

Chronique de jurisprudence arbitrale

en matière sportive

dirigée par

Mathieu MAISONNEUVE

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

avec les contributions de

Sébastien BESSON

*Professeur à l'Université de Neuchâtel
Avocat associé, Lévy Kaufmann-Kohler*

Marc PELTIER

Maître de conférences à l'Université Côte d'Azur

Antonio RIGOZZI

*Professeur à l'Université de Neuchâtel
Avocat associé, Lévy Kaufmann-Kohler*

PLAN

Introduction

I. – La compétence arbitrale

– Tribunal de première instance de Monaco, 21 mars 2019, *Elvan Abeylegesse c/ International Association of Athletics Federations (IAAF)*

– Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5356, *South African Football Association c/ Fédération internationale de football association (FIFA), Fédération burkinabé de football, Fédération sénégalaise de football & Federação caboverdiana de futebol*, et 2017/A/5324, *Fédération burkinabé de Football c/ FIFA, South African Football Association, Fédération sénégalaise de football & Federação caboverdiana de futebol*, sentences du 31 octobre 2018

II. – Le tribunal arbitral

– Cour européenne des droits de l'homme, 2 octobre 2018, *Adrian Mutu & Claudia Pechstein c/ Suisse*, n^{os} 40575/10 et 67474/10

III. – La procédure arbitrale

– Tribunal arbitral du sport, 2018/A/5808, *AC Milan c/ Union des associations européennes de football (UEFA)*, sentence du 1^{er} octobre 2018, et 2019/A/6083 & 2019/A/6261, *AC Milan c/ UEFA*, sentence du 28 juin 2019

– Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5003, *Jérôme Valcke c/ Fédération internationale de football association (FIFA)*, sentence du 27 juillet 2018, et Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A_540/2018 du 7 mai 2019, *J. Valcke c/ FIFA*

IV. – Le droit applicable au fond

– Tribunal arbitral du sport, 2018/O/5794 & 5798, *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c/ IAAF*, sentence du 30 avril 2019, et Tribunal fédéral suisse, ordonnance 4A_248/2019 du 29 juillet 2019, *Mokgadi Caster Semenya c/ IAAF*

– Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5299, *Olympique Lyonnais c/ Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, sentence du 10 août 2018

V. – La sentence arbitrale et les voies de recours

– Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A_238/2018 du 12 septembre 2018, *Club A. c/ B.*

I. – LA COMPÉTENCE ARBITRALE

– Tribunal de première instance de Monaco, 21 mars 2019, *Elvan Abeylegesse c/ Association internationale des fédérations d'athlétisme (IAAF)* : validité des clauses TAS ; droit monégasque ; arbitrage international ; autonomie de la clause compromissoire ; ordre public ; convention de New York ; commune volonté des parties ; langue de la convention d'arbitrage

Les décisions de justice autres que suisses sur la validité des clauses compromissoires en faveur du Tribunal arbitral du sport (TAS) sont suffisamment rares pour que le jugement rendu par le Tribunal de

première instance de Monaco le 21 mars 2019 mérite de retenir l'attention. Il le mérite d'autant plus que la Principauté de Monaco est le siège de l'une des plus importantes fédérations sportives internationales — l'Association internationale des fédérations d'athlétisme (IAAF) — et que ce jugement pouvait donc altérer sa capacité, sauf bien sûr à déménager, à échapper à la compétence des juridictions monégasques. Il n'en sera rien. Si quelques juridictions étrangères ont pu ces dernières années refuser de donner effet à des clauses TAS, que ce soit pour des raisons de principe (1) ou pour des raisons plus circonstancielles (2), le jugement commenté s'inscrit plutôt dans la tendance jurisprudentielle à la « *bienveillance* » à l'égard de ces clauses revendiquée par le Tribunal fédéral suisse (v. notamment arrêt 4A_548/2009 du 20 janvier 2010, consid. 4.1 : *Rev. arb.*, 2010.609, note M. Peltier ; et arrêt 4A_428/2011 du 13 février 2012, X. Malisse et Y. Wickmayer c/ AMA et Fédération flamande de tennis, consid. 3.2.3 : *Rev. arb.*, 2012.653, note S. Besson).

En l'espèce, l'IAAF avait été assignée le 3 août 2017 devant le Tribunal de première instance de Monaco par Madame Elvan Abeylegesse, une athlète turque d'origine éthiopienne, spécialiste des courses de fond, qui fut notamment détentrice du record du monde du 5000 mètres entre 2004 et 2006. Elle demandait l'annulation de la décision prise par la défenderesse, le 3 août 2015, de faire procéder à un réexamen d'un échantillon d'urine prélevé sur sa personne le 26 août 2007 et conservé jusque-là. Cette nouvelle analyse avait permis de révéler la présence d'une substance dopante interdite (le stanozolol, un stéroïde anabolisant) qui n'avait pu être initialement décelée. En conséquence, la fédération turque d'athlétisme l'avait suspendue pour deux ans de toute compétition et l'IAAF lui avait retiré les médailles d'argent obtenues aux championnats du monde de 2007 (5000 mètres) ainsi qu'aux Jeux olympiques de 2008 (5000 et 10000 mètres). Selon Madame Abeylegesse, la décision contestée était illégale, entre autre parce qu'elle méconnaissait divers articles de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour l'IAAF, ce n'était pas à une juridiction étatique d'en juger, mais au TAS, sur le fondement d'une clause compromissoire qui lierait la demanderesse.

(1) V. notamment *Oberlandesgericht München*, 15 janvier 2015, KZR 6/15, *ISU c/ Pechstein* : *Rev. arb.*, 2015.909, note M. Maisonneuve ; *LPA*, 4 juillet 2016, n° 132, p. 10, note J.-M. Marmayou. Finalement cassé par *Bundesgerichtshof*, 7 juin 2016, *Pechstein c/ ISU*, *Az. KZR 6/15* : *Rev. arb.*, 2016.908, note M. Maisonneuve ; D. Mavromati, *The Legality of an Arbitration Agreement in Favour of CAS Under German Civil and Competition Law - The Pechstein Ruling of the German Federal Tribunal (BGH) of 7 June 2016 (June 24, 2016)*, en ligne : <http://ssrn.com/abstract=2800044>.

(2) Par ex. CA Bruxelles, 29 août 2018, arrêt n° 2016/AR/2048, *Sté Doyen Sports Investments Ltd, RFC Seraing & al. c/ Union royale belge des sociétés de football association, FIFA & al.* : *Rev. arb.*, 2018.654, note S. Besson ; *D.*, 2018.2456, pan. Th. Clay ; *Cah. arb.*, 2019.455, note T. D'alès et A. Constans ; *Jurisport*, 2019, n° 197, p. 33, note M. Verly ; *Bulletin TAS*, 2019, n° 1, note S. De Dycker, p. 23. V. également Tribunal suprême espagnol, ch. contentieux adm., 5^e section, sentence n° 708/2017, 25 avril 2017, *Roberto Heras et Béjar & Barcycling Sports SL* : *Rev. arb.*, 2017.1019, note J.D. Crespo Perez.

Afin de statuer sur cette exception d'incompétence, le Tribunal de première instance de Monaco a dans un premier temps tranché une question de principe propre au droit monégasque de l'arbitrage. Après le retrait du projet de loi qui devait le moderniser (projet de loi n° 915 relatif à la modernisation du droit économique (seconde partie), retiré le 5 décembre 2016), cette question restait d'actualité. Aux termes de l'article 940 du Code de procédure civile de la Principauté, si des compromis arbitraux peuvent être conclus « *en matière civile et en matière commerciale* », les clauses compromissoires ne sont en revanche possibles qu'« *[e]n matière commerciale* ». Fallait-il en déduire que de telles clauses étaient exclues en matière sportive, en tout cas pour les litiges institutionnels du sport, c'est-à-dire ceux opposant, comme dans le cas présent, un athlète à une fédération sportive au sujet d'un acte unilatéral édicté par cette dernière ?

La réponse apportée par le Tribunal est clairement négative. Selon lui, « *les règles issues de cet article n'ont [...] vocation qu'à régir les arbitrages de droit interne* ». En revanche, la validité des clauses compromissoires prévoyant des arbitrages internationaux, catégorie dans laquelle il fait implicitement entrer l'arbitrage en cause, doit en principe s'apprécier indépendamment de toute loi étatique. Se référant à un arrêt de la Cour d'appel de Monaco (30 janvier 2001, *SPRL c/ BIM*), qui reprend elle-même presque mot pour mot l'arrêt *Dalico* de la Cour de cassation française (Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1993 ; *JDI*, 1994.432 note E. Gaillard ; *JDI*, 1994.690, note E. Loquin ; *RCDIP*, 1994.663 note P. Mayer ; *Rev. arb.*, 1994.116, note H. Gaudemet-Tallon), le Tribunal affirme que, « *en matière internationale, le droit international privé monégasque considère que la clause compromissoire est indépendante du contrat principal qui la contient, de sorte que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit monégasque et de la vision monégasque de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties* ».

Dans un deuxième temps, le Tribunal de première instance de Monaco s'est attaché à déterminer la clause compromissoire liant les parties en l'espèce. L'IAAF en invoquait deux : l'une contenue dans le formulaire de prélèvement d'échantillons signé par Madame Abeylegesse au moment du contrôle antidopage qu'elle avait subi le 26 août 2007 ; l'autre figurant alors à l'article 42.3 des règles des compétitions de l'IAAF, lesquelles liaient l'athlète en sa qualité de licenciée de la Fédération turque d'athlétisme. Cette dernière clause ne donnait toutefois compétence au TAS que pour connaître de certaines décisions disciplinaires des fédérations nationales membres de l'IAAF et le Tribunal a par conséquent décidé de ne pas s'y intéresser. Ce n'est en effet pas une telle décision que la demanderesse contestait, mais la décision de l'IAAF de faire réexaminer, près de huit ans plus tard, l'échantillon d'urine prélevé lors du contrôle du 26 août 2017. Ce faisant, le Tribunal a évité d'avoir à prendre position sur la validité d'une clause compromissoire que, aux dires mêmes de l'IAAF, la

demanderesse aurait acceptée « *par référence* » (sur la question, v. la jurisprudence favorable du Tribunal fédéral suisse, notamment arrêt 4P.230/2000/rnd du 7 février 2001, *Roberts c/ FIFA et al.* : *Bull. ASA*, 2001.523 ; *RSDIE*, 2002.585, note P. Schweizer. V. toutefois, quelques décisions belges plus réservées, à l'image de Trib. com. Charleroi, 15 mai 2006, *SA Sporting du pays de Charleroi et G-14 c/ FIFA* : *Rivista di diritto ed economia dello sport*, vol. 2, 2006, n° 2, p. 151 ; ou Trib. com. Hainaut, Division Charleroi, 19 janv. 2017, n° A/16/00141, *Diarra c/ FIFA et Union royale belge des sociétés de football association* : *Rev. arb.*, 2017.1013, note M. Maisonneuve).

Dans un troisième temps, le Tribunal de première instance de Monaco a fait application à la clause applicable du principe qu'il avait commencé par dégager. S'agissant, tout d'abord, d'une éventuelle atteinte aux règles impératives de droit monégasque ou à l'ordre public international, le Tribunal relève que « *la matière, le droit du sport, ne relève pas de l'état des personnes, qu'elle entre dans le champ des droits disponibles et ne se heurte à aucune compétence territoriale impérative* ». Pour convaincre la juridiction saisie de ne pas donner effet à la clause TAS invoquée devant elle, Madame Abeylegesse a tenté de tirer argument de la déclaration effectuée par la Principauté de Monaco, lors de la ratification de la Convention de New York, limitant son application aux seuls différends considérés comme commerciaux selon sa loi nationale. Sans surprise, le Tribunal a considéré que cela « *n'impliqu[ait] nullement ipso jure que l'ordre public international monégasque prohibe l'arbitrage international en matière civile ; qu'en effet, le seul effet de la limitation du champ d'application de cette convention internationale est de soumettre la reconnaissance en Principauté de Monaco d'une sentence arbitrale rendue en la matière à une procédure plus contraignante que celle, très simplifiée et allégée, décrite par les articles III et IV de la Convention de New York ; (voir notamment Cour d'appel, 10 mai 2016, ER c/ SAM W.)* ».

L'arbitrage en matière sportive est d'autant moins contraire à l'ordre public international en cause que Monaco est partie à la Convention internationale contre le dopage dans le sport adoptée sous l'égide de l'UNESCO le 19 octobre 2005 et que, ce faisant, la Principauté s'est engagée à respecter les principes énoncés dans le Code mondial antidopage (art. 3 (a) et 4.1 de la Convention). Or, il est généralement admis (v. par ex. BGH, 7 juin 2016, *Pechstein c/ ISU*, préc., § 9) que, parmi ces principes, figurent l'appel exclusif au TAS pour les cas de dopage découlant de la participation à une manifestation internationale ou impliquant des sportifs de niveau international (art. 13.2.1 du Code mondial antidopage). L'ordonnance souveraine n° 15.656 du 7 février 2003 modifiée instituant un Comité monégasque antidopage en a tiré les conséquences en prévoyant expressément la possibilité de recourir au TAS contre les décisions disciplinaires prises par ce comité dans les cas précités (art. 13). Pour le Tribunal, bien que non applicable en l'espèce (le litige portait sur une décision de l'IAAF), cette disposition « *démontre la légitimité du TAS en droit monégasque* ».

S'agissant ensuite de la commune volonté des parties, à l'aune de laquelle l'existence et l'efficacité des clauses compromissaires en matière internationale est censée s'apprécier à l'exclusion de toute loi étatique, le débat a porté sur les langues de rédaction de la clause et sur la portée matérielle de celle-ci. Sur la question linguistique, la demanderesse, née en Éthiopie et désormais de nationalité turque, prétendait ne comprendre ni l'anglais ni le français et en tirait la conséquence que la clause, rédigée dans ces deux langues, ne pouvait dans ces conditions lui être opposée. Pour le Tribunal, à supposer même que l'incompréhension alléguée soit réelle, ce dont il doutait pour l'anglais, cela n'avait de toute façon aucune importance : Madame Abeylegesse « *ayant débuté une carrière internationale dès 2001 [...], son statut de sportive d'élite doit amener à considérer qu'elle ne peut ignorer le recours à l'arbitrage du TAS, systématique dans les compétitions internationales organisées par l'IAAF depuis a minima la fin des années 1990* ». La jurisprudence monégasque est ainsi à l'unisson de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse pour qui « *la clause d'arbitrage est branchentypisch en matière sportive* » : « *il n'y a pratiquement pas de sport d'élite sans consentement à l'arbitrage du sport* » (arrêt 4A_428/2011 du 13 février 2012, consid. 3.2.3, préc.)

Sur la portée de la clause compromissaire, la demanderesse avançait que la clause TAS contenue dans le formulaire de prélèvement d'échantillons ne concernait que les litiges relatifs à la procédure de prélèvement réalisée en 2007, et n'englobait donc pas la décision de l'IAAF de procéder en 2015 au réexamen des échantillons prélevés. La lecture du formulaire la contredit. Selon le Tribunal, « *les dispositions particulièrement larges de la clause [...]* ("*litige, controverse ou réclamation relatif à ce contrôle antidopage*") *incluent nécessairement toute décision, même largement ultérieure au prélèvement, de procéder à un nouvel examen, décision qui n'est pas détachable du processus de contrôle et éventuellement de sanction à l'égard du dopage* ». Assez large pour que le litige opposant en l'espèce Madame Abeylegesse à l'IAAF entre dans son champ d'application matérielle, la clause aurait aussi été regardée comme suffisamment précise pour satisfaire à l'obligation de ne porter que sur des litiges résultant d'un rapport de droit déterminé, qu'il fut un temps question d'introduire en droit monégasque (art. 101 du projet de loi n° 915 retiré, préc.), et que consacrent certains droits nationaux, comme le droit belge (pour une application retentissante en matière sportive, v. CA Bruxelles, 29 août 2018, arrêt n° 2016/AR/2048, *Sté Doyen Sports Investments Ltd., RFC Seraing & al. c/ Union royale belge des sociétés de football association, FIFA & al.*, préc.).

Finalement, pour conclure à son incompétence, le Tribunal de première instance de Monaco n'a, à aucun moment, été amené à s'interroger sur le caractère libre du consentement de la demanderesse à la clause compromissaire qui lui était opposée. Le jugement ayant été rendu quelques mois après que la Cour européenne des droits de l'homme avait estimé, dans son arrêt *Mutu et Pechstein* du 2 octobre

2018 (3), que l'arbitrage du TAS, précisément dans les affaires de dopage, constituait un arbitrage forcé (§ 115), cela pourrait de prime abord paraître étonnant. Ce ne l'est pourtant pas tant que cela. Paradoxalement, cet arrêt réduit en effet plus les chances de succès du moyen tiré du caractère imposé de l'arbitrage TAS qu'il ne les renforce. Si l'on admet qu'il est sans doute juridiquement excessif et assurément inopportun de considérer que le consentement aux clauses TAS serait par principe vicié (v. toutefois *Landgericht München I*, 26 février 2014, *Pechstein c/ ISU & DESG*, Urteil Az. 37 O 28331/12 : *Rev. arb.*, 2014.480, note. G. Flecke et T. Granier, et 670, note M. Maisonneuve ; *JCP G*, 2014, doct. 803, note. B. Haftel), c'est dans les divers outils de protection des parties faibles (v. M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2013) que l'argument est susceptible de trouver sa meilleure assise (s'appuyant sur l'abus de position dominante au sens du droit de la concurrence, v. OLG München, 15 janvier 2015, *ISU c/ Pechstein*, préc.). Or, la plupart d'entre eux n'interdisent pas, en elle-même, l'utilisation contractuelle d'une position de force. C'est l'abus de celle-ci qu'ils prohibent. En jugeant que le TAS est un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme rend la preuve d'un tel abus assurément plus difficile. Les clauses TAS ont, en Suisse comme ailleurs, de beaux jours devant elles.

Mathieu MAISONNEUVE

— **Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5356, *South African Football Association c/ Fédération internationale de football association (FIFA), Fédération burkinabé de football, Fédération sénégalaise de football & Federação caboverdiana de futebol*, et 2017/A/5324, *Fédération burkinabé de Football c/ FIFA, South African Football Association, Fédération sénégalaise de football & Federação caboverdiana de futebol*, sentences du 31 octobre 2018 : interprétation des règles associatives – exclusion d'un appel contre des décisions associatives**

Le droit du sport repose dans une très large mesure sur les réglementations édictées par les organisations sportives, en particulier les fédérations internationales. Certes, le droit étatique n'est pas

(3) Sur cet arrêt, outre la présente chronique, v. F. Latty, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport*, n° 192, décembre 2018, p. 31 ; L. Milano, « Arbitrage et garanties du procès équitable », *JCP G*, 2018.1391 ; J.-P. Marguenaud, « La “lex sportiva” rattrapée par la patrouille européenne ? », *RTD civ.*, 2018.850 ; Duval, « The “Victory” of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS », *Asser International Sports Law Blog*, 10 octobre 2018 ; J. Guillaumé, *JDI*, 2019, comm. 8 ; C. Dos Santos, « European Court of Human Rights upon Sports-Related Decision; Switzerland condemned », *Bull. ASA*, 2019.117 ; D. Bensaude, « Arbitrage sportif forcé et Convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 19 mars 2019, p. 32 ; M. Maisonneuve, « Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable : l'arbitrage bienveillant de la CEDH », *RTDH*, 2019.687.

entièrement absent. Lorsque l'organisation sportive revêt la forme juridique de l'association, le droit étatique pose par exemple certaines règles sur les droits des membres et la gestion de l'association. De très nombreuses fédérations internationales étant basées en Suisse, elles sont soumises aux articles 60 et ss. du Code civil suisse (CC) applicables aux associations. Ces dispositions légales sont sommaires et la plupart du temps de nature dispositives. Elles posent le principe d'autonomie comme un principe cardinal du droit suisse de l'association, ce qui permet notamment aux associations d'édicter librement des réglementations régissant leur organisation et leurs activités (v. article 63 CC ; ATF 134 III 193, consid. 4.3-4.4).

Dans un tel contexte, les contentieux sportifs portent bien plus souvent sur l'interprétation des réglementations sportives que sur celle des lois étatiques. C'est notamment le cas des affaires portées au TAS par la voie d'appel et qui concernent en majorité l'application de réglementations sportives.

En cas de doute sur la signification d'une réglementation sportive, il faudra recourir à des méthodes d'interprétation pour en dégager le véritable sens. La nature particulière de la réglementation sportive pose ici une difficulté particulière. Elle est d'origine privée, ce qui pourrait conduire à privilégier les méthodes d'interprétation propres aux contrats et, en particulier, l'idée que la volonté réelle prévaut si elle peut être établie et même si elle diffère du texte du contrat (article 18 du Code des obligations ; sur la question de l'interprétation contractuelle en droit suisse, v. notamment P. Tercier et P. Pichonnaz, *Le droit des obligations*, Schulthess, 5^e éd., Zurich, 2019, pp. 237-241). Toutefois, la réglementation sportive a aussi une portée générale et abstraite, ce qui la rapproche d'une loi et pourrait conduire à privilégier les méthodes d'interprétation propres aux lois ; dans ce dernier cas, la volonté réelle des auteurs de la norme joue un rôle moindre dans la recherche du sens d'une disposition peu claire ou contradictoire avec une autre.

Les affaires commentées illustrent ces questions et difficultés. Elles mettaient aux prises les associations sud-africaine et burkinabée de football à la FIFA (et à d'autres fédérations nationales africaines) en lien avec la phase qualificative de la Coupe du Monde 2018. Plus précisément, un match entre le Sénégal et l'Afrique du Sud a été affecté par des irrégularités d'arbitrage (apparemment liées à des paris truqués). L'arbitre du match a été reconnu coupable d'avoir influencé le match et suspendu à vie par les instances disciplinaires de la FIFA (sanction confirmée par le TAS). Par ailleurs, le « Bureau for the FIFA World Cup Qualifiers » (le « Bureau ») a annulé le résultat du match et décidé que ce match devait être rejoué. La Commission d'organisation de la Coupe du Monde a confirmé cette décision du Bureau. La fédération burkinabé a attaqué devant le TAS la décision du Bureau alors que la fédération sud-africaine a dirigé son appel au TAS contre la décision de

la Commission d'organisation (4). Sans être formellement consolidées, ces deux procédures d'appel ont été soumises à la même Formation sous les numéros CAS 2017/A/5324 (appel de la fédération burkinabé) et CAS 2017/A/5356 (appel de la fédération sud-africaine).

Les décisions du Bureau et du Comité d'organisation avaient été prises en application du Règlement de la Coupe du Monde de la FIFA, Russie 2018 (« Règlement CM »), dont l'article 3(3) prévoit que « [l]es décisions de la commission d'organisation de la FIFA et/ou de son bureau/de sa sous-commission sont contraignantes, définitives et sans appel ». Sur la base de cette disposition, la FIFA faisait valoir que le TAS était incompétent pour statuer sur les appels.

Toutefois, les appelants invoquaient l'article 58(1) des Statuts de la FIFA prévoyant la compétence du TAS pour « [t]out recours contre des décisions prises en dernière instance par la FIFA, notamment les instances juridictionnelles [...] », en lien avec l'article 58(3) précisant certaines exceptions où le « TAS ne traite pas les recours » (5) ; or, les décisions prises par la Commission d'organisation de la FIFA (ou son Bureau) ne font pas partie des exceptions de l'article 58(3) des Statuts de la FIFA, ce qui entraînait, selon les appelants, la compétence du TAS.

La Formation du TAS était ainsi confrontée à une contradiction en tout cas apparente entre les dispositions de deux réglementations sportives édictées par la même organisation. C'est dans ce contexte qu'elle a analysé les méthodes d'interprétation de telles réglementations.

En premier lieu, la Formation du TAS a rappelé les précédentes sentences du TAS dans lesquelles la même question s'était déjà posée et qui ont abouti à des conclusions radicalement différentes. Dans l'affaire CAS 2016/A/4654, la Formation a fait prévaloir l'article 58(3) des Statuts FIFA (et donc la compétence du TAS) en considérant que les Statuts étaient de rang supérieur et que, par conséquent, le principe « *lex specialis* » ne pouvait pas s'appliquer car ce principe présuppose des règles de même rang (Sentence, § 79).

(4) L'intérêt de la fédération sud-africaine à recourir contre la décision de la Commission d'organisation ordonnant de rejouer le match était évident puisque sa sélection nationale avait remporté le match en question et le (nouveau) résultat l'excluait de la possibilité de se qualifier à la Coupe du Monde. L'intérêt de la fédération burkinabée était moins évident car sa sélection nationale n'aurait pas été qualifiée à la Coupe du Monde indépendamment du résultat du match en question ; la fédération faisait néanmoins valoir que la décision du Bureau avait eu un impact psychologique sur les autres matches prévus au programme dans ce groupe.

(5) L'art. 58(3) des Statuts de la FIFA dispose que « [l]e TAS ne traite pas les recours relatifs : a) aux violations des Lois du Jeu ; b) aux suspensions inférieures ou égales à quatre matches ou à trois mois (à l'exception des décisions relatives au dopage) ; c) aux décisions contre lesquelles un recours auprès d'un tribunal arbitral indépendant, constitué en bonne et due forme et reconnu en vertu de la réglementation d'une association ou d'une confédération, est possible ».

A l'inverse, l'arbitre unique dans l'affaire TAS 2016/A/4830 a estimé que le Règlement CM est une *lex specialis* par rapport aux Statuts. Il a par ailleurs estimé que le texte de l'article 3(3) du Règlement était clair et qu'il entraînait l'incompétence du TAS pour statuer sur une décision prise par la Commission d'organisation de la Coupe du Monde (Sentence, § 80).

