136, 137
interdiction d'exercice, 387
intérêt prépondérant privé, 346
inter-fédérations
convention inter-fédérations, 153, 156
International Canoe Federation, 112, 226

J

joueur, 44, 47, 53, 55, 59, 61, 123, 141, 147, 166, 168, 183, 187, 283, 284, 286, 287, 288, 289, 290, 370, 373, 375, 376, 387, 450
justifications, 389, 390, 458

L

l'arbitrage ad hoc
ad hoc, 67, 81

BY NC ND

l'autorité de la chose jugée, 19
langue de l'arbitrage, 83, 340, 343, 344, 444
légitimité, 3, 74, 83, 93, 238, 239, 242, 243, 248, 249, 254, 351, 352, 383, 399, 409, 433, 440, 441, 442, 443, 446, 449, 454, 456, 457, 458
libéralisme, 210, 363, 379, 395, 396, 457
licence, 27, 79, 81, 123, 164, 168, 169, 183, 373
litiges, 3, 17, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 51, 53, 54, 55, 59, 60, 61, 63, 65, 66, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 91, 93, 94, 99, 100, 101, 105, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 143, 146, 147, 148, 156, 157, 159, 161, 162, 165, 167, 168, 172, 173, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 186, 187, 189, 192, 193, 197, 223, 225, 226, 231, 234, 235, 237, 239, 241, 242, 245, 247, 248, 252, 260, 262, 266, 268, 269, 275, 279, 282, 284, 285, 290, 299, 300, 301, 306, 307, 308, 309, 313, 316, 318, 322, 323, 330, 334, 335, 336, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 348, 349, 352, 354, 356, 359, 361, 362, 363, 368, 369, 371, 374, 375, 377, 379, 380, 382, 387, 388, 389, 390, 391, 394, 395, 399, 400, 402, 403, 404, 405, 408, 411, 412, 413, 414, 415, 417, 419, 420, 421, 422, 423, 427, 428, 429, 431, 432, 433, 434, 436, 438, 441, 442, 445, 447, 453, 456, 457, 458, 459, 460
lois de police, 155, 385
loyauté, 71, 419, 451
ludique, 26, 82, 261, 447

M

marchandisation, 273, 288, 311, 312
marché, 49, 54, 102, 106, 109, 122, 142, 229, 230, 258, 261, 286, 287, 288, 320, 324, 331, 362, 363, 378, 396, 397, 405, 448
minorité, 48, 54, 55, 56, 57, 59, 61, 153, 289, 381, 382

N

nationalité, 62, 63, 209, 256, 269, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 299
négociations, 29, 72, 73, 75, 109, 154, 160, 167, 322, 336
negotium, 136, 137
norme sportive, 24
normes, 24, 45, 164, 167, 178, 179, 195, 204, 293, 329, 340, 343, 393, 418, 437, 449

O

objet, 18, 19, 27, 30, 36, 40, 43, 45, 64, 72, 74, 76, 89, 92, 98, 102, 103, 119, 128, 135, 136, 138, 143, 144, 147, 164, 175, 186, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 197, 220, 225, 259, 260, 269, 278, 284, 286, 287, 290, 299, 300, 301, 312, 313, 314, 320, 346, 350,预352, 376, 381, 383, 393, 397, 403, 404, 405, 420, 421, 428, 432, 433, 459
obligation
  obligation d'information, 76
officiel, 100, 143, 210, 239, 296
offre
  offre potestative, 99
ordonnance de procédure, 174, 175
Ordre
  ordre juridique sportif, 25, 333, 391
  ordre public contractuel, 104
  ordre public de direction, 269, 290, 299, 300, 379, 445
  ordre public de protection, 141, 145, 290, 425
  ordre public international, 57, 151, 244, 385

