

Actualités du droit du sport: Jurisprudence nationale et internationale



ASSOCIATION SUISSE DE DROIT DU SPORT

9^{èmes} Journées du Droit du Sport

Thursday 25 November – Friday 26 November 2021

Prof. Antonio Rigozzi, avocat, Genève

What's hot in sport law jurisprudence?

■ European Court of Human Rights (ECtHR)

- Decision No 526/18 *Platini v. Switzerland* du 5 mars 2020

■ European Court of Justice (ECJ)

- Judgment of the General Court, 16 December 2020, Case T 93/18, *International Skating Union vs Commission*

■ Swiss Supreme Court (SFT)

- 4A_318/2020 of 22 December 2020 *Sun Yang v. WADA* (ATF 147 III 65)
- 4A_166/2021 of 22 September 2021 *Cardoso v. UCI* (to be published ATF)

■ Non-Swiss Courts

- Cour d'Appel de Paris, RG 19/02245 of 8 June 2021 *Serge Aurier v. MSI*
- *Manchester City Football Club Ltd v The Football Association Premier League Ltd & Ors* [2021] EWCA Civ 1110 (20 July 2021)
- BKartA, Decision of 25 February 2019, B2-26/17, *DOSB, IOC et al.*

4A_318/2020 *Sun Yang* – Facts & Dates

Le 1er mai 2019, le TAS a informé les parties que la Formation serait constituée des arbitres Michael J. Beloff et Philippe Sands, ainsi que d'une troisième personne, Franco Frattini, juge à Rome, qui en assumerait la présidence.

B.b La Formation a rendu, le 28 février 2020, une sentence arbitrale par laquelle elle a reconnu l'athlète coupable de violation de l'art. 2.5

- tweet du 3 juillet 2018:

" Hell forever for those bastard sadic chinese who brutally killed dogs and cats in Yulin,with the complicity of the chinese authorities !!! "

- tweet du 28 mai 2019:

" This yellow face chinese monster smiling while torturing a small dog,deserves the worst of the hell!!! Shame on China,pretending to be a superpower and tolerating these horrors!! " [vidéo d'une personne jetant à plusieurs reprises un petit chien en l'air]

A l'appui de sa demande de révision, fondée sur l'art. 121 let. a LTF, le requérant fait valoir qu'il a appris, à l'occasion de la parution d'un article sur le site internet xxx.com en date du 15 mai 2020, que l'arbitre Franco Frattini avait publié, sur son compte Twitter, à répétées reprises en 2018 et 2019, des commentaires inacceptables à l'égard des ressortissants chinois, ce qui est propre, selon lui, à éveiller des doutes légitimes quant à l'impartialité dudit arbitre dans le cadre du présent litige impliquant un athlète chinois.

Sun Yang – Revision ground

■ “anticipatory application” of the new Article 190a PILA

Art. 190a¹⁴⁵

2. Review

¹ A party may request a review of an award if:

- a. it has subsequently become aware of significant facts or uncovered decisive evidence which it could not have produced in the earlier proceedings despite exercising due diligence; the foregoing does not apply to facts or evidence that came into existence after the award was issued;
- b. criminal proceedings have established that the arbitral award was influenced to the detriment of the party concerned by a felony or misdemeanour, even if no one is convicted by a criminal court; if criminal proceedings are not possible, proof may be provided in some other manner;
- c. a ground for a challenge under Article 180 paragraph 1 letter c only came to light after conclusion of the arbitration proceedings despite exercising due diligence and no other legal remedy is available.

Sun Yang – The issue of «diligence»

- famous “*devoir de curiosité*” is not unlimited

6.5 Il n'a en revanche **jamais délimité l'étendue exacte du devoir de curiosité**. Il est en effet difficile de cerner les contours de ce devoir qui dépendent des circonstances de chaque cas concret. Quoi qu'il en soit, ce devoir de curiosité **n'est pas illimité**. Les parties

tuel (EL CHAZLI, op. cit., p. 329). Une partie peut ainsi, suivant les circonstances, avoir besoin **d'indices l'alarmant** sur l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts lui imposant alors d'effectuer des recherches plus poussées, notamment lorsque le motif fondant le risque de partialité est a priori insoupçonnable

Sun Yang – The issue of «diligence»

- In particular when it comes to the internet

Si l'on peut certainement exiger d'elles qu'elles utilisent les principaux moteurs de recherche informatiques et consultent les sources susceptibles de fournir, a priori, des éléments permettant de révéler un éventuel risque de partialité d'un arbitre, par exemple les sites internet des principales institutions d'arbitrage, des parties, de leurs conseils et des études dans lesquelles ceux-ci exercent, ceux des cabinets d'avocat dans lesquels officient certains arbitres, et dans le domaine de l'arbitrage sportif, ceux de la fondation intimée et des institutions sportives concernées, on ne saurait toutefois attendre de leur part qu'elles se livrent à un dépouillement systématique et approfondi de toutes les sources se rapportant à un arbitre déterminé (cf. dans ce sens, KARIM EL CHAZLI, L'impartialité de l'arbitre, Etude de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité de l'arbitre, 2020, p. 325 et 330 s., qui se réfère à la jurisprudence fran-

Aussi le seul fait qu'une information soit accessible librement sur internet ne signifie-t-il pas *ipso facto* que la partie, qui n'en aurait pas eu connaissance nonobstant ses recherches, aurait nécessairement failli à son devoir de curiosité. A cet égard, les circonstances du cas concret demeureront toujours décisives.

