

Prof. Dr. Antonio Rigozzi / Dr. Fabrice Robert-Tissot

## La pertinence du « consentement » dans l'arbitrage du Tribunal Arbitral du Sport

Les enseignements de l'arrêt *Cañas*, notamment en matière de mesures provisionnelles

---

A la lumière de l'arrêt *Cañas*, les auteurs examinent quelles conséquences doivent être tirées du caractère non-consensuel de l'arbitrage sportif. Plus précisément, dans le cadre de la saga *FC Sion*, la question de la validité de la renonciation à la compétence du juge étatique pour ordonner des mesures provisionnelles (cf. art. R37 al. 2 2e phr. du Code TAS) s'est posée. Sur la base d'une analyse des spécificités de l'arbitrage sportif, les auteurs soutiennent que la renonciation prévue par cette disposition au profit du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) est valable.

---

Domaine(s) juridique(s): Sport; LDIP; Contributions

Proposition de citation: Antonio Rigozzi / Fabrice Robert-Tissot, La pertinence du « consentement » dans l'arbitrage du Tribunal Arbitral du Sport, in: Jusletter 16 juillet 2012

## Table des Matières

- I. Introduction
- II. La véritable portée de l'arrêt *Cañas*
- III. La validité de la convention d'arbitrage contenue dans les règlements sportifs
- IV. La validité de la renonciation à requérir des mesures provisionnelles et conservatoires du juge étatique
- V. Conclusion

## I. Introduction

[Rz 1] L'arbitrage implique que les parties *conviennent* de faire trancher un litige – donné ou futur et hypothétique – par un tribunal arbitral. Le consentement des parties constitue la pierre angulaire de l'arbitrage, par lequel les parties renoncent à leur droit constitutionnel (et conventionnel) d'être entendu par un tribunal étatique établi par la loi (cf. art. 6 ch. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : CEDH) ; art. 30 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (ci-après : Cst. féd.))<sup>1</sup>.

[Rz 2] Dans un arrêt *Cañas* du 22 mars 2007<sup>2</sup>, le Tribunal fédéral a relevé – avec lucidité – qu'en matière sportive, l'arbitrage ne pouvait pas être considéré comme consensuel dans la mesure où la clause d'arbitrage se trouve dans les réglementations des fédérations sportives auxquelles les athlètes n'ont d'autre choix que de souscrire. Dans cette contribution, nous nous interrogerons sur la véritable portée de l'arrêt *Cañas* au-delà de la question de la validité d'une renonciation au recours contre la sentence (Section II), et plus particulièrement s'agissant du principe même de la renonciation à la juridiction étatique, tant sur le fond (Section III) qu'en matière de mesures provisionnelles et conservatoires (ci-après, mesures provisionnelles) (Section IV).

## II. La véritable portée de l'arrêt *Cañas*

[Rz 3] L'ATF 133 III 235, concernant l'affaire *Cañas*, traite d'un recours interjeté par un joueur de tennis professionnel contre une sentence du Tribunal Arbitral du Sport (ci-après : TAS) confirmant en substance la suspension, pour violation des règles antidopage, infligée par l'*Association of Tennis Professionals Tour* (ATP Tour ; ci-après : ATP). L'applicabilité de la réglementation antidopage n'était pas litigieuse puisque Guillermo Cañas avait, comme tout joueur voulant participer aux tournois de l'ATP, dû signer un document (intitulé « *Player's Consent and Agreement to ATP Official Rulebook* ») dont la teneur était la suivante :

« *PLAYER'S CONSENT AND AGREEMENT TO ATP OFFICIAL RULEBOOK*

*I, the undersigned player, consent and agree as follows:*

*1. I consent and agree to comply with and be bound by all of the provisions of the 2005 ATP Official Rulebook ("the ATP Rules"), including, but not limited to, all amendments to the ATP Rules and all the provisions of the Anti-Doping Program incorporated in the ATP Rules. I acknowledge that I have received and had an opportunity to review the ATP Rules.*

*2. I also consent and agree that any dispute arising out of any decision made by the Anti-Doping Tribunal, or any dispute arising under or in connection with the Anti-Doping Program, after exhaustion of the Anti-Doping Program's Anti-Doping Tribunal process and any other proceedings expressly provided for in the Program, shall be submitted exclusively to the Appeals Arbitration Division of the Court of Arbitration for Sport ("CAS") for final and binding arbitration in accordance with the Code of Sports-Related Arbitration. The decisions of CAS shall be final, non-reviewable, non-appealable and enforceable. I agree that I will not bring any claim, arbitration, lawsuit or litigation in any other court or tribunal. The time limit for any submission to CAS shall be 21 days after the decision of the Anti-Doping Tribunal has been communicated to me.*

*3. I have read and understand the foregoing Player's Consent and Agreement ».*

[Rz 4] En d'autres termes, tout joueur de tennis professionnel voulant participer aux tournois de l'ATP doit renoncer à la juridiction des tribunaux étatiques sur le fond (en l'espèce au profit du TAS) et à la compétence des tribunaux étatiques (en l'espèce le Tribunal fédéral) pour connaître d'un éventuel recours contre la sentence arbitrale. C'est ce second point qui était litigieux devant le Tribunal fédéral, l'ATP ayant notamment invoqué une pièce datée du 12 mars 2005, établie sur papier à en-tête de l'ATP et signée par Guillermo Cañas, pour conclure à l'irrecevabilité du recours. Le passage topique de la déclaration précitée était le suivant :

« *I, the undersigned player, consent and agree as follows: [...] The decisions of CAS shall be final, non-reviewable, non-appealable and enforceable [...] ».*

[Rz 5] Le Tribunal fédéral a considéré que cette formulation constituait une renonciation valable quant à la forme au sens de l'art. 192 al. 1 Loi fédérale sur le droit international privé

<sup>1</sup> Selon le Tribunal fédéral, en concluant une convention d'arbitrage, les parties renoncent à cette garantie de rang constitutionnel (et conventionnel), de sorte qu'« [...] on se gardera d'admettre trop facilement qu'une convention d'arbitrage a été conclue, si ce point est contesté » (ATF 128 III 50 c. 2 c/aa, 58).

<sup>2</sup> ATF 133 III 235 c. 4 pp. 239–247 [*Guillermo Cañas c. ATP Tour*].