P

pacta sunt servanda, 13, 364, 365, 376
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 218, 244, 255
parole donnée, 13, 15, 26, 41, 102, 307, 314, 352, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 459
Pincipe
  indépendance du juge, 234, 235, 236
police administrative, 26, 205
pollicitant, 73, 95, 98, 99, 109, 115, 117, 118
pourparlers, 72, 73, 97, 98, 421
pouvoir, 12, 14, 21, 30, 44, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 76, 86, 93, 97, 106, 109, 111, 116, 125, 128, 156, 157, 158, 159, 160, 163, 165, 166, 167, 169, 172, 174, 184, 185, 200, 202, 205, 206, 207, 214, 222, 223, 230, 235, 238, 239, 241, 249, 256, 258, 259, 261, 262, 268, 270, 280, 283, 284, 291, 296, 307, 310, 322, 327, 330, 334, 335, 343, 344, 350, 352, 354, 365, 366, 368, 371, 375, 376, 377, 394, 396, 409, 410, 417, 418, 419, 429, 430, 438, 442, 444, 445, 446, 447, 449, 453, 459, 461
pouvoir réglementaire, 174, 185, 350
prescription obligatoire, 392
preuve, 105, 122, 123, 136, 137, 172, 237, 248, 291, 306, 315, 316, 352, 363, 369, 370, 371, 372, 373, 376, 384, 390, 400, 432
Principe
  compétence-compétence, 371
  de l'équivalence, 231
  du contradictoire, 235, 259
  égalité des parties, 46, 85, 141, 344, 363
  gratuité de la justice, 239
  légalité, 31, 50, 196, 200, 206, 293, 297, 351, 440, 442, 453
  liberté contractuelle, 15, 66, 69, 104, 106, 127, 131, 149, 167, 191, 192, 196, 379, 426
  publicité des débats, 235, 250, 252, 254, 255

BY NC ND

Procès, 197, 199, 210, 212, 216, 235, 243, 244, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 259, 260, 261, 265, 344, 345, 369

R

rapport
de force, 16, 169, 278, 423
Rapport
de domination, 166, 184
inégalitaire, 49, 112
rationalité, 310, 330, 353, 395, 399, 401, 402, 404
règle de conflit de lois, 150
règles, 26, 31, 57, 63, 77, 100, 101, 110, 113, 120, 145, 150, 151, 155, 158, 160, 164, 167, 179, 205, 206, 217, 232, 236, 243, 264, 266, 267, 276, 283, 284, 288, 290, 293, 295, 332, 337, 346, 350, 362, 382, 388, 391, 392, 393, 395, 404, 410, 411, 423, 437, 450,预451, 461
réification, 308, 356, 458
renonciation, 83, 121, 145, 156, 182, 192, 220, 224, 226, 227, 228, 259, 260, 263, 264, 268

S

sécurisation, 395, 400, 402, 408
sentences, 63, 136, 140, 149, 225, 240, 255, 333, 344, 347, 362, 374, 375, 376, 385, 386, 390, 403, 408, 415, 425, 437, 438, 443, 457
Solus consensus obligat, 17
sources, 14, 24, 96, 135, 137, 138, 141, 167, 276, 280, 305, 411, 419, 427, 436, 439
Spectacle sportif
acteurs, 142
Sport
organisé, 25, 138, 315, 329, 354, 377, 378, 383, 391, 395, 404, 433, 434
professionnel, 23, 49, 58, 107, 110, 111, 119, 128, 153, 161, 180, 187, 264, 277, 287, 391, 392, 393, 437
Sportives
Autorités, 25, 46, 66, 108, 111, 126, 128, 130, 132, 133, 142, 169, 171, 183, 237, 246, 247, 266, 283, 284, 287, 289, 317, 320, 341, 349, 365, 367, 370, 380, 403, 428, 435, 436, 437, 458
Puissances, 3, 24, 92, 159, 294, 321, 401
standardisation, 426
statut personnel, 57, 269, 281
statuts, 28, 81, 100, 111, 112, 113, 116, 117, 129, 131, 139, 140, 141, 149, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 169, 172, 176, 177, 180, 183, 185, 186, 225, 226, 227, 239, 241, 244, 246, 247, 249, 276, 277, 283, 284, 289, 337, 338, 339, 348, 373, 375, 393, 399, 423, 429, 440
statuts des organismes sportifs, 159
sujet consentant, 45, 64, 66, 71, 84, 88, 90, 94, 109, 112, 128, 133, 160, 234, 269, 347, 361, 369, 371, 372, 414, 415, 417, 459
système, 21, 25, 30, 32, 36, 52, 67, 111, 131, 138, 143, 156, 166, 180, 210, 238, 251, 267, 283, 285, 294, 304, 305, 319, 324, 327, 329, 331, 334, 336, 337, 338, 340, 341, 345, 349, 352, 354, 355, 356, 363, 368, 370, 375, 379, 388, 392, 394, 395, 396, 400, 402, 404, 405, 408, 409, 418, 428, 432, 435, 436, 437, 438, 442, 445, 446, 448, 450, 452, 454, 457, 459, 461