Sun Yang – The issue of «diligence»

- WADA's argument about “leading social media”

A supposer même que l'on puisse qualifier, une fois pour toutes, certains d'entre eux de "réseaux sociaux phares", encore faudrait-il circonscrire l'étendue du devoir de curiosité dans le temps. A l'heure où certains usent fréquemment voire abusent de certains réseaux sociaux, en publiant notamment d'innombrables messages sur leur compte Twitter, il conviendrait, le cas échéant, de ne pas se montrer trop exigeant à l'égard des parties, sous peine de transformer le devoir de curiosité en une obligation d'effectuer des investigations très étendues, sinon quasi illimitées, nécessitant un temps considérable. Point n'est, toutefois, besoin d'examiner plus avant cette question dès lors que les circonstances de la présente espèce doivent conduire à nier un manque de curiosité inexcusable de la part du requérant.

Sun Yang – The issue of «diligence»

- In the present case:

Si on peut certes éventuellement admettre que l'intéressé aurait dû consulter, ne serait-ce que brièvement, le compte Twitter de l'arbitre en cause, on ne saurait en revanche considérer, en l'absence de toute autre circonstance l'alarmant sur l'existence d'un risque potentiel de partialité, que l'intéressé aurait failli à son devoir de curiosité, en ne décelant pas la présence de tweets publiés près de dix mois (28 mai 2018 et 3 juillet 2018) avant la nomination de l'arbitre (1^{er} mai 2019), au surplus noyés dans la masse de messages d'un compte Twitter d'un arbitre, semble-t-il très actif sur le réseau social en question. En tout état de cause et à supposer qu'il faille retenir que le requérant aurait pu et dû découvrir les trois premiers tweets litigieux publiés par l'arbitre, tous antérieurs à la nomination de celui-ci, pareille conclusion ne s'imposerait pas en ce qui concerne les autres messages mis en ligne par l'arbitre. En effet, on ne saurait exiger d'une partie qu'elle poursuive ses recherches sur internet tout au long de la procédure arbitrale, ni, a fortiori, qu'elle scrute les messages publiés sur les réseaux sociaux par les arbitres au cours de l'instance arbitrale.

Sun Yang – Ground for challenge/revision

Art. 190

IX. Finality.

Action to set
aside

1. In general¹⁴²

¹ The award is final from the time when it is communicated.

² An arbitral award may be set aside only:

- a. where the sole member of the arbitral tribunal¹⁴³ was improperly appointed or the arbitral tribunal improperly constituted;

Art. 180

2. Challenging
members of the
arbitral tribunals

a. Grounds¹²¹

¹ A member of the arbitral tribunal may be challenged;¹²²

- a. if they lack the qualifications agreed by the parties;
- b. if there is a ground for challenge in accordance with the rules of arbitration adopted by the parties; or
- c.¹²³ if circumstances exist that give rise to legitimate doubt as to his or her independence or impartiality.

Sun Yang – The applicable standard

7.1 Un arbitre doit, à l'instar d'un juge étatique, présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité. Le non-respect de cette règle conduit à une désignation irrégulière relevant de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP en matière d'arbitrage international. Pour dire si un arbitre présente de telles garanties, il faut se référer aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques, en ayant égard, toutefois, aux spécificités de l'arbitrage – surtout dans le domaine de l'arbitrage international – lors de l'examen des circonstances du cas concret (ATF 142 III 521 consid. 3.1.1; 136 III 605 consid. 3.2.1 p. 608 et les précédents cités; arrêts 4A_292/2019 du 16 octobre 2019 consid. 3.1; 4A_236/2017 du 24 novembre 2017 consid. 3.1.1).

A cet égard, l'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions d'une partie concernant le manque d'impartialité d'un arbitre comme objectivement justifiables. A ce propos, la CourEDH aime à citer l'adage anglais " justice must not only be done: it must also be seen to be done " (§ 143), qui la conduit à mettre l'accent sur l'importance que les apparences mêmes peuvent revêtir.

Sun Yang – The discriminatory tweets

Dire que les termes "yellow face" sont "maladroits", comme le soutient la fondation intimée, relève toutefois de l'euphémisme.