Dans les affaires ici commentées, la Formation du TAS s'est demandé si la liste des exceptions prévues à l'article 58(3) des Statuts FIFA était exhaustive et si elle pouvait être le cas échéant complétée par le Règlement CM (Sentence, § 82). Dans son analyse, elle a rappelé les principes d'interprétation des statuts et réglementations associatives tels qu'ils ont été posés par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Selon cette jurisprudence, il faut distinguer selon la taille des entités juridiques en cause. Pour les « grandes » entités, on appliquera les méthodes d'interprétation de lois alors que l'on privilégiera les méthodes d'interprétation des contrats pour les « petites » entités. Le passage pertinent de la jurisprudence a posé cette distinction en ces termes : « [I]orsqu'il s'agit d'interpréter des statuts, les méthodes d'interprétation peuvent varier en fonction du type de société. Pour l'interprétation des statuts de grandes sociétés, on recourt plutôt aux méthodes d'interprétation de la loi. Pour l'interprétation des statuts de petites sociétés, on se réfère plutôt aux méthodes d'interprétation des contrats, à savoir une interprétation selon le principe de la confiance (arrêt 4A_235/2013 du 27 mai 2014 consid. 2.3 et les précédents cités). Le Tribunal fédéral en a jugé de même lorsqu'il s'est agi, pour lui, d'interpréter les statuts d'une association sportive majeure, telle l'UEFA, en particulier des clauses statutaires relatives à des questions de compétence » (arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 3.3.4.1 ; v. aussi arrêt du Tribunal fédéral 4A_314/2017 du 28 mai 2018, consid. 2.3.1).

Les méthodes d'interprétation de la loi comprennent l'interprétation littérale, l'interprétation systématique, et l'interprétation téléologique (Sentence, § 85). En schématisant, l'interprétation des lois est plus objective que celle d'un contrat, laquelle intègre plus largement des éléments subjectifs liés notamment à la volonté des parties telle qu'elle pouvait être comprise selon le principe de la bonne foi.

La Formation ne tire pas de ces considérations théoriques des conséquences radicales. Au contraire, adoptant une approche pragmatique (« *pragmatic approach* ») et suivant une pluralité de méthode (« *plurality of methods* »), sans priorité de l'une sur l'autre, elle considère que la situation doit être analysée au cas par cas, et que les intérêts en présence doivent être examinés au regard du principe de proportionnalité (Sentence, §§ 88-89). Cela conduit la Formation du TAS à conclure que le Règlement CM est une *lex specialis* dès lors que les Statuts n'ont pas pour objet de régler cette compétition sportive. Par conséquent, l'article 3(3) du Règlement CM ne serait pas incompatible avec l'article 58 des Statuts FIFA.

La Formation du TAS poursuit son analyse avec des considérations alambiquées sur l'interprétation de l'article 3(3) du Règlement CM. En bref, elle estime que l'exclusion de tout « appel » selon cette disposition ne saurait produire ses effets lorsque le Bureau (ou le Comité d'organisation) rend une décision déraisonnable, ou arbitraire, ou qui va au-delà de ses prérogatives, ajoutant que si le Comité d'organisation devait rendre une décision infondée, une possibilité de recours devant une instance judiciaire supérieure devrait être prévue (« *Would the Organizing Committee make an ill-founded decision, a possibility of recourse to a higher judicial body must be provided* », Sentence, § 94). Examinant ensuite le fond de l'affaire (Sentence, § 97), la Formation retient que la décision de rejouer le match était conforme au Règlement CM, et n'était ni arbitraire ni déraisonnable (Sentence, § 98 « [...] *the decision to replay the Match is compliant with the WC Regulations, not arbitrary or unreasonable* ») ; elle tire de ce constat que l'article 3(3) est « *par conséquent* » applicable et que, « *en conséquence* », le TAS n'est pas compétent (Sentence, § 98 « *Article 3 para. 3 of the WC Regulations is therefore fully applicable and, as a consequence, CAS must decline jurisdiction* »).

Le raisonnement juridique de la Formation est circulaire et peu convaincant. Les effets d'une règle limitant la compétence d'une autorité (telle que l'article 3(3) CM) ne peut pas dépendre d'une analyse préalable du fond du litige. Elle perdrait sinon son intérêt et sa nature de règle de compétence.

En réalité, le cheminement tortueux adopté par la Formation semble surtout avoir été motivé par le souci d'éviter de se prononcer sur la validité de l'article 3(3) du Règlement CM. Cette question était en effet pertinente et avait été tranchée par la négative dans une précédente affaire (v. TAS 2016/A/4654, *SAFF c/ FIFA*, sentence du 16 janvier 2017, § 81 ; Sentence, § 95).

La validité d'une règle associative excluant « tout recours » contre une décision de l'association doit s'analyser à l'aune de l'article 75 CC lorsque l'association a son siège en Suisse. Cette disposition prévoit que « [t]out sociétaire est autorisé de par la loi à attaquer en justice, dans le mois à compter du jour où il en a eu connaissance, les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et qui violent des dispositions légales ou statutaires ». Cette disposition est de nature impérative (arrêt du Tribunal fédéral 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 3.2.1). Plus précisément, le principe d'un contrôle juridictionnel de toute décision associative est impératif mais les modalités de ce contrôle peuvent être librement réglées par l'association en vertu de son autonomie (arrêt du Tribunal fédéral 4A_314/2017 du 28 mai 2018, consid. 2.3.2.2). C'est pour cette raison que les associations basées en Suisse peuvent parfaitement se soumettre au TAS et déroger aux modalités de contrôle de l'article 75 CC (à commencer par le délai d'appel) ; elles ne pourraient en revanche pas exclure tout contrôle juridictionnel de leurs décisions.

Examiné à la lumière de ces principes, l'article 3(3) du Règlement CM pose une difficulté. Sans doute peut-on admettre que cette disposition exclut valablement tout recours interne au sein de la FIFA, et même tout recours au TAS. Il semble en revanche difficile d'admettre qu'il puisse valablement soustraire les décisions prises par le Bureau ou le Comité d'Organisation à tout contrôle juridictionnel. Faute de compétence du TAS, ce contrôle devrait s'effectuer par défaut devant le juge étatique, soit le juge du siège de la FIFA à Zurich, en application de l'article 75 CC. La compétence du juge étatique apparaît inopportune mais difficilement évitable compte tenu des exigences de l'ordre juridique suisse.

Sébastien BESSON

II. – LE TRIBUNAL ARBITRAL

– **Cour européenne des droits de l'homme, 2 octobre 2018, *Adrian Mutu & Claudia Pechstein c/ Suisse*, n^{os} 40575/10 et 67474/10**

Cet arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après la Cour), connu sous le nom d'arrêt *Pechstein* du nom de la plus importante des deux affaires qu'il a tranchées, était très attendu car il était censé mettre un point final à la controverse sur l'indépendance du TAS en tant qu'institution d'arbitrage compétente pour connaître des litiges entre fédérations sportives internationales et athlètes (voir p. ex. A. Duval, « The “Victory” of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS », *Asser International Sports Law Blog*, 10 octobre 2018, <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-victory-of-the-court-of-arbitration-for-sport-at-the-european-court-of-human-rights-the-end-of-the-beginning-for-the-cas>). Si le mouvement sportif a pu pousser un soupir de soulagement, l'arrêt de la Cour n'est à notre avis malheureusement pas convaincant au point de faire taire les critiques dont le TAS a fait l'objet, notamment sachant qu'il a été prononcé à la majorité et a fait l'objet d'une opinion séparée « commune et en partie dissidente » des deux juges minoritaires (ci-après l'Opinion séparée), dont le juge du pays dans lequel le TAS a son siège. Dans la présente chronique, nous examinerons seulement le volet de l'arrêt qui concerne la Requête 67474/10 concernant l'affaire de dopage qui opposait (et continue à opposer) la patineuse de vitesse allemande Claudia Pechstein (Madame Pechstein), pluri-médaille olympique et mondiale, à la fédération internationale de patinage (ISU). En effet, c'est dans ce volet de l'arrêt que la Cour examine la question « *de l'indépendance et de l'impartialité structurelle du TAS en raison du mode de nomination des arbitres* » (Arrêt § 100).

Contexte factuel retenu par la Cour. Suite à une série de contrôles anti-dopage ayant montré une anomalie de son profil sanguin, le

1^{er} juillet 2009, Madame Pechstein fut reconnue coupable de dopage sanguin et condamnée à deux ans de suspension. Madame Pechstein et sa fédération nationale d'appartenance (*Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft* - DESG) interjetèrent appel devant le TAS. Au niveau de la procédure d'arbitrage, la Cour a retenu les particularités suivantes (Arrêt § 20) : (i) aucun commentaire ne fut formulé quant à la composition de la formation arbitrale ; (ii) malgré « *la demande de publicité de l'audience formulée par la requérante* », celle-ci se tint à huis clos et (iii) douze experts désignés par les parties furent entendus et interrogés à l'audience. Par sentence du 25 novembre 2009, le TAS rejeta l'appel et confirma la suspension de deux ans de Madame Pechstein.

Contexte procédural rappelé par la Cour. Le 7 décembre 2009, Madame Pechstein déposa un recours devant le Tribunal fédéral suisse, concluant à l'annulation de la sentence du TAS. Elle invoquait les griefs suivants : (i) le TAS ne constituait pas un tribunal « *indépendant et impartial* » au sens l'art. 190 al. 2 let. a LDIP en raison du mode de nomination des arbitres, que le président de la formation n'avait pas été impartial car il avait auparavant fait part de sa « *ligne dure* » contre le dopage et que le Secrétaire général du TAS avait modifié la décision arbitrale *a posteriori* ; (ii) en refusant de tenir une audience publique le TAS avait violé son droit d'être entendue au sens de l'art. 190 al. 2 let. d LDIP ; et (iii) la sentence était incompatible avec l'ordre public de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Le Tribunal fédéral rejeta le recours de Madame Pechstein par arrêt du 10 février 2010 (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_612/2009).

La Cour évoque au passage qu'après avoir été déboutée par le Tribunal fédéral et avoir saisi la Cour de sa requête, Madame Pechstein engagea également une procédure au fond à l'encontre de l'ISU devant les juridictions allemandes (Arrêt §§ 24 et seq.). Par arrêt du 15 janvier 2015, l'*Oberlandesgericht* de Munich considéra que le poids prépondérant des fédérations sportives dans la composition du TAS, juridiction à la compétence duquel les athlètes professionnels n'avaient d'autre choix que de consentir, était constitutif d'un abus de position dominante (Jugement du 15 janvier 2015, *OLG München*, Az. U1110/14 Kart., *Rev. arb.*, 2015.909, obs. M. Maisonneuve). Un recours en cassation déposé par l'ISU fut admis par la Cour fédérale de justice allemande par arrêt du 7 juin 2016, qui fait actuellement l'objet d'un recours constitutionnel devant le *Bundesverfassungsgericht* allemand (*Bundesgerichtshof*, Az. KZR 6/15).

La structure et le fonctionnement du TAS. A titre liminaire, la Cour tient à exposer ce qu'elle appelle le « *fonctionnement de l'arbitrage sportif international* ». La Cour commence par rappeler l'organisation d'origine du TAS en 1984 — telle que critiquée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Gundel* de 1993 (ATF 119 II 271 consid. 3b) « *en raison des liens organiques et économiques* » existant entre le TAS et le Comité international olympique (Arrêt § 27) — et que « *[c]et arrêt a entraîné une importante réforme* » de l'institution en 1994 (Arrêt § 27) avec la création du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport

(CIAS) et l'adoption du Code de l'arbitrage en matière de sport (Code TAS). On signalera d'emblée que le résultat de cette réforme a été validé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Lazutina* de 2003 (ATF 129 III 445 du 27 mai 2003) auquel la Cour va se référer à plusieurs reprises dans l'arrêt qui nous occupe.

La Cour relève notamment que le CIAS est une fondation privée de droit suisse à laquelle le Code TAS attribue différentes fonctions, parmi lesquelles la modification du Code TAS, l'administration et le financement du TAS, la nomination du Secrétaire général du TAS, l'établissement de la liste des arbitres du TAS et la compétence en matière de récusation des arbitres (Arrêt § 30). On notera à ce stade que la Cour n'a pas jugé utile de préciser que le CIAS nomme également en son sein les présidents des deux chambres dont se compose le TAS, à savoir la Chambre arbitrale ordinaire (qui s'occupe des litiges soumis au TAS en qualité d'instance unique, notamment en matière contractuelle) et la Chambre arbitrale d'appel (qui connaît des appels dirigés contre des décisions prises en dernière instance par des organismes sportifs, notamment en matière disciplinaire). Cet aspect n'a été relevé que par les juges minoritaires dans leur opinion séparée : « *les présidents des deux chambres du TAS sont également membres du CIAS* » (Opinion séparée § 14). Par souci de clarté, on ajoutera aussi que l'arbitrage concernant Madame Pechstein relevait de la Chambre d'appel et a donc été conduit sous l'égide des articles R47 *et seq.* du Code TAS.

Quant à la composition du CIAS, la Cour relève qu'il « *est composé de vingt membres juristes de haut niveau [...] désignés pour une période renouvelable de quatre ans* » (Arrêt § 29 reprenant les articles S4 et S5 du Code TAS). La Cour cite ensuite la disposition la plus topique, à savoir l'article S4 du Code TAS, en vertu duquel la désignation des membres du CIAS se fait selon les modalités suivantes : « *(a.) quatre membres sont désignés par les Fédérations Internationales (FI), à savoir trois par les FI olympiques d'été (ASOIF) et un par les FI olympiques d'hiver (AIWF), choisis en leur sein ou en dehors ; (b.) quatre membres sont désignés par l'Association des Comités Nationaux Olympiques (ACNO), choisis en son sein ou en dehors ; (c.) quatre membres sont désignés par le Comité International Olympique (CIO), choisis en son sein ou en dehors ; (d.) quatre membres sont désignés par les douze membres du CIAS figurant ci-dessus, après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes ; (e.) quatre membres sont désignés par les seize membres du CIAS figurant ci-dessus et choisis parmi des personnalités indépendantes des organismes désignant les autres membres du CIAS* » (Arrêt § 32). La teneur de cette disposition est restée inchangée depuis son adoption en 1994. L'article S4 du Code TAS tel que cité par la Cour était en vigueur à la fois à l'époque des faits et lorsque l'Arrêt a été rendu (et l'est toujours à l'heure actuelle).

La Cour examine ensuite les modalités de nomination par le CIAS des arbitres figurant sur la liste du TAS. A l'époque des faits, la nomination se faisait selon un schéma « *par cinquièmes* » (Arrêt § 33)

très similaire à celui avec lequel les membres du CIAS étaient nommés. L'article S14 du Code TAS, dans sa version en vigueur à l'époque des faits jusqu'en 2012, prévoyait qu'« [e]n constituant la liste des arbitres du TAS, le CIAS devra faire appel à des personnalités ayant une formation juridique complète, une compétence reconnue en matière de droit du sport et/ou d'arbitrage international, une bonne connaissance du sport en général et la maîtrise d'au moins une des langues de travail du TAS. [...] (6). En outre, le CIAS devra respecter, en principe, la répartition suivante : • 1/5^e des arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par le CIO, choisies en son sein ou en dehors ; • 1/5^e des arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par les FI, choisies en leur sein ou en dehors ; • 1/5^e des arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par les CNO, choisies en leur sein ou en dehors ; • 1/5^e des arbitres choisis, après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes ; • 1/5^e des arbitres choisis parmi des personnes indépendantes des organismes chargés de proposer des arbitres conformément au présent article. » (Arrêt § 33). La Cour relève aussi que cette disposition a été modifiée en 2012 en ce sens que les modalités de choix « *par cinquième* » ont été abandonnées au profit d'une formulation plus souple permettant au CIAS de choisir parmi les « *personnalités* [...] dont les noms et qualifications sont portés à l'attention du CIAS, notamment par le CIO, les FI et les CNO » (Arrêt § 38 qui cite la version en modalité *track-changes* disponible sur le site du TAS https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/code_fr_010112_avec_modifs.pdf). Par souci d'exhaustivité, on ajoutera qu'entre le dépôt de la requête de Madame Pechstein et le prononcé de l'arrêt de la Cour, cette formulation a été ajustée pour mentionner également « *les commissions d'athlètes du CIO, des FI et des CNO* » parmi les entités susceptibles de porter des noms d'arbitres à l'attention du CIAS (cf. https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Modifications_Code_2016_.pdf). La Cour note au passage que la liste était originellement composée de soixante arbitres mais qu'elle s'est significativement étendue pour compter près de trois cents arbitres à l'époque des faits (Arrêt § 37).

La Cour expose aussi les modalités de constitution des formations arbitrales du TAS appelées à trancher des litiges. En application des articles R33, R38 et R39 du Code TAS qui sont restés inchangés depuis l'adoption du Code TAS en 1994, seuls les arbitres figurant sur la liste ainsi constituée peuvent siéger dans une formation arbitrale (Arrêt § 34). Chaque partie désigne un arbitre et, s'agissant des formations relevant de la Chambre d'appel du TAS, « *le président de la formation arbitrale est désigné par le président de la chambre arbitrale d'appel du TAS après consultation des arbitres nommés par les parties* » (Arrêt § 35 se référant à l'article R54 du Code TAS).

(6) A noter que la citation de la Cour n'est pas correcte en ce sens que, comme expliqué ci-dessous, elle inclut la formulation « *dont les noms et qualifications sont portés à l'attention du CIAS, notamment par le CIO, les FI et les CNO* », alors que cette dernière a été introduite en 2012 pour remplacer la répartition des propositions « *en cinquièmes* ».

Pour compléter le tableau, la Cour rappelle que les arbitres appelés à siéger doivent signer une déclaration d'indépendance (article S18 du Code TAS) et ont l'obligation de révéler immédiatement toute circonstance susceptible de compromettre leur indépendance à l'égard des parties ou de l'une d'elles (article R33 du Code TAS). En ligne avec l'article 180 al. 1 let. c LDIP, l'article 33 du Code TAS érige le doute légitime quant à l'indépendance d'un arbitre en motif de récusation à faire valoir « *sans délai dès la connaissance de la cause de récusation* » (Arrêt § 36, citant l'article R34 du Code TAS — qui prévoit en réalité un délai de 7 jours) devant le CIAS. Le CIAS peut aussi, de sa propre initiative et par « *décision sommairement motivée* », révoquer tout arbitre qui refuse ou est empêché d'exercer ses fonctions, ou qui ne « *remplirait [pas] ses fonctions conformément au code de l'arbitrage* » (Arrêt § 36 se référant à l'article R35 du Code TAS).

Enfin, Madame Pechstein s'en prenant à l'indépendance de ce système, la Cour rappelle la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral qui, en dépit des critiques doctrinales persistantes, a confirmé que le système de la liste fermée d'arbitres « *tel qu'il a été aménagé depuis la réforme de 1994, [...] satisfait aujourd'hui aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux* » (Arrêt § 44 citant l'arrêt *Lazutina* précité), même lorsque, comme cela est le cas dans les affaires soumises à la Chambre arbitrale d'appel, le sportif est « *contraint, dans les faits, [...] nolens volens* » d'accepter l'arbitrage (Arrêt § 42 citant de larges extraits de l'ATF 133 III 235 *Cañas*).

Résumé des griefs de Madame Pechstein. La requérante soutenait en substance que la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée reconnaissait l'indépendance du TAS en violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après la Convention) et que le TAS ne pouvait pas être considéré comme un tribunal indépendant au sens de cette disposition. Toujours sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention, Madame Pechstein se plaignait aussi de n'avoir bénéficié d'une audience publique ni devant la Commission disciplinaire de l'ISU, ni devant le TAS, ni devant le Tribunal fédéral. Enfin, elle estimait ne pas avoir eu droit à un procès équitable aux motifs que le droit suisse ne prévoit aucune instance compétente pour réexaminer l'établissement des faits après le TAS et que le Tribunal fédéral n'a qu'un pouvoir d'examen très limité (Arrêt § 52) (7).

Pour mémoire, la partie pertinente de l'article 6 § 1 de la Convention telle que citée par la Cour dispose que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] publiquement [...] par un tribunal indépendant et impartial [...] (8) qui décidera, soit des contestations sur ses droits*

(7) La Cour mentionne que Madame Pechstein estimait aussi que la procédure devant le TAS est contraire au principe de la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2 de la Convention, mais cet aspect n'est pas traité dans l'arrêt.

(8) On remarquera en passant que la citation de la Cour omet la référence à un tribunal « établi par la loi », question qui a été escamotée dans l'arrêt.

et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice » (Arrêt § 53).

Applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention à l'arbitrage du TAS.

La première question qui se posait à la Cour était celle de l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention à l'arbitrage du TAS, notamment du fait que le Gouvernement suisse se fondait sur la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'article 6 § 1 n'est pas directement applicable devant les tribunaux arbitraux mais s'applique indirectement puisque « *certaines principes procéduraux* » correspondant à « *certaines garanties essentielles de l'article 6 § 1 de la Convention* » sont mis en œuvre par le Tribunal fédéral lorsqu'il est saisi d'un recours contre la sentence (Arrêt § 54). La Cour rejette cet argument, en précisant que l'article 6 § 1 de la Convention s'applique dès que l'affaire porte sur des « *droits et obligations de caractère civil* » (Arrêt § 56), ce qui est manifestement le cas « *d'une procédure disciplinaire menée devant des organes corporatifs et dans le cadre de laquelle le droit de pratiquer une profession se trouve en jeu* » (Arrêt § 58). Le fait que le TAS soit une entité de droit privé et non un tribunal étatique ni une autre institution de droit public suisse est examiné sous l'angle de la compétence *ratione personae* de la Cour. Se fondant sur sa jurisprudence imputant aux États contractants les violations de la Convention par des particuliers qui sont approuvés, formellement ou tacitement, par les autorités (Arrêt § 64 citant notamment *laşcu et autres c/ Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, § 318, CEDH 2004-VII), la Cour se déclare compétente pour connaître des griefs tirés des actes et omissions du TAS puisqu'ils ont été validés par le Tribunal fédéral, le rejet du recours de Madame Pechstein ayant donné force de chose jugée à la sentence du TAS dans l'ordre juridique suisse (Arrêt §§ 66-67).

Possibilité de renoncer aux garanties de l'article 6 § 1 en arbitrage.

Sur le fond, la première question traitée par la Cour concerne la renonciation possible par les parties à l'arbitrage à tout ou partie des garanties de l'article 6 § 1, le Gouvernement suisse ayant rappelé la jurisprudence selon laquelle une personne peut renoncer à l'exercice de certains droits garantis par la Convention au profit d'un arbitrage, à condition qu'une telle renonciation soit libre, licite et sans équivoque (Arrêt § 77). La Cour considère qu'une telle renonciation n'est concevable que « *lorsqu'il s'agit d'un arbitrage volontaire consenti librement* » mais est exclue « *[s]'agissant d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, [et que] les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral* »

(Arrêt §§ 95-96). Un arbitrage forcé « doit offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention » (Arrêt § 95 citant *Suda c/ République tchèque*, no 1643/06, §§ 48-49, 28 octobre 2010). Après avoir reconnu au passage « qu'il y a un intérêt certain à ce que les différends qui naissent dans le cadre du sport professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, puissent être soumis à une juridiction spécialisée qui soit à même de statuer de manière rapide et économique » (Arrêt § 98), la Cour indique clairement que cela ne la dispense pas d'examiner si, en "acceptant" la juridiction du TAS, Madame Pechstein a valablement renoncé au bénéfice des garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention qu'elle invoque (notamment la garantie de l'indépendance et de l'impartialité structurelle du TAS). Plus précisément, la question posée par la Cour est de savoir si la renonciation peut être considérée comme « libre, licite et sans équivoque » au sens de sa jurisprudence (Arrêt § 96 citant notamment *Eiffage S.A. et autres c/ Suisse*, n° 1742/05, 15 septembre 2009 ; *Suda c/ République tchèque*, n° 1643/06, 28 octobre 2010, § 48 ; *R. c/ Suisse*, n° 10881/84, décision de la Commission du 4 mars 1987, Décisions et rapports (DR) n° 51 ; *Suovaniemi et autres c/ Finlande*, n° 31737/96, 23 février 1999 ; *Transportes Fluviais do Sado S.A. c/ Portugal* (déc.), n° 35943/02, 16 décembre 2003, et *Tabbane c/ Suisse*, n° 41069/12, 1^{er} mars 2016, § 27).

Appliquant ces principes au TAS, la Cour propose de comparer l'objet de l'arbitrage concernant Madame Pechstein aux « affaires d'arbitrage commercial sur lesquelles elle s'est déjà prononcée [en faveur de la validité de la renonciation] » pour voir s'il y a lieu de les différencier (Arrêt § 103). La Cour relève que la réglementation antidopage de l'ISU prévoyait la juridiction obligatoire du TAS et que le Gouvernement suisse ne contestait pas que — comme jugé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Cañas* précité — Madame Pechstein était de fait « oblig[ée] [...] à accepter la convention d'arbitrage afin [de] participer aux compétitions » (Arrêt § 110). Pour mémoire, le Tribunal fédéral avait estimé que « l'athlète qui souhaite participer à une compétition organisée sous le contrôle d'une fédération sportive dont la réglementation prévoit le recours à l'arbitrage n'aura-t-il d'autre choix que d'accepter la clause arbitrale, notamment en adhérant aux statuts de la fédération sportive en question dans lesquels ladite clause a été insérée, à plus forte raison s'il s'agit d'un sportif professionnel. Il sera confronté au dilemme suivant : consentir à l'arbitrage ou pratiquer son sport en dilettante (...). Mis dans l'alternative de se soumettre à une juridiction arbitrale ou de pratiquer son sport « dans son jardin » (...) en regardant les compétitions « à la télévision » (...), l'athlète qui souhaite affronter de véritables concurrents ou qui doit le faire parce que c'est là son unique source de revenus (prix en argent ou en nature, recettes publicitaires, etc.) sera contraint, dans les faits, d'opter, nolens volens, pour le premier terme de cette alternative » (ATF 133 III 235 du 22 mars 2007, consid. 4.3.2.2). Lui emboitant le pas, la Cour considère elle aussi que, compte tenu du caractère monopolistique des fédérations sportives internationales, « le seul choix offert à la requérante était soit d'accepter la clause d'arbitrage et de pouvoir gagner

sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit de ne pas l'accepter et de devoir renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau » (Arrêt § 113). Bien qu'elle n'ait pas été imposée par la loi mais par la réglementation d'une fédération sportive, l'acceptation de la juridiction du TAS par Madame Pechstein relève de l'arbitrage « forcé » et doit par conséquent offrir les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention (Arrêt § 115).