(LDIP)<sup>3</sup>, mais qu'elle n'était pas opposable à l'athlète au motif que<sup>4</sup> :

« [...] il est évident que la renonciation à recourir contre une sentence à venir, lorsqu'elle émane d'un athlète, ne sera généralement pas le fait d'une volonté librement exprimée. L'accord qui résultera de la concordance entre la volonté ainsi manifestée et celle exprimée par l'organisation sportive intéressée s'en trouvera, dès lors, affecté ab ovo en raison du consentement obligatoire donné par l'une des parties ».

[Rz 6] Dans un long développement, le Tribunal fédéral a estimé qu'en raison de l'organisation pyramidale (« très hiérarchisée »)<sup>5</sup> et monopolistique du sport, les athlètes n'avaient d'autre choix que d'accepter la réglementation sportive qui leur est imposée par les fédérations sportives. Cette jurisprudence est désormais établie et s'applique de manière généralisée s'agissant de sentences du TAS rendues dans des affaires où un athlète conteste une décision de sa fédération.

[Rz 7] Le Tribunal fédéral a reconnu le caractère non-consensuel de l'arbitrage sportif et en a tiré les conséquences qui s'imposent au niveau du recours contre la sentence. Y a-t-il d'autres conséquences qu'il convient de tirer de cette spécificité de l'arbitrage en matière de sport ? C'est à cette question que nous nous proposons de répondre.

### III. La validité de la convention d'arbitrage contenue dans les règlements sportifs

[Rz 8] Le document souscrit par Guillermo Cañas pour pouvoir participer aux tournois de l'ATP contenait, dans le même article, à la fois une clause arbitrale en faveur du TAS et une clause de renonciation au recours. Or, en bonne logique, un problème de consentement pour l'une des clauses devrait s'étendre à l'autre. Pour ce motif, un ancien arbitre du TAS s'est fondé sur l'arrêt *Cañas* pour remettre en question la validité des clauses arbitrales en matière de sport<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> En vertu de l'art. 192 al. 1 LDIP, « [s]i les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral ; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2 [LDIP] ».

<sup>4</sup> ATF 133 III 235 c. 4.3.2.2 p. 244.

<sup>5</sup> ATF 133 III 235 c. 4.3.2.2 p. 243.

<sup>6</sup> IAN BLACKSHAW, Arbitration: Olympic athlete consent to CAS arbitration, in: *Worldsportslawreport*, Volume 7, Issue 11, November 2009: « Athletes who wish to compete in the Olympic Games are required, in their entry form, to submit all disputes to the CAS [Ad Hoc Division (AHD)] whether they wish to do so or not; otherwise they will not be allowed to participate. Is this a valid and legally binding consent to arbitration and what are the legal and practical consequences if an athlete steps out of line and refers a dispute to the ordinary courts instead of to the CAS AHD? [...] If an athlete,

[Rz 9] Or, le Tribunal fédéral a bien vu la difficulté et a tenu à relever ce qui suit<sup>7</sup> :

« [s]i l'on excepte le cas - assez théorique - où un athlète renommé, du fait de sa notoriété, serait en mesure de dicter ses conditions à la fédération internationale régissant le sport qu'il pratique, l'expérience enseigne que, la plupart du temps, un sportif n'aura pas les coudées franches à l'égard de sa fédération et qu'il devra se plier, bon gré mal gré, aux desiderata de celle-ci. Ainsi l'athlète qui souhaite participer à une compétition organisée sous le contrôle d'une fédération sportive dont la réglementation prévoit le recours à l'arbitrage n'aura-t-il d'autre choix que d'accepter la clause arbitrale, notamment en adhérant aux statuts de la fédération sportive en question dans lesquels ladite clause a été insérée, à plus forte raison s'il s'agit d'un sportif professionnel ».

[Rz 10] Dans un *obiter dictum* très important, le Tribunal fédéral a néanmoins tenu à préciser que, contrairement à la clause de renonciation au recours, et en dépit de la similarité de la problématique du consentement forcé, son raisonnement n'impliquait pas la nullité de la convention d'arbitrage contenue dans un document tel que celui qui avait été signé par Guillermo Cañas ou dans la réglementation d'une fédération sportive. Le Tribunal fédéral a reconnu qu'il y a « [...] un certain illogisme, en théorie, à traiter de manière différente la convention d'arbitrage et la renonciation conventionnelle au recours, sous les rapports de la forme et du consentement [...] »<sup>8</sup>. Au lieu de se contenter d'une fiction de consentement à l'instar des tribunaux anglais<sup>9</sup>, le Tribunal fédéral s'est attaché à exposer les raisons pour lesquelles les conventions d'arbitrage en matière de sport sont réputées valides en dépit de l'absence de consentement. A la lumière de l'arrêt *Cañas*, trois arguments justifient le traitement différencié de la convention d'arbitrage par rapport à la convention de renonciation au recours.

[Rz 11] Le premier argument est *utilitariste*, à savoir que l'arbitrage forcé est acceptable dans le domaine du sport (simplement) en raison de ses avantages inhérents<sup>10</sup> :

« [...] en dépit des apparences, ce traitement différencié obéit à une logique qui consiste, d'une part, à favoriser

*in effect, is forced into agreeing to arbitration by the CAS AHD on pain of not being allowed to compete in the Olympic Games – the pinnacle of every athlete's ambitions and dreams – can his/her consent be said to be real and genuine? It is, I think, arguable that it cannot. Therefore under general principles of contract law, the athlete – I think – can "renege" on the so-called written arbitration agreement with legal impunity ».*

<sup>7</sup> ATF 133 III 235 c. 4.3.2.2 p. 243.

<sup>8</sup> ATF 133 III 235 c. 4.3.2.3 p. 245.

<sup>9</sup> Voir *infra*, Rz 14–15.

<sup>10</sup> ATF 133 III 235 c. 4.3.2.3 p. 245.

*la liquidation rapide des litiges, notamment en matière de sport, par des tribunaux arbitraux spécialisés présentant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité [...], tout en veillant, d'autre part, à ce que les parties, et singulièrement les sportifs professionnels, ne renoncent pas à la légère à leur droit d'attaquer les sentences de la dernière instance arbitrale devant l'autorité judiciaire suprême de l'Etat du siège du tribunal arbitral ».*

[Rz 12] La deuxième raison est plus pragmatique encore : « [...] le maintien d'une possibilité de recours constitue un contrepoids à la « bienveillance » avec laquelle il convient d'examiner le caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive [...] »<sup>11</sup>. Autrement dit, c'est précisément parce qu'il subsiste une voie de recours devant une instance étatique que l'arbitrage en matière de sport est admissible en dépit de son caractère non-consensuel. En raison des motifs très restreints de recours (cf. art. 190 al. 2 LDIP), cette deuxième raison ne saurait emporter la conviction à elle seule.