Cependant, ces termes font manifestement référence à la couleur de peau de certains individus chinois et ne visent nullement à qualifier leur comportement jugé cruel, à l'inverse d'autres termes incisifs voire blessants utilisés par l'arbitre, tels que "sadique". De tels qualificatifs, quand bien même ils ont été employés dans un contexte particulier, n'ont strictement rien à voir avec les actes de cruauté reprochés à certains ressortissants chinois et sont, quel que soit le contexte, inadmissibles. Si l'on ajoute à cela le fait que l'arbitre a tenu de tels propos, non seulement à deux reprises, mais aussi après sa désignation en tant que président d'une Formation appelée à statuer sur l'appel interjeté par un ressortissant chinois, alors même que la procédure était pendante, il y a lieu d'admettre que les appréhensions du requérant quant à l'éventuelle partialité de l'arbitre mis en cause peuvent passer pour objectivement justifiées.

Sun Yang – Assessment

■ **Diligence issue**

- Whether the information is publicly available online is not the standard
- No need to check the social media accounts of an arbitrator unless there are “alarming circumstances”
 - Worth doing in any event!
- No need to continue to systematically check during the arbitration

■ **Impartiality**

- The SFT stresses the importance of appearances
- CAS & WADA defended the arbitrator

■ **Outlook**

- Mr. Frattini is not on the CAS list anymore – removed?
- Need to adjust guidelines for CAS Arbitrators re social media?

TF 4A_166/2021 *Cardoso v. UCI*

■ 15 March 2018.- UCI ADT Decision

- EPO test (A-positive; B-inconclusive)
- Breach of Art. 2.2 WADA Code
 - based on expert evidence
- No legal aid

For example, Use may be established based upon reliable analytical data from the analysis of an A Sample (without confirmation from an analysis of a B Sample) or from the analysis of a B Sample alone where the Anti-Doping Organization provides a satisfactory explanation for the lack of confirmation in the other Sample.]

■ 10 February 2021 - CAS Award

- Legal aid – pro-bono counsel
- Confirming the ADRV and the 4 years ban

■ 7 June 2021 SFT Decision on stay (dismissing the request)

■ 22 September 2021 - SFT Decision on merits

- Allegedly insufficient legal aid

Cardoso – The issues

- **The Athlete sought legal aid from the beginning**
 - UCI ADT informed the athlete that legal aid was not available but that there was the possibility of being granted legal aid before the CAS
 - Before the CAS, Cardoso was granted legal aid in the amount of CHF 1'500 and, at a later stage, the assistance of a *pro bono* counsel
 - Cardoso subsequently terminated the CAS arbitration agreement
 - insufficient legal aid
 - fundamental error/fraud due to the UCI ADT's indication
 - CAS upheld its jurisdiction on the ground that the termination was not valid
- **SFT reviewed the CAS Legal Aid system and rejected the action to set aside**
 - No ground for termination of the arbitration agreement
 - CAS legal aid sufficient to ensure due process
- **Exhaustion of legal remedy in view of ECHR challenge**

Cardoso – Termination of the arbitration agreement for lack of financial means

- No need to decide the issue

4.4 Der Beschwerdeführer beruft sich im Übrigen bewusst nicht darauf, es sei ihm im massgebenden Zeitpunkt die Kündigung der Schiedsvereinbarung wegen Fehlens finanzieller Mittel im Hinblick auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) offengestanden. Im Gegenteil bringt er ausdrücklich vor, **seine Erklärung der Auflösung der Schiedsvereinbarung sei "nicht direkt wegen Mittellosigkeit" erfolgt, sondern einzig wegen der angeblich falschen Angaben der Beschwerdegegnerin**. Damit braucht nicht beurteilt zu werden, ob die mit der Beschwerdegegnerin abgeschlossene Schiedsvereinbarung zugunsten des TAS allenfalls wegen fehlender finanzieller Mittel hätte gekündigt werden können (dazu Urteil 4A_178/2014 vom 11. Juni 2014 E. 4).

Cardoso – When legal aid is available...

- Rules out the termination for lack of financial means

Stellt demnach eine Schiedsinstitution Prozesskostenhilfe für bedürftige Schiedsparteien bereit, steht dies einer Auflösung der Schiedsvereinbarung wegen fehlender finanzieller Mittel entgegen (GÖKSU, CPC, a.a.O., N. 4 zu Art. 380 ZPO). Die mittellose Partei hat in einem solchen Fall die Prozesskostenhilfe in Anspruch zu nehmen und das Schiedsverfahren zu bestreiten (GÖKSU, Prozessarmut im Schiedsverfahren, a.a.O., S. 147 Rz. 22).

- **CAS Guidelines on Legal Aid**

Aufgrund dieser Regelung steht auch einer mittellosen Person grundsätzlich der Weg an das TAS offen.

die Modalitäten der vorgesehenen Prozesskostenhilfe denjenigen einer bestimmten staatlichen Ordnung entsprechen. Der Beschwerdeführer vermag mit seinen Vorbringen nicht aufzuzeigen, dass die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) eine freie Wahl des Rechtsvertreters bzw. dessen Entschädigung erfordern würde

Cardoso – ... it's a matter of due process

Damit hatte er Zugang zu dem mit der Beschwerdegegnerin vereinbarten Schiedsverfahren. Es bestand demnach kein Anlass, dem Beschwerdeführer trotz abgeschlossener Schiedsvereinbarung zur Wahrung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK den Weg an ein staatliches Gericht zu ermöglichen. Ob dabei seine Verfahrensrechte im Schiedsverfahren gewahrt wurden, ist im Rahmen der in Art. 190 Abs. 2 IPRG vorgesehenen Beschwerdegründe zu prüfen.