T

TAS, 3, 9, 28, 44, 46, 53, 79, 80, 81, 83, 111, 129, 131, 140, 141, 142, 146, 147, 152, 153, 157, 162, 164, 165, 166, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 186, 187, 227, 234, 240, 241, 242, 245, 246, 247, 249, 250, 252, 282, 283, 285, 286, 287, 288, 289, 319, 331, 332, 333, 337, 338, 341, 344, 345, 346, 347, 348, 373, 375, 376, 386, 387, 388, 406, 423, 427, 433, 434, 435, 437, 438, 440, 443, 449, 450, 451, 453, 454, 458
transaction, 146, 228, 287, 395, 396
transfert, 47, 59, 75, 92, 269, 276, 285, 288, 289, 290
transferts, 288, 309

U

unicité, 269, 271, 273, 393
uniformité de la pratique", 392
unilatéralisme, 3, 179, 185, 321, 336, 429, 459
US Amateur Sports Act, 181, 336

V

Vices du consentement
dol, 71, 84, 86, 203, 419, 420, 424
Violence, 42, 53, 69, 71, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 92, 93, 130, 257, 299, 419, 420, 423, 424, 460
voies de recours, 145, 175, 180, 201, 254, 344, 347, 348
volition, 185, 336
volonté
déclarée, 35, 78, 354, 413, 414, 415
Volonté
libre et éclairée, 42
profonde, 29, 31, 35, 318, 324, 400, 414, 415, 417
volunti non fit injuria, 351

BY NC ND

Table des matières

INTRODUCTION **11**
I : Prolégomènes 11
II : Précisions terminologiques nécessaires à la délimitation du sujet 17
III : Le contexte du sujet 25
IV : Les auteurs du consentement à l'arbitrage des litiges sportifs 26
V : Le champ d'application de la recherche et la problématique du sujet 29

1ère Partie : LA NOTION DU CONSENTEMENT DANS L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS **35**

Titre 1 : L'EFFACEMENT DE L'ASPECT VOLONTAIRE DU CONSENTEMENT .. **39**
Chapitre 1 : L'INFEODATION DE LA VOLONTE **43**
Section 1 : LA VULNERABLE POSITION DE LA PARTIE CONSENTANTE **45**
§1 : LA SINGULIERE FRAGILITE DU SUJET CONSENTANT 45
A : Le contrat de travail du sportif : un tremplin de la situation de faiblesse 48
1) Le rapport inégalitaire consubstantiel à la relation de travail 48
2) Le rapport de soumission caractéristique du contrat de travail 51
B : La minorité du sportif : une circonstance aggravante de sa fragilité 54
§2 : L'ETAT DE NECESSITE DU SUJET CONSENTANT 64
A : Le risque de perte de carrière 66
B : La résignation au détriment de l'éthique contractuelle 67
Section 2 : LA VOLONTE TENUE EN BRIDE **70**
§1 : LA VOLONTE ALTEREE 72
A : L'absence de pourparlers 72
B : L'absence d'éclaircissement 75
1) La signification de la convention d'arbitrage des litiges sportifs 77
2) L'explication du contenu de la convention d'arbitrage des litiges sportifs 79
3) L'explication des effets de la convention d'arbitrage des litiges sportifs 82
§2 : LA VOLONTE ABUSEE 83
A : L'inexistence d'alternative satisfaisante 86
B : Le caractère déterminant de la crainte suscitée 88
C : L'abus exercé sur la faiblesse 89
Résumé chapitre 1 ..... **94**
Chapitre 2 : LA CAPTATION DU CONSENTEMENT **95**
Section 1 : UNE OFFRE QU'ON NE REFUSE PAS **96**
§1 : LE CARACTÈRE AUTORITAIRE DE L'OFFRE D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 100
A : Sur la forme de l'offre d'arbitrage des litiges sportifs 101
B : Dans le fond de l'offre d'arbitrage des litiges sportifs 109
1) L'offre d'arbitrage selon la charte olympique 110
2) L'offre d'arbitrage des fédérations sportives internationales 111
§2 : LES MESURES DE DISSUASION EN FAVEUR DE L'OFFRE D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 112

