

L'arbitrabilité des litiges sportifs

ANTONIO RIGOZZI *

Introduction

En matière sportive, le recours à l'arbitrage est beaucoup plus récent qu'en matière commerciale. Depuis la création du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) en 1984, l'on constate toutefois que l'arbitrage tend à devenir le mode ordinaire de résolution des litiges également en matière sportive, en tout cas pour ce qui est des sports olympiques¹. S'agissant plus particulièrement du contentieux disciplinaire relatif au dopage on peut même dire que l'arbitrage est en passe de devenir, tant au niveau national qu'au niveau international, le mode exclusif de résolution des litiges.

- Au niveau national, le Comité Olympique National Suisse (*Swiss Olympic*) a récemment adopté une nouvelle réglementation (Statut concernant le dopage) qui prévoit que les infractions aux prescriptions antidopage de toutes les fédérations (nationales) affiliées seront jugées par le 'Conseil de discipline pour les cas de dopage' et que les décisions de ce dernier pourront faire l'objet d'un recours auprès du TAS (art. 16 al. 3 Statut)².
- Au niveau international, le 5 mars 2003, toutes les principales fédérations sportives ainsi que quelques 80 gouvernements ont adopté le Code Mondial Anti-Dopage (le Code)³ qui prévoit que le TAS sera l'instance exclusivement compétente pour connaître des recours contre les décisions en matière de dopage 'découlant d'épreuves lors d'une manifestation internationale ou dans des cas

* Avocat, Schellenberg Wittmer, Genève ; doctorant à l'Université de Genève. Le présent article se base sur les travaux entrepris en vue de la rédaction d'une thèse de doctorat consacrée à l'arbitrage en matière sportive.

¹ L'année 2002 a en effet marqué l'acceptation de la juridiction du TAS par les fédérations internationales d'athlétisme (IAAF) et de football (FIFA), les deux dernières fédérations olympiques encore hésitantes à confier le règlement du contentieux disciplinaire avec leurs affiliés à une instance indépendante.

² Cf. Hans Roth, Monika Hintz, *Die neue Doping-Sanktioninstanz in der Schweiz*, SpuRt 2003, pp. 11-14 ; Antonio Rigozzi, *Les nouvelles compétences du Tribunal Arbitral du Sport en matière de dopage*, Jusletter du 15 avril 2002, <<http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1633>>, paras. 26-29.

³ Disponible sur le site <<http://www.wada-ama.org>>.

impliquant des sportifs de niveau international' (article 13.2.1 du Code)⁴.

'Cette nouvelle marque de reconnaissance venant de la communauté internationale, démontre que le TAS répond à un réel besoin'⁵. C'est dans ces termes que le Tribunal fédéral suisse prend acte de ces derniers développements dans un arrêt qui atteste définitivement que le TAS présente toutes les garanties d'indépendance permettant d'assimiler ses sentences aux jugements des tribunaux étatiques. A l'heure de sa consécration juridictionnelle, l'arbitrage en matière sportive fait toutefois l'objet d'un certain regain d'hostilité, notamment en doctrine. Une étude récemment publiée a par exemple fondamentalement mis en doute l'arbitrabilité du contentieux relatif à la suspension des athlètes en droit suisse⁶. Cela nous a semblé mériter une analyse des principaux problèmes que les litiges sportifs soulèvent du point de vue de l'arbitrabilité (cf. *infra* II.). Pour ce faire, nous précisons d'abord le concept d'arbitrabilité par quelques remarques d'ordre général et par l'exposé des critères qui servent à délimiter l'arbitrabilité en droit suisse (cf. *infra* I.).

I. L'ARBITRABILITÉ DES LITIGES EN GÉNÉRAL

1. Remarques terminologiques et conceptuelles

Selon une définition classique, le terme 'arbitrabilité' se réfère à la question de savoir si un type particulier de litiges peut être résolu par l'arbitrage ou s'il appartient exclusivement au domaine des tribunaux étatiques⁷. Dans cette acception objective⁸, l'arbitrabilité représente une restriction légale à

⁴ Stephan Netzle, *Mehrarbeit für das Internationale Sportschiedsgericht: Der Anti-Doping-Kodex lässt wenig Spielraum bezüglich Sanktionen von Dopingsündern*, in: NZZ du 11 avril 2003, p. 41.

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 27 mai 2003 *Lazutina et Danilova c. CIO et FIS*, cons. 3.3.3, p. 23.

