

Université de Montréal

L'offre-finale baseball : un mécanisme arbitral particulier et utile

par

Anne-Gaëlle Baroni

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit
option recherche

Décembre, 2012

© Anne-Gaëlle Baroni, 2012

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :

L'offre-finale baseball : un mécanisme arbitral particulier et utile

Présenté par

Anne-Gaëlle Baroni

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Marie-Claude Rigaud
Président-rapporteur

Nabil N. Antaki
Directeur de recherche

Renée-Claude Drouin
Membre du jury

RESUMÉ

Cette étude aborde le sujet de l'arbitrage de l'offre-finale. L'étude vise tout d'abord à présenter la particularité de ce mécanisme arbitral au travers du prisme de l'arbitrage salarial pratiqué au baseball. Elle vise ensuite à promouvoir l'utilité de ce processus tant au sein de ce cadre sportif que de manière plus générale, en prenant pour exemple les litiges relatifs à la détermination du montant des indemnités de transferts des footballeurs professionnels européens.

Mots clés : arbitrage – offre-finale – baseball – arbitrage salarial – litige salarial – droit du travail - négociation - outil de règlement préalable – sentence - indemnité de transfert

ABSTRACT

The following is a case-study about final-offer arbitration. The first objective is to describe the uniqueness of this mechanism in the context of baseball salary-arbitration. The second is to promote the utility of this process, in the context of baseball salary-arbitration and for a broader scope. For instance, it advocates for its use to determine appropriate fees to be paid for professional european soccer players transfers.

Keywords: arbitration – final offer arbitration – baseball – wage arbitration – dispute – labor law – negotiation – prior settlement of disputes tool – award – transfer fees

Table des matières

RESUMÉ	i
ABSTRACT	ii
LISTE DES ABREVIATIONS	iv
REMERCIEMENTS.....	v
INTRODUCTION	1
PARTIE 1 - L'OFFRE-FINALE : UN MECANISME ARBITRAL PARTICULIER	5
CHAPITRE 1 - DES ELEMENTS COMMUNS DE L'ARBITRAGE.....	6
SECTION 1- DES COMPOSANTES BASIQUES DE L'ARBITRAGE.....	6
SECTION 2- DES QUALITES ESSENTIELLES DE L'INSTANCE PROCEDURALE.....	21
CHAPITRE 2 - DES ELEMENTS SPECIFIQUES A L'ARBITRAGE DE L'OFFRE-FINALE.....	42
SECTION 1- DE LA DEMANDE DE SOUMISSION AU MECANISME DE L'OFFRE-FINALE.....	42
SECTION 2 - DE L'EXERCICE STRICTEMENT ENCADRE DE LA MISSION ARBITRALE.....	52
PARTIE 2 - L'OFFRE-FINALE : UN MECANISME ARBITRAL UTILE.....	70
CHAPITRE 1 - DE L'UTILITE INTRINSEQUE AU BASEBALL	71
SECTION 1- DE L'OFFRE CONTRACTUELLE « PRE-ARB »	71
SECTION 2- DE L'OFFRE CONTRACTUELLE « ARB ».....	81
CHAPITRE 2 - DE L'UTILITE EXTRINSEQUE AU BASEBALL.....	89
SECTION 1- L'INCITATION AU REGLEMENT	89
SECTION 2- DU « TRANSFERT » DE COMPETENCE	103
CONCLUSION	116
BIBLIOGRAPHIE.....	118
LEGISLATION.....	118
JURISPRUDENCE	120
DOCTRINE	122
MONOGRAPHIE ET OUVRAGES COLLECTIFS.....	122
ARTICLES.....	124
AUTRES DOCUMENTS.....	127

LISTE DES ABREVIATIONS

AAA	American Arbitration association
CBA	Collective bargaining agreement
CAS	Court of arbitration for Sport
CCRDSC	Code canadien de règlement des différends sportifs
CNOSF	Comité national olympique français
CRB	Contract recognition board
LCIA	London Court of International Arbitration
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LRD	Labor relation department
MLB	Major League Baseball
NLRA	National Labor Relations Act
NLRB	National Labor Relations Board
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
TAS	Tribunal arbitral du Sport
USADA	United States Anti-Doping Agency
USOC	United States Olympic Committee

REMERCIEMENTS

Merci au Professeur Nabil N. Antaki de m'avoir fait découvrir ces fascinants domaines que sont les modes alternatifs de règlements des litiges et l'arbitrage, de m'avoir encouragée et poussée dans la rédaction de ce mémoire, de m'avoir permise de l'assister dans la réalisation de différents projets.

Merci Amine B. pour son soutien.

Merci à mes parents.

INTRODUCTION

L'arbitrage est défini comme une « institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »¹.

Le mécanisme de l'offre-finale n'est ni plus ni moins un arbitrage particulier². Il est encore qualifié de nouvelle forme d'arbitrage d'intérêts³. Ce processus est un mode d'adjudication privé par lequel un tiers impartial tranche un différend en choisissant l'une des deux propositions finales soumises par les parties.

L'arbitrage de l'offre-finale est d'actualité, particulièrement au Canada. En juin dernier, cet arbitrage a été utilisé dans le cadre d'un litige qui opposait depuis plus d'un an Air Canada à ses mécaniciens et travailleurs au sol. Un arbitre fédéral a tranché en faveur du transporteur aérien et a choisi l'offre finale de la compagnie afin d'établir la convention collective⁴.

¹ Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987 à la page 372.

² Sa qualification juridique a pu susciter quelques interrogations. Voir Laurence Mitrovic, « L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? » (2003) Issue 4 Revue de l'Arbitrage 1167; Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, Paris, LGDJ, 2011 à la p 328.

³ Alan Scott Rau, Edward F. Sherman et Scott Peppet, *Arbitration*, University Casebook series, New York, NY : Foundation Press, 3rd edition, 2006 à la p 341; voir aussi Murray A. Clemens, « Final Offer Arbitration: Baseball, Boxcars & Beyond » (May 2011), en ligne : <<http://www.cle.bc.ca/PracticePoints/REAL/11-FinalOfferArbitration.html>>: l'auteur définit l'arbitrage d'intérêts comme « a procedure by which bargaining parties submit a dispute to a neutral for final adjudication. It differs from rights arbitration in that its focus is the resolution of disputes that arise during the negotiation of new contract provisions, while rights arbitration involves the resolution of disputes that arise during the administration of an existing contract. In typical interest arbitration, the arbitrator is called upon to write a part of a new contract, as opposed to interpreting or clarifying provisions of an existing contract ».

⁴ « Air Canada : un arbitre fédéral tranche en faveur du transporteur », *Le Devoir* (18 juin 2012) en ligne : [ledevoir.com<http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/352740/air-canada-un-arbitre-federal-tranche-en-faveur-du-transporteur>](http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/352740/air-canada-un-arbitre-federal-tranche-en-faveur-du-transporteur) ; « Un arbitre tranche en faveur d'Air Canada au détriment des syndiqués », *La Presse* (17 juin 2012) en ligne : [lapresse.ca <http://affaires.lapresse.ca/economie/transports/201206/17/01-4535750-un-arbitre-tranche-en-faveur-dair-canada-au-detriment-des-syndiques.php>](http://affaires.lapresse.ca/economie/transports/201206/17/01-4535750-un-arbitre-tranche-en-faveur-dair-canada-au-detriment-des-syndiques.php).

Cet arbitrage est réputé être unique en son genre⁵. Nous choisissons de le présenter au travers du prisme du baseball⁶, qui est le seul sport à lui consacrer des dispositions dans sa convention collective et ainsi à proposer son utilisation aux joueurs professionnels. Les institutions arbitrales internationales sportives que sont l'American Arbitration Association (AAA) ou le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) n'en font à ce jour pas encore écho dans leur règlement respectif. L'arbitrage de l'offre-finale est associé au baseball. C'est donc sans grande surprise qu'il revêt souvent la qualification d'« arbitrage baseball »⁷.

Au baseball, l'offre-finale est utilisée en matière de relations individuelles de travail. Ce mécanisme permet à un joueur de négocier individuellement son salaire. Il ne constitue pas un « outil » visant à négocier collectivement les termes de la convention collective de la MLB. Il ne permet pas de négocier ni le salaire minimum applicable aux joueurs professionnels ni même les salaires des joueurs composant une même unité⁸. Il s'agit d'une procédure arbitrale individuelle, dont l'issue lie uniquement le joueur demandeur.

La mise en œuvre du processus de l'offre-finale est, au baseball, conditionnée par un critère d'éligibilité lié au statut du joueur. La carrière professionnelle d'un joueur de baseball est rythmée par trois grandes phases contractuelles. Il est tout d'abord « réservé », ensuite tout en étant « réservé » il devient éligible à l'arbitrage salarial, enfin il peut devenir agent libre. Lorsqu'il devient agent libre, il n'a plus besoin de l'offre-finale pour négocier son salaire⁹. La clause de réserve permet à un club de renouveler un contrat pour une période d'une année aux mêmes termes et conditions (à l'exception du

⁵ Matthew J. Mitten, *Sports law in the United States*, Alphen aan den Rijn, the Netherlands; Frederick, MD, Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers, 2011 à la p113 ; voir aussi Roger I. Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process » (1999) 6 U Chi L Sch Roundtable 55.

⁶ La NHL est l'autre sport nord-américain à avoir opté pour un mécanisme d'arbitrage salarial. Contrairement à la MLB, l'arbitrage de la LNH est conventionnel.

⁷ Benjamin A. Tulis, « Final-Offer Baseball Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications » (2010) 20 Seton Hall J Sports & Ent L 85,87 : « Because of its long-term presence and apparent success, final-offer arbitration is sometimes referred to as "Baseball Arbitration" ».

⁸ *Ibid.*

⁹ Samuel J. Reich, « Structuration du régime d'arbitrage de l'offre finale au Baseball en vue de son application aux instances du CRTC » (2009), en ligne : [crtc.gc.ca](http://www.crtc.gc.ca)
< <http://www.crtc.gc.ca/fra/publications/reports/reich09.htm> >.

salaires) de l'année écoulée¹⁰. Le statut d'agent libre est généralement accepté dans le cadre d'une convention collective et permet aux athlètes professionnels d'accepter les offres de toute équipe membre d'une ligue professionnelle à l'expiration de leur contrat, pour autant qu'ils aient joué au sein de ladite ligue pendant une période préalablement déterminée¹¹.

Ne nous y trompons pas, le champ de pratique de ce processus ne se limite pas au baseball, à son application spécifique et circonscrite des relations de travail individuelles¹². Il mérite et devrait être envisagé comme processus arbitral « général ». En effet, le mécanisme de l'offre-finale a déjà été utilisé, notamment aux États-Unis, en matière de transport, d'assurance ou réassurance, immobilière, de passif environnemental ou encore fiscale et pétrolière¹³. Les différentes provinces canadiennes peuvent, en ce qui les concerne, se targuer d'enrichir le terrain d'exercice de l'offre-finale par leurs différentes législations, en matière de relations de travail, mais aussi, et en plus des domaines précités, en matière d'agriculture, de ressources naturelles ou encore de télécommunication¹⁴. Cependant, le processus de l'offre-finale reste encore trop « discret » et est très peu analysé juridiquement. Présenter et promouvoir ce mécanisme tel qu'il est appliqué au baseball est le but de ce mémoire. Ce dernier ne vise pas la présentation générale de l'offre-finale ou ses utilisations spécifiques aux relations de travail.

La première partie de ce travail s'intéresse au mécanisme de l'offre-finale tel qu'il est pratiqué au baseball. Il y est pris comme « référence ». Sont exclus de cette étude les prismes économiques et historiques propres à ce sport tous deux largement commentés

¹⁰ *Ibid* à la p 847.

¹¹ Glenn M. Wong, *Essentials of sports law*, Praeger., 2010 à la p 838.

¹² Tulis, « Final-Offer Baseball Arbitration », *supra* note 7 à la p 85.

¹³ Mitrovic, « L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? », *supra* note 2 aux pp 1173-1175.

¹⁴ La deuxième partie de ce travail énumère ces différentes lois.

ailleurs¹⁵. Par contre, des références ponctuelles en matière de droit du travail et de droit sportif y sont faites lorsqu'elles sont jugées pertinentes, mais sans objectif comparatiste. De plus, parce que les franchises du baseball professionnel sont majoritairement situées aux Etats-Unis, des renvois sont effectués en droit américain qu'ils soient législatifs ou jurisprudentiels, alternativement avec ceux en droit canadien ou européen.

Cette première partie assimile l' « arbitrage baseball » à un arbitrage particulier (partie 1) ou plutôt un mode d'arbitrage. Son utilité au baseball (partie 2, chapitre 1), tant avant (partie 2, chapitre 1, section 1) qu'à partir (partie 2, chapitre 1, section 2) du déclenchement du processus visant à régler et éventuellement à trancher le litige salarial, sera étudiée dans la seconde partie, L' « arbitrage baseball » comprend des éléments communs nécessaires à la qualification d'arbitrage « en général » (chapitre 1), qu'il s'agisse des composantes basiques qu'il doit recouvrir (section 1) ou des qualités essentielles que doit présenter l'instance procédurale (section 2). L'offre-finale pratiquée au baseball comporte encore des éléments spécifiques (chapitre 2) tant au niveau du processus de demande de soumission (section 1) que de l'exercice strictement encadré de la mission arbitrale (section 2).

La seconde partie de ce travail vise ultimement à souligner l'intérêt de l'offre-finale en dehors du cadre baseball (chapitre 2). De manière plus générale, ce mécanisme constitue un outil visant à inciter des parties à régler (section 1) et à ce titre, le transfert de sa « compétence » mérite d'être étudié lorsque le contexte s'y prête (section 2).

¹⁵ Voir par exemple : Melanie Aubut, « When Negotiations Fail: An Analysis of Salary Arbitration and Salary Cap Systems » (2003) 10 Sports Law J 189, 196-200; Adam Primm, « Salary Arbitration Induced Settlement in Major League Baseball: The New Trend » (2010) 17 Sports Law J 73, 74-92.

PARTIE 1 - L'OFFRE-FINALE : UN MECANISME ARBITRAL PARTICULIER

L'offre-finale baseball est un mécanisme arbitral qui présente des éléments communs à tout processus arbitral (chapitre 1). D'autres éléments lui sont spécifiques et en font un arbitrage particulier (chapitre 2).

CHAPITRE 1 - DES ELEMENTS COMMUNS DE L'ARBITRAGE

Aussi particulier que puisse être le mécanisme de l'offre-finale, il n'en demeure pas moins qu'il doit répondre à certaines exigences pour mériter la qualification d'arbitrage. Il convient donc d'apprécier ses composantes basiques (section 1) et les qualités essentielles de l'instance procédurale (section 2) au travers du prisme « baseball ».

SECTION 1- DES COMPOSANTES BASIQUES DE L'ARBITRAGE

Le recours à l'arbitrage de l'offre-finale est prévu dans une clause compromissoire (A) et vise à trancher un litige particulier (B).

A_ DE L'EXISTENCE D'UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE

Alors que l'arbitrage « général » sportif pratiqué en Europe est imposé (2), le mécanisme de l'offre-finale pratiqué au baseball est un arbitrage « salarial » proposé aux joueurs (1).

1_L'arbitrage salarial proposé : perspective sportive nord-américaine

L'arbitrage salarial pratiqué au baseball répond aux exigences du droit du travail américain (1.1) et voit son règlement détaillé dans la convention collective de la MLB (1.2). La clause de l'offre-finale utilisée au baseball mérite enfin d'être qualifiée et d'être distinguée des autres sortes de clause d'offre-finale (1.3).

1.1_Le droit du travail fédéral américain appliqué au baseball

Le *National Labor Relations Act* (NLRA)¹⁶ régit les relations entre les syndicats d'employeurs et de salariés¹⁷. Le droit du travail fédéral américain a été « introduit » dans l'industrie du sport professionnel par l'arrêt *The American League of Professional Baseball Clubs and Association of National Baseball League Umpires (ALPBC)*¹⁸ rendu par le National Labor Relations Board (NLRB) en 1969. Le recours visait à faire reconnaître le droit de se syndiquer non seulement aux clubs mais également aux joueurs de baseball¹⁹. Si le NLRA autorise le NLRB à décliner juridiction relativement à des conflits de travail n'affectant pas le commerce, le NLRB a statué en l'espèce que « professional sports are in or affect interstate commerce, and as such are subject to the Board's jurisdiction ». C'est pourquoi, *The Umpires of the ALPBC* constituent une unité appropriée pour les négociations collectives en vertu du paragraphe 9 (b) du NLRA²⁰.

La section 7 du NLRA confère aux employés le droit de s'organiser et de négocier collectivement avec leur employeur :

« It [The National Labor Relations Act] provides the basic legal structure governing management-worker relations in the US, including the employment relationship between a professional sports league, its member clubs, and athletes. Section 7 of the NLRA provides three basic rights for workers: (1) the right to form, join and assist labour organizations; (2) the right to bargain collectively through representatives chosen by the workers; and (3) the right to engage in 'concerted activities' such as picketing and strikes to advance and protect their interests"; Section 8(a) of the NLRA details prohibited employer conduct, including interference with employees' rights to organize and bargain collectively..[...] ».

¹⁶ 29 U.S.C. §§ 151.

¹⁷ Aubut, « When Negotiations Fail: An Analysis of Salary Arbitration and Salary Cap Systems » supra note 14 189,191.

¹⁸ *The American League of Professional Baseball Clubs and Association of National Baseball League Umpires*, 180 N.L.R.B. 190 (1969).

¹⁹ Mitten, *Sports law in the United States*, supra note 5 à la p.105.

²⁰ Paul C Weiler et Gary R Roberts, *Sports law.*, New York, Aspen Publishers, 2005 à la p 3.

1.2_Le règlement d'arbitrage intégré dans la convention collective

En l'espèce, les dispositions relatives à l'arbitrage salarial baseball figurent ainsi à l'article VI-E de la convention collective de la Major League Baseball (MLB). Celle-ci présente une particularité, propre à chaque sport collectif professionnel. En effet, il s'agit d'une convention collective « multi-employeurs » car la ligue est constituée de groupes de clubs « intégrés » avec des problèmes communs de relations de travail, sur lesquels est exercé un fort contrôle centralisé²¹.

L'année 2012 fut « riche » pour le baseball professionnel puisqu'il jouit d'une nouvelle convention collective. D'une durée de cinq années, « ce [nouveau] pacte garantit la paix syndicale jusqu'en 2016 »²². Cette entente assure au baseball vingt-et-une années consécutives sans conflit, la dernière grève ayant eu lieu en 1994-1995²³. Le commissaire du baseball, Bud Selig en est très satisfait. Selon lui, « [p]ersonne dans les années 1970, 1980 et au début des années 1990 aurait cru que nous aurions 21 années sans conflit »²⁴.

1.3_La qualification de la clause d'offre-finale baseball

La clause d'offre-finale baseball (1.3.2) doit être distinguée entre les différents types de clauses d'offre-finale (1.3.1).

²¹ Mitten, *Sports law in the United States*, *supra* note 5 à la p 108.

²² « Les propriétaires ratifient la convention collective », *Tvasports* (15 décembre 2011) en ligne : tvasports.ca < <http://tvasports.ca/tvasports/baseball/archives/2011/12/20111215-183252.html> >.

²³ « MLB: les joueurs et propriétaires signent une entente », *La Presse* (22 novembre 2011) en ligne : [lapresse.ca](http://www.lapresse.ca/sports/baseball/201111/22/01-4470554-mlb-les-joueurs-et-proprietaires-signent-une-entente.php) < <http://www.lapresse.ca/sports/baseball/201111/22/01-4470554-mlb-les-joueurs-et-proprietaires-signent-une-entente.php> >.

²⁴ *Ibid.*

1.3.1_Les différentes clauses d'offre-finale

En pratique, il n'existe pas une clause d'offre-finale mais des clauses d'offre-finale. Chacune d'entre elles est réputée avoir un impact sur le comportement des parties et sur la flexibilité de l'arbitre²⁵. Ainsi, on distingue les variantes suivantes :

« Issue-By-Issue Final Offer Arbitration:

Dans cette configuration, plusieurs points litigieux sont soumis à l'arbitre de manière indépendante. L'arbitre tranche chacun d'eux en choisissant une solution proposée par une partie sur ce point particulier. Dès lors, il peut donner raison à une partie sur un point litigieux et lui donner tort sur un autre. L'arbitre a ainsi le moyen d'équilibrer les prétentions respectives en conservant une faculté de nuancer le résultat d'ensemble²⁶.

Package Final Offer Arbitration:

L'arbitre, selon cette variante, ne peut donner raison à une partie sur certains points litigieux et tort sur d'autres points. Il doit choisir la proposition de solution du litige de l'une ou l'autre des parties dans son intégralité. Les parties savent dès le départ qu'elles s'exposent à perdre intégralement si la procédure est menée à son terme, ce qui augmente leur incitation à trouver une solution négociée en amont²⁷.

Concealed final offers:

Selon cette version, les offres finales faites par les parties demeurent inconnues de l'arbitre. Ce dernier va examiner les preuves et rendre une décision dont les parties n'ont pas connaissance, avant que ces dernières ne lui révèlent leurs offres. L'offre la plus proche de la solution de l'arbitre devient la sentence. Les parties sont de ce fait encouragées à contenir leurs prétentions dans une limite raisonnable pour se rapprocher de la décision à laquelle elles s'attendent de la part de l'arbitre. L'arbitre, quant à lui, forme son jugement en fonction des éléments du dossier sans être influencé par les positions des parties²⁸.

Dual final offers:

Dans cette configuration, chacune des parties formule deux offres finales (ce qui laisse à l'arbitre quatre choix de solution). Cette multiplicité d'offres fournit davantage d'indications sur les préférences respectives des parties. La probabilité que l'une des

²⁵ Peter Feuille, « Final offer arbitration and the chilling effect » (1975) 14 : 3 Industrial Relations 302,305.

²⁶ Mitrovic, « L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? », *supra* note 2 à la p 1169; Elissa M. Meth, « Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes » (1999) 10 American journal of international arbitration 383, 394.

²⁷ Mitrovic, « L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? », *supra* note 2 à la p 1169; Meth, « Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes », *supra* note 29 à la p 395.

²⁸ *Ibid.*

offres soit suffisamment attirante pour inciter l'adversaire à une transaction serait de ce fait accrue²⁹.

Independent fact-finders:

L'arbitrage baseball peut combiner l'intervention d'un tiers indépendant chargé de faire part à l'arbitre de son appréciation des offres de chaque partie ou de la solution préconisée, sans que l'arbitre ne soit cependant lié par son avis. Les contours d'une éventuelle transaction peuvent ainsi être suggérés. Cette technique permet de réduire le nombre de questions soumises à l'arbitrage en facilitant la résolution de bon nombre d'entre elles »³⁰.

1.3.2_La clause d'offre-finale baseball

L'offre-finale baseball est une sorte hybride entre les formes "issue-by-issue" et "package" car, s'il n'y a qu'un litige soumis à l'arbitre, ce dernier doit trancher sur ce problème en entier³¹.

Cette clause est une clause d'arbitrage par référence. Elle est celle « contenue dans un document distinct préexistant [...] auquel renvoie le contrat passé entre les parties »³². A l'instar des autres *big four* nord-américaines, la MLB a négocié et incorporé un contrat de travail uniforme dans sa convention collective. Ce contrat renvoie implicitement dans son paragraphe (2) à la convention d'arbitrage intégrée dans la convention collective. Le

²⁹ Mitrovic, « L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? », *supra* note 2 à la p1169; Meth, « Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes », *supra* note 29 à la p 396.

³⁰ Mitrovic, « L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? », *supra* note 2 à la p 1170; Meth, « Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes », *supra* note 29 aux pp 396-397.

³¹Eldon L. Ham et Jeffrey Malach, « Hardball Free Agency - The Unintended Demise of Salary Arbitration in Major League Baseball: How the Law of Unintended Consequences Crippled the Salary Arbitration Remedy - and How to Fix It » (2010) 1 Harv J Sports & Ent L 63,78.

³² Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, *supra* note 2 à la p.268; Andréa Pinna, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport » (2004) 141 Gazette du Palais 31: l'auteur souligne qu'il s'agit également « de distinguer la clause stipulée par référence dans le contrat de l'athlète qui renvoie aux statuts d'une fédération internationale dont il n'est pas membre (il est sociétaire d'une fédération nationale qui est à son tour sociétaire de la fédération internationale) de la clause inscrite dans les statuts des différents organismes sportifs, dont les parties à l'arbitrage sont membres. Cette dernière clause s'impose à l'athlète en tant que sociétaire lorsqu'un litige survient avec sa fédération ».

recours à l'arbitrage salarial est ainsi prévu dans le contrat collectif et dans le contrat individuel du joueur³³.

La clause d'offre-finale utilisée au baseball est une clause compromissoire parfaite. La Cour suprême du Canada a, dans un célèbre arrêt *Zodiak*³⁴, défini la notion de clause compromissoire parfaite comme celle « par laquelle les parties s'obligent à l'avance à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à leur contrat et qui comporte que la sentence rendue sera finale et liera les parties ». En l'espèce, la clause baseball se trouve à l'article VI-E (1) (a) de la convention collective selon lesquels :

« Any Player with a total of three or more years of Major League service, however accumulated, but with less than six years of Major League service, may submit the issue of the Player's salary to final and binding arbitration without the consent of the Club [...] »

Cette clause répond aux exigences énoncées par la Cour suprême. En effet, les parties (un joueur et son club) sont identifiées, la forme écrite est respectée, le litige est relatif à leur contrat (le salaire) et la sentence est finale et obligatoire (article I-E-(1) (a) de la convention collective).

2_L'arbitrage « général » imposé : perspective sportive européenne

La clause d'arbitrage imposée, identifiée en Europe en matière sportive, mérite d'être qualifiée (2.1) et comparée tant avec le droit de la consommation qu'avec le droit du travail québécois (2.2).

2.1_La qualification de la clause d'arbitrage

L'épuisement des voies de recours internes est un préalable (2.1.1) à la mise en œuvre du processus arbitral imposé (2.1.2). Prenons l'exemple du football (2.1.3).

³³ Antonio Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005 à la p 131 ; Mitten, *Sports law in the United States*, supra note 5 à la p 110.

³⁴ [1983] 1 RCS 529 à la p 533.

2.1.1_Le préalable à l'exercice arbitral : l'épuisement des voies de recours internes

L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable à l'introduction d'une demande d'arbitrage peut être prévu dans les statuts d'institutions sportives, nationale comme internationale³⁵, mais également dans les règlements d'arbitrage sportif tels que le Règlement de la Commission luxembourgeoise d'arbitrage pour le sport (CLAS)³⁶, le Tribunal italien pour le sport³⁷, le Règlement Sports Resolutions (SR)³⁸, le Règlement du TAS³⁹. On peut remarquer qu'il existe également en Amérique du Nord dans le Règlement du Centre de règlement des différends sportifs du Canada (CRDSC)⁴⁰.

Il ne s'agit pour autant pas d'une technique juridictionnelle de règlement des litiges même si elle s'en rapproche matériellement⁴¹. Lorsqu'elle est prévue par un règlement d'arbitrage, cette obligation n'est pas absolue dans la mesure où dans certains cas les parties peuvent y renoncer d'un commun accord⁴² et dans des circonstances exceptionnelles la formation arbitrale saisie du litige peut elle-même déroger au principe⁴³.

³⁵ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 à la p12-13.

³⁶ Art 6 CLAS.

³⁷ Art 5 TNAS.

³⁸ Art 2.1 SR.

³⁹ Art R47 TAS. Le TAS fait une distinction selon que la demande d'arbitrage porte ou non sur une décision d'une institution sportive.

⁴⁰ Art 3.1 (b) CRDSC.

⁴¹ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 à la p12-13.

⁴² Art 2.1 SR et art 3.1 (b) CRDSC le prévoient expressément.

⁴³ Ce peut être le cas comme le précise l'article 1er du règlement pour les JO lorsque « le temps nécessaire à l'épuisement des voies de recours internes ne rende inefficace un recours à la Chambre ad hoc du TAS ». A Antonio Rigozzi de souligner que cette règle devrait pouvoir être écartée, même en l'absence de disposition expresse, lorsque son respect « ne saurait raisonnablement être exigé au vu des circonstances ». Voir Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 526. C'est d'ailleurs ce que feraient les arbitres du TAS dans le cas où le recours interne existant n'est pas immédiatement disponible, au risque de retarder exagérément l'issue définitive du litige voire de l'empêcher. Voir Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 à la p 77-79.

2.1.2_La clause compromissoire « imposée »

En Europe, la clause d'arbitrage⁴⁴ constitue également une clause compromissoire par référence dans la mesure où elle est généralement⁴⁵ prévue dans les statuts et règlements des fédérations internationales⁴⁶. Elle est à distinguer des clauses dites intégrées comme celle contenue dans le formulaire que signent les participants aux Jeux Olympiques. Certains préfèrent la qualification de « disposition sportive compromissoire » pour souligner sa « connotation unilatéraliste » à celles de « stipulation » ou « clause » qui sont marquées par leur usage contractuel⁴⁷ car elle est imposée à ses destinataires par les fédérations sportives, les comités olympiques ou les organisateurs des compétitions⁴⁸. La doctrine spécialisée s'accorde à dire que cette spécificité caractérise l'arbitrage sportif européen⁴⁹. C'est pourquoi, il est alternativement qualifié « d'obligatoire »⁵⁰, « de forcé »⁵¹ ou « d'imposé »⁵² ou encore de contrat d'adhésion⁵³.

Cet arbitrage révèle une inégalité « structurelle » entre les parties⁵⁴. En effet, le sportif qui veut participer à une compétition sportive, par exemple, n'aura d'autre choix que d'accepter ou de refuser cette clause car le recours à l'arbitrage n'est pas négociable. L'arbitrage est prévu impérativement par la réglementation des organisations sportives qui « représentent l'équivalent fonctionnel de la loi dans l'ordre juridique étatique »⁵⁵. En

⁴⁴ Pinna, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport », *supra* note 35 à la p 39. L'auteur souligne notamment qu' « en matière sportive la convention d'arbitrage prend toujours la forme d'une clause compromissoire, par laquelle les parties renoncent à la possibilité de saisir les juridictions étatiques avant la naissance de tout litige ».

⁴⁵ Aux termes de l'article R27 du règlement du TAS: la clause arbitrale peut également être insérée dans un contrat ou dans une convention d'arbitrage ultérieure ou avoir trait à l'appel d'une décision rendue par une fédération, une association ou un autre organisme sportif lorsque les statuts ou règlements de cet organisme ou une organisation particulière le prévoit.

⁴⁶ Frédéric Buy, *Droit du sport*, Paris, LGDJ, 2009 à la p 206 ; Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *supra* note 36 à la p 414.

⁴⁷ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, *supra* note 2 à la p 191.

⁴⁸ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *supra* note 36 aux pp 249-424.

⁴⁹ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, *supra* note 2 à la p 191; Pinna, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport », *supra* note 35 aux pp 38- 39.

⁵⁰ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *supra* note 36 à la p 179.

⁵¹ Pinna, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport », *supra* note 35 à la p 39.

⁵² Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *supra* note 36 à la p 250.

⁵³ Pinna, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport », *supra* note 35 à la p 39.

⁵⁴ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *supra* note 36 à la p 179.

⁵⁵ *Ibid* à la p.179 ; Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, *supra* note 2 à la p 208 : l'auteur insiste sur la distinction entre l'arbitrage obligatoire imposé par une loi étatique ou « au moins sur le

somme, cet arbitrage sportif est comparable à l'arbitrage fondé sur une loi interne ou encore à un autre « niveau » à un Traité international. Car dès qu'il est prévu, l'arbitrage sportif s'applique à tous ceux qui participent à une compétition se déroulant selon cette réglementation, et cela indépendamment de toute relation contractuelle entre l'organisation sportive et le participant⁵⁶.

L'arbitrage sportif « imposé » n'existe pas seulement en Europe puisque on retrouve un exemple de contrainte au recours à l'arbitrage d'origine étatique aux Etats-Unis dans la loi fédérale sur les sports olympiques et amateurs *Ted Stevens Olympic and Amateur Sports Act*⁵⁷, qui impose à certaines institutions sportives nationales d'insérer des dispositions compromissaires dans leurs statuts ou règlements pour être reconnues comme *National Governing Body* (NGB) par le Comité olympique américain (USOC)⁵⁸.

L'exemple canadien est également intéressant. Si le CRDSC n'a pas imposé formellement aux fédérations sportives d'insérer dans leur réglementation interne une clause compromissoire en sa faveur, l'administration canadienne des sports, Sport Canada, en a fait une condition nécessaire pour obtenir de sa part une subvention annuelle⁵⁹.