[Rz 13] Par conséquent, il nous semble que la troisième (et véritable) raison réside dans une combinaison de deux considérations mentionnées par le Tribunal fédéral qui pourraient être résumées comme suit : du fait que l'arbitrage en matière de sport a) offre aux sportifs la possibilité de recourir contre des décisions rendues par les fédérations sportives auprès d'un tribunal arbitral spécialisé présentant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, et b) qu'il est plus efficace qu'une procédure judiciaire ordinaire, l'arbitrage forcé est acceptable dans le domaine du sport. En d'autres termes, étant donné que le TAS constitue une véritable (voire une meilleure) alternative aux tribunaux étatiques, les fédérations sportives sont autorisées à forcer les sportifs à arbitrer : les sportifs peuvent dès lors être valablement privés de leur droit de recourir à la justice étatique, car ils reçoivent une alternative « appropriée » en échange. Par conséquent, contrairement à la renonciation au recours contre la sentence, la renonciation à la juridiction étatique en faveur de l'arbitrage n'est pas une « véritable » renonciation à un droit (en l'espèce le droit à l'accès à la justice) qui devrait requérir le libre consentement du sportif. La différence d'approche avec la renonciation au recours est dès lors parfaitement logique, car cette dernière prive simplement le sportif d'une voie de droit<sup>12</sup> sans, pour ainsi dire, lui « offrir une alternative en contrepartie ».

[Rz 14] L'approche du Tribunal fédéral nous paraît préférable à celle des tribunaux anglais, qui sont arrivés au même

résultat (validité de la clause d'arbitrage forcée imposée par les règlements sportifs) en retenant une sorte de fiction de consentement<sup>13</sup> :

*« [...] It is submitted on [Mr Stretford's] behalf that the waiver was not voluntary either because he had no option but to agree, if he wished to continue his business as a players' agent. [...]*

*True it is that Mr Stretford would be inhibited in carrying on his business of a players' agent if he had not concluded it. But such an inducement to contract does not vitiate the necessary consent and is quite unlike the "Hobson's Choice" exemplified in Deweer v Belgium<sup>14</sup> and other cases [...]*

*The commercial inducement to getting a players' agents licence [...] is not constraint in any relevant sense [...]* ».

[Rz 15] En conséquence, au lieu de reconnaître le caractère forcé de l'arbitrage en matière de sport, les tribunaux anglais ont minimisé l'importance et le degré de « contrainte » imposé aux sportifs qui consentent à un arbitrage forcé. Il est toutefois intéressant de relever que les considérations à la base de ce raisonnement ne sont pas fondamentalement différentes de celles utilisées par le Tribunal fédéral pour justifier l'arbitrage forcé en matière sportive. Tant en première instance<sup>15</sup> qu'en appel<sup>16</sup>, les tribunaux anglais ont en effet insisté sur les avantages de la voie arbitrale rejoignant

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> ATF 133 III 235 c. 4.3.2.2 p. 244 : « [...] en acceptant d'avance de se soumettre à toute sentence future, le sportif, comme on l'a vu, se prive d'emblée du droit de faire sanctionner ultérieurement la violation de principes fondamentaux et de garanties procédurales essentielles que pourrait commettre le tribunal arbitral appelé à se prononcer sur son cas ».

<sup>13</sup> *Stretford v Football Association Ltd* [2006] EWHC 479 (Ch) (Ch D), I.S.L.R. 2006 SLR39, §§ 42, 45, 48. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel in : *Stretford c. Football Association Ltd* [2007] EWCA Civ 238; [2007] Bus. L.R. 1052 (CA [Civ Div]), I.S.L.R. 2007 SLR41, §§ 48 ss. A l'époque des faits, M. Stretford était l'agent de M. Wayne Rooney et le litige au fond portait sur une licence d'agent de joueur contenant une clause d'arbitrage. La *Football Association* [ci-après : FA] a ouvert une procédure disciplinaire à l'encontre de M. Stretford qui, à son tour, a introduit une procédure devant les tribunaux anglais, pour contester ladite procédure disciplinaire. La FA a requis une suspension de la procédure sur la base de l'art. 9 de l'*Arbitration Act* 1996. M. Stretford a invoqué que la clause d'arbitrage était nulle au regard de l'art. 6 CEDH. Cet argument a été rejeté par la Cour d'appel.

<sup>14</sup> *Deweer v Belgium* (6903/75) [1980] ECHR 1 (27 February 1980). Dans cette affaire, le requérant était un boucher belge qui avait payé une amende fixée par transaction suite à un ordre de fermer sa boucherie jusqu'au prononcé d'un jugement dans une procédure pénale ou jusqu'au paiement d'une telle amende.

<sup>15</sup> *Stretford v Football Association Ltd* [2006] EWHC 479 (Ch) (Ch D), I.S.L.R. 2006 SLR39, § 46 : « [...] to uphold and enforce the arbitration agreement is to implement the public policy behind the Arbitration Act 1996. I am unable to accept that such a policy is outweighed by all or any of the considerations on which counsel for Mr Stretford relied [...] ».

<sup>16</sup> *Stretford v Football Association Ltd* [2007] EWCA Civ 238 ; [2007] Bus. L.R. 1052 (CA [Civ Div]), I.S.L.R. 2007 SLR41, § 66 : « [...] Nor is there any relevant public interest consideration to stand in the way of arbitration. On the contrary, it seems to us that the public interest encourages arbitration in cases of this kind ».

ainsi largement<sup>17</sup> les considérations pragmatiques du Tribunal fédéral.