BY NC ND

A : Le consentement à l'arbitrage comme condition de validité de l'inscription aux JO 113
B : Le consentement à l'arbitrage comme condition de participation aux événements sportifs 113
C : Les mesures de sanction protectrices de l'offre d'arbitrage des litiges sportifs..... 116
Section 2 : UNE ACCEPTATION ASSERVIE 117
§1 : L'ENCERCLEMENT DE L'ACCEPTATION 119
§2 : L'IMPOSSIBLE REFUS DE L'ACCEPTANT 125
Résumé chapitre 2 133
Résumé titre 1 134
Titre 2 : LA SPÉCIFICITÉ DES AUTRES ÉLÉMENTS DU CONSENTEMENT 135
Chapitre 1 : L'ÉTRANGETÉ DES SOURCES DU CONSENTEMENT 137
Section 1 : LA MARGINALISATION DE L'ORIGINE CONVENTIONNELLE DE L'ARBITRAGE 140
§1 : LES SOURCES VÉRITABLEMENT CONVENTIONNELLES 140
A : Les conventions entre les organismes sportifs et les personnes morales tierces..... 142
B : Une source conventionnelle contestable : le contrat de travail des sportifs 143
§2 : LES FONDEMENTS CONVENTIONNELS PAR ASSIMILATION 149
A : L'extension de la clause compromissoire par référence aux sportifs..... 149
B : Les conventions d'encadrement des activités économiques sportives..... 154
1) Les conventions collectives..... 155
2) Les conventions inter-fédérations..... 157
C : Les actes conventionnels de façade 158
1) La charte olympique..... 159
2) Les statuts des organismes sportifs..... 160
3) L'affiliation à un organisme sportif..... 163
Section 2 : LES FONDEMENTS CLAIREMENT EXTRA-CONVENTIONNELS DU CONSENTEMENT 168
§1 : LES ACTES UNILATERAUX COMME REFERENCES DU CONSENTEMENT 169
A : La licence de joueur 169
B : L'inscription aux Jeux Olympiques 171
C : Les actes relatifs à l'exercice de recours..... 174
1) "L'ordonnance de procédure" 175
2) L'exercice d'une voie de recours..... 176
§2 : LES NORMES-RÈGLES PRISES POUR SOURCE DU CONSENTEMENT 179
A : Les codes et lois..... 179
B : Les directives 184
C : Le règlement intérieur des fédérations sportives 184
Résumé chapitre 1 188
Chapitre 2 : LA SINGULARITE DE L'OBJET DU CONSENTEMENT 189
Section 1 : L'ATTEINTE A UN DROIT FONDAMENTAL 194
§1 : LE DROIT FONDAMENTAL EN CAUSE : LE DROIT AU JUGE 197
A : Le sens du mot droit au juge..... 198
1) Une brève sur l'origine du droit au juge 198

2) La nature du droit au juge 202
B : La portée du droit au juge 204
C : La singularité du droit au juge 209
1) Le droit au juge : un régulateur de l'harmonie sociale 210
2) Le droit au juge, un droit constitutionnel à vocation universelle 212
3) Le droit au juge : un droit imprescriptible 219
§2 : L'ATTEINTE A EVITER AU DROIT AU JUGE 224
A : La renonciation forcée au droit au juge étatique 224
B : La perte de certains avantages de la justice étatique 232
1) L'indépendance du juge arbitre des litiges sportifs ? 235
2) L'impartialité des arbitres des litiges sportifs ? 242
3) La publicité 249
§ 3 : L'INDISPENSABLE PROTECTION DU DROIT AU JUGE 256
Section 2 : LES MUTATIONS OPEREES PAR L'OBJET DU CONSENTEMENT A L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 268
§1 : LES TRANSFORMATIONS DANS LE STATUT DU SPORTIF : DES DROITS PERSONNELS AUX DROITS REELS 269
A : La titularité du droit sur l'image des sportifs 269
1) Le droit positif en matière de droit sur l'image 269
2) L'expropriation du droit de l'image dans le monde sportif 275
B : la nationalité des sportifs 279
1) Le caractère en principe inaliénable de la nationalité 279
2) La nationalité d'opportunité dans le monde sportif 282
C : Le transfert des joueurs 285
§2 : LE HAPPEMENT D'UN DOMAINE D'ORDRE PUBLIC DE DIRECTION 290
Résumé chapitre 2 299
Résumé titre 2 300
Résumé 1ère Partie 301
2ème PARTIE : LA FONCTION DU CONSENTEMENT DANS L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 303
Titre 1 : LE CONSENTEMENT AU SERVICE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 307
Chapitre 1 : LA REIFICATION DU CONSENTEMENT 309
Section 1 : LE TRAITEMENT "INDUSTRIEL" DU CONSENTEMENT 311
§1 : LA SELECTION PREALABLE DU CONSENTEMENT 312
§2 : LA TRANSFORMATION DU CONSENTEMENT 316
Section 2 : LE CONSENTEMENT SOUS L'EMPRISE DES ECONOMIES D'ECHELLE 320
§1 : LA REDACTION UNILATERALE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE 321
§2 : LA STANDARDISATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE 322
Résumé Chapitre 1 326
Chapitre 2 : L'EXPLOITATION DU CONSENTEMENT 327