2.1.3_L'exemple du football européen

L'Union des Associations Européennes de Football (UEFA) impose à l'article 60 de ses statuts l'obligation de recourir à l'arbitrage pour les litiges de dimension nationale. Aux termes de cet article :

« Les associations doivent inscrire dans leurs statuts une disposition selon laquelle les litiges de dimension nationale découlant de l'application de leurs statuts ou règlements ou en rapport avec ceux-ci sont, sous réserve de leur législation nationale, soumis en dernier

fondement d'une délégation législative » et l'arbitrage pratiqué en matière sportive, qu'il qualifie « d'autoritaire et endogène » imposé par le droit des institutions sportives- et non par l'Etat- ; il ne serait alors ni contractuel ni étatique.

⁵⁶ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 179.

⁵⁷ *Ted Stevens Olympic and Amateur Sports Act*, 36 U.S.C. § 220501.

⁵⁸ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 à la p 197.

⁵⁹ *Ibid* à la page 198.

ressort à un tribunal arbitral indépendant et impartial, à l'exclusion de tout tribunal ordinaire ».

Les articles 61 et 62 des mêmes statuts précisent les conditions dans lesquelles s'exerce la compétence du TAS, respectivement en tant que tribunal arbitral ordinaire et d'appel pour les litiges de dimension européenne.

Aux termes de l'article 61 des statuts de l'UEFA :

« 1- Le TAS est seul compétent, à l'exclusion de tout tribunal ordinaire ou de tout autre tribunal arbitral, pour traiter en tant que tribunal arbitral ordinaire des litiges: a) entre l'UEFA et les associations, ligues, clubs, joueurs ou officiels; b) de dimension européenne entre associations, ligues, clubs, joueurs et officiels ».

L'article 61 alinéa 2 précise néanmoins que pour que la compétence du TAS soit reconnue en tant que tribunal arbitral ordinaire, le litige ne doit pas relever de la compétence d'un organe de l'UEFA.

De plus, aux termes de l'article 62 des statuts de l'UEFA :

« Toute décision prise par un organe de l'UEFA peut être exclusivement contestée auprès du TAS en tant que tribunal arbitral d'appel, à l'exclusion de tout tribunal ordinaire ou de tout autre tribunal arbitral. 4 - Le TAS ne peut être saisi que lorsque les voies de recours internes de l'UEFA sont épuisées ».

2.2 Analogie avec le droit de la consommation canadien et le droit du travail québécois

Le sport fait partie de ces domaines dans lesquels un recul voire une absence de l'aspect consensuel de l'arbitrage avec la partie dite « faible »⁶⁰ a été observé et non moins

⁶⁰ Klaus Sachs, « La protection de la partie faible en arbitrage » (2007) n°198 Gaz Pal 22 : l'auteur analyse la notion de « partie faible » de deux prismes différents à savoir le pouvoir négociation et le manque de moyens financiers nécessaires pour participer à un arbitrage qui serait prévu dans une clause contractuelle. En matière de baseball, la « partie faible » renverrait à son pouvoir de négociation. L'auteur distingue encore les « parties faibles » en matière de droit de la consommation et celles dans le contexte de l'arbitrage international. Dans le second cas, elles auraient une plus grande expérience des négociations de contrats commerciaux internationaux, et les procédures arbitrales leur seraient familières. C'est le cas des joueurs de baseball. ; sur la protection de la partie faible dans l'arbitrage en général, voir aussi Christophe Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre » (2007) n° 349 Gaz Pal 5.

discuté⁶¹. L'analogie avec le droit de la consommation et le droit du travail nous paraît, à ce titre, pertinente.

La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur les clauses insérées dans les contrats de consommation. Cette Cour souligne que dans deux arrêts rendus en 2007⁶², elle avait jugé qu'il n'existait en droit québécois aucune inarbitrabilité de principe des litiges de consommation, et que les clauses compromissoires étaient donc généralement opposables aux consommateurs⁶³. De plus, dans son arrêt *Desputeaux*, la même Cour avait jugé qu'une disposition législative exclue le recours à l'arbitrage uniquement lorsqu'elle le prévoit expressément⁶⁴. Le Professeur Bachand conclue que « l'adoption de cette présomption interprétative rendait irrecevable tout argument soutenant que l'objectif d'une disposition législative donnée ou encore son contexte était révélateur d'une intention implicite du Législateur d'interdire le recours à l'arbitrage »⁶⁵. Pourtant, dans un remarquable arrêt *Seidel*⁶⁶, la Cour du suprême du Canada a opéré un revirement jurisprudentiel en abandonnant la présomption interprétative destinée à accroître le domaine de l'arbitrabilité dans les litiges de consommations⁶⁷. Cela ne sera pas sans ravir certains qui estiment que l'arbitrage ne semble pas la forme de justice la mieux adaptée en cas de déséquilibre contractuel car son origine contractuelle implique que l'on se soucie de la partie au contrat la plus faible⁶⁸.

⁶¹ Parce que l'arbitrage ne pourrait être conventionnel et législatif, certains estiment que la qualification d'arbitrage s'avère parfois abusive. Voir en ce sens Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, supra note 1 à la p 13 ; sur l'analyse doctrinale du recours imposé à l'arbitrage en matière sportive voir par exemple : Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 aux pp 207-213 ; Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 aux pp.250-251.

⁶² *Dell Computer Corp. c/ Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.

⁶³ Frédéric Bachand, « Note - Seidel v. TELUS Communications Inc., Cour suprême du Canada, 18 March 2011 » (2011) Issue 2 Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage) 535.

⁶⁴ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17 au para 42 : «L'adoption d'une disposition comme l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* vise à définir la compétence matérielle des tribunaux judiciaires sur une question. Elle n'entend pas exclure la procédure arbitrale. Elle ne fait qu'identifier le tribunal qui, au sein de l'organisation judiciaire, aura compétence pour entendre les litiges concernant une matière particulière ».

⁶⁵ Bachand, « Note - Seidel v. TELUS Communications Inc., Cour suprême du Canada, 18 March 2011 », supra note 62 aux pp 534-536

⁶⁶ *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15.

⁶⁷ Bachand, « Note - Seidel v. TELUS Communications Inc., Cour suprême du Canada, 18 March 2011 », supra note 64.

⁶⁸ Franck Valencia, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage » (2007) Issue 1 Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage) 47.

L'analogie avec le droit du travail québécois est également intéressante. En effet, dans un arrêt *Isidore Garon ltée c. Tremblay*⁶⁹, rendu par la Cour suprême du Canada, la juge Deschamps insiste sur « le caractère autonome du droit du travail, droit social d'origine législative qui, par conséquent, supprime le droit commun »⁷⁰. Une doctrine spécialisée en la matière s'accorde à dire qu'il en résulte, en matière de rapports collectifs du travail et à l'inverse du droit commun, la mise à l'écart des principes fondateurs du droit civil issu du libéralisme économique dont notamment le principe de la liberté contractuelle⁷¹, ceci en vue d'assurer le maintien ordonné et stable des rapports collectifs du travail au sein d'une entreprise⁷².

B_DE L'EXISTENCE D'UN LITIGE

Le litige de l'arbitrage baseball est un litige salarial (1). Les ambiguïtés relatives aux notions de litige en général ou en matière sportive n'ont ainsi pas d'impact dans le cadre d'une étude du mécanisme appliqué au baseball (2).

1_Le litige salarial de l'offre-finale baseball

Le droit du travail est un « droit des conflits ». Le conflit naît du déséquilibre des forces entre travailleurs et employeurs. Il place le travailleur dans une position de subordination et de soumission⁷³. Parce que l'objectif principal du droit du travail serait avant tout de « neutraliser l'inégalité de pouvoir de négociation qui est et doit être inhérent dans les

⁶⁹ *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, 2006 CSC 2.

⁷⁰ *Ibid* au para 10. Voir aussi au para 32 : « Les règles régissant les rapports collectifs de travail constituent un ensemble, dont les principes directeurs se distinguent des règles qui servent d'assises au contrat individuel de travail en droit civil québécois ».

⁷¹ Michel Coutu, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, Cowansville, Québec, Éditions YBlais, 2009 à la p.7 ; voir aussi : Gérard Hébert, Jean Charest, et Marcel Simard, *La convention collective au Québec*, Montréal, GMorin, 2007 à la p 43.

⁷² Fernand Morin, *L'élaboration du droit de l'emploi du Québec : ses sources législatives et judiciaires*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la p.15.

⁷³ Michel Coutu, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, *supra* note 73 à la p.3.

relations employeur employé »⁷⁴, ce droit est réputé fondé sur une « irréductible opposition d'intérêts »⁷⁵. La Cour suprême du Canada l'a qualifié de « délicat et explosif »⁷⁶.

L'introduction du mécanisme de l'offre-finale dans les relations de travail au baseball prend tout son sens dans ce « rapport de force » entre le joueur et son club. Le recours à cet arbitrage est clairement défini et circonscrit dans la convention collective pour régler uniquement les litiges relatifs aux salaires des joueurs. Ainsi, il n'y a pas de problème d'interprétation ou de qualification du « litige ». Dès lors que les parties ne s'entendent pas sur le montant du salaire, il y a litige.

En l'espèce, ce litige se situe à la formation du contrat du joueur concernant un de ses éléments constitutifs essentiels. Or, la formation d'un contrat suppose la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Il ne s'agit donc pas d'un litige relatif à la contestation de la formation du contrat car le contrat n'est pas encore formé.

2_L'indifférence aux ambiguïtés relatives aux notions de litige

De manière générale (2.1) et en matière sportive (2.2), la notion de litige révèle quelques ambiguïtés.

2.1_Les ambiguïtés relatives au critère du litige en général

La notion de litige est tout d'abord ambiguë. Car, bien que fréquemment utilisée, elle est réputée difficile à définir⁷⁷. Le litige est un désaccord sur le bien-fondé d'un fait ou d'un droit⁷⁸.

⁷⁴ *Ibid* à la p 4

⁷⁵ *Ibid* à la p 4.

⁷⁶ *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, 1997 CanLII 378 (CSC) 27 février 1997 (27 février 1997) au para 37.

⁷⁷ Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, *supra* note 1 à la p 251.

⁷⁸ Nabil Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Québec, Éditions YBlais, 1998 à la p.11.

Le Professeur Nabil Antaki a souligné que de nombreux auteurs⁷⁹ ont souvent tenté vainement de distinguer précisément les concepts de litige, de contestation ou de différend⁸⁰, pour préférer notamment la position du juge L'Heureux-Dubé qui affirmait dans l'arrêt *Sport Maska* :

« Dans le contexte de l'arbitrage, le terme "litige" peut s'entendre de deux façons. Dans son sens premier, "litige" signifie "poursuite civile" (*lawsuit*). C'est ainsi que l'art. 1341 du Code de 1867 énonce que "Le compromis est un acte par lequel les parties pour éviter un litige [*lawsuit*] ou y mettre fin, promettent de s'en rapporter à la décision d'un ou de plusieurs arbitres dont elles conviennent". Dans un deuxième sens, le terme "litige" peut s'entendre plus généralement de tout différend. Compte tenu de l'art. 951 *C.p.c.*, dans la lignée duquel s'inscrivent les modifications de 1986, il m'a semblé préférable d'utiliser ici le terme "différend" de préférence à "litige" lorsqu'il s'agit de différencier l'arbitrage de l'expertise afin d'éviter toute ambiguïté »⁸¹.

Il serait encore recommandé d'apprécier la notion de litige avec souplesse⁸². Car s'il « n'y a pas de litige si les parties n'ont même pas essayé de confronter leurs prétentions respectives »⁸³, a contrario, il peut y avoir litige dès que les parties ont essayé de les confronter.

2.2_Les ambiguïtés relatives au critère du litige en matière de sport

En Europe, le recours à l'arbitrage en matière de sport n'est pas « limité » à un seul type de litige contrairement au baseball qui prévoit dans sa convention collective le recours à un arbitrage particulier pour un litige spécifique. Au contraire, plusieurs « matières » peuvent être soumises à arbitrage. Quelque que soit la matière, le litige doit encore répondre à la définition de litige « sportif » pour être entendu devant la juridiction arbitrale sportive adéquate. D'où la nécessité de caractériser l'existence d'un litige dans

⁷⁹ Exemple : Antoine Jammaud, « Conflit, différend, litige » (2001) 34 *Droits* aux pp 17-18 : pour l'auteur le litige désigne une « opposition de prétentions juridiques soumises à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision », le différend « un désaccord juridique non encore porté, formalisé, devant une juridiction ». Le conflit quant à lui ne serait pas nécessairement juridique et viserait « une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements ».

⁸⁰ Nabil Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, supra note 79 à la p.11.

⁸¹ *Sport maska inc. c. zittreer*, [1988] 1 R.C.S. 564 au para 41.

⁸² Charles Jarosson, « Les frontières de l'arbitrage » (2001) Issue 1 *Revue de l'arbitrage* 19.

⁸³ *Ibid.*

une espèce pour pouvoir avoir recours à l'arbitrage. Cette caractérisation n'est pas évidente⁸⁴.

Selon une conception large, la notion de litige sportif peut être définie comme « un différend dont les aspects factuels sont liés au sport et dans lequel le dépôt d'une réclamation ou les prétentions d'une partie sont contrebalancées par une contre-réclamation ou les prétentions d'une autre partie »⁸⁵. Strictement parlant, le fait qu'un litige ait un lien avec le sport ne suffit pas à le qualifier de litige sportif⁸⁶. Il s'agit finalement de distinguer les litiges dans lesquels « le sport n'est qu'une toile de fond » de ceux qui interviennent réellement en matière sportive⁸⁷, les litiges « proprement sportifs »⁸⁸.

Théoriquement, pour correspondre aux critères de cette seconde catégorie, le litige observé devrait ainsi, pour une doctrine spécialisée, répondre à deux conditions. La première, subsidiaire, vise à avoir au moins l'un des parties membre du Mouvement sportif, soit être membre directement ou indirectement, d'une fédération ou d'un comité olympique, ou d'une ligue⁸⁹. La seconde, fondamentale, impose de naître de l'application d'une règle sportive, soit celle édictée par une institution sportive. Antonio Rigozzi s'exprime clairement sur la question :

« [L]a spécificité du sport résiderait dans le fait que ces litiges ont « pour fondement une règle de l'ordonnancement sportif privé établi par les organisations sportives. Le litige proprement sportif peut avoir pour objet une règle technique, une règle du jeu au sens large, une règle de fonctionnement interne, une règle économique ou une règle fondamentale. Dans tous les cas, ce qui rend ce conflit spécifique c'est qu'il ne repose pas en premier sur l'application d'une règle étatique, mais sur une règle de l'ordre juridique sportif »⁹⁰.

⁸⁴ On remarquera que les termes de « litige » (art R27 d TAS, art 1 CLBAS, art 1 CLAS, art 1 Règlement arbitrage pour les JO) et « différend » (art 3.4 (a) CRSDC) sont alternativement employés dans les règlements d'arbitrage sportif.

⁸⁵ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 à la p 7.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid* à la p 8.

⁸⁸ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 34 à la p 93.

⁸⁹ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 à la p 8.

⁹⁰ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 93.

D'un point de vue sportif, l'ambiguïté théorique du concept de litige sportif trouve son pendant dans une approche cette fois-ci pratique de cette notion.

Certains spécialistes ont souligné que les litiges soumis aux centres d'arbitrages spécialisés en matière de sport ne sont pas tous des litiges « à proprement parler » sportifs, même s'ils sont réputés les plus nombreux⁹¹. A titre d'exemple, l'article R27 alinéa 2 du Règlement du TAS énonce que les « litiges » visés « peuvent porter sur des questions de principe relatives au sport ou sur des intérêts pécuniaires ou autres mis en jeu à l'occasion de la pratique ou du développement du sport et, d'une façon générale, de toute activité relative au sport ». Concrètement, les formations du TAS revoient librement les faits et le droit⁹².

SECTION 2- DES QUALITES ESSENTIELLES DE L'INSTANCE PROCEDURALE

Il ne pourrait pas y avoir d'arbitrage au sens noble du terme si le mécanisme considéré ne montrait pas « patte blanche » relativement à l'instance procédurale qu'il propose. Ainsi, tant le panel arbitral (A) que le processus arbitral en lui-même (B) présentent les qualités essentielles requises.

A_ LES QUALITES PROPRES AU PANEL ARBITRAL

Les qualités du panel arbitral s'analysent tant du point de vue du processus de leur désignation (1) que de celui de l'impartialité (2).

⁹¹ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 à la p 9.

⁹² Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 270 ; voir aussi l'article 57 al 1 TAS : « Le présent Règlement de procédure s'applique lorsque les parties sont convenues de soumettre au TAS un litige relatif au sport. Un tel litige peut résulter d'une clause arbitrale insérée dans un contrat ou un règlement ou d'une convention d'arbitrage ultérieure (procédure d'arbitrage ordinaire), ou avoir trait à l'appel d'une décision rendue par une fédération, une association ou un autre organisme sportif lorsque les statuts ou règlements de cet organisme ou une convention particulière prévoient l'appel au TAS (procédure arbitrale d'appel).

1_Le mode de désignation du panel arbitral

Le panel arbitral du mécanisme arbitral de l'offre-finale est désigné via un système de liste (1.1), commun à d'autres processus arbitraux tels l'arbitrage sportif ou l'arbitrage en droit du travail québécois (1.2).

1.1_Le recours au système de liste d'arbitres

La volonté des parties quant à la constitution du tribunal arbitral peut s'exprimer soit dans la convention d'arbitrage, soit dans un règlement d'arbitrage⁹³. En l'espèce, l'article VI-E (5) de la Convention collective de la MLB prévoit que le syndicat des joueurs et la LRD sélectionnent annuellement une liste d'arbitres. Ces arbitres sont réputés avoir, outre une formation juridique ou une autre formation pertinente, une compétence reconnue en la matière⁹⁴. Le même article précise qu'en cas de désaccord, elles présentent conjointement une requête à l'American Arbitration Association pour que celle-ci leur fournisse une liste d'arbitres réputés et professionnels. Il s'agit d'un système de liste fermée (ou obligatoire) au sein duquel les parties à un litige devront choisir les membres du tribunal arbitral à constituer⁹⁵.

Quant au nombre d'arbitres, l'article VI-E (5) de la Convention collective prévoit que l'audience arbitrale est menée par un panel de trois arbitres. Roger I. Abrams, Professeur de droit à Northeastern University school of law et arbitre notamment dans le cadre des litiges salariaux de la MLB, estime d'ailleurs que « [t]he three-member approach

⁹³ Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi, et Switzerland, *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Berne; Zurich, Editions Weblaw ; Schulthess, 2006 à la p 107.

⁹⁴ Cette exigence est commune aux règlements d'arbitrage en général. On peut citer à titre d'exemple en matière d'arbitrage sportif les règlements du Centre de règlement des différends sportifs du Canada (art.3.2 (b)(i) du Code CRDSC), de la Commission belge d'arbitrage (art.6), du Tribunal arbitral du sport espagnol (art.9.2 du Code espagnol de l'arbitrage en matière de sport), du Tribunal italien pour le sport (art.12 ter 5 des statuts du CONI). Voir Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, *supra* note 2 à la p 98. A contrario, on peut observer que les personnes figurant sur la liste des membres du *Contract Recognition Board* (CRB) n'ont pas de lien avec le sport. Voir Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *supra* note 36 à la p 311.

⁹⁵ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, *supra* note 2 à la p 97.

diminishes the risk of a misreading statistical materials »⁹⁶. De manière générale, les règlements d'arbitrage proposent souvent que le tribunal arbitral soit constitué soit d'un arbitre soit d'un panel de trois arbitres⁹⁷ ; le nombre d'arbitres peut a contrario être imposé indépendamment⁹⁸ ou à défaut de l'accord des parties⁹⁹.

Si le recours aux listes fermées a pu être critiqué en doctrine, on s'accorde également par dire qu'elles n'en sont pour autant pas juridiquement condamnables. En effet, il est avancé que le libre choix des parties dans la constitution du tribunal arbitral n'est pas une liberté d'ordre public mais une liberté à laquelle les parties peuvent parfaitement renoncer par contrat¹⁰⁰. Donc en acceptant de recourir aux services d'un centre d'arbitrage- ou en l'espèce de décider de recourir au mécanisme de l'offre finale prévue dans la convention collective de la MLB- les parties accepteraient également les dispositions du règlement d'arbitrage et notamment le système de liste fermée qu'il prévoit¹⁰¹.

1.2 Analogie avec l'arbitrage sportif et l'arbitrage en droit du travail québécois

Ce système de liste d'arbitres n'est pas propre à l'arbitrage « baseball » puisqu'il est adopté par nombre de centres arbitraux¹⁰².

Plus spécifiquement, en matière sportive par exemple, certains centres proposent également plusieurs listes : c'est le cas du cas du Centre de règlement des différends

⁹⁶ Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 aux pp 55- 65.

⁹⁷ Exemple : Art R40.1 TAS : « La Formation est composée d'un ou trois arbitres. »

⁹⁸ Art 10 CBAS, art 11 CLAS, art.6.8 (a) (iii) CRSC, art.11 al.1 et 2 TAS pour les JO.

⁹⁹ Art. R40.1 TAS : « [...] Si la convention d'arbitrage ne précise pas le nombre d'arbitres, le Président de la Chambre en décide en tenant compte du montant litigieux et de la complexité de l'affaire », Règlement d'arbitrage Sports Resolutions (UK), art. 6.1 : « Any dispute submitted to Sport Resolutions (UK) shall be decided by a one or three member tribunal ("the Tribunal") appointed by the Executive Director of Sport Resolutions (UK) unless the parties have otherwise agreed in writing (within any timescale notified by the Executive Director of Sport Resolutions (UK)) that they wish to make their respective nomination(s) in accordance with Rule 6.2 or 6.3 ».

¹⁰⁰ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, *supra* note 2 à la p 99.

¹⁰¹ *Ibid* aux pp 99-100.

¹⁰² En sport : il est notamment prévu par les Règlements du Tribunal arbitral du sport (article R40.2) et par American arbitration association supplementary procedures for the arbitration of olympic sport doping disputes (article R3, R11). A contrario, le Règlement d'arbitrage de Sports Resolution a tenu un système de liste ouverte ou facultative. En général : Art 12 CCI par exemple.

sportifs du Canada qui dispose de trois listes (une liste de médiateurs pour les procédures de médiation, une liste de médiateurs/arbitres pour les procédures de med-arb et une liste d'arbitres pour les procédures arbitrales simples) ou encore du Tribunal arbitral du sport (une liste générale, une liste spéciale et une liste d'arbitres spécialisée dans le football)¹⁰³.

Dans un autre domaine, en matière de relations de travail au Québec, c'est le Ministre du travail qui, en principe, dresse annuellement la liste des arbitres des griefs et de différends, sur consultation du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre (article 77 du *Code du travail*)¹⁰⁴.

Aux termes de l'article 100 alinéa 1 du *Code du travail* :

« Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite; sinon il est déferé à un arbitre choisi par l'association accréditée et l'employeur ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre ».

Le Ministre du Travail procède à même la liste précitée à la nomination d'un arbitre de différends (articles 77 et 93 C.t.) et nomme l'arbitre de griefs en cas de désaccord entre les parties à la convention collective ou lorsque la convention est muette à ce sujet ou encore lorsque l'une des parties à un grief refuse son concours pour procéder à la nomination de l'arbitre (article 100 C.t.)¹⁰⁵. Lorsque la convention est muette quant au choix de l'arbitre ou si les parties choisissent conjointement d'ignorer le choix qu'elles y avaient fait, elles peuvent encore convenir de la nomination d'un arbitre pour entendre un grief au moment où il survient. Lorsque la convention collective contient les stipulations relatives à la désignation de l'arbitre, soit cette convention peut nommer une personne qui sera chargée d'entendre les griefs, soit elle peut contenir une liste de personnes qui pourront être appelées à agir comme arbitres et seront choisis soit à tour de rôle soit au cas par cas¹⁰⁶.

¹⁰³ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 aux pp 98-99.

¹⁰⁴ Michel Coutu, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, supra note 73 à la p 320.

¹⁰⁵ *Ibid* à la p 320 : les auteurs précisent en note 371 qu'en pratique c'est le Conseil qui compile la liste des arbitres, laquelle se voit rarement modifiée par le ministre du Travail ; voir aussi École du Barreau du Québec, *Droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2012 à la p 220.

¹⁰⁶ École du Barreau du Québec, *Droit du travail*, supra note 107 aux pp 219-220.

2_L'impartialité des arbitres

L'étude de l'impartialité des arbitres suppose la distinction de cette notion avec celles d'indépendance (2.1) et d'égalité (2.2).

2.1_Des exigences d'indépendance et d'impartialité des arbitres

Aussi reconnues soient elles (2.1.1), les exigences d'indépendance et d'impartialité sont à bien distinguer (2.1.2). L'impartialité constitue une condition impérative des arbitres baseball (2.1.3).

2.1.1_Des exigences reconnues

Une fois désigné, le tribunal arbitral constitue une juridiction privée¹⁰⁷. Les exigences « universelles » d'indépendance et d'impartialité d'un tribunal arbitral sont tant prévues dans nombre de règlementations arbitrales¹⁰⁸ qu'imposées jurisprudentiellement¹⁰⁹. Dans un arrêt *Desbois c. Industries Davies* de la Cour d'appel du Québec, le Juge LeBel rappelle à ce propos qu'une qualité primordiale de l'arbitrage est l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre¹¹⁰. La Cour suprême du Canada avait déjà consacré ce principe quelques années auparavant dans l'arrêt *Szilard c. Szasz*¹¹¹.

¹⁰⁷ *Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée et al.*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), EYB 1990-59584.

¹⁰⁸ Art R33 TAS, art 6.11 CRDSC, art.6.6 SR, art 7 ICDR, art 13 al.2 et art. 14 CCI, art.5.2 LCIA, art.180 al.1 (c) LDIP.

¹⁰⁹ Trib. féd., 15 mars 1993, *E. Gundel c/ FEI et al.*, ATF 119 II 275 ; Trib. féd., 27 mai 2003, *L. Lazutina et al. c/ CIO et al.*, Rec. TAS, III, p.651, spéc. p.653 : « Une véritable sentence, assimilable au jugement d'un tribunal étatique, suppose que le tribunal arbitral qui la rend offre des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité ».

¹¹⁰ *Desbois c. Industries Davies*, Québec, n°200-09-000700-879 (CA), [12], EYB 1990-57670.

¹¹¹ *Szilard c. Szasz*, [1954] RCS 3.

2.1.2_Distinction entre l'indépendance et l'impartialité

Si leur distinction n'est pas aisée et est discutée¹¹², un critère semble accepté pour caractériser l'indépendance et l'impartialité. La première serait une donnée objective qui s'apprécierait par rapport à des liens factuels et renvoie notamment à « l'autorité de désignation ». Parce qu'elle est fonction de prédispositions intellectuelles, la seconde serait quant à elle essentiellement subjective¹¹³. En l'espèce, l'article VI-E (5) de la Convention collective prévoit que le panel arbitral baseball, y compris le président, est sélectionné par le syndicat des joueurs et par la LRD. Pourrait-on alors y voir une « atteinte » à l'indépendance du tribunal surtout quand d'autres règlements prévoient que le Président de la formation arbitrale doit être désigné par les deux autres arbitres sélectionnés¹¹⁴ ? Si l'« indépendance » n'est pas une « notion à contenu variable »¹¹⁵, elle serait une « notion à fonction variable »¹¹⁶, soit une notion qui repose sur une idée unique, mais qui s'applique à des situations diverses¹¹⁷.

¹¹² Certains refusent la distinction. Voir notamment Thomas Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001 aux pp 235-248.

¹¹³ *Ibid* à la p 245 et s.

¹¹⁴ Exemple de l'art R40.2 al.3TAS : « [...] Les deux arbitres ainsi désignés choisissent d'entente le Président de la Formation dans un délai fixé par le Greffé du TAS. A défaut d'entente dans ce délai, le Président de la Chambre désigne le Président de la Formation en lieu et place des deux arbitres » ; art. 6.4 Sports Resolutions ; art.6.8 (c) (i) Code CRDS : Au même article de préciser que « Dans l'éventualité où l'une des Parties néglige de désigner un Arbitre en vertu du présent alinéa 6.8(c)(i), le CRDSC désignera ledit Arbitre par système de rotation. » ; Commission luxembourgeoise d'arbitrage pour le sport (C.L.A.S.), règlement, article 11 ; Commission belge d'arbitrage pour le sport (C.B.A.S.), règlement d'arbitrage, article 10. Particularité relative à la nomination des arbitres et du Président de la formation arbitrale prévue dans le Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques du TAS : le CIAS (Conseil International de l'Arbitrage en matière de sport) établit une Chambre ad hoc du TAS (article 2) ; le Président de la Chambre ad hoc constitue une formation composée de trois arbitres figurant sur une liste spéciale (article 11)

¹¹⁵ Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, *supra* note 1 n°464 : « celle qui, sous le même vocable, s'applique à des réalités différentes sans que celles-ci puissent présenter un caractère d'unité »

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Clay, *L'arbitre*, *supra* note 114.

2.1.3_La condition impérative de l'impartialité des arbitres appliquée au baseball

A ce propos, l'exigence d'impartialité primerait sur celle de l'indépendance. Elle serait essentielle à la fonction d'arbitre. Dans le même arrêt *Desbois c. Industries Davies*, le Juge LeBel affirme que « [la] qualité fondamentale de tout arbitre [est] l'impartialité »¹¹⁸.

L'impartialité du juge, privé en l'espèce, serait la condition *sine qua non* du système juridictionnel et en ce sens, le non-respect de cet impératif constituerait une atteinte à l'essence de l'acte même de juger¹¹⁹. Le panel sélectionné se doit ainsi avant tout d'être libre intellectuellement, soit d'être apte à être convaincu par une argumentation ou un fait.

Comme il a été souligné, ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est d'être dès le départ hors de portée du débat¹²⁰, voire hermétique à toute considération « trahissant » de profondes convictions idéologiques par exemple. On peut concevoir dans ce dernier cas l'avantage que présente la constitution d'un tribunal arbitral tripartite pour pallier ce risque, par la pratique d'un exercice de style « imposé » par ses pairs qui consisterait à s'affranchir «émotionnellement» du cas présenté et réfléchir « professionnellement ». L'impartialité doit encore être manifeste: « Justice must not only be done, it must also be seen to be done »¹²¹. Car l'impartialité constitue une garantie fondamentale des parties à l'instance et corollaire du « droit au juge », et s'exerce dans le cadre de sa mission juridictionnelle.

En effet, selon Thomas Clay :

« C'est la qualité d'impartialité qui participe de la définition même du Droit. [...] l'impartialité n'est pas une condition de l'intervention du tiers, mais une condition de son existence, car il y a une consubstantialité absolue entre les notions de tiers et d'impartialité ; le tiers impartial n'existe pas »¹²².

¹¹⁸ *Desbois c. Industries A.C. Davie inc.*, 1990 CanLII 3619 (QC CA) au para 13.

¹¹⁹ Marie-Anne Frison-Roche, « L'impartialité du juge » (1999) Dalloz au para 1-5.

¹²⁰ *Ibid* au para 9.

¹²¹ *Ibid* au para 17.

¹²² Clay, *L'arbitre*, *supra* note 114 à la p 269.

La distinction entre indépendance et impartialité revêt toute son importance concernant les sanctions applicables. Le défaut d'indépendance à l'égard de l'une parties est susceptible d'entraîner la « disqualification »¹²³ de la sentence rendue, faute d'intervention d'un véritable tiers. Le défaut d'impartialité quant à lui ne sanctionne pas la qualification de la décision mais peut justifier la récusation du tiers voire l'annulation de la sentence¹²⁴.

Ainsi, pour s'assurer de l'impartialité des arbitres au-delà du contrôle exercé préalablement, la majorité des règlements d'arbitrage¹²⁵ prévoient notamment la possibilité de demander la récusation de l'arbitre. L'obligation faite aux arbitres de révéler immédiatement toute circonstance susceptible de donner lieu à récusation constitue le corollaire nécessaire du régime de récusation¹²⁶. On peut observer en l'espèce que la convention collective de la MLB n'a prévu aucune disposition à ce sujet. On compte sur le syndicat et la LRD- lors de la désignation du panel arbitral-, ainsi que sur les membres constituant le panel - avant d'accepter leur nomination- d'obéir à leur devoir respectif de « révéler » immédiatement tout circonstance susceptible de compromettre leur impartialité à l'égard des parties ou de l'une d'elles¹²⁷.