[Rz 16] A notre avis, l'approche utilitariste du Tribunal fédéral<sup>18</sup>, implique comme corollaire que la validité de l'arbitrage forcé en matière de sport est soumise à un important *caveat* : si l'arbitrage est en effet souhaitable en matière de sport, il s'agit d'un choix qui est loin d'être anodin, en particulier au niveau financier. En effet, contrairement à une croyance (répandue au point d'être reprise en doctrine)<sup>19</sup>, l'arbitrage du TAS peut se révéler nettement plus onéreux qu'une procédure judiciaire devant les tribunaux étatiques. Il résulte en effet des art. R64 et R65 du Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport (ci-après : Code TAS)<sup>20</sup> que la procédure arbitrale devant le TAS est gratuite seulement pour certains types (très limités) de litiges, à savoir les « litiges disciplinaires à caractère international jugés en appel »<sup>21</sup>. Dans tous les autres cas, la procédure est payante et la nécessité d'une procédure rapide et spécialisée en matière de sport ne saurait justifier le caractère non-consensuel de l'arbitrage si celui-ci se révèle impraticable. Par conséquent, si le sportif peut démontrer que le régime d'arbitrage qu'il a dû accepter est tellement onéreux qu'il a pour effet de le priver de son droit à l'accès à la justice, il pourrait valablement soutenir qu'il n'est pas (ou plus) lié par la convention d'arbitrage, car elle lui offre une contrepartie qui, en réalité, n'en est pas une. Dans ces circonstances, l'athlète pourrait en effet soutenir qu'il a été contraint de renoncer à son droit à la justice étatique, en échange d'un mécanisme qui s'avère inaccessible au vu de ses capacités financières. En d'autres termes, le sportif serait privé de son droit fondamental d'avoir accès à la justice étatique en violation des art. 6 ch. 1 CEDH et 30 al. 1 Cst. féd.

[Rz 17] En l'état, le mécanisme d'assistance judiciaire

existant au TAS est loin d'être satisfaisant<sup>22</sup> : certes, les athlètes indigents peuvent demander l'assistance judiciaire auprès du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (CIAS) en remplissant un formulaire intitulé « demande d'assistance judiciaire » fourni, sur demande, par le TAS. Si l'assistance judiciaire est accordée, l'athlète sera dispensé de payer l'avance de frais. Toutefois, selon la pratique actuelle du CIAS, l'athlète qui formule une demande d'assistance judiciaire doit dans tous les cas verser le droit de Greffe prévu à l'art. R65.2 du Code TAS, d'un minimum de CHF 1'000.– (art. R48 al. 2 du Code TAS) ; le cas échéant, ce montant lui sera remboursé ultérieurement en cas d'admission de la requête d'assistance judiciaire. Or, les athlètes les plus démunis peuvent être dans l'impossibilité d'avancer une telle somme<sup>23</sup>.

#### IV. La validité de la renonciation à requérir des mesures provisionnelles et conservatoires du juge étatique

[Rz 18] Lorsqu'ils se voient imposer l'arbitrage du TAS, les sportifs sont également tenus d'accepter que l'arbitrage soit soumis aux règles du Code TAS. L'art. R37 du Code TAS contient des dispositions particulières sur les mesures provisionnelles : selon cet article, l'institution d'arbitrage (plus précisément, le Président de la Chambre concernée) peut ordonner des mesures provisionnelles avant la transmission du dossier au tribunal arbitral (la Formation)<sup>24</sup>. De surcroît, l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS prévoit une renonciation à la compétence du juge étatique (et non du tribunal arbitral, comme le permet l'art. 183 al. 1 LDIP) pour prononcer des mesures provisionnelles :

<sup>17</sup> Contrairement au Tribunal fédéral, les juridictions anglaises semblent plutôt se focaliser sur les avantages de l'arbitrage en général que sur ceux de l'arbitrage en matière de sport.

<sup>18</sup> Voir *supra*, Rz 11.

<sup>19</sup> Voir par exemple : IAN BLACKSHAW, The Contribution of the Court of Arbitration for Sport to an Emerging «*Lex Sportiva*», in : Yearbook on Arbitration and Mediation, vol. 2, 2010, pp. 176–233, 229–231 (qui utilise les termes «*relatively inexpensive*»). Voir ég. ATF 129 III 445 c. 3.3.3.3 p. 462 [Larissa Lazutina et Olga Danilova c. CIO, FIS et TAS] : «*Il n'est pas certain que d'autres solutions existent, qui soient susceptibles de remplacer une institution [le TAS] à même de résoudre rapidement et de manière peu coûteuse des litiges internationaux dans le domaine du sport*».

<sup>20</sup> Les art. R64 et R65 du Code TAS ont été révisés le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

<sup>21</sup> Il faut également réserver les procédures arbitrales gratuites devant un tribunal arbitral *ad hoc* constitué à l'occasion d'un événement sportif majeur ; on pense en particulier à la procédure arbitrale gratuite devant la Chambre *ad hoc* pour les Jeux Olympiques, qui rend une sentence dans les 24 heures pour assurer la continuité de la compétition (pour plus de détails sur cette chambre *ad hoc*, voir ANTONIO RIGOZZI, L'arbitrage international en matière de sport, Bâle 2005, pp. 137–138, n° 242–244, pp. 682–684, n° 1348–1352).

<sup>22</sup> En vertu de l'art. S6 ch. 9 du Code TAS, le CIAS dispose de la prérogative suivante : «*il crée, s'il le juge opportun, un fonds d'assistance pour faciliter l'accès à l'arbitrage du TAS de personnes physiques dépourvues de moyens financiers suffisants. La mise en œuvre du fonds d'assistance et les modalités d'usage du fonds sont déterminés dans le Guide d'assistance judiciaire du TAS*». A notre connaissance, le Guide d'assistance judiciaire du TAS n'a pas encore été édité.

<sup>23</sup> Aux frais de procédure et au droit de greffe s'ajoutent les frais d'avocat, pour lesquels le mécanisme d'assistance judiciaire du TAS ne prévoit qu'une contribution très limitée (généralement de CHF 5'000.–). Enfin, il est discutable de limiter l'assistance judiciaire à des personnes physiques. Il est en effet parfaitement envisageable qu'une personne morale (par exemple un petit club amateur organisé sous la forme d'une association au sens des art. 60 ss du Code civil suisse (CC) ) soit indigente (par exemple, les seuls revenus du club amateur proviennent de la caisse de la buvette et de sponsors locaux), et qu'elle soit contrainte de recourir au TAS pour protéger ses droits contre de la fédération.

<sup>24</sup> Une telle solution a été adoptée par d'autres institutions d'arbitrage, telles que la Chambre de Commerce de Stockholm (CCS) (art. 32 (4) et Annexe II [«*arbitre d'urgence*»] du Règlement d'arbitrage de la CCS [version du 1<sup>er</sup> janvier 2010]) et, plus récemment, la Chambre de commerce internationale (CCI) (art. 29 et Appendice V [«*arbitre d'urgence*»] du Règlement d'arbitrage de la CCI [version du 1<sup>er</sup> janvier 2012]).