L'indépendance et l'impartialité du TAS à la lumière de l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour examine ensuite le grief principal invoqué par Madame Pechstein, à savoir le manque d'indépendance et d'impartialité du TAS à la lumière de sa jurisprudence relative à l'article 6 § 1 de la Convention et plus particulièrement à l'exigence d'un « *tribunal établi par la loi* ». Les reproches de Madame Pechstein tels que résumés par la Cour sont de trois ordres. Dans la mesure où la portée de l'arrêt discuté dépend à notre avis largement de la manière avec laquelle ces reproches ont été articulés et développés, il convient de les rapporter *in extenso*. Dans une première branche du grief tiré du manque d'indépendance et d'impartialité du TAS, Madame Pechstein s'en prend à la structure du TAS et à la nomination des formations arbitrales : elle « *indique que, selon le droit procédural applicable au TAS, les deux parties à un litige peuvent chacune nommer un arbitre de leur choix, mais qu'elles n'ont aucune influence sur la nomination du troisième arbitre chargé de présider la formation arbitrale, et que le président de la formation arbitrale est nommé par le greffe du TAS, et notamment par son secrétaire général. Elle indique aussi que le TAS est financé par les fédérations sportives et que, par conséquent, ce système de nomination implique que les arbitres désignés par le greffe du TAS sont enclins à favoriser les fédérations. La requérante soutient d'ailleurs que le président de la formation arbitrale ayant statué sur sa cause avait un préjugé contre les athlètes accusés de dopage car il avait auparavant toujours refusé d'être nommé en tant qu'arbitre par un athlète accusé de dopage, préférant toujours représenter les fédérations* » (Arrêt § 124). La deuxième branche du grief concerne la composition de la liste des arbitres du TAS et son caractère fermé : « *[l]a requérante dit ensuite que les arbitres doivent être choisis parmi ceux présents sur la liste élaborée par le CIAS, dont la grande majorité des membres serait nommée par les fédérations. Elle estime que la composition de cette liste ne garantit donc pas une représentation équilibrée des intérêts des athlètes par rapport à ceux des fédérations. Elle estime en outre que l'obligation pour les parties de choisir leur arbitre respectif sur cette liste montre que le TAS ne constitue pas un véritable tribunal arbitral, puisque, selon elle, les parties à un arbitrage classique peuvent choisir leurs arbitres librement* » (Arrêt § 125). Dans une dernière branche de son grief Madame Pechstein « *indique que, d'après l'article R59 du Code de l'arbitrage, la sentence arbitrale est soumise avant son prononcé au secrétaire général du TAS et que celui-ci pourra lui apporter des corrections de forme mais aussi attirer l'attention de la formation arbitrale sur des questions de principe, tout en n'ayant pas siégé en tant qu'arbitre (paragraphe 23 ci-dessus). Elle en déduit que*

cela illustre de manière supplémentaire le manque d'indépendance et d'impartialité du TAS — allégué par elle — eu égard à la nomination du secrétaire général du TAS par le CIAS et à la prétendue domination de ce dernier par les fédérations. Pour ce qui est de son cas particulier, la requérante se dit convaincue que le secrétaire général du TAS a exercé une influence réelle sur la sentence arbitrale, puisque le prononcé de la sentence aurait été plusieurs fois retardé par rapport aux dates annoncées » (Arrêt § 126).

La Jurisprudence de la Cour en matière d'indépendance et d'impartialité. Parmi les nombreux principes dégagés par la jurisprudence relative à l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour considère que les suivants sont particulièrement pertinents en l'espèce. La Cour rappelle qu'un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 doit s'entendre au sens matériel du terme, à savoir sa mission juridictionnelle, consistant à trancher, sur la base de normes de droit, avec plénitude de juridiction et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause (Arrêt § 139 citant *Sramek c/ Autriche*, n° 8790/79, § 36, 22 octobre 1984 ; *Chypre c/ Turquie* [GC], n° 25781/94, § 233, CEDH 2001-IV ; *Beaumartin c/ France*, 24 novembre 1994, § 38, série A n° 296-B, et *Di Giovanni c/ Italie*, n° 51160/06, § 52, 9 juillet 2013). L'indépendance d'un tribunal doit se juger en tenant compte notamment du mode de désignation et de la durée du mandat de ses membres, de l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et du point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (Arrêt § 140 citant *Findlay c/ Royaume-Uni*, 25 février 1997, § 73, Recueil 1997-I, et *Brudnicka et autres c/ Pologne*, n° 54723/00, § 38, CEDH 2005-II). Quant à l'impartialité, elle doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, c'est-à-dire du point de savoir si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel en telle occasion, et aussi selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrirait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (Arrêt § 141 citant *Fey c/ Autriche*, 24 février 1993, §§ 27-28 et 30, série A n° 255-A, et *Wettstein c/ Suisse*, n° 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII). Enfin, la Cour insiste sur l'importance des apparences car il « y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables » (Arrêt § 143, citant *Oleksandr Volkov c/ Ukraine*, n° 21722/11, § 106, CEDH 2013, et *Morice c/ France* [GC], n° 29369/10, § 78, CEDH 2015).

L'indépendance et l'impartialité du TAS. Appliquant ces principes au cas de Madame Pechstein, la Cour note qu'elle n'a pas contesté le fait que le TAS avait les apparences d'un « tribunal établi par la loi » au sens de l'article 6 § 1 et qu'il fallait uniquement se demander s'il pouvait passer pour « indépendant » et « impartial » au sens de la même disposition

(Arrêt § 149). Compte tenu du caractère somme toute assez sommaire de l'analyse de la Cour, qui contraste singulièrement avec l'exposé de la jurisprudence qu'elle estime pertinente, il n'est pas inutile de citer les passages topiques dans leur intégralité.

En ce qui concerne la structure du TAS et la nomination des formations arbitrales — la première branche du grief de Madame Pechstein — la Cour commence par réfuter l'argument lié au financement : « *la Cour relève que les juridictions étatiques sont toujours financées par le budget de l'État et considère qu'on ne peut pas déduire de cette circonstance un manque d'indépendance et d'impartialité de ces juridictions dans les litiges opposant des justiciables à l'État. Par analogie, on ne saurait déduire un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS en raison exclusivement de son mode de financement* » (Arrêt § 151).

Quant à l'argument tiré du déséquilibre structurel entre les fédérations et les athlètes dans le mécanisme de nomination des arbitres — la deuxième branche du grief de Madame Pechstein — la Cour reconnaît qu'à l'époque des faits, à savoir sous l'égide de l'ancien texte de l'article S14 du Code TAS, « *le CIAS n'était [...] tenu de choisir qu'un cinquième des arbitres parmi des personnalités indépendantes des instances sportives susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS* » et que « *même la nomination du cinquième d'arbitres indépendants à l'égard des instances sportives se faisait à la discrétion du CIAS. Or le CIAS était lui-même composé en totalité par des personnalités issues de ces instances, ce qui révèle l'existence d'un certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS, notamment d'ordre disciplinaire. De surcroît, d'une part, les arbitres étaient nommés pour un mandat de quatre ans renouvelable, sans limitation du nombre de mandats, et d'autre part, le CIAS avait le pouvoir de révoquer, par une décision 'sommairement motivée' sur la base de l'article R35 du Code de l'arbitrage, tout arbitre refusant ou étant empêché d'exercer ses fonctions, ou bien ne remplissant pas ses fonctions conformément aux dispositions du même code* » (Arrêt §§ 153 à 155 se référant « *a contrario et mutatis mutandis, [à] Di Giovanni, précité, § 57, et Luka c/ Roumanie, n° 34197/02, § 44, 21 juillet 2009* »). La Cour n'y voit toutefois pas une violation de l'article 6 § 1 de la Convention au motif que — et c'est là le paragraphe central de l'arrêt — « *la liste des arbitres établie par le CIAS comportait, à l'époque des faits, quelque 300 arbitres [...]. Or la requérante n'a pas présenté d'éléments factuels permettant de douter en général de l'indépendance et de l'impartialité de ces arbitres. Même en ce qui concerne la formation arbitrale ayant statué sur sa cause, la requérante n'a contesté in concreto qu'un seul arbitre, en l'occurrence le président de la formation arbitrale, sans par ailleurs étayer ses allégations [...]. Si la Cour est prête à reconnaître que les organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS exerçaient une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres en vigueur à l'époque des faits, elle ne peut pas conclure que, du seul fait de cette influence, la liste des arbitres était composée, ne serait-ce*

qu'en majorité, d'arbitres ne pouvant pas passer pour indépendants et impartiaux, à titre individuel, objectivement ou subjectivement, vis-à-vis de ces organisations. La Cour ne voit donc pas de motifs suffisants pour s'écarter de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, selon laquelle le système de la liste d'arbitres satisfait aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux et le TAS, lorsqu'il fonctionne comme instance d'appel extérieure aux fédérations internationales, s'apparente à une autorité judiciaire indépendante des parties » (Arrêt § 157).

S'agissant enfin du rôle du Secrétaire général du TAS la Cour rejette l'argument de Madame Pechstein qui y voyait une illustration de plus du manque d'indépendance et d'impartialité du TAS au motif qu'elle « *n'a pas apporté la preuve que la sentence du 25 novembre 2009 a été modifiée par l'intervention du secrétaire général du TAS, a fortiori dans un sens qui lui aurait été défavorable [...]. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison d'un prétendu manque d'indépendance et d'impartialité du TAS* » (Arrêt § 158 et 159).

Le droit à une audience publique. La Cour examine ensuite le second grief de Madame Pechstein, à savoir la violation alléguée de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de l'absence d'audience publique. Madame Pechstein soutenait que la formation du TAS a rejeté les thèses des experts qu'elle a fait entendre en audience « *de manière non objective et sur un ton moqueur, et que cela n'aurait pas été le cas si le TAS avait autorisé la présence du public* » (Arrêt § 173) ce qui lui a été refusé « *malgré ses demandes explicites en ce sens* » (Arrêt § 169).

La Cour commence par rappeler sa jurisprudence classique selon laquelle « *la publicité de la procédure judiciaire constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention. Cette publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue ainsi l'un des moyens qui contribuent à la préservation de la confiance dans les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique* » (Arrêt § 175 avec de multiples références, notamment à *Diennet c/ France*, 26 septembre 1995, § 33, série A n° 325-A). Elle rappelle aussi que cette garantie n'est pas illimitée et qu'il y a des situations dans lesquelles le huis clos est commandé soit par les circonstances de l'affaire soit par la nature de la question à trancher. Après avoir exclu que Madame Pechstein avait renoncé de son plein gré à l'exercice du droit à la publicité des débats, la Cour retient une violation de l'article 6 § 1 de la Convention au vu des spécificités des litiges en matière de dopage devant le TAS : « *les questions débattues dans le cadre de la procédure litigieuse — qui étaient relatives au point de savoir si c'était à juste titre que la requérante avait été sanctionnée pour dopage, et pour la résolution desquelles le TAS a été amené à entendre de nombreux experts — nécessitaient la tenue d'une audience sous le contrôle du public. En effet, la Cour observe qu'il*

y avait une controverse sur les faits et que la sanction infligée à la requérante avait un caractère infamant, étant susceptible de porter préjudice à son honorabilité professionnelle et à son crédit » (Arrêt § 182 renvoyant « *mutatis mutandis*, [à] Grande Stevens et autres c/ Italie, n^{os} 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 122, 4 mars 2014 ») (9).

Le dispositif de l'Arrêt. Sur la base de ce qui précède, la Cour conclut « par cinq voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant aux griefs des requérants tirés de l'indépendance et l'impartialité du TAS » et « à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention dans le chef de la requérante à raison de l'absence d'une audience publique devant le TAS ». Les deux juges minoritaires, dont la juge suisse, ont tenu à rédiger « une opinion séparée afin d'exprimer [leur] désaccord avec le raisonnement de la majorité » en particulier sur le point de savoir si « la structure ainsi que la composition du TAS [...] satisfait [...] aux exigences d'indépendance et d'impartialité prévues à l'article 6 § 1 de la Convention » (Opinion séparée § 2) (10).

L'opinion dissidente. La critique fondamentale des juges minoritaires concerne le fait que la majorité ne semble pas vouloir tirer les conclusions qui s'imposent de ses propres constats et préfère se rallier à l'avis du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Lazutina* précité sans procéder à une interprétation autonome des notions contestées en application de sa propre jurisprudence. Les constats sur lesquels insistent les juges minoritaires sont doubles : « la majorité semble reconnaître l'“influence” que le CIAS exerce sur la procédure de sélection des arbitres » (Opinion séparée § 7) et admet elle-même « l'existence d'un certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS » (Opinion séparée § 11 qui cite verbatim le § 154 de l'Arrêt). Au lieu d'examiner ce lien, que les juges minoritaires qualifient de « troublant » au sens de la jurisprudence (arrêt *Gautrin et autres c/ France*, 20 mai 1998, n^{os} 21257/93 et 3 autres, § 59, Recueil des arrêts et décisions 1998-III), « [l]a majorité semble exiger que cette “influence” soit prouvée “à titre individuel”, c'est-à-dire pour chaque arbitre siégeant au sein d'une formation arbitrale ou pour une majorité d'individus, qui figurent sur la liste sur la base de laquelle les arbitres sont choisis » (Opinion séparée § 12, se référant au § 157 de l'Arrêt). La preuve d'une telle influence concrète dans le cas d'espèce n'est nullement prévue par la jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle l'apparence d'indépendance et d'impartialité est décisive : « il ne suffit pas que les arbitres soient impartiaux à titre individuel si la structure

(9) En revanche, la Cour exclut la violation de l'article 6 § 1 du fait de l'absence d'audience publique devant le Tribunal fédéral au vu du caractère très limité des motifs de recours de l'article 190 al. 2 LDIP et notamment du fait qu'en l'espèce « l'examen du Tribunal fédéral portait uniquement sur les garanties procédurales applicables au TAS. Il s'agissait donc de questions juridiques hautement techniques qui ne comportaient aucun examen de faits éventuellement susceptible d'exiger la tenue d'une audience publique ».

(10) L'autre point de désaccord, qui ne sera pas discuté dans la présente chronique concernait le fait « qu'il n'est pas certain que le TAS soit un tribunal “établi par la loi” ».

générale de l'organisation est dépourvue de l'apparence d'indépendance et d'impartialité » ; « la Cour "a [...] égard au mode de désignation et à la durée du mandat des membres [de l'autorité dont est évaluée l'indépendance], à l'existence de garanties contre des pressions extérieures [...] et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance" (Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, 28 juin 1984, n^{os} 7819/77 et 7878/77, § 78, série A n^o 80). Lorsque la Cour procède à cette analyse, elle ne doit donc pas nécessairement se pencher sur la question de savoir si un juge en particulier était partial ou dépourvu d'indépendance » (Opinion séparée § 13). Si on analyse le système abstraitement, on doit non seulement conclure (avec la majorité) que le TAS et le CIAS sont sous l'influence des organisations sportives mais aussi que cette influence est certes indirecte mais néanmoins « considérable » et cela pour trois raisons : « d'abord, le CIAS contrôle la stabilité des membres du TAS, c'est-à-dire que même si ces membres sont nommés pour un mandat de quatre ans, ils peuvent être révoqués à tout moment par le CIAS sur la base d'une décision "sommairement motivée" (paragraphe 155 de l'arrêt). De plus, les présidents des deux chambres du TAS sont également membres du CIAS. Si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord, il leur incombe de nommer les présidents des formations arbitrales. Troisièmement, le système dit des "listes fermées" a pour conséquence que les athlètes sont obligés de choisir leur arbitre parmi les personnes sélectionnées par le CIAS » (Opinion séparée, § 14). De ce fait, les juges minoritaires considèrent que « les appréhensions de la requérante semblent "objectivement justifiables" » et qu'elle n'aurait dès lors « pas dû être tenue de prouver la partialité et le manque d'indépendance des arbitres ayant statué sur son cas » (Opinion séparée, § 15).

Quelques commentaires. Comme déjà indiqué, l'arrêt de la Cour frappe par le caractère expéditif, voire laconique de l'argumentation s'agissant de la question centrale de l'indépendance structurelle du TAS. La question est tranchée au seul paragraphe 157 de l'Arrêt, à savoir sur une demi-page des 57 qui compte la décision dans son ensemble. Comme l'indiquent les juges dissidents, ce paragraphe ne convainc pas. Alors que la Cour a exposé par le menu sa jurisprudence qui exige aussi un examen global et structurel de l'institution dont l'indépendance est en cause — en prenant « *en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres [et] l'existence d'une protection contre les pressions extérieures* » (Arrêt § 140 citant *Findlay c/ Royaume-Uni*, 25 février 1997, § 73, Recueil 1997-I, et *Brudnicka et autres c/ Pologne*, n^o 54723/00, § 38, CEDH 2005-II), il est étonnant de la voir constater des liens structurels entre le CIAS et les organisations sportives susceptibles de s'opposer aux athlètes mais de n'en tirer aucune conséquence au motif qu'en l'espèce Madame Pechstein n'a pas pu prouver que cela permettait de mettre en doute l'indépendance personnelle de la majorité des arbitres sur la liste du TAS. Ce raccourci dans le syllogisme est d'autant plus surprenant que la Cour elle-même précise que Madame Pechstein contestait « *l'indépendance [...] structurelle du TAS en raison du mode de nomination des arbitres* »

(Arrêt § 100) et a recours au célèbre adage anglais « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* » pour souligner qu'« [e]n la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance » car il en « va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables (Arrêt § 143 se référant à *Oleksandr Volkov c/ Ukraine*, n° 21722/11, § 106, CEDH 2013, et *Morice c/ France* [GC], n° 29369/10, § 78, CEDH 2015). Le lecteur demandant à être convaincu était en droit de s'attendre à une réponse à la question de savoir si les modalités de nomination des arbitres du TAS et les apparences y relatives sont propres à inspirer la confiance des athlètes qui n'ont d'autre choix que de se soumettre à la compétence du TAS. Force est de constater que seuls les juges minoritaires se sont posé cette question et y ont répondu par la négative.

A titre personnel, nous avons depuis longtemps tenté d'attirer l'attention sur le problème de perception qui reste intrinsèquement lié aux modalités de nomination des arbitres. Nous continuons à penser que ce problème ne suffit pas à lui seul pour enlever l'apparence d'indépendance au système et que, dans les faits, l'énorme majorité des formations du TAS a démontré de mériter la confiance des athlètes (voir notamment A. Rigozzi, « L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux », *Rev. dr. Suisse*, 2013.301, spéc. p. 305 s.). Nous regrettons que le système n'ait pas été spontanément amélioré — en dépit de la remarque du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Lazutina* précité selon laquelle il demeure « *perfectible* » (ATF 129 III 445, consid. 3.3.3), qu'il ait dû frôler la correctionnelle avec un arrêt rendu à la majorité et qu'on se retrouve avec une opinion dissidente plus convaincante que l'arrêt, avec pour conséquence que les 9 ans de procédure jusqu'à la plus haute juridiction européenne ne permettront pas de faire taire les critiques. Il suffit de relever que la majorité n'a pas évoqué la problématique, fondamentale à nos yeux, de la nomination du président de la formation dans les arbitrages relevant de la procédure d'appel. On peut se demander si cet oubli n'est pas le fruit d'une inadvertance puisque, dans son arrêt, la Cour se réfère tantôt à la nomination du président dans les arbitrages régis par la procédure d'appel (dont il était question et qui est problématique) tantôt à ceux qui relèvent de la procédure ordinaire (qui n'est pas problématique). Si cela ne contribue pas, à l'évidence, à renforcer le caractère persuasif de l'arrêt, il faut dire que la Cour n'a pas été nécessairement aidée, ni par Madame Pechstein, puisque cette dernière soutenait de manière inexacte « *que le président de la formation arbitrale est nommé par le greffe du TAS, et notamment par son secrétaire général* » (Arrêt § 124), ni par le Gouvernement suisse, qui contestait à juste titre ce point mais qui ajoutait de manière tout aussi erronée que « *dans la pratique, si les parties s'accordent sur le nom du président de la formation arbitrale, le président de la chambre arbitrale d'appel suit généralement leur choix* » (Arrêt § 127). En réalité, le président de la formation est nommé par le président de la chambre d'appel sur proposition du conseiller du TAS en charge de l'affaire, qui aura au préalable recueilli l'avis des arbitres

nommés par les parties (Rigozzi/Hasler ad art. R54 Code TAS, pp. 1634 s., para. 6-7, in M. Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2^e éd., Alphen aan den Rijn, 2018). S'il n'est pas exclu que, dans les affaires les plus délicates, le conseiller du TAS recueillera aussi l'avis du Secrétaire général, ce qui compte le plus à notre avis est le fait que la décision est formellement prise par le président de la Chambre d'appel, lequel est un membre du CIAS élu par ses pairs pour exercer cette fonction (article S6 paragraphe 2 du Code TAS). Cet aspect, qui est celui où l'« influence » des organisations sportives via le CIAS est la moins indirecte et la plus marquée (sachant que le président de la formation ainsi nommé dispose d'une voix prépondérante puisqu'il peut rendre la sentence sans réunir la majorité (Article R59 du Code TAS)), a échappé également aux juges minoritaires. Il nous a toujours paru d'une grande importance au niveau de l'apparence d'indépendance structurelle et nous espérons qu'il soit résolu avant que la Cour ou un autre tribunal n'ait à se prononcer à nouveau sur la question en tenant compte de cet aspect.

Le prochain tribunal appelé à se prononcer sur l'affaire *Pechstein* sera la Cour constitutionnelle allemande. Au vu de ce qui précède, on peut légitimement se demander si les juges de Karlsruhe vont faire déférence totale à l'arrêt de Strasbourg ou s'ils vont se livrer à un examen plus approfondi de la question. Notre méconnaissance de la pratique allemande en la matière nous commande de nous abstenir de toute spéculation. Ce que l'on peut signaler, sans que cela soit nécessairement pertinent en droit constitutionnel allemand, c'est que dans l'arrêt commenté, la Cour a de fait réfuté l'argument principal utilisé par la Cour fédérale allemande pour rejeter la thèse de Madame Pechstein (telle que retenue par les tribunaux munichoïses). Alors que la Cour fédérale estime qu'il serait simpliste de considérer qu'athlètes et organisations sportives constituent des groupes distincts avec des intérêts communs (arrêt du 7 juin 2016, Az. KZR 6/15 précité, § 33, parlant de : « *homogener "Lager" bestehend aus "den Vebände" und "Athleten"* », raisonnement approuvé par U. Haas, « *The German Federal Court on Treacherous Ice – A final point in the Pechstein case* », in : Ch. Müller, S. Besson, A. Rigozzi (éd.) *New Developments in International Commercial Arbitration*, Zürich, 2016, p. 219 s., spéc. pp. 233-234), la Cour européenne part de la prémisse opposée, à savoir que les « *instances sportives* [sont] *susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS* » (Arrêt § 153), en particulier en matière disciplinaire (Arrêt § 154).

En ce qui concerne l'avenir de l'arbitrage sportif, il convient aussi de s'interroger sur la portée de la nouvelle version de l'article S14 du Code TAS telle que notée tant par la majorité (Arrêt § 38) que par les juges minoritaires (Opinion séparée § 10). Selon cette nouvelle disposition, le CIAS n'est plus tenu de nommer les membres de la liste des arbitres du TAS pour trois cinquièmes sur proposition des organisations sportives et pour deux cinquièmes parmi des personnes censées « *sauvegarder les intérêts des athlètes* » et/ou « *indépendantes* » des

organisations sportives mais peut désormais les choisir parmi les « *personnalités [...] dont les noms et qualifications sont portés à l'attention du CIAS, notamment par le CIO, les FI et les CNO ainsi que par les commissions d'athlètes du CIO, des FI et des CNO* ». Nous y avons vu un progrès significatif en ce sens que le principe même d'une majorité d'arbitres nommés sur proposition des organisations sportives et d'une petite minorité dont il était expressément requis qu'ils soient indépendants de celles-ci (ce qui pouvait laisser penser que la grande majorité pouvait ne pas respecter ce critère) avait enfin été abandonné (ATF 144 III 120, consid. 3.4.3). Les juges minoritaires semblent regretter ce choix au motif qu'« *aucune règle ne prévoit aujourd'hui que les athlètes doivent être représentés, ne serait-ce que par un cinquième des membres du CIAS [ou, plus précisément, "pour un cinquième de la liste des arbitres établie par le CIAS"]* » (Opinion séparée § 10 *in fine*). La question nous semble toutefois d'une importance toute relative, le véritable problème de perception résidant dans l'opacité du processus de nomination. Sous l'ancien régime, personne ne savait comment les personnes indépendantes des organisations sportives ou censées sauvegarder les intérêts des athlètes étaient nommées et selon quelles procédures le respect de ces exigences était assuré. Il en va de même aujourd'hui. S'il est vrai que le caractère non-exhaustif de la liste des groupements qui peuvent porter des arbitres potentiels à l'attention du CIAS permet en théorie à tout un chacun de déposer sa candidature auprès du CIAS, les critères selon lesquels ce dernier procède à la sélection demeurent toujours obscurs. C'est l'occasion de rappeler un aspect important de l'arrêt *Lazutina* que l'on tend à oublier. Lorsqu'il a précisé que le TAS était une institution arbitrale « perfectible », le Tribunal fédéral avait noté qu'il serait souhaitable, pour améliorer la lisibilité de la liste d'arbitres, que celle-ci indique pour chaque arbitre l'organisation l'ayant proposé au CIAS pour nomination sur la liste (ATF 129 III 445 précité, consid. 3.3.2). Le fait que cette recommandation de transparence n'ait pas été suivie n'est pas propre à améliorer la confiance des athlètes dans le procédé de sélection/dans la manière dans laquelle la sélection se fait.

En conclusion, il faut espérer que le rejet par la Cour de la requête de Madame Pechstein concernant l'indépendance du TAS ne conduise pas ce dernier à arrêter le processus d'amélioration du système et que la mise en lumière des limites de l'arrêt commenté puisse contribuer à ce que le TAS ne cesse d'évoluer vers cette institution arbitrale modèle en termes de gouvernance (en particulier au niveau de l'indépendance et de la transparence) que les athlètes demandent et méritent. La nécessité de tenir des audiences publiques en matière disciplinaire, seul aspect sur lequel la Suisse a été condamnée, nous semble avoir eu l'effet d'une sonnette d'alarme salutaire en matière de transparence. Il est d'ailleurs significatif de constater que le Gouvernement suisse a renoncé à légiférer en matière d'arbitrage sportif mais a tenu à préciser qu'il « *suit l'évolution dans ce domaine avec attention. Il est d'avis qu'il appartient en premier lieu au TAS lui-même, à la fondation qui le soutient et aux*

associations concernées de s'atteler aux réformes en y associant les sportifs » (Conseil fédéral, « Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12 : Arbitrage international) », Feuille fédérale n° 47 du 27 novembre 2018, FF 2018 7153, sous-titre 1.3.4, pp. 19-21, observant, en note en bas de page 62, que « [l']actuelle communication du TAS à propos du jugement rendu par la CEDH dans le cadre de l'affaire Mutu et Pechstein c/ Suisse démontre d'une volonté de prendre au sérieux les remarques de la Cour ainsi que de procéder à des améliorations (communication du TAS du 02.10.2018 [...] »)). Et le Gouvernement suisse d'ajouter que le Tribunal fédéral « pourra continuer de veiller en vertu de l'article 190 LDIP à ce que le TAS conserve l'indépendance requise pour être à égalité avec les tribunaux nationaux, même dans un contexte changeant » (*ibid.*).