Samuel J. Reich, avocat de joueurs de baseball puis d'équipes, a « participé » et « observé » de près, pendant de nombreuses années, l'arbitrage baseball. Il livre son expérience « pratique » sur la question :

« Chaque année, le LRD et la MLBPA choisissent des arbitres. Chaque organisme peut récuser un arbitre proposé ou un arbitre de la dernière année. Les dispositions varient selon que les organismes sont incapables ou peu désireux de s'entendre, mais la sélection des arbitres ne semble pas avoir posé un problème. Les deux organismes ont exercé leurs prérogatives de récusation d'arbitres de la dernière année. J'estime que la plupart des arbitres sont tout à fait versés en arbitrage professionnel; les autres peuvent être des

¹²³ La disqualification vise ici le fait que la décision rendue ne peut pas ou plus porter la « qualification » de sentence arbitrale.

¹²⁴ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 à la p 218.

¹²⁵ Art 6.11(a) CRDSC, art. 6.6 SR, art. R34 TAS et art.13 du Règlement d'arbitrage pour les JO, art.8 et 9 ICDR, art. 14 CCI, art.10.3 LCIA.

¹²⁶ Kaufmann-Kohler, Rigozzi, et Switzerland, *Arbitrage international*, supra note 94 à la p 141.

¹²⁷ Cette obligation de révélation est notamment prévue à l'article R33 al.1 TAS, à l'article 7 al 1 du règlement de l'International Center for Dispute Resolution (ICDR) ou encore à l'article 3.2 (d) CRDSC.

avocats, des professeurs de collège, etc. Ce sont aussi des arbitres « extérieurs » sans liens avec les équipes ni avec les joueurs »¹²⁸.

Il précise également :

« Les arbitres se sont révélés d'une grande qualité. (Je l'affirme, que ce soient des arbitres de mon camp ou de l'autre.) Les procédures employées posent cependant un problème. Je les décrirai brièvement. Comme le LRD ou la MLBPA peut récuser un arbitre de la dernière année, certains pensent que les arbitres peuvent se sentir l'obligation de prendre des décisions en ayant soin d'en rendre le nombre égal ou presque égal en faveur des deux camps. Des participants pourront être inquiets si, par exemple, un groupe ou un arbitre s'est trouvé récemment à se prononcer pour leur camp, car il pourrait maintenant favoriser l'autre camp. Pour reprendre une analogie du basketball, ils se demandent si la « flèche de la possession » du ballon est maintenant dirigée contre eux. [...] Les arbitres font normalement du bon travail »¹²⁹.

Cette obligation de révélation résulte du contrat d'arbitre qui lie les parties à chaque membre du tribunal arbitral, et perdure tout au long de l'arbitrage. Il s'agit d'un devoir précontractuel puis contractuel¹³⁰.

2.2_Impartialité et égalité

Le principe d'égalité, qui est lié à celui de l'impartialité¹³¹, est un principe supérieur¹³² qui s'impose d'ailleurs tant au juge public qu'au juge privé¹³³.

Le principe général d'égalité des parties est défini dans les termes suivants :

« [I] implique que la procédure soit réglée et conduite de manière à ce que chaque partie ait les mêmes possibilités de faire valoir ses moyens. Le principe exige que les parties

¹²⁸ Reich, Samuel J. « Structuration du régime d'arbitrage de l'offre finale au Baseball en vue de son application aux instances du CRTC » (2009), en ligne : [crtc.gc.ca <http://www.crtc.gc.ca/fra/publications/reports/reich09.htm>](http://www.crtc.gc.ca/fra/publications/reports/reich09.htm).

¹²⁹ Id.

¹³⁰ Kaufmann-Kohler et Rigozzi, *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, supra note 94 aux pp 141-142.

¹³¹ Clay, *L'arbitre*, supra note 114 à la p 257 : « L'impartialité [...] fait également référence au principe d'égalité qui trouve son fondement dans des textes de valeur constitutionnel [...] l'égalité devant la justice ne peut se réaliser pleinement que si les juges, et partant les arbitres, respectent une stricte impartialité dans l'application des principes légaux qui sous-tendent leurs décisions ».

¹³² Ce principe est notamment consacré dans l'article 14 §1^{er} du *Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques*, article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

¹³³ Clay, *L'arbitre*, supra note 114 à la p 257.

aient potentiellement les mêmes armes, mais les facultés procédurales peuvent évidemment être soumises à des conditions raisonnables, qui ne soient pas discriminatoires »¹³⁴.

L'article VI- E (7) de la convention collective de la MLB énonce que : « [...]each of the parties to a case shall be limited to one hour for initial presentation and one-half hour for rebuttal and summation. Cross-examination of witnesses shall not count against the aforesaid time limitations [...] ».

Le principe d'égalité impose au tribunal arbitral d'appliquer les mêmes exigences procédurales aux parties à l'arbitrage et ne pourrait pas ainsi refuser à une partie ce qu'il a accordé à une autre. Pour autant, ce principe ne serait pas absolu mais exigerait de traiter des « situations similaires de manière similaire »¹³⁵. Il nous semble qu'en l'espèce, le mécanisme de désignation du tribunal arbitral ne contrevient pas en lui-même aux exigences d'impartialité et d'égalité de traitement des parties dont il doit faire preuve lors de l'instance procédurale.

B_ LES QUALITES PROPRES AU PROCESSUS ARBITRAL

Le processus arbitral doit respecter le droit des parties d'être entendu dans le cadre d'un débat contradictoire (1) et rester privé et confidentiel (2).

1_Le droit d'être entendu en procédure contradictoire

Le droit d'être entendu en procédure contradictoire est un droit essentiel (1.1). Respecté dans la procédure de l'arbitrage baseball, une analogie en matière d'arbitrage sportif et de droit du travail américain nous paraît pertinent (1.2).

¹³⁴ Trib.féd., 27 mai 2003, *Lazutina c/ CIO et FIS*, consid. 5.1 (non publié aux ATF) ; Trib.féd., n°4P.196/2003, 7 janvier 2004, *W. Ltd c/ D. Gmbh et al.*, Bull. ASA, 2004, p.592, spéc. p. 598.

¹³⁵ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 469.

1.1_Un droit essentiel

Le droit d'être entendu en procédure contradictoire est un droit d'ordre public (1.1.1), qui se décompose entre le droit d'être entendu et le principe de la contradiction (1.1.2). Il constitue encore un principe caractéristique de la mission juridictionnelle (1.1.3).

1.1.1_Un droit d'ordre public

Le droit au débat contradictoire, connu sous la formule latine *audi alteram partem*, est d'ordre public¹³⁶ et seule une mention expresse de la part du législateur pourrait y déroger¹³⁷. Le principe du débat contradictoire est un principe de droit naturel qui s'impose à l'instance arbitrale dont il est le « point central »¹³⁸, car un mode de règlement des litiges qui ne suit pas une procédure contradictoire ne serait alors pas un arbitrage¹³⁹.

Selon John E.C. Brierley :

« L'arbitre, par contre, qui pourrait être lui aussi un expert, remplit une fonction judiciaire: il juge un différend à lui déferé, après avoir observé, comme un juge ordinaire l'aurait fait, le principe du contradictoire, c'est à dire après avoir reçu les preuves et les arguments au sujet d'un rapport conflictuel ».

Respecter le principe du contradictoire implique non seulement pour l'arbitre de l'observer avant de fonder sa décision mais également de veiller à ce qu'il n'échappe pas aux parties¹⁴⁰.

Le Professeur Nabil N. Antaki précise que :

« Les parties sont libres de rédiger un contrat sur mesure ou de soumettre leur différend au règlement d'une institution d'arbitrage. Les seules restrictions concernent : les principes d'*audi alteram partem* et du respect de la procédure du contradictoire [...] »¹⁴¹.

¹³⁶ *Kane c. Cons. d'administration de l'U.C.B.*, 1980 CanLII 10 (CSC) 1105.

¹³⁷ *Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board* (8 juin 1953), 2 SCR 140.

¹³⁸ Clay, *L'arbitre*, supra note 114 à la p 158.

¹³⁹ Nabil Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, supra note 79 à la p 90.

¹⁴⁰ Clay, *L'arbitre*, supra note 114 aux pp 159-160.

¹⁴¹ Nabil Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, supra note 79 à la p 101.

1.1.2_Le droit d’être entendu et le principe de la contradiction

Le principe général du droit d’être entendu en procédure contradictoire comprend deux notions : le droit d’être entendu proprement dit et le principe de la contradiction.

Le droit d’être entendu confère à chaque partie la faculté d’exposer tous ses moyens de fait et de droit sur l’objet du litige et de rapporter toutes preuves nécessaires¹⁴². Quant au principe de la contradiction, il permet à toute partie de se positionner sur les moyens de son adversaire, de prendre position sur les preuves produites et de les réfuter ou les discuter. Le tribunal arbitral ne pourrait fonder sa sentence sur des éléments de fait à propos desquels les parties ne se sont pas exprimées¹⁴³.

Le principe du débat contradictoire et le principe de la contradiction peuvent également être « limités » en pratique par le tribunal arbitral lui-même qui peut décider de « couper court » lorsqu’il estime qu’il a suffisamment entendu les arguments des parties.

1.1.3_Un principe caractéristique de la mission juridictionnelle

Le principe du débat contradictoire fait partie de l’ « arsenal » de règles qui caractérisent la mission juridictionnelle de l’arbitre¹⁴⁴. La nature procédurale de ces règles est à distinguer des garanties de nature contractuelles alors même qu’elles se retrouvent « dans leur recherche d’une solution juste, servie par un même principe de loyauté »¹⁴⁵.

L’arbitrage serait le « seul îlot »¹⁴⁶ sur lequel les principes directeurs du procès sont appliqués. Ce ne serait pas le cas en médiation ou dans le cadre d’une conciliation par

¹⁴² Le tribunal fédéral suisse définit le droit d’être entendu comme celui « qui confère à chaque partie la faculté d’exposer tous ses moyens de fait et de droit sur l’objet du litige et de rapporter toutes preuves nécessaires, ainsi que le droit de participer aux audiences et de se faire assister ou représenter devant les arbitres ». Voir par exemple : Trib.féd., 1^{re} cour civ., 1^{er} juillet 1991, *U. c/ époux G.*, ATF 117 II 347 ; Trib.féd. 1^{re} cour civ., 30 septembre 2003, *A. c/ B Ltd*, ATF 130 III 39.

¹⁴³ Kaufmann-Kohler et Rigozzi, *Arbitrage international*, *supra* note 94 à la p 198.

¹⁴⁴ Jarosson, « Les frontières de l’arbitrage », *supra* note 83 à la p15.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

exemple qui s'inscrivent dans une démarche de rapprochement amiable et non d'un affrontement contentieux comme c'est le cas au cours d'une instance arbitrale¹⁴⁷. Le principe du contradictoire s'inscrirait dans le cadre d'une procédure et non de procédés de règlements de différends, qui ont pour but de trouver une issue non judiciaire à une situation conflictuelle. Le tiers n'y est pas présumé devoir appliquer le principe du contradictoire¹⁴⁸. En ce qui concerne l'« expert juridique », si le traitement égal des parties semble s'imposer à lui, le principe de la contradiction semblerait pour certains par contre d'application moins évidente. Les parties peuvent en effet vouloir que le tiers réponde à une question juridique sans pour autant ressentir le besoin d'argumenter devant lui¹⁴⁹.

L'exercice du « contradictoire » demeure une condition du « juridictionnel », même si certains règlements institutionnels d'expertise notamment prévoient que l'expert doit « avoir donné aux parties la possibilité d'être entendu »¹⁵⁰, doit veiller à ce que « les parties [soient] traitées de façon égale et que chaque partie [ait] une possibilité adéquate de présenter des informations qu'elle considère pertinentes pour la décision »¹⁵¹, doit veiller encore à ce qu'elles bénéficient d'un « [droit] de réponse aux éclaircissements »¹⁵². La procédure applicable peut être celle fixée par le règlement d'une institution choisie ou directement par la loi des parties¹⁵³. Certains « grands contrats » comporteraient d'ailleurs une clause de médiation dont l'une des modalités serait entre autre le respect du contradictoire¹⁵⁴.

¹⁴⁷ Henri-Jacques Nougéin, [et al.], *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Paris : Litec : Éditions du Juris-Classeur, 2004, aux pp156-157 : les auteurs soulignent pour autant que : « ces entorses aux grands principes processuels et aux exigences procédurales ne sont acceptables que dans la plus parfaite transparence qui doit permettre à chacun de savoir, par exemple, que des rencontres isolées sont possibles, que tel ou tel document ou information peut ne pas être communiqué etc.. ».

¹⁴⁸ Loïc Cadet et al., *Médiation & arbitrage : alternative dispute resolution : alternative à la justice ou justice alternative? perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005 à la p 46.

¹⁴⁹ Charles Jarosson, « L'expertise juridique » dans *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage : mélanges offerts à Claude Reymond*, Paris : Litec, 2004 à la p 149.

¹⁵⁰ Art 12 (3) Règlement d'expertise CCI ; article 19 (6) Règlement relatif aux Dispute Boards CCI.

¹⁵¹ Art 13 (a) (b) Règlement d'expertise de l'OMPI.

¹⁵² Art 19 (8) Règlement relatif aux Dispute Boards CCI.

¹⁵³ Loïc Cadet et al., *Médiation & arbitrage*, *supra* note 148 à la p 25.

¹⁵⁴ Erik Jorgen Petersen, « La mise en œuvre des ADR dans les grands contrats », (2001) 319 Gazette du Palais 46.

Enfin, la frontière entre arbitrage et autres mécanismes « voisins » ne serait pas toujours très nette et certains s'inquiètent d'une processualisation des ADR¹⁵⁵. D'autres considèrent que la médiation – par exemple – ne devrait pas appliquer mécaniquement le principe de la contradiction, mais plutôt « s'inspirer de la singularité psychologique des circonstances du différend » car « la contradiction n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'équilibre du procès, un instrument de la recherche supérieure du juste »¹⁵⁶.

1.2_Application au baseball et analogie en arbitrage sportif et en arbitrage du travail américain

En l'espèce, la convention collective de la MLB organise et permet que les parties soient entendues en procédure contradictoire. En effet, chaque partie « plaide sa cause », selon un ordre déterminé dans la convention, dans le cadre de leurs « *presentation, summation, rebuttal* » respectives. Chaque partie présente les preuves réputées admissibles au soutien de sa prétention.

Antonio Rigozzi souligne qu'en matière d'arbitrage sportif, à l'instar de l'arbitrage en matière commerciale, l'aspect du droit d'être entendu¹⁵⁷ le plus souvent invoqué est celui du droit à la preuve¹⁵⁸. Le droit de faire administrer des preuves n'est cependant pas illimité puisqu'il faut qu'il ait été exercé en temps utile et selon les règles de forme applicables, que la mesure probatoire porte sur un fait pertinent et enfin que le moyen de preuve invoqué soit apte à fonder une conviction¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Philippe Fouchard, « L'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international », en ligne : < <http://www.oecd.org/internet/consumerpolicy/1878948.pdf> >.

¹⁵⁶ Francis Megerlin, « Médiation et arbitrage : des convergences dans le règlement alternatif des différends ? », (2002) 170 *Petites Affiches* 10.

¹⁵⁷ Dans une sentence opposant le club *Aston Villa FC v. B.93 Copenhagen* (Arbitration CAS 2006/A/1177 *Aston Villa FC v. B.93 Copenhagen*, award of 28 May 2007), le tribunal arbitral du sport a estimé que le droit d'être entendu avait été respecté :

« The Appellant used the opportunity provided by the FIFA Statutes to bring the case before CAS, where all of its fundamental rights have been duly respected. In the present proceedings, Aston Villa has presented extensive submissions, embracing every point on which the appeal is based, all of which have been duly heard and considered. At the end of the hearing, Aston Villa expressly confirmed that it had had a full opportunity to present its case. Accordingly if (as to which we make no finding) Aston Villa had been denied a fair hearing by FIFA, the de novo proceedings before CAS have cured any such purported violations of the rules of natural justice ».

¹⁵⁸ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *supra* note 36 à la p 694.

¹⁵⁹ Kaufmann-Kohler et Rigozzi, *Arbitrage international*, *supra* note 94 à la p 198.

En matière d'arbitrage en droit du travail américain, une doctrine affirmait que les règles de preuve propres au « système judiciaire » ne devaient pas nécessairement y être appliquées tout simplement parce qu'en raison des buts et de la nature de cet arbitrage du travail elles seraient indésirables voire impraticables¹⁶⁰. Michael S. Winograd, conseiller chez Ropes and Gray au bureau de New York commente ainsi :

« Although the evolution of labor arbitration stems, as does that of any formal judicial forum, from an effort to systematically resolve disputes, its goals and nature remain markedly distinct. Where courts have found that efficacy lies in the rigid adherence to formal evidentiary laws, a traditionally accepted “legal premise [of]...labor arbitration...is that ‘rules of evidence...need not be observed’...unless the parties have mutually agreed to the contrary »¹⁶¹.

Les parties à un arbitrage en droit du travail ne sont pas des adversaires mais des partenaires qui « travaillent » sur le maintien d'une relation d'affaires. Cet arbitrage s'inscrit dans un contexte où les protagonistes sont conscients que le « succès » de cette relation dépend d'une coexistence pacifique et productive¹⁶². Plusieurs raisons avaient été avancées justifiant le rejet des règles « formelles » de preuve qu'énumère Michael S. Winograd :

1. The parties themselves are often unfamiliar with the formal rules of evidence, and therefore could not participate effectively if the rules were incorporated.
2. Even if they were familiar with the rules, the parties are less concerned with limiting what the other side may say or offer as they are with ensuring that they themselves can say everything that is on their minds and to offer any evidence they feel to be important.
3. Lawyers-the inevitable consequence of incorporating formal rules of evidence-are more likely to depersonalize the proceedings and make them adversarial to the actual detriment of both parties.
4. Since the arbitrator chosen by the parties and, perhaps, the most qualified to arbitrate a given dispute because of, for example, his or her knowledge of the parties, their relationship, the industry, and/or the specific workplace, may not know the rules of evidence¹⁶³.

Pourtant, la nature de cet arbitrage aurait évolué et une tendance vers la “formalisation” des règles de preuve a été constatée. Michael S. Winograd observe :

¹⁶⁰ Thomas E Carbonneau et al., *Handbook on labor arbitration*, Huntington, N.Y., JuriNet LLC, 2007 à la page 93.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid* à la page 95.

¹⁶³ *Ibid* aux pp 95-96.

« Some of the once sacrosanct informality of arbitrations has been replaced, in recent years, by more judicial formality. [...] Today, except for the absence of a high bench, oak paneled walls, and a enrobed judge, a casual short-term observer may fail to distinguish between a one-day labor arbitration [...] and the trial of an anti-trust case in federal district court »¹⁶⁴.

Ainsi, des règles de preuve sont intégrées dans les procédures arbitrales soit par une « stipulation ad hoc » soit directement dans la convention collective¹⁶⁵.

2_Le choix d'un processus privé et confidentiel

Il s'agit ici d'apprécier la confidentialité du point de l'arbitrage en général (2.1) et du point de vue de l'arbitrage baseball (2.2).

2.1_Confidentialité et arbitrage

S'il n'existe pas de principe général de confidentialité en matière d'arbitrage (2.1.1), il existe des obligations contractuelles de confidentialité (2.1.2).

2.1.1_De l'inexistence d'un principe général de confidentialité en matière d'arbitrage

Certains s'étonnent encore de l'absence de consécration d'un principe général de confidentialité, les règlements d'institutions d'arbitrage édictant uniquement des règles relatives à certains aspects de la confidentialité¹⁶⁶, certaines juridictions « niant » son existence¹⁶⁷ et une partie de la doctrine estimant que ce principe « ne va pas de soi »¹⁶⁸. Le principe de confidentialité n'est pas inhérent à l'arbitrage mais à la médiation.

¹⁶⁴ *Ibid* à la page 107.

¹⁶⁵ *Ibid* à la page 108.

¹⁶⁶ Eric Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage » (2006) 2 *Revue de l'arbitrage* 326.

¹⁶⁷ *Ibid* à la p 327 : l'auteur souligne a contrario que les juridictions anglaises ont depuis quelques années non seulement reconnu l'existence d'un tel principe - résultant de la nature privée de l'arbitrage- mais aussi que ce même principe était un devoir implicite ou encore légal. ; Jan Paulsson et al., *The Freshfields guide to arbitration clauses in international contracts*, Alphen aan den Rijn; Frederick, MD, Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Pub., 2011 à la p 102. Sur le devoir implicite reconnu par les cours anglaises, les auteurs citent à titre d'exemple les arrêts *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* [1998] 2 All ER 136 et *Emmott v. Michael Wilson & Partners*

Certains soutiennent que l'affirmation de l'existence d'un principe de confidentialité dans l'arbitrage conduirait à soutenir qu'en raison de sa nature particulière, la procédure arbitrale générerait du secret¹⁶⁹. Ce secret ne serait pas la conséquence du contenu des informations concernées mais résulterait du seul fait que ces informations ont un lien avec la procédure arbitrale¹⁷⁰.

Une observation avait été formulée, à titre d'exemple, au sujet du règlement d'arbitrage de la CCI dans sa version de 1998. Ce dernier prévoyait certes une obligation de confidentialité qui s'imposait aux membres de la Cour d'arbitrage mais non aux parties ou aux arbitres. Quant à l'article 20 (7) du même règlement, il énonçait « que le Tribunal arbitral peut prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles » contre l'autre partie, soit comme l'explique le Professeur Eric Loquin, les informations déjà confidentielles avant l'arbitrage et non celles rendues confidentielles par leur production dans la procédure arbitrale¹⁷¹. Dans sa version révisée de 2012, les dispositions de l'article 20 (7) précité figurent à l'article 22(3) du nouveau règlement CCI et sont enrichis par la possibilité - à la demande d'une partie - du tribunal arbitral de rendre des ordonnances concernant la confidentialité de la procédure.

La dernière version du règlement d'arbitrage de l'OMPI comportent quant à elle des dispositions précises relativement à la confidentialité que ce soit sur le caractère confidentiel de l'existence de l'arbitrage (article 73), des informations divulguées pendant la procédure d'arbitrage (article 74), de la sentence arbitrale (article 75) ou encore sur le respect du caractère confidentiel par le Centre et l'arbitre (article 76).

[2008] EWCA Civ 184 et précisent que « however, the terms are subject to certain exceptions, for example where disclosure is required in order to enforce the arbitration award in subsequent legal proceedings, or otherwise enforce or protect a party's legal rights ».

¹⁶⁸ Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *supra* note 166 à la p 328.

¹⁶⁹ *Ibid.* L'auteur précise que « ce secret a pour objet non seulement l'existence de la procédure arbitrale elle-même, mais également les débats devant les arbitres ou entre les arbitres, les documents produits par les parties à l'occasion de l'arbitrage, la sentence rendue par les arbitres ».

¹⁷⁰ Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *supra* note 166 à la p 325.

¹⁷¹ *Ibid* à la p 326.

On peut remarquer que l'article R43 du règlement TAS prévoit en ce qui le concerne des obligations « complètes » réciproques de confidentialité. En effet, aux termes de l'article R43 du règlement du TAS :

« La procédure instituée selon le présent Règlement de procédure est confidentielle. Les parties, les arbitres et le TAS s'engagent à ne pas divulguer à des tiers des faits ou autres informations ayant trait au litige et à la procédure sans la permission du TAS. »¹⁷²

Dans un arrêt *Rhéaume c. Société d'investissements l'Excellence inc.*¹⁷³, la Cour d'appel du Québec avait à répondre à la question de savoir si les arbitres étaient au Québec sujet à une obligation implicite de confidentialité. Elle répond par la négative :

« [69] It should first be noted that there are no Quebec or other Canadian statutory, jurisprudential or doctrinal authorities that are directly on point and support the appellants' position, nor have they established that the provisions in the Quebec and Canadian codes of ethics in arbitration matters on which they rely actually apply to the three arbitrators in this case ».

La même Cour souligne qu'au niveau international les cours et la doctrine n'ont pas de position unanime :

« [74] On the international scene, the English Court of Appeal has recognized an implicit obligation of confidentiality, in part because of what it considered the essentially private nature of arbitration [*Ali Shipping Corp v. Shipyard Trogir*, (1997) [1998] 2 All E.R. 136 (Eng. C.A.)]. The Australian High Court, which is that country's supreme court, nevertheless rejected the concept in *Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman* [[1995] H.C.A. 19, 183 C.L.R. 10], holding that parties who sought such protection were obliged to contract to that effect ».

« [77] The uncertain status of implicit confidentiality in the international arbitration process in the absence of a specific agreement is reflected in doctrinal sources as well. For example, in 1996 the United Nations Commission on Trade Law issued this cautionary warning:

31. It is widely viewed that confidentiality is one of the advantageous and helpful features of arbitration. Nevertheless, as regards the extent of confidentiality that is expected. Therefore, the arbitral tribunal might wish to discuss that with the parties and, if considered appropriate, record any agreed principles on the duty of confidentiality [UNCITRAL, 29th session, Doc. U.N. A/51/17 (1996)].

¹⁷² Art R43 TAS.

¹⁷³ *Rhéaume c. Société d'investissements l'Excellence inc.*, 2010 QCCA 2269 (CanLII).

« [78] Various authors have signalled the difficulty in determining the extent of such an obligation. For example, Christoph Müller has said this:

Le caractère privé de l'arbitrage n'implique pas nécessairement et par rapport à tous les documents et informations un (même) devoir de confidentialité. La bonne foi n'offre pas non plus une base conceptuelle utile à la définition de la confidentialité. Savoir si une divulgation doit être considérée comme une violation du principe de la bonne foi dépend de l'étendue du devoir de confidentialité que ce principe impose, ce qui ne fait que repousser la difficulté ».

2.1.2_Des obligations contractuelles de confidentialité en matière d'arbitrage

S'il ne semble pas exister de principe général objectif imposant la confidentialité de l'arbitrage, il existe par contre des obligations contractuelles de confidentialité¹⁷⁴.

Dans l'arrêt *Bloom Films 1998 inc. c. Christal Films productions inc*¹⁷⁵. Rendu en 2011, la Cour d'appel du Québec rappelle que :

« [5] Il est acquis que les parties à une convention peuvent s'assujettir à une obligation de confidentialité ».

Pour Christian Buhring-Uhle:

« Arbitration is private adjudication because it is based on and governed by a private agreement, it is conducted in a private setting, the decision is entrusted to a private individual, and the parties are either private individuals or entities, or they are public entities acting in a commercial capacity ».

La confidentialité est l'un des caractères ou attraits¹⁷⁶ de l'arbitrage, qui justifie que cette institution soit choisie ou imposée¹⁷⁷. C'est notamment le cas en matière sportive. En effet, l'article 6.3 du règlement des différends sportifs du Canada¹⁷⁸, l'article 14.1 du

¹⁷⁴ Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *supra* note 166 à la p 351.

¹⁷⁵ 2011 QCCA 1171 (CanLII)

¹⁷⁶ Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *supra* note 166 à la p 325.

¹⁷⁷ *Ibid* à la p 252.

¹⁷⁸ Art. 6.3 CRDSC : « Les procédures d'Arbitrage instituées en vertu du présent Code sont confidentielles et tenues à huis clos. À l'exception de ce qui est prévu au présent Code ou conformément aux règles et règlements administratifs du CRDSC, les Parties, la Formation et le CRDSC ne divulgueront à une Personne non concernée par les procédures aucune information confidentielle relative au processus du règlement du différend, depuis le début de la procédure jusqu'à ce qu'une décision soit rendue ou que la

règlement Sports Resolutions (UK)¹⁷⁹, ou encore l'article R43 du règlement d'arbitrage du TAS prévoient logiquement que la procédure instituée doit être confidentielle.

Contrairement à la justice publique, ce mécanisme serait encore le seul apte à préserver le secret des affaires.¹⁸⁰ En pratique, maintenir / protéger la confidentialité n'est pas une mince affaire. Elle sera mise à mal au nom de l'ordre public et de l'ordre public procédural¹⁸¹. Une difficulté survient également dès qu'il s'agit de déterminer son champ d'application.

Christian Buhning-Uhle précise à ce sujet :

« Most model ADR rules provide that all communications, representations, admissions, proposals, actions (in short : everything that happened in the course of the procedure) remain confidential and may not be introduced into any subsequent judicial or arbitral procedure »¹⁸².

En ce qui concerne la publication des sentences, les parties sont le plus généralement les seules à pouvoir l'autoriser¹⁸³. Remarquons que les sentences du TAS ne sont pas publiées sauf sur autorisation des parties ou sur décision du Président de la Chambre¹⁸⁴, contrairement à celles rendues par le CRDSC et Sports Resolutions (UK) qui seront publiées sauf décision contraire de la formation arbitrale ou s'il s'agit d'un différend lié au dopage (sous réserve des règles applicables du Programme antidopage) pour le premier¹⁸⁵ ou sauf accord expresse des parties pour le second¹⁸⁶.

procédure prenne fin d'une autre manière. Toute communication avec les médias concernant l'Arbitrage sera faite uniquement par le CRDSC »

¹⁷⁹ Art. 14.1 SR: « Subject to Rule 9.3 above, the proceedings shall be confidential. The parties, Sport Resolutions (UK) and the Tribunal undertake to keep confidential all documents and any other materials produced for the purpose of the arbitration by any party and/or participant in the arbitration – except to the extent that disclosure may be required by a legal duty, to pursue or protect a legal right, to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings or that such documents may already be in the public domain (otherwise than in breach of this undertaking) ».

¹⁸⁰ René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris : Economica 1982 à la p 18.

¹⁸¹ Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *supra* note 165 aux pp 344-347.

¹⁸² *Ibid* aux pp 234-235.

¹⁸³ Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *supra* note 165 à la p 343.

¹⁸⁴ Art R43 *in fine*.

¹⁸⁵ Art. 6.21 (h) CRDSC.

¹⁸⁶ Art 14.2 SR: « Notwithstanding Rule 14.1 Sport Resolutions (UK) may publish the Tribunal's award or decision and its reasons in any appeal arbitration conducted under these Rules unless the parties expressly agree prior to the Tribunal making its award or decision that they should remain confidential.

2.2_Confidentialité et arbitrage baseball

Les parties ont fait le choix d'introduire dans la Convention collective MLB une procédure « privée » et « confidentielle ». En effet, aux termes de l'article VI-E (7) de la convention précitée : « The hearings shall be conducted on a private and confidential basis ».

En ce qui concerne l'arbitrage salarial baseball, l'existence même de l'arbitrage n'a rien de confidentielle, puisqu'elle est publique. L'article VI-E- (13) de la convention précise que la décision du panel arbitral est dans un premier temps communiquée au club, au joueur, à l'Association représentative des joueurs et à la LRD. Le détail du vote du panel n'est pas divulgué en même temps que la décision. Il est transmis le 15 mars suivant l'audience- qui se tient en général en février- à l'Association et à la LRD.

La clause compromissoire et le litige relatif au salaire sont des éléments basiques permettant d'illustrer la qualification d'arbitrage. Le mécanisme de l'offre-finale pratiqué au baseball comportent également des spécificités.

CHAPITRE 2 - DES ELEMENTS SPECIFIQUES A L'ARBITRAGE DE L'OFFRE-FINALE

Le mécanisme de l'offre-finale « baseball » présente des caractéristiques propres qui lui valent la désignation d' « arbitrage particulier ». Elles visent notamment la demande de soumission en elle-même (section 1) et l'exercice particulièrement encadré de la mission arbitrale propre à l'arbitrage du travail (section 2).

SECTION 1- DE LA DEMANDE DE SOUMISSION AU MECANISME DE L'OFFRE-FINALE

La demande de soumission au mécanisme de l'offre-finale présente des singularités relativement au demandeur (A) et à la formulation de cette demande proprement dite (B).

A_ DE LA PARTICULARITE RELATIVE AU DEMANDEUR

1_ Les joueurs éligibles

Tous les joueurs de baseball évoluant en MLB n'ont pas la possibilité s'ils le désirent de soumettre leur litige salarial au mécanisme de l'offre-finale. Toute l'unité de joueurs ne répond donc pas aux mêmes règles et se dessinent ainsi deux grandes catégories de joueurs : ceux qui sont éligibles à l'arbitrage salarial et ceux qui ne le sont pas.

L'article VI- (E) (1) de la Convention collective décrit les joueurs répondant au critère de l'éligibilité. Cette catégorie de joueurs se divise elle-même en deux sous-catégories : les joueurs entre trois et six années consécutives de MLB, et les « super-two », soit ceux qui ont effectué plus de deux mais moins de trois années en MLB. Ce critère de l'éligibilité serait ainsi celui de l'expérience et de l'excellence.

Ainsi selon Roger I. Abrams :

« The owners and the players association designed the salary arbitration process to set the compensation for those players who have already shown the ability to play at the major league level »¹⁸⁷.