« [...] [p]ar la soumission au présent Règlement de procédure d'un litige relevant de la procédure arbitrale d'appel, les parties renoncent à requérir de telles mesures de la part des autorités étatiques [...] ».

[Rz 19] Il est généralement admis en droit suisse de l'arbitrage, tant au regard de l'art. 183 LDIP que de l'article 374 du Code de procédure civile (CPC), qu'en présence d'une convention d'arbitrage, les arbitres et le juge étatique disposent d'une compétence concurrente pour prononcer des mesures provisionnelles<sup>25</sup>. Selon ces dispositions, les parties à la convention d'arbitrage peuvent toutefois exclure la compétence du tribunal arbitral pour prononcer des mesures provisionnelles. L'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS prévoit au contraire une exclusion de la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisionnelles. Il faut dès lors examiner si les parties peuvent valablement exclure la compétence du juge au profit de la compétence exclusive des arbitres.

[Rz 20] De manière générale, la question de la validité d'une renonciation à la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisionnelles est discutée en doctrine<sup>26</sup>. Il en est de même de la validité de la renonciation prévue par l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code de l'arbitrage en matière de Sport (ci-après : Code TAS)<sup>27</sup>.

[Rz 21] Les tribunaux ont traditionnellement fait prévaloir l'autonomie des parties et se sont déclarés incompétents pour ordonner des mesures provisionnelles en matière sportive donnant ainsi plein effet à l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS. C'est précisément ce que le *Bezirksgericht Zürich* a fait dans une décision du 16 août 2005<sup>28</sup> :

« Nach Art. 183 Abs. 1 IPRG kann das vereinbarte Schiedsgericht auf Antrag einer Partei auch vorsorgliche oder sichernde Massnahmen anordnen. Die Schiedsordnung des Court of Arbitration for Sport (CAS) sieht unstrittig die Möglichkeit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor. Auf das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist daher ebenfalls nicht einzutreten »<sup>29</sup>.

[Rz 22] Dans le contexte de la saga judiciaire opposant le *FC Sion* aux instances du football suisses et internationales, cette question a fait l'objet d'un examen plus détaillé. Fidèle à sa stratégie visant à ne pas reconnaître la juridiction du TAS, le club séduinois a en effet déposé (ou fait déposer par ses joueurs) toute une série de requêtes de mesures provisionnelles devant les tribunaux cantonaux valaisans (du domicile de ses joueurs), vaudois (du domicile de l'UEFA), zurichoïses (du domicile de la FIFA) et bernoïses (du domicile de l'Association suisse de football [ASF]). Dans les prochains paragraphes, nous verrons comment les différents juges ont abordé cette question.

<sup>25</sup> Voir not. ANDREAS BUCHER, Art. 183 LDIP, p. 1611, n° 6, in : Andreas Bucher (éd.), Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle 2011; ELLIOTT GEISINGER, Les relations entre l'arbitrage commercial international et la justice étatique en matière de mesures provisionnelles, in : SJ 2005 II p. 375, 375 ; JEAN-FRANÇOIS POUURET/SÉBASTIEN BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich/Bâle/Genève 2002, pp. 554-555, n° 611-612 et les réf. citées. Voir ég. art. 28 al. 2 du Règlement d'arbitrage de la CCI (version du 1<sup>er</sup> janvier 2012), art. 26 al. 5 du Règlement suisse d'arbitrage international (Règlement suisse) (version du 1<sup>er</sup> juin 2012), art. 25.3 LCIA Arbitration Rules (version du 1<sup>er</sup> janvier 1998) ; art. 26 al. 9 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010).

<sup>26</sup> *Pro* : voir not. STEPHEN V. BERTI, Art. 183 IPRG, n° 5, in : Heinrich Honsell et al. (éds.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007 ; MARKUS WIRTH, Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland, in : Bull. ASA (2000), pp. 31-45, 44 ; GEORG VON SEGESSER/CHRISTOPH KURTH, Interim Measures, in : Gabrielle Kaufmann-Kohler/Blaise Stucki (éds.), International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, Kluwer Law International 2004, pp. 69-87, 85 ; GERHARD WALTER/WOLFGANG BOSCH/JÜRGEN BRÖNNIMANN, Art. 182-186 IPRG, p. 146, in : Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Berne 1991 ; URS ZENHÄUSERN, Art. 374 ZPO, n° 8, in : Baker & McKenzie (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berne 2010. *Contra* : DANIEL SUMMERMATTER, Einstweiliger Rechtsschutz im Sport nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung – Unter Berücksichtigung der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in : Causa Sport [CaS] 2009 pp. 351-365, 355 ; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Art. 374 ZPO, n° 2, in : Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, Zurich/St.Gallen 2010 ; TANJA PLANINIC/NADJA KUBAT ERK, Art. 374 ZPO, n° 2, in : Myriam A. Gehri/Michael Kramer (éds.), ZPO Kommentar, Zurich 2010 ; FELIX GASSER, Art. 374 ZPO, n° 5, in : Paul Oberhammer (éd.), Kurzkomentar ZPO, Bâle 2010.

<sup>27</sup> *Pro* (validité de la renonciation prévue par l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code

TAS) : RIGOZZI, op. cit. note 21, pp. 576-577, n° 1132 ; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER/ANTONIO RIGOZZI, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2<sup>e</sup> éd., pp. 381-382, n° 573-578 ; HANS ROTH, Der vorsorgliche Rechtsschutz im internationalen Sportrecht, in : Urs Scherrer (éd.), Einstweiliger Rechtsschutz im internationalen Sport, Preliminary Remedies in International Sports Law, Zurich 1999, pp. 11-42, 40. *Contra* (non-validité de la renonciation prévue par l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS) : STEPHAN NETZLE, Die Praxis des Tribunal arbitral du sport (TAS) bei vorsorglichen Massnahmen, in : Antonio Rigozzi/Michele Bernasconi (éds.), The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport, Berne 2007, pp. 133-153, 136-138, qui se réfère à un arrêt du *Landgericht Berlin*, Décision du 6 février 2006 [*Sawtschenko, Szolkowy und Steuer c. Nationales Olympisches Komitee für Deutschland (NOK)*] ; HENK FENNERS, Der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit im organisierten Sport, Zurich/Bâle/Genève 2006, pp. 225-226, n° 699 ; SIMON OSTERWALDER/MARTIN KAISER, Vom Rechtsstaat zum Richtersport? – Fragen zum vorsorglichen Rechtsschutz in der Sportschiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, in : Zeitschrift für Sport und Recht [SpuRT], pp. 230-236, 235. Sans prendre position : SAVIRIO LEMBO/VINCENT GUIGNET, Interim Measures of Protection: The Concurrent Jurisdiction of Courts and Arbitral Tribunals in Switzerland, Conference paper prepared for the 2011 Fall Meeting of the American Bar Association, International Section, in Dublin, p. 7.

