

Actualités du droit du sport: Jurisprudence nationale et internationale



ASSOCIATION SUISSE DE DROIT DU SPORT

7èmes Journées du Droit du Sport

Jeudi, 24 novembre – vendredi 25 novembre 2016

Prof. Antonio Rigozzi, avocat, Genève

Sommaire : au-delà de *Pechstein*

- **BGH - *ISU c. Pechstein***

- Liste des arbitres
- Convention d'arbitrage

- **LG Munich - *Euroleague c. FIBA***
Tr. Arr. Lausanne - *Reiter c. CIO*
TPI Bruxelles - *Doyen c. FIFA*

- Mesures provisionnelles, compétence

- **TAS – *Sharapova***

- Délégation à des tiers des obligations anti-dopage

- ***Tribunal Supremo Espanol***

- Caractère disproportionné de l'obligation de localisation

Pechstein: les faits

- **Sentence du TAS de 2009: 2 ans de suspension**
 - Mme Pechstein partie appelante
- **Recours rejetés**
- **Action en dommages-intérêts contre ISU et DESG**
 - LG Munich: clause TAS nulle en vertu de 27 CC – mais *res judicata*
 - OLG Munich: clause TAS nulle en droit allemand de la concurrence
 - Valable *per se* mais abusif de l'imposer du fait du déséquilibre structurel
 - BGH: admet recours ISU; clause TAS est acceptable
 - *Bundesverfassungsgericht*
- **CrEDH**

Pechstein : le cadre juridique

- **Reconnaissance de la sentence du TAS**
 - Article V Convention de New York
 - Ordre public allemand et communautaire (*Benetton*)
- **Validité de la convention d'arbitrage**
 - Droit allemand de l'Etat où la reconnaissance est demandée?
 - Droit suisse du siège de l'arbitrage?
 - Lié par la jurisprudence du Tribunal fédéral?
 - Réserve de l'ordre public allemand (y compris droit de la concurrence)?
 - **Convention de New York?**
 - Qualification: droit suisse, droit allemand ou qualification autonome

Pechstein : la question centrale

- **Le TAS est-il un véritable tribunal arbitral?**
 - Si oui: examiner validité de la clause TAS
- **Le BGH raisonne en droit allemand**

An der für die Einordnung als "echtes" Schiedsgericht erforderlichen hinreichenden Unabhängigkeit fehlt es, wenn die Mitglieder des Spruchkörpers allein oder überwiegend von einer Partei bestimmt werden oder **wenn die Streitbeteiligten keinen paritätischen Einfluss auf die Besetzung des Spruchkörpers haben** (BGH, Beschluss vom 27. Mai 2004 - III ZB 53/03, BGHZ 159, 207,

- **Code TAS version 2004**

Pechstein : un 'vrai' arbitrage

■ Applicabilité de principe des § 1025 ss ZPO

- Exclue pour les tribunaux internes; donc ok pour le TAS

aa) Der Regelung des § 1034 Abs. 2 ZPO, die bei inländischen Schiedsgerichten für den Fall eines strukturellen Übergewichts einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein besonderes, fristgebundenes Verfahren vorsieht, kann entnommen werden, dass nicht jedwede Beeinträchtigung der Unabhängigkeit und Neutralität des Schiedsgerichts zu einer Nichtanwendbarkeit der §§ 1025 ff. ZPO führt. Vielmehr scheidet eine Anwendung der §§ 1025 ff. ZPO nur dann aus, wenn das Schiedsgericht satzungsmäßig nicht als unabhängige und unparteiische Stelle organisiert ist oder das "Schiedsverfahren" auf ein Richten des Vereins oder Verbands in eigener Sache hinausläuft, mithin bloße Vereins- bzw. Verbandsgerichtsbarkeit vorgezeichnet ist (BGH, Beschluss vom 27. Mai 2004 - III ZB 53/03, BGHZ 159, 207, 212 f.).

Pechstein : indépendance ‘formelle’

25

b) Der CAS stellt eine solche unabhängige und neutrale Instanz dar. Er ist, anders als ein Verbands- oder Vereinsgericht (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 27. Mai 2004 - III ZB 53/03, BGHZ 159, 207, 210 f.), **nicht in einen bestimmten Verband oder Verein** eingegliedert. Er ist von den ihn tragenden Sportverbänden und Olympischen Komitees **als Institution unabhängig** (vgl. schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 27. Mai 2003 - 4P.267-270/2002, SchiedsVZ 2004, 208, 209 ff. - Danilova und Latsutina) und soll eine verbandsübergreifende einheitliche Rechtsprechung sicherstellen.

- **Mais le BGH pousse l'analyse plus loin**
 - **(re)pose la question de la liste d'arbitres**

Pechstein : la liste d'arbitres

- Une influence indirecte peut suffire

Eine Schiedsrichterliste an sich ist solange nicht zu beanstanden, als hierdurch nicht ein Übergewicht einer Partei institutionalisiert wird (vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 31. Aufl., § 1034, Rn. 11) oder das Gremium, das einen maßgeblichen Einfluss auf die Erstellung der Schiedsrichterliste hat, einer der Parteien näher steht als der anderen, also gleichsam einem bestimmten "Lager" zuzurechnen ist (vgl. Schlosser in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 1034, Rn. 10).