En 2012, quatorze joueurs qui ont le statut « Super two » ont formulé une demande. Le club The Padres est celui qui a le plus de joueurs (onze) qui ont déposé un avis de soumission a contrario des White Sox qui n'en a aucun. On relève également des joueurs, tels que David Ortiz, Francisco Rodriguez ou Kelly Johnson qui ont le statut d'agent libre mais ont accepté l'arbitrage salarial. Certains joueurs, tels que Michael Bourn, Mike Napoli, Mike Adams, Casey Janssen, J.P. Howell, formulent pour la troisième fois des demandes¹⁸⁸.

1.1_ L'inégalité au sein de la même unité

L'objet du recours à l'offre-finale vise à déterminer le salaire d'un joueur de baseball. Or, à titre de comparaison avec le droit québécois, le « salaire », tel que défini dans l'article 1 (9) de la *Loi sur les normes du travail*¹⁸⁹, fait donc l'objet d'une norme de travail. Il fait partie intégrante des conditions de travail¹⁹⁰. Ne pourrait-on pas comparer la clause de l'offre-finale à une clause « orphelin » « inversée »¹⁹¹, au demeurant prescrite par l'article 87.1 alinéa 1 de la *Loi sur les normes du travail* au nom d'une interdiction de principe des disparités de traitement ?

¹⁸⁷ Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 aux pp 55-65.

¹⁸⁸ Maury Brown, « [Details For the 142 Players That Filed for Salary Arbitration in MLB for 2012](http://www.bizofbaseball.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5575:details-for-the-142-players-that-filed-for-salary-arbitration-in-mlb-for-2012&catid=72:salary-arbitration&Itemid=183) » (14 janvier 2012), en ligne: bizofbaseball.com <http://www.bizofbaseball.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5575:details-for-the-142-players-that-filed-for-salary-arbitration-in-mlb-for-2012&catid=72:salary-arbitration&Itemid=183>.

¹⁸⁹ *Loi sur les normes de travail*, L.R.Q., c. N-1.1, article 1 (9) : le « salaire » s'entend de la rémunération en monnaie courante et les avantages ayant une valeur pécuniaires dus pour le travail ou les services d'un salarié.

¹⁹⁰ École du Barreau du Québec, *Droit du travail*, *supra* note 107 à la p 204.

¹⁹¹ On entend par « inversée » la clause qui accorderait un droit ou pouvoir - soit un avantage- non à toute l'unité mais à certains membres de l'unité, indépendamment de la mise en application d'une nouvelle règle. Elle ne constitue pas une clause « de droits acquis » proprement dit permettant aux salariés déjà en emploi de conserver au moment de la mise en application d'une nouvelle règle un avantage qui demeurera inaccessible aux salariés embauchés après une certaine date.

Aux termes de l'article 87.1 précité :

« Une convention ou un décret ne peuvent avoir pour effet d'accorder à un salarié visé par une norme du travail, uniquement en fonction de sa date d'embauche et au regard d'une matière sur laquelle porte cette norme prévue aux sections I à V.1 et VII du présent chapitre, une condition de travail moins avantageuse que celle accordée à d'autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement ».

Nous ne croyons pas. En l'espèce, la « permission »¹⁹² - de pouvoir déclencher le mécanisme de l'offre-finale- n'est pas seulement centrée sur la considération de la date d'embauche comme unique facteur de distinction¹⁹³. A l'instar de l'article 82 de la *Loi sur les normes de travail* qui précise qu'une condition de travail fondée sur l'ancienneté ou la durée du service ne contrevient pas à l'interdiction formulée à l'article 87.1 de la même *Loi*, le mécanisme de l'offre-finale est mis à la disposition de joueurs de baseball qui ont déjà plusieurs années consécutives de service en MLB. Le critère retenu n'est pas la date de signature du premier contrat en MLB, mais le temps écoulé depuis la date d'embauche¹⁹⁴. La considération de l'ancienneté ou de la durée du service en MLB ne serait alors pas non plus illégitime. De façon générale, elle constituerait même « l'épine dorsale » de l'aménagement du régime de travail établi par une convention collective. Parce qu'elles sont conventionnelles, ces règles d'ancienneté sont susceptibles d'être modifiées d'une convention collective à l'autre¹⁹⁵.

Indépendamment du critère de distinction évoqué préalablement, la *Loi sur les normes de travail* prévoit dans son article 87.3 des « accommodements particuliers » applicables à certains salariés dans des situations spécifiques - salariés handicapé, reclassé ou rétrogradé notamment. A contrario, ne pourrait-on encore appréhender l'offre-finale comme un « accommodement particulier », propre au baseball, accordé à certains joueurs plus expérimentés, et finalement constitutif d'un levier pour « ajuster » leur salaire ?

¹⁹² Et non l'interdiction.

¹⁹³ École du Barreau du Québec, *Droit du travail*, supra note 107 à la p 204.

¹⁹⁴ *Ibid* à la p 205.

¹⁹⁵ *Ibid* à la p 207.

Si le mécanisme de l'offre-finale n'est pas offert à tous les joueurs constitutifs d'une même unité, les différentes catégories de joueurs organisées au sein de cette même unité en fonction de leur nombre d'années en MLB ne connaissent en réalité pas de disparité de traitement. D'autant que l'un des critères prescrit par l'article VI-E de la convention collective pour déterminer le salaire d'un joueur éligible est la comparaison avec les salaires d'autres joueurs de la même catégorie. Dans l'arrêt *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau*, la Cour suprême du Canada a d'ailleurs déjà estimé que la particularisation de certaines conditions de travail à l'endroit de sous-groupes salariés de l'unité de négociation n'affecte pas le caractère d'unicité de la convention collective¹⁹⁶.

B_ DE LA PARTICULARITE RELATIVE A LA FORMULATION DE LA DEMANDE

1_ La formulation indirecte de la demande

Le joueur de baseball qui souhaite régler son litige par arbitrage doit exprimer clairement la décision qu'il a prise. Il n'a pas besoin du consentement de son club. L'introduction de la demande se fait en deux étapes successives. Le joueur éligible fait tout d'abord part de sa volonté à son syndicat de lever « l'option arbitrage ». Ensuite, c'est ce même syndicat qui, au nom du joueur, déclenche le processus en déposant/transmettant un avis de soumission à la LRD. Le joueur ne communique donc pas directement avec la LRD. Il agit par le biais de son représentant.

D'autres règlements (sportifs ou non) prévoient une introduction directe de la demande d'arbitrage¹⁹⁷. En matière sportive, c'est le cas notamment du Règlement du TAS qui prévoit que la partie requérante doit lui soumettre une requête d'arbitrage¹⁹⁸. Notons que

¹⁹⁶ *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau*, [2002] 2 R.C.S. 627, REJB 2002-27957 au para 13 et 14.

¹⁹⁷ Art.4(1) CCI ; art. 2.1 ICDR ; art. 3.4 (a) CRDSC ; art. 13 (1) CBAS ; art. 14 (1) CLAS ; art. 3.1 SR.

¹⁹⁸ Art. 38 al 1 TAS.

le règlement de l'American Arbitration Association relative aux Olympic Sport Doping Disputes prévoit dans son article R4 que la procédure est initiée par l'USADA¹⁹⁹.

L'article VI (E) (2) de la Convention collective prévoit précisément les dates respectives auxquelles l'avis de soumission doit être déposé ainsi que la date à partir de laquelle les parties pourront échanger des propositions salariales. Précisons que les offres échangées lors des négociations ne peuvent être celles proposées à l'audience arbitrale.²⁰⁰ Et parce que les propositions faites lors de l'audience seront « virtuellement » simultanées, les parties ne pourront plus évaluer leur proposition et faire une contre-offre²⁰¹.

2_Le rôle du syndicat représentatif de l'Unité de joueurs

Le rôle du syndicat représentatif de l'Unité de joueurs au baseball (2.1.) mérite une comparaison avec le syndicat en droit québécois (2.2).

2.1_Au baseball

Il importe tout d'abord de préciser de quelle manière est encadré le processus de négociation collective (2.1.1.), avant d'étudier quel est objet de la négociation (2.1.2.), puis de préciser l'évolution de cette négociation (2.1.3). Il importe également de souligner que le rôle du syndicat est de représenter équitablement les intérêts de l'Unité (2.1.4).

2.1.1_Négociation collective encadrée par le NLRA et la convention collective

Le *National Labor Relations Act* énonce que « [a] union, as the worker's exclusive bargaining representative, has the right to demand negotiations over wages, hours, and

¹⁹⁹ American Arbitration Association Supplementary Procedures for the Arbitration of Olympic Sport Doping Disputes, Amended and Effective as of May 1, 2009.

²⁰⁰ Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 aux pp 55.60; Mitten, *Sports law in the United States*, *supra* note 5 à la p 113.

²⁰¹ Primm, « Salary Arbitration Induced Settlement in Major League Baseball: The New Trend », *supra* note 14 à la p 88.

ther terms and conditions of employment ». Conformément au NLRA, le NLRB détermine également quelles questions peuvent être négociées collectivement.

Ainsi, aux termes de l'article I de la Convention collective de la Major League Baseball (MLB) 2012-2016:

« The intent and purpose of the Clubs and the Association (hereinafter “the Parties”) in entering into this Agreement is to set forth their agreement on certain terms and conditions of employment of all Major League Baseball Players for the duration of this Agreement. Each of the Parties acknowledges the rights and responsibilities of the other Party and agrees to discharge its responsibilities under this Agreement ».

2.1.2_Négociation des conditions d'emploi et salaires

C'est le syndicat de joueurs qui dispose de l'autorité exclusive de négocier les termes et conditions d'emploi des membres de l'unité. En effet, en raison du NLRA lui-même, l'article II de la Convention collective de la MLB énonce:

« The Clubs recognize the Association as the sole and exclusive collective bargaining agent for all Major League Players, and individuals who may become Major League Players during the term of this Agreement, with regard to all terms and conditions of employment, provided that an individual Player shall be entitled to negotiate in accordance with the provisions set forth in this Agreement (1) an individual salary over and above the minimum requirements established by this Agreement and (2) Special Covenants to be included in an individual Uniform Player's Contract, which actually or potentially provide additional benefits to the Player ».

Contrairement à beaucoup de conventions collectives, le syndicat des joueurs ne négocie pas avec les représentants des clubs le montant précis des salaires individuels auxquels les joueurs de baseball peuvent prétendre²⁰². Seul le salaire minimum est prévu dans la convention collective.

Selon Roger Abrams, le syndicat des joueurs a renoncé à négocier les salaires individuels pour maintenir son statut et sa légitimité. L'auteur précise à ce propos :

« In professional sports, it is essential for the union to command the allegiance and support of the superstars in the bargaining unit. [...] A bifurcated system of salary setting- with player agents negotiating for individual salaries and the union negotiating

²⁰² Roger I Abrams, *The money pitch : baseball free agency and salary arbitration*, Philadelphia, Temple University Press, 2000 à la p 90.

for minimum salaries – allows the superstars to win the highest salaries possible from their clubs while still remaining loyal to their union, which then protects the rank and file with minimum guarantees »²⁰³.

Le même auteur constate que la plupart des joueurs sont payés au ou proche du salaire minimum. Ce salaire minimum est celui prévu dans la convention collective et non le salaire minimum légal. Mais en négociant un système salarial « complet », le syndicat risquerait de perdre le soutien de certains joueurs qui tireraient largement avantage d'un marché libre.

Roger I. Abrams le justifie ainsi :

« Performers bring unique talent to their work; they all believe they will benefit from a market that can respond to those talents. Unions rightfully worry about great disparities in pay between members of the bargaining unit, but too much attention to that concern in the sports industry would be dangerous to the unions' continued effectiveness »²⁰⁴.

2.1.3_Evolution de l'enjeu de la négociation collective

Il est à noter que l'enjeu essentiel de la négociation de la convention collective a évolué avec le temps, fortement inspiré par les changements de l'économie du sport²⁰⁵. Les considérations relatives au salaire minimum, aux « bénéfices marginaux » tels que les assurances vie ou de santé ainsi que les plans de pension, ont toujours leur place, mais l'attention semble désormais davantage portée notamment sur deux points majeurs, qu'expose le Professeur Matthew J. Mitten, Directeur du National Sports Law Institute de Marquette University Law School :

« The first of these issues centre around the initial allocation of a player to a club through a draft and limitations on player movement to other clubs through free agency restrictions. The second arises from league concerns that player free agency has greatly increased player salaries and other economic benefits, which implicates club financial stability and league competitive issues. Thus, leagues have sought restrictions on spending by club owners by constraints such as salary caps, luxury caps, and other devices aimed to discourage excessive spending. These restrictions directly impact players' wages and conditions of employment and thus are mandatory subjects of bargaining, which raise central issues of contention in CBA negotiations and have

²⁰³ *Ibid* à la p 91.

²⁰⁴ *Ibid*.

²⁰⁵ *Ibid* à la p 109.

triggered strike and lockouts in all of the major professional leagues at one time or another »²⁰⁶.

2.1.4_ Représentation équitable des intérêts de l'Unité

Le syndicat représentatif des joueurs de baseball se doit de représenter équitablement tous les joueurs, actuels²⁰⁷ comme futurs, au risque d'agir de façon arbitraire, discriminatoire ou de mauvaise foi. Dans un arrêt *Air Line Pilots Association International v. O'Neill*²⁰⁸, la Cour suprême américaine a précisé le standard d'appréciation qui s'applique au processus de négociation collective²⁰⁹ :

« Congress did not intend judicial review of a union's performance to permit the court to substitute its own view of the proper bargain for that reached by the union. Rather, Congress envisioned the relationship between the courts and labor unions as similar to that between the courts and legislature. Any substantive examination of a union's performance, therefore, must be highly deferential, recognizing the wide latitude that negotiators need for the effective performance of their bargaining responsibilities. For that reason, the final product of the bargaining process may constitute evidence of a breach of duty only if it can be fairly characterized as so far outside a wide range of reasonableness ».

Le syndicat de joueurs se doit ainsi de refuser d'inclure des termes dans la convention collective qui constituent des discriminations « indues » à l'encontre des joueurs qu'il représente. A titre d'exemples, des critères d'admissibilité « sélectifs » ne rentrent pas en eux-mêmes dans cette catégorie de discriminations, sauf s'ils sont à caractère racial. Quant au critère de l'âge d'éligibilité pour les joueurs professionnels, il ne constitue pas non plus en droit américain une forme de discrimination prohibée portant atteinte au devoir de représentation juste et équitable²¹⁰.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Les joueurs qui ne sont pas « actifs » ne sont pas membres de l'union. Mitten, *Sports law in the United States*, *supra* note 5 à la p 107.

²⁰⁸ *Air Line Pilots Association International v. O'Neill*, 499 U.S.65,78 (1991).

²⁰⁹ Mitten, *Sports law in the United States*, *supra* note 5 à la p 107.

²¹⁰ *Ibid* à la p 108. Relativement au critère de l'âge, l'auteur précise:

« The federal Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA) protects only persons who are at least 40 years old. Although the ADEA “forbids discriminatory preference for the young over the old”, it does not prohibit “favouring the old over the young”. For example, although such eligibility rules categorically exclude young athletes for reasons unrelated to their individual talent, skills, and maturity, these rules do not violate federal labour or civil rights laws ».

Le syndicat doit donc représenter les intérêts de tous ses membres²¹¹ constitués en une unité « appropriée ». Le standard d'appréciation de cette unité n'est pas celle qui est dans l'absolu « la plus appropriée » mais celle qui « appropriée selon les circonstances »²¹². Les joueurs qui font face quotidiennement aux mêmes conditions de travail reçoivent en général le même niveau de rémunération pour des prestations – capacités, expériences – similaires. L'efficacité de représentation de l'union est liée à une communauté d'intérêts, d'attentes et d'aspirations que lui vouent ses membres²¹³.

Roger I. Abrams souligne :

« In the business of baseball, more modestly paid players retain the opportunity to progress to the higher levels of compensation.[...] Thus, a wage system that allows all employees the opportunities to prosper financially based on their individual productivity can meet the needs and the aspirations of every member of the unit. Proof of this is that no player is ever heard complaining publicly about the high salaries paid his teammates²¹⁴.

2.2_Comparaison avec le syndicat québécois

Le rôle du syndicat de l'unité de joueurs de baseball est comparable à celui qu'exerce tout syndicat « digne de ce nom ». Inspiré par la législation américaine, le NLRA, le législateur québécois a privilégié l'accréditation comme moyen réputé efficace pour préserver la liberté d'association (liberté syndicale, l'autonomie collective, les rapports collectifs)²¹⁵. « Les syndicats exercent une fonction centrale de représentation- ou « d'intermédiation »- auprès des salariés, et au nom d'eux »²¹⁶. Ils sont « responsables » de l'amélioration du sort des travailleurs tant sur les plans professionnels que

²¹¹ Abrams, *The money pitch*, *supra* note 202 à la p 91. Comme le souligne l'auteur : « not just those who support its continued status ».

²¹² Paul C. Weiler, *Documents and statutory supplement to Sports and the law : text, cases, problems*, St. Paul, MN, Thomson/West, 2011 à la p 300.

²¹³ Abrams, *The money pitch*, *supra* note 202 à la p 91.

²¹⁴ *Ibid* à la p 92.

²¹⁵ Adelle Blackett et M. Choko, « Effets de l'accréditation », dans Guylaine Vallée et Katherine Lippel (dir.), *Droit du travail*, Version étudiante 2011, fascicule 13, Montréal, LexisNexis, 2011 à la p 13/4 au par 1.

²¹⁶ *Ibid* à la p 13/4 au par 2.

sociopolitiques²¹⁷. Les syndicats « partagent » ces fonctions avec des organisations non gouvernementales²¹⁸. Le syndicat accrédité reçoit un mandat exclusif de représentation dont il jouit, théoriquement, tant qu'il demeure représentatif de la majorité des salariés de l'unité d'accréditation, mais juridiquement, jusqu'à ce qu'une instance publique de droit du travail lui enlève son accréditation²¹⁹. Le mandat de représentation vise tous les membres de l'unité de représentation, dont même une minorité qui n'aurait pas voté en sa faveur. « L'accréditation implique que le syndicat représente tous les membres de l'unité d'accréditation, qu'ils soient membres du syndicat ou non »²²⁰. L'exercice de représentation implique le respect des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, protégés à l'article 17 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²²¹. L'article 47.2 du C.t. leur impose un devoir de juste représentation :

« 47.2. Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non ».

« L'objet de la négociation collective relève notamment de l'article 1(d) C.t. qui définit la convention collective comme étant « une entente écrite relative aux conditions de travail conclue entre une ou plusieurs associations accréditées et un ou plusieurs employeurs ou associations d'employeurs ». La notion de « conditions de travail » n'étant pas définie légalement, « il convient de se référer à la jurisprudence selon laquelle tout élément, de nature individuelle ou collective, relatif à la relation de travail constitue une condition de travail »²²². Le salaire en fait partie. A ce propos, l'article 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit :

« 19. Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

Il n'y a pas de discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur l'expérience, l'ancienneté, la durée du service, l'évaluation au mérite, la quantité de

²¹⁷ *Ibid* à la p 13/5.

²¹⁸ *Ibid* à la p 13/5.

²¹⁹ *Ibid* aux pp 13/6 13/7.

²²⁰ *Ibid* à la p 13/12 au par 18.

²²¹ L.R.Q., c. C-12.

²²² Laurence Léa Fontaine, « Négociation collective et arbitrage de différends », dans G. Vallée et K. Lippel, *Droit du travail*, fascicule 14, *supra* note 215 à la p 14/4 au par 2.

production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les membres du personnel [...] ».

SECTION 2 - DE L'EXERCICE STRICTEMENT ENCADRE DE LA MISSION ARBITRALE

La convention collective de la MLB encadre strictement la discrétion du tribunal arbitral (A) et la sentence qu'il rend (B) dans le cadre de l'exercice de sa mission arbitrale.

A_ DE LA DISCRETION DU PANEL ARBITRAL CIRCONSCRITE DANS LA CONVENTION COLLECTIVE

1_Le rôle du tiers adjudicateur dans l'organisation de la procédure

Un « bon arbitre » serait celui qui gère l'arbitrage en puisant dans son « savoir-faire », qu'il sait adapter aux spécificités du litige en cause²²³.

Alors même que la fonction juridictionnelle de l'arbitre est comparable à celle du juge étatique, le juge privé ne pourra pas recourir à la puissance publique²²⁴. Pour autant, sa fonction lui permet de jouir de prérogatives – également reconnues au juge étatique – et ce notamment dans un but de protection²²⁵.

Selon Jean Robert :

« Le rôle de l'arbitre dans le règlement de procédure d'arbitrage s'établira essentiellement en fonction des données du litige qu'il a reçu la charge de juger, dans l'institution des modalités d'administration de la preuve, soit des faits, soit des obligations à la charge des parties »²²⁶.

²²³ Gabrielle Kaufmann-Kohler, « *Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs de l'arbitre et principe d'efficacité* », in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage*, Éditions du Juris-classeur., Paris, 2004 à la p 154.

²²⁴ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 252.

²²⁵ Philippe Fouchard, préface de Xavier Boucobza, Emmanuel Gaillard, Charles Jarrosson, *Écrits : droit de l'arbitrage, droit du commerce international*, Paris : Comité français de l'arbitrage, 2007 à la p.427.

²²⁶ Jean Robert, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6e éd., Dalloz, 1993 aux pp 131-132.

La « convention procédurale » est un contrat, qui suppose donc un accord de volontés des parties réglant de manière obligatoire un aspect de la procédure. Elle lie l'arbitre²²⁷. A ce propos, l'article 19 de la *Loi-type*²²⁸ stipule dans son premier alinéa que « les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par les arbitres ». Pour autant, l'article 14.1 du règlement LCIA prévoit notamment que le choix des parties doit être « consistent with the arbitral tribunal's general duties [...] to adopt suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay or expense [...] ». Au second alinéa de l'article 19 de la *Loi-type* de préciser que ce n'est que « faute d'une telle convention » que l'arbitre peut « procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié ». Le non-respect de la volonté des parties constitue un motif d'annulation²²⁹ ainsi qu'un motif de non-exécution de la sentence²³⁰. Pour autant, la liberté procédurale peut être bridée, par les dispositions de la loi applicable²³¹, par le respect des garanties procédurales ou sur l'impératif d'efficacité²³² et par le pouvoir résiduel inhérent à la fonction d'arbitre.

Le rôle du tribunal arbitral du mécanisme de l'offre-finale baseball est décrit dans la convention collective de la MLB. La procédure de cet arbitrage satisfait, nous l'avons dit, aux garanties procédurales propres au processus arbitral, et répond à un impératif d'efficacité ou de célérité lié au cadre dans lequel il s'inscrit. En l'espèce, le panel arbitral a l'obligation de refuser les preuves présentées par une partie qui ne sont pas admissibles conformément à l'article VI-E-(10) (b) de la Convention. Le panel arbitral investi peut également prolonger la durée de présentation s'il l'estime nécessaire²³³, décaler le début de l'audience si la demande du joueur ou du club est fondée sur une

²²⁷ Kaufmann-Kohler, « Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs de l'arbitre et principe d'efficacité » dans *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage*, supra note 223 aux pp154-155.

²²⁸ *Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* de 1985, amendements adoptés en 2006.

²²⁹ Article 32(2)(a)(iv) de la *Loi-type*.

²³⁰ Article V(1)(d) de la *Convention de New York* ; article 36(1)(a)(iv) *Loi-type*.

²³¹ Article 19 (2) *Loi-type* par exemple.

²³² Kaufmann-Kohler, « Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs de l'arbitre et principe d'efficacité » dans *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage*, supra note 223 à la p 159 ; Robert, *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, supra note 226 aux pp 131-132.

²³³ Art VI-E (7) de la convention collective de la MLB.

cause sérieuse²³⁴ ou encore accorder un droit de réponse au club lorsque le joueur présente de nouveaux arguments²³⁵.

A titre de comparaison de réglementations arbitrales sportives, le règlement du TAS offre plus de latitude à l'arbitre puisqu'il prévoit quant à lui la possibilité pour le tiers de prononcer des mesures provisionnelles et conservatoires²³⁶, de décider de l'utilité d'une instruction orale²³⁷, ou encore de fixer les modalités de la procédure écrite²³⁸ et s'il y a lieu de la procédure orale²³⁹, suspendre un arbitrage en cours pour une durée limitée²⁴⁰.

2_L'appréciation collégiale non aléatoire de la preuve

L'appréciation de la preuve dans le processus arbitral de l'offre-finale baseball (2.1) est comparée (2.2) à celle pratiquée en droit du travail américain, à celle prévue par le règlement arbitral du TAS et par le Code canadien de règlement des différends.

2.1_Au baseball

L'appréciation de la preuve est prévue conventionnellement (2.1.1) et constitue une manifestation du pouvoir juridictionnel (2.1.2.).

2.1.1_Règlementation conventionnelle en matière de preuve

Conformément au principe selon lequel, les parties peuvent convenir d'une réglementation particulière en matière de preuve²⁴¹, les parties au litige devront donc présenter les preuves déclarées admissibles à l'article VI-E (10) (a) de la convention collective de la MLB. Aux termes de cet article, les membres du panel arbitral vérifient

²³⁴ Art VI-E (8) de la convention collective de la MLB.

²³⁵ Art VI-E (7) (f) de la convention collective de la MLB.

²³⁶ Art.R37 TAS.

²³⁷ Art R44.1 al.1 TAS.

²³⁸ Art R44.1 al.1 TAS.

²³⁹ Art R44.2 al.1 TAS.

²⁴⁰ Art R32 alinéa 3 TAS.

²⁴¹ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 562.

l'admissibilité des preuves présentées²⁴² et leur accordent le poids qui leur semble approprié suivant les circonstances de l'espèce qui leur est soumise. Ce n'est pas sans rappeler les règles de la meilleure qualité²⁴³, de la pertinence²⁴⁴ ou encore de la recevabilité²⁴⁵ de la preuve du *Code civil du Québec*. La preuve pertinente sera celle dont la valeur probante influera sur la décision du panel arbitral. Par contre, conformément aux termes de l'article VI-E (7) *in fine* de la convention collective, les parties n'auront pas à répondre aux exigences du fardeau de la preuve énoncé par exemple à l'article 2803 du C.c.Q.

Les audiences du mécanisme de l'offre-finale baseball sont décrites comme étant de féroces batailles de statistiques. La partie qui présente les meilleurs arguments et « personnalise » les données à son avantage, sera plus encline à « gagner »²⁴⁶. Les présentations des parties sont basées sur les mêmes chiffres mais les perceptions de la valeur du joueur sont tellement divergentes qu'il arrive que les arbitres se demandent souvent si les protagonistes parlent de la même personne²⁴⁷.

²⁴² Art VI-E-(10)(a) de la convention collective de la MLB:

« The criteria will be the quality of the Player's contribution to his Club during the past season (including but not limited to his overall performance, special qualities of leadership and public appeal), the length and consistency of his career contribution, the record of the Player's past compensation, comparative baseball salaries [...], the existence of any physical or mental defects on the part of the Player, and the recent performance record of the Club including but not limited to its League standing and attendance as an indication of public acceptance. [...]The arbitration panel shall, except for a Player with five or more years of Major League service, give particular attention, for comparative salary purposes, to the contracts of Players with Major League service not exceeding one annual service group above the Player's annual service group. This shall not limit the ability of a Player or his representative, because of special accomplishment, to argue the equal relevance of salaries of Players without regard to service, and the arbitration panel shall give whatever weight to such argument as is deemed appropriate ».

²⁴³ Art 2860 C.c.Q.

²⁴⁴ Art 2857 C.c.Q.

²⁴⁵ Art. 2811 C.c.Q.

²⁴⁶ Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 aux pp 66-68.

²⁴⁷ *Ibid* à la p 65.

2.1.2_Appréciation de la preuve, manifestation du pouvoir juridictionnel

L'appréciation collégiale de la preuve est une manifestation du pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral. L'arbitre, comme le juge étatique « dit le droit », il a la *juridictio*²⁴⁸. Seul l'arbitre est investi conventionnellement d'un tel pouvoir²⁴⁹.

La distinction entre l'arbitrage et l'expertise a fait couler beaucoup d'encre. La Cour suprême du Canada, dans son arrêt *Sport Maska*²⁵⁰, a distingué l'arbitrage de l'expertise en réservant l'arbitrage aux situations dans lesquelles le tiers tranche un différend de nature juridique en suivant un processus contradictoire (nécessitant l'administration de la preuve et l'argumentation des parties) et dont la sentence est finale et obligatoire pour les parties. L'expert quant à lui prendrait une décision à partir de ses connaissances personnelles.²⁵¹

Le Professeur Nabil Antaki soulignait que l'expert – au sens générique du terme - sera, selon la fonction dont il est chargé, un arbitre, un mandataire ou un prestataire de services²⁵². D'ailleurs, ce ne serait que lorsque les parties ont véritablement voulu cet effet exclusif de la juridiction ordinaire que l'on serait en présence d'un arbitrage.²⁵³ L'intention des parties devient un élément essentiel à la qualification d'une notion ambiguë.

L'exercice d'un pouvoir juridictionnel suppose que l'arbitre déduise de la situation qui lui est soumise des conséquences qui s'imposeront aux parties parce qu'il a statué²⁵⁴. Le panel arbitral baseball ne tranche pas à partir de ses connaissances personnelles mais en fonction de la preuve présentée et débattue contradictoirement à l'audience. Les connaissances personnelles ne servent pas à justifier la décision mais à apprécier « en connaissance de cause » les preuves présentées, à enrichir un raisonnement intellectuel aux conséquences juridiques. Le pouvoir de juger a été défini comme « un pouvoir

²⁴⁸ Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, supra note 1 à la p 101.

²⁴⁹ *Ibid* à la p 261.

²⁵⁰ *Sport Maska*, supra note 82 aux pp 580-581.

²⁵¹ Nabil Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, supra note 79 aux pp 96-97.

²⁵² *Ibid*.

²⁵³ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 253.

²⁵⁴ Philippe Thery, « Ce que n'est pas une sentence arbitrale: subtilités de la qualification », (2011) RTD Civ. 385.

exceptionnel, d'essence quasi-divine, qui lui permet de juger entre ses semblables »²⁵⁵. Les « semblables » dans le « monde baseball » sont ceux qui connaissent les règles, le milieu et les enjeux. Les arbitres choisis sont ceux qui peuvent se prévaloir d'une expertise spécifique et répondre au besoin, soit trancher le litige soumis.

2.2_Comparaisons

En matière de droit du travail américain, le Professeur Carbonneau fait une remarque intéressante relativement au rôle et à l'autorité de l'arbitre :

Traditionally, [...] the arbitrator's role and authority has been limited to performing his or her general duties with the aid of those tools of which the parties have mutually approved: " Our union expects an arbitrator to be guided and governed by the contract...[and] to be expert in getting at the facts[...]. Although an arbitrator certainly should seek "to ensure a [fair and] rational fact-finding process and avoid improper collateral effects that outweigh probative value", it is simply not within his authority to use tools outside those afforded or contemplated by the collective bargaining agreement"²⁵⁶.

En matière sportive, on remarquera que le TAS de Lausanne ne prévoit aucune disposition spécifique en matière de preuve. Ainsi, l'article 184 alinéa 1 LDIP énonçant que le tribunal arbitral procède lui-même à l'administration des preuves, les formations arbitrales du TAS sont réputées se prononcer sur l'admissibilité des preuves présentées par les parties, leur pertinence et leur force probante²⁵⁷. Par contre, la jurisprudence semblerait avoir essayé de développer une jurisprudence « uniforme » relativement au degré de la preuve, exigeant plus que la « simple » balance des probabilités²⁵⁸.

Dans un arrêt *Meir c. Swiss Cycling*²⁵⁹ en date de 2001, le tribunal exprime clairement au paragraphe 22 de sa sentence :

« The Panel appreciates, however, that because of the drastic consequences of a doping suspension on the athlete's exercise of his/her trade (Article 28 Swiss Civil Code (ZGB))

²⁵⁵ Clay, *L'arbitre*, supra note 114 à la p 43.

²⁵⁶ Carbonneau et al., *Handbook on labor arbitration*, supra note 160 à la page 109.

²⁵⁷ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 558.

²⁵⁸ *Ibid* à la p 560.

²⁵⁹ CAS 2001/A/345 *Meier c. Swiss Cycling* REC. III, p.238,243.

it is appropriate to apply a higher standard than the general standard required in civil procedure, namely simply having to convince the court on the balance of probabilities. Following an earlier decision of the CAS, the disputed facts therefore have to be "established to the comfortable satisfaction of the court having in mind the seriousness of the allegation" (cf. CAS OG/96/003, CAS OG/96/004, K. & G. v/ IOC; CAS 98/208, N. et al. v/ FINA, award of 22 December 1998, p. 23; confirmed by the Swiss Federal Tribunal, Judgement of 31 March 1999 [5P.83/1999]) ».