<sup>28</sup> *Bezirksgericht Zürich*, Décision du 16 août 2005, c. 6.2 (non publié) (cet arrêt ne se réfère pas spécifiquement à l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS), cité in : KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, op. cit. note 27, p. 381, n° 576.

<sup>29</sup> Traduction libre : « En vertu de l'art. 183 al. 1 LDIP, le tribunal arbitral peut aussi ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie. Le règlement d'arbitrage [Code TAS] de la Court of Arbitration for Sport (CAS) prévoit incontestablement la possibilité de prononcer des mesures provisionnelles. Par conséquent, la demande sollicitant des mesures provisionnelles est également rejetée ».

[Rz 23] Le Tribunal (de première instance) de Martigny et St-Maurice<sup>30</sup> et le Tribunal cantonal du Canton de Vaud<sup>31</sup> ont tous deux suggéré que la validité de la renonciation prévue par l'art. R37 al. 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS n'était pas évidente, mais ont trouvé un moyen de ne pas répondre à cette question :

[Rz 24] Dans une décision du 3 août 2011, le Tribunal de Martigny et St-Maurice a relevé ce qui suit<sup>32</sup> :

« [...] le texte légal [art. 13 et 356 al. 2 let. c CPC] n'étant pas clair, certains auteurs proposent une compétence alternative dans la mesure où la compétence de ces deux juges ne coïnciderait pas, estimant même indiqué d'attribuer une compétence au juge ordinaire de l'art. 13 CPC quand le tribunal arbitral n'est pas constitué et, plus encore, lorsqu'il y a - comme en l'espèce - un doute sur la validité de la convention d'arbitrage, ou sur le siège de l'arbitrage [...] ».

[Rz 25] Pour sa part, dans une ordonnance du 27 septembre 2011, le Tribunal cantonal du Canton de Vaud a déclaré ce qui suit<sup>33</sup> :

« La licéité d'une telle renonciation est toutefois controversée en doctrine. [...] En l'espèce, la solution consistant à admettre que les parties ont pu exclure efficacement la compétence des tribunaux étatiques pourrait déboucher sur des obstacles pratiques difficilement surmontables. Il est à craindre, en effet, que [...] des mesures d'exécution forcée doivent être envisagées; or, le TAS, qui dispose de la iurisdictio, mais pas de l'imperium [...] serait inhabile à les ordonner et devrait requérir l'appui du juge civil, ce qui pourrait entraîner un retard difficilement conciliable avec les exigences de rapidité des mesures provisionnelles. [...] Quoi qu'il en soit, ce point de droit peut demeurer indécis en l'espèce. La règle 37 du règlement de procédure applicable devant le TAS prévoit expressément que la renonciation à saisir le juge civil ne s'applique pas à des mesures provisionnelles ou conservatoires concernant des litiges relevant de la procédure d'arbitrage ordinaire »

[Rz 26] Dans une décision du 14 février 2012, le Tribunal régional de Berne-Mittelland a estimé que la compétence du juge étatique ne peut être valablement exclue, tant pour des motifs relevant du fond (en particulier, interprétation de l'art. 374 al. 1 CPC à la lumière de l'art. 29 al. 1 Cst. féd.) que de la forme (la clause d'arbitrage contenue dans les statuts de l'Association suisse de football [ASF] n'exclut pas la compétence du juge étatique en matière de mesures provisionnelles)<sup>34</sup>. Dans un arrêt du 19 avril 2012, la Cour suprême du canton de Berne n'a suivi qu'en partie le juge de première instance : selon l'autorité de recours, la renonciation à la compétence du juge étatique prévue par l'art. R37 al. 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS est valable sur le fond<sup>35</sup>. Toutefois, l'autorité de recours a confirmé que la clause d'arbitrage contenue dans les statuts de l'ASF n'exclut pas la compétence du juge étatique en matière de mesures provisionnelles ; en d'autres termes, une telle renonciation n'est pas stipulée de manière expresse, mais résulte (seulement) de l'art. R37 al. 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS<sup>36</sup>.

[Rz 27] A notre avis, l'argument formel tel que développé par les juridictions bernoises n'est pas convaincant. Contrairement à ce que prévoit l'art. 192 al. 1 LDIP pour la renonciation au recours contre la sentence, la loi n'impose nullement une exigence formelle selon laquelle la renonciation doit être expresse, ce qui exclurait la renonciation indirecte, à savoir l'exclusion contenue dans le règlement d'arbitrage (auquel renvoie la convention d'arbitrage)<sup>37</sup>. Il nous paraît évident que l'acceptation de la validité de la convention d'arbitrage entraîne en principe l'acceptation des dispositions du règlement d'arbitrage auquel elle fait référence<sup>38</sup>. Or, selon une jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral, la convention d'arbitrage contenue dans une réglementation sportive est valable en la forme en cas de renvoi global ; dans ce cas, « [...] le problème se déplace [...] de la forme au consentement[...] »<sup>39</sup>.

<sup>30</sup> Tribunal de Martigny et St-Maurice, Décision du 3 août 2011, mesures superprovisionnelles : art. 265 CPC [Stefan Glarner et al. c. ASF et FIFA], pp. 4-5.

<sup>31</sup> TC VD (Cour civile), Ordonnance de mesures provisionnelles du 27 septembre 2011 [Olympique des Alpes S.A.c. UEFA], c. IV/c.

<sup>32</sup> Tribunal de Martigny et St-Maurice, Décision du 3 août 2011, mesures superprovisionnelles : art. 265 CPC [Stefan Glarner et al. c. ASF et FIFA], pp. 4-5. A noter que la question ne s'est pas posée devant la deuxième instance, du fait que le Tribunal cantonal a rejeté la demande de mesures provisionnelles.

<sup>33</sup> TC VD (Cour civile), Ordonnance de mesures provisionnelles du 27 septembre 2011 [Olympique des Alpes S.A.c. UEFA], c. IV/c.