Antonio RIGOZZI

III. – LA PROCÉDURE ARBITRALE

— **Tribunal arbitral du sport, 2018/A/5808, AC Milan c/ Union des associations européennes de football (UEFA), sentence du 1^{er} octobre 2018, et Tribunal arbitral du sport, 2019/A/6083 & 2019/A/6261, AC Milan c/ UEFA, sentence du 28 juin 2019 : notion de décision ; intervention d'un tiers ; moyens de preuve ; pouvoir d'examen ; sentence d'accord-partie**

Dans le cadre du contrôle du respect des règles de l'Union des associations européennes de football (UEFA) sur le *fair play* financier, le club du Milan AC est sanctionné d'une exclusion de deux saisons des compétitions européennes par la chambre de jugement de l'instance de contrôle financier des clubs. Le recours formé devant le TAS par le club contre cette décision (aff. 2018/A/5808) permet de revenir sur la notion de décision susceptible de recours (I), la complémentarité des règlements de procédure (II) et le pouvoir d'examen du TAS (III).

I. La notion de décision susceptible de recours. Dans un premier temps, la sentence permet de revenir sur la notion de décision susceptible de recours dans le cadre de la procédure arbitrale d'appel. En l'espèce, le club a exercé un recours, dans le délai de dix jours prévu par les statuts de l'UEFA, contre la décision de la chambre de jugement mais il contestait également une décision préliminaire de l'enquêteur en chef de l'organisme en charge du contrôle financier des clubs. Celui-ci n'avait en effet pas proposé au club de négocier un accord de règlement et avait transmis le dossier à la chambre de jugement.

La question était donc de savoir si cette décision préliminaire est séparable ou non de la décision finale de la chambre de jugement. Dans le premier cas, le délai de recours devant le TAS serait dépassé et le club requérant ne pourrait plus se prévaloir de l'illégalité de cette décision dans le cadre de son recours contre la décision finale.

La jurisprudence du TAS sur la notion de décision susceptible de recours est assez souple et ne repose pas sur une question de forme. Savoir si une décision peut être l'objet d'un recours dépend d'abord des règlements de la fédération qui en est l'auteur. Toutefois, l'autonomie des fédérations n'est pas illimitée. Une décision portant atteinte à la situation juridique de son destinataire doit toujours pouvoir être l'objet d'un recours, quelle que soit la rédaction des règlements de la fédération (§ 96). Une fédération ne saurait restreindre arbitrairement l'accès à la justice.

En l'espèce, en se référant aux règlements de l'UEFA, le TAS considère que la décision préliminaire n'est pas séparable de la décision finale. Les textes ne prévoient en effet de recours que contre les décisions finales. La décision de ne pas proposer la négociation d'un accord de règlement ne peut ainsi pas être l'objet d'un recours séparé devant le TAS.

En outre, la décision de négocier un accord de règlement ou de soumettre l'affaire à la chambre de jugement n'a pas d'effet sur la situation juridique du club. La sanction qui doit être décidée par la chambre de jugement n'est pas nécessairement prédéterminée ou disproportionnée par rapport à celle qui serait négociée. Les accords de règlement sont, comme l'exercice du pouvoir disciplinaire par la Chambre de jugement, un moyen pour l'UEFA de traiter une affaire. Les mêmes mesures peuvent être décidées dans un accord de règlement ou par la chambre de jugement. Les accords de règlement et les sanctions disciplinaires prises par la chambre de jugement sont deux instruments juridiques qui suivent le même objectif. Le choix de négocier un accord de règlement ou de passer par la voie disciplinaire est neutre. Le pouvoir de saisir la chambre de jugement ou de proposer la négociation d'un accord de règlement reste à la discrétion de l'enquêteur en chef.

En conséquence, le choix de l'enquêteur en chef de ne pas entrer en négociation en vue d'un accord négocié n'est pas séparable de la décision finale. La contestation de cette mesure préalable peut alors être formée dans le cadre d'un recours contre la décision finale.

II. La complémentarité des règlements de procédure du TAS. Dans un deuxième temps, la sentence donne un exemple de la complémentarité des règlements de procédure du TAS. Le Code de l'arbitrage en matière de sport distingue en effet différentes procédures, principalement la procédure ordinaire et la procédure d'appel, soumises à des règles générales et à des règles spécifiques. Les premières s'appliquent à toute procédure, les secondes à la seule procédure qu'elles régissent. Cependant, l'étanchéité des règles spécifiques n'est pas totale comme le montrent les quelques exemples qui suivent.

La question de l'intervention d'un tiers en tant que partie à la procédure n'est réglée expressément que dans le cadre des dispositions particulières à la procédure d'arbitrage ordinaire à l'article R41. Les

dispositions particulières à la procédure arbitrale d'appel n'envisagent pas l'intervention du tiers.

En l'espèce, d'autres clubs italiens pouvaient cependant légitimement justifier d'un intérêt à agir dans la mesure où la sentence allait confirmer ou non l'exclusion des compétitions européennes du Milan AC, et par conséquent confirmer ou non la participation d'un autre club italien à ces compétitions.

La question pouvait donc se poser de l'application de dispositions spécifiques à la procédure d'arbitrage ordinaire à une procédure arbitrale d'appel. En réalité, cette question est réglée, implicitement, par l'article R54 du Code de l'arbitrage en matière de sport. En son alinéa 5, il dispose « *L'article R41 est applicable mutatis mutandis à la procédure arbitrale d'appel, sauf que le/la Président(e) de la Formation est nommé par le/la Président(e) de la Chambre arbitrale d'appel du TAS* ».

L'article R41, quasiment dans son ensemble, s'applique donc aussi à la procédure arbitrale d'appel. Une interprétation plus étroite aurait pu être retenue. En effet, l'article R54 du Code de l'arbitrage en matière de sport est intitulé « *Nomination de l'arbitre unique ou le/la Président(e) et confirmation des arbitres par le TAS* ». On aurait pu penser que l'application à la procédure d'appel de l'article R41, dont le champ d'application est beaucoup plus large puisqu'il couvre l'arbitrage multipartite, se limiterait à la seule question de la nomination du panel. Ce n'est pas l'interprétation du TAS qui applique bien la quasi-totalité de l'article R41 à la procédure arbitrale d'appel, y compris, en l'espèce, la participation d'un tiers.

L'article R41 étant applicable, reste à analyser comment le TAS l'applique. D'après l'article R41.3 du Code de l'arbitrage en matière de sport, un tiers peut participer à l'arbitrage en tant que partie s'il soumet une demande à cet effet, motifs à l'appui, dans un délai de dix jours suivant le moment où il a connaissance de l'arbitrage à condition que cette demande soit faite avant l'audience ou la clôture de la procédure écrite si aucune audience n'a lieu. Ce délai peut être réduit dans le cadre d'une procédure accélérée prévue par l'article R52 du Code de l'arbitrage en matière de sport.

Or, en l'espèce, non seulement le club tiers n'a pas respecté le délai de recours proposé par le TAS mais, en outre, celui-ci s'est contenté d'informer le TAS de son souhait de participer à la procédure sans appuyer sa demande de motifs. Sur ce point, la sentence reprend une opinion doctrinale selon laquelle les motifs à l'appui desquels un tiers intéressé peut demander à participer à une procédure doivent reprendre le contenu exigé d'une déclaration d'appel (§ 104), notamment une présentation des prétentions. Le tiers souhaitant participer à une procédure arbitrale ne doit donc pas se contenter d'exprimer ce souhait dans le délai fixé par le règlement ou la formation, il doit donc également avancer, même sommairement, les arguments qu'il entend faire valoir.

La sentence donne un autre exemple de complémentarité des règles de procédure applicables aux différentes formes d'arbitrage devant le TAS sur la question des moyens de preuve. L'article R44.3 du Code de l'arbitrage en matière de sport, normalement applicable à la procédure ordinaire, dispose « *chaque partie peut demander à la Formation d'ordonner que l'autre partie produise des pièces en sa possession ou sous son contrôle* ».

Ici aussi, la question pouvait se poser de son application à la procédure arbitrale d'appel. Or, cet article est expressément étendu à la procédure arbitrale d'appel par l'article R57 du Code de l'arbitrage en matière de sport.

En l'espèce, le club italien demandait notamment la production par l'UEFA d'accords de règlements signés avec d'autres clubs afin d'étayer le motif de violation du principe d'égalité de traitement. L'UEFA s'y opposait en invoquant le principe de confidentialité. La sentence, en se fondant en particulier sur l'article 9 (3) des règles de l'*International Bar Association* sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010), conclut à la possibilité de communiquer ces documents dans une forme qui garantit la protection de données confidentielles.

Le club italien demandait également la communication d'enregistrements audio, ce à quoi s'opposait l'UEFA. L'anglais étant en l'espèce la langue de procédure, l'UEFA faisait valoir que la version anglaise de l'article R57 du Code de l'arbitrage en matière de sport ne permet d'ordonner que la production de « *documents* » (en anglais), d'actes écrits. Cet argument est rejeté par la sentence qui considère que la notion de « *document* » doit être entendue largement et couvre des documents audio (§ 108).

On peut noter sur ce point que la formation arbitrale aurait pu faire application de l'article R69 du Code de l'arbitrage en matière de sport, lequel dispose « *Le texte français et le texte anglais font foi. En cas de divergence, le texte français prévaut* ». Ainsi, si la version anglaise autorise la communication de « *documents* », terme qui peut être ambigu, la version française vise quant à elle la communication de pièces, ce qui couvre assurément des enregistrements.

La sentence apporte aussi d'autres éclaircissements sur les moyens de preuve admissibles. Ainsi, elle admet la production d'un document lors de l'audience alors que, sauf circonstances exceptionnelles, les parties ne peuvent produire de nouvelles pièces après la soumission de la motivation d'appel et de la réponse (Code de l'arbitrage en matière de sport, art. R56). La formation arbitrale, tenant compte du caractère accéléré de la procédure et du fait que ce document ne pouvait pas être produit plus tôt, considère que le caractère exceptionnel exigé par l'article R56 est rempli.

Enfin, la sentence apporte des précisions sur la recevabilité des témoignages. Alors que l'article R55 du Code de l'arbitrage en matière

de sport exige des parties qu'elles présentent dans leurs écritures un bref résumé du témoignage présumé, ce que l'intimée n'avait pas fait en l'espèce, la formation arbitrale autorisa malgré tout le témoignage sous réserve que l'intimée produise en amont une liste des sujets sur lesquels le témoin devait intervenir. A l'ouverture de l'audience, les parties décidèrent d'admettre la recevabilité du témoignage, l'appelant se réservant le droit, pendant l'audition, de soulever des objections précises.

III. Le pouvoir d'examen du TAS. Enfin, le club appelant considérait que l'examen de sa situation financière devait être apprécié au jour de l'audience devant le TAS alors que l'intimée avançait que la légalité de la décision devait être appréciée en fonction des faits et informations connus au jour de ladite décision.

L'article R57 du Code de l'arbitrage en matière de sport consacre le pouvoir d'examen *de novo* du TAS : « *La Formation revoit les faits et le droit avec plein pouvoir d'examen* ». Sur ce fondement, la formation considère que de nouvelles pièces peuvent être admises alors qu'elles n'avaient pas été présentées ou n'étaient pas disponibles lorsque la décision attaquée a été rendue. En principe, la date à laquelle la formation arbitrale doit se situer pour apprécier la légalité d'une décision est alors celle de l'audience arbitrale (§ 131).

La formation reconnaît cependant que cette conséquence du pouvoir d'examen *de novo* peut avoir des effets perturbateurs alors que les fédérations doivent prendre des décisions en respectant des contraintes restreintes de temps pour admettre ou non un club dans une compétition, d'autant plus qu'une telle décision affecte également les droits d'autres clubs. Le TAS reconnaît alors que les règlements d'une fédération pourraient limiter dans le temps la date à laquelle la situation financière des clubs doit être appréciée afin de s'assurer d'une bonne administration de la justice.

Finalement, la sentence annule la décision de la chambre de jugement, essentiellement parce qu'elle n'a tenu compte que des conclusions de l'enquêteur en chef et renvoie l'affaire devant la chambre de jugement afin qu'elle rende une décision fondée sur des éléments postérieurs.

A la suite de cette sentence, la chambre de jugement rendit une nouvelle décision, laquelle fut attaquée, à son tour, devant le TAS (aff. 2019/A/6083 & 2019/A/6261). Dans le cadre de la procédure arbitrale, les parties conclurent un projet de transaction intégrée comme le permet l'article R56 du Code de l'arbitrage en matière de sport dans une sentence arbitrale d'accord entre les parties, aux termes de laquelle l'exclusion du Milan AC des compétitions européennes est limitée à la saison 2019-2020.

L'intérêt d'intégrer la transaction dans une sentence est alors de mieux garantir l'exécution de l'accord, même si, en raison de la publicité des sentences du TAS, celui-ci perd en confidentialité. Le rôle de la

formation arbitrale est de s'assurer que l'accord a été conclu de bonne foi par les parties sans intention de fraude ou de contourner des dispositions impératives d'ordre public. Au final, alors que le club contestait la décision de ne pas négocier d'accord de règlement, c'est une sentence d'accord-partie qui met fin au litige.

Marc PELTIER

— **Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5003, Jérôme Valcke c/ Fédération internationale de football association (FIFA), sentence du 27 juillet 2018, et Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A_540/2018 du 7 mai 2019, Valcke c/ FIFA : arbitrage interne ; arbitrage international ; convention d'opt out ; articulation des normes sportives et étatiques**

Un recours introduit par l'ancien secrétaire général de la Fédération internationale de football association (FIFA) contre une décision de la Chambre de recours de la FIFA (11) est à l'origine de deux décisions riches d'enseignements, l'une du Tribunal arbitral du sport, l'autre du Tribunal fédéral suisse. Des enseignements majeurs peuvent être tirés sur le caractère national ou international de l'arbitrage (I) et sur l'articulation des sources du droit (II).

I. Le caractère national ou international de l'arbitrage. La question du caractère national ou international de l'arbitrage a été posée par l'auteur des recours. La qualification revêt une grande importance dans la mesure où les motifs de recours contre une sentence diffèrent selon que l'arbitrage est interne ou international. Ils sont en effet plus restreints lorsque l'arbitrage est international (12).

En droit suisse, l'article 176 § 1, de la loi sur le droit international privé (LDIP) dispose qu'un arbitrage est international « *si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse* ». Le siège du TAS se trouve en Suisse (Code l'arbitrage en matière de sport, art. R 28) comme celui de la FIFA, restait à définir le domicile du requérant.

Pour cela, il fallait apprécier le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage (A). Une fois déterminé, ce moment permettait de définir le domicile du requérant et de qualifier, conformément à la loi suisse, le caractère national ou international de l'arbitrage, à moins

(11) La Chambre de recours de la FIFA avait sanctionné l'ancien secrétaire général de l'organisation d'une interdiction de prendre part à toute activité liée au football pendant une période de dix ans pour violation de diverses dispositions du code d'éthique.

(12) La recevabilité d'un recours contre une sentence arbitrale relève, en droit suisse, des articles 190 à 192 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) pour l'arbitrage international et des articles 389 à 395 du Code suisse de procédure civile pour l'arbitrage interne.

que les parties ne puissent, par leur accord, déterminer elles-mêmes ce caractère (B).

A. Le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage – Pour déterminer le domicile du requérant, encore faut-il préalablement fixer le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. Pour le TAS, ce moment remonte à la nomination de l'appelant par le Comité exécutif de la FIFA (§ 121). Le TAS note qu'en acceptant immédiatement cette nomination, le jour de la séance du Comité exécutif, l'appelant s'est placé sous le régime des règles de la FIFA, notamment de ses statuts, qui obligent les officiels de la FIFA, dont le secrétaire général, à appliquer les statuts et règlements de la fédération. Sur ce point, le TAS reprend l'analyse du Tribunal fédéral dans l'affaire *Platini* (Trib. féd., arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.1.1, *Rev. arb.*, 2017.1049, note M. Peltier).

En l'espèce, l'appelant soutenait que le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage devait être situé un peu plus tard, au jour de la signature de son contrat de travail avec la FIFA. L'argument est rejeté par le TAS qui retient que la fonction de secrétaire général, qui entraîne la soumission aux règles de la FIFA, est indépendante du contrat de travail que celui-là peut conclure avec celle-ci. Le contrat de travail règle les questions de salaires, de durée, de vacances mais sa conclusion n'est pas une condition pour accéder aux fonctions de secrétaire général (§ 122).

Pour le TAS, il faut donc placer le moment de la conclusion de la convention d'arbitrage au jour où l'appelant a été nommé secrétaire général et où il a accepté ses fonctions. Or, à ce moment-là, l'appelant était domicilié en Suisse. Toutes les parties étant domiciliées en Suisse et le siège de l'arbitrage étant en Suisse, l'arbitrage semblerait être un arbitrage interne pour le TAS (§ 124).

B. Le choix des parties – Pour autant, la question n'est pas encore résolue car, dans le cadre de la procédure devant le TAS, les parties ont signé une ordonnance de procédure. Cet acte de procédure, qui n'est pas régi par le Code de l'arbitrage en matière de sport, a une importance qu'il ne faut pas négliger. Parce qu'elle est signée par les parties, elle contient des dispositions qui peuvent ensuite lier les parties.

Or, en l'espèce, cette ordonnance contenait la clause suivante : « *In accordance with the terms of the present Order of Procedure, the parties agree to refer the present dispute to the Court of Arbitration for Sport (CAS) subject to the Code of Sports-related Arbitration (2017 Edition) (the "Code"). Furthermore, the provisions of Chapter 12 of the Swiss Private International Law Statute (PILS) shall apply, to the exclusion of any other procedural law* ». Ainsi, les parties ont soumis l'arbitrage aux règles du Code de l'arbitrage en matière de sport et aux seules dispositions du Chapitre 12 LDIP, à l'exception de toute autre loi de procédure.

Devant le TAS puis le Tribunal fédéral, les questions du consentement des parties (1), de leur pouvoir de qualification de l'arbitrage (2) et du moment de la convention d'exclusion (3) ont été posées.

1. *Le consentement des parties* – L'appelant contestait l'application de cette disposition de l'ordonnance de procédure au motif qu'il aurait signé cet acte sans remarquer la présence de cette clause. Cet argument est rejeté par le TAS qui considère qu'une clause signée par chacune des parties, assistées de conseils juridiques, ne peut être écartée (§ 125).

L'argument subit le même sort devant le Tribunal fédéral : « *une partie, en particulier lorsqu'elle est assistée d'un avocat, ne peut signer un ordre de procédure contenant une clause d'élection de droit et, par la suite, soutenir ne pas être liée par celle-ci. Admettre le contraire reviendrait à violer le principe de fidélité contractuelle (pacta sunt servanda)* » (consid. 1.5).

2. *Le pouvoir de qualification des parties* – Reste à savoir si, en droit suisse, les parties peuvent décider de soumettre aux règles de l'arbitrage international une procédure qui, en principe, relève de l'arbitrage interne. Autrement dit, ont-elles la libre disposition de la qualification interne ou internationale d'un arbitrage ?

L'article 353 du Code suisse de procédure civile dispose, à ce titre, que « *les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention conclue ultérieurement, exclure l'application du présent titre et convenir que les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont applicables. La déclaration est soumise à la forme prévue à l'art. 358* ».

La question était cependant différente ici. Il ne s'agissait pas de qualifier d'interne un arbitrage à première vue international mais, au contraire, de renoncer au caractère interne d'un arbitrage afin d'opter pour les règles de l'arbitrage international.

En l'espèce, la formation arbitrale exprime des doutes quant à la volonté des parties d'exclure l'application des dispositions relatives à l'arbitrage interne. La clause selon laquelle les parties excluent toute autre loi de procédure que la LDIP suffit-elle à caractériser une exclusion expresse des dispositions du code de procédure civile relative à l'arbitrage interne (§ 126) ?

La sentence s'en tient à l'expression de ces doutes. Dans le cadre de la procédure devant le TAS, que l'arbitrage soit interne ou international n'a que peu d'importance. Ce n'est que si un recours est porté devant le Tribunal fédéral contre la sentence du TAS que la question prend toute son importance car les moyens d'annulation d'une sentence diffèrent selon qu'un arbitrage est interne ou international. Ainsi, le TAS laisse la question en suspens.

C'est finalement le Tribunal fédéral qui y répond. Dans des décisions antérieures, la haute juridiction suisse avait eu à traiter de clauses où

les parties avaient complètement omis la déclaration expresse des normes à exclure ou de celles à appliquer (Trib. féd., arrêt 4A_254/2013 du 19 novembre 2013, consid. 1.2.3 : *Cah. arb.*, 2014.891, note P.-Y. Gunter et N. Smahi). Or, en l'espèce, si les parties avaient bien pris soin de déclarer le chapitre 12 LDIP exclusivement applicable, elles avaient également exclu l'application de toute autre loi de procédure.

Le Tribunal fédéral se réfère alors à sa jurisprudence relative aux clauses renonçant aux recours contre les sentences arbitrales internationales, pour lesquelles une déclaration expresse est également requise (consid. 1.6.1.2). Dans ce domaine, le Tribunal fédéral juge qu'il n'est pas nécessaire de faire figurer dans la déclaration expresse les articles de la LDIP. Il suffit que la déclaration expresse des parties fasse ressortir de manière claire et nette leur volonté commune de renoncer à tout recours (Trib. féd., arrêt 4A_53/2017 du 17 octobre 2017, consid. 2.2.1, ATF 143 III 589).

Or, pour le Tribunal fédéral, une clause de renonciation à un recours entraîne des conséquences plus importantes qu'une éléction de droit. Dans le premier cas, le recours contre la sentence n'est pas possible, dans le second, le recours reste possible même si les motifs de recours sont plus réduits.

Le Tribunal fédéral en déduit qu'il n'est pas justifié d'adopter des exigences plus strictes pour une convention d'*opting out* que pour une renonciation au recours. Il n'est alors pas indispensable que les parties aient cité les dispositions dont l'application est exclue même si, pour des raisons de clarté, le Tribunal fédéral recommande aux parties de se référer expressément aux dispositions exclues : « *si une telle mention est recommandable afin de couper court à toute discussion, la validité d'une telle exclusion de droit n'en dépend pas* » (consid. 1.6.1.3).

En l'espèce, le Tribunal fédéral considère que le choix de l'application du Code de l'arbitrage en matière de sport et de la LDIP excluant toute autre règle de procédure vise clairement à exclure l'application des règles alternatives du code de procédure civile.

3. *Le moment de la convention d'exclusion* – Enfin, le Tribunal fédéral devait statuer sur le moment de la conclusion de la convention d'exclusion. Les textes disposent que l'*opting out* peut être conclu dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure. La doctrine suisse ne semble pas unanime quant au moment de la conclusion de la convention d'exclusion (13).

Le Tribunal fédéral constate que l'importance pratique de la question est limitée au regard des faibles différences entre les règles de la LDIP

(13) De nombreux auteurs estiment qu'une telle convention peut être conclue en cours d'arbitrage soit jusqu'au prononcé de la sentence, soit avec l'accord des arbitres si la formation est déjà constituée. D'autres auteurs considèrent que les parties ne peuvent conclure de convention d'exclusion une fois qu'une première séance d'organisation a eu lieu.

et celles du Code de procédure civile. Un changement de régime, même en cours d'arbitrage, n'a pas de conséquences pour la procédure devant le tribunal arbitral, comme l'avait retenu le TAS. En outre, la convention d'exclusion étant par nature consensuelle, « *les éventuels désagréments qu'un changement de régime en cours d'arbitrage serait susceptible d'occasionner pour les parties, tels qu'un ralentissement de la procédure, ne sont dès lors que les conséquences de leur propre choix* ». Enfin, la question de l'accord des arbitres ne se pose pas ici dans la mesure où la clause a été proposée par le TAS lui-même.

Le Tribunal fédéral en conclut que « *la convention des parties visant à soumettre le litige qui les oppose aux règles du chapitre 12 de la LDIP est conforme aux exigences de l'art. 353 al. 2 CPC* ». L'arbitrage, en apparence interne, pouvait ainsi être soumis aux règles sur l'arbitrage international.

II. L'articulation des sources du droit. Les litiges sportifs obligent souvent à manier des sources classiques du droit et d'autres plus originales fondées sur les règlements des organisations sportives. Le sentence du TAS dans cette affaire donne des indications sur les relations entre les règlements sportifs et, en premier lieu, le droit suisse (A) puis, en second lieu, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (B).

A. Règlements sportifs et droit suisse – L'appelant soutenait que la FIFA ne pouvait pas le sanctionner disciplinairement, d'une part, parce que cela heurterait des règles d'ordre public de droit suisse du travail, d'autre part, parce que sanctionner disciplinairement un salarié licencié heurterait le principe *ne bis in idem*. La formation arbitrale répond à ces arguments en se fondant sur une hiérarchie entre les règles de la FIFA et le droit suisse (§§ 146 et s.).

En soumettant le litige à l'arbitrage du TAS, les parties se sont placées sous l'égide du Code de l'arbitrage en matière de sport, dont l'article R58 dispose « *La Formation statue selon les règlements applicables et, subsidiairement, selon les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée à son domicile* ».

Pour la formation arbitrale, le litige doit être décidé en appliquant prioritairement les règles de la FIFA (§ 146). Les statuts de la FIFA stipulent expressément : « *le TAS applique en premier lieu les divers règlements de la FIFA ainsi que le droit suisse à titre supplétif* ». Les statuts de la FIFA instaurent ainsi, selon le TAS, une relation hiérarchique entre les règles de la FIFA (statuts et règlements) et le droit suisse. Celui-ci ne peut que suppléer les lacunes des règles de la FIFA. C'est ainsi que des sentences précédentes ont pu appliquer le droit suisse pour déterminer la charge de la preuve dans le cadre des procédures au sein de la FIFA lorsque les règlements étaient silencieux

sur ce point (TAS, 2014/A/3742, *US Città di Palermo S.p.A. c/ Goran Veljkovic*, § 59).