B_DES SPECIFICITES RELATIVES A LA SENTENCE ARBITRALE

Les spécificités relatives à la sentence arbitrale visent des caractères particuliers de la sentence arbitrale proprement dite (1) mais également son contrôle (2).

1_Les caractères particuliers de la sentence arbitrale

La sentence arbitrale de l'offre-finale présente au baseball les particularités de compléter un contrat (1.1) et de ne pas être motivée (1.2).

1.1_Le contrat « complété » par la sentence arbitrale

La sentence arbitrale est insérée au deuxième paragraphe du contrat uniforme du joueur.

Roger I. Abrams commente ainsi :

« Unlike arbitrators today whom employers and unions appoint to resolve grievances under the terms of their collective bargaining agreements, in these instances the arbitrators wrote the actual terms of the contracts for the parties. Today's salary arbitrators determine the most important term of a ballplayer's contract, his salary for the coming season »²⁶⁰.

La mission consistant à déterminer le ou les termes d'un contrat a fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales²⁶¹ notamment quant à la question de savoir si elle

²⁶⁰ Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 à la p 57.

²⁶¹ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and mediation in international business*, 2nd ed. / Lars Kirchhoff and Gabriele Scherer; with a foreword by William W. Park., Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International, 2006 aux pp 40-41.

était compatible avec la définition de la mission arbitrale. Pour certains, elle se rattacherait à un acte créateur de règles qui dépasseraient les limites de la fonction juridictionnelle²⁶². D'autres conçoivent au contraire l'extension des pouvoirs de l'arbitre, l'évolution de la nature de son rôle qui ne serait plus seulement de constater des droits préexistants mais bien de « constituer des situations juridiques nouvelles ». Puisque le juge est parfois créateur de dispositions contractuelles, l'arbitre le pourrait également²⁶³. A ce propos, certaines législations arbitrales l'acceptent et confèrent spécifiquement cette autorité à l'arbitre²⁶⁴.

1.2_La sentence arbitrale non motivée

Le tribunal arbitral du mécanisme de l'offre-finale baseball n'a pas à motiver la sentence qu'il rend. En effet, aux termes de l'article VI-E-(13) de la convention collective de la MLB « [t]he arbitration panel shall be limited to awarding only one or the other of the two figures submitted. There shall be no opinion ». Le régime de la motivation serait réglementé de manière différente selon la « loi » applicable. En matière sportive, l'article R59 de la procédure d'appel du TAS prévoit qu'une motivation au moins sommaire de la sentence est un élément nécessaire, alors qu'en matière de procédure ordinaire, l'article R46 du même Code prévoit la motivation sous réserve d'un accord contraire des parties. Dans ce dernier cas, les parties peuvent donc décider d'exclure la motivation de la sentence. Toujours en matière sportive, l'article 6.21 du Code canadien de règlement des différends sportifs offre également aux parties cet aménagement contractuel, contrairement au Règlement Sports Resolutions qui énonce dans son article 12.1 que la sentence arbitrale « shall state the reasons on which it is based »²⁶⁵.

De manière générale, le *Code de procédure civile* québécois prévoit quant à lui dans son article 945.2 que la sentence doit être motivée. Pour autant, il ne figure pas dans la liste

²⁶² Alain Prujiner, « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage » (1992) 37 RD McGill. 428 lire note 40 : l'auteur cite Jean Robert

²⁶³ *Ibid* à la p 429. L'auteur cite Charles Jarosson.

²⁶⁴ Paulsson et al., *The Freshfields guide to arbitration clauses in international contracts*, *supra* note 166 à la p 101: « It should be noted [...] that some arbitration laws, for example Dutch law and Swedish law, specifically confer such authority on arbitrators ».

limitative des articles auxquels on ne peut déroger de l'article 940 du même code. Les parties pourraient donc également écarter cette obligation²⁶⁶. De plus, la jurisprudence récente est intéressante sur ce point.

Dans un arrêt *Compagnie d'assurances Standard Life du Canada c. Lavigne*²⁶⁷, la Cour d'appel du Québec souligne que :

« On sait bien qu'un décideur n'a pas à faire état de tous les éléments de preuve qu'il a examinés pour parvenir à sa décision. Cette règle trouve application, à plus forte raison, lorsque l'arbitre agit dans un domaine qui relève de son expertise professionnelle ».

Dans un arrêt *Canadian Royalties Inc. v. Nearctic Nickel Mines Inc.*²⁶⁸, la Cour supérieure du Québec précise :

« [111] The jurisprudence establishes that this obligation is satisfied if the decision-maker writes the reasons that are essential to explain the conclusions. They must at least be sufficient to allow the parties to understand (even if doing so requires an exercise of interpretation) the reasoning that led him to the conclusions ».

Dans un arrêt *Superior Energy Management, a Division of Superior Plus Inc. v. Manson Insulation Inc.*²⁶⁹ rendu en 2011, la Cour supérieure du Québec souligne encore :

« [57] Equally, not each argument presented need be discussed in the award nor discussed in the precise manner as framed by the pleaders. Just because an arbitrator does not explicitly articulate in an award that a ground urged by one party is rejected does not mean that the party has not been heard or had the opportunity to be heard. As well, it is sufficient that any argument be implicitly subsumed by the arbitrator's reasons. Arguments can be grouped and dealt with together. The importance is that the decision be motivated. If an argument presented by a party is implicitly dealt with in the decision, then the reasons are sufficient and no intervention by the undersigned is warranted ».

Cette liberté « contractuelle » accordée aux parties d'aménager l'obligation de principe de motivation de la sentence arbitrale est critiquée en doctrine²⁷⁰. En effet, la motivation est d'abord conçue comme un devoir dont la fonction serait tant explicative (garantie

²⁶⁶ Nabil Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, supra note 79 à la p 106.

²⁶⁷ *Compagnie d'assurances Standard Life du Canada c. Lavigne*, 2008 QCCA 516 au para 51.

²⁶⁸ *Canadian Royalties Inc. c. Nearctic Nickel Mines Inc.*, 2010 QCCS 4600 (CanLII).

²⁶⁹ *Superior Energy Management, a Division of Superior Plus Inc. c. Manson Insulation Inc.*, 2011 QCCS 5100 (CanLII).

²⁷⁰ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, supra note 36 à la p 518; Charles Jarroson, *La notion d'arbitrage*, supra note 1 à la p 102.

contre l'arbitraire) que technique (garantie contre l'erreur). Elle serait ensuite un droit au profit des parties²⁷¹.

Pour autant, cette obligation devrait être appréciée de manière plus souple dans certaines circonstances. Le Professeur Nabil Antaki précisait à ce sujet que « [...] l'arbitre [doit] respecter la volonté des parties qui l'ont désigné et l'objet de l'arbitrage dont il est chargé »²⁷².

2_Le contrôle de la sentence arbitrale

Le contrôle de la sentence arbitrale implique d'étudier le contrôle effectué par le Commissaire de la MLB (2.1) et le contrôle judiciaire (2.2).

2.1_Le contrôle effectué par le Commissaire de la MLB

L'approbation effectuée par le Commissaire (2.1.1) est comparée (2.1.2) à l'examen préalable de la sentence arbitrale de la CCI ainsi qu'au jugement de « donné acte », à l'entérinement ou l'homologation.

2.1.1_L'approbation du Commissaire

Aux termes de l'article VI-E (13) de la convention collective de la MLB, le panel arbitral doit, après avoir rendu sa sentence, transmettre le contrat (au sein duquel a été insérée la sentence arbitrale) au bureau du Commissaire de la MLB pour approbation. Cette formalité est requise pour que le contrat soit valide. L'article IV de la convention collective prévoit en effet qu'« [u]pon execution of a Uniform Player's Contract by the Club and Player, the Club promptly shall submit the Contract, in duplicate, to the Commissioner for approval».

²⁷¹ Sophie Gjidara, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles » (2004) 105 Petites affiches 5-11.

²⁷² Nabil Antaki, *Le règlement amiable des litiges*, supra note 79 à la p 106.

L'article II, section 2 (a) de la constitution de la MLB précise que le Commissaire « serve as Chief Executive Officer » et « have executive responsibility for labor relations ». Le même article précise dans le paragraphe (b) de la section 2 que :

« The functions of the Commissioner shall include [...] to investigate, either upon complaint or upon the Commissioner's own initiative, any act, transaction or practice charged, alleged or suspected to be not in the best interests of the national game of Baseball, with authority to summon persons and to order the production of documents, and, in case of refusal to appear or produce, to impose such penalties [...] ».

L'article VI section 2 de la Constitution de la MLB souligne que les clubs ont séparément accepté d'être liés « finally and unappealably » par les actions, interprétations et décisions prises par le Commissaire. Au même article d'ajouter que les mêmes clubs ont « [...] severally waive such right of recourse to the courts as would otherwise have existed in their favor ».

L'étendue du « contrôle » reste limitée et encadrée puisque le Commissaire ne peut « refuser » d'approuver la sentence rendue, sauf lorsqu'il suspecte que le contrat formé est contraire aux intérêts du baseball. Il doit également justifier son « refus » au risque de constituer un grief²⁷³.

Plusieurs auteurs, comme Roger I. Abrams, commentent à ce propos :

« The Commissioner has no power to disapprove of a result in baseball salary arbitration. Under the collective bargaining agreement, the decision is final and binding. The Commissioner's "approval" is simply ministerial »²⁷⁴.

Maître Jeffrey A. Mishkin, associé au bureau new-yorkais Skadden spécialisé notamment en droit du sport, précise :

« He would have authority to disapprove a contract if it violated the Collective Bargaining Agreement in some way, but not because he disagreed with a decision by the arbitrator in a salary dispute »²⁷⁵.

²⁷³ L'article IV de la convention collective prévoit en effet :

« Upon execution of a Uniform Player's Contract by the Club and Player, the Club promptly shall submit the Contract, in duplicate, to the Commissioner for approval. Within 20 days of receipt, the Commissioner shall approve or disapprove the Contract (with notice to the Association), or provide the Association with a written explanation of why the Contract has not been approved. [...] Any Grievance challenging the Commissioner's conduct under this Article [...] ».

²⁷⁴ Conversation électronique avec le Professeur et arbitre Roger I. Abrams en date du 30/08/2012.

Le Professeur Peter Carfagna de l'Université d'Harvard souligne à ce propos que :

« He could do so, by invoking his "in the best interests of the game" authority. I think the MLBPA and/or the Team would be very upset if the Commissioner intervened, after the Award »²⁷⁶.

2.1.2_Comparaisons

Cette formalité procédurale qu'est l'approbation par le Commissaire n'est pas sans rappeler l'examen préalable de la sentence par la Cour prévu à l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CCI. Aux termes de cet article :

« Avant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, attirer son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour ».

Pour autant, on ne peut comparer l'approbation « ministérielle » du Commissaire de la MLB à celle de la Cour arbitrale de la CCI dans la mesure où celui-ci ne fait pas de recommandations ni sur le fond qui correspond au montant du salaire, ni sur la forme de la sentence puisqu'elle consiste à insérer un montant au contrat du joueur préalablement négocié par les représentants des parties.

L'approbation effectuée par le Commissaire de la MLB pourrait-elle encore être assimilée au jugement de « donné acte », à l'entérinement ou encore à l'homologation ?

Le jugement de « donné acte » est défini par Gérard Cornu comme le fait de « se borne[r] à constater un accord entre les parties, l'engagement de l'une d'elles ou tout autre fait ou déclaration »²⁷⁷. Il constitue une simple formalité et n'exigerait pratiquement aucun contrôle de la part du juge²⁷⁸. L'expression « donner acte » au sens du *Code du travail*

²⁷⁵ Conversation électronique avec Maître Mishkin en date du 17/09/2012.

²⁷⁶ Conversation électronique avec le Professeur Peter Carfagna en date du 06/09/2012.

²⁷⁷ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Association Henri-Capitant, Paris, Presses universitaires de France, 2007 à la p.330.

²⁷⁸ Frédérique Chiasson, *L'homologation et l'entérinement des ententes issues de processus de règlement amiable des litiges administratifs*, Université de Montréal, 2011 aux pp.25, 29.

québécois mérite également notre attention. Une décision de la Cour d'appel de 1990²⁷⁹ avait précisé cette notion dans le cadre de la contestation d'une sentence arbitrale dans laquelle l'arbitre donne acte à une transaction mettant fin au litige²⁸⁰ :

« En effet, l'arbitre n'a pas ici, annulé le congédiement et imposé à l'employeur l'obligation de réintégrer son salarié comme l'article 128 de la Loi sur les normes du travail l'y autorise. Il n'a que déclaré être informé par les parties « qu'une entente » était intervenue, « à l'effet que l'employeur consentait » à la réintégration de Durand. On lui rapporte donc la conclusion d'une transaction (article 1918 C.C.), et il en donne acte comme l'article 101.3 du Code du Travail l'invite à le faire ».

En la transposant à notre espèce, l'approbation du Commissaire correspondrait à déclarer être informé de l'existence d'un contrat intervenu entre un joueur et un club.

L'approbation du Commissaire de la MLB ne peut être assimilée au jugement de « donné acte » dans la mesure où, aussi circonscrit que soit son contrôle, il peut refuser d'approuver un contrat dans lequel a été insérée une sentence arbitrale lorsqu'il considère qu'il nuit ou ne respecte pas l'« ordre public baseball ». L'approbation ne rime pas uniquement avec constatation.

L'entérinement implique quant à lui un examen plus approfondi de la conformité de l'entente aux lois applicables au litige qu'elle vise à régler²⁸¹. S'il consiste à « ratifier un acte en lui conférant un caractère définitif », il signifie aussi « accepter la proposition ou les conclusions d'une autre personne » et prend alors le sens de confirmation²⁸². Finalement, l'entérinement consiste pour l'autorité qui en détient le pouvoir à faire sienne la décision qui fait l'objet d'une demande. Le tribunal s'approprie alors l'accord pour en faire un jugement et ne fait pas que constater son existence²⁸³. L'approbation du Commissaire de la MLB ne peut pas être assimilée à l'entérinement car s'il ne constate pas simplement le contrat, son approbation ne vise pas non plus à « confirmer » ou « s'approprier » le contrat et la sentence rendue.

²⁷⁹ *Restaurant Faubourg St-Denis Inc. c. Durand*, [1990] R.J.Q. 1218 (C.A.), J.E.90-791, [1990] n°AZ-90011507 (C.A.).

²⁸⁰ Frédérique Chiasson, « L'homologation et l'entérinement des ententes issues de processus de règlement amiable des litiges administratifs », *supra* note 278 à la p 26.

²⁸¹ *Ibid* à la p 19.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid* à la p 20.

L'homologation vise à conférer le caractère exécutoire à un acte de nature privée dont on souhaite voir produire les effets²⁸⁴. Elle ne confère pas de caractère obligatoire à la sentence qui acquiert ce caractère dès qu'elle est rendue. L'homologation est un test *prima facie* de la légalité de l'entente²⁸⁵, elle n'a pas pour objet de vérifier la légalité du *negotium*²⁸⁶. L'approbation du Commissaire ne correspond pas selon nous à l'homologation administrative qui permet l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'approuver l'acte ou de refuser de le faire²⁸⁷ car ce Commissaire ne dispose pas d'un tel pouvoir dans le cadre du processus arbitral de l'offre-finale. Cette approbation se rapproche davantage de l'homologation judiciaire qui est réputée se limiter « à un contrôle de la légalité de l'acte »²⁸⁸. L'approbation du Commissaire est selon nous assimilable à l'homologation d'une sentence arbitrale qui est définie comme « l'approbation par une autorité judiciaire d'une décision émanant d'un organisme autre qu'une cour de justice en vue de la rendre exécutoire »²⁸⁹. Dans ce cadre, le juge procède au contrôle de la légalité de la décision à homologuer en veillant à ce qu'elle ne contienne aucune violation de règles d'ordre public ou qu'elle n'excède pas les pouvoirs de l'autorité décisionnelle²⁹⁰. En appliquant ce raisonnement à l'espèce, le juge serait le Commissaire de la MLB, l'« ordre public » serait celui propre au « baseball » et l'autorité décisionnelle serait le tribunal arbitral.

2.2_Le contrôle judiciaire

Le contrôle judiciaire pratiqué aux Etats-Unis (2.2.1.) est comparé (2.2.2.) à celui pratiqué au Québec et par le Tribunal fédéral suisse.

²⁸⁴ *Ibid* à la p 13.

²⁸⁵ *Ibid* à la p 19.

²⁸⁶ *Ibid* à la p 15.

²⁸⁷ *Ibid* à la p 14.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*

2.2.1_Aux Etats-Unis

Si la sentence arbitrale de l'offre-finale est finale et obligatoire pour les parties, le *Labor Management Relations Act* prévoit qu'elle peut être sujette à un contrôle judiciaire. Pour autant, il est très limité. En effet, dans l'arrêt *Major League Baseball Players Association v. Garvey*²⁹¹, la Cour suprême américaine affirme :

« Courts are not authorized to review the arbitrator's decision on the merits despite allegations that the decision rests on factual errors or misinterprets the parties' agreement. We recently reiterated that if an 'arbitrator is even arguably construing or applying the contract and acting within the scope of his authority', the fact that 'a court is convinced he committed serious error does not suffice to overturn his decision'. It is only when the arbitrator strays from interpretation and application of the agreement and effectively 'dispenses his own brand of industrial justice' that his decision may be unenforceable. When an arbitrator resolves disputes regarding the application of a contract, and no dishonesty is alleged, the arbitrator's 'improvident, even silly, factfinding' does not provide a basis for a reviewing court to refuse to enforce the award ».

La Cour suprême n'a fait que réitérer un principe général, applicable en dehors de la sphère sportive.

2.2.2_Comparaisons

Christian Bühring-Uhle précise que chaque pays a son propre standard de contrôle judiciaire des sentences arbitrales rendues localement. Il se pourrait même selon certaines lois qu'il soit exclu par accord entre les parties lorsque ces dernières ne sont ni résidentes ni de la nationalité du pays où le tribunal arbitral a tranché.²⁹² Il précise encore que le contrôle est restreint à :

« [...] serious procedural mistakes such as lack of jurisdiction (i.e. non-existence of a valid arbitration agreement), improper constitution of the arbitral tribunal, disregard of the terms of the arbitrators' mandate [...], corruption, and other serious violations of "due process" [...] »²⁹³.

Au Québec, les interventions judiciaires à l'occasion des demandes d'homologation ou d'annulation de sentences arbitrales sont limitées aux cas prévus par le *Code de*

²⁹¹ 532 U.S. 504 (2001).

²⁹² Bühring-Uhle, *Arbitration and mediation in international business*, supra note 261 à la p 55.

²⁹³ *Ibid.*

*procédure civile*²⁹⁴. Si une sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'après avoir été homologuée²⁹⁵, le tribunal saisi d'une requête en homologation ne peut examiner le fond du différend²⁹⁶.

La « justification » du refus de l'approbation du contrat et de la sentence rendue par le Commissaire de la MLB rappelle l'esprit de l'article 946.5 C.p.c. québécois qui prévoit que le juge peut refuser d'office l'homologation de la sentence arbitrale lorsque la sentence est contraire à l'ordre public.

Quant à la demande d'annulation, elle constitue le seul recours possible contre la sentence et n'est ouverte que dans certains cas ouverts à l'article 946.4 C.p.c.

Dans l'arrêt *Desputeaux c. Editions Chouette*, la Cour suprême du Canada soulignait que « [l]e contrôle de la justesse des décisions arbitrales compromet l'autonomie voulue par le législateur, qui ne peut s'accommoder d'un contrôle judiciaire équivalent pratiquement à un appel presque complet sur le droit »²⁹⁷.

Ainsi, dans un arrêt *Blanchet c. Lapierre*²⁹⁸ en date de 2012, la Cour rejette une requête en annulation d'une sentence arbitrale après avoir rappelé que les tribunaux judiciaires ne peuvent réviser le bien-fondé d'une sentence rendue par un tribunal arbitral conventionnel :

« [21] Cet argument ne peut être retenu étant donné que l'article 946.2 C.p.c. énonce clairement que le tribunal saisi d'une requête en annulation d'une sentence arbitrale « ne peut examiner le fond du différend », c'est-à-dire revoir, examiner et réévaluer la preuve ».

En matière sportive, signalons l'arrêt du Tribunal fédéral suisse en date du 27 mars 2012, *Francisco da Silva Matuzalem c/ FIFA*, qui - pour la première fois depuis l'entrée en vigueur en 1989 de la Loi suisse sur le droit international privé (LDIP) - a annulé une sentence du TAS pour violation de l'ordre public matériel²⁹⁹. Dans cette espèce, la

²⁹⁴ *Desputeaux c. Editions Chouette*, [2003] 1 R.C.S. 178 au para 69.

²⁹⁵ Art. 946 C.p.c.

²⁹⁶ Art 946.2. C.p.c.

²⁹⁷ *Desputeaux c. Editions Chouette*, [2003] 1 R.C.S. 178 au para 69.

²⁹⁸ *Blanchet c. Lapierre*, 2012 QCCS 4135.

²⁹⁹ Mathieu Maisonneuve, « Note sous Tribunal fédéral suisse, 4A_558/2012, arrêt du 27 mars 2012, Francisco da Silva Matuzalem c/ FIFA » (2012) 3 Revue de l'arbitrage 668.

sentence contestée avait confirmé la suspension de toute compétition à durée indéterminée prise par le comité disciplinaire de la Fédération internationale de football (FIFA) à l'encontre du footballeur brésilien. Cette suspension est conditionnée par le paiement du joueur à son précédent club (FC Shakhtar Donetsk) – conjointement avec le Real Saragosse- de la somme due pour laquelle une précédente sentence l'avait condamné pour avoir irrégulièrement rompu le contrat avec ce club pour en conclure un avec son nouveau club (Real Saragosse)³⁰⁰.

Le Tribunal fédéral motive l'annulation de la sentence arbitrale au motif qu'elle avait pour effet de :

« [L]ivr[er] l'appelant à l'arbitraire de son ancien employeur », dans la mesure où il appartenait au FC Shakhtar Donetsk de déclencher la mise en œuvre de la suspension du joueur en cas de non-paiement dans les délais impartis, et de « limit[er] sa liberté économique dans une mesure telle que les bases de son existence économique seraient mises en danger, sans que cet état de choses puisse trouver une justification dans un intérêt prépondérant de la fédération internationale de football, responsable de ses membres (consid.4.3.5) »

Mathieu Maisonneuve n'en conclut pas pour autant que le Tribunal fédéral suisse exerce un contrôle plus strict de l'éventuelle violation de l'ordre public sur les sentences rendues en matière sportive que sur celles rendues en matière commerciale. Selon ce même Tribunal, dans ces domaines, une sentence arbitrale internationale peut être annulée sur le fondement de l'article 190 al.2 de la LDIP³⁰¹ :

« [S]eulement lorsqu'elle viole des principes juridiques fondamentaux au point de ne plus être conciliable avec les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. Au nombre de ces principes figurent, notamment, la règle pacta sunt servanda, la prohibition de l'abus de droit, le respect des règles de la bonne foi, la prohibition de l'expropriation sans indemnité, la prohibition des mesures discriminatoires [...] ».

L'auteur n'exclut pour autant pas que le Tribunal fédéral puisse « inconsciemment » exercer un contrôle plus strict, adapté à l'arbitrage sportif³⁰². L'arrêt posait une autre question, celle de savoir si les institutions sportives pourraient continuer à utiliser leur pouvoir disciplinaire à l'encontre des personnes qui leur sont liées afin d'obtenir

³⁰⁰ *Ibid* aux pp 668-669.

³⁰¹ *Ibid* à la p 669.

³⁰² *Ibid* à la p 670.

l'exécution de sentences arbitrales. Mathieu Maisonneuve estime que cela ne poserait pas de problème à l'égard des clubs. A l'égard des sportifs, la réponse serait a priori plus nuancée. En effet, le Tribunal suisse a tout d'abord estimé que la sanction confirmée par la sentence était en inadéquation avec but qu'elle est censée poursuivre. Le même Tribunal ensuite fait remarquer que la sanction confirmée par la sentence n'était pas nécessaire parce que le club bénéficiaire de la sentence aurait pu obtenir le paiement de l'indemnité en invoquant la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales³⁰³.

³⁰³ *Ibid* à la p 670.

PARTIE 2 - L'OFFRE-FINALE : UN MECANISME ARBITRAL UTILE

.

.

.

.

.

.

.

.

.

CHAPITRE 1 - DE L'UTILITE INTRINSEQUE AU BASEBALL

La position de « dominé » du joueur de baseball pendant ses trois premières années de service en MLB, phase que l'on appellera offre contractuelle « pré-arb » (section 1), nous fait d'autant apprécier l'option proposée au joueur éligible de saisir l'opportunité d'enclencher le processus arbitral de l'offre-finale pour procéder à une négociation « effective » de son salaire, phase que l'on nommera offre contractuelle « arb » (section 2).

SECTION 1- DE L'OFFRE CONTRACTUELLE « PRE-ARB »

Avant qu'il ne soit éligible à l'arbitrage salarial, le joueur de baseball ne dispose pas réellement de pouvoir de négociation au regard des offres collective (A) et individuelle (B) qui lui sont proposées.

A_DE L'OFFRE COLLECTIVE

L'offre collective vise à présenter la relation entre le contrat collectif et le contrat individuel du joueur du baseball (1) ainsi que la possibilité de négocier individuellement (2).

1_La relation entre le contrat collectif et le contrat individuel du joueur de baseball

Le contrat de travail du sportif professionnel présente une particularité propre au sport³⁰⁴. Ainsi, le joueur de baseball est lié par deux contrats de travail, un contrat collectif (la convention collective) et un contrat individuel. Ce contrat individuel standard prévoit dans sa section *Supplemental agreements* que:

³⁰⁴ Wong, *Essentials of sports law*, supra note 10 à la p 391.

« The Club and the Player covenant that this contract, the Basic Agreement, the Agreement Re Major League Baseball Players Benefit Plan effective April 1, 2012 and Major League Baseball's Joint Drug Prevention and Treatment Program and applicable supplements thereto fully set forth all understandings and agreements between them, and agree that no other understandings or agreements, whether heretofore or hereafter made, shall be valid, recognizable, or of any effect whatsoever, unless expressly set forth in a new or supplemental contract executed by the Player and the Club (acting by its President or such other officer as shall have been thereunto duly authorized by the President or Board of Directors as evidenced by a certificate filed of record with the Commissioner) and complying with the Major League Rules ».

L'article II de la convention collective énonce: « an individual Player shall be entitled to negotiate in accordance with the provisions set forth in this Agreement ». Les dispositions du contrat individuel du joueur (et les éventuels « engagements spéciaux » supplémentaires) doivent donc respecter les articles de la convention collective. Ces deux contrats entretiennent un rapport hiérarchisé dans la mesure où le second prévaut sur le premier. En effet, l'article III de la même convention précise que « [s]hould the provisions of any Contract between any individual Player and any of the Clubs be inconsistent with the terms of this Agreement, the provisions of this Agreement shall govern».

Dans un arrêt *J.I. Case Co. v. NLRB*³⁰⁵, la Cour suprême américaine affirme la primauté de la convention collective sur les contrats individuellement négociés :

« It is equally clear since the collective trade agreement is to serve the purpose contemplated by the Act, the individual contract cannot be effective as a waiver of any benefit to which the employee otherwise would be entitled under the trade agreement. The very purpose of providing by statute for the collective agreement is to supersede the terms of separate agreements of employees with terms which reflect the strength and bargaining power and serve the welfare of the group. Its benefits and advantages are open to every employee of the represented unit, whatever the type or terms of his pre-existing contract of employment».

³⁰⁵ *J.I. Case Co. v. NLRB*, 321 U.S.332 (1944).

Si le contrat individuel de travail « dépend » intellectuellement de la convention collective, l'accessoire ne suit pour autant pas le principal en l'espèce puisque physiquement la « fin » de la convention collective n'emporte pas celle dudit contrat. L'article III *in fine* de la même convention souligne en effet que « [t]he termination of this Agreement shall not impair, limit or terminate the rights and duties of any Club or Player under any Contract between any individual Player and any of the Clubs ».

2_La possibilité de négocier individuellement

La négociation individuelle dans le cadre des relations de travail est une particularité sportive.

La Cour suprême canadienne rappelait à ce propos dans l'arrêt *Isidore Garon ltée c. Tremblay*³⁰⁶ que :

« [128] Il est exact que des contrats individuels ne peuvent déroger aux dispositions de la convention collective pour mettre en échec les effets du régime des rapports collectifs du travail, puisque celles-ci ont préséance pour déterminer le contenu effectif des conditions d'emploi sous réserve des dispositions d'ordre public. Dans les arrêts examinés plus haut, notre Cour a favorisé la reconnaissance de l'exclusivité de la fonction représentative du syndicat accrédité et l'effet réglementaire de la convention collective à l'égard des contrats individuels d'emploi. Par exemple, il est exact de prétendre que le régime collectif ne laisse aucune place à la négociation individuelle entre employeur et salarié. Le caractère exclusif de l'association accréditée en tant que représentante des salariés doit demeurer intact en tout temps ».

Cette négociation individuelle est prévue dans la convention collective de la MLB. Le Professeur Paul C. Weiler explique ainsi :

« [I]ndividual bargaining is unthinkable in most unionized industries. But collective bargaining in sports, as the entertainment industry generally, has followed a different path, under which the union agreement sets out guaranteed benefits and a minimum salary scale and then usually permits each player (like such movie stars as Tom Cruise and Julia Roberts) to negotiate whatever extra remuneration the market will bear. Such

³⁰⁶*Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, 2006 CSC 2 (CanLII) », *supra* note 71.

individual freedom of contract operates at the sufferance of and within parameters set by, the collective agreement – with the performer’s agent serving, in a sense, as delegate for the union »³⁰⁷.

Parce qu’encadrée par la convention collective, cette « liberté » de négociation individuelle est, en pratique, très relative et très inégale puisqu’elle varie en fonction du statut du joueur. Celui-ci ne négocie pas seul. Il peut se faire représenter individuellement, en plus de la représentation dont il bénéficie collectivement. Cette représentation individuelle n’est pas imposée mais proposée par la convention collective. Ainsi, le joueur peut décider d’avoir ou non recours à un agent. Il détermine également la mission qu’il lui confère : une mission de représentation « en son nom » ou d’assistance. L’agent doit être « certifié » et peut négocier tant le salaire que des « aménagements spéciaux ».

L’article IV de la convention collective précise en effet :

« A Player, if he so desires, may designate an agent to conduct on his behalf, or to assist him in, the negotiation of an individual salary and/or Special Covenants to be included in his Uniform Player’s Contract with any Club, provided such agent has been certified to the Clubs by the Association as authorized to act as a Player Agent for such purposes ».

Il est intéressant de noter que la présence du joueur n’est pas requise dans toutes les démarches de négociations du contrat opérées par l’agent lorsqu’il agit en tant que représentant.

Le même article IV précité souligne à ce propos :

« A Club may require a Player’s physical presence only once during contract negotiations. This limitation shall not apply to telephone conference calls, at reasonable times, with a Player and his certified Player Agent. A Player required to be physically present during negotiations during the offseason shall be entitled to be paid by the Club for roundtrip first-class transportation and first-class hotel costs, and a daily meal and tip

³⁰⁷ Weiler, *Documents and statutory supplement to Sports and the law : text, cases, problems*, supra note 212 à la p 305.

allowance, at the same rate as the in-season meal and tip allowance provided under Article VII(B) for the immediately preceding season, for that day and any additional travel days ».

Le contrat d'agent n'est pas un simple mandat. Il a été défini comme « the fiduciary relation that results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act in his behalf and subject to his control, and consent by the other to so act »³⁰⁸. En pratique, presque tous les joueurs professionnels ont un agent qui négocie dans leur intérêt³⁰⁹. Le contrat de travail du joueur de baseball n'est évidemment pas le seul contrat négocié mais c'est celui qui nous intéresse en l'espèce puisque l'offre finale vise à déterminer le salaire de son contrat de travail. C'est pourquoi, l'agent doit être familier avec les termes du contrat « standard » et les autres « lois » et « règlements » applicables au baseball, maîtriser le droit du travail ainsi que comprendre les problèmes économiques du sport afin de bien représenter son client³¹⁰. Il semblerait que la « popularité » du rôle d'agent ait considérablement augmenté depuis une vingtaine d'années³¹¹. Le Professeur Patrick K. Thornton explique ce phénomène :

« This increase can be attributed to many factors, including the increase in popularity of sports, the broadcasting of sports on television, the rising salaries for professional players, the extensive and complex nature of collective bargaining agreements in professional sports, the rise of labor unions, and the increased ability of a player to generate income in addition to his or her playing contract »³¹².