<sup>34</sup> Tribunal régional de Berne-Mittelland, Décision du 14 février 2012, mesures provisionnelles [Olympique des Alpes SA c. ASF], n° 11-31.

<sup>35</sup> Cour suprême du canton de Berne, Décision du 19 avril 2012, mesures provisionnelles [Olympique des Alpes SA c. ASF], c. 2/a-g, CaS 2012 pp. 171-176.

<sup>36</sup> *Id.*, c. 2/h.

<sup>37</sup> Pour une illustration de la jurisprudence sur la renonciation indirecte au recours en matière sportive, voir arrêt 4P.26/2004 du 1<sup>er</sup> décembre 2004 [Fédération costarricense de triatlòn (FECOTRI) c. ITU & CNOG], c. 1.2, Bull. ASA (2005), pp. 483-489, 485-486.

<sup>38</sup> Voir en relation avec l'arbitrage CCI : ROBERT H. SMIT, Mandatory ICC Arbitrations Rules, in : Gerald Aksen et al. (éds.), Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, ICC Publishing 2005, pp. 845-870, 846-847.

<sup>39</sup> Arrêt 4C.44/1996 du 31 octobre 1996 [Nagel c. FEI], c. 3/c, in : Matthieu Reeb (éd.), Recueil des sentences du TAS, vol. I, 1986-1998, pp. 577-584, 582. Cette approche a été confirmée dans un arrêt récent, où le Tribunal fédéral a relevé que le simple fait d'être un athlète de niveau international impliquait l'acceptation de la clause d'arbitrage contenue dans la réglementation de la fédération internationale du sport en question (Arrêt 4A\_460/2008 du 9 janvier 2009 [A.c. FIFA et WADA], c. 6.2, Bull. ASA

[Rz 28] Si le Tribunal fédéral met en œuvre son approche – lucide – développée dans l'arrêt *Cañas*, il ne pourra que conclure que la renonciation contenue à l'art. R37 al. 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS n'est pas consensuelle. Dans la droite ligne de la jurisprudence pragmatique du Tribunal fédéral, il faut dès lors établir les conséquences juridiques d'un tel défaut de consentement. Pour y répondre, il faut se demander si cette question est similaire à celle de la renonciation au recours contre la sentence arbitrale (qui a été considérée comme inefficace) ou plutôt à celle de la renonciation à la juridiction étatique sur le fond (qui a été considérée comme valable). A notre avis, la renonciation contenue à l'art. R37 al. 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS doit être différenciée de la renonciation au recours, car la première ne prive pas le sportif d'une voie de droit sans, pour ainsi dire, lui « offrir une alternative en contrepartie » (en l'espèce, le sportif peut saisir l'institution d'arbitrage ou le tribunal arbitral d'une requête de mesures provisionnelles)<sup>40</sup>.

[Rz 29] Il résulte de cette approche que la renonciation à la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisionnelles, telle que prévue par l'art. R37 al. 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS, est valable, pour autant que le TAS offre une voie de droit comparable au juge étatique. Dans cette optique, la renonciation à la compétence du juge étatique en matière de mesures provisionnelles n'est valable qu'à la condition que le TAS (la Formation ou le Président de la Chambre concernée, si la formation arbitrale n'est pas encore constituée) soit tout aussi (a) indépendant et impartial, et (b) efficace que les tribunaux étatiques.

[Rz 30] En ce qui concerne l'exigence d'indépendance et d'impartialité, il est de jurisprudence constante que les Formations du TAS présentent les garanties d'indépendance et d'impartialité pour être qualifiées de tribunal arbitral<sup>41</sup>. La question peut donc tout au plus se poser lorsque la formation arbitrale n'est pas encore constituée et que l'Art. R37 al. 1 du Code TAS confie cette compétence au Président de la Chambre arbitrale concernée (dans notre hypothèse la Chambre arbitrale d'appel). D'un point de vue dogmatique, une institution d'arbitrage n'est certainement par équivalente à un tribunal arbitral. Toutefois, les parties ont « confié » à l'institution d'arbitrage, de la même manière qu'aux arbitres, une mission judiciaire spécifique, limitée *précisément* aux situations dans lesquelles les arbitres ne peuvent pas (encore) accomplir leur mission. Etant donné qu'il est nommé par le CIAS (cf. art. S6 ch. 2 du Code TAS) et non par l'une des parties, nous ne voyons *a priori* aucune raison de mettre en doute l'indépendance et l'impartialité du Président de la Chambre arbitrale d'appel.

[Rz 31] La véritable question porte sur l'efficacité de la voie arbitrale. A notre avis, il faut prendre en considération deux aspects : la rapidité et l'efficacité des mesures provisionnelles. La jurisprudence précitée du Tribunal régional de Berne-Mittelland nous semble aller dans ce sens, du moment que cette autorité se soucie en premier lieu de l'efficacité des mesures provisionnelles du point de vue de la garantie constitutionnelle de l'« *effektiven Rechtsschutz* »<sup>42 43</sup>.

[Rz 32] La rapidité : on entend souvent dire que seuls les tribunaux étatiques peuvent agir en l'espace de quelques heures. En réalité, le TAS dispose également de tels moyens : tout d'abord, en cas d'extrême urgence, aussi bien la Formation que le Président de la Chambre concernée peuvent rendre des décisions *ex parte* (art. R37 al. 3 4<sup>e</sup> phr. du Code TAS). Plus important encore, les échanges de correspondances dans le cadre d'une procédure arbitrale devant le TAS sont effectués par télécopie (cf. art. R31 du Code TAS), avec pour effet que le TAS peut rendre des décisions dans des délais très courts – cela limite par la même occasion les cas où une décision doit être rendue *ex parte*.