Section 1 : LE CONSENTEMENT : INSTRUMENT DANS LA CONSTRUCTION ET LE CONTRÔLE DU SYSTEME SPORTIF 328
§1 : LE CONSENTEMENT : UN INSTRUMENT DANS LA CONSTRUCTION DU SYSTEME 329
§2 : LE CONSENTEMENT : UN INSTRUMENT DANS LE CONTRÔLE DU SYSTEME 332
A : Le contrôle de l'intégralité du système 333
1) L'inexistence d'un droit acquis après consentement à l'arbitrage des litiges sportifs 333
2) Le consentement : une condition d'admission dans le système 335
3) Le consentement : une condition de maintien dans le système 336
B : L'endiguement du consentement aux fins de contrôle du fonctionnement du système . 338
1) L'influence sur les éléments caractéristiques de la convention d'arbitrage 339
a) L'indépendance de la clause d'arbitrage 339
b) Le choix des arbitres 341
c) La détermination des pouvoirs de l'arbitre 341
d) Le choix du siège et de la langue de l'arbitrage 342
2) Le contrôle exercé sur la procédure dite "d'appel" 343
a) La canalisation du droit d'appel 343
b) Le coup de frein sur le principe contradictoire 344
§3 : L'INSTITUTION ISSUE DU CONSENTEMENT : UN OUTIL DE GESTION DES RISQUES ET DU FONCTIONNEMENT DU SYSTEME 344
Section 2 : LE CONSENTEMENT : UN INSTRUMENT DE LEGITIMATION 350
Résumé titre 1 356
Titre 2 : LES EFFETS DE LA MISE DU CONSENTEMENT AU SERVICE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 357
Chapitre 1 : L'EFFICACITE DU CONSENTEMENT 359
Section 1 : L'EFFECTIVITE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 360
§1 : LA SOUMISSION AUTOMATIQUE DES LITIGES SPORTIFS A L'ARBITRAGE 360
A : L'application du principe du respect de la parole donnée 361
1) Le dogmatisme fondamental du principe 362
2) La pression du milieu 364
B : La preuve de la parole donnée 367
§2 : L'EXECUTION AUTOMATIQUE DES SENTENCES EN MATIERE SPORTIVE 372
§3 : LA QUASI-ABSENCE DE CONTRÔLE DES POUVOIRS PUBLICS 374
A : Un bref état des lieux 375
B : Une possible voie d'action pour y remédier 377
C : L'indispensable regain de courage 381
Section 2 : LES JUSTIFICATIONS A CES ENTORSES AU CONSENTEMENT 387
§1 : LES JUSTIFICATIONS ALLEGUEES 387
A : Les justifications basées sur les traditionnelles vertus de l'arbitrage 388
B : L'exception sportive 389
§2 : LES JUSTIFICATIONS REELLES 392
A : Les visées utilitaires tirées de l'idée de maîtrise des coûts de transaction 393
B : La recherche de l'efficacité et de l'efficience économiques 397

C : Le souci de sécurisation du système 400
Résumé chapitre 1 405
Chapitre 2 : LA REVELATION DE LA VERITABLE NATURE DE L'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 407
Section 1 : L'EXACTE QUALIFICATION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 409
§ 1 : LA CONVENTION D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS RIME AVEC LES CONTRATS ECONOMIQUES 411
A : La volonté du sujet consentant importe peu 412
B : La théorie des vices du consentement est inopérationnelle 417
1) Un bref regard sur la théorie 417
2) L'inopérationnalité de la théorie 420
§2 : LES AUTRES CARACTERISTIQUES DES CONTRATS ECONOMIQUES DANS LA CONVENTION D'ARBITRAGE DES LITIGES SPORTIFS 424
A : La provenance de la convention 425
B : La pré-formulation de la convention 426
C : L'exclusion de toute discussion préalable du contenu de la convention 426
D : L'utilisation diffuse et future de la convention d'arbitrage 429
Section 2 : LES PROBLEMES DE QUALIFICATION LIES A L'INSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT (TAS) 430
§1 : LE PROBLEME DE LA NATURE JURIDIQUE DU TAS 431
§2 : LE PROBLEME DE LA LEGITIMITE DU TAS 438
Résumé chapitre 2 453
Résumé Titre 2 454
Résumé 2ème partie 455
CONCLUSION GENERALE 457
BIBLIOGRAPHIE 461
I : OUVRAGES GENERAUX 461
II : OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES ET MEMOIRES 472
III : ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS, COURS, FASCICULES, NOTES ET OBSERVATIONS : 475
IV : FILMS - SITES INTERNET- ARTICLES AUDIO ET EMMISSIONS RADIOPHONIQUES 487