Si les agents ne semblent pas « faire l'unanimité » auprès des propriétaires, la convention collective ne leur donne pas le choix que de négocier individuellement avec eux, même si interagir avec ces « requins » semblerait pour le moins sportif³¹³. Roger I. Abrams précise

³⁰⁸ Patrick K. Thornton, *Sports law*, Sudbury, Mass; Toronto, Jones and Bartlett Publishers, 2011 à la p 240.

³⁰⁹ Wong, *Essentials of sports law*, *supra* note 10 à la p 579. “Leurs intérêts” renvoient ici à l'intérêt du joueur évidemment mais également à l'intérêt de l'agent qui le représente puisque ce dernier touche en moyenne entre 3% et 10 % de la valeur totale du contrat du joueur.

³¹⁰ Thornton, *Sports law*, *supra* note 309 à la p 239.

³¹¹ *Ibid* à la p 238.

³¹² *Ibid.*

³¹³ Abrams, *The money pitch*, *supra* note 202 à la p 87.

à ce propos que les « agents make the money pitch, and it is not always a pleasant hanging curve. It is often a high, hard, and inside fastball »³¹⁴.

Afin de bien remplir la mission qui lui est confiée, l'agent se doit d'effectuer une « vérification diligente » des informations relatives au(x) joueur(s), au club et au contexte, ainsi que de préparer des stratégies et de préparer des « alternatives ». Avant de procéder aux négociations, l'agent doit être préparé et être en mesure de répondre aux prétentions adverses³¹⁵.

B_DE L'OFFRE INDIVIDUELLE

L'offre individuelle est celle du contrat standard (2) proposé au joueur « réservé » (1).

1_Le joueur « réservé »

Le club a le droit de réserver un joueur (1.1.) qui lui doit l'exclusivité de ses services (1.2).

1.1_Le droit du club de « réserver » un joueur

La « réservation » d'un joueur constitue un « droit » pour le club comme l'indique clairement l'article XX (A) de la convention collective de la MLB, intitulé *Reservation Rights of the Clubs* aux termes duquel « [s]ubject to the rights of Players as set forth in this Agreement, each Club may have title to and reserve up to 40 Player contracts ».

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ Wong, *Essentials of sports law*, *supra* note 10 à la p 581.

Le système de la « clause de réserve » a été développé puis repris par d'autres ligues sportives. Il restreint un marché sur lequel les joueurs pourraient potentiellement vendre leurs services. Un joueur ne peut « négocier » qu'avec un seul club. L'introduction d'un système « d'adjudication » impartial et du statut d'agent libre a permis de bousculer un marché « monopsonne » dont les propriétaires sont réputés avoir largement profité. Sur le marché de l'emploi, un employeur « fort » influence les salaires en restreignant l'emploi.

1.2_L'exclusivité des services d'un joueur à son club

L'exclusivité est encadrée par une clause de réserve (1.2.1.), qui a évolué. On distingue en effet l'ancienne clause de réserve (1.2.2.) de la nouvelle clause de réserve (1.2.3.).

1.2.1_Caractérisation de la clause de réserve

Le concept de « système de réserve » peut sembler obscur. Le Professeur Paul C. Weiler le décrit ainsi :

« It seems fair to say [...] that the “Reserve System” refers to a complex and a congeries of rules of the leagues (and provisions in the collective Basic Agreement and the Uniform Players (Contract) related to the objective of retaining exclusive control over the service of their players in the interest of preserving discipline, preventing the enticement of players, maintaining financial stability and promoting a balance or a relative parity of competitive skills as among clubs. Such “exclusive control”, it is said, is exercised by a Club placing the name of a player on its “reserve list” which is distributed to the others clubs in both leagues. A player on such a list, assert the leagues, cannot “play for or negotiate with any other club until his contract has been assigned or he has been released »³¹⁶.

³¹⁶ Weiler, *Documents and statutory supplement to Sports and the law : text, cases, problems, supra* note 212 à la p 278.

1.2.2_L'ancienne clause de réserve

La clause de réserve «complète » initiale, qui était insérée dans les contrats des joueurs, n'était pas limitée dans le temps. Les joueurs de baseball appartenaient à vie à leur club signataire, qui exerçait alors un contrôle absolu sur eux³¹⁷. Le Professeur Paul C. Weiler expose clairement les justifications apportées à l'instauration initiale de cet ancien système :

« The leagues assert that the system was designed, initially, to combat the institutional chaos that resulted when players under contract with one club defected to another. In an effort to deal with the problem, it is represented, various versions of reserve clauses had been adopted. The problems facing the National League in the closing years of the 19th century, however, in respect of defecting players, were not limited to the circumstances of a player defecting to another club in the league. The League, in 1899, in an effort to prevent defection of players to other leagues, placed in the individual player's contract a "renewal clause", so-called. This clause, according to the leagues, was the legal basis for clubs applying to the courts of equity to enjoin players from "jumping" to a rival league. [...] but all gave an option to a club to renew its contract with players for stated periods »³¹⁸.

1.2.3_La nouvelle clause de réserve

La « nouvelle » clause de réserve est limitée dans le temps. Ainsi, même si le visage de la clause de réserve a changé d'expression, ce système n'a pour autant pas été totalement éradiqué puisque un joueur appartient au propriétaire qui l'a signé pendant les six premières années de sa carrière en MLB. En effet, aux termes de l'article XX (B) (1) de la convention collective:

« Following the completion of the term of his Uniform Player's Contract, any Player with 6 or more years of Major League service who has not executed a contract for the next succeeding season shall become a free agent, subject to and in accordance with the provisions of this Section B ».

³¹⁷ Wong, *Essentials of sports law*, *supra* note 10 à la p 389.

³¹⁸ Weiler, *Documents and statutory supplement to Sports and the law : text, cases, problems*, *supra* note 212 à la p 279.

L'article XX (A) de la convention collective de la MLB énumère les cas dans lesquels la « réservation » prend fin :

« A Club shall retain title to a contract and reservation rights until one the following occurs: (1) The Player becomes a free agent, as set forth in this Agreement; (2) The Player becomes a free agent as a result of (a) termination of the contract by the Club pursuant to paragraph 7(b) thereof, (b) termination of the contract by the Player pursuant to paragraph 7(a) thereof, (c) failure by the Office of the Commissioner to convey to the Player, by Central Tender Letter submitted to the Association, the Club's tender of a new contract within the time period specified in paragraph 10(a) of the contract (see Attachment 9), or (d) failure by the Club to exercise its right to renew the contract within the time period specified in paragraph 10(a) thereof; or (3) The contract is assigned outright by the Club ».

2_Le contrat standard du joueur « réservé »

Les six années de services pendant lesquelles le joueur de baseball est lié par une clause de réserve se divisent elles-mêmes en deux grandes périodes : les trois premières années qui correspondent à une clause « ferme » puis les trois suivantes qui correspondent à l'éligibilité à l'offre-finale.

Pendant les trois premières années de sa carrière professionnelle, le salaire du joueur est fixé unilatéralement par le club, dont il est « à la merci »³¹⁹. Le joueur n'a pas de pouvoir de négociation. L'article VI (A) de la convention collective prévoit toutefois un salaire minimum. Le joueur n'a que le choix d'accepter ou de refuser l'offre soit donc de se retirer de la ligue et de changer d'occupations³²⁰. Le même article précité prévoit que le montant de ce salaire est de 480,000\$ en 2012 pour un joueur dont ce n'est pas le premier contrat en MLB ou qui a au moins un jour de service en MLB. En 2013 et 2014, les montants prévus sont respectivement de 490,000\$ et 500,000\$.

La convention collective prévoit également un maximum de « variation salariale » pour les joueurs sous clause de réserve. En effet, aux termes de l'article VI- B (1) (a) :

³¹⁹ Roger D Blair, *Sports economics*, New York, Cambridge University Press, 2012 à la p 418.

³²⁰ *Ibid* à la p 347.

« A Club may not tender, sign or renew a Player under reserve to the Club pursuant to Article XX(A) of this Agreement and paragraph 10(a) of the Uniform Player's Contract to a Uniform Player's Contract that provides a salary for: (a) Major League service that constitutes a reduction in excess of 20% of his salary for Major League service in the previous season or in excess of 30% of his salary for Major League service two seasons prior to the first season covered by the new contract[...] ».

SECTION 2- DE L'OFFRE CONTRACTUELLE « ARB »

Lorsqu'il devient éligible à l'arbitrage salarial, le joueur de baseball peut négocier - au sens propre du terme - sa rémunération, dont les modalités varient suivant l'« avenue contractuelle » empruntée. Il est établi que celle-ci diffère au gré des étapes du processus de l'offre-finale (A). Certaines alternatives (B) « post-arbitrales » restent « offertes » au club et à son joueur.

A DES PRINCIPES

L'offre arbitrale préarbitrale (1) diffère de celle tranchée lors de l'audience arbitrale (2).

1_Le contrat « avant l'audience arbitrale »

Avant l'audience arbitrale, le contrat standard peut être dit « ouvert » (1.1.) ou encore « multi-saisons » (1.2.).

1.1_Le contrat standard « ouvert »

Lorsqu'il devient éligible au mécanisme de l'offre-finale, le joueur de baseball n'est toujours pas libre de négocier avec d'autres clubs³²¹ mais il commence à pouvoir concrètement discuter son salaire avec son club. La menace de l'arbitrage salarial favorise les négociations salariales puisqu'en cas d'échec le montant du salaire sera choisi par un tiers en fonction de critères établis par la convention collective.

Les négociations pré-arbitrales sont directes entre les parties et sont réputées plus avantageuses économiquement, puisque outre le salaire, elles portent également sur le

³²¹ *Ibid* à la p 442.

bonus ou encore sur la « trade clause »³²². Les négociations permettraient aux parties d'être « créatives » et pourraient être « ajustées » pour répondre à leurs intérêts respectifs³²³.

1.2_Le contrat multi-saisons

Un contrat multi-saisons peut être proposé par un club à deux moments : juste avant que le joueur ne devienne éligible à l'arbitrage salarial et/ou lorsque le joueur a déposé un avis de soumission au mécanisme de l'offre-finale.

Le contrat multi-saisons permet à un club de maintenir le fort contrôle qu'il exerce sur son joueur pendant plusieurs saisons et « stopper » ainsi la croissance du pouvoir de négociation de ce joueur jusqu'à ce qu'il devienne agent libre³²⁴.

Parce que ces contrats se révèlent être plus complexes à négocier et que le délai de négociation est court (un mois) entre le dépôt de l'avis de soumission à l'arbitrage salarial et l'audience arbitrale, les employeurs préfèrent proposer ces contrats avant l'éligibilité du joueur au mécanisme de l'offre finale³²⁵. Le club n'aura ainsi pas à se « soucier » d'être « entraîné » dans ce processus et subir une quelconque « volatilité salariale », voire à se faire « imposer » un montant par un tiers³²⁶. L'existence de contrat multi-saisons serait intimement liée à l'instauration du statut d'agent libre en 1976³²⁷, qui entraîna dès l'année suivante une augmentation moyenne de 50% des salaires des joueurs éligibles au statut³²⁸. A titre d'exemples, le joueur le mieux payé de la MLB, Alex Rodriguez des

³²² Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 à la p 62.

³²³ Primm, « Salary Arbitration Induced Settlement in Major League Baseball », *supra* note 14 à la p 89.

³²⁴ *Ibid* à la p 83.

³²⁵ Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 à la p 90.

³²⁶ Primm, « Salary Arbitration Induced Settlement in Major League Baseball », *supra* note 14 à la p 83.

³²⁷ Blair, *Sports economics*, *supra* note 320 à la p 405.

³²⁸ Wong, *Essentials of sports law*, *supra* note 10 à la p 557.

New York Yankees, a signé un contrat de dix ans (2008-2017) pour 275 000 000\$³²⁹. En 2012, les Giants accordent 127,5 millions de dollars à Matt Cain pour une période six ans³³⁰.

Le contrat multi-saisons a pu être qualifié de « version moderne de la clause de réserve »³³¹. Pour autant, il semblerait que ce soient les équipes de petites franchises, aux ressources plus limitées, qui signent majoritairement des contrats multi-saisons pour garder leurs bons éléments³³².

Ces contrats sont très variables non seulement quant à leur durée³³³, mais aussi quant à leur caractère « garanti »³³⁴ ou non. Ils peuvent comporter des clauses de « buyout », « option years »³³⁵, ou encore « incentive provisions »³³⁶. Si les contrats multi-saisons assurent aux joueurs une sécurité de l'emploi, ils exploiteraient à la baisse le potentiel salarial des joueurs. Selon l'auteur Adam Primm :

« The team desires a multiyear contract because it allows them to spread the salary over a longer period of time, which can result in a lower salary per season, as well as more flexibility in paying the player a certain amount. A multiyear contract can allow the player to receive some salary earlier than if he waited for arbitration or free agency, but the player may accept a smaller potential future salary in the process. Overall, a multiyear contract allows the team to offer more money in the long run in return for a guarantee to have the player's services for a certain number of years, while a player may sacrifice some future income in exchange for a smaller raise in the immediate future and job security for an extended period of time »³³⁷.

³²⁹ « Rodriguez finalizes \$275M deal with Yankees », Espn (December 13, 2007) en ligne: <http://sports.espn.go.com/mlb/news/story?id=3153171>.

³³⁰ « Les Giants accordent 127,5 millions \$ à Matt Cain », *La Presse* (02 avril 2012) en ligne : <http://www.lapresse.ca/sports/baseball/201204/02/01-4511812-les-giants-accordent-1275-millions-a-matt-cain.php>.

³³¹ Primm, « Salary Arbitration Induced Settlement in Major League Baseball », *supra* note 14 à la p 96.

³³² *Ibid* à la p 99.

³³³ Blair, *Sports economics*, *supra* note 320 à la p 13.

³³⁴ Un contrat « garanti » oblige le club à payer le joueur indépendamment de ses performances.

³³⁵ Si un club lève l'option et décide d'employer le joueur l'année suivante, il lui paiera le salaire prévu dans le contrat à cet effet ; dans le cas contraire il lui paie un montant libératoire également prévu au contrat.

³³⁶ Les clauses incitatives sont susceptibles d'augmenter considérablement les revenus d'un joueur. On distingue les « award bonuses », « attendance bonuses », « team performance bonuses ». Voir :Blair, *Sports economics*, *supra* note 320 aux p 405-413.

³³⁷ Primm, « Salary Arbitration Induced Settlement in Major League Baseball », *supra* note 14 à la p 89.

Le Professeur Joel Maxcy livre une analyse économique intéressante des contrats de travail multi-saisons :

« Theoretically, the economic function of the long-term labor contract is that of a facilitator of risk reallocation between worker and firm. [...] [But], [t]he compensating wage differential explanation may not be well suited to the baseball labor market. When the labor input is uniquely skilled, as are professional baseball players, the uncertain future cost of maintaining or replacing a given individual's productivity creates an additional source of risk. Furthermore, given a non-homogenous labor force, not only productivity vary across individuals, but also a worker's production would be expected to vary across production periods. The productive uncertainty associated with the labor input also is a consequential factor in motivating the parties to reallocate risk by contractual agreement. In this situation, the model predicts that firms prefer long-term labor contracts, when price uncertainty in regard to the labor input is high. Similarly, greater uncertainty about the worker's future-level of production lowers the likelihood that a firm offers a long-term contract. In baseball skill level and performance vary greatly across players. Players who perform at the highest level possess particularly unique skills. This implies that the production of skilled players is not easily replaced, because players of similar ability do not exist in the club's reserve talent pool.[...] If the club plans to maintain or replace unique talent, often they must bid against their rivals during the negotiation period. Market uncertainty presents a significant risk to the club, and the greater the relative skill of the player, the greater the level of risk with regard to the future price of his service. [...] This is contrary to the theory that the long-term employment contract acts as a compensating wage differential. Empirical evidence shows that long-term contracts are more likely for players who pose the highest level of market uncertainty for their employers. Typically these players have reached a point in their careers when they are approaching or have acquired free agent status, and have exhibited above average performance. Uncertainty about future performance reduces the likelihood of a long-contract »³³⁸.

2_Le salaire déterminé à l'issue de « l'audience arbitrale »

Le mécanisme de l'offre-finale n'est déclenché que lorsque les négociations salariales directes entre les parties ont échoué.

³³⁸ Joel Maxcy, « Motivating long-term employment contracts: risk management in Major League Baseball », (2004) 25 *Manage. Decis. Econom* 110,118.

Les négociations préalables directes sont le plus souvent concluantes³³⁹. Plusieurs explications ont été avancées lorsqu'elles échouent : les attentes « exigeantes » d'un joueur qui a eu avant l'arbitrage une excellente saison, un club qui estime ne pas avoir les ressources suffisantes pour satisfaire les prétentions salariales d'un joueur, l'impact sur les autres joueurs d'un accord sur un salaire généreux ou le risque de provoquer des demandes similaires chez d'autres joueurs de l'équipe³⁴⁰ ou encore les personnalités et ego respectifs des parties³⁴¹.

Lorsque les parties vont à l'audience, le panel arbitral détermine seulement la clause du contrat relative au salaire et ce pour une durée d'un an³⁴². Ce contrat rentre dans la catégorie des « nonguaranteed contract »³⁴³. Roger I. Abrams souligne à ce propos la difficulté d'évaluer l'équivalent des clauses de *non compensation* (*nontrade clause, bonus provision, guarantee of payment for the full term of contract*) absentes du contrat uniforme qui liera chaque joueur après le processus d'arbitrage salarial³⁴⁴.

En 2012, sur huit audiences répertoriées, six ont été « remportées » par les clubs. A titre d'exemple, John Lannan des Nationals avait demandé 5,700,000\$. C'est l'offre de son club à 5,000,000\$ qui a été choisie. L'offre de Jeff Niemann des Rays était de 3,200,000\$, celle de son club 2,750,000\$. Le panel arbitral a également choisi l'offre proposée par le club. Les deux joueurs qui ont vu cette année leur offre acceptée sont Anibal Sanchez (8,000,000\$ vs 6,900,000\$) et Emillo Bonifacio (2,200,000\$ vs 1,950,000\$) des Marlins³⁴⁵.

³³⁹ Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 à la p 63.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 à la p 57.

³⁴³ Ce sont des contrats notamment sans bonus. Voir : Mitten, *Sports law in the United States*, *supra* note 5 à la p 113.

³⁴⁴ Abrams, *The money pitch*, *supra* note 202 à la p 163.

³⁴⁵ Maury Brown, « Arbitration scorecard » (2012), en ligne: [bizofbaseball.com](http://www.bizofbaseball.com)
<http://www.bizofbaseball.com/index.php?option=com_content&view=article&id=719&Itemid=116>.

B_DES ALTERNATIVES

Tant le club (1) que le joueur (2) sont réputés bénéficier d'alternatives.

1_Les alternatives du club

Un club peut « disposer » du contrat de son joueur de différentes manières. Le club peut tout d'abord renouveler ce contrat. L'article 10(a) du contrat standard prévu dans la convention collective prévoit que lorsque le joueur n'a pas exercé son droit de devenir agent libre, le club peut conserver son droit de « réservation » en faisant une offre de contrat d'une durée d'un an au joueur. Lorsque les parties ne se sont pas mis d'accord sur les termes, le club peut renouveler ledit contrat dans les mêmes termes, à l'exception du salaire qui doit être fixé conformément à la balise prévue à l'article VI, Section B de la convention collective³⁴⁶.

Ensuite, conformément à l'article 6(a) du contrat standard, le joueur peut également être transféré à un autre club, qui détiendra alors des droits exclusifs sur le joueur³⁴⁷. Ce dernier ne sera donc plus lié contractuellement avec son ancien club.

Enfin, l'article 7 (b) du contrat standard prévoit les hypothèses dans lesquelles le club peut mettre fin au contrat du joueur:

« The Club may terminate this contract upon written notice to the Player (but only after requesting and obtaining waivers of this contract from all other Major League Clubs) if the Player shall at any time:

³⁴⁶ Aux termes de l'article VI- Section B (1) (a) :

« A Club may not tender, sign or renew a Player under reserve to the Club pursuant to Article XX(A) of this Agreement and paragraph 10(a) of the Uniform Player's Contract to a Uniform Player's Contract that provides a salary for: (a) Major League service that constitutes a reduction in excess of 20% of his salary for Major League service in the previous season or in excess of 30% of his salary for Major League service two seasons prior to the first season covered by the new contract[...] ».

³⁴⁷ Blair, *Sports economics*, *supra* note 320 à la p 442.

(1) fail, refuse or neglect to conform his personal conduct to the standards of good citizenship and good sportsmanship or to keep himself in first-class physical condition or to obey the Club's training rules; or (2) fail, in the opinion of the Club's management, to exhibit sufficient skill or competitive ability to qualify or continue as a member of the Club's team; or

(3) fail, refuse or neglect to render his services hereunder or in any other manner materially breach this contract ».

2_Les alternatives du joueur de baseball

Les alternatives du joueur sont limitées tant qu'il est « réservé ». En effet, l'article 7 (a) du contrat standard prévoit que le joueur peut mettre fin à son contrat notamment lorsque le club manque à ses obligations prévues au contrat, dont celle de verser un salaire au joueur, dans le délai qui lui est imparti.

Aux termes de l'article XX (A) (2) de la convention collective, un joueur peut encore devenir agent libre lorsque son club n'a pas remédié, dans le délai imparti, à une erreur, qui lui a été signifiée par le joueur relativement au processus d'offre ou de renouvellement d'un contrat, réputée non conforme à l'article VI de la convention collective. Le joueur devient également agent libre lorsqu'il met lui-même un terme à son contrat, lorsque le club met fin au contrat, lorsque le bureau du Commissaire ne communique l'offre du club au joueur dans le délai imparti par la convention collective, lorsque le club n'exerce pas son droit de renouveler le contrat dans le délai imparti.

Le pouvoir de négociation d'un joueur est fonction de son statut. On remarque néanmoins qu'il croit quand le pouvoir de contrôle de son club décroît. Ce n'est que devenu « agent libre » que le joueur de baseball retrouvera sa pleine liberté contractuelle. Ce statut implique la fin de l'exclusivité du club. Plusieurs clubs peuvent alors lui faire une offre dans le cadre d'un processus d'enchères³⁴⁸, qualifié de *private value auction* dans la mesure où le prix de ce qui est vendu (le joueur) varie en fonction des acheteurs

³⁴⁸*Ibid* à la p 383.

potentiels³⁴⁹. Le montant des offres des clubs est réputé augmenter lorsque parallèlement les équipes tentent de surenchérir pour faire signer le joueur³⁵⁰.

³⁴⁹ *Ibid* à la p 384.

³⁵⁰ *Ibid.*

CHAPITRE 2 - DE L'UTILITE EXTRINSEQUE AU BASEBALL

Le mécanisme de l'offre-finale constitue un outil efficace d'incitation au règlement (section 1) et à ce titre gagne à être connu (section 2).

SECTION 1- L'INCITATION AU REGLEMENT

L'utilité du mécanisme de l'offre-finale est manifeste en ce qu'il encourage la négociation de bonne foi (A) et le règlement des litiges préalablement à l'audience arbitrale (B).

A_OUTIL DE NEGOCIATION DE BONNE FOI

L'offre-finale est outil de négociation de bonne foi en ce que le compromis est effectué par les parties (1) et favorise un équilibre contractuel (2).

1_Le compromis³⁵¹ effectué par les parties

L'arbitrage de l'offre-finale est à distinguer de l'arbitrage conventionnel (1.1.) avant d'expliquer le choix de la MLB pour le premier processus (1.2).

1.1_Arbitrage conventionnel vs arbitrage de l'offre-finale

L'arbitrage de l'offre-finale est vu comme un mécanisme alternatif à l'arbitrage conventionnel, « critiqué » pour sa tendance à « split[er] the baby »³⁵². Certains ont

³⁵¹ Le « compromis » vise ici l'arrangement par lequel les parties font des concessions mutuelles.

³⁵² A contrario voir: Stephanie E. Keer and Richard W. Naimark, « Arbitrators Do Not “Split the Baby” - Empirical Evidence from International Business Arbitrations », (2001) 18:5 *Journal of International Arbitration* 573,578.

comparé négativement l'arbitrage conventionnel à un jugement de Salomon à savoir un compromis réputé insatisfaisant entre les positions³⁵³.

L'arbitrage conventionnel est critiqué pour son *chilling effect* qui n'inciterait pas les parties à négocier de bonne foi puisque l'issue arbitrale leur paraîtrait plus attirant³⁵⁴. Une partie qui espère qu'une sentence arbitrale lui sera plus favorable serait tentée d'exagérer ses prétentions³⁵⁵.

Peter Feuille, Professeur à la School of Labor & Employment Relations de l'Université de l'Illinois, compare les effets de l'arbitrage conventionnel et de l'arbitrage de l'offre finale, notamment dans le secteur public américain:

« **Conventional arbitration** : [...] The most publicized criticism, though, involves the “chilling” or deterrent effect that conventional arbitration allegedly has on the parties’ incentives to bargain in good faith. If either party, the argument goes, anticipates that it will get more from the arbitrator than from a negotiated settlement, it will have an incentive to avoid the trade-offs of good faith bargaining and will cling to excessive or unrealistic positions in the hope of tilting the arbitration outcome in its favor. This lack of hard bargaining will occur because of a significant reduction in the costs of disagreement. Not only will there be no strike costs, the uncertainties associated with continued disagreement are reduced because of the usual compromise outcome: the arbitrator gives less than the union has asked for and more than the employer has offered. In other words, since conventional arbitration imposes much smaller costs of disagreement than strikes, there is little incentive to avoid it. The logical conclusion of this line of reasoning is that when arbitration is available it will have a “narcotic effect” upon the parties transforming them into arbitration addicts who habitually rely upon arbitrators to write their labor contracts »³⁵⁶.

« **Final offer arbitration**: Final offer [...] arbitration has been offered as an antidote to the alleged chilling effect of conventional arbitration. [...] final offer arbitration attempts to increase the costs of disagreement by eliminating arbitral discretion. Since the arbitrator must select one or the other final offer, the parties are induced to develop ever more reasonable positions in the hope of winning the award, and these mutual attempts to win neutral approval should result in the parties being so close together they will create their own settlement. These convergent movements should result because of the fear that

³⁵³ Mitrovic, « L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? », *supra* note 2 à la p 1171.

³⁵⁴ Elissa M. Meth, « Final Offer Arbitration : a model for dispute resolution in domestic and international disputes », *supra* note 29 à la p 387.

³⁵⁵ Mitrovic, « L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? », *supra* note 2 à la p 1171.

³⁵⁶ Feuille, « Final offer arbitration and the chilling effect », *supra* note 28 à la p 304.

the arbitrator will select the other side's offer. In other words, the possibility that either party may lose everything in arbitration will act as an incentive for them to seek security in their own agreement. As a result, final offer arbitration should not have a chilling effect because the potentially severe costs of disagreement will enable it to function as a "strikelike" mechanism which pushes the parties together in a manner that conventional arbitration does not »³⁵⁷.

Pour autant, qu'est-ce que négocier de bonne foi lorsque la notion en elle-même de « bonne foi » semble difficile à circonscrire et à mettre en œuvre. A ce propos, il a été fait remarquer que s'exercer à la définir serait « futile » dans la mesure où « [...] good faith can have no absolute meaning : it simply assumes its contents from the facts of each particular case »³⁵⁸. Néanmoins, la doctrine de la bonne foi résulterait d'un souci commun d'équité et de protection des attentes raisonnables des parties. En conséquence, le Professeur Thomas Carbonneau souligne que « definition attempts have centered on concepts and terms such as « fair conduct », « reasonable standard », « decent behavior », or « community standards of fairness and reasonableness »³⁵⁹.

Dans l'arrêt *Gateway Realty v. Arton Holdings*³⁶⁰, une définition plus précise de la bonne foi a été formulée :

« What will constitute bad faith or breach of the conduct described above will depend on the terms of the contract and the circumstances of each case. In most cases, bad faith can be said to occur when one party, without reasonable justification, acts in relation to the contracts in a matter where the result would be to substantially nullify the bargained objective or benefit contracted for by the other party, or to cause significant harm to the other, contrary to the original purpose and expectations of the parties ».

Principe général de bonne conduite dans le cadre des relations contractuelles, l'appréciation de la bonne foi est à mesurer dans le cadre spécifique des relations de travail dans la mesure où, comme le remarque Judy Fudge :

« Employment is an asymmetrical relationship in which the employee implicitly cedes authority to the employer. Inequality is not just a question of bargaining power; it is an

³⁵⁷ *Ibid* à la p 305.

³⁵⁸ O'Byrne, « Good faith in contractual performances: recent developments », (1995) 74 *Canadian B. Rev.* 70.

³⁵⁹ Thomas E Carbonneau et al., *Handbook on international arbitration and ADR*, Huntington, N.Y., JurisNet, 2006 à la p 205.

³⁶⁰ *Gateway Realty v. Arton Holdings*, 106 N.S.R. (2d) 197 (N.S.T.D., 1991).

essential institutional feature of employment that the employer has a unilateral and residual right of control and the employee has an open-ended duty of obedience »³⁶¹.

Pour autant, la même auteur souligne que : « [t]his "portmanteau, general obligation" has become the main vehicle for achieving the reciprocal model of the employment contract »³⁶².

La Cour suprême canadienne s'était quant à elle exprimée sur la question de la bonne foi dans les relations de travail dans l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*³⁶³ :

« [41] Dans le contexte du devoir de négocier de bonne foi, chaque partie doit s'engager à chercher honnêtement à trouver un compromis. Les deux parties doivent se présenter à la table des négociations avec de bonnes intentions ».

Dans son arrêt *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*³⁶⁴, la même Cour suprême canadienne précisait sur le sujet:

« [100] L'un des éléments fondamentaux de l'obligation de négocier de bonne foi consiste en l'obligation de tenir des rencontres et de consacrer du temps au processus.
[101] Les parties ont l'obligation d'établir un véritable dialogue : elles doivent être disposées à échanger et expliquer leurs positions. Elles doivent faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable ».

Le Professeur Weiler a commenté l'obligation de bonne foi dans le sport professionnel américain en ces termes :

« For our purposes it is sufficient to state that the principal focus of the duty is procedural, rather than substantive. As long as the party does not engage in *surface* [en italique dans le texte] bargaining- that is, go through the motions with no real intent to arrive at a settlement- the party is perfectly free to engage in *hard* [en italique dans le texte] bargaining – to remain unyielding in its negotiation position, whatever the arguments made by the other side. The statutory policy of free collective bargaining presumes that the ultimate way to break a deadlock at the bargaining table should be

³⁶¹ Judy Fudge, « The Limits of Good Faith in the Contract of Employment: From Addis to Vorvis to Wallace and Back Again? » (2007), 32 *Queen's L.J.* 529.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ [1996] 1 RCS 369.

³⁶⁴ [2007] 2 RCS 391.

through the economic pressure of a strike or a lockout, not through an unfair labor practice charge in which one party tries to persuade the Board that its position is more reasonable than the other side's »³⁶⁵.

1.2_Le choix du mécanisme de l'offre-finale au baseball

L'arbitrage de l'offre-finale a été choisi et intégré à la convention collective de la MLB. Au baseball, le mécanisme de l'offre-finale entraîne le « transfert de la responsabilité » de compromettre³⁶⁶ du panel arbitral sur les parties. En l'espèce, un « compromis » est bel et bien effectué sauf qu'il n'est opéré ni par les mêmes protagonistes, ni au même moment dans le processus, ni par rapport au même critère. Le mécanisme de l'offre-finale promouvrait la convergence des propositions salariales, de peur de voir la proposition de l'autre partie retenue³⁶⁷. En négociant, elles essaient le plus souvent de se rapprocher d'un point médian et de proposer une offre « raisonnable »³⁶⁸. Ce ne sont pas les membres du panel arbitral qui tranchent « au milieu » mais les parties elles-mêmes. Le « compromis » effectué n'a pas lieu en l'espèce à l'audience arbitrale mais en amont, lors des négociations³⁶⁹. Il est d'ailleurs de l'intérêt de chaque partie de soumettre l'offre la plus fidèle à la « réelle » valeur marchande du joueur³⁷⁰, soit la valeur du marché³⁷¹, car c'est ce critère qui sera pris en considération par le panel pour choisir entre les deux offres et trancher.

Roger I. Abrams rappelle ainsi :

« The parties know that in arbitration the panel must decide which position-the player's or the club's- is closer to the real market value in comparisons with other players of similar experience and performance. The mid-point between the parties' positions

³⁶⁵ Weiler, *Documents and statutory supplement to Sports and the law : text, cases, problems, supra* note 212 à la p 308.