Ce raisonnement est compatible avec le droit suisse de l'arbitrage. Que l'arbitrage soit interne (Code de procédure civile, art. 381) ou international (LDIP, art. 187), le tribunal arbitral statue d'abord « *selon les règles de droit choisies par les parties* ». La sentence rappelle que ces règles de droit ne sont pas nécessairement issues d'un ordre juridique étatique. Elles peuvent être des règles créées par une personne morale de droit privé. Ainsi, le pouvoir disciplinaire de la FIFA ne peut pas, selon la TAS, être limité par des dispositions impératives de droit suisse (§ 150).

B. Règlements sportifs et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme – Le Code d'éthique de la FIFA crée un devoir de coopérer avec les organes d'investigation. L'appelant avait refusé de répondre à un interrogatoire de la Chambre d'investigation de la commission d'éthique de la FIFA. Il invoquait alors les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui l'autoriseraient à ne pas contribuer à sa propre incrimination en raison d'une enquête pénale en cours devant les autorités américaines et suisses (CEDH, 25 février 1993, *Funke c/ France, D.*, 1993.387, note J.-F. Renucci).

La sentence rappelle que les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme protègent les individus contre les autorités gouvernementales et ne sont pas applicables directement dans les litiges disciplinaires relevant des organisations sportives (TAS, 2011/A/2426, *Adamu c/ FIFA*, sentence du 24 février 2012, § 65).

Les organisations sportives ne disposant pas des moyens d'enquête d'un État peuvent, dans le cadre du principe d'autonomie associative, exiger de leurs membres qu'ils coopèrent avec les organes d'enquête dans le cadre d'une procédure disciplinaire (§ 265). Instaurer un devoir de coopération est essentiel au maintien de l'intégrité du sport.

Le devoir de coopération n'oblige pas celui qui y est tenu à admettre une infraction mais au moins à participer aux interrogatoires organisés par les commissions disciplinaires.

Cependant, si la formation arbitrale considère que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne peut être invoqué si la révélation de faits au cours d'une enquête disciplinaire est susceptible d'entraîner l'ouverture d'une procédure pénale, la question peut être différente si la procédure pénale est déjà engagée au moment de l'enquête disciplinaire (§ 266). Il ne faudrait pas que la procédure disciplinaire devant les organisations sportives permette à l'autorité judiciaire de bénéficier d'informations qu'elle n'aurait pas pu obtenir.

Marc PELTIER

IV. – LE DROIT APPLICABLE AU FOND

— Tribunal arbitral du sport, 2018/O/5794 & 5798, *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c/ International Association of Athletics Federations (IAAF)*, sentence du 30 avril 2019 ; Tribunal fédéral suisse, ordonnance 4A_248/2019 du 29 juillet 2019, *Mokgadi Caster Semenya c/ IAAF* : « sexe sportif » ; intersexuation ; hyperandrogénie ; principe d'égalité ; discrimination ; contrôle de proportionnalité ; standard de preuve ; preuve scientifique ; droit au respect de la vie privée ; droit à l'intégrité physique et morale ; droit à la confidentialité des données personnelles ; responsabilité objective ; test de féminité ; traités internationaux sur les droits de l'homme ; ONU ; *amicus curiae* ; recours en annulation ; convention européenne des droits de l'homme ; dignité de la personne humaine ; droits de la personnalité ; contrôle de la violation de l'ordre public matériel ; mesures provisionnelles

L'affaire « Semenya » est l'une des plus sensibles que le Tribunal arbitral du sport (TAS) ait jamais eu à trancher. La logique sportive est fondée, sauf dans quelques rares disciplines entièrement mixtes (l'équitation et la voile principalement), sur la bicatégorisation sexuée des compétitions (catégorie féminine – catégorie masculine). Si, dans la majorité des cas, assigner un « sexe sportif » à un individu ne pose aucune difficulté, il existe toutefois des situations plus complexes. La sentence rendue dans la présente affaire prend position sur la légalité de la « binarisation » d'une partie de cette complexité par la *lex sportiva* : celle concernant le « sexe sportif » de femmes biologiquement intersexuées (sur les aspects non strictement juridiques, v. A. Bohuon, *Catégorie « dames ». Le test de féminité dans les compétitions sportives*, Éditions iX, 2012).

Madame Caster Semenya est une athlète sud-africaine, triple championne du monde (2009, 2011 et 2017) et double championne olympique (2012 et 2016) du 800 mètres dans la catégorie féminine. Elle « est une femme. A la naissance, il a été décidé qu'elle était de sexe féminin, donc elle est née femme. Elle a été élevée en tant que femme. Elle a vécu en tant que femme. Elle a couru en tant que femme. Elle est — et a toujours été — reconnue en droit comme étant une femme et a toujours été identifiée comme étant une femme » (§ 454 de la sentence commentée (14)). A la suite de sa victoire aux Mondiaux de 2009 à l'âge de 18 ans, son droit de concourir avec les autres femmes a pourtant été limité par la Fédération internationale d'athlétisme (IAAF) au motif qu'elle présentait certaines caractéristiques biologiques la rapprochant des normes masculines (15). Sa participation à des

(14) Dans le cadre du présent commentaire, toutes les citations de la sentence sont des traductions libres de l'anglais.

(15) D'après les informations révélées par la presse, elle présenterait une ambiguïté sexuelle liée à un caryotype 46XY associé à un déficit en 5 α -réductase de type 2 avec présence de testicules intra-abdominaux et en conséquence une hyperandrogénie.

compétitions internationales sur ses distances de prédilection a ainsi été conditionnée par l'IAAF à une baisse de son taux sanguin de testostérone : d'abord sur la base de son règlement de 2006 sur « *la vérification de genre* » (*IAAF policy on gender verification*) ; puis sur le fondement de son règlement de 2011 « *régissant la qualification des femmes présentant une hyperandrogénie pour leur participation dans les compétitions de féminines* », jusqu'à ce qu'il soit suspendu par le TAS en 2015 (2014/A/3759, *Dutee Chand c/ IAAF*, sentence intérimaire du 24 juillet 2015 : *Rev. arb.*, 2016.31, note F. Latty ; « Le TAS et le principe de précaution normative », *LPA*, 4 juillet 2016, p. 9, note J.-M. Marmayou). Le 23 avril 2018, l'IAAF l'a finalement remplacé par un nouveau règlement « *régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel)* » qui devait initialement entrer en vigueur le 1^{er} novembre 2018. C'est sur la légalité de ce règlement que, sur requêtes de Madame Semenya (déposée le 18 juin) et de sa fédération nationale (le 25 juin), la formation arbitrale (16) a, en l'espèce, conjointement statué le 30 avril 2019.

Techniquement, le règlement contesté concerne les personnes intersexuées avec un chromosome 46XY (et non XX) qui, en conséquence, présentent un taux de testostérone supérieur à 5 nanomoles par litre de sang, à condition toutefois de posséder une sensibilité suffisante aux androgènes. Il vise la participation aux épreuves de course sur des distances comprises entre 400 mètres et un mile se déroulant dans le cadre de compétitions internationales, ainsi que l'homologation des records du monde sur ces épreuves dans le cadre de compétitions non internationales. Il prévoit que, pour pouvoir participer à ces épreuves ou pour voir un éventuel record du monde homologué sur ces distances, les personnes concernées doivent légalement être de sexe féminin ou intersexe, et, surtout, préalablement abaisser leur taux sanguin de testostérone en dessous d'un seuil autorisé pendant une période ininterrompue d'au moins six mois puis le maintenir ensuite constamment sous ce seuil. A défaut, ces personnes disposeraient, selon l'IAAF, d'un avantage physique par rapport aux autres athlètes qui aurait nécessairement pour effet de fausser la compétition.

Dans son principe même, un tel règlement interpelle, voire dérange, quand bien même il constitue un certain « progrès » par rapport aux

(16) Deux des trois arbitres, dont la présidente du tribunal, formaient déjà le panel dans l'affaire *Dutee Chand* (A. Bennett et H. Nater). La fédération sud-africaine d'athlétisme a demandé en vain leur récusation pour ce motif. Certes, le cas où un arbitre « *est intervenu au cours des trois dernières années en tant qu'arbitre dans un autre arbitrage portant sur une question similaire et impliquant l'une des parties* » figure dans la « *liste orange* » des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international. Néanmoins, ici, outre que le règlement contesté n'était pas tout à fait le même dans les deux affaires, la formation arbitrale n'avait pas eu à trancher au fond la requête de Madame Chand. Après avoir provisoirement suspendu le règlement contesté par une sentence partielle, dans l'attente d'éventuelles nouvelles preuves scientifiques, la formation arbitrale s'est finalement bornée à constater que l'IAAF avait abrogé le règlement contesté pour le remplacer par un autre.

textes qui l'ont précédés (sur ceux-ci, v. A. Bohuon, *Catégorie « dames », op. cit.*). L'autonomie normative reconnue aux institutions sportives peut-elle aller jusqu'à admettre qu'il puisse exister un « sexe sportif » qui ne soit pas totalement aligné sur le sexe légal comme on accepte qu'il puisse exister une nationalité sportive déconnectée de la nationalité étatique (17) ? Exclure *a priori* des catégories sportives féminines des personnes qui sont pourtant reconnues en droit comme étant de sexe féminin et qui s'identifient comme étant de genre féminin ne reviendrait-il pas, ne serait-ce qu'implicitement, à leur dénier le statut de « vraies » femmes (v. C. Louveau, « Qu'est-ce qu'une vraie femme pour le monde du sport », in L. Laufer et F. Rochefort (dir.), *Qu'est-ce que le genre ?*, Payot, 2014, p. 103) ? Les contrôles de « féminité sportive » n'étant ni systématiques ni totalement aléatoires, la décision de procéder à des investigations sur une athlète donnée, en dehors des cas de soupçons de dopage, ne laisse-t-elle pas trop de place aux stéréotypes de genre concernant le corps des femmes lorsque, comme c'est encore possible, cette décision repose sur des doutes visuels (v. J. Butler, « Athletic Gender : Hyperbolic Instance and/or the Overcoming of Sexual Binarism », *Stanford Humanities Review*, 1998, vol. 6.2, p. 103, trad. fr. M. Ploux, in *Cahiers du genre*, n° 29, 2000, p. 33) ? Moralement, est-il tout simplement acceptable de pointer du doigt une personne seulement pour ce qu'elle est et a toujours été ? Comme le souligne la formation arbitrale, « ce n'est pas une affaire de triche ou concernant un acte répréhensible d'aucune sorte » (sentence, § 468). Ce n'est même pas une question de changement sexe. Ce n'est pas plus moralement condamnable, mais c'est simplement l'objet d'un autre règlement (*IAAF regulations governing eligibility of athletes who have undergone sex reassignment to compete in women's competition 2011*).

A supposer que le prétendu avantage compétitif dont disposeraient les personnes concernées par le règlement contesté puisse être scientifiquement prouvé, n'y aurait-il pas en tout état de cause une forme d'injustice, ou même de sexisme (sur la question, v. B. Barbusse, *Du sexisme dans le sport*, Anamosa, 2016), à les en priver alors qu'il existerait bien d'autres avantages naturels qui ne seraient pas réglementés (la taille au basketball, le rythme cardiaque en cyclisme, etc.) ? Est-il éthiquement acceptable de forcer une personne à suivre un traitement médical que sa santé ne nécessite pas (18) ? Refuser un tel

(17) V. J.-P. Dubey, « Nationalité sportive : une notion autonome », in D. Oswald (dir.), *La nationalité dans le sport. Enjeux et problèmes*, CIES Éditions, Neuchâtel, 2006, p. 31 ; J. Guillaumé, « L'autonomie de la nationalité sportive », *JDI*, 2011, p. 313 ; P. Collomb, « Qu'est-ce qu'une équipe nationale ? », in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et coupe du monde*, Economica, 2011, p. 43 ; F. Marchadier, « Nationalité sportive du binational (I) : le choix s'impose », *Jurisport*, 2014, n° 140, p. 36, et « Nationalité sportive du binational (II) : des possibilités de changement limitées », *Ibid.*, n° 141, p. 39 ; Y. Hafner, « La nationalité sportive et les Jeux Olympiques », in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et olympisme*, PUAM, 2015, p. 81.

(18) L'Association médicale mondiale a ainsi recommandé aux médecins de ne pas appliquer les conditions de l'IAAF portant sur l'admissibilité des athlètes féminines (communiqué de presse du 2 mai 2019).

traitement, c'est en effet renoncer à toute carrière au plus haut niveau international, en tout cas sur les distances concernées. Si le règlement offre bien la possibilité de préférer prendre part aux épreuves équivalentes des compétitions internationales masculines plutôt que d'abaisser son taux de testostérone, il s'agit d'une alternative qui n'en est en réalité pas une. Une athlète qui ferait ce choix n'aurait aucune chance de victoire. Caster Semenya par exemple, qui est pourtant la 4^e meilleure performeuse mondiale de tous les temps sur 800 mètres dans la catégorie féminine (1 mn 54 s 25), serait ainsi très loin d'atteindre ne serait-ce que les minimas fixés par l'IAAF pour se qualifier aux Jeux olympiques de Tokyo en 2020 sur cette distance dans la catégorie masculine (1 mn 45 s 20).

La sentence rendue, longue de 163 pages, ne répond que partiellement à toutes ces interrogations ou, plus exactement, n'y répond que d'un point de vue que la formation arbitrale a voulu exclusivement juridictionnel : *« la formation est consciente qu'examiner ces questions, ne revient pas à agir comme un décideur politique ou une autorité réglementaire. Il n'est ni nécessaire ni approprié pour la formation de se mettre à la place de l'IAAF en déterminant comment elle aurait abordé les questions posées si elle avait été elle-même chargée d'élaborer une politique ou d'édicter des règles. Sa fonction est en effet uniquement une fonction judiciaire. La formation doit trancher les questions de droit litigieuses sur la base du test juridique applicable et par référence aux moyens et aux preuves recevables du dossier de cette instance. Même si cela suppose inévitablement de prendre en considération des arguments et des preuves d'ordre politique ou scientifique, la formation doit être consciente de son rôle judiciaire et des limites de ce rôle »* (sentence, § 469). Bien sûr, le raisonnement juridictionnel n'exclut pas toute subjectivité, mais il est heureux qu'elle soit au moins bornée par le cadre du procès. Si on peut parfaitement critiquer la sentence rendue, on ne saurait en revanche faire le reproche à la formation arbitrale d'avoir ainsi limité le débat. Les arbitres sont des juges, ni plus ni moins.

Les bornes auraient toutefois pu être déplacées si les demandeurs avaient accepté la proposition de la formation arbitrale de l'autoriser à statuer en équité. C'était une possibilité offerte par l'article R45 du règlement de procédure du TAS, applicable en l'espèce, dans la mesure où il s'agissait d'un arbitrage soumis à la procédure ordinaire du TAS, et non à sa procédure d'appel. Selon la jurisprudence de l'institution, seuls les recours contre des décisions individuelles, à l'exclusion donc de ceux contre des actes réglementaires, relèvent en effet de cette dernière (v. notamment TAS, 2007/A/1373, *FINA c/ R. Gusmão & al.*, sentence du 9 mai 2008, § 8.2 : *Rev. arb.*, 2008.555, note. C. Chaussard ; TAS, 2008/A/1564, *AMA c/ IHF & F. Bush*, sentence du 23 juin 2009 : *Rev. arb.*, 2009.609, note M. Peltier ; TAS, 2010/A/2401, *Fédération bulgare de boxe c/ Confédération européenne de boxe*, sentence du 7 juin 2011 : *Rev. arb.*, 2011.818, note M. Peltier). C'est donc uniquement en droit que la formation arbitrale a statué sur l'affaire *Semenya*.

Sur la base de quel(s) droit(s) ? Formellement, le droit applicable au fond choisi par les parties était, selon les arbitres, « *les statuts et règlements de l'IAAF en liaison avec la Charte olympique ainsi que subsidiairement, si nécessaire, le droit monégasque* » (sentence, § 424), l'IAAF ayant son siège à Monaco. Matériellement, c'est au seul principe général d'égalité de traitement que la formation arbitrale a directement confronté le règlement contesté. Elle en a conclu qu'il ne le méconnaissait pas, au terme d'un contrôle exigeant dans sa structure, à défaut de l'être nécessairement dans son intensité. En outre, si pour parvenir à cette conclusion, les arbitres ont aussi parfois pris en considération la prétendue violation d'autres droits fondamentaux, ce ne fut jamais que comme élément pour déterminer si le principe général d'égalité était méconnu ou non ; pas comme des violations potentiellement susceptibles d'invalider par elles-mêmes le règlement attaqué : en somme, le principe d'égalité, tout le principe général d'égalité, mais rien que le principe général d'égalité.

I. Le principe d'égalité, tout le principe général d'égalité. Au terme d'une analyse détaillée, la majorité des arbitres est parvenue à la conclusion suivante : le règlement de l'IAAF sur les athlètes présentant des différences de développement sexuel « *est discriminatoire mais [...], sur la base des preuves soumises à la formation, une telle discrimination constitue un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'atteindre l'objectif de ce qui est décrit comme l'intégrité de l'athlétisme féminin et la préservation de la "catégorie protégée" des athlètes féminines dans certaines épreuves* » (sentence, § 626). Cette formulation a pu être la source d'incompréhensions. En qualifiant la mesure contestée de « *discriminatoire* », la formation a pu donner l'impression qu'elle avait validé une mesure contraire au principe d'égalité et que, ce faisant, elle aurait fait peu de cas de ce dernier. S'il est vrai que la notion de discrimination est parfois utilisée pour désigner une différence de traitement illégale, elle l'a été ici au sens plus neutre de différence juridique de traitement basée sur une ou des « *caractéristiques protégées* » (v. sentence, §§ 547-548). Ainsi, loin d'indiquer que la formation arbitrale serait passée outre le principe d'égalité, la formule précitée traduit à l'inverse, non seulement que la mesure contestée a été jugée conforme au principe d'égalité, mais qu'en plus ce contrôle de conformité a été effectué selon une méthode conceptuellement rigoureuse. En droit, le principe d'égalité n'est en effet pas synonyme d'identité de traitement. Il peut classiquement s'accommoder de différences de traitement dès lors que celles-ci sont justifiées (19). C'est ce que les arbitres ont estimé. On peut éventuellement critiquer la

(19) Il existe même certaines lois nationales, à l'image de la loi australienne sur la discrimination sexuelle de 1984 modifiée, qui prennent spécialement soin de lever toute ambiguïté concernant les différences de traitement du type de celles instaurées par l'IAAF : « *rien dans la division 1 ou 2 [de la présente loi] ne rend illégal le fait de discriminer sur la base du sexe, de l'identité de genre ou du statut d'intersexe pour interdire à des personnes de participer à des compétitions sportives dans lesquelles la force, l'endurance ou le physique des compétiteurs est pertinent* » (art. 42, traduction libre de l'anglais).

conclusion à laquelle ils sont parvenus. On ne saurait en revanche leur reprocher d'y être parvenu au prix d'une mise à l'écart juridique du principe d'égalité. On saurait d'autant moins le leur reprocher que la rigueur de la méthode utilisée pour apprécier les justifications avancées tranche avec les incertitudes qui caractérisent d'ordinaire le test d'égalité dans la jurisprudence du TAS.

Dans la plupart des cas, qui, il est vrai, concerne moins la légalité d'actes réglementaires que de décisions individuelles d'application, les arbitres se contentent de faire application du principe d'égalité sans plus de précision sur les conditions de son respect : ni sur la charge de la preuve ; ni sur ce qui constitue un traitement juridique différent ; ni sur ce qui est susceptible de le justifier. Si, dans de rares sentences, il est arrivé qu'il soit fait mention des caractères raisonnable et/ou proportionné qu'une différence de traitement devrait présenter pour être considérée comme justifiée, ce n'était en tout état de cause ni dénué d'ambiguïté (v. TAS JO, 00/004, *Comité olympique congolais et Jesus Kibunde c/ Association internationale de boxe amateur (AIBA)*, sentence du 18 septembre 2000, *Rec. TAS*, II, p. 623, §§ 12-13, où la question de la proportionnalité de la mesure est moins posée sous l'angle du principe d'égalité que sous l'angle d'un principe distinct de proportionnalité), ni destiné à dégager un standard de contrôle (v. par exemple TAS, 2008/O/1455, *Boxing Australia c/ AIBA*, sentence du 16 avril 2008, § 41, où les caractères raisonnable et proportionné sont mentionnés en incise ; v. également TAS, 98/200, *AEK Athènes & SK Slavia Prague c/ UEFA*, sentence du 20 août 1999, § 66, où le caractère proportionné est abordé à titre surabondant). Lorsque, tout aussi rarement, la question de la charge de la preuve est abordée, c'est par référence à la règle générale selon laquelle celle-ci pèse sur le demandeur, sans distinguer entre la preuve de l'existence d'une différence juridique de traitement et la preuve que cette différence est justifiée ou ne l'est pas (v. TAS, 2013/A/3297, *Football Club Metalist c/ UEFA*, sentence du 29 novembre 2013, § 8.42 ; TAS, 2016/A/4692, *Kardemir Karabükspor Kulübü Dernegi c/ UEFA*, sentence du 26 janvier 2017, §§ 7.29-30).

Dans la lignée de la sentence *Dutee Chand* (préc.), la sentence commentée consacre l'usage d'une méthode de contrôle claire. Tout d'abord, existe-t-il à première vue une discrimination, c'est-à-dire une différence juridique de traitement ? C'est au demandeur d'en apporter la preuve. S'il y parvient, ce sera alors ensuite au défendeur de prouver que cette discrimination est justifiée, c'est-à-dire qu'elle répond cumulativement aux trois conditions suivantes : être nécessaire, raisonnable et proportionnée par rapport à un objectif légitime. Il s'agit d'une méthode que la formation présente comme « communément admise » (sentence, § 548), sans la rattacher au droit applicable au litige ni à un droit particulier. Tant sur la répartition de la charge de la preuve que sur l'appréciation de la justification, il est exact que la méthode exposée correspond peu ou prou aux standards jurisprudentiels en

matière de contrôle des discriminations, notamment à ceux de la Cour européenne des droits de l'homme (pour une synthèse, v. C. Gauthier, S. Platon et D. Szymczack, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, 2017, §§ 418 et s.). Néanmoins, que la méthode soit irréfutable dans sa structure ne suffit pas nécessairement à garantir que le contrôle exercé soit en réalité strict. Cela dépend aussi et surtout du niveau de preuve exigé ainsi que du degré de nécessité, de « raisonabilité » et de proportionnalité à atteindre. Le débat sur le test d'égalité pratiqué dans la sentence *Semenya* se situe avant tout là.

1. S'agissant de l'existence *prima facie* d'une discrimination, alors qu'elle n'avait pas cherché à prétendre le contraire dans l'affaire *Dutee Chand* au sujet de son ancien règlement sur l'hyperandrogénisme, l'IAAF a cette fois tenté de nier que son nouveau règlement fût, même de prime abord, constitutif d'une discrimination. Selon elle, il n'aurait ni pour but ni pour effet de traiter différemment des situations similaires, mais de traiter différemment des situations différentes (sentence, § 545). L'idée qu'une différence juridique de traitement entre des personnes placées dans des situations différentes ne mérite pas la qualification de discrimination n'est pas absurde. Elle peut, dans une certaine mesure, se réclamer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (v. par ex. arrêt du 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, § 44 : le principe d'égalité « protège les individus ou groupements placés dans une situation comparable ») et du TAS lui-même (TAS JO, 00/004, *J. Kibunde & autre c/ AIBA*, préc., § 12 : « Le principe d'égalité de traitement commande que des situations similaires soient traitées de la même manière et, a contrario, que des situations différentes soient traitées de manière différente » ; TAS, 2013/A/3297, *Football Club Metalist c/ UEFA*, préc., § 8.39 : « le principe d'égalité de traitement n'est violé que lorsque deux situations similaires sont traitées de manière différente » (traduction libre de l'anglais)).

La formation arbitrale n'a toutefois pas eu besoin de s'engager sur le terrain de la « similarité » des situations concernées : celle des athlètes intersexuées visées par le règlement attaqué et celle des autres femmes athlètes. Traiter de manière différente des personnes placées dans des situations similaires n'est en effet pas la seule forme de discrimination. Une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle protégée mérite en effet également cette qualification sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur les situations concernées. En l'espèce, les arbitres ont estimé que tel était doublement le cas du traitement différencié consacré par le règlement contesté : d'une part parce qu'il distingue sur le fondement du « sexe légal » (§ 547(d)), les athlètes de sexe masculin n'entrant pas dans son champ d'application, à la différence des athlètes de sexe féminin ou neutre ; d'autre part parce qu'il distingue sur le fondement de « caractéristiques biologiques innées » (*id.*), le règlement n'imposant des conditions particulières de participation qu'aux seules athlètes intersexuées ayant un chromosome 46 XY associé à une hyperandrogénie en découlant.

Le fait que le sexe constitue une caractéristique personnelle protégée ne souffre pas la moindre contestation. Il s'agit d'un critère de distinction dont de nombreux textes nationaux et internationaux prohibent *a priori* expressément l'usage, y compris des textes sportifs, à commencer par le 6^e principe fondamental de la Charte olympique, au même titre, concernant ce dernier, que « *la race, la couleur, [...] la langue, l'orientation sexuelle, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance* ». C'était aussi le cas des statuts de l'IAAF au moment où le règlement contesté a été adopté (art. 4.4). Ce n'est en revanche plus le cas depuis le 1^{er} janvier 2019, ces statuts consacrant désormais le droit de chacun de participer à l'athlétisme « *sans discrimination aucune* » sans autre précision (art. 4.1j). Considérer également les caractéristiques biologiques innées comme une caractéristique personnelle protégée ne fait guère plus de doutes. Même si les textes la mentionnant expressément sont plus rares, ils sont loin d'être inexistantes (art. 6 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme ; art. 11 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine ; art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; etc.) et il s'agit de toute façon d'un critère de distinction que l'esprit commande d'intégrer aux listes ouvertes de critère suspects que contiennent des textes plus généraux sur la non-discrimination. Il en va de même du handicap. Néanmoins, les deux fois où le TAS a été saisi de mesures prétendument discriminatoires sur ce fondement, les arbitres ont préféré apprécier leur légalité au regard de textes condamnant spécialement de telles discriminations (la section 1 du Code des droits humains de l'Ontario *in* TAS, 2007/A/1312, *Jeffrey Adams c/ Centre canadien pour l'éthique dans le sport*, sentence du 16 mai 2008, §§ 20 et s. ; la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées *in* TAS, 2008/A/1480, *Pistorius c/ IAAF*, sentence du 16 mai 2008, §§ 24 et s.), plutôt qu'au regard du principe général d'égalité.