- Question pas analysée par le TF dans *Lazutina*

Pechstein : la liste d'arbitres

■ Article S14 Code TAS – version 2004

S14 In establishing the list of CAS arbitrators, the ICAS shall call upon personalities with full legal training, recognized competence with regard to sports law and/or international arbitration, a good knowledge of sport in general and a good command of at least one CAS working language. In addition, the ICAS shall respect, in principle, the following distribution:

- 1/5th of the arbitrators selected from among the persons proposed by the IOC, chosen from within its membership or from outside;
- 1/5th of the arbitrators selected from among the persons proposed by the IFs, chosen from within their membership or outside;
- 1/5th of the arbitrators selected from among the persons proposed by the NOCs, chosen from within their membership or outside;
- 1/5th of the arbitrators chosen, after appropriate consultations, with a view to safeguarding the interests of the athletes;
- 1/5th of the arbitrators chosen from among persons independent of the bodies responsible for proposing arbitrators in conformity with the present article.

Pechstein : la liste d'arbitres

■ Article S4 Code TAS – toujours en vigueur

S4 ICAS is composed of twenty members, experienced jurists appointed in the following manner:

- a. four members are appointed by the International Sports Federations (“IFs”), viz. three by the Association of Summer Olympic IFs (“ASOIF”) and one by the Association of Winter Olympic IFs (“AIOWF”), chosen from within or outside their membership;
- b. four members are appointed by the Association of the National Olympic Committees (“ANOC”), chosen from within or outside its membership;
- c. four members are appointed by the International Olympic Committee (“IOC”), chosen from within or outside its membership;
- d. four members are appointed by the twelve members of ICAS listed above, **after appropriate consultation with a view to safeguarding the interests of the athletes;**
- e. four members are appointed by the sixteen members of ICAS listed above, chosen from among **personalities independent of the bodies designating the other members of the ICAS.**

Pechstein : liste - l'analyse du BGH

■ Le degré d'influence requis

Damit kommt einem internationalen Sportverband wie der Beklagten zu 2 ein gewisser Einfluss auf die Zusammensetzung der Schiedsrichterliste zu. Dieser Einfluss besteht jedoch nicht in einem solchen Ausmaß, dass der Verband hierdurch einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung der Schiedsrichterliste hätte. Es ist nichts dafür festgestellt oder vorgetragen, dass die mindestens 150 Personen umfassende Schiedsrichterliste - tatsächlich sind es weit über 200 (vgl. Haas, ZVglRWiss 2015, 516, 528) - nicht eine ausreichende Zahl neutraler, von der Beklagten zu 2 unabhängiger Personen enthält (vgl. BGH, Urteil vom 7. Januar 1971 - VII ZR 160/69, BGHZ 55, 162, 175 f.; Pfeiffer, SchiedsVZ 2014,

Pechstein : liste - analyse⁽ⁱ⁾

■ Influence dans le cas d'espèce (ISU c. Pechstein)

..... Bei der Wahl der Schiedsrichter für den CAS hat der ICAS eine Verteilung zu berücksichtigen, die der eigenen Besetzung entspricht.

31 Die Schiedsrichterliste manifestiert keine Institutionalisierung eines Übergewichts eines bestimmten, an einem konkreten Verfahren beteiligten Sportverbandes (hier der Beklagten zu 2) in dem Sinne, dass dieser direkten Einfluss auf die Liste hätte nehmen können. Die Beklagte zu 2 hat lediglich insofern einen mittelbaren Einfluss auf die Zusammensetzung der Schiedsrichterliste, als sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu den internationalen Sportverbänden zählt, die vier Mitglieder in den ICAS entsenden können.

Pechstein : liste - analyse⁽ⁱⁱ⁾

■ Influence contextualisée: *Fédérations* c. *Athlètes*

- Le test applicable

32

Ein bestimmender Einfluss des konkret verfahrensbeteiligten Verbandes kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass den Sportverbänden und den Olympischen Komitees in ihrer Gesamtheit der maßgebliche Einfluss auf die Zusammensetzung der Schiedsrichterliste zukommt. Ein Übergewicht des am konkreten Verfahren beteiligten Verbandes gegenüber dem Athleten bei der Schiedsrichterbestimmung ergäbe sich hieraus nur dann, wenn sich "Verbände" und "Athleten" grundsätzlich als von gegensätzlichen Interessen geleitete Lager gegenüberstünden, wie dies in anderen Bereichen, z.B. bei Arbeitgebern und Arbeitnehmern, der Fall sein mag.

Pechstein : liste – analyse⁽ⁱⁱⁱ⁾

- L'application du test : premier volet
 - Intérêts pas nécessairement divergents entre les « blocs »

Im Hinblick auf ihre Verpflichtung zur Umsetzung des WADC mögen sie zwar in Dopingfällen durchaus gleichgerichtete Interessen vertreten. Diese Interessen decken sich jedoch grundsätzlich mit den Interessen der Athleten an einem dopingfreien Sport.

Der Senat erkennt dabei nicht, dass gegebenenfalls gleichwohl das Interesse der "Verbandsseite" an einer effektiven Regeldurchsetzung und deren öffentlicher Erkennbarkeit in Konflikt mit dem Interesse des betroffenen Athleten an hohen Beweisanforderungen treten kann. Im Hinblick auf das von allen Verbänden und Athleten - bei im Einzelfall jedoch höchst unterschiedlichen Einzelinteressen - verfolgte Hauptziel eines dopingfreien Sports rechtfertigt auch dies jedoch nicht die Annahme homogener "Lager", bestehend aus "den Verbänden" und "den Athleten".