- **Article 190(2) lit. d PILA**
 - Right to be heard
 - Equal treatment
- **SFT does not engage in an “abstract legality analysis”**
 - Article 6(1) ECHR cannot be directly relied upon

Cardoso – pro-bono counsel

Art. 6 According to an applicant's needs and the decision of the ICAS Legal Aid Commission, legal aid may apply as follows:

- The applicant may be released from having to pay the costs of the procedure, or to pay an advance of costs;
- 'Pro bono' counsel may be chosen by the applicant from the list established by the CAS;

[...]

Er kritisiert die eingeschränkte Wahlmöglichkeit des *Pro bono*-Rechtsvertreters und dessen Entschädigung, vermag aber auch in diesem Zusammenhang nicht aufzuzeigen, inwiefern sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör oder dem Gleichbehandlungsgebot ein Anspruch auf freie Wahl eines Rechtsvertreters bzw. dessen Entschädigung ergeben würde. Die von ihm beanstandeten fehlenden monetären Anreize ändern nichts daran, dass der *Pro bono*-Anwalt gegenüber seinem Klienten vertraglich zur sorgfältigen Mandatsführung verpflichtet ist. Der gleiche Einwand könnte zudem gegenüber einem durch staatliche Prozesskostenhilfe entschädigten Rechtsvertreter erhoben werden,

Cardoso – costs for experts

[...]

- The applicant may be granted a lump sum to cover her/his own travel and accommodation costs and those of her/his witnesses, experts and interpreters in connection with any CAS hearing, as well as the travel and accommodation costs of 'pro bono' counsel."

Sein Einwand, durch die im Rahmen der Prozesskostenhilfe verweigerte Übernahme von Experten-honoraren sei bei ihm automatisch Beweisnot entstanden, trifft nicht zu. Daran ändert auch nichts, dass er in seiner Berufungserklärung zunächst weitere wissenschaftliche Experten angeführt hatte. Entgegen dem, was der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, lässt sich weder aus dem Gehörsanspruch noch aus dem Gleichbehandlungsgebot ein Recht auf Übernahme der Kosten für die Beauftragung von wissenschaftlichen Experten in der gleichen Anzahl wie die Gegenpartei ableiten. Die Wahrung der nach Art. 190 Abs. 2 lit. d IPRG geschützten Verfahrensgarantien setzt nicht etwa voraus, dass die sich gegenüberstehenden Verfahrensparteien über gleich grosse Ressourcen für die Prozessführung verfügen.

Cardoso – The governing principles

Verlangt wird vielmehr eine verfahrensrechtliche Gleichbehandlung in dem Sinne, dass jeder Partei die gleiche Möglichkeit eingeräumt wird, im Schiedsverfahren ihren Standpunkt zu vertreten (BGE 142 III 360 E. 4.1.1).

[...]

Bezeichnenderweise vermag der Beschwerdeführer, der sich verschiedentlich auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK beruft, auch keinen Beleg anzuführen,

[...]

EGMR *Steel und Morris gegen Vereinigtes Königreich* vom 15. Februar 2005, Recueil CourEDH 2005-II S. 1 § 62: "Moreover, it is not incumbent on the State to seek through the use of public funds to ensure total equality of arms between the assisted person and the opposing party [...]."). Tatsächliche Unterschiede hinsichtlich der für einen Prozess verfügbaren finanziellen Mittel sind dem Zivilprozess inhärent und sind auch in anderen Verfahren nicht zu vermeiden. Sie begründen jedoch für sich allein keine verfahrensrechtliche Ungleichbehandlung.

Cardoso – Summary

- No right to legal aid in arbitration
- When the arbitration rules provide for legal aid, there is no right to terminate the arbitration agreement for lack of financial resources
 - CAS Legal Aid Guidelines rule out the right to terminate the arbitration agreement
- The legal aid system shall ensure the right to be heard and equal treatment
 - *Pro bono* counsel is enough to ensure right to be heard
 - Minimum quality is covered by the lawyers' fiduciary obligations towards the client
 - When experts can give evidence on behalf of the indigent party there is no right to be heard issue
 - No right to the same number of experts or to equally remunerated experts

***Cardoso* – Open questions**

- Legal aid before internal tribunals?
- Termination of the arbitration agreement remains possible in cases where there is no CAS legal aid (Article 2(a) of the Guidelines)?
 - when the indigent party is not an individual
 - when the matter concerns a sport not included in Olympic program
- Non public nature of the CAS list of pro-bono counsels
- Lack of transparency on how the list is compiled
- What if the allocated lump sum is insufficient to engage an expert?
 - Should ask the Panel to appoint an expert
- Non consensual nature of the arbitration triggers the full applicability of Article 6(1) ECHR
 - ECtHR does not require “total equality of arms”
 - What is “sufficient” equality of arms remains to be determined
- ***Cardoso*** might be the next ***Pechstein***