³⁶⁶ Le verbe compromettre renvoie à la même définition choisi à la note 452

³⁶⁷ Jonathan M. Conti, « Effect of Salary Arbitration on Major League Baseball, The » (1998) 5 Sports Law J 221, 231.

³⁶⁸ Blair, *Sports economics, supra* note 320 à la p 418.

³⁶⁹ Tulis, « Final-Offer Baseball Arbitration », *supra* note 7 à la p 102.

³⁷⁰ Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 à la p 62.

³⁷¹ *Ibid.*

[...].When the arbitration panel hears this player's case, it must decide whether the player is worth more or less than this "break point" between the two final offers »³⁷².

Au même auteur de souligner que:

« The settlement dynamic operates in baseball salary arbitration because it is based on the final-offer principle. If the arbitrator could select any salary, as in hockey salary arbitration, he is likely to pick some compromise position which he determines [...]. By comparison, in final-offer arbitration the best final position is the more reasonable one, the one closer to the real market value, wherever that is »³⁷³.

Chimiquement comparée à une « bombe à hydrogène³⁷⁴ », l'audience, à l'issue de laquelle le panel choisit une des deux offres proposées, représente en quelque sorte une épée de Damoclès à « combattre » en négociant de bonne foi³⁷⁵.

2_L'équilibre contractuel favorisé

Parce que vingt-neuf des trente franchises de baseball sont situées aux Etats-Unis, nous nous référons dans ce paragraphe au droit américain des contrats. Le contrat entre un joueur de baseball et son club est gouverné par les principes de *common law* du droit des contrats³⁷⁶. A ce titre, ne pourrait-on pas estimer que l'offre-finale baseball – en offrant à un joueur la possibilité de pouvoir négocier véritablement son salaire au travers de ce processus arbitral - permet de « rééquilibrer » ultérieurement (dans le futur contrat) l'élément de *consideration* censé être « échangé » entre les parties? La *consideration* est définie comme « the value given in return for a promise. It is a legal detriment that has been bargained for in exchange for a promise »³⁷⁷. De plus, « no contract is enforceable [...] without the flow of consideration – both sides must get something out of the exchange »³⁷⁸. Dans l'arrêt *Philadelphia v. Lajoie*, la Cour a estimé qu'un joueur ne

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ Meth, « Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and. International Disputes », *supra* note 29 à la p 388.

³⁷⁵ Brien Wassner, « Major League Baseball's Answer to Salary Disputes and the Strike: Final Offer Arbitration: A Negotiation Tool Facilitating Adversary Agreement » (2003) 6 Vand J Ent L & Prac 5, 10.

³⁷⁶ Thornton, *Sports law*, *supra* note 309 à la p 63.

³⁷⁷ *Higgins v. Monroe Evening News*, 272 N.W.2d 537 (Mich 1978).

³⁷⁸ *Schulz v. U.S. Boxing Ass'n*, 105 F.3d 127 (3d Cir.1997).

pouvait « abandonner » son contrat au motif que « it laked *consideration* ». En effet, elle affirme qu'elle n'analyse pas le caractère suffisant ou satisfaisant de la *consideration* mais simplement son « existence »³⁷⁹. Le Professeur Patrick K.Thornton rappelle que « specific performance is not the favored remedy for breach of a personal services contract. Enforcement problems would arise if specific performance were required ».³⁸⁰ Il souligne que « most contracts will provide for a negative covenant, which binds the player to a team in the event a player attempts to breach a contract and move to another team ».

Finalement, ne pourrait-on pas encore estimer que l'offre-finale permet au baseball de « moraliser » la relation « d'affaires » qu'entretient un club avec son joueur ? Le baseball est un marché qui affiche sans complexe des objectifs de productivité et de rentabilité. Mettons de côté le cadre des relations individuelles de travail pour apprécier ce contrat d'un point de vue essentiellement « commercial ». Dans ce contexte, comme tout contrat « complexe », il peut être confronté à un moment donné aux affres de nouveaux développements ou situations³⁸¹. Et à ce titre, ne pourrait-on pas alors, dans une certaine mesure, rapprocher « l'esprit » de la mission confiée au tribunal arbitral à l'un des « objectifs » des Principes d'UNIDROIT, à savoir la moralisation des relations contractuelles³⁸². La situation du joueur de baseball, enfermé pendant plusieurs années dans une clause de réserve « à très bas prix » - au regard des sommes générées par ce sport – ne constituerait-t-elle pas une situation exceptionnelle méritant d'être corrigée ? N'existerait-il pas un « désavantage » excessif ou « [une augmentation] de la valeur de la contre-prestation » [celle de la valeur du joueur] au cours de l'exécution du contrat qui mérite une « modification fondamentale » de l'équilibre non du contrat en l'espèce mais du futur contrat ? A la « différence près » que l'offre-finale permet une renégociation non pas du contrat en cours mais celle d'une nouvelle situation contractuelle. Elle ne serait

³⁷⁹ Thornton, *Sports law*, *supra* note 309 à la p 69.

³⁸⁰ *Ibid* à la p.82.

³⁸¹ Joachim G. Frick, *Arbitration and complex international contracts : with special emphasis on the determination of the applicable substantive law and on the adaptation of contracts to changed circumstances*, [The Hague]; Zürich, Kluwer Law International ; Schulthess, 2001 à la p 145.

³⁸² Emmanuel S. Darankoum, « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques » (2002) 36 *RJT* 421 aux para 73-86.

pas alors une clause d'adaptation (contrat en cours) mais une clause ayant pour effet l'adaptation contractuelle (contrat futur). Au terme de son « contrat d'adhésion » et au bout de trois ans de services, le joueur peut négocier un élément essentiel de son futur contrat, son « prix ». Ce mécanisme ne viole pas l'âme du principe *pacta sunt servanda*. La clause de l'offre-finale serait alors la « hot legal hot zone »³⁸³ du baseball.

B_OUTIL DE REGLEMENT PREALABLE

Le règlement préalable à l'audience constitue l'essence du mécanisme de l'offre-finale (1). Le règlement est également favorisé dans d'autres processus (2).

1_Essence du mécanisme de l'offre-finale baseball

La MLB a clairement choisi de proposer le mécanisme de l'offre-finale aux joueurs de baseball éligibles parce que - outre sa procédure simplifiée- il semblerait être le plus à même de favoriser négociation et règlement avant l'audience, soit sans l'intervention du tiers³⁸⁴.

Roger I. Abrams s'est clairement exprimé sur la question en ces termes :

« Baseball's salary arbitration is a process designed never to be used. Although it has not been totally successful in avoiding all hearings, salary arbitration has substantially achieved its primary goal of private settlement. If the parties cannot settle their differences privately, baseball's salary arbitration provides a quick, informal and, most importantly, a final resolution of the salary dispute »³⁸⁵.

La volonté de mettre fin à un litige constitue un élément essentiel du mécanisme de l'offre-finale. Le Professeur Abrams souligne que « [t]he settlement dynamic operates in

³⁸³ *Ibid* au para 87.

³⁸⁴ Tulis, « Final-Offer Baseball Arbitration », *supra* note 7 aux pp 87-101.

³⁸⁵ Abrams, « Inside Baseball's Salary Arbitration Process », *supra* note 5 à la p 57.

baseball salary arbitration because it is based on the final-offer principle. [...] Winning means being more reasonable, the key which unlocks the door to settlement »³⁸⁶.

Le joueur qui dépose un avis de soumission au mécanisme de l'offre-finale n'est pas pour autant lié par la levée de l'option, puisqu'à tout moment, jusqu'à l'audience, il peut régler. L'enclenchement du processus opère comme un fort stimuli.

Favoriser le règlement serait un objectif commun du processus d'arbitrage en lui-même³⁸⁷. L'arbitrage comme outil facilitateur de règlement amiable n'est donc évidemment pas propre au mécanisme de l'offre-finale. Sur ce point, Christian Bühring-Uhle s'exprimait en ces termes :

« A large majority of respondents (86%) thought that facilitating a consensual solution is one of the functions of the arbitral process. [...] This view was universal among the German respondents and among the non-American respondents with a Common Law background (England, Canada, Hong-Kong, Australia), whereas a minority of the Americans (26%) and the non-German Civil Law practitioners (15%) thought that voluntary settlement was not a goal of arbitration »³⁸⁸.

Il est généralement constaté que les parties parviennent à régler une fois le processus de l'offre-finale lancé et souvent plus précisément juste avant l'échange des propositions finales³⁸⁹. De façon générale, il a été observé qu'en 2006, 69 % des allemands et des praticiens de tradition de Common Law (excluant les américains) règlent après l'initiation de l'arbitrage contre 33% des américains et 24% des praticiens de tradition civiliste (excluant les allemands)³⁹⁰. Quant au timing du règlement : la phase de l'initiation de la procédure serait la moins privilégiée pour régler (29%) contrairement à

³⁸⁶ *Ibid* à la p 62.

³⁸⁷ Bühring-Uhle, *Arbitration and mediation in international business*, *supra* note 261 à la p 110.

³⁸⁸ *Ibid*.

³⁸⁹ Maury Brown (2012), « Details For the 142 Players That Filed for Salary Arbitration in MLB for 2012 » en ligne : <http://www.bizofbaseball.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5575:details-for-the-142-players-that-filed-for-salary-arbitration-in-mlb-for-2012&catid=72:salary-arbitration&Itemid=183>.

³⁹⁰ Bühring-Uhle, *Arbitration and mediation in international business*, *supra* note 261 à la p 112.

la « pre-hearing » entre l'audience initiale et l'audience principale (33%) et les phases « main-hearing » / « post-hearing », soit dans le dernier cas pendant ou après la présentation des preuves, jusqu'à ce que la décision soit notifiée aux parties³⁹¹. Si le règlement peut se produire aux différentes étapes de la procédure, les opinions varient concernant la qualification du « meilleur moment ». A ce propos, Christian Buřring-Uhle commente ainsi:

« Some favored early talks since they promise the largest savings if they succeed and the parties are still more open: they have “invested” less, both in terms of transactions costs and psychological commitment to their case, they are less entrenched in their positions and they be more open to consider settlement options that go beyond a mere anticipation of the most likely outcome of arbitration. Others spoke out in favor of a more advanced stage of the proceedings, when the case has been spread out before the parties through written exchanges and the examination of evidence. Obviously, the more advanced the procedure is, the more information about the strengths and weaknesses of each party's case has been exchanged, and the easier it is for the parties to predict the arbitrators' potential decision »³⁹².

L'article VI-E (2) *in fine* de la convention collective de la MLB prévoit que lorsque le joueur de baseball décide finalement de ne pas procéder à l'arbitrage salarial, la procédure de l'offre-finale est supposée n'avoir jamais été invoquée et les droits et obligations de chacune des parties redeviennent / sont ceux qui existaient préalablement. En 2012, 142 joueurs ont postulé à l'arbitrage salarial (en 2011, ils étaient 137). Huit joueurs n'ont pas réglé.

³⁹¹ *Ibid* à la p 113.

³⁹² *Ibid* à la p 113-114.

2_Le règlement préalable à l'audience favorisé

2.1_Exemples généraux

L'article 151.6 (4) du C.p.c. québécois prévoit que le juge peut inviter les parties à recourir à une conférence de règlement à l'amiable et/ou à la médiation.

En matière de relations de travail québécoises, l'article 54 C.t. prévoit que le syndicat ou l'employeur peuvent, lorsqu'ils ne parviennent pas à s'entendre en vue de conclure une convention collective, solliciter l'aide d'un conciliateur³⁹³. L'article 55 C.t. confère au ministre du Travail le droit de procéder à la désignation d'office d'un conciliateur et ce, à tout moment de la négociation³⁹⁴. De plus, s'il s'agit de la négociation d'une première convention collective, l'étape de la conciliation constitue un préalable indispensable à toute demande d'intervention d'un arbitre de différend³⁹⁵. Lorsque la conciliation a échoué, un médiateur peut être nommé à l'initiative d'une des parties. Cependant, le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire à cet effet³⁹⁶.

Le mécanisme de l'arbitrage « baseball » est encore prévu dans plusieurs règlements du CPR (Institute for dispute Resolution) :

« CPR Arbitration Appeal Procedure and Commentary Other Approaches

In addition to assuring the appointment of a highly qualified arbitrator or panel, ways to minimize the risk of a irrational award include: [...] require the parties to submit final offers to the arbitrator(s), who will approve the offer they consider the more reasonable, commonly called "baseball arbitration [...] ».

« Fast track mediation rules

8. Termination of Mediation

b. If the dispute was not completely resolved, upon termination, the mediator may recommend alternative methods for resolving all or part of the dispute to the parties. Such

³⁹³ Stéphanie Bernstein et Gilles Trudeau, *Droit du travail*, supra note 215 à la p 14/14 au par a 25.

³⁹⁴ *Ibid.* Par contre, cette procédure ne s'applique pas aux différends concernant des policiers et des pompiers municipaux (art.99.9, al. 1 C.t.).

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ *Ibid* à la p 14/15 au para 27.

methods may include: [...] ii. baseball arbitration of all or a part of the unresolved agenda items; [...] ».

Il est intéressant de relever que le règlement de médiation de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) prévoit que le médiateur peut proposer le recours au mécanisme de l'offre finale. En effet, aux termes de l'article 13 (b) de ce règlement :

« S'il estime que les questions en litige entre les parties ne sont pas de nature à être réglées par voie de médiation, le médiateur peut proposer à l'examen des parties les procédures ou moyens qui, compte tenu des particularités du litige et des relations d'affaires pouvant exister entre les parties, lui paraissent offrir les meilleures chances d'aboutir au règlement le plus efficace, le moins coûteux et le plus fructueux de ces questions. En particulier, le médiateur peut proposer : [...] (iii) la communication des dernières offres de règlement de chaque partie et, à défaut de règlement par la médiation et sur la base de ces dernières offres, le recours à un arbitrage dans lequel le rôle du tribunal arbitral se limite à décider laquelle de ces dernières offres doit prévaloir ».

2.2_Exemples en matière sportive

Citons des exemples de médiation ou autre mode alternatif facultatif (2.2.1) ou obligatoire (2.2.2) avant arbitrage.

2.2.1_Médiation ou autre mode alternatif facultatif avant arbitrage

L'article R42 du Règlement d'arbitrage du TAS et l'article 2 du règlement de Sport Resolutions (UK) prévoient que le Président de la Chambre pour le premier et le Directeur exécutif pour le second, avant la transmission du dossier, puis la formation arbitrale elle-même, peuvent en tout temps tenter de résoudre le litige par la voie de la conciliation.

A titre d'exemple, l'article R42 du Règlement d'arbitrage du TAS prévoit :

« Le Président de la Chambre, avant la transmission du dossier à la Formation, puis la Formation peuvent en tout temps tenter de résoudre le litige par la voie de la conciliation. Toute transaction peut faire l'objet d'une sentence arbitrale rendue d'accord entre les parties ».

2.2.2_Médiation obligatoire ou autre mode alternatif avant arbitrage

On peut relever « plusieurs » règlements d'arbitrage qui prévoient une procédure alternative préalablement ou au cours du processus arbitral.

Le Règlement du Tribunal italien d'arbitrage pour le sport prévoit qu'une conciliation doit être obligatoirement tentée à la première audience arbitrale³⁹⁷. L'article 20 de ce règlement impose que la première audience du Tribunal soit obligatoirement consacrée à concilier les parties³⁹⁸.

L'article 4.3 du Code canadien de règlement des différends sportifs prévoit tout d'abord une procédure de facilitation de règlement obligatoire avant arbitrage. Ce code définit la facilitation de règlement dans son article 4.1 (a) comme étant un processus simple et informel offert aux parties à un différend sportif, dans le cadre duquel un facilitateur nommé par le CRDSC s'efforce avec les parties de parvenir à une entente tout en mettant l'accent sur une communication efficace et sur les intérêts des parties. Le paragraphe (c) du même article précise que les parties collaborent jusqu'à ce que l'une des parties mettent fin au processus ou si le facilitateur estime que des discussions additionnelles ne mèneront à un aucun règlement. Outre l'obligation de collaboration avec un facilitateur, l'article 6.20 du Code canadien permet ensuite aux parties de recourir conjointement aux services de médiation ou d'assistance d'un facilitateur offerts par le CRDSC et ce, à tout moment pendant la procédure d'arbitrage, avant qu'une sentence ne soit rendue par la formation arbitrale.

Le Code canadien différencie la médiation de la facilitation de règlement. En réalité, il s'agit plus d'une distinction d'ordre terminologique que conceptuelle justifiée par la volonté de distinguer deux formes de médiation. L'une relativement formaliste que le

³⁹⁷ Mathieu Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, supra note 2 à la p 78.

³⁹⁸ *Ibid* à la p 18.

Code qualifie expressément de médiation et l'autre plus informelle que le même Code qualifie de facilitation de règlement³⁹⁹.

Citons également l'article R.141-5 du *Code du sport* français qui prévoit que la saisine du comité national olympique et sportif français à fin de conciliation constitue un préalable obligatoire à tout recours contentieux, lorsque le conflit résulte d'une décision, susceptible ou non de recours interne, prise par une fédération dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou en application de ses statuts. Il a été observé que le domaine de la conciliation du CNOSF était à comparer à celui de la compétence du juge administratif pour connaître des actes pris par les fédérations. Pour autant, ce préalable de conciliation ne vise pas tout le contentieux sportif. En effet, les litiges rattachés au contentieux du travail, de la responsabilité, de la fiscalité ou encore au dopage ne sont pas visés⁴⁰⁰. Une demande de conciliation facultative peut également être formulée lorsqu'elle ne rentre pas dans le domaine d'application de la conciliation obligatoire. Elle requiert alors l'accord de la partie sollicitée et l'épuisement préalable des voies de recours internes⁴⁰¹.

L'article 265 (1) in fine de la Charte du football prévoit encore une clause de conciliation :

« Toutefois et indépendamment des droits des parties de poursuivre en justice la résolution, le litige doit être porté devant la Commission juridique qui convoque immédiatement les parties ou leur demande de faire valoir par écrit leurs observations, par lettre recommandée avec accusé de réception. En cas de non conciliation dans un délai de dix jours partant de la date de la réception de la notification de la décision de la Commission juridique, le litige peut être porté en appel devant la Commission nationale paritaire d'appel ».

³⁹⁹ *Ibid* à la p 78.

⁴⁰⁰ Buy, *Droit du sport*, *supra* note 49 à la p 198.

⁴⁰¹ Comité national olympique français, « Conciliation », en ligne : franceolympique.com <http://franceolympique.com/art/54-la_conciliation.html>.

SECTION 2- DU « TRANSFERT » DE COMPETENCE

Le mécanisme de l'offre-finale serait selon nous efficace dans la résolution des litiges relatifs à la détermination du prix des transferts européens de footballeurs professionnels (A).

A_PROPOSITION DE « TRANSFERT » EUROPEEN : LES MUTATIONS DES SPORTIFS PROFESSIONNELS OU L'EXEMPLE DU FOOTBALL EUROPEEN

La question du transfert du mécanisme de l'offre-finale dans un système européen suppose l'étude préalable des différences culturelles organisationnelle et arbitrale (1). Ce transfert arbitral est lui-même conditionné par l'arbitrabilité du litige (2) et vise dans notre exemple à déterminer le prix du transfert des footballeurs professionnels (3).

1_Le transfert du mécanisme de l'offre-finale confronté à une culture organisationnelle et une culture arbitrale sportives différentes

Le transfert du mécanisme de l'offre-finale nord-américain est confronté à une culture organisationnelle sportive européenne différente. Les sports d'équipe professionnels américains, dont fait partie le baseball, sont organisés en ligue fermées⁴⁰², « centralement » coordonnées par un Commissaire⁴⁰³. La ligue majeure d'un sport⁴⁰⁴ est « fermée » par un système de franchise⁴⁰⁵, que tout propriétaire « candidat » doit payer pour y entrer et participer aux compétitions sportives⁴⁰⁶. L'entrée dans la ligue dépend d'un critère économique plus que d'un critère de performances sportives⁴⁰⁷. Une fois accepté dans la ligue et sa localisation assignée, le club a l'exclusivité absolue de sa zone

⁴⁰² Dans une ligue fermée, les clubs cooptent leurs nouveaux membres et les compétitions ont lieu entre les membres de la même ligue.

⁴⁰³ Le Commissaire représente les propriétaires de clubs.

⁴⁰⁴ La ligue majeure d'un sport est une organisation indépendante rassemblant des clubs membres.

⁴⁰⁵ Wladimir Andreff, *Economie internationale du sport*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2010 à la p.151-152 : le Commissaire fixe le montant de la franchise après une étude de marché de la ville qui devrait accueillir le nouveau club. La valeur moyenne d'une franchise en 2004 est de 376 millions de dollars en MLB.

⁴⁰⁶ *Ibid.* à la p.151.

⁴⁰⁷ *Ibid* à la p.152.

et exerce un monopole sur le marché local de son spectacle sportif⁴⁰⁸. De plus, les restrictions relatives au recrutement et à la mobilité des joueurs assurent à la ligue un pouvoir monopsonne sur le marché du travail, dont les conditions de travail sont déterminées par la négociation d'une convention collective entre propriétaires de club et syndicat de joueurs⁴⁰⁹. Les nouveaux joueurs « entrants », provenant des clubs universitaires ou étrangers, sont recrutés sur une liste d'embauche hiérarchisée (*rookie draft*) et sont classés par ordre décroissant des performances sportives⁴¹⁰. La mobilité des joueurs est faible et la concurrence entre clubs pour l'accès à un même joueur est presque nulle. L'embauche des clubs est limitée en quantité⁴¹¹. La seule menace concurrentielle que peut subir une ligue fermée vient de l'extérieur par la création d'une ligue majeure rivale dans le même sport.

Les sports d'équipe professionnels européens, comme le football, sont quant à eux, organisés en ligues ouvertes⁴¹². Une structure de gouvernance intègre dans une hiérarchie mondiale (la fédération internationale) la ligue professionnelle de chaque pays où elle est soumise à une fédération nationale⁴¹³. Les fédérations internationales interdisent la création de plus d'une ligue majeure dans le sport d'un même pays et la ligue existante ne peut être concurrencée par une ligue rivale⁴¹⁴. La concurrence résulte de ce que la ligue est ouverte chaque année à l'entrée de nouveaux clubs par un système de promotion des vainqueurs et de relégation des perdants⁴¹⁵. La mobilité des clubs n'est pas géographique ou horizontale mais verticale le long de la hiérarchie et dépend de la performance sportive du club⁴¹⁶. Il n'existe ni de système de franchise⁴¹⁷, ni d'exclusivité territoriale ou de monopole local, pour chaque club de la ligue. Les grandes capitales européennes, sauf

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ *Ibid* à la p 153 : l'auteur précise qu'une équipe de MLB ne peut avoir plus de 12 joueurs pour 9 postes sur le terrain.

⁴¹² *Ibid* à la p 165.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Ibid* aux pp 165-166.

⁴¹⁷ *Ibid* à la p 166.

Paris, compte chacune plus d'un club de football en ligue supérieure⁴¹⁸. Le système de promotion/relégation et la maximisation des victoires poussent les clubs à une course pour recruter les meilleurs joueurs et ainsi améliorer leurs performances sportives et donc leur position dans le classement⁴¹⁹. Les relations clubs/joueurs sont articulées par un contrat de travail à durée déterminée (CDD) qui assure aux clubs une stabilité temporaire de leurs effectifs pour la saison⁴²⁰. La négociation collective n'est pas aussi élaborée et le plafonnement salarial n'est pas pratiqué (sauf dans le football anglais)⁴²¹. Le CDD est une contrepartie à la liberté de contracter du joueur⁴²². Le but des clubs est la maximisation des victoires sous contrainte d'équilibre budgétaire⁴²³. La dérégulation du marché du travail a déclenché une forte mobilité des joueurs⁴²⁴.

Le transfert du mécanisme de l'offre-finale nord-américain est de plus confronté à une culture arbitrale sportive européenne différente. L'offre-finale exercé au baseball est un arbitrage salarial. L'arbitrage pratiqué en Europe, généralement « centralisé » au TAS, est un arbitrage « généraliste ». La question du transfert du mécanisme de l'offre-finale tel qu'il est appliqué au baseball est double : peut-il être facilement transférable « tel quel » en matière d'arbitrage salarial en Europe? Peut-il être adapté pour trancher des litiges « extérieurs » aux relations de travail dans le cadre des mutations de joueurs professionnels de football entre clubs européens ?

2_Le transfert du mécanisme de l'offre-finale conditionné par l'arbitrabilité du litige

La pratique de l'arbitrage salarial pose la question préalable de l'arbitrabilité des litiges de travail. Cette notion d' « arbitrabilité » vise à départager les litiges qui peuvent ou non

⁴¹⁸ *Ibid* à la p.166.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid* à la p.167.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*

être résolu par l'arbitrage. Objectivement⁴²⁵, elle constitue une restriction légale à l'autonomie de la volonté des parties, l'Etat exerçant une sorte de contrôle préventif de la fonction arbitrale⁴²⁶. Pour autant, les limites à l'arbitrabilité des litiges sont peu nombreuses et une disposition législative ne mentionnant pas expressément l'inarbitrabilité ne doit pas, en général, être interprétée comme restreignant le droit des justiciables de recourir à l'arbitrage⁴²⁷. L'arbitrabilité du contentieux du travail peut varier de « canton en canton⁴²⁸ », suivant l'existence d'une disposition d'ordre public qui exclut formellement l'arbitrage ou prévoit la compétence exclusive des tribunaux étatiques ou encore, en raison d'une disposition d'ordre public qui prévoit un for protecteur ne correspondant pas au siège du tribunal arbitral⁴²⁹. L'arbitrabilité du contentieux du travail n'est donc pas générale.

A titre d'exemple, la France n'y est traditionnellement pas favorable, l'arbitrage n'étant pas encore considéré comme « l'avenir du droit du travail »⁴³⁰. Si des travaux récents encouragent un recours plus grand à la médiation et à l'arbitrage dans ce domaine⁴³¹, une jurisprudence « constante » semble privilégier la protection du salarié en présence d'un contrat de travail dépourvu d'éléments d'extranéité par les juridictions étatiques⁴³². La

⁴²⁵ L'arbitrabilité objective ou *ratione materiae* est à distinguer de l'arbitrabilité subjective ou *ratione personae* qui vise la capacité d'une partie de conclure une convention d'arbitrage.

⁴²⁶ Antonio Rigozzi, « L'arbitrabilité des litiges sportifs » (2003) Volume 21 : Issue 3 ASA Bulletin (Kluwer Law International) 503.

⁴²⁷ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17 (*CanLII*), *supra* note 64 au para 178, REJB 2003-38952. Voir la jurisprudence Seidel (*Seidel c. TELUS Communications Inc.*, 2011 CSC 15) qui limite ce principe d'interprétation.

⁴²⁸ Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *supra* note 34 à la p 390 : l'auteur emploie ces termes en référence à la Suisse. Nous l'employons ici comme une expression visant des Etats ou provinces.

⁴²⁹ *Ibid* à la p 390-391.

⁴³⁰ Magali Boucaron-Nardetto, « Priorité, non pas à l'arbitre, mais à la protection du salarié, note sous Cass. soc., 30 novembre 2011 et Paris, Pôle 1 – Ch.1, 10 janvier 2012 » (2012) Issue 2 *Revue de l'arbitrage* 340,341.

⁴³¹ *Ibid*.

⁴³² *Ibid* aux pp.346-347 : L'auteur souligne que : outre la crainte que « *la clause compromissoire ne devienne une clause de style dans les contrats d'adhésion* » et soit ainsi imposée au salarié, on redoute que la partie en position de force ne détourne de son utilisation la stipulation de clauses compromissoires. L'objectif poursuivi ne serait pas de proposer une autre forme de justice, mais de tenter de décourager la partie faible d'accéder au juge par différents moyens, tels l'éloignement de l'arbitrage, son coût, etc. Obliger les consommateurs ou salariés à saisir le tribunal arbitral — et donc à payer nécessairement des frais d'arbitrage puisque la sentence, même d'incompétence, requiert une rémunération des arbitres que la partie en état de faiblesse ne peut pas toujours assumer — pour seulement *contester la validité de la convention d'arbitrage*, comme le requiert le principe compétence-compétence, conforterait alors la manœuvre de la

France affiche pourtant quelques paradoxes. L'article 2061 du *Code civil* français « valide » les clauses prévues dans les contrats conclus dans le cadre d'une activité professionnelle. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 29 février 2012⁴³³ est venu apporter un éclairage sur l'interprétation du critère de l'activité professionnelle. La Cour devait répondre à la question de savoir si l'article 2061 du Code civil requiert que chaque partie contracte en raison de son activité professionnelle ou s'il suffit qu'une seule partie contracte dans le cadre de son activité. Les Hauts magistrats ont affirmé dans cette espèce que la bilatéralité de l'activité professionnelle au moment de la formation du contrat est exigée pour la validité de la convention d'arbitrage en matière interne⁴³⁴. En matière sportive, cette clause sera donc valide seulement si le sportif n'agit pas en tant que salarié puisque l'article L.1411-4 du *Code de travail* français attribue impérativement compétence à la juridiction prud'homale. En conséquence, en droit français, une clause compromissoire convenue dans un contrat de travail serait nulle. Pour autant, il semblerait qu'en pratique, il arrive fréquemment que les litiges nés des contrats de travail de sportifs soient soumis à l'arbitrage, notamment à celui du TAS, sans que les parties ne cherchent à remettre en cause sa compétence au profit d'une juridiction prud'homale⁴³⁵.

partie forte et pourrait être à l'origine d'un “*déni de justice économique*” : En effet, l'effet négatif de la compétence-compétence verrouille alors tout accès au juge pour les parties en position de faiblesse : le juge public, en raison de l'apparence de convention d'arbitrage, qui se jugera incompétent au profit du tribunal arbitral pour juger de la validité de la convention d'arbitrage ; le juge privé, en raison des frais à engager et cela même pour faire constater que la clause compromissoire contenue dans le contrat principal est nulle ou abusive. Comme l'observe un auteur, “[l]es travers du principe compétence-compétence se dévoilent d'eux-mêmes. L'accès au juge n'est pas garanti [...]”⁽⁴⁾ L'article 6 §1 CEDH vient ainsi au renfort de l'article L. 1411-4 du Code du travail».

⁴³³ Cass civ 1ere, 29 février 2012, (12 mars 2012) JCP n°11.

⁴³⁴ Maximin Fontmichel de, « Eclairages sur l'interprétation du critère de l'activité professionnelle de l'article 2061 du Code civil, note sous Cass.civ.1ere, 29 février 2012 » (2012) Issue 2 *Revue de l'arbitrage* 360, 362 : l'auteur précise qu' « admettre l'unilatéralité du critère de l'activité professionnelle aurait d'effet l'article 2061 du Code civil dont la finalité est d'exclure la clause compromissoire dans les contrats impliquant des parties réputées faibles tels le consommateur ou l'assuré. En effet, dans les contrats de consommation, par définition, le consommateur agit en dehors du cadre professionnel alors que le professionnel se place dans le cadre de son activité ».

⁴³⁵ Jean-Rémi Cognard, *Contrats de travail dans le sport professionnel sportifs et entraîneurs*, Paris, Juris éditions, 2012 à la p 111.

On ne peut pas conclure à une transposition évidente de l'offre-finale comme mécanisme d'arbitrage salarial ou en matière de droit du travail en général dans le cadre du football européen en raison de la « spécificité » des législations nationales en la matière, même si la compétence du TAS est reconnue dans certains cas.

Le Memorandum of Understanding between the Union des Associations Européennes de Football (“UEFA”) and the Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels (“FIFPRO”) “FIFPROdivision Europe” prévoit à ce sujet :

« Subject to national legislation any dispute between the Club and the Player regarding this employment contract shall be submitted to independent and impartial arbitration composed of equal representatives of each party (employer and employee) under the National Association’s statutes and regulations, or to CAS. Such decisions are final. Under the conditions mentioned in the FIFA Regulations for the Status and Transfer of Players, disputes may be settled by the Dispute Resolution Chamber, with an appeal possibility to CAS.

[Important remark: labour issues are covered by national law and in certain countries arbitration on labour disputes is not allowed.] »⁴³⁶.

Ce processus trouverait par contre sa place à l'échelle européenne, en dehors du droit du travail, dans le cadre de la détermination du prix du transfert des footballeurs professionnels.

3_L'offre-finale et la détermination du prix des transferts de footballeurs professionnels

Avant de déterminer le prix du transfert (3.2), qualifions le système des transferts en lui-même (3.1).