Pechstein : liste – analyse^(iv)

- L'application du test: second volet
 - Divergences possibles même au sein des « blocs »

Die übrigen Sportverbände können jedoch nicht ohne weiteres der Seite der Beklagten zu 2 zugerechnet werden. Die Sportverbände und die Olympischen Komitees sind vom Grunde her im Wettbewerb stehende Einheiten mit höchst unterschiedlichen Einzelinteressen

Ein Verband mag - wie die Beklagte zu 1 - in einem Dopingverfahren seinen Athleten unterstützen, weil er von dessen Unschuld überzeugt ist. Ein anderer Verband mag - wie im Fall der Beklagten zu 2 - die von seiner Disziplinarkommission verhängte Dopingsperre verteidigen. Auf Seiten der Athleten wird ein des Dopings überführter Athlet für eine möglichst milde Sanktionierung kämpfen, während andere, durch das Doping benachteiligte Athleten möglicherweise dessen strenge Verurteilung befürworten werden.

Pechstein : liste - appréciation

■ Intérêt commun pour un sport sans dopage?

- Ulrich Haas: « *this notion of closed ranks is sports disputes is – as the [BGH] rightly pints out – fictitious. Such ‘block mentality’ is out of touch with reality ...* »
- Peu convaincant:
 - Tous d'accord sur le principe, moins sur les modalités
 - Contradiction inhérente entre les deux volets de l'analyse
 - Difficilement conciliable avec le texte même de l'article S14

■ Un autre test envisageable / préférable?

- Fédérations: application (mécanique) de leur réglementation
- Athlète: application de la réglementation en conformité avec les garanties conférées par la loi

LKK

LÉVY KAUFMANN-KOHLER

Pechstein : liste - appréciation⁽ⁱ⁾

- Nouvelle version de l'art. S14 du Code TAS
 - Aurait dû être appliquée – rendu l'analyse plus convaincante

S14 ~~In establishing the list of CAS arbitrators, The~~ ICAS shall ~~call upon~~ appoint personalities to the list of CAS arbitrators with appropriate legal training, recognized competence with regard to sports law and/or international arbitration, a good knowledge of sport in general and a good command of at least one CAS working language, whose names and qualifications are brought to the attention of ICAS, including by the IOC, the IFs, ~~and~~ the NOCs and by the athletes' commissions of the IOC, IFs and NOCs. ICAS may identify the arbitrators ~~with~~ having a specific expertise to deal with certain types of disputes.

Pechstein : autres aspects

■ ***Recurrent appointments et scrutiny***

Der Einwand der Klägerin, das Ablehnungsrecht sei von begrenztem Wert, weil **die Schiedsrichter nicht offenlegen müssten, ob und wie häufig sie in der Vergangenheit bereits von einer Partei benannt worden seien**, steht einer Einordnung des CAS als "echtem" Schiedsgericht ebenso wenig entgegen wie das **Hinweisrecht des Generalsekretärs des CAS** - der Schiedsspruch muss vor Unterzeichnung dem Generalsekretär vorgelegt werden, der Berichtigungen der Form vornehmen und die Aufmerksamkeit des Schiedsgerichts auf Grundsatzfragen ("fundamental issues of principle") lenken kann (vgl. zu hieraus resultierenden Bedenken an der sachlichen Unabhängigkeit des Schiedsgerichts im Zusammenhang mit der ähnlichen Vorschrift des Art. 33 der ICC-Schiedsordnung

Pechstein : aspects ignorés

■ **La nomination du Président de la Formation – R54**

If three arbitrators are to be appointed, **the President of the Division shall appoint the President of the Panel** following nomination of the arbitrator by the Respondent and after having consulted the arbitrators. The arbitrators nominated by the parties shall

■ **Le BGH se trompe sur le contenu de la règle**

ei Berufungsverfahren vor dem CAS **kann** der Präsident der Berufungsabteilung, der durch einfache Mehrheit im ICAS gewählt wird, den Vorsitzenden des für die konkrete Streitigkeit zuständigen Spruchkörpers bestimmen, **wenn sich die Streitparteien insoweit nicht einigen**.

- **Portée de l'erreur?**

Pechstein : aspects ignorés⁽ⁱ⁾

- La « lisibilité » de la liste (ATF 129 III 445, consid. 3.3.3.2)

Néanmoins, il convient de faire ici une réserve quant à la lisibilité de la liste d'arbitres. Il serait en effet souhaitable, dans cette optique et par souci de transparence, que la liste publiée indiquât, en regard du nom de chacun des arbitres qui y figurent, à quelle catégorie d'arbitres il appartient parmi les cinq mentionnées à l'art. S14 (arbitres sélectionnés sur proposition du CIO, des FI et des CNO; arbitres sélectionnés en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes; arbitres choisis parmi des personnes indépendantes des trois organismes précités) et, s'agissant de deux d'entre elles, par quelle FI ou quel CNO il a été proposé (dans le même sens, cf. SCHILLIG, op. cit., p. 159).

- Le BGH ne relève pas que le TAS n'a jamais donné suite à la recommandation du TF

Pechstein : convention d'arbitrage

■ Le droit applicable

(1) Die **Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung** ist, abgesehen von vertraglich nicht abdingbaren Vorschriften im Sinne von Art. 34 EGBGB aF, wie etwa den kartellrechtlichen Vorschriften, **nach schweizerischem materiellem Recht zu überprüfen**. Wie bereits dargelegt, ergibt sich das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare materielle Recht aus Art. 27 ff. EGBGB aF.

Nach Art. 34 EGBGB aF sind die **vertraglich nicht abdingbaren Vorschriften des deutschen Rechts anzuwenden**, die den Sachverhalt ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht international zwingend regeln. Zu diesen Vorschriften **gehören die kartellrechtlichen Bestimmungen**

Pechstein : convention d'arbitrage⁽ⁱ⁾

- Applicabilité du droit de la concurrence?