ECtHR No 526/18 *Platini v Switzerland*

- **1999-2002 : employment contract between Platini and FIFA**
- **2011 : bank transfer of 2'000'000 CHF from FIFA to Platini**
 - Alleged oral agreement with former FIFA President Sepp Blatter for overdue salary
 - Opening of FIFA disciplinary proceedings for violation of FIFA Code of Ethics
- **Procedural background**
 - FIFA Ethics Committee : 6-year suspension + 80'000 CHF fine
 - CAS : 4-year suspension + 60'000 CHF fine
 - SFT : action to set aside CAS Award rejected
 - ECtHR : application in violation of art. 6, art. 7 and art. 8 ECHR

Platini - Issues

- **Applicability of ECHR guarantees to sport sanctions**

- **Art. 6 (Right to a fair trial)**

Enfin, le requérant reproche au TAS de ne pas avoir assumé son rôle de gardien des garanties du procès équitable étant donné que ce tribunal a estimé qu'il « guéri[ssai]t toutes les violations procédurales qui auraient pu être commises par les instances précédentes » et qu'il n'était donc « pas nécessaire que la formation statue sur l'existence ou non des violations procédurales alléguées par l'appelant, ni qu'elle tranche si les exigences de l'article 6 de la Convention doivent être suivies ou non devant les instances internes ». Le Tribunal fédéral, en dernier ressort, n'aurait pas été en mesure ni d'examiner ni de réparer ou de sanctionner lesdites violations en raison du caractère extrêmement limité du contrôle qu'il exerce sur les décisions du TAS.

- **Art. 7 (Prohibition of non-retroactivity of laws) ?**

- **Art. 8 (Right to respect for private and family life) ?**

***Platini* – Article 7 ECHR**

- Provides for non retroactivity of “penalties” in criminal law
- Was the sanction imposed on Mr. Platini a penalty?
 - Autonomous concept that can apply to private sanctions that apply to a big and undetermined number of citizens

48. En l’occurrence, les sanctions prononcées contre le requérant, un haut fonctionnaire de la FIFA, notamment l’interdiction d’exercer toute activité liée au football pendant quatre ans, étaient fondées sur les dispositions pertinentes du CEF et l’article 22 du code disciplinaire (paragraphe 29 ci-dessus) de ladite organisation et ont été prononcées par ses organes judiciaires, à savoir la Commission d’éthique et la Commission de recours. Il s’agit donc de mesures particulières prises à l’encontre d’un membre d’un groupe d’individus relativement petit, dotés d’un statut particulier et soumis à des règles spécifiques. La Cour conclut, en l’absence d’« infraction pénale » retenue contre le requérant, que celui-ci ne peut pas se prévaloir de la protection de l’article 7 de la Convention.

Platini – Article 8 ECHR

- Provides right to respect for private and family life
- Applicability to sanctions (so called *Denisov* test):
 - either the grounds for sanction are related to private life
 - or the severity of the sanction impacts the private live

La Cour ne reconnaîtra l'applicabilité de l'article 8 que si ces conséquences sont très graves et touchent sa vie privée **de manière particulièrement notable.**

- High standard:
 - Applicant has the burden to establish “*de manière convaincante*”

Platini – Article 8 ECHR

- Platini proved that FIFA's ban affected his private life as it:

- deprived him from his sole source of income

ans. La Cour accepte, premièrement, que les conséquences négatives de la mesure étaient susceptibles de se produire dans le cadre du « cercle intime » du requérant, qui s'est provisoirement vu interdit de gagner sa vie (voir, *a contrario*, *Denisov*, précité, § 118) dans le milieu du football, la seule source de revenus pendant toute sa vie, situation aggravée par la position dominante, voire de monopole, de la FIFA dans l'organisation globale du football (voir, dans ce sens, *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03, § 73, CEDH 2010) et par son âge. Deuxièmement, elle estime que la sanction pouvait

- interfered within his social relationships
- had a stigmatizing effect

- Hence

58. Il s'ensuit que, eu égard à la particularité de la situation du requérant, le seuil de gravité exigé pour faire entrer en jeu l'article 8 de la Convention a été atteint. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que l'article 8 s'applique au cas d'espèce.

Platini – Article 8 ECHR

■ The relevance of Article 8 with respect to sports sanctions

60. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée. Celles-ci peuvent nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. Si la frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au regard de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise, les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'État jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation (*Obst c. Allemagne*, n° 425/03, § 41, 23 septembre 2010, *Evans*, précité, §§ 75-76, et *López Ribalda et autres*, précité, §§ 111 et 112).