2. S'agissant du caractère nécessaire de la discrimination, la formation arbitrale l'a admis en suivant le raisonnement ci-après. Premièrement, « *assurer une concurrence loyale dans la catégorie féminine des compétitions d'athlétisme d'élite est un objectif légitime* » (sentence, § 556), ce qui n'était pas contesté. Deuxièmement, « *une fois que la légitimité d'avoir des catégories séparées de compétitions masculines et féminines est reconnue* », ce qui n'était pas non plus remis en cause par les parties, « *il s'ensuit inévitablement qu'il est nécessaire d'imaginer un moyen objectif, juste et effectif de déterminer quels individus peuvent ou non participer dans ces catégories* » (sentence, § 557). Troisièmement, « *le but de la division homme-femme dans les compétitions d'athlétisme n'est pas d'éviter aux athlètes de sexe légalement féminin d'avoir à concourir contre des athlètes de sexe légalement masculin. Ni d'éviter aux athlètes dont l'identité de genre est féminin d'avoir à concourir contre des athlètes dont l'identité de genre est masculin. Il est plutôt d'éviter aux individus dont les corps se sont développés d'une certaine façon après la puberté d'avoir à concourir* »

contre des individus qui, du fait que leurs corps se sont développés d'une façon différente après la puberté, possèdent certains traits physiques leur donnant un avantage compétitif si significatif que toute compétition juste entre les deux groupes ne serait pas possible » (sentence, § 559). Quatrièmement, dans ces conditions, « *il peut être légitime de restreindre le droit de participer dans la catégorie féminine par référence à ces facteurs biologiques plutôt que par référence au sexe légal seul* » (sentence, § 560). Certes, « *dans la plupart des cas, le premier groupe comprend des individus avec un sexe légal féminin et une identité de genre féminine, tandis que le second groupe comprend des individus avec un sexe légal masculin et une identité de genre masculine. Néanmoins, ce n'est pas vrai dans tous les cas. La biologie humaine ne correspond pas parfaitement au statut légal et à l'identité de genre* » (sentence, § 559). En effet, « *le fait qu'une personne soit reconnue en droit comme une femme et s'identifie comme une femme ne signifie pas nécessairement qu'elle ne dispose pas [des] avantages compétitifs insurmontables associés à certaines caractéristiques biologiques qui prédominent chez les individus qui sont généralement (mais pas toujours) reconnus en droit comme des hommes et qui s'identifient comme des hommes. C'est la biologie humaine, pas le statut légal ou l'identité de genre, qui détermine fondamentalement quels individus possèdent les traits physiques qui confèrent cet avantage insurmontable et ceux qui ne les possèdent pas* » (sentence, § 558). Cinquièmement, le fait que les athlètes avec un chromosome 46 XY concernées par le règlement contesté auraient un avantage sportif suffisamment significatif sur les athlètes féminines ayant un chromosome 46 XX serait scientifiquement convaincant. Il existerait un lien de causalité entre, d'un côté, le taux de testostérone et, d'un autre côté, la puissance et la taille des muscles ainsi que le taux d'hémoglobine circulante, de nature à donner aux athlètes visées un avantage compétitif si grand sur les autres femmes qu'il serait justifié de restreindre le droit de ces athlètes de participer aux compétitions féminines. En conclusion, la majorité de la formation a estimé que l'IAAF s'était acquittée de la charge qui pesait sur elle de prouver que le règlement limitant le droit des athlètes en question de participer à certaines épreuves était nécessaire pour préserver la loyauté des compétitions féminines en garantissant que les athlètes féminines qui ne jouissent pas de l'avantage compétitif significatif causé par l'exposition à des niveaux de testostérone circulante entrant dans l'éventail de celui des hommes adultes n'aient pas à concourir contre des athlètes féminines qui ne jouissent pas de cet avantage (sentence, § 580).

Si la logique de ce raisonnement peut apparaître implacable, sa pertinence dépend toutefois largement de la réponse à une question scientifique qui ne fait pas l'unanimité : celle de l'avantage compétitif significatif dont disposeraient les athlètes visés par le règlement attaqué par rapport aux autres athlètes féminines. Il n'entre ni dans l'objet de cette chronique ni dans les compétences de l'auteur de ces lignes de revenir en détail sur cette question et encore moins de prendre

position. On peut en revanche constater que la formation arbitrale n'a pas soumis l'IAAF à un niveau de preuve particulièrement exigeant.

Dans la sentence *Chand* (préc.), la formation avait opté pour un standard de preuve situé quelque part entre le plus bas des trois standards classiques de la *Common Law* – celui de la prépondérance des probabilités (*balance of probabilities*) – et le standard intermédiaire – celui de la satisfaction confortable du tribunal (*comfortable satisfaction*) : le standard de la prépondérance des probabilités avec la contrainte supplémentaire, au motif qu'il était en cause une discrimination concernant un droit présenté comme fondamental (le droit de participer à des compétitions sportives), de devoir prouver positivement ses dires (sentence, § 447). Dans la sentence commentée, en estimant que l'IAAF avait cette fois atteint le niveau de preuve attendu d'elle, la formation arbitrale a semble-t-il implicitement fait le même choix. Pour se décharger du fardeau de la preuve pesant sur elle, l'IAAF s'appuyait principalement sur deux études : l'une scientifique proprement dite (D. J. Handelsman et al. « *Circulating testosterone as the hormonal basis of sex differences in athletic performance* », *Endocrine Reviews*, 2018, vol. 39, n° 5, pp. 803-829), l'autre simplement observationnelle (S. Bermon et P.-Y. Garnier, « *Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry and competition results in elite female athletes* », *British Journal of Sports Medicine*, 2017, vol. 51, n° 17, pp. 1309-1314). Compte tenu du nombre réduit d'études produites et des critiques dont elles ont fait l'objet de la part de certains experts, il paraît difficile de considérer que la formation a exigé plus qu'une prépondérance des probabilités favorable à la thèse de l'IAAF.

Au-delà du principe même du standard de preuve applicable, on peut même se demander si la formation arbitrale ne s'est pas montrée moins exigeante que dans l'affaire *Chand* concernant la mise en œuvre concrète de ce standard. Dans l'affaire *Chand*, elle semblait exiger que l'avantage compétitif dont disposeraient les athlètes visées par la réglementation contestée soit relativement proche de l'avantage naturel de l'ordre de 10-12 % dont disposeraient les athlètes d'élite de la catégorie masculine par rapport aux mêmes athlètes de la catégorie féminine. La formation avait en tout cas clairement exclu qu'un avantage de 1 % puisse constituer un avantage suffisamment significatif pour restreindre leur droit à participer aux compétitions féminines (sentence, § 527). Dans la sentence *Semenya*, elle s'est contentée d'exiger un avantage compétitif significatif par rapport aux autres femmes sans qu'il soit nécessaire qu'il se rapproche de l'avantage compétitif dont bénéficieraient les hommes. Elle a même semblé admettre qu'il puisse en être très loin, en laissant entendre que, pour le 800 mètres, un avantage de 1,6 % pourrait suffire à rendre nécessaire la réglementation attaquée (sentence, §§ 576-578).

3. S'agissant du caractère raisonnable de la discrimination, le critère commandait de déterminer si les restrictions imposées par le règlement contesté étaient « *rationnellement en lien avec leur objectif de garantir la*

loyauté des compétitions féminines dans l'athlétisme d'élite » (sentence, § 538). La majorité de la formation a succinctement estimé que tel était le cas, pour les mêmes raisons que celles développées au stade du critère de la nécessité. En somme, si les athlètes visées ont naturellement un avantage compétitif significatif par rapport aux autres femmes, la discrimination est autant nécessaire que raisonnable. Tout au plus la formation a-t-elle relevé, pour conclure plus spécifiquement à sa « *raisonnabilité* », qu'elle ne concernait pas toutes les épreuves d'athlétisme, mais seulement celles reliées à des preuves tendant à démontrer un avantage concret, ce qui n'est cette fois pas sans créer de la confusion avec le critère de la proportionnalité.

Il y avait en revanche un point qui pouvait poser problème sous l'angle spécifique de la « *raisonnabilité* » et que la formation arbitrale n'a pas abordé ici, mais seulement au stade de l'appréciation des preuves scientifiques. C'était celui de savoir s'il n'y avait pas d'autres différences naturelles que celle prise en compte par le règlement attaqué qui pourraient expliquer l'avantage compétitif dont bénéficieraient les athlètes masculins par rapport aux athlètes féminines. En effet, si cette différence n'est qu'une parmi d'autres, il y aurait quelque chose de déraisonnable, voire d'arbitraire, à se focaliser sur elle. Que diverses différences génétiques puissent constituer des facteurs déterminants du succès athlétique, comme le soutenait Madame Semenya (sentence, § 561), ne fait guère de doutes. La taille d'un athlète et/ou son type de fibres musculaires sont des exemples de caractéristiques innées susceptibles de l'avantager, de manière variable selon les disciplines sportives, par rapport à ses concurrents. La raison commanderait-elle, si l'on veut s'attaquer à l'avantage des femmes visées par le règlement contesté, de limiter aussi les avantages innés dont disposeraient d'autres athlètes ? Faudrait-il, lorsque c'est possible, soumettre leur participation aux compétitions à la réduction de cet avantage ou, à défaut, créer des sous-catégories de compétitions ?

La formation arbitrale a refusé de se laisser entraîner sur ce chemin glissant (J. Entine, *Taboo: Why Black Athletes Dominate Sports And Why We're Afraid To Talk About It*, New York, Public affairs, 2001). Elle s'est contentée de s'interroger sur l'existence d'une éventuelle autre différence que celle prise en compte par le règlement attaqué pouvant expliquer l'avantage athlétique dont disposeraient les hommes par rapport aux femmes. Elle a estimé, sur la base d'une opinion émise par 42 experts internationaux en science et en médecine du sport, que « *la testostérone était le principal facteur de l'avantage physique et, dès lors, de la différence sexuelle dans les performances sportives, entre les hommes et les femmes* » (sentence, § 492). A supposer que ce soit le bien le cas, la formation n'aurait-elle pas dû malgré tout s'interroger sur l'existence d'éventuelles différences innées entre femmes non prises en compte, elles, par l'IAAF, pour se prononcer sur le caractère raisonnable du règlement contesté ? Si l'objectif légitime de ce règlement est d'une manière générale de garantir la loyauté des

compétitions féminines d'athlétisme, comme l'a écrit la formation arbitrale lorsqu'elle a présenté le critère de « raisonabilité », cela aurait été logique, quitte à écarter les autres prétendus avantages fautive, le cas échéant, de preuve scientifique. En revanche, si l'objectif légitime de ce règlement est plus précisément, comme cela ressort notamment de la conclusion de la sentence (sentence, § 626), d'éviter que les participantes aux épreuves féminines d'athlétisme n'aient à affronter des concurrentes disposant d'un avantage compétitif caractéristique du sexe biologique masculin, comme cela semble ressortir de l'esprit général de la sentence, il était alors justifié de se contenter de vérifier si la différence prise en compte était la seule qui ne soit pas « également accessible aux hommes et aux femmes » (sentence, § 563), comme le soutenait l'IAAF.

4. S'agissant du caractère proportionné de la discrimination, la formation a classiquement mis en balance les divers intérêts en présence afin de vérifier que la mesure contestée opérait entre eux une conciliation acceptable. Les intérêts avancés par l'IAAF pour justifier la mesure et acceptés par les arbitres sont connus. Il s'agit de « l'intégrité de l'athlétisme féminin », plus précisément de la préservation d'une « catégorie protégée » d'athlètes féminines dans certaines épreuves » (sentence, § 626) destinée à leur éviter d'avoir à concourir contre des adversaires ayant un « sexe sportif » masculin (sentence, § 462). C'est un intérêt qui rejoint l'objectif général de la protection des droits et libertés d'autrui que l'on retrouve classiquement dans les textes sur les droits de l'homme. Il s'agit d'un intérêt général sectoriel. Madame Semenya a tenté de lui opposer un intérêt plus vaste : celui des femmes dans la « société en général » (sentence, § 587). Les arbitres ont refusé de le prendre en considération, estimant qu'il n'était pas approprié de se livrer à un examen d'un possible impact du règlement contesté en dehors du segment de la société dont l'IAAF est responsable (sentence, § 589). Le contrôle de proportionnalité qu'elle a exercé l'a ainsi été au regard des seuls intérêts individuels des athlètes concernées par le règlement contesté. Ceux qui ont été mis balance peuvent être regroupés en deux catégories : ceux qui se rattachent au droit au respect de la vie privée, au sens large, et ceux qui se rattachent au droit de participer à des compétitions sportives.

Le premier droit, tel que l'interprète par exemple la Cour européenne des droits de l'homme, inclut entre autres le droit à l'intégrité physique et morale, ainsi que le droit à la confidentialité des données personnelles (v. notamment C. Gauthier, S. Platon et D. Szymczack, *Droit européen des droits de l'Homme, op. cit.*, §§ 291 et s.). Tous trois ont indirectement été pris en compte par la formation arbitrale.

Que le règlement contesté soit porteur d'une forme d'atteinte à l'intégrité physique des athlètes entrant dans son champ d'application n'était pas vraiment contesté. Si les athlètes concernées veulent pouvoir continuer leur carrière internationale au plus haut niveau, elles n'ont en réalité d'autre choix que d'abaisser leur taux de testostérone en dessous

d'un certain seuil. Ni choisir de concourir sur leurs distances de prédilection dans les compétitions masculines, faute de toute chance de figurer parmi les meilleurs, ni même s'aligner en compétitions féminines sur d'autres distances, compte tenu de leurs chances bien plus limitées de l'emporter (le record personnel de Madame Semenya sur 2000 mètres, par exemple, la situe au niveau du record féminin d'Océanie et à près de 13 secondes du record du monde), ne constituent en effet de réelles alternatives. A défaut d'être totalement forcé en droit, l'abaissement de leur taux de testostérone par les athlètes concernées est au moins largement contraint en fait.

Cette atteinte à leur intégrité physique est-elle excessive ? Pour répondre à cette interrogation, la formation est partie du principe qu'un traitement hormonal sous la forme de pilules contraceptives était de nature à permettre de passer en dessous du seuil autorisé. Elle a expressément précisé qu'une autre analyse de la proportionnalité mériterait d'être entreprise dans le cas où un traitement à base d'agonistes de l'hormone de libération des gonadotrophines (GnRH agonists) serait nécessaire, et plus encore s'il fallait chirurgicalement pratiquer une gonadectomie (sentence, § 592). Si la prise de pilules contraceptives porte incontestablement une atteinte moins importante à l'intégrité physique, elle n'est pas pour autant totalement sans incidence sur la santé des individus. Madame Semenya se plaignait d'effets secondaires expérimentés dans le passé et la formation arbitrale admet que de tels effets peuvent effectivement se produire. Néanmoins, sur la base d'avis d'experts scientifiques, la formation estime, outre qu'ils ne sont pas systématiques, qu'il n'y a aucune raison de penser que ces effets seraient dans leur nature différents chez les athlètes intersexuées avec un chromosome 46 XY que chez les millions de femmes à chromosome 46 XX qui prennent des pilules contraceptives (sentence, § 598). Pour cette raison, l'atteinte à l'intégrité physique des athlètes concernées, même non librement consentie et pourtant à leurs frais (l'art. 3.17 du règlement précise que le coût du traitement est à la charge de l'athlète), n'excéderait pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi par le règlement.

Porterait-il alors une atteinte excessive à leur intégrité morale ? Selon les demandeurs, l'obligation faite aux athlètes ayant un taux élevé de testostérone de se soumettre à des examens intimes afin de déterminer leur degré de virilisation reviendrait à réintroduire une forme de test de féminité, susceptible de causer des blessures psychologiques (sentence, § 660). Il ne suffit en effet pas d'être une athlète hyperandrogène pour voir son droit de participer aux compétitions féminines réduit par le règlement de l'IAAF. Il faut aussi présenter une sensibilité suffisante aux androgènes, ce qui suppose un examen clinique intrusif, voire plusieurs en cas de contestations. Les demandeurs soutenaient également que la mise en œuvre du règlement contesté pouvait causer des blessures psychologiques à une athlète en lui révélant sa condition d'intersexuée lorsqu'elle l'ignorait jusque-là.

La formation ne s'est pas réellement prononcée sur le premier point. Elle n'a en effet pas répondu sur le principe même de l'examen de virilisation, mais seulement sur son caractère prétendument arbitraire, faute de critères objectifs (sentence, § 602). Selon elle, le degré de sensibilité aux androgènes ne serait pas difficile à évaluer pour un expert et le règlement prévoit de toute façon qu'en cas de difficultés le doute doit profiter à l'athlète (sentence, § 603). Faut-il en déduire que le principe de l'examen de virilisation ne poserait pas de problème dans la mesure où, une athlète qui présenterait un taux élevé de testostérone endogène, ce qui peut être établi par des analyses de laboratoire, pourrait accepter l'application du règlement en renonçant à un examen clinique qui pourrait éventuellement l'en exonérer ?

Sur le second point — la découverte d'une intersexuation chez un athlète qui l'ignorait — la formation a conclu à l'absence de disproportion du règlement contesté en relevant que des examens non sollicités pouvaient avoir pour effet bénéfique, d'une part, de lui permettre d'accéder à des informations médicales susceptibles de l'aider à prendre une décision éclairée au sujet d'un éventuel traitement médical et, d'autre part, de lui permettre d'être exonérée d'une accusation erronée de dopage à la testostérone (sentence, § 601).

Quant au risque que le statut biologique des athlètes concernées ne reste pas confidentiel, la formation a relevé qu'il s'agissait d'un « *effet négatif inévitable* » du règlement de l'IAAF (sentence, § 605). Indépendamment de toutes les précautions qui pourraient être prises, il y a en effet des cas où il ne sera pas difficile pour un observateur averti de comprendre par déduction la raison de l'absence d'une athlète à une compétition internationale. Pour autant, cela n'a pas été jugé suffisant, y compris associé à d'autres effets négatifs, pour constituer un contrepoids suffisant à l'objectif légitime poursuivi.

Le deuxième droit atteint par le règlement attaqué — le droit des athlètes intersexuées à participer aux compétitions internationales féminines d'athlétisme — que la formation a pris en considération pour en contrôler la proportionnalité l'a été sur la base de trois éléments : l'étendue des épreuves visées ; le seuil de testostérone conditionnant leur participation ; et la capacité des athlètes à se maintenir sous ce seuil.

Sur le premier élément, les demandeurs soutenaient que la liste des épreuves, laquelle inclut les épreuves allant du 400 mètres au mile, avait été établie de manière arbitraire. En effet, certaines épreuves pour lesquelles l'étude utilisée par l'IAAF mettait en évidence un avantage compétitif pour les athlètes intersexuées — le lancer de marteau et le saut à la perche — ne sont pas incluses dans la liste, alors que d'autres hors du champ de l'étude (le 1500 mètres et le mile) le sont. Selon l'IAAF, la non inclusion des deux premières épreuves s'expliquerait par sa volonté de retenir l'approche la plus restrictive possible et l'inclusion des deux dernières distances par l'existence d'autres éléments laissant

penser à l'existence d'un avantage compétitif en faveur des athlètes intersexuées. La formation a exprimé des réserves au sujet du 1500 mètres et du mile, estimant que le prétendu avantage compétitif reposait sur une base au moins pour une part « *spéculative* » (sentence, § 609). La majorité des arbitres a néanmoins considéré que, même si la liste allait sans doute au-delà de ce qui était nécessaire, cela ne suffisait pas à remettre en cause la proportionnalité globale de la discrimination instituée.

Il est pourtant troublant que l'IAAF ait, d'un côté, fait le choix d'inclure certaines épreuves (le 1500 mètres et le mile) en se fondant sur des preuves que la formation qualifie de « lacunaires » (sentence, § 623), et, d'un autre côté, décidé de ne pas inclure d'autres épreuves (le lancer de marteau et le saut à la perche) pour lesquelles elle disposait d'éléments plus solides prouvant un avantage compétitif supérieur à celui dont jouirait les athlètes intersexuées sur le 400 mètres et le 800 mètres : respectivement 4,53 % et 2,94 % contre 2,73 % et 1,78 % (sentence, § 338). De là à conclure que la logique ayant présidé à la constitution de la liste s'expliquerait moins par des éléments objectifs que par une volonté de cibler les épreuves où Madame Semenya est susceptible d'exceller, il n'y a qu'un pas, pas si éloigné du détournement de pouvoir ou de l'abus de droit, que la majorité de la formation arbitrale a refusé de franchir et même de suggérer.

Sur le deuxième élément, à savoir le seuil de testostérone à ne pas dépasser, la question était de savoir si la réduction de ce seuil de 10 nanomoles par litre de sang, comme le prévoyait le règlement dans l'affaire *Chand*, à 5 nmol/L, comme le prévoit le règlement contesté, n'était pas excessive. Le seuil de 10 correspondait au bas de l'échelle normale de testostérone chez les hommes. Le seuil de 5 correspondrait à un niveau qu'aucune femme avec un chromosome 46 XX ne pourrait dépasser (le taux normal est compris entre 0,06 et 1,68 nmol/L), y compris une femme présentant un syndrome des ovaires polykystiques, sauf cas de prise exogène ou tumeur des glandes surrénales ou des ovaires. Dans la mesure où la preuve aurait été apportée que le taux de testostérone avait un effet significatif sur les muscles et le taux d'hémoglobine dès 5 nmol/L, la formation arbitrale a estimé que ce seuil n'était pas arbitraire (sentence, § 611).

Sur le troisième et dernier élément, c'est-à-dire la possibilité en pratique de maintenir constamment son taux en dessous du seuil autorisé, les arbitres ont exprimé des « *inquiétudes* » (sentence, § 617) quant à de possibles variations non-intentionnelles. Ils ont estimé qu'il y avait « *un risque réel qu'une athlète puisse être disqualifiée — avec toutes les conséquences négatives que cela implique — bien qu'elle ait fait de son mieux pour se conformer consciencieusement au règlement* » de l'IAAF (sentence, § 615) : non seulement personne n'est à l'abri d'un simple oubli de pilule ou d'un problème gastro-entérique en diminuant les effets, mais, surtout, il n'est pas garanti qu'un traitement hormonal suivi à la perfection suffise à empêcher des pics de testostérone, comme

ceux que peut causer une réduction de la charge d'entraînement avant une grande compétition, conduisant ainsi à un dépassant du seuil autorisé (sentence, § 614). Un risque de dépassement involontaire peut d'autant moins être exclu qu'il n'existe pas de moyens pour un athlète de vérifier son taux en temps réel.

La formation arbitrale n'en a pourtant pas conclu au caractère disproportionné du règlement attaqué. En droit, elle a justifié sa position par le fait qu'elle avait à juger d'un texte qui n'était pas encore entré en vigueur et que ses potentielles difficultés pratiques de mise en œuvre, quoique probables, était pour le moment hypothétiques (sentence, § 619). Il est toutefois clair qu'une considération d'opportunité a joué. Quelques semaines avant que la sentence ne soit rendue, l'IAAF avait en effet amendé la version initiale de son règlement afin de limiter, voire de supprimer, le principe de responsabilité objective sur lequel il reposait jusque-là. Désormais, en cas de dépassement du seuil autorisé, « *l'athlète aura l'occasion de fournir toute explication ou tout commentaire qu'elle juge nécessaire avant qu'une mesure ne soit prise* » et, si le manager médical de l'IAAF est convaincu que ce dépassement était « *temporaire et involontaire* », l'IAAF n'imposera aucune période de suspension ni aucune annulation de résultats (art. 3.15). Sera-ce suffisant pour que des fédérations ou des entraîneurs, voulant éviter tout risque, n'incitent des athlètes, voire les contraignent, à subir des interventions chirurgicales ? L'enquête administrative décidée en octobre 2019 par les ministres français des sports et de la santé sur des cas de possibles mutilations sexuelles d'athlètes hyperandrogènes africaines datant de 2012 à la suite d'un reportage diffusé fin septembre par la chaîne de télévision allemande ARD et d'une lettre ouverte demandant des explications signée par 25 athlètes françaises, notamment parce qu'une consultation médicale aurait eu lieu à Nice, laisse à penser que de telles interventions non librement consenties pourraient ne pas relever du pur fantasme.

En définitive, le contrôle de la conformité du règlement attaqué au principe général d'égalité de traitement donne le sentiment que la formation a fait preuve de retenue. Une discrimination n'est certes pas nécessairement illégale du seul fait qu'elle repose sur une caractéristique protégée. C'est unanimement admis pour le critère du sexe. Même dans les quelques droits qui prohibent purement et simplement l'usage de certains critères, y compris pour créer des discriminations positives, celui du sexe n'en fait pas partie. La liste française se limite ainsi à la race, à la religion et à l'origine (art. 1^{er} de la Constitution). C'est vraisemblablement aussi le cas pour le critère biologique, physique ou génétique. Dans la plupart des droits, aucun critère n'est par avance condamné. Néanmoins, lorsque le critère en cause est par lui-même suspect, la légalité de la discrimination instaurée est soumise à un contrôle plus exigeant que lorsque le critère utilisé est un critère ordinaire. Aux États-Unis, par exemple, l'usage du critère racial est ainsi soumis à un contrôle strict (*strict scrutiny test*), et celui du critère du sexe à un contrôle intermédiaire (*intermediate scrutiny test*).

Ce n'est pas le choix qu'a fait la formation arbitrale dans l'affaire commentée. La nécessité de la discrimination a été acceptée sur la base d'un standard de preuve que l'on ne saurait qualifier de très élevé et le contrôle de proportionnalité exercé n'est pas allé jusqu'à un contrôle maximum. Ni la potentielle obligation de se soumettre à des examens de virilisation que la formation qualifie elle-même de « *gênant* » (sentence, § 601), ni la contrainte de suivre un traitement médicamenteux sans que la santé des athlètes concernées ne l'exige, ni le fait que le coût de ce traitement et de la preuve subséquente qu'elles respectent bien les conditions posées pèsent sur elles, ni les possibles effets secondaires de ce traitement, ni l'inévitable publicité donnée à leur statut biologique, ni le contenu *a minima* très discutable de la liste des épreuves qui leur sont *a priori* interdites, ni ces éléments pris ensemble, n'ont effet suffi à condamner la discrimination instaurée. Une absence de disproportion manifeste, voire une proportionnalité globalement satisfaisante, a été préférée à une proportionnalité étroite. Ce n'est pas forcément indéfendable. La formation s'en est expliquée à plusieurs reprises en rappelant ce qu'elle estimait être les limites de son rôle judiciaire. Il est vrai qu'entre un contrôle de proportionnalité exigeant et un contrôle d'opportunité, la frontière est parfois ténue. Il n'en reste pas moins qu'un autre choix aurait pu être fait. Il n'a pas été fait.