Ob die Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots ausgeschlossen ist, weil die Beklagte zu 2 bei der Schiedsvereinbarung nicht unternehmerisch gehandelt hat, sondern vielmehr verpflichtet ist, in Fällen, die im Zusammenhang mit der Teilnahme an einer internationalen Sportveranstaltung stehen, oder in Fällen, die internationale Spitzenathleten betreffen, Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen in Anti-Doping-Verfahren ausschließlich zum CAS vorzusehen (Art. 13.2.1 in Verbindung mit Art. 23.2.2 WADC), kann dahinstehen.

Pechstein : convention d'arbitrage⁽ⁱⁱ⁾

■ Pesée des intérêts en droit de la concurrence?

Das Ver-
langen nach einer Schiedsvereinbarung, die den CAS als Schiedsgericht vorsieht, ist jedenfalls durch sachliche Gründe gerechtfertigt und widerspricht nicht den allgemeinen gesetzlichen Wertentscheidungen.

aa) Im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung ist auf Seiten der Klägerin vornehmlich deren Interesse an einer Entscheidung durch ein unabhängiges (Schieds-)Gericht in einem fairen Verfahren zu berücksichtigen, auf Seiten der Beklagten zu 2 vornehmlich das Interesse der Sportverbände an einer funktionierenden weltweiten Sportschiedsgerichtsbarkeit. Beide Gesichtspunkte betreffen jedoch nicht nur das Interesse einer Seite. Nur eine unabhängige und faire Sportschiedsgerichtsbarkeit kann weltweite Anerkennung erwarten, und jedem den fairen Wettkampf suchenden Sportler muss daran gelegen sein, dass mutmaßliche Verstöße gegen die Anti-Doping-Regeln auf internationaler Ebene nach einheitlichen Maßstäben und unter Gleichbehandlung der betroffenen Sportler aus unterschiedlichen Ländern aufgeklärt und sanktioniert werden.

Pechstein : convention d'arbitrage⁽ⁱⁱⁱ⁾

- **Caractère non-consensuel de l'arbitrage**
- **Distinction importante**
 - **Arbitrage non-volontaire (contrainte, dol etc.)**
 - Présomption qu'un contrat a été conclu volontairement
 - Pas établi que tel n'était pas le cas
 - **Arbitrage « non-voulu »**
 - L'Etat doit intervenir lorsque une partie est en position de dicter les termes du contrat
 - Si le terme contractuel en question affecte un droit fondamental
 - Si le terme « imposé » n'est pas justifié pas par un intérêt prépondérant

Pechstein : convention d'arbitrage^(iv)

■ Clause d'arbitrage imposée en matière de dopage

Im Streitfall war die Entscheidung der Klägerin allerdings fremdbestimmt. Die Beklagte zu 2 hat im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Eisschnelllauf-Weltmeisterschaften ein Monopol. Die Klägerin war zur Ausübung ihres Berufes darauf angewiesen, an solchen Weltmeisterschaften teilzunehmen. Die Beklagte zu 2 war daher faktisch in der Lage, der Klägerin die Bedingungen der Wettkampfteilnahme vorzugeben. Dabei ist im Hinblick auf die in Art. 13.2.1 in Verbindung mit Art. 23.2.2 WADC enthaltene Verpflichtung der Beklagten zu 2, den CAS als Schiedsgericht vorzusehen, davon auszugehen, dass die Klägerin ohne Unterzeichnung auch der Schiedsvereinbarung nicht zum Wettkampf zugelassen worden wäre.

■ Une (autre) pesée des intérêts est nécessaire

Pechstein : convention d'arbitrage^(v)

■ Les intérêts en présence

• Du côté de l'athlète:

- *Anspruch auf Justizgewährung*
- *Grundrecht auf freie Berufsausübung*

• Du côté de la fédération sportive:

- *verfassungsrechtlich gewährleisteten Verbandsautonomie der Beklagten zu 2 (Art. 9 Abs. 1 GG)*
- *[...] einheitliches Vorgehen hinsichtlich der sportrechtlichen Regeln zu gewährleisten.*
 - *Gerade im Bereich des Dopings ist die einheitliche Anwendung der Anti-Doping-Regeln der Verbände und des WADC zwingend erforderlich, um einen fairen internationalen sportlichen Wettbewerb der Athleten zu ermöglichen.*
- *Rechtsfortbildung im Rahmen des internationalen Sportrechts beizutragen*
- *besondere Fachkunde der Schiedsrichter, die im Hinblick auf termingebundene Sportereignisse insbesondere auch für den von einem Verfahren betroffenen Sportler besonders bedeutsame Schnelligkeit der Entscheidungsfindung*
- *die internationale Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen*
- *Im Hinblick auf Art. 13.2.1 in Verbindung mit Art. 23.2.2 WADC faktisch gezwungen ist, Schiedsvereinbarungen zu treffen*

Pechstein : convention d'arbitrage^(vi)

■ La pesée des « *Grundrechtspositionen* »

Maßgeblich hierfür ist zum einen, dass die bereits genannten Vorteile einer Sportschiedsgerichtsbarkeit nicht nur für die Verbände, sondern gerade auch für die Athleten gelten, da diese zur (gegebenenfalls beruflichen) Ausübung ihres Sports darauf angewiesen sind, dass faire Wettkampfbedingungen herrschen. Dazu gehört insbesondere eine einheitliche Anwendung der Anti-Doping-Regeln, die derzeit nur durch den CAS als weltweit anerkanntes Sportschiedsgericht gewährleistet werden kann. Um auf der anderen Seite die Grundrechte der Klägerin auf Justizgewährung und Berufsfreiheit möglichst weitgehend wirksam werden zu lassen, dürfen die Anforderungen an die Unabhängigkeit und Neutralität des CAS allerdings nicht zu gering angesetzt werden. Wie bereits ausgeführt, enthält im Falle des CAS die Schiedsrichterliste grundsätzlich eine ausreichende Anzahl unabhängiger und neutraler Personen und kommt insbesondere der Beklagten zu 2 als Verfahrensgegnerin kein institutionalisiertes Übergewicht bei der Zusammenstellung der Schiedsrichterliste und Besetzung des Schiedsgerichts zu.