62. La Cour estime que la question principale qui se pose en l'espèce est donc de savoir si l'État était tenu et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, au regard de ses obligations positives découlant de l'article 8, de protéger le droit du requérant au respect de sa vie privée contre la mesure infligée par la FIFA, confirmée, même si réduite, par le TAS. Il convient, en particulier, de vérifier si le requérant disposait en l'espèce des garanties institutionnelles et procédurales suffisantes, soit un système de juridictions devant lesquelles il a pu faire valoir ses griefs, et si celles-ci ont rendu des décisions dûment motivées et tenant compte de la jurisprudence de la Cour (*Obst*, précité,

Platini – Article 8 ECHR

- The ECtHR's analysis

70. Compte tenu de ce qui précède, il s'avère que le requérant disposait en l'espèce des garanties institutionnelles et procédurales suffisantes, soit un système de juridictions privée (TAS) et étatique (Tribunal fédéral) devant lesquelles il a pu faire valoir ses griefs, et que celles-ci ont procédé à une véritable pesée des intérêts pertinents en jeu et ont répondu à tous les griefs du requérant dans le cadre de décisions dûment motivées. Par ailleurs, dans la mesure où la Cour est compétente pour se déterminer, elle estime que les conclusions des instances inférieures ne paraissent ni arbitraires ni manifestement déraisonnables, et poursuivaient non seulement l'objectif légitime de punir les infractions commises aux règlements pertinents par un haut fonctionnaire de la FIFA, mais également le but d'intérêt général consistant à rétablir la réputation du football et de la FIFA. Dès lors, et notamment compte tenu de la marge d'appréciation considérable dont jouissait l'État défendeur en l'espèce, la Suisse n'a pas manqué à ses obligations en vertu de l'article 8 de la Convention.

Platini – Article 8 ECHR

- The specificity of Mr. Platini's situation

63. Dans le cadre de cet examen, la Cour tiendra compte de la spécificité de la situation du requérant, qui a librement choisi une carrière particulière dans le domaine du football, d'abord en tant que joueur et sélectionneur, puis dans des fonctions officielles des associations du football, qui sont des acteurs privés et, en tant que tel, pas directement soumis à la Convention. Si une telle carrière offre sans doute de nombreux privilèges et avantages, elle implique en même temps la renonciation de certains droits (voir, dans ce sens, *Fernández Martínez*, précité, §§ 134-135). De telles limitations contractuelles sont acceptables au regard de la Convention lorsqu'elles sont librement consenties (*ibidem*, § 135). Or, en l'espèce, et contrairement à l'affaire *Mutu et Pechstein* (précitée, §§ 114 et 122), le requérant ne fait pas valoir devant la Cour qu'il aurait été contraint à signer des clauses d'arbitrage obligatoires excluant toutes les voies de droit devant les tribunaux domestiques ordinaires. Par ailleurs, il a expressément accepté la compétence du TAS en signant l'ordonnance de procédure (paragraphe 137 de la sentence du TAS).

Platini – Summary and questions

- Article 7 ECHR – Criminal law guarantees apply to sports sanctions that affect a large number of persons
 - Not the case of FIFA Officials – what about athletes around the world under the WADA Code?
- Article 8 ECHR – Sports sanctions must respect private life
 - Applicability of Article 8 ECHR presupposes severity test
 - Not particularly high
 - If applicable, the State must take positive measures to ensure that the sport governing bodies do not impose sanctions that violate Article 8 ECHR
 - CAS's independence has been recognized
 - CAS shall address the issue and balance the interests
 - SFT's review also plays a role
 - what if the present case was under PILA?
 - The result shall not be arbitrary or manifestly unreasonable

Paris CA RG 19/02245 - *Aurier v. SMI*

- **Sports Agency contract between Serge Aurier (Player) and SMI**
 - Termination of the contract by Aurier (when playing for PSG) then transfer to Tottenham Hotspur FC
 - SMI filed request for arbitration seeking payment of fees
- **Arbitration clause in favor of the Chambre Arbitrale du Sport du Comité National Olympique et Sportif Français (CAS-CNOSF)**
 - Like CAS : closed list of arbitrators (but much shorter than CAS's)
- **SMI requested to preclude Aurier's counsel from representing him because of her presence on the closed list of CAS-CNOSF arbitrators ("double hatting")**
 - Unlike CAS, at that time, the CAS-CNOSF rules did not prohibit "double hatting"
- **Award rejecting most of SMI's claims (including the request against Aurier's counsel)**
- **Application for annulment of the Award**

***Aurier* – Waiver of Article 6(1) ECHR?**

- **Aurier: arbitration *ipso facto* excludes the applicability of art. 6(1) ECHR, including the right to an independent and impartial tribunal**
- **Cour d'Appel: not a valid waiver per se**

35. Si la Convention européenne des droits de l'homme engage les États et ne s'impose pas directement aux arbitres, il appartient au juge de l'annulation dans le cadre du périmètre de son contrôle, de veiller à ce que la sentence rendue par un tribunal arbitral ne heurte pas, parmi les garanties protégées par l'article 6-1 de cette Convention, celles auxquelles les parties n'ont pas valablement renoncé.