[Rz 33] L'efficacité : on entend souvent dire que seuls les tribunaux étatiques ont le pouvoir d'ordonner à une partie de se conformer à une décision de mesures provisionnelles. Dans le passage précité, le Tribunal cantonal du Canton de Vaud a d'ailleurs insisté sur l'absence d'*imperium* de l'arbitre. A notre avis, bien que cela puisse être vrai en théorie, ce n'est pas forcément le cas dans la pratique : premièrement, l'efficacité d'une décision de mesures provisionnelles rendue par un tribunal étatique est elle aussi limitée, notamment d'un point de vue géographique. Sauf à avoir accès au tribunal étatique du lieu de domicile de la fédération qui a rendu la décision litigieuse ou du lieu où celle-ci est censée déployer ses effets, une décision d'un tribunal étatique n'aura aucune efficacité directe. Dans la plupart des cas, notamment ceux à dimension internationale, l'argumentation du Tribunal régional de Berne-Mittelland, selon laquelle la voie arbitrale implique un « détour inutile » en cas d'exécution forcée<sup>44</sup> n'est pas pertinente. Deuxièmement, même dans les cas où le requérant saisit les tribunaux de l'Etat de domicile de la fédération sportive concernée, une décision du juge étatique n'est pas nécessairement plus efficace que celle d'un arbitre, même assortie de la menace de la peine prévue à l'art. 292 du Code pénal suisse (CP) (« insoumission à une décision de l'autorité »)<sup>45</sup>. Troisièmement, et il s'agit là à notre avis de l'argument décisif, l'expérience montre que les fédérations sportives appliquent spontanément les mesures provisionnelles ordonnées par le TAS, avec pour effet qu'il n'est pas

2009, pp. 540-546, 544-545).

<sup>40</sup> Voir *supra*, Rz 13.

<sup>41</sup> ATF 129 III 445 c. 3 pp. 454-463 [*Larissa Lazutina et Olga Danilova c. CIO, FIS et TAS*].

<sup>42</sup> Traduction libre : « droit à un recours effectif ».

<sup>43</sup> Tribunal régional de Berne-Mittelland, Décision du 14 février 2012, mesures provisionnelles [*Olympique des Alpes SA c. ASF*], n° 26.

<sup>44</sup> *Id.*

<sup>45</sup> Par exemple, voir TC VD (Cour civile), Ordonnance de mesures provisionnelles du 27 septembre 2011 [*Olympique des Alpes S.A.c. UEFA*].

nécessaire de recourir aux tribunaux étatiques pour faire exécuter une décision de mesures provisionnelles du TAS.

[Rz 34] De ce point de vue, nous ne pouvons partager l'avis du Tribunal régional de Berne-Mittelland, selon lequel « [e]s kann nicht auf die Umstände des Einzelfalls und die prognostizierte Unterziehungswilligkeit des Gesuchsgegners unter eine anzuordnende Massnahme ankomme, ob eine Partei beim staatlichen Gericht eine vorsorgliche Massnahme anbegehren kann oder nicht »<sup>46</sup> 47. La question nous semble en effet mal posée, car il ne s'agit pas de savoir si, en termes généraux, la compétence du juge étatique dépend des chances d'exécution spontanée d'une éventuelle décision de l'arbitre, mais de savoir si, compte tenu de l'exécution spontanée des décisions du TAS par les fédérations sportives, la renonciation à la juridiction étatique telle qu'imposée par ces fédérations est valable en dépit de son caractère non-consensuel.

[Rz 35] A notre avis, la renonciation prévue à l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS est en principe valable, nonobstant l'absence de consentement, et les tribunaux étatiques devraient décliner leur compétence, à moins que le requérant puisse prouver qu'au regard des circonstances, il ne dispose pas d'une voie de droit effective devant le TAS<sup>48</sup>. A notre avis, dans la majorité des cas, les chances de succès d'un requérant qui soulève un tel argument sont minces, dès lors que le TAS peut rendre des ordonnances *ex parte* (cf. art. R37 al. 3 4<sup>e</sup> phr. du Code TAS). Par conséquent, le requérant doit *clairement* établir que seul le juge étatique a le pouvoir d'ordonner et/ou d'exécuter les mesures provisionnelles sollicitées. Par exemple, la renonciation de l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS ne lie pas les parties si le requérant sollicite une injonction à l'encontre d'un tiers à la procédure ou lorsqu'il ressort de l'attitude du défendeur que celui-ci ne se soumettra pas volontairement à l'ordonnance du TAS et que la procédure d'exécution forcée de l'art. 183 al. 2 LDIP sera soit inefficace soit trop lente<sup>49</sup>.

## V. Conclusion

[Rz 36] La jurisprudence *Cañas*, qui confirme la validité du consentement forcé des sportifs à l'arbitrage du TAS, mais rejette la validité des clauses de renonciation au recours devant le Tribunal fédéral, doit être saluée. De surcroît, cet arrêt contient un *obiter dictum* exposant les spécificités liées à l'arbitrage en matière de sport, qui permet d'analyser la validité de la clause de renonciation à la compétence des tribunaux étatiques en matière de mesures provisionnelles de l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS (qui prévoit une compétence exclusive du TAS en la matière). Il résulte de cette analyse que la renonciation à la compétence du juge étatique pour prononcer des mesures provisionnelles, telle que prévue par l'art. R37 al. 2 2<sup>e</sup> phr. du Code TAS, est en principe valable, à moins que le requérant établisse clairement que seul le juge étatique a le pouvoir d'ordonner et/ou d'exécuter les mesures provisionnelles sollicitées.

---

Antonio Rigozzi, Professeur à l'Université de Neuchâtel. Fabrice Robert-Tissot, Docteur en droit, LL.M., avocat (Lévy Kaufmann-Kohler, Genève).

---

\* \* \*

<sup>46</sup> Traduction libre : « [l']on ne saurait se fonder sur l'ensemble des circonstances et l'hypothétique volonté de la partie requise de se soumettre à une ordonnance, pour déterminer si une partie peut solliciter des mesures provisionnelles auprès d'un tribunal étatique ».

<sup>47</sup> Tribunal régional de Berne-Mittelland, Décision du 14 février 2012, mesures provisionnelles [*Olympique des Alpes SA c. ASF*], n° 29.

<sup>48</sup> Par exemple, dans une célèbre affaire *Stanley Roberts*, l'*Oberlandesgericht München* a estimé que la renonciation n'excluait pas la compétence des tribunaux étatiques, en particulier au motif que le TAS n'offre pas une procédure rapide de règlement de différends. Toutefois, il sied de préciser que cette décision était basée sur l'affirmation (erronée) du défendeur (la FIBA), selon laquelle le TAS est « [...] en mesure de rendre une décision dans les 15 jours [...] » (traduction libre), ce qui a été qualifié de trop lent par l'*Oberlandesgericht München*. OLG München, Décision du 26 octobre 2000, U (K) 3208/00, SpuRt 2/2001, pp. 64–69, 65.

<sup>49</sup> Voir TC VD (Cour civile), Ordonnance de mesures provisionnelles du 27 septembre 2011 [*Olympique des Alpes S.A.c. UEFA*], c. IV/c. (*supra*, n° 25).