Pechstein : convention d'arbitrage^(vii)

■ Le test final de l'art. 6 CEDH

Genauso wie der grundgesetzliche Justizgewährungsanspruch ist auch dieses Recht auf Zugang zu staatlichen Gerichten allerdings **verzichtbar**. Insbesondere kann die Zuständigkeit staatlicher Gerichte in Schiedsvereinbarungen ausgeschlossen werden, **wenn die Schiedsvereinbarung freiwillig**, erlaubt und eindeutig ist, das Schiedsverfahren entsprechend den Garantien in Art. 6 EMRK ausgestaltet ist und die Aufhebung von Schiedssprüchen bei Verfahrensmängeln durch staatliche Gerichte möglich ist (EGMR, Urteil vom 28. Oktober 2010 - 1643/06, Rn. 48 - Suda ./ République Tchèque; Meyer in Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl., Art. 6, Rn. 59). Diese Voraussetzungen sind entsprechend den vorstehenden Ausführungen zu bb) erfüllt. Dabei führt auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte **die Tatsache, dass die Klägerin zur Ausübung ihres Berufes darauf angewiesen war, die von der Beklagten zu 2 vorgegebene Wettkampfmeldung zu unterzeichnen, nicht zu einer unfreiwilligen und damit konventionswidrigen Schiedsvereinbarung**

Pechstein : appréciation générale

- Approche judiciaire: *Judicial restraint*
- Accent mis sur les « *Konkret verfahrensbeteiligten* »
- Pas discuté le cas des athlètes sans moyens – legal aid
- Pas discuté la nomination du président de la formation
- Pesée des intérêts peu convaincante
- Importance du contexte lié au dopage?
- Nouvel article S14 – suffit-il à lever les doutes?
- Fin de l'histoire?

Euroleague c. FIBA : les faits

■ Résolution du Board de FIBA (Europe) du 20 mars 2016:

“... as a response to the aggressive and unlawful conduct of [Euroleague], it was resolved that each national association that supports the unlawful tie-in transactions of [Euroleague] by allowing its league or clubs to enter into and/or implement a contract with [Euroleague] or a company directly or indirectly affiliated with it will automatically lose the right to participate in the men’s national team competitions (seniors) organized by FIBA Europe...”

■ Mesures provisionnelles visant à faire interdire la « sanction »

- Requises au LG Munich par 12 clubs, une ligue et l’Euroleague
- Accordées (ex parte) le 2 juin 2016
- FIBA demande la levée de la mesure d’interdiction
- Arrêt du 23 juin 2016

Euroleague : la compétence

- *vis-à vis* des clubs et de la ligue espagnole
- Art. 33 Statuts: clause TAS et disposition selon laquelle

“The parties concerned shall undertake to comply with the Statutes and Procedural Rules of this Court of Arbitration for Sport and to accept and enforce its decision in good faith...”

- Art. R37 al. 3 du Code TAS

“Par la soumission au présent Règlement de procédure d’un litige relevant de la procédure d’arbitrage ordinaire ou de la procédure arbitrale d’appel, les parties renoncent à requérir de telles mesures auprès des autorités ou tribunaux étatiques. ”

Euroleague : validité du *waiver*

Gemäß § 1042 Abs. 3 ZPO können die Parteien „vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften der ZPO in diesem Buch“ das Verfahren selbst oder durch Bezugnahme auf eine schiedsrichterliche Verfahrensordnung regeln. Das Buch 10 der ZPO über schiedsrichterliche Verfahren **enthält kein Verbot dahingehend, dass einstweiliger Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten durch Vereinbarung ausgeschlossen werden könnte**. Insbesondere enthält § 1041, in dem Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes geregelt sind, weder ein Verbot noch ein Gebot für den Rechtsweg zu staatlichen Gerichten.

Eine ausdrückliche Vereinbarung über die exklusive Zuständigkeit ist daher auch für den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes möglich (Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 1033 Rdn. 6) und wurde in Rule 37 der Verfahrensordnung des CAS getroffen.

Euroleague : appréciation

- Plus décomplexé que la doctrine/jurisprudence suisse
 - A. Bucher: CR-LDIP/CLug – *Reiter c. C/O* ci-dessous
- La forme écrite suffit
- Quant au fond il faut que ça soit « explicite » (*ausdrücklich*)
 - Ici: pas problématique du fait que renvoi explicite au Code TAS
- Analyse de l'effectivité?
 - Valable à moins que le requérant ne rende vraisemblable que, dans les circonstances de l'espèce, le TAS ne sera pas en mesure de rendre une décision efficace

Reiter c. CIO : les faits et la décision

- Décision du CIO de retirer le slalom parallèle du programme des JO en snowboard
- Un snowboarder conteste par voie de mesures provisionnelles
- Tribunal d'arrondissement de Lausanne: rejet de la requête
 - Les athlètes ne sont pas membres, ni directement ni indirectement du CIO – pas d'action fondée sur l'art. 75 CC
 - Dommage invoqué purement pécuniaire donc réparable

Reiter c. CIO : le point intéressant

- Le CIO avait excipé de l'incompétence du juge étatique

L'article 183 al. 1 LDIP prévoit que, sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie. Ainsi, un tribunal arbitral compétent en vertu d'une convention d'arbitrage et un tribunal étatique ont en principe une compétence concurrente pour ordonner des mesures provisionnelles. Les parties peuvent toutefois déroger à ce principe en prévoyant une compétence exclusive du tribunal arbitral.