II. Le principe d'égalité, rien que le principe général d'égalité. La seule norme juridique à laquelle la formation arbitrale a directement et substantiellement confronté le règlement de l'IAAF sur les athlètes intersexués est le principe général d'égalité de traitement. Les moyens tirés de la violation d'autres normes juridiques (sentence, § 227) ont été examinés, soit de manière directe, mais sans se prononcer sur le fond, soit en se prononçant sur le fond, mais au terme d'un examen indirect, voire plus qu'indirect concernant l'atteinte à la dignité de la personne humaine.

1. Au nombre des moyens examinés directement, mais écartés sans examen au fond, et ainsi implicitement jugés irrecevables, figurait tout d'abord la violation des principes de non-discrimination prévus par divers instruments internationaux (notamment, d'après le § 227 de la sentence, l'article 1^{er} de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes) et lois nationales (sans que la sentence ne permette de savoir exactement lesquelles). Le moyen avait reçu le soutien de l'Organisation des Nations Unies (ONU) agissant à titre d'*amicus curiae*. L'article R41.4 du Code TAS le permet désormais expressément et les formations arbitrales acceptent sans difficulté les mémoires déposés à ce titre lorsque l'affaire met en cause des intérêts publics (TAS, 2013/A/3393, *Genoa Cricket and Football Club c/ Juan Aisa Blanco*, sentence du 23 juin 2014, § 45). Si le dépôt d'un tel mémoire par l'ONU devant le TAS constitue à notre connaissance une première, ce n'était toutefois pas une surprise. Le

29 mars 2019, quelques semaines avant que le TAS ne statue, le conseil des droits de l'homme de l'Assemblée générale des Nations Unies avait en effet adopté une résolution relative à l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et des filles dans le sport portant une appréciation négative sur le règlement en l'espèce contesté : « *Constatant avec préoccupation [...] que le règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine, publié par l'Association internationale des fédérations d'athlétisme et entré en vigueur le 1^{er} novembre 2018, n'est pas compatible avec les normes et règles internationales relatives aux droits de l'homme, y compris les droits des femmes présentant un développement sexuel différent, et préoccupé par le fait que, pour autant qu'il soit raisonnable et objectif, le règlement ne repose sur aucun élément probant légitime et justifié, et que le rapport de proportionnalité entre le but visé par le règlement et les moyens proposés et leurs incidences n'est pas clairement établi* » (résolution A/HRC/40/L.10/Rev.1).

La formation arbitrale a rejeté le moyen au motif qu'il n'était pas assorti de précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé. Elle « *n'a pas trouvé que les opinions exprimées étaient particulièrement utiles pour résoudre la question juridique particulière qu'elle avait à trancher en l'espèce* » (sentence, § 554). Qu'il y ait une discrimination est une chose quasi-évidente ; que cette discrimination soit illégale en est une autre, qui supposait de s'intéresser à ses éventuelles justifications et à la conciliation opérée entre divers intérêts contradictoires. A en croire la formation, le mémoire d'*amicus curiae* et la plupart des opinions des experts censés soutenir le moyen ne seraient pas descendus à ce niveau d'analyse.

Elle a en outre affirmé, pour ce qui ce concerne le volet « national » du moyen, que ce n'était de toute façon pas sa mission de se prononcer sur la conformité du règlement contesté de l'IAAF aux différents droits nationaux. Selon elle, c'est une question qui relève de l'IAAF et des juridictions des pays concernés (sentence, § 555). Cela inclut-il le droit monégasque applicable en l'espèce au fond du litige ? Bien que la sentence ne le précise pas, l'applicabilité seulement « *subsidaire* » (sentence, § 424) de ce droit ne commande pas nécessairement une réponse positive. Ainsi qu'a pu le juger une autre formation arbitrale, si le droit sportif traite expressément d'une question, ce qui était le cas de la Charte olympique et des statuts de l'IAAF concernant la non-discrimination, il n'y pas lieu de rechercher une autre solution éventuelle dans un droit étatique subsidiairement applicable (v. TAS, 2005/A/983&984, *Club Atlético Peñarol c/ Paris Saint-Germain et al.*, sentence du 12 juillet 2006, § 49). Dans le cas présent, cela n'avait toutefois guère d'importance, en tout cas au regard du droit de la non-discrimination, compte tenu du caractère faiblement développé de celui-ci à Monaco. La Constitution de la Principauté ne pose que le principe d'égalité devant la loi des citoyens monégasques (art. 17) et la proposition de loi n° 198 relative à la protection contre la discrimination et le harcèlement, et en faveur de l'égalité entre les

hommes femmes, destinée à la compléter, s'est finalement transformée en loi relative au harcèlement et à la violence au travail (loi n° 1.457 du 12 décembre 2017).

En revanche, la formation arbitrale n'a pas formellement nié l'applicabilité des traités internationaux au cas d'espèce, comme c'est pourtant généralement la tendance dans la jurisprudence du TAS (v. M. Maisonneuve, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *RDLF*, 2017, chron. n° 09 (www.revuedlf.com) et *Cah. dr. sport*, 2017, n° 47, p. 45, spéc. pp. 48-49). Elle a préféré se contenter d'écarter le moyen de la prétendue contrariété du règlement contesté à certains de ces traités pour irrecevabilité plutôt que pour inopérance. Il ne faudrait toutefois pas en tirer de conclusions hâtives. Autant il est compréhensible que le TAS, juridiction d'un ordre transnational, refuse de se prononcer sur la violation de lois nationales les plus diverses, y compris de police ; autant il aurait pu être mal compris, dans une affaire aussi sensible que l'affaire *Semenya*, que le TAS exonère l'IAAF du respect de traités internationaux sur les droits de l'homme.

Parmi les moyens que la formation arbitrale a directement examinés mais qu'elle a rejetés sans examen au fond, figurait ensuite un moyen tiré de l'inadmissibilité d'une des deux principales études fournies par l'IAAF pour justifier son règlement : l'étude observationnelle, basée sur des données collectées lors de contrôles antidopage pratiqués lors des championnats du monde d'athlétisme de Daegu (2011) et de Moscou (2013), visant à quantifier l'éventuelle influence des taux de testostérone sur les performances réalisées en les mettant en corrélation les unes avec les autres (S. Bermon et P.-Y. Garnier, « *Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry and competition results in elite female athlete* », *préc.*). Selon la Fédération sud-africaine d'athlétisme, l'utilisation de ces données personnelles pour les besoins d'une recherche sans le consentement éclairé des intéressés violait les lois monégasque, sud-coréenne et russe, ainsi que la Convention d'Oviedo. La formation arbitrale a rejeté ce moyen au motif qu'il n'était pas accompagné d'éléments suffisants pour conclure à l'applicabilité formelle de la convention, compte tenu de son absence de ratification par la Principauté de Monaco (sentence, § 515), et à l'applicabilité matérielle des lois nationales visées, en raison des doutes entourant la qualification de « recherche » ou de « recherche biomédicale » de l'étude concernée au sens de ces lois (sentence, § 516).

Le dernier moyen directement rejeté sans examen au fond était tiré de l'illégalité de la procédure suivie par l'IAAF pour édicter le règlement contesté. Il ne lui était toutefois pas reproché d'avoir méconnu son propre processus « législatif », ce qui aurait été recevable (v. par ex TAS, 2008/O/1455, *Boxing Australia c/ AIBA*, sentence du 16 avril 2008, § 35), mais de ne pas avoir respecté certaines règles procédurales supérieures qui s'appliqueraient à l'édition de règlements du type de celui en cause : qu'ils reposent sur des considérations

scientifiques et non politiques ; qu'il repose sur des avis scientifiques exempts, y compris en apparence, de conflits d'intérêts ; que les études l'appuyant soient transparentes ; et qu'elles aient été soumises à une évaluation par les pairs (sentence, § 549). La formation arbitrale n'y a vu que des « *objectifs louables* » (sentence, § 551), dont il ne lui appartenait pas de contrôler le respect (sentence, § 552). Elle a ainsi refusé de consacrer une sorte de justice ou d'équité procédurale propre aux règlements à fondement scientifique.

2. Au nombre des moyens apparemment soulevés que la formation a, à l'inverse, examinés au fond mais indirectement, figure, en premier lieu, le moyen tiré de la violation du droit au respect de la vie privée dans ses dimensions « droit à l'intégrité physique et morale » et « droit à la confidentialité des informations personnelles ». Si les arbitres ont examiné les atteintes portées à ce droit dans ces deux dimensions, ce ne fut toutefois pas pour déterminer si le règlement contesté lui portait une atteinte illégale ; ce fut seulement, dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la discrimination instituée, pour apprécier si ces atteintes étaient de nature à invalider le règlement attaqué au regard du principe d'égalité. Ils en ont conclu, comme on le sait, que ce n'était pas le cas.

Faut-il s'étonner que la légalité du règlement de l'IAAF n'ait pas été appréciée de manière autonome par rapport au droit au respect de la vie privée ? Par rapport à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme expressément invoqué par la Fédération sud-africaine d'athlétisme (§ 227), c'est plutôt le contraire qui aurait été étonnant. Selon la jurisprudence du TAS (v. TAS, 2011/A/2433, *Amadou Diakite c/ FIFA*, sentence du 8 mars 2012, § 23 : *Rev. arb.*, 2012.662, note M. Peltier ; *JDI*, 2013.299, note E. Loquin. V. aussi TAS, 2012/A/2862 FC, *Girondins de Bordeaux c/ FIFA*, sentence du 11 janvier 2013, § 105 : *Rev. arb.*, 2013.795, note F. Latty ; *JDI*, 2014.366, note J. Guillaumé), les droits matériels consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas formellement invocables, au motif que des institutions privées comme les institutions sportives n'auraient pas directement l'obligation de les respecter, y compris lorsqu'est applicable au fond du litige le droit d'un État partie à la Convention (comme Monaco), et sauf bien sûr dans l'hypothèse d'école où les parties auraient expressément choisi cette dernière à titre de *lex causae*. Tout au plus certaines sentences, sans être allées jusqu'à admettre l'invocabilité de tels droits, peuvent-elles être interprétées *a contrario* comme ne l'excluant pas totalement par principe (TAS 2016/A/4490 *RFC Seraing c/ FIFA*, sentence du 9 mars 2017, § 147 : *Rev. arb.*, 2017.1046, note M. Peltier ; *JDI*, 2018.322, note J. Guillaumé ; *Jurisport*, 2018, n° 183, p. 28, note F. Latty. V. également TAS 2016/A/4474 *Platini c/ FIFA*, sentence du 16 septembre 2016, § 364 : *Rev. arb.*, 2017.1049, note M. Peltier ; *JDI*, 2018.306, note J. Guillaumé).

A défaut d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme, la formation n'aurait-elle pas pu au moins profiter de l'affaire *Semenya* pour consacrer un principe général du droit au respect de la vie privée qui

aurait pu opportunément compléter la liste des principes généraux du droit applicables devant le TAS ? Dans l'absolu, peut-être. Dans le cas d'espèce, cela n'aurait sans doute rien changé : il paraît en effet improbable qu'une même formation arbitrale ait une appréciation différente de la nécessité et de la proportionnalité d'un même règlement selon qu'il s'agit de le confronter au principe général d'égalité ou à un potentiel principe général du droit au respect de la vie privée.

En second lieu, la Fédération sud-africaine d'athlétisme a évoqué le droit à la dignité (sentence, § 227), sans, là encore, que le moyen soit directement examiné. Peut-on en faire le reproche à la formation ? Ce n'est pas évident. Certes, le droit d'être entendu en procédure contradictoire consacré par l'article 190 al. 2 let. d de la loi suisse sur le droit international privé (LDIP) « *est violé lorsque, par inadvertance ou malentendu, le tribunal arbitral ne prend pas en considération des allégués, arguments, preuves ou offres de preuve présentés par l'une des parties et importants pour la décision à rendre* » (arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, ATF 133 III 235, spéc. p. 248 ; *Gaz. Pal.*, 13-17 juillet 2007, p. 35, note A. Pinna ; *Gaz. Pal.*, 28-29 mars 2008, p. 45, note P.-Y. Gunter ; *Rev. arb.*, 2008.570, note M. Maisonneuve). Le risque de violation pourrait de prime abord paraître d'autant plus important que le moyen tiré du non-respect par le règlement de l'IAAF du droit au respect de la dignité de la personne humaine ne pouvait être tenu d'emblée comme non pertinent en l'espèce et qu'il est difficile de prétendre que la formation arbitrale, à défaut de réponse expresse, y aurait implicitement répondu. A la différence du principe d'égalité ou du droit à la vie privée, le droit à la dignité est un droit intangible. Il est porté atteinte à la dignité humaine ou il n'y est pas porté atteinte. Des atteintes, mêmes justifiées, ne sont pas admissibles. Dans ces conditions, la prise en compte par la formation arbitrale, au stade du contrôle de proportionnalité du règlement contesté, de la stigmatisation individuelle induite par le règlement, compte tenu de l'inévitable publicité donnée au statut biologique des athlètes privées de compétition sur son fondement, ou des blessures psychologiques susceptibles de résulter d'un examen de virilisation, ne saurait valoir rejet d'une atteinte à la dignité humaine.

Néanmoins, pour que le droit à être entendu soit violé, encore faut-il que l'élément de fait, de preuve ou de droit non pris en considération par le tribunal arbitral ait été « *régulièrement avancé* » (arrêt du 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, préc., p. 248). Était-ce le cas ici du non-respect de la dignité humaine ? A s'en tenir à l'exposé des moyens des parties, telles qu'ils sont résumés dans la sentence, il semble plus s'agir d'une simple affirmation que d'un moyen énoncé de manière suffisamment précise pour permettre d'en apprécier le bien-fondé. Il faudrait avoir accès aux conclusions des parties pour s'en assurer. Dans tous les cas, seule Madame Semenya ayant introduit un recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse, il faudrait de toute façon qu'elle ait, elle aussi, soulevé ce moyen, ce dont ne fait pas état la sentence rendue.

A défaut de risquer d'être annulée pour cette raison, la sentence pourrait-elle l'être sur le fondement de la violation de l'ordre public matériel, qui constitue le seul motif dont se plaint la recourante ? C'est peu probable, si l'on en juge par l'ordonnance qu'a rendue la présidente du Tribunal fédéral le 29 juillet 2019 sur la requête de Madame Semenya visant à l'octroi de mesures provisionnelles (ordonnance 4A_248/2019, *Semenya c/ IAAF*). Dans l'attente qu'il soit statué sur son recours en annulation, elle souhaitait en effet pouvoir participer aux 400 et 800 mètres féminins des championnats du monde d'athlétisme de Doha (27 septembre – 6 octobre 2019). Après avoir ordonné à titre superprovisionnel la suspension du règlement contesté à l'égard de Madame Semenya, dans l'attente qu'il statue sur la demande de mesures provisionnelles, le Tribunal fédéral a finalement levé cette suspension en concluant que la condition du caractère très vraisemblablement fondé du recours n'était pas réalisée.

Sur la violation de ses droits de la personnalité et de sa dignité humaine, à laquelle une sentence ne saurait porter atteinte, sous l'angle de l'ordre public, que le moyen ait été ou non soulevé devant la formation arbitrale, la présidente du Tribunal affirme peiner à discerner en quoi les critiques émises par l'intéressée à l'encontre de la sentence pourraient *prima facie* conduire à son annulation (consid. 3.2). Sur la violation du principe de l'interdiction de la discrimination dénoncée par la recourante, elle estime « douteux que la prohibition des mesures discriminatoires entre dans le champ d'application de la notion restrictive d'ordre public lorsque la discrimination est le fait d'une personne privée et survient dans des relations entre particuliers » (consid. 3.1). C'est encore plus restrictif que ce que l'on savait déjà et c'est une restriction qui, en matière sportive, n'est pas exempte de toute critique. Assimiler les relations entre les fédérations sportives internationales et les athlètes à des relations entre particuliers apparaît ainsi en contradiction avec l'affirmation, par le même Tribunal, selon laquelle « le sport de compétition se caractérise par une structure très hiérarchisée, aussi bien au niveau international qu'au niveau national. Établies sur un axe vertical, les relations entre les athlètes et les organisations qui s'occupent des diverses disciplines sportives se distinguent en cela des relations horizontales que nouent les parties à un rapport contractuel » (arrêt du 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, préc., p. 243). De toute manière, ajoute la présidente du Tribunal dans son ordonnance, à supposer que la prohibition des mesures discriminatoires soit applicable au cas d'espèce, « le grief n'apparaît pas [...], à première vue, très vraisemblablement fondé, dès lors que le TAS a considéré, au terme d'un examen approfondi, que les règles d'éligibilité instaurées par le Règlement DDS créaient certes une différenciation fondée sur le sexe légal et les caractéristiques biologiques innées mais constituait une mesure nécessaire, raisonnable et proportionnée en vue de garantir l'intégrité de l'athlétisme féminin et la défense de la "classe" protégée et d'assurer une compétition équitable » (consid. 3.1). Même si l'on pourrait éventuellement discuter du caractère véritablement approfondi de

l'examen auquel s'est livré la formation du TAS, en tout cas du degré d'approfondissement, c'est cette fois parfaitement cohérent avec la conception que le Tribunal fédéral se fait de son rôle. Ainsi que l'avait au préalable rappelé sa présidente : celui-ci « *ne saurait être assimilé à une cour d'appel qui chapeauterait le TAS et vérifierait librement le bien-fondé des sentences en matière d'arbitrage international rendues par cet organe juridictionnel — véritable tribunal arbitral indépendant et impartial (arrêt de la CourEDH, Mutu et Pechstein c/ Suisse du 2 octobre 2018) — spécialisés dans le règlement des différends relevant du sport et jouissant d'un plein pouvoir d'examen* » (consid. 2 al. 3).

Sans aller jusque-là, ne serait-il pas opportun que les sentences du TAS soient soumises à un contrôle de la violation de l'ordre public matériel qui aille néanmoins au-delà de l'habituel contrôle minimaliste exercé en droit suisse de l'arbitrage international ? Citant la jurisprudence du Tribunal fédéral sur cette question, l'ordonnance y répond une nouvelle fois négativement : « *Si les particularités de l'arbitrage sportif ont certes été prises en considération par la jurisprudence fédérale dans le traitement de certaines questions de procédure spécifiques, telle la renonciation à recourir (ATF 133 III 235 consid. 4.3.2.2 p. 244), il ne s'ensuit pas pour autant qu'il faille en faire de même à l'égard du moyen de caractère général tiré de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public matériel, sauf à créer une véritable lex sportiva par la voie prétorienne, ce qui pourrait soulever des problèmes du point de vue de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire de la Confédération, puisque le législateur n'a pas adopté de règles spécifiques en matière d'arbitrage sportif (arrêts 4A_312/2017 du 27 novembre 2017 consid. 3.3.2 ; 4A_116/2016 du 13 décembre 2016 consid. 4.2.3 ; 4A_488/2011 du 18 juin 2012 consid. 6.2)* » (consid. 2. al. 4). Ce n'est pas imparable. Tant le degré de contrôle que le contenu de la notion d'ordre public sont largement déterminés par la jurisprudence et il n'est pas contraire à la séparation des pouvoirs d'adapter au mieux le contrôle de la violation de l'ordre public à la diversité des différents types d'arbitrage entrant dans le champ d'application de la LDIP. L'arbitrage en matière sportive *stricto sensu* n'est pas un arbitrage comme un autre. Il est un arbitrage forcé, ainsi que l'a expressément qualifié la Cour européenne des droits de l'homme (20), et dans lequel des droits fondamentaux matériels sont

(20) Arrêt du 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*. Sur cet arrêt, outre la présente chronique, v. F. Latty, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport*, n° 192, décembre 2018, p. 31 ; L. Milano, « Arbitrage et garanties du procès équitable », *JCP G*, 2018, 1391 ; J.-P. Marguenaud, « La « *lex sportiva* » rattrapée par la patrouille européenne ? », *RTD civ.*, 2018.850 ; Duval, « The “Victory” of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS », *Asser International Sports Law Blog*, 10 octobre 2018 ; J. Guillaumé, *JDI*, 2019, comm. 8 ; C. Dos Santos, « European Court of Human Rights upon Sports-Related Decision ; Switzerland condemned », *Bull. ASA*, 2019.117 ; D. Bensaude, « Arbitrage sportif forcé et convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 19 mars 2019, p. 32 ; M. Maisonneuve, « Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable : l'arbitrage bienveillant de la CEDH », *RTDH*, 2019.687. Ainsi que, *supra*, le commentaire d'A. Rigozzi dans la présente chronique.

fréquemment en jeu (en ce sens, v. A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 732 ; M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, n^{os} 1083 et s).

Le Tribunal fédéral pourrait-il être contraint de faire évoluer sa jurisprudence ? La décision d'irrecevabilité qu'a rendue la Cour européenne des droits de l'homme le 26 septembre 2019 dans l'affaire *Erwin Bakker c/ Suisse* (req. 7198/07) pourrait de prime abord permettre d'en douter. Dans sa décision, la Cour en effet jugé que le pouvoir d'examen restreint dont dispose le Tribunal fédéral au stade du recours en annulation contre les sentences du TAS, y compris dans le domaine du dopage, ne méconnaît pas l'article 6 § 1 de la Convention. Dès lors que le requérant a pu avoir recours à un tribunal de première instance offrant les garanties de cet article, dont un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, ce qui est en principe le cas du TAS, le droit européen au procès équitable est satisfait. Pour autant, que l'article 6 § 1 n'exige ni un double degré de juridiction, ni même un véritable contrôle de cassation, est une chose ; que la Suisse n'ait pas une obligation positive de veiller à ce que les droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme n'aient pas été méconnus devant le TAS, en exerçant un contrôle similaire à celui qu'exerce la Cour EDH sur de prétendues violations de cette convention, en est une autre, qui n'est pas encore totalement tranchée.

A la lettre, l'arrêt *Mutu et Pechstein* précité lui impose certes seulement de contrôler que les sentences du TAS, en tout cas certaines d'entre elles, ont été rendues dans le respect du droit au procès équitable tel que garanti par l'article 6 § 1. La logique de cet arrêt ne pourrait-elle toutefois pas conduire à une extension aux autres droits de la Convention ? C'est possible (en ce sens, v. aussi F. Latty, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *préc.*, p. 35 ; J. Guillaumé, *JDI*, 2019, comm. 8). Si, dans le volet *Pechstein* de son arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le TAS devait offrir les garanties de l'article 6 § 1, c'est parce qu'elle a considéré que l'arbitrage TAS était un arbitrage forcé (§ 115 de l'arrêt). Autrement dit, l'arrêt repose fondamentalement sur l'idée que, lorsque la compétence du TAS est imposée aux athlètes, ils doivent bénéficier d'un procès aussi équitable que s'ils avaient saisi une juridiction d'un État partie à la Convention. De là à en déduire que, en cas d'arbitrage forcé, ils devraient aussi pouvoir faire valoir devant le TAS les mêmes droits et libertés conventionnels qu'ils auraient pu invoquer devant une telle juridiction étatique, il n'y a qu'un pas. Pour qu'il soit franchi, il faudrait toutefois qu'un effet horizontal dans les relations entre athlètes et institutions sportives soit reconnu aux droits substantiels garantis par la Convention (en ce sens, v., d'une manière générale, J. Rivero, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », *Mélanges René Cassin*, t. III, 1969, p. 311). Compte tenu du fait que ces athlètes sont soumis à une puissance sportive qui n'est pas sans point commun avec la puissance publique (v. G. Simon, *Puissance*

sportive et ordre juridique étatique, LGDJ, 1990), il pourrait être justifié que les États parties vérifient que les fédérations sportives et autres comités olympiques ne violent pas les droits que les athlètes tiennent de la Convention et, partant, que pèse sur la Suisse la charge de veiller, via son Tribunal fédéral, à ce que les sentences du TAS ne valident pas des actes sportifs contraires à ces droits.

Actuellement, le Tribunal fédéral suisse s'y refuse : « *il sied de rappeler* », peut-on ainsi lire dans l'ordonnance précitée du 29 juillet 2019, « *que, dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a considéré que la Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique pas directement à l'arbitrage. En effet, la violation des dispositions de cette convention ne compte pas au nombre des griefs limitativement énumérés par l'art. 190 al. 2 LDIP (arrêts 4A_178/2014 du 11 juin 2014 consid. 2.4 ; 4A_370/2007 du 21 février 2008 consid. 5.3.2)* » (consid. 3.2). En l'état de sa jurisprudence, il refuse également d'imposer indirectement le respect de la Convention européenne des droits de l'homme dans les arbitrages TAS via la violation de l'ordre public matériel au sens de la LDIP. Tout au plus consent-il à ne pas exclure d'emblée « *la prise en considération des principes sous-tendant [l]es dispositions* » de la Convention lors de l'examen de ce grief (arrêt 4A_370/2007 du 21 février 2008, *X. c/ Association A et al.*, consid. 5.3.2. V. également arrêt 4A_178/2014 du 11 juin 2014, *A. c/ Nationale Anti-Doping Agentur Deutschland*, consid. 2.4). L'affaire « *Semenya* », qui a été soumise au TAS sur le fondement d'une clause compromissoire figurant dans le règlement contesté, pourrait peut-être donner l'occasion à la Cour européenne des droits de l'homme de prendre position.

Mathieu MAISONNEUVE

— **Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5299, Olympique Lyonnais / Union des associations européennes de football (UEFA), sentence du 10 août 2018 : responsabilité stricte des clubs pour le fait des supporters – pouvoir d'examen du TAS – principe de proportionnalité – notion de « supporter »**

La violence et les débordements dans les stades sont un sujet de préoccupation constant pour les clubs et les organisations sportives, en particulier l'UEFA. Pour tenter de combattre ces comportements, l'UEFA a édicté des règles sévères visant les clubs et attribuant à ceux-ci le comportement de leurs « supporters ». La présente affaire illustre plusieurs questions liées à la mise en œuvre de ces règles.