36. A cet égard, le seul fait de soumettre le litige à un tribunal arbitral en vertu d'une clause compromissoire et de saisir la CAS ne saurait être regardé comme emportant une renonciation à contester l'impartialité ou l'indépendance d'un arbitre.

Aurier – Double hatting

- Double hatting is not sufficient *per se* to create reasonable doubts as to the impartiality or independence

46. En l'espèce, il convient de relever d'une part que le règlement d'arbitrage auquel la société SMI a consenti ne prévoyait pas de règles interdisant à un conseil d'être inscrit sur la liste des arbitres de la chambre arbitrale du sport et que c'est la raison pour laquelle la demande de la société SMI de voir interdire à [Me M] d'intervenir comme avocate pour assister [M.X] dans le cadre de la présente procédure d'arbitrage a été rejetée, outre le fait qu'il convient d'ajouter qu'une telle décision touchait aussi au droit d'une partie de son choisir son avocat.

47. D'autre part, le tribunal arbitral a, à la demande de [M.X], été composé de trois arbitres et non d'un seul, comme le demandait la société SMI.

48. En outre, se prévalant de cette seule circonstance, la société SIM ne justifie d'aucun élément complémentaire qui pourrait accréditer l'existence d'un lien de dépendance entre les membres du tribunal arbitral et [Me M].

49. De même, il n'est fait état d'aucun élément permettant de considérer que cette seule circonstance ait emporté des préjugés ou un parti pris susceptibles d'affecter le jugement des arbitres.

***Aurier* – Summary and questions**

- Unsophisticated reasoning on Article 6(1) ECHR
 - No mention to *Mutu&Pechstein*
- Seems like under French law a breach of Article 6(1) ECHR is an independent ground to set aside an award
 - Unlike under Swiss law
- “Double hatting” is unproblematic in and of itself
 - What if being part of the list creates a strong sense of community among arbitrators?
 - Indeed CAS-CNOSF rules now prohibits “double hatting”

Manchester City v Premier League

[2021] EWCA Civ 1110

- **Disciplinary investigation by the Premier League**
 - Domestic limb of the UEFA FFP investigation
 - PL Arbitration
- **Court dispute about production of documents**
 - **Commercial Court ordered production**
 - Rejected several challenges by Manchester City
 - Ordered the publication of the decision
 - **Appeal**
 - Limited to the publication order

Manchester City – The main issue

- Parties' confidentiality request v. public interest to publication

Second, I was not impressed with Lord Pannick QC's argument that publication was not in the public interest because the Club's complaint was specific to the Club's case and, in any event, the judge had simply applied the principles recently confirmed by the Supreme Court in *Halliburton*. I consider that there is a legitimate public interest in how disputes between the PL and member clubs are resolved and, in particular, in the allegation of structural bias made by the Club which appears to have led to a change in the Rules. As HHJ Pelling QC said at [21] of his judgment in the *Newcastle United* case, there is a public interest in the publication of a judgment determining an application under section 24 of the Arbitration Act (in other words a judgment dealing with an allegation of apparent bias), because there is a public interest in maintaining appropriate standards of fairness in the conduct of arbitrations. This is so even if the judges determining such applications are applying the principles confirmed by *Halliburton* rather than making new law. I also consider that there is a public interest in there being some explanation for the delay in the present case, where the investigation was made public as long ago as March 2019 but has hardly advanced since.

ECJ Case T 93/18, *ISU v. Commission*

- Powers of sports federations organizing competitions
 - They legitimately have a preauthorization system in place for third party events, to ensure that all sports competitions comply with common standards (e.g. related to the safety of athletes or the fairness of competitions)
 - The applicable rules and procedures must be fair, transparent, non-discriminatory and proportionate
- Role of CAS
 - Which was considered as an aggravating circumstance in the first instance judgment

ISU – role of CAS

- 35 In Section 8.7 of the contested decision, the Commission recognised that arbitration was a generally accepted method of resolving disputes and that agreeing to an arbitration clause as such did not constitute a restriction of competition. However, it considered that the arbitration rules reinforced the restrictions of competition caused by the eligibility rules (recital 269 of the contested decision).
- 159 In the present case, while it is true that the arbitration rules do not permit skaters to bring an action before a national court for annulment of an ineligibility decision which infringes Article 101(1) TFEU, the fact remains that skaters may bring, if they so wish, in accordance with the case-law cited in paragraphs 157 and 158 above, an action for damages before a national court. Furthermore, organisers who are third parties may also bring an action for damages where they consider that a decision refusing authorisation infringes Article 101(1) TFEU. In such cases, the national court is not bound by the CAS's assessment of the compatibility of the ineligibility decision or the refusal of authorisation with EU competition law and, where appropriate, may submit a request for a preliminary ruling to the Court of Justice under Article 267 TFEU.
- 160 Furthermore, it should be noted that skaters and third-party organisers who have been the subject of an ineligibility decision or a refusal to grant authorisation contrary to Article 101(1) TFEU may also lodge a complaint with a national competition authority or the Commission, as the complainants have done in the present case. In the event that the authority dealing with the case had to make a decision, that decision could further, if necessary, be reviewed before the EU Courts. The EU Courts could find it necessary to rule on such a matter in the context of an action for annulment brought against a Commission decision or following a reference for a preliminary ruling made by a national court hearing an action brought against a decision of a national competition authority.