Au regard de l'arrêt CACI HC 2014 n°612 du 17 juillet 2014 de la Chambre des recours civile Tribunal cantonal vaudois, il est douteux qu'en cas d'urgence, la compétence du juge étatique pour les mesures provisionnelles puisse être niée, mais cette question peut rester indécise en l'état, vu ce qui suit.

Doyen et al. c. FIFA et al. : les faits

« Article 18ter Propriété des droits économiques des joueurs

1. *Aucun club ou joueur ne peut signer d'accord avec un tiers permettant à celui-ci de pouvoir prétendre, en partie ou en intégralité, à une indemnité payable en relation avec le futur transfert d'un joueur d'un club vers un autre club, ou de se voir attribuer tout droit en relation avec un transfert ou une indemnité de transfert futur(e).*
2. *L'interdiction énoncée à l'alinéa 1 entre en vigueur le 1^{er} mai 2015.*
3. *Les accords couverts par l'alinéa 1 antérieurs au 1^{er} mai 2015 peuvent rester valables jusqu'à leur expiration contractuelle. Cependant, leur durée ne peut pas être prolongée.*
4. *La durée de tout accord couvert par l'alinéa 1 signé entre le 1^{er} janvier 2015 et le 30 avril 2015 ne peut excéder un an à partir de la date effective.*
5. *D'ici la fin du mois d'avril 2015, tous les accords existants couverts par l'alinéa 1 doivent être entrés dans TMS. Tous es clubs ayant signé des accords de ce type doivent les soumettre – dans leur intégralité et en incluant tout amendement ou annexe – dans TMS en spécifiant les informations relatives au tiers concerné, le nom complet du joueur ainsi que la durée de l'accord.*
6. *La Commission de Discipline de la Fifa peut imposer des sanctions disciplinaires aux clubs ou joueurs ne respectant pas les obligations stipulées dans la présente annexe. ».*

Doyen c. FIFA : demandes et décision

3. En termes de conclusions, faisant état d'une situation d'urgence, Doyen Sports, l'asbl Ri Sérésien et l'asbl Seraing United demandent de :

- faire interdiction à la Fédération Internationale de Football Association (Fifa), à l'Union Européenne des Sociétés de Football Association (Uefa) et à l'asbl Union Royale Belge des Sociétés de Football Association (Urbsfa) de mettre en œuvre et d'appliquer, de quelque manière que ce soit, les dispositions visées dans la circulaire 1464 relative à l'interdiction des TPO/TPI,

[...]

- Rejetées par le Tribunal de première instance (Fr) de Bruxelles le 24 juillet 2015

Doyen c. FIFA : les demandes

3. En termes de conclusions, faisant état d'une situation d'urgence, Doyen Sports, l'asbl R Sérésien et l'asbl Seraing United demandent de :

- faire interdiction à la Fédération Internationale de Football Association (Fifa), à l'Union Européenne des Sociétés de Football Association (Uefa) et à l'asbl Union Royale Belge des Sociétés de Football Association (Urbsfa) de mettre en œuvre et d'appliquer, de quelque manière que ce soit, les dispositions visées dans la circulaire 1464 relative à l'interdiction des TPO/TPI,

Doyen : exception d'arbitrage

27. La Fifa et l'Uefa invoquent le fait que le présent litige aurait dû être porté devant le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) à Lausanne, par l'application conjuguée des statuts de l'asbl RFC Sérésien (ainsi que par ailleurs de ceux de Seraing United) et des règlements de la Fifa et de l'Urbsfa.

Elles en concluent que nous sommes sans pouvoir de juridiction, sur cette base, à l'égard du RFC Sérésien.

28. La question de savoir si, dans ce contexte, le juge des référés, faisant partie des tribunaux de l'ordre judiciaire, a pouvoir de juridiction pour connaître du litige est tranchée au regard du droit du for du tribunal saisi³.

■ Rejetée

25. En application de l'article 1683 du Code judiciaire, «une demande en justice, avant ou pendant la procédure arbitrale, en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage et n'impliquent pas renonciation à celle-ci ».

Doyen : compétence internationale

- Convention de Lugano (défendeur dans Etat contractant) art. 31

« Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat lié par la présente Convention peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat, même si, en vertu de la présente Convention, une juridiction d'un autre Etat lié par la présente Convention est compétente pour connaître du fond. ».

La Cour de Justice de l'Union européenne « subordonne l'application de l'article 24 de la Convention de Bruxelles (texte identique au texte de l'article 31 de la Convention de Lugano) à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet de la mesure et la compétence territoriale de l'Etat membre du juge qui la prononce (...) Ce qui est exclu, c'est que la mesure puisse être demandée à un juge qui ne possède aucun rattachement avec le lieu d'exécution de la mesure et que celle-ci doit être intégralement mise en œuvre dans un autre Etat »⁵.