⁴³⁶ Memorandum of Understanding between the Union des Associations Européennes de Football (“UEFA”) and the Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels (“FIFPRO”) “FIFPROdivision Europe”, 3 *Rivista di diritto ed economia dello sport* 165.

3.1_La qualification du système des transferts

La qualification du système des transferts impose les définitions du statut du joueur professionnel (3.1.1) et de l'opération de transfert (3.1.2). Elle implique également l'étude de l'objet de l'opération de transfert (3.1.3)

3.1.1_La définition du statut du joueur professionnel

Le statut de joueur de football professionnel est défini à l'article 2 (2) du Règlement du Statut et du Transfert des joueurs adopté par le Comité Exécutif de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) aux termes duquel :

« Est réputé joueur professionnel tout joueur bénéficiant d'un contrat écrit avec un club et qui perçoit une indemnité supérieure au montant des frais effectifs qu'il encourt dans l'exercice de cette activité footballistique. Tous les autres joueurs sont réputés amateurs ».

Aux termes de l'article 5 des statuts de la FIFA⁴³⁷ :

« Le statut des joueurs et les modalités de leurs transferts, ainsi que les questions qui s'y rapportent, notamment l'encouragement des clubs à former des joueurs et la protection des équipes représentatives, sont régis par un règlement spécifique édicté par le Comité Exécutif ».

3.1.2_La définition de l'opération de transfert

Le contrat de travail à durée déterminée du joueur de football professionnel cesse le plus souvent à l'échéance du terme. Cependant, ce contrat peut être rompu par anticipation⁴³⁸ dans le cadre d'une opération de transfert du joueur vers un club tiers « acheteur »⁴³⁹.

⁴³⁷ Fédération Internationale de Football Association (FIFA), « Statuts de la FIFA » (juillet 2012), en ligne :fifa.com

<<http://www.fifa.com/mm/document/affederation/generic/01/66/54/21/fifastatutes2012f.pdf>>.

⁴³⁸ En droit français, cette rupture anticipée se fait conformément aux articles 1134 alinéa 2 du *Code civil* et L.1243-1 du *Code du travail*.

⁴³⁹ Cognard, *Contrats de travail dans le sport professionnel sportifs et entraîneurs*, supra note 457 à la p 97.

Le système des transferts vise l'ensemble de normes édictées par les autorités fédérales qui gouverne la conclusion et l'exécution d'une convention permettant à un club d'exiger d'un autre le versement d'une somme d'argent en contrepartie de l'acceptation de libérer un joueur de ses obligations contractuelles et d'annoncer à la fédération nationale, et le cas échéant, à la fédération internationale, la disponibilité de ce joueur pour un enregistrement auprès de son nouveau club⁴⁴⁰.

Au nom de la stabilité contractuelle⁴⁴¹, les fédérations sportives déterminent une ou plusieurs périodes au cours de laquelle les opérations de transfert sont admises⁴⁴². En

⁴⁴⁰ Buy, *Droit du sport*, *supra* note 46 aux pp 376-377.

⁴⁴¹ Fédération Internationale de Football Association (FIFA), « Règlement du statut et du transfert des joueurs »(2010), en ligne : [fifa.com](http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/27/64/30/regulationsstatusandtransfer2010_f.pdf)
<http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/27/64/30/regulationsstatusandtransfer2010_f.pdf>.

Aux termes de l'article 1 (3) (b) : « Chaque association doit inclure dans son règlement des moyens adaptés pour protéger la stabilité contractuelle, dans le respect des dispositions impératives de droit national et des conventions collectives nationales. Les principes suivants devraient notamment être pris en considération : art. 13 : le principe que les contrats doivent être respectés ; art. 14 : le principe que les contrats peuvent être résiliés pour juste cause par l'une des parties sans conséquence ; art. 15 : le principe que les contrats peuvent être résiliés pour juste cause par les professionnels ; art. 16 : le principe que les contrats ne peuvent être résiliés en cours de saison ; art. 17, al. 1 et 2 : le principe qu'en cas de résiliation de contrat sans juste cause, une indemnité sera due et que celle-ci peut être stipulée dans le contrat ; art. 17, al. 3-5 : le principe qu'en cas de résiliation de contrat sans juste cause, des sanctions sportives seront prises à l'encontre de la partie fautive. »

⁴⁴² Fédération Internationale de Football Association (FIFA), « Règlement du statut et du transfert des joueurs » (2010), en ligne : [fifa.com](http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/27/64/30/regulationsstatusandtransfer2010_f.pdf)
<http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/01/27/64/30/regulationsstatusandtransfer2010_f.pdf>.

Aux termes de l'article 6 : « (1) Un joueur ne peut être enregistré qu'au cours de l'une des deux périodes annuelles d'enregistrement fixées à cette fin par l'association concernée. A titre exceptionnel, un professionnel dont le contrat a expiré avant la fin de la période d'enregistrement peut être enregistré en dehors de cette période d'enregistrement. Les associations sont autorisées à enregistrer ces professionnels à condition que l'intégrité sportive de la compétition concernée soit dûment prise en considération. En cas de résiliation de contrat pour juste cause, la FIFA peut prendre des mesures provisoires afin d'éviter tout abus et conformément à l'art. 22. (2) La première période d'enregistrement commence à la fin de la saison et s'achève, en principe, avant le début de la nouvelle saison. Cette période ne doit pas excéder douze semaines. En principe, la deuxième période d'enregistrement doit se situer au milieu de la saison et ne doit pas excéder quatre semaines. Les deux périodes d'enregistrement pour la saison doivent être communiquées à la FIFA au moins 12 mois avant leur entrée en vigueur. La FIFA détermine les dates lorsque les associations ne les communiquent pas à temps. (3) Un joueur ne peut être enregistré – hormis l'exception prévue à l'art. 6, al. 1 – que si le club soumet valablement une requête à l'association concernée au cours de la période d'enregistrement. [...] ».

dehors de ces délais, les joueurs ne sont pas autorisés à changer de club sous peine de sanctions sportives⁴⁴³.

Les dispositions relatives au transfert sont applicables à tous les joueurs désireux de changer de club à l'intérieur ou à l'extérieur d'un Etat, que le joueur soit ressortissant du pays ou étranger⁴⁴⁴.

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE [devenue CJUE]) a dans son célèbre arrêt *Bosman*⁴⁴⁵ condamné l'ancien système de transferts selon lequel à l'expiration du contrat de travail d'un sportif, le club qui désirait embaucher ce sportif devait au préalable payer une indemnité à son ancien club⁴⁴⁶ :

« L'article 48 du Traité CE, s'oppose à l'application de règles édictées par des associations sportives, selon lesquelles un joueur professionnel de football ressortissant d'un Etat membre, à l'expiration du contrat qui le lie à un club, ne peut être employé par un club d'un autre Etat membre que si ce dernier a versé au club d'origine une indemnité de transfert, de formation ou de promotion ».

Un tel système a été jugé comme constitutif d'une entrave injustifiée à la liberté de circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne⁴⁴⁷. Suite à la jurisprudence *Bosman*, la notion de transfert ne désigne plus les mutations au terme d'un contrat de travail mais au cours de celui-ci⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Buy, *Droit du sport*, supra note 46 à la p 377.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ CJCE, 15 déc.1995, aff. C-415/93, *Rec. CJCE*, p.I-4921.

⁴⁴⁶ Cognard, *Contrats de travail dans le sport professionnel sportifs et entraîneurs*, supra note 473 à la p 98.

⁴⁴⁷ Buy, *Droit du sport*, supra note 46 à la p 379.

⁴⁴⁸ Cognard, *Contrats de travail dans le sport professionnel sportifs et entraîneurs*, supra note 457 à la p 98.

3.1.3_L'objet de l'opération de transfert

Le transfert d'un joueur de football professionnel constitue une opération triangulaire comme l'explique un arrêt de la Cour d'appel française de Douai du 16 septembre 2010⁴⁴⁹ :

« [L]e transfert d'un joueur de football professionnel d'un club à un autre est une opération complexe qui affecte les rapports juridiques de trois personnes engagées par des liens contractuels bipartites : les deux clubs de football chacun pour son compte, et le joueur lui-même ; l'un des deux clubs est lié au joueur par un contrat de travail et ce lien est appelé, dans l'opération, à cesser ; le second de ces clubs a, au contraire, vocation à conclure un contrat de travail avec le joueur et donc nouer un nouveau lien avec ce dernier ; enfin les deux clubs doivent convenir entre eux des modalités financières du transfert. Par conséquent, une telle opération ne peut être considérée comme réalisée qu'à compter du moment où les nouveaux rapports juridiques résultant du transfert sont établis, c'est-à-dire une fois qu'il a été mis fin au premier contrat de travail et que le second a pris effet, si et seulement si, à ce moment-là, les deux clubs ont ensemble convenu irrévocablement des modalités financières du transfert ».

Ainsi, l'objet de la convention de transfert n'est pas le sportif en lui-même mais la cession à un autre club des droits contractuels que le club titulaire exerce sur le joueur⁴⁵⁰.

Comme le souligne Fabrice Rizzo, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille et Directeur du Centre de droit du sport, cette opération se fait rarement à titre gratuit. Il précise en effet que :

« [S]i le club quitté accepte l'idée de se séparer de son joueur sans bénéficier de la part de ce dernier d'une quelconque compensation, c'est, le plus souvent, sous la condition de la conclusion d'un contrat de transfert à titre onéreux avec le club « acheteur ». C'est cette convention commerciale établie entre les deux clubs qui détermine le prix du transfert, c'est-à-dire la contrepartie économique au consentement du club « vendeur » de libérer son joueur »⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ CA Douai, 16 septembre 2010, n°09/05120.

⁴⁵⁰ Cognard, *Contrats de travail dans le sport professionnel sportifs et entraîneurs*, supra note 457 à la p 98.

⁴⁵¹ Fabrice Rizzo, « L'interprétation d'une clause de prix relative à une opération de transfert d'un footballeur professionnel » (2012) Dalloz 997.

3.2_La détermination du prix du transfert

Le transfert est le montant financier qui accompagne la mutation d'un joueur à un autre club⁴⁵². La mise en œuvre de ces conventions de transferts conclues entre clubs donne naissance à un contentieux qui peut viser le paiement du prix du transfert (3.2.1) et/ou les clauses de complément de prix (3.2.2).

3.2.1_Les litiges relatifs au paiement du prix du transfert

Les litiges concernent pour l'essentiel les stipulations relatives au paiement du prix du transfert dont la détermination résulte en principe d'une négociation de gré à gré entre les clubs et donc de la rencontre d'une offre et d'une demande sur le marché de la mutation des joueurs⁴⁵³. La détermination du prix de l'indemnité concerne la relation club « vendeur »/« club acheteur » et non celle club « vendeur »/joueur⁴⁵⁴.

La détermination du prix comprend également la détermination des conditions et modalités de paiement⁴⁵⁵. Les parties peuvent prévoir par exemple qu'une partie du prix sera liée aux performances sportives du club « acquéreur »⁴⁵⁶ ou à la valeur marchande du joueur calculée en fonction de divers paramètres comme son statut international⁴⁵⁷. Elles peuvent encore prévoir l'organisation d'un match amical à la charge du club « acquéreur » et dont la recette bénéficiera au club « vendeur »⁴⁵⁸. Elles peuvent convenir

⁴⁵² Jean-Jacques Gougnet et Didier Primault, « Analyse économique du fonctionnement du marché des transferts dans le football professionnel », dans Centre de droit et d'économie du sport (CDES) et al., *Le sport professionnel après l'arrêt Bosman : Une analyse économique internationale*, Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004 à la p.114.

⁴⁵³ Fabrice Rizzo, « Le contentieux relatif au paiement de l'indemnité de transfert d'un football professionnel » (2011) 16 La Semaine Juridique Edition Générale 450.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Rizzo, « Le contentieux relatif au paiement de l'indemnité de transfert d'un football professionnel », *supra* note 475 à la p 450.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ Buy, *Droit du sport*, *supra* note 49 à la p 377.

⁴⁵⁸ Rizzo, « L'interprétation d'une clause de prix relative à une opération de transfert d'un footballeur professionnel », *supra* note 473 à la p 997.

qu'un club « acquéreur » financera pendant une ou plusieurs saisons la politique de formation du club « vendeur », à place de tout versement monétaire⁴⁵⁹.

3.2.2_ Les litiges relatifs aux clauses de complément de prix

Les clubs peuvent également prévoir dans les conventions de transfert des clauses de complément de prix telles que des clauses d'intéressement ou de revente. Le club cédant pourrait toucher un pourcentage du prix de cession ou une partie de la plus-value réalisée par le club cessionnaire quand celui-ci cédera à son tour les droits qu'il a acquis sur le joueur⁴⁶⁰. Juridiquement, cette stipulation s'analyse en une cession de créance future⁴⁶¹.

Cette clause de complément de prix serait finalement comparable à la clause d'*earn out*, issue de la pratique américaine du droit des sociétés⁴⁶². La clause d'*earn out* est celle par laquelle les parties à une cession de droit sociaux décident qu'une partie du prix sera fonction des résultats futurs de la société⁴⁶³. Au football, elle viserait une rémunération supplémentaire liée aux résultats financiers du club « acquéreur ».

Le mécanisme de l'offre-finale appliqué au football professionnel ne permettrait-il pas de pouvoir fixer le montant de l'indemnité de transfert et de trancher les litiges liés au complément de prix prévu dans les clauses *d'earn d'out* lorsqu'elles sont prévues dans une convention ? Le processus ne serait pas « confronté » à la question de l'arbitrabilité des litiges de travail puisqu'en l'espèce le joueur ne rentre pas contractuellement parlant dans l'équation de l'évaluation du montant de l'indemnité de transfert ou de la clause de

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ Cognard, *Contrats de travail dans le sport professionnel sportifs et entraîneurs*, *supra* note 457 à la p 99.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Rizzo, « L'interprétation d'une clause de prix relative à une opération de transfert d'un footballeur professionnel », *supra* note 473 à la p 997.

⁴⁶³ *Ibid.*

complément de prix. Il ne s'agirait non d'un arbitrage « salarial » ou du « travail », mais « commercial » entre les deux clubs.

CONCLUSION

L'offre-finale est un mécanisme arbitral qui permet une résolution rapide et efficace des litiges.

Au baseball, la clause arbitrale négociée par les syndicats des clubs et des joueurs professionnels est insérée dans la convention collective. Cet arbitrage n'est pas offert à tous les joueurs constitutifs d'une même unité mais pour autant les différentes catégories de joueurs organisées au sein de cette même unité ne connaissent pas de disparités de traitement. Un joueur éligible a le choix d'y recourir pour négocier individuellement son salaire, sans le consentement de son employeur. C'est le syndicat des joueurs qui, une fois avisé par le joueur, déclenche le processus. L'offre-finale n'est pas au baseball un mécanisme arbitral imposé, contrairement au règlement des litiges sportifs européens ou à un litige visant un salarié lié par une convention collective. La qualification du litige est simple puisqu'il vise le montant du salaire. Le panel arbitral choisi sur une liste d'arbitres doit répondre aux exigences d'indépendance et d'impartialité. Lors de l'audience arbitrale, le joueur professionnel est entendu en procédure contradictoire. Les arbitres choisissent l'une des deux propositions salariales soumises par les représentants des parties. La sentence arbitrale, qui complète le contrat du joueur, est finale. Le contrat est ensuite transmis au Commissaire de la *Major League Baseball* pour homologation.

De manière plus générale, l'arbitrage de l'offre-finale encourage la négociation de bonne foi et le règlement du litige préalablement à l'audience arbitrale. Ce processus est vu comme un mécanisme alternatif à l'arbitrage conventionnel, critiqué pour sa tendance à « split[er] the baby » et pour son *chilling effect* qui n'inciterait pas les parties à négocier de bonne foi. Les parties à un arbitrage de l'offre-finale ne sont pas tentées d'exagérer leurs prétentions. Elles sont forcées de faire un effort raisonnable. Ce mécanisme promeut la convergence des propositions de peur de voir l'offre de l'autre partie retenue par l'arbitre. L'intérêt de l'offre-finale est de contraindre les parties à effectuer des concessions réciproques. L'élément essentiel de l'offre-finale réside dans la volonté de ces parties de mettre fin au litige.

L'offre-finale constitue selon nous un mécanisme utile notamment pour compléter un contrat, trancher des « litiges » relatifs à la fixation d'un prix. Pour rester dans une sphère sportive, il trouverait par exemple sa place dans le règlement des litiges relatifs à la détermination du prix des transferts européens de footballeurs professionnels, qu'ils visent le paiement du prix du transfert ou les clauses de complément de prix.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

Chicken Farmers of Nova Scotia Regulations, NS Reg 11/2005, (Natural Products Act) (Part. VII).

Code civil du Québec, L.Q., 1991, c. 64.

Code de procédure civile du Québec, L.R.Q. , c. C-25

Code du travail du Québec, L.R.Q., c. C-27

Code du sport français

Code du travail français

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New- York), 1958

Education Services Settlement Act, SA 2002, c E-0.5.

Final Offer Arbitration (Railway) Regulations, RRS c R-1.2 Reg 1, (Railway Act).

Fire and Police Services Collective Bargaining Act, RSBC 1996, c 142.

Health Services and Insurance Act, RSNS 1989, c 197.

Labour Relations Code, RSA 2000, c L-1.

Loi sur les normes de travail, L.R.Q., c. N-1.1

Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, amendements adoptés en 2006.

Loi sur le rétablissement de la livraison du courrier aux Canadiens, L.C. 2011, ch. 17.

Loi sur le maintien des services ferroviaires, L.C. 2007, ch. 8.

Loi sur les transports au Canada, LC 1996, c 10.

Loi sur les chemins de fer, LRQ, c C-14.1.

Loi sur la protection des services aériens, L.C. 2012, ch. 2.

Loi concernant les unités de négociation dans le secteur des affaires sociales, LRQ, c U-0.1.

Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction, LRQ, c R-20.

Mining Rights Compensation Regulation, BC Reg 19/99, (Mineral Tenure Act).

National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §§ 151.

Police Officers Collective Bargaining Act, RSA 2000, c P-18.

Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C.A. § 1-2 (1997).

Ted Stevens Olympic and Amateur Sports Act, 36 U.S.C. § 220501.

Timber Harvesting Contract and Subcontract Regulation, BC Reg 22/96, (Forest Act).

Vegetable Negotiating Agency Regulation, Alta Reg 25/2008, (Marketing of Agricultural Products Act).

JURISPRUDENCE

Air Line Pilots Association International v. O'Neill, 499 U.S.65,78 (1991).

CAS 2001/A/345 *Meier c. Swiss Cycling* REC. III, p.238,243.

Canadian Royalties Inc. c. Nearctic Nickel Mines Inc., 2010 QCCS 4600 (CanLII).
Superior Energy Management, a Division of Superior Plus Inc. c. Manson Insulation Inc., 2011 QCCS 5100 (CanLII).

CJCE, 15 déc.1995, aff. C-415/93, *Rec. CJCE*, p.I-4921.

Compagnie d'assurances Standard Life du Canada c. Lavigne, 2008 QCCA 516

Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. c. Les Constructions Serge Sauvé Ltée et al., [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), EYB 1990-59584.

Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15, 1997 CanLII 378 (CSC) 27 février 1997.

Dell Computer Corp. c/ Union des consommateurs, 2007 CSC 34.

Desbois c. Industries A.C. Davie inc., 1990 CanLII 3619 (QC CA)

Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc., 2003 CSC 17.

Federal Baseball Club v. National League, 259 U.S. 200 (1922).

Flood v. Kuhn, 407 U.S. 258 (1972).

Gateway Realty v. Arton Holdings, 106 N.S.R. (2d) 197 (N.S.T.D., 1991).

Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, [2007] 2 RCS 391.

Higgins v. Monroe Evening News, 272 N.W.2d 537 (Mich 1978).

Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc., 2006 CSC 2.

J.I. Case Co. v. NLRB, 321 U.S.332 (1944).

Kane c. Cons. d'administration de l'U.C.B., 1980 CanLII 10 (CSC) 1105.

Restaurant Faubourg St-Denis Inc. c. Durand, [1990] R.J.Q. 1218 (C.A.), J.E.90-791, [1990] n°AZ-90011507 (C.A.).

Rhéaume c. Société d'investissements l'Excellence inc., 2010 QCCA 2269 (CanLII).

Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail), [1996] 1 RCS 369.

Schulz v. U.S. Boxing Ass'n, 105 F.3d 127 (3d Cir.1997).

Seidel c. TELUS Communications Inc., 2011 CSC 15.

Sport maska inc. c. zittreer, [1988] 1 R.C.S. 564.

Szilard c. Szasz, [1954] RCS 3.

Telus Communications Company v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, 2009 FCA 255 (CanLII).

The American League of Professional Baseball Clubs and Association of National Baseball League Umpires, 180 N.L.R.B. 190 (1969).

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Sobeys Québec, 2004 CanLII 19596 (QC SAT).

Toolson v. New York Yankees, 346 U.S. 356 (1952)

Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, [2002] 2 R.C.S. 627, REJB 2002-27957

Trib. féd., 15 mars 1993, *E. Gundel c/ FEI et al.*, ATF 119 II 275

Trib. féd., 27 mai 2003, *L. Lazutina et al. c/ CIO et al.*, Rec. TAS, III,651

DOCTRINE

MONOGRAPHIE ET OUVRAGES COLLECTIFS

Abrams, Roger I. *The money pitch : baseball free agency and salary arbitration*, Philadelphia, Temple University Press, 2000.

Andreff, Wladimir. *Economie internationale du sport*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2010.

Antaki, Nabil. *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Québec, Éditions YBlais, 1998.

Barnes, John. *Sports and the law in Canada*, 3rd ed., Toronto, Butterworths, 1996.

Bernstein, Stéphanie et Gilles Trudeau, *Droit du travail*, Version étudiante 2011, Montréal, LexisNexis, 2011.

Blair, Roger D. *Sports economics*, New York, Cambridge University Press, 2012.

Bühning-Uhle, Christian. *Arbitration and mediation in international business*, 2nd ed. / Lars Kirchhoff and Gabriele Scherer ; with a foreword by William W. Park., Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International, 2006.

Cadiet et al., Loïc. *Médiation & arbitrage : alternative dispute resolution : alternative à la justice ou justice alternative? perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005.

Carbonneau et al., Thomas E. *Handbook on labor arbitration*, Huntington, N.Y., JuriNet LLC, 2007.

Carbonneau et al., Thomas E. *Handbook on international arbitration and ADR*, Huntington, N.Y., JurisNet, 2006.

Clay, Thomas. *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.

Cognard, Jean-Rémi. *Contrats de travail dans le sport professionnel sportifs et entraîneurs*, Paris, Juris éditions, 2012.

Coutu, Michel. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, Cowansville, Québec, Éditions YBlais, 2009.

David, René. *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris : Economica 1982.

Fouchard, Philippe, préface de Xavier Boucobza, Emmanuel Gaillard, Charles Jarrosson. *Écrits : droit de l'arbitrage, droit du commerce international*, Paris : Comité français de l'arbitrage, 2007.

Frick, Joachim G. *Arbitration and complex international contracts : with special emphasis on the determination of the applicable substantive law and on the adaptation of contracts to changed circumstances*, [The Hague]; Zürich, Kluwer Law International ; Schulthess, 2001.

Gouguet, Jean-Jacques et Didier Primault, « Analyse économique du fonctionnement du marché des transferts dans le football professionnel », dans Centre de droit et d'économie du sport (CDES) et al., *Le sport professionnel après l'arrêt Bosman : Une analyse économique internationale*, Limoges : PULIM. Presses universitaires de Limoges, 2004.

Hébert, Gérard, Jean Charest, et Marcel Simard. *La convention collective au Québec*, Montréal, GMorin, 2007.

Jarrosson, Charles. *La notion d'arbitrage*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987.

Jarrosson, Charles. « L'expertise juridique » dans *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage : mélanges offerts à Claude Reymond*, Paris : Litec, 2004.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle. « Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs de l'arbitre et principe d'efficacité » dans *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage*, Paris : Éditions du Juris-classeur, 2004.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle et Antonio Rigozzi. *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Berne; Zurich, Editions Weblaw ; Schulthess, 2006.

Maisonneuve, Mathieu. *L'arbitrage des litiges sportifs*, Paris, LGDJ, 2011.

Mitten, Matthew J. *Sports law in the United States*, Alphen aan den Rijn, the Netherlands; Frederick, MD, Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers, 2011.

Morin, Fernand. *L'élaboration du droit de l'emploi du Québec : ses sources législatives et judiciaires*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

Paulsson et al., Jan. *The Freshfields guide to arbitration clauses in international contracts*, Alphen aan den Rijn; Frederick, MD, Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Pub., 2011.

Rau, Alan Scott, Edward F. Sherman et Scott Peppet, *Arbitration*, University Casebook series, New York, NY : Foundation Press, 3rd edition, 2006.

Rigozzi, Antonio. *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005.

Robert, Jean. *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6e éd., Dalloz, 1993.

Thornton, Patrick K. *Sports law*, Sudbury, Mass; Toronto, Jones and Bartlett Publishers, 2011.

Weiler, Paul C et Gary R Roberts, *Sports law.*, New York, Aspen Publishers, 2005.

Wong, Glenn M. *Essentials of sports law*, Praeger., 2010.

ARTICLES

Abrams, Roger I. « Inside Baseball's Salary Arbitration Process » (1999) 6 U Chi L Sch Roundtable 55.

Aubut, Melanie. « When Negotiations Fail: An Analysis of Salary Arbitration and Salary Cap Systems » (2003) 10 Sports Law J 189.

Bachand, Frédéric. « Note - Seidel v. TELUS Communications Inc., Cour suprême du Canada, 18 March 2011 » (2011) Issue 2 Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage) 535.

Boucaron-Nardetto, Magali. « Priorité, non pas à l'arbitre, mais à la protection du salarié, note sous Cass. soc., 30 novembre 2011 et Paris, Pôle 1 – Ch.1, 10 janvier 2012 » (2012) Issue 2 *Revue de l'arbitrage* 340.

Clemens, Murray A. « Final Offer Arbitration: Baseball, Boxcars & Beyond » (May 2011), en ligne : <http://www.cle.bc.ca/PracticePoints/REAL/11-FinalOfferArbitration.html>.

Conti, Jonathan M. « Effect of Salary Arbitration on Major League Baseball, The » (1998) 5 Sports Law J 221.

Darankoum, Emmanuel S. « L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques » (2002) 36 *RJT* 421.

Feuille, Peter. « Final offer arbitration and the chilling effect » (1975) 14 : 3 *Industrial Relations* 302.

Fontmichel de, Maximin. « Eclairages sur l'interprétation du critère de l'activité professionnelle de l'article 2061 du Code civil, note sous Cass.civ.1ere, 29 février 2012 » (2012) Issue 2 *Revue de l'arbitrage* 360.

Fouchard, Philippe « L'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international », en ligne : < <http://www.oecd.org/internet/consumerpolicy/1878948.pdf>>.

Frison-Roche, Marie-Anne. « L'impartialité du juge » (1999) Dalloz.

Fudge, Judy. « The Limits of Good Faith in the Contract of Employment: From Addis to Vorvis to Wallace and Back Again? » (2007), 32 *Queen's L.J.* 529.

Gjidara, Sophie « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles » (2004) 105 *Petites affiches* 5.

Ham Eldon L. et Jeffrey Malach. « Hardball Free Agency - The Unintended Demise of Salary Arbitration in Major League Baseball: How the Law of Unintended Consequences Crippled the Salary Arbitration Remedy - and How to Fix It » (2010) 1 *Harv J Sports & Ent L* 63.

Jarosson, Charles. « Les frontières de l'arbitrage » (2001) Issue 1 *Revue de l'arbitrage* 19.

Loquin, Eric, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage » (2006) 2 *Revue de l'arbitrage* 326.

Mathieu Maisonneuve, « Note sous Tribunal fédéral suisse, 4A_558/2012, arrêt du 27 mars 2012, Francisco da Silva Matuzalem c/ FIFA » (2012) 3 *Revue de l'arbitrage* 668.

Maxcy, Joel. « Motivating long-term employment contracts: risk management in Major League Baseball », (2004) 25 *Manage. Decis. Econom* 110.

Megerlin, Francis. « Médiation et arbitrage : des convergences dans le règlement alternatif des différends ? », (2002) 170 *Petites Affiches* 10.

Meth, Elissa M. « Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes » (1999) 10 *American journal of international arbitration* 383.

Mitrovic, Laurence. « L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? » (2003) Issue 4 *Revue de l'Arbitrage* 1167.

O'Byrne. « Good faith in contractual performances: recent developments », (1995) 74 *Canadian B. Rev.* 70.

Petersen, Erik Jorgen. « La mise en œuvre des ADR dans les grands contrats », (2001) 319 *Gazette du Palais* 46.

Pinna, Andréa. « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport » (2004) 141 *Gazette du Palais* 31.

Primm, Adam. « Salary Arbitration Induced Settlement in Major League Baseball: The New Trend » (2010) 17 Sports Law J 73.

Prujiner, Alain. « L'adaptation forcée du contrat par arbitrage » (1992) 37 RD McGill. 428

Reich, Samuel J. « Structuration du régime d'arbitrage de l'offre finale au Baseball en vue de son application aux instances du CRTC » (2009), en ligne : [crtc.gc.ca <http://www.crtc.gc.ca/fra/publications/reports/reich09.htm>](http://www.crtc.gc.ca/fra/publications/reports/reich09.htm).

Rigozzi, Antonio. « L'arbitrabilité des litiges sportifs » (2003) Volume 21 : Issue 3 ASA Bulletin (Kluwer Law International) 503.

Rizzo, Fabrice. « L'interprétation d'une clause de prix relative à une opération de transfert d'un footballeur professionnel » (2012) Dalloz 997.

Rizzo, Fabrice. « Le contentieux relatif au paiement de l'indemnité de transfert d'un football professionnel » (2011) 16 La Semaine Juridique Edition Générale 450.

Sachs, Klaus. « La protection de la partie faible en arbitrage » (2007) n°198 Gaz Pal 22.

Seraglini, Christophe. « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre » (2007) n° 349 Gaz Pal 5.

Thery, Philippe. « Ce que n'est pas une sentence arbitrale: subtilités de la qualification », (2011) RTD Civ. 385.

Tulis, Benjamin A. « Final-Offer Baseball Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications » (2010) 20 Seton Hall J Sports & Ent L 85.

Valencia, Franck. « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage » (2007) Issue 1 Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage) 47.

Wassner, Brien. « Major League Baseball's Answer to Salary Disputes and the Strike: Final Offer Arbitration: A Negotiation Tool Facilitating Adversary Agreement » (2003) 6 Vand J Ent L & Prac 5.

AUTRES DOCUMENTS

Chiasson, Frédérique. *L'homologation et l'entérinement des ententes issues de processus de règlement amiable des litiges administratifs*, Université de Montréal, 2011.

Centre de règlement des différends sportifs du Canada, *Code canadien de règlement des différends sportifs du Canada*, 1er février 2011.

Commission des nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Règlement d'arbitrage* (révisé en 2010).

Chambre de commerce internationale (CCI), *Règlements d'arbitrage et d'ADR*, dernière version en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2012

Chambre de commerce internationale (CCI), *Règlements d'expertise*

Chambre de commerce internationale (CCI), *Règlement DOCDEX. Règlement d'expertise de la Chambre de commerce internationale pour la Résolution des différends en matière d'instruments documentaires*, 2002

Commission luxembourgeoise arbitrage pour le sport, *Règlement d'arbitrage*.

Commission belge arbitrage pour le sport, *Règlement d'arbitrage*.

Deloitte, *Fan power. Football Money League*, Sports Business Group, February 2012.

Fédération Internationale de Football Association (FIFA), « Statuts de la FIFA » (juillet 2012).

Fédération Internationale de Football Association (FIFA), « Règlement du statut et du transfert des joueurs » (2010).

London court of international arbitration (LCIA), *Arbitration rules*, 1998.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), *Règlement d'arbitrage*.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), *Règlement d'expertise*.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), *Règlement de médiation*.

Tribunal arbitral du sport (TAS), *Règlement d'arbitrage*, dernière version 01-01-2012.

Tribunal arbitral du sport (TAS), *Règlement de médiation*.

Sports Resolution (UK), *Rules*.

Memorandum of Understanding between the Union des Associations Européennes de Football (“UEFA”) and the Fédération Internationale des Associations de Footballeurs

Professionnels (“FIFPRO”) “FIFPROdivision Europe”, 3 *Rivista di diritto ed economia dello sport* 165.

Union of european football associations (UEFA), *Rapport financier 2010/11. XXXVIe Congrès ordinaire de l’UEFA*, Istanbul, 2012.

Union of european football associations (UEFA), *Statuts*, 2012.