BKartA B2–26/17 *DOSB, IOC et al.*

- (3) In rule 40, bye-law no. 3 (hereinafter “rule 40, bye-law 3 OC”), the Olympic Charter stipulates as follows:

“Except as permitted by the IOC Executive Board, no competitor, team official or other team personnel who participates in the Olympic Games may allow his person, name, picture, or sports performances to be used for advertising purposes during the Olympic Games.”

- (18) Following the BSI’s complaint against rule 40, bye-law 3 OC and critical press reports on its implementation during the 2016 Olympic Games, the Bundeskartellamt has initiated an administrative proceeding against the parties involved in its letter dated 3 April 2017. The proceeding is based on the suspicion that the parties concerned could violate Section 19 GWB, Article 102 TFEU and Section 1 GWB, Art. 101 TFEU by imposing excessive advertising restrictions on athletes participating in the Olympic Games during the frozen period on the basis of rule 40, bye-law 3. Upon initiation of the proceeding, the parties concerned were asked to reply to a catalogue of questions in order to further clarify the matter.

DOSB, IOC et al. - Abuse of dominant position

- (63) The Bundeskartellamt currently assesses the members of the Olympic Movement, of which the parties are part, as a collective or competitive entity on the assumed worldwide market for the organisation and marketing of the Olympic Games that has a collective dominant position on that market. Jointly the members are the addressees of Article 102 TFEU and Section 19(1) combined with (2) no. 1 GWB.
- (75) The Bundeskartellamt currently assesses that the aforementioned restrictions were reinforced by the very far-reaching sanctions that could be imposed on athletes if they violated rule 40, bye-law 3 OC or the DOSB Guidelines 2016. Besides purely financial sanctions like contractual penalties and damages, both pursuant to the athlete agreement which athletes had to sign to be admitted to the Olympic Games and Article 59 no. 2.1 OC which athletes had to acknowledge as applicable in this context athletes potentially faced sports-related sanctions with regard to their professional athleticism and hence their profession as such in the event of such violations. Besides the annulment of scores and the return of medals, such sanctions included in particular an exclusion from the Olympic Games or the German Olympic team and bans from competitions.

DOSB, IOC et al. – sport specific exclusion (Meca Medina test)

- (127) In the Bundeskartellamt's preliminary assessment, the rules provided in the DOSB Guidelines 2016 and their application by the parties are subject to antitrust review pursuant to Article 102 TFEU and Section 19 GWB. The question whether any other reasons can represent an objective justification for the advertising restrictions, in particular the reasons not deemed to be legitimate objectives within the meaning of the Meca-Medina decision, can be left open in this case. The Bundeskartellamt considers that **the commitments undertaken by the parties result in proportionate requirements for advertising measures to be observed by members of the German Olympic team pursuant to rule 40, bye-law 3 OC with regard to the achievement of the legitimate objective of preventing ambush market in order to ensure that the Olympic Games can take place on a regular basis**. On the basis of these new stipulations which, pursuant to the commitments undertaken, are applicable until the conclusion of the 2026 Olympic Games, a violation of Article 102 TFEU, Section 19 GWB can be ruled out.

DOSB, IOC et al. – consequences

Olympic Charter, Rule 40, Bye Law 3 (as set forth in the decision)

Except as permitted by the IOC Executive Board, no competitor, team official or other team personnel who participates in the Olympic Games may allow his person, name, picture, or sports performances to be used for advertising purposes during the Olympic Games. A

Olympic Charter, Rule 40, Bye Law 3 (version: 8 August 2021)

~~Except as permitted by the IOC Executive Board, no competitor,~~ team officials ~~or and~~ other team personnel who participates in the Olympic Games may allow ~~his~~ their person, name, picture, or sports performances to be used for advertising purposes during the Olympic Games in accordance with the principles determined by the IOC Executive Board.

COMMERCIAL OPPORTUNITIES FOR PARTICIPANTS DURING THE OLYMPIC WINTER GAMES BEIJING 2022

This document sets out the Key Principles of use of Participants' Images for Advertising (each as defined in the "Scope" section, below) that are applicable to the Olympic Winter Games Beijing 2022 (**Beijing 2022**), further to Bye-law 3 to Rule 40 of the Olympic Charter. It seeks to clarify what is possible during the Games Period (as defined below) and put Participants in a better position to work with their sponsors in a manner consistent with their rights and responsibilities under the Athletes' Declaration and the Olympic Charter.

Contact

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