Doyen : compétence internationale⁽ⁱ⁾

■ Compétence des tribunaux belges sur le fond

- Établie (sur le fond) pour action contre fédération belge (art. 2)
- For de la connexité (art. 6.1) pour FIFA mais pas l'UEFA (=>art. 31)
- Pas de compétence exclusive des tribunaux de Zurich (art. 22.2)

49. Dans ses conclusions prises dans le cadre de la cause C-302/13 précitée, l'avocat général, madame Kokott précise « En ce qui concerne l'article 22, point 2, du règlement n° 44/2001, la Cour a déjà eu l'occasion de dire pour droit que cette disposition doit être interprétée en ce sens que son champ d'application ne vise que les litiges dans lesquels une partie conteste la validité d'une décision d'un organe d'une société au regard du droit des sociétés applicable ou des dispositions statutaires concernant le fonctionnement de ses organes (arrêt Hassett et Doherty, C-372/07, EU:C:2008:534, point 26). » (souligné par le tribunal – conclusions prises par l'avocat général, madame Kokott sous la cause C-302/13, point 40).

- En l'espèce, droit de la concurrence

Doyen c. FIFA : l'« urgence »

La réglementation nouvelle n'est pas directement opposable à Doyen Sports, mais *de facto*, elle en subit les conséquences étant donné que ses cocontractants, les clubs de football, sont tenus de respecter la réglementation édictée par la Fifa.

Par voie de conséquence, la réglementation nouvelle, qui limite la durée des contrats conclus entre le 1^{er} janvier 2015 et le 30 avril 2015 et interdit la conclusion de tout nouveau contrat de TPI/TPO à dater du 1^{er} mai 2015, a nécessairement une incidence négative sur les activités de Doyen Sports. Le préjudice d'une certaine gravité lui est reconnu.

La condition relative à l'urgence, telle qu'entendue par l'article 584 du Code judiciaire, est remplie dans le cas d'espèce, sans qu'il ne soit nécessaire que les parties demanderesses soient, du fait de la situation nouvelle, amenée à un état de faillite, ou à une menace de faillite.

- Moins strict que le « dommage irréparable » devant le TF

Doyen v FIFA : l'« apparence » (i)

- Position dominante de la FIFA sommairement admise
- L'abus est exclu en cas d'intérêts légitimes

Il est utile de rappeler que **Fifpro** est La Fédération Internationale des Footballeurs Professionnels. Elle **exprime dès lors, de manière collective, l'opinion des footballeurs professionnels eux-mêmes.**

Les **objectifs légitimes** qui sous-tendent l'interdiction nouvelle des TPI/TPO résultent des constats vraisemblables suivants, **relevés par la Fifa et la Fifpro :**

- Ces pratiques émanent en large partie de **sociétés d'investissements,**
- Dont on ne **connaît pas l'identité des actionnaires,**
- Qui concluent des contrats avec **différents clubs, qui peuvent être en état de concurrence sportive directe,**
- Ces contrats sont **occultes** en ce sens que par définition ils ne sont pas répertoriés,
- Ils peuvent par ailleurs être **cédés particulièrement aisément,**

LKK

LÉVY KAUFMANN-KOHLER

...

Doyen v FIFA : l'« apparence » (ii)

■ Intérêts légitimes - suite

- Ces tiers investisseurs/tiers propriétaires ont tout intérêt à ce que les joueurs soient transférés dans des délais rapprochés puisque c'est à ce moment-là qu'ils bénéficieront du retour sur leurs investissements,
- Ce qui est contradictoire avec l'objectif de stabilité des joueurs pendant la durée de leur contrat d'emploi avec un club,
- Si le transfert ne s'effectue pas avant le terme du contrat d'emploi (sachant qu'à ce moment le joueur redevient libre de droits), les clubs sont tenus de payer une compensation (voir à cet égard l'accord de coopération entre Doyen Sports et Seraing United en vertu duquel Seraing United donne autorisation à Doyen Sports de promouvoir le transfert – article 5c du contrat- ; si un club exprime un intérêt pour transférer un de ces joueurs et fait une proposition, cette information doit être partagée entre Seraing United et Doyen Sports – article 5d, §1^{er} - ; si la proposition de transfert porte sur un montant déterminée et que Seraing United décide de ne pas accepter la proposition de transfert, elle est tenue d'une indemnité de 30% envers Doyen Sports si cette dernière accepte la proposition de transfert – article 5d).

Ainsi, au final, le risque paraît important que les tiers investisseurs/tiers propriétaires soient en situation de conflit d'intérêts, avec risque tout aussi important de manipulations et truquages de matches, le tout de manière occulte.

Doyen v FIFA : l'« apparence » (iii)

■ Intérêts légitimes - suite

- Ces tiers investisseurs/tiers propriétaires ont tout intérêt à ce que les joueurs soient transférés dans des délais rapprochés puisque c'est à ce moment-là qu'ils bénéficieront du retour sur leurs investissements,
- Ce qui est contradictoire avec l'objectif de stabilité des joueurs pendant la durée de leur contrat d'emploi avec un club,
- Si le transfert ne s'effectue pas avant le terme du contrat d'emploi (sachant qu'à ce moment le joueur redevient libre de droits), les clubs sont tenus de payer une compensation (voir à cet égard l'accord de coopération entre Doyen Sports et Seraing United en vertu duquel Seraing United donne autorisation à Doyen Sports de promouvoir le transfert – article 5c du contrat- ; si un club exprime un intérêt pour transférer un de ces joueurs et fait une proposition, cette information doit être partagée entre Seraing United et Doyen Sports – article 5d, §1^{er} - ; si la proposition de transfert porte sur un montant déterminée et que Seraing United décide de ne pas accepter la proposition de transfert, elle est tenue d'une indemnité de 30% envers Doyen Sports si cette dernière accepte la proposition de transfert – article 5d).

Ainsi, au final, le risque paraît important que les tiers investisseurs/tiers propriétaires soient en situation de conflit d'intérêts, avec risque tout aussi important de manipulations et truquages de matches, le tout de manière occulte.