Les faits avaient pour toile de fond les violences commises à l'occasion d'un match entre l'Olympique Lyonnais SAS (« OL ») et le club turc Beşiktaş JK (« Beşiktaş »). Le match a eu lieu à Lyon le 13 avril 2017 et constituait le quart de finale de l'*UEFA Europa League* 2016/2017.

Suite à l'envoi par les supporters de Beşiktaş d'engins pyrotechniques en direction des supporters de l'OL, ces derniers ont, selon les faits retenus par le TAS, envahi le terrain et certains d'entre eux ont cherché à accéder au secteur réservé à l'équipe adverse (Sentence, §§ 14-27). La sentence du TAS retient aussi que les supporters lyonnais s'en sont pris à des supporters turcs, ce qui a provoqué une bagarre, et qu'ils ont bloqué les cages d'escaliers, avant de faire usage d'engins fumigènes et pyrotechniques (Sentence, §§ 14-27).

Ces incidents ont provoqué un retard du match, lequel a été remporté 2 à 1 par l'OL. Ils ont aussi conduit l'UEFA à ouvrir une procédure disciplinaire contre l'OL, en particulier sur le fondement de l'article 16(2) (a), (c) et (h) du Règlement disciplinaire de l'UEFA (« RD ») en lien avec l'article 8 de ce même Règlement (21). L'instance disciplinaire s'est référée au principe de responsabilité stricte (« *strict liability* ») permettant de sanctionner un club (ou une association nationale) pour le comportement de différentes personnes, y compris les « *supporters* », « *même si l'association membre ou le club concerné peut prouver l'absence de toute forme de faute ou de négligence* » (article 8 RD ; v. aussi article 16(2) RD). Elle a sanctionné l'OL d'une peine d'exclusion de la prochaine compétition européenne à laquelle le club se qualifiera, avec un sursis de 2 ans, ainsi que d'une amende de EUR 100'000.-. L'instance d'appel de l'UEFA a confirmé cette décision et rejeté l'appel de l'OL, qui a porté l'affaire au TAS.

Dans sa sentence du 10 août 2018, la Formation du TAS a partiellement admis l'appel et réduit la période du sursis à 15 mois. La sentence est intéressante car elle traite, de façon approfondie, plusieurs questions fréquentes et controversées en lien avec de telles sanctions prononcées contre les clubs.

La première question portait sur le pouvoir d'examen du TAS. L'article R57 du Code de l'arbitrage en matière de sport (Code TAS) prévoit que la Formation TAS « *revoit les faits et le droit avec plein pouvoir d'examen* ». Cette règle connaît toutefois certaines exceptions selon la nature de la décision attaquée. Ainsi, il semble admis par la jurisprudence du TAS que les décisions de jeu (« *field of play decisions* »)

(21) L'art. 16 du RD dispose que « *1. [l]es clubs organisateurs et les associations organisatrices répondent de l'ordre et de la sécurité dans l'enceinte du stade et à ses abords immédiats avant, pendant et après les matches. Ils sont responsables de tout incident et sont passibles de mesures et de directives disciplinaires, sauf s'ils peuvent prouver qu'ils n'ont commis aucune forme de négligence dans l'organisation du match. 2. Néanmoins, toutes les associations membres et tous les clubs sont responsables des cas de conduite incorrecte suivants de leurs supporters et sont passibles de mesures et de directives disciplinaires même s'ils peuvent prouver qu'ils n'ont commis aucune forme de négligence dans l'organisation du match : a. envahissement ou tentative d'envahissement du terrain de jeu ; b. lancement de projectiles ; c. mise à feu d'engins pyrotechniques ou de tout autre objet ; d. usage de pointeurs laser ou d'engins électroniques similaires ; e. transmission par geste, parole, objet ou par tout autre moyen de tout message étranger à l'événement sportif, notamment de messages de nature politique, idéologique, religieuse, insultante ou provocatrice ; f. acte de déprédation ; g. perturbation des hymnes nationaux ; h. tout autre manquement à l'ordre et à la discipline observé dans l'enceinte du stade ou à ses abords immédiats.* »

ne peuvent être revues par le TAS que si la décision est « *arbitraire, en violation avec le principe de la bonne foi ou en violation avec des principes généraux du droit* » (Sentence, § 115 ; TAS, 2018/A/5808, *AC Milan c/ UEFA*, sentence du 1^{er} octobre 2018, § 133), ce dernier critère fondé sur les « *principes généraux du droit* » étant à notre avis vague et difficile à mettre en œuvre.

La Formation du TAS s'interroge sur une éventuelle restriction à son pouvoir d'examen dans d'autres situations, en particulier en cas de sanctions disciplinaires (allant au-delà du « *terrain de jeu* »). Rappelant la formule utilisée dans certaines sentences (« *[t]he measures of the sanction imposed by a disciplinary body in the exercise of the discretion allowed by the relevant rule can be reviewed only when the sanction is evidently and grossly disproportionate to the offence* » (Sentence, § 116), la Formation du TAS juge qu'une telle restriction à son pouvoir d'examen en matière de sanction disciplinaire est douteuse (« *questionable* »), pour diverses raisons (Sentence, § 116). Elle conclut que son pouvoir d'examen n'est en l'espèce pas limité, tout en se déclarant « *consciente* » (« *mindful* ») de la formule employée par d'autres sentences selon lesquelles une Formation TAS « *would not easily "tinker" with a well-reasoned sanction* » (Sentence, § 117).

A notre avis, la Formation du TAS rappelle ici une lapalissade tant il paraît évident qu'une autorité d'appel, même disposant d'un plein pouvoir d'examen, ne doit pas revenir inutilement et de manière chicanière sur une « *well-reasoned sanction* ».

L'important est ici d'insister sur l'importance du plein pouvoir d'examen prévu par l'article 57 du Code TAS, qui constitue une garantie fondamentale dans l'organisation actuelle du sport. Les athlètes (et les clubs) sont soumis à des règles sévères susceptibles d'entraîner des sanctions très importantes. Par ailleurs, les instances disciplinaires sportives ne présentent pas des garanties d'indépendance et d'impartialité comparables à celles du TAS (ou à celles d'un juge), et ces instances demeurent, quelle que soit la bonne volonté et le professionnalisme de l'organisme sportif en cause, des « *organes* » de l'association rendant une décision « *associative* » nullement assimilable à un jugement de première instance (dans un arrêt 4A_374/2014 du 26 février 2015, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler que « *la décision prise par l'organe d'une association sportive ayant qualité de partie au procès, cet organe fût-il dénommé tribunal arbitral, ne constitue qu'une simple manifestation de volonté émise par l'association intéressée ; il s'agit d'un acte relevant de la gestion et non d'un acte judiciaire* » (consid. 4.3.2.1) ; v. aussi ATF 119 II 271, consid. 3b). Avant d'atteindre le TAS en cas d'appel devant cette autorité, les procédures disciplinaires n'ont pas une nature « *juridictionnelle* » de sorte qu'il est à notre avis infondé d'attribuer à la décision associative rendue à cette occasion une autorité susceptible de limiter le pouvoir d'examen du TAS. Nous estimons ainsi qu'un plein pouvoir d'examen s'impose, y compris pour revoir les sanctions disciplinaires, et notamment lorsqu'il s'agit de vérifier la proportionnalité de la sanction.

C'était en effet le cœur du sujet de savoir si, en l'espèce, l'UEFA avait respecté le principe de proportionnalité, dont la Formation du TAS rappelle la définition classique et les éléments constitutifs (Sentence, § 137 : « [t]he principle of proportionality encompasses three aspects. According thereto the measure must be appropriate, necessary and demonstrate a reasonable balance between the objective pursued and the means used to achieve it (proportionality in its narrow sense) »).

La question était en l'occurrence liée à la levée du sursis. Pendant la durée de celui-ci et après les faits ayant justifié la sanction d'exclusion, l'OL a fait l'objet de nouvelles procédures disciplinaires pour des faits de peu d'importance (en l'espèce, entre autres, lancements d'objets durant un match contre l'AFC Ajax). Cela a conduit la Formation du TAS à s'interroger sur les conditions de révocation du sursis au vu du texte, selon elle trop large, de l'article 20(3) RD (actuellement article 26) qui prévoit une levée du sursis « [s]i une nouvelle infraction de même nature est commise ».

La Formation du TAS estime que seule une infraction d'une certaine importance pourrait justifier la levée du sursis (Sentence, § 142 : « [...] in order to make sense, Article 20 para. 3DR — in particular in light of the principle of strict liability enshrined in Article 8 DR — must be construed narrowly. If — by contrast — the probationary sanction would be triggered too easily, this would clearly overshoot the target. »).

Pour éviter de trancher cette question, la Formation TAS s'en sort par une pirouette et décide de réduire la période de suspension à quinze mois, de sorte que les faits ayant entraîné la nouvelle procédure disciplinaire ne puissent constituer un motif de révocation du sursis, ce qui a permis d'éviter à l'OL une exclusion des compétitions européennes.

La Formation du TAS n'a pas eu à s'interroger sur la notion même de supporters qui a été discutée dans plusieurs affaires (v. par exemple TAS, 2002/A/423, *PSV NV Eindhoven c/ UEFA*, sentence du 3 juin 2003 ; TAS, 2007/A/1217, *Feyenoord Rotterdam c/ UEFA*, sentence du 2 avril 2007 ; TAS, 2013/A/3324 & 3369, *GNK Dinamo c/ UEFA*, sentence du 13 juin 2014 ; TAS, 2015/A/3874, *Football Association of Albania (FAA) c/ UEFA & Football Association of Serbia (FAS)*, sentence du 10 juillet 2015 ; TAS, 2014/A/3944, *Galatasaray Sportif Sinaï A.S. c/ UEFA*, sentence du 30 juillet 2015). Elle n'a pas non plus analysé les éventuelles limites d'une « responsabilité stricte » en cas d'actes des supporters, ce point n'ayant pas été contesté par l'OL.

Cette question pourrait néanmoins un jour se poser. La notion de supporters est vague et difficile à cerner, et même, selon le TAS, « indéterminée » (« *undefined* ») ; selon la définition — tautologique — du TAS un supporter étant « *any individual whose behaviour would lead a reasonable and objective observer to conclude that he or she was a supporter of that club* » TAS, 2015/A/3874, *Football Association of Albania (FAA) c/ UEFA & Football Association of Serbia (FAS)*, sentence du 10 juillet 2015, § 60, et TAS, 2007/A/1217, *Feyenoord*

Rotterdam c/ UEFA, sentence du 20 avril 2007, § 11.6). Elle est mise en lien avec une responsabilité stricte sans possibilité exculpatoire. Compréhensible du point de vue des organisations sportives et sans doute justifiée au vu des conséquences dramatiques des violences dans et aux abords des stades, ce régime disciplinaire élargi de façon inédite et spectaculaire la notion même de responsabilité pour deux raisons qui se combinent.

En premier lieu, la notion de faute disparaît puisque l'on ne permet pas au club (ou à l'association nationale) de faire valoir une exclusion ou une limitation de responsabilité en cas d'absence de faute ; en second lieu, l'imputabilité est poussée à l'extrême puisque l'on attribue au club (ou à l'association nationale) le comportement d'un groupe d'individus sur lesquels aucun contrôle ne peut (en général) être exercé et dont la définition même est mal aisée. La combinaison de ces deux éléments entraîne un régime de responsabilité disciplinaire pouvant, dans certaines circonstances, réprimer un cas fortuit impossible à anticiper ou à prévenir, voire un acte de malveillance dirigé *contre* le club dont la responsabilité disciplinaire est engagée.

On pourrait argumenter que les clubs créent un « état de fait dangereux » du simple fait qu'ils engendrent des supporters par leurs activités et, en outre, qu'ils ont un intérêt commun, y compris financier, à endiguer les comportements violents, ce qui justifierait un régime de responsabilité particulièrement strict. Il n'en demeure pas moins qu'une sanction disciplinaire peut ici frapper un club malgré le comportement exemplaire de celui-ci.

Au plan théorique, les sanctions disciplinaires sportives doivent respecter le principe de la proportionnalité, ce que la jurisprudence du Tribunal fédéral a expressément reconnu (v. arrêt du Tribunal fédéral 4P.148/2006 du 10 janvier 2007, consid. 7.3.2). Elles doivent aussi respecter les droits de la personnalité des personnes visées (v. ATF 134 III 193, consid. 4.3-4.4). Toute sanction disciplinaire constitue une atteinte aux droits de la personnalité de la personne visée mais cette atteinte peut être justifiée « *par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi* » (article 28(2) CC). La sanction qui est ainsi « justifiée » devient licite.

Le TAS et le Tribunal fédéral admettent facilement qu'une atteinte aux droits de la personnalité soit « justifiée », notamment en retenant très largement l'existence d'intérêts « publics » (au sens de l'article 28(2) CC) justifiant l'atteinte (v. TAS, 2011/A/2426, *Amos Adamu c/ FIFA*, sentence du 24 février 2012, § 101 ; ATF 134 III 193, consid. 4.6.3.2.2). Cette attitude libérale permet aux organisations sportives d'édicter et d'appliquer des réglementations sportives sévères à l'encontre des clubs et des athlètes. Le procédé n'est toutefois pas sans limite. En particulier, le Tribunal fédéral a considéré que l'article 64 du Code disciplinaire de la FIFA, qui permet à la FIFA de sanctionner disciplinairement un joueur (ou un club) en cas de non-respect d'une

condamnation pécuniaire prononcée par la FIFA ou le TAS, ne pouvait pas fonder une « *interdiction de participer à toute activité liée au football* » contre le joueur *Matuzalem*, lequel avait eu pour tort de ne pas payer une condamnation de plusieurs millions d'euros. Le Tribunal fédéral a dans ce contexte considéré ce qui suit (en traduction libre) « [1] *a menace d'une exclusion illimitée prévue à l'art. 64 ch. 4 du Code Disciplinaire de la FIFA constitue une violation grave et manifeste des droits de la personnalité du recourant et ne tient pas compte des limites fondamentales des engagements prévues à l'art. 27 al. 2 CC* » (ATF 138 III 322, c. 4.3.5 ; sur l'arrêt *Matuzalem*, v. le commentaire de M. Maisonneuve in *Rev. arb.*, 2012.668-671). Dans le même ordre d'idée, le TAS a refusé d'appliquer la responsabilité solidaire automatique prévue à l'article 17(2) RSTJ de la FIFA contre le nouveau club en cas dommage causé à l'ancien club par le joueur en raison d'une fin prématurée du contrat de travail, dans une situation où c'est l'ancien club qui avait licencié le joueur — et non pas le joueur qui avait quitté son ancien club pour rejoindre le nouveau club (TAS, 2013/A/3365, *Juventus FC c/ Chelsea FC*, et TAS 2013/A/3366, *A.S. Livorno Calcio S.p.A. c/ Chelsea FC*, sentence du 21 janvier 2015, §§ 170-174).

La responsabilité stricte pour les actes des supporters a été appliquée à plusieurs reprises par le TAS (on peut noter que cette responsabilité pour les supporters dans le domaine du football n'est pas seulement prévue par la réglementation de l'UEFA mais aussi par celle de la FIFA à l'article 16(2) de son Code disciplinaire 2019 ; pour une illustration de l'application de la réglementation FIFA, v. TAS, 2013/A/3094, *HFF c/ FIFA*, sentence du 14 janvier 2014 partiellement publiée in *Bulletin TAS*, 2014, n° 2, pp. 100-103) mais la validité de principe d'une telle responsabilité en droit suisse n'a jamais véritablement été discutée. Au vu de la jurisprudence rappelée ci-dessus au sujet de la mise en œuvre de l'article 28(2) CC dans le sport, il est vraisemblable que cette validité soit admise par le Tribunal fédéral, mais la question pourrait se poser en cas de circonstances exceptionnelles comme ce fut le cas dans l'affaire *Matuzalem*.

Sébastien BESSON

V. – LA SENTENCE ARBITRALE ET LES VOIES DE RECOURS

— **Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A_238/2018 du 12 septembre 2018, *Club A. c/ B.* : notion de sentence attaquable ; date de notification d'une sentence ; droit d'être entendu en procédure contradictoire ; ordre public (interdiction du formalisme excessif)**

Cet arrêt du Tribunal fédéral concerne l'article R31 alinéa 3 du Code TAS. Dans la partie pertinente, cette disposition prévoit que le dépôt des écritures devant le TAS par télécopie ou par courrier électronique « *est valable dès réception de la télécopie ou du courrier électronique par*

le Greffe du TAS mais à condition que le mémoire et ses copies soient également déposés par courrier le premier jour ouvrable suivant l'expiration du délai applicable ». Le recourant (appelant devant le TAS) se plaint en substance de la manière avec laquelle le TAS a rejeté son appel pour ne pas avoir respecté cette disposition.

En date du 28 février 2018, le recourant a adressé par fax et courrier électronique une déclaration d'appel au TAS. Le 12 mars, il a déposé un mémoire d'appel par fax et courrier électronique. Le lendemain, il a adressé le mémoire d'appel au TAS par courrier postal, en s'excusant de ne pas l'avoir pas fait pour la déclaration d'appel, ceci « *due to an unfortunate mistake of Counsel's secretariat* » (consid. B.a.).

Par courrier électronique du 20 mars 2018, le Secrétaire général adjoint du TAS a averti le recourant qu'il ne procéderait pas à l'appel déposé par le club car l'art. R31 du Code TAS n'avait pas été respecté, soit que la déclaration d'appel n'avait pas été déposée par courrier postal le lendemain du dépôt électronique. Le 12 avril 2018, le recourant a contesté le contenu de ce courrier et a demandé au TAS de procéder à l'arbitrage, alternativement que la Formation ou le Président de la Chambre rende une décision. Par courrier électronique du 13 avril 2018, le Secrétaire général adjoint du TAS a confirmé intégralement le contenu de son courrier du 20 mars 2018. Suite à la demande du recourant, un courrier postal du TAS reprenant le contenu de ses lettres des 20 mars et 13 avril 2018 a été réceptionné par ce premier le 19 avril 2018 (consid. B.b.)

L'arrêt du Tribunal fédéral du 12 septembre 2018 analysé dans le cadre de cette chronique concerne les quatre problématiques suivantes (qui seront reprise ci-dessous dans cet ordre) à savoir si les courriers du Secrétaire général adjoint du TAS peuvent être considérés comme une sentence attaquable, quand cette décision est-elle réputée notifiée et cette décision peut-elle être constitutive d'une violation du droit d'être entendu ou de l'ordre public (en lien avec l'interdiction du formalisme excessif) ?

En premier lieu, le Tribunal fédéral admet que « *la décision du Secrétaire général adjoint constitue une sentence finale susceptible de recours, au même titre que la décision rendue par une Formation du TAS déclarant irrecevable [...] pour le même motif, l'appel par un joueur [...] peu importe [...] la forme d'une lettre [et] qu'elle émane du Secrétaire général adjoint du TAS* » (consid. 2.2). Depuis, le Tribunal fédéral a précisé qu'une ordonnance de clôture rendue par le Président suppléant de la Chambre d'appel du TAS est également une décision finale susceptible de recours au Tribunal fédéral (arrêt 4A_556/2018 du 5 mars 2019, consid. 2.2). Nous avons déjà eu l'occasion de souligner que toute acte par lequel le TAS met un terme (ou décide de ne pas procéder) à l'arbitrage constitue, matériellement, une sentence finale donc attaquable devant le Tribunal fédéral (A. Rigozzi et E. Hasler, ad Art. R49 CAS Code, in M. Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland: the Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2018, § 26).

En second lieu et en lien avec le moment de la notification de la décision, le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence selon laquelle « *la notification par fax ou par courrier électronique d'une sentence du TAS ne fait pas courir de délai* » (consid. 3.1). Cette jurisprudence (arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2017, consid. 1.3 ; 4A_392/2010 du 12 janvier 2011, consid. 2.3.2) développée sous l'égide de l'édition 2004 du Code TAS semble donc garder sa validité malgré le fait que, dès l'édition 2013, l'art. R31 al. 2 du Code TAS prévoit la possibilité de notification des décisions également par courrier électronique. Cette nouvelle disposition n'a pas été discutée dans l'arrêt qui nous occupe (c'est l'occasion de rappeler que le Tribunal fédéral n'examine que les arguments invoqués par le recourant ; voir à ce sujet également CEDH, *Erwin Bakker c/ Suisse*, n° 7198/07, 26 septembre 2019, §§ 39-40), nous avons conseillé aux plaideurs prudents de se référer à la notification par email comme point de départ (par analogie à la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les sentences CCI, qui avait discuté la disposition du Règlement d'arbitrage de la CCI qui permet la notification par courrier électronique). La situation a toutefois été clarifiée par le TAS lui-même avec la récente révision de l'art. R46 du Code TAS qui précise désormais que le délai de recours contre la sentence se calcule « *à compter de la notification de la sentence par courrier* ». Au vu de la jurisprudence citée ainsi que de l'arrêt analysé, il ne fait aucun doute que le délai de recours ne court que dès la notification de la sentence par courrier.

Sur le fond, le recourant se plaint d'abord d'une violation de son droit d'être entendu (art. 190 al. 2 let. d LDIP) car il n'aurait pas eu la faculté de s'expliquer avant la décision de non-entrée en matière du TAS. Le Tribunal fédéral rejette ce grief de manière expéditive au motif notamment que (i) le recourant avait pu s'exprimer sur les faits qui ont conduit à la tardiveté du dépôt postal de la déclaration d'appel dans son courrier invoquant une erreur de son secrétariat et (ii) qu'une éventuelle restitution de délai aurait été subordonnée au principe de la bonne foi qui impose un empêchement non fautif (consid. 4).

Le recourant estime ensuite qu'en refusant d'entrer en matière sur son appel, le TAS a violé l'interdiction de formalisme excessif, principe qui ferait partie de l'ordre public de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a précisé qu'« *il ne va pas de soi qu'il faille nécessairement assimiler la méconnaissance de l'interdiction de formalisme excessif à la violation de l'ordre public* » (4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 6.1). Dans l'arrêt analysé dans le cadre de cette chronique, le Tribunal fédéral a rappelé cette interrogation et évoqué la possibilité d'inclure dans l'ordre public procédural la seule violation « *caractérisée* » de l'interdiction de formalisme excessif (consid. 5.2). Il relève ainsi que « *les formes procédurales sont nécessaires à la mise en œuvre des voies de droit* » (consid. 5.3) et que « *le TAS ne versait pas dans le formalisme excessif en sanctionnant par une irrecevabilité le vice de forme que constituait l'envoi d'une déclaration d'appel par simple*

télécopie » (consid. 5.5). Un autre arrêt récent précise clairement, également en lien avec l'art. R31 al. 3 du Code TAS, que « *la transmission du mémoire d'appel par courrier ne constitue pas une simple formalité, mais bel et bien une condition de validité du dépôt de cette écriture* » (4A_556/2018, consid. 6.5). Ainsi, le grief de violation de l'ordre public est rejeté ainsi que le recours dans son ensemble (consid. 5.7).

A titre d'observation préalable il convient de préciser, comme cela résulte de l'arrêt 4A_556/2018 cité par le Tribunal fédéral, que cette jurisprudence s'applique non seulement au délai d'appel de l'art. R49 du Code du TAS dont le non-respect conduit au rejet de l'appel (A. Rigozzi et E. Hasler, ad Art. R49 CAS Code, in *Arbitration in Switzerland: the Practitioner's Guide*, op. cit., § 26), mais aussi au délai pour déposer le mémoire d'appel de l'art. R51 alinéa 1 du Code du TAS dont la dernière phrase stipule que « [l]'appel est réputé avoir été retiré si la partie appelante ne se conforme pas à ce délai ».

Le Tribunal fédéral justifie cette vision stricte par des impératifs de sécurité et d'égalité de traitement (consid. 5.6 ; v. également arrêt 4A_690/2016 du 9 février 2017, consid. 4.2 ; arrêt 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 6.2 ; arrêt 4A_556/2018 du 5 mars 2019, consid. 6.5) et par le fait que les parties doivent s'attendre à ce que le tribunal arbitral respecte ses propres règles (arrêt 4A_692/2016 du 20 avril 2017, consid. 6.2 ; arrêt 4A_556/2018 du 5 mars 2019, consid. 6.5).

Il est certes indispensable, spécifiquement en matière de forme et de délai, de prévoir des règles strictes et qui ne peuvent souffrir d'aucune exception, sauf dans des cas exceptionnels. Toutefois, il apparaît que certaines règles en elles-mêmes pourraient être ajustées ou rendues plus flexibles.

Il n'est pas sans intérêt de relever, avec le recourant dans une autre affaire récemment décidée par le Tribunal fédéral, que la partie qui ne dépose pas la version papier de son écriture le premier jour ouvrable après le dépôt de la version électronique ne retire aucun avantage de cette omission (arrêt 4A_556/2018 du 5 mars 2019, consid. 4.3). Le Tribunal fédéral a néanmoins estimé que cet argument ne saurait primer sur le texte clair de l'art. R31 al. 3 du Code TAS est clair (arrêt 4A_556/2018 du 5 mars 2019, consid. 4.5.2). Dans la même veine, le Tribunal fédéral a aussi estimé que la gravité des conséquences d'une décision d'irrecevabilité, à savoir la perte du droit de faire revoir la décision de la fédération sportive en question, n'a aucune influence sur sa décision au motif qu'il n'est « *pas envisageable de sanctionner plus ou moins sévèrement le non-respect d'un délai [...] suivant le degré de gravité de l'atteinte que la décision susceptible de recours porte à la partie qui n'a pas recouru en temps utile* » (arrêt 4A_556/2018 du 5 mars 2019, consid. 6.5).

Se pose donc la question de savoir s'il ne conviendrait pas d'assouplir le régime de l'art. R31 al. 3 du Code TAS en prévoyant un délai de

grâce permettant de guérir le vice sans devoir passer par une requête de restitution de délai (comme préconisé par la doctrine). S'agissant plus spécifiquement du délai d'appel de l'art. 49 du Code TAS le défaut de dépôt d'exemplaire papier le premier jour ouvrable suivant le dépôt électronique ne nous paraît pas plus grave que le dépôt d'une déclaration d'appel défectueuse pour lequel « *le Greffe du TAS fixe un unique et bref délai à la partie appelante pour compléter sa déclaration d'appel pour compléter sa déclaration d'appel, faute de quoi le Greffe du TAS ne procède pas* » (art. R48 al. 3 du Code TAS). Un assouplissement nous paraît d'autant plus souhaitable si l'on considère le caractère draconien des conséquences du non-respect du délai d'appel.

Antonio RIGOZZI