Sharapova : les faits

- Meldonium (interdit dès le 1^{er} janvier 2016)
- Admet utilisation en 2016
- Utilisé pendant 10 ans (au début sur avis médical)
- Jamais mentionné sur les formulaires antidopage
- Manager (IMG) était en charge de vérifier la liste

Sharapova : l'essence du problème

85. ■ Second, the parties agreed before this Panel to follow the approach indicated by *Al Nahyan* (§ 177), i.e. that athletes are permitted to delegate elements of their anti-doping obligations. If, however, an anti-doping rule violation is committed, the objective fact of the third party's misdeed is imputed to the athlete, but the sanction remains commensurate with the athlete's personal fault or negligence in his/her selection and oversight of such third party or, alternatively, for his/her own negligence in not having checked or controlled the ingestion of the prohibited substance. In other words, the fault to be assessed is not that which is made by the delegate, but the fault made by the athlete in his/her choice. As a result, as the Respondent put it, a player who delegates his/her anti-doping responsibilities to another is at fault if he/she chooses an unqualified person as her delegate, if he/she fails to instruct him properly or set out clear procedures he/she must follow in carrying out his task, and/or if he/she fails to exercise supervision and control over him/her in the carrying out of the task. The Panel also concurs with such approach.

Sharapova : jura novit curia?

- Le Tribunal est-il lié par les arguments des parties ? NON
- Surtout lorsqu'il s'écarte de la jurisprudence constante
 - CAS 2014/A/3591 *Sheik Al Nayan v. FEI* du 8 juin 2015 concerne les chevaux !

82. The issue whether an athlete's fault or negligence is "significant" has been much discussed in the CAS jurisprudence, and chiefly so with respect to the various editions of the WADC (in the cases of *Lund*, *Cilic*, and *Kreuzmann* discussed by the parties in the present arbitration, but also in a number of other cases: *e.g.*, *inter alia* CAS 2004/A/690; CAS 2005/A/830; CAS 2005/A/847; CAS OG 04/003; CAS 2006/A/1025; 2008/A/1489&1510; CAS 2009/A/1870; CAS 2012/A/2701; CAS 2012/A/2747; CAS 2012/A/2804; CAS 2012/A/3029). These cases offer guidance to this Panel. It is, however, to be underlined that all those cases are very "fact specific" and that no doctrine of binding precedent applies to the CAS jurisprudence. Indeed, the TADP itself, while defining the conditions for the finding of NSF, stresses the importance to establish it "in view of the totality of the circumstances", and therefore paying crucial attention to their specificities.

Sharapova : faute et délégation

■ Cura in eligendo?

- La Formation estime que la joueuse a fait un choix raisonnable car le Manager était “*sufficiently qualified*” pour vérifier la liste des interdictions

checking a substance against the Prohibited List is not an action for which specific anti-doping training is required. It is expected to be made, as a rule and under Article 3.1.2 of the TADP, by the player personally, and a player does not need to have scientific or medical expertise for such purpose.

■ Cura in instruendo

- La formation estime que la joueuse n’a fait aucun effort (§ 89)

■ Cura in custodiendo

- La formation estime que la joueuse n’a fait aucun effort (§ 90)

Sharapova : appréciation

- Comment l'ITF a pu accepter l'approche de l'athlète ?
 - Problématique si on appliquait la même approche aux interventions du médecin !
 - Risque d'abus évident
 - Communiqué « glacial » de l'AMA
- Pourquoi la Formation ne s'en est-elle pas écartée d'office?
 - Car l'ITF n'avait pas été irréprochable dans la communication
 - Car l'athlète avait été candide dès le début

Etat c. Cyclistes professionnels

- Obligation de localisation prévue par la loi espagnole
 - Examen par la juridiction administrative
 - Recours en cassation: arrêt du Tribunal Supremo du 28 juillet 2016

En definitiva, se trata de una medida que somete al deportista a un control permanente durante todas las jornadas y horas del año, excediendo así de lo que pueda considerarse como "habitual o frecuente", y debe calificarse de medida desproporcionada y contraria al derecho a la intimidad, equiparable, como apunta la sentencia recurrida, a medidas de caracter penal de localización permanente, sin que exista la comisión de un delito.

Etat c. Cyclistes professionnels (i)

■ Examen de proportionnalité

Como apunta la parte recurrida, la obligación impuesta a los deportistas de permanecer durante una hora diaria en un lugar determinado, previamente comunicado por el deportista a la organización deportiva, supone que: a) La medida se adopta de manera general, frente a todos los deportistas que caen bajo el ámbito de aplicación de la norma deportiva; b) La medida se adopta frente a muchos deportistas sobre los que no recaerá ninguna sospecha o indicio racional y suficiente de dopaje; c) La medida se adopta aunque en la mayoría de las ocasiones será inútil, ya que la organización antidopaje no realizará ningún control de dopaje a ese deportista concreto; d) La medida excederá del tiempo necesario para realizar un control de dopaje.

- Pas totalement convaincant mais significatif

Conclusion générale

- Le système du TAS a survécu
- Il faut se préparer à l'intervention des tribunaux
 - Mesures provisionnelles
 - CrEDH, CEJ
- Pas seulement athlètes: Euroleague, Doyen, etc.
- Proportionnalité – pesée des intérêts
- Nécessité d'être irréprochable
 - CIO, IF, AMA, TAS
 - C'est le système sportif traditionnel qui est en jeu

Contact

Antonio Rigozzi, Associé
LÉVY KAUFMANN-KOHLER
Genève, Suisse
+41 22 809 6200
antonio.rigozzi@lk-k.com
www.lk-k.com