⁶ Philippe Meier, Cédric Aguet, *L'arbitrabilité du recours contre la suspension prononcée par une fédération sportive internationale*, Journal des Tribunaux 2002 I, pp. 55-84.

⁷ Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd Ed., London, 1999, n° 3-21, p. 148 (traduction de l'auteur). Cf. aussi la terminologie du Tribunal fédéral suisse pour qui les litiges qui ne font pas l'objet d'« un monopole de la juridiction étatique » et qui, dès lors, sont 'susceptibles d'être tranchés par la voie de l'arbitrage' (Arrêt du Tribunal fédéral du 23 juin 1992 *Fincantieri et Oto Melara c. M.*, ATF 118 II 353, 355, Bull. ASA 1993 58, YCA 1995 766).

⁸ Il est d'usage de distinguer l'arbitrabilité *ratione materiae* (*objektive Schiedsfähigkeit*) dont il est ici question de l'arbitrabilité *ratione personae* (*subjective Schiedsfähigkeit*), c'est-à-dire de la capacité des parties de conclure une convention d'arbitrage (ATF 118 II 353, 355).

l'autonomie de la volonté des parties⁹ par le biais de laquelle l'Etat exerce une sorte de contrôle préventif de la fonction arbitrale¹⁰. La question de l'arbitrabilité est donc une question indépendante de la capacité et de la volonté des parties¹¹.

S'il est vrai que, comme le rappelle le Tribunal fédéral, 'l'arbitrabilité est une condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres'¹², elle n'est pas la seule. Il convient dès lors de distinguer la notion d'arbitrabilité employée ici du terme '*arbitrability*' souvent utilisé aux Etats-Unis pour désigner de manière générale la portée de la convention d'arbitrage. Des confusions terminologiques se retrouvent en effet non seulement en doctrine¹³, mais également dans la pratique du TAS. Dans une sentence récente on peut par exemple¹⁴ lire que le 'litige est arbitral au sens du Code de l'arbitrage en matière de sport...'¹⁵.

2. Le droit applicable

Chaque Etat détermine souverainement les matières qui peuvent être soumises à l'arbitrage, sans que les conventions internationales – généralement muettes sur ce point – ne le restreignent dans cette prérogative¹⁶. Le droit applicable à l'arbitrabilité peut toutefois varier selon le caractère interne ou international de l'arbitrage (2.1.) et selon le stade de la procédure auquel la question se pose (2.2.).

⁹ Jean-François Poudret, Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich [etc.], 2002 nn° 326 et 332, pp. 298 et 301-302.

¹⁰ Peter Schlosser, *Die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes: eine rechtsvergleichende und internationalrechtliche Studie*, in: Festschrift für Hans W. Fasching, Vienne, 1988, pp. 405-438 ; Fouchard/Gaillard/Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, n° 563, p. 347 ; François Perret, *I limiti dell'arbitrabilità*, *Rivista dell'arbitrato* 1994, pp. 677-696, 694-695.

¹¹ Andreas Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle [etc.], 1988, n° 86, p. 37.

¹² ATF 118 II 353, 355.

¹³ Cf., par exemple, Jean-Philippe Rochat, *Arbitrage juridictionnel en matière de sport*, in: *Droit et Sport*, Publication FSA (volume 18), Berne, 2003, pp. 53-76, 55 où l'auteur affirme que 'le TAS interprète sa propre compétence de manière à favoriser l'arbitrabilité des litiges...'

¹⁴ Cf. aussi Sentence du TAS du 29 août 1997, TAS 97/168, *FFSA, FIC, FNSA c. FISA*, Rec. TAS II 12, 18.

¹⁵ Sentence TAS du 22 juillet 1998, TAS 98/185 *Real Sporting Club Anderlecht c. UEFA*, Rec. TAS II 459, 462, JDI 2002 320, 322 ainsi que la note de Dominique Hascher, p. 329.

¹⁶ José Carlos Fernández Rozas, *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, RCADI 2001 (Tome 290), pp. 9-224, 112.

2.1. Arbitrage interne ou arbitrage international

Comme nombreuses autres législations nationales¹⁷, le droit suisse consacre un critère d'arbitrabilité plus étendu en matière internationale qu'il ne le fait en matière interne. Du fait de cette différence de régime – sur laquelle nous reviendrons plus en détail par la suite¹⁸ – la délimitation entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne revêt une importance pratique non négligeable.

Le Chapitre 12 de la LDIP relatif à l'arbitrage international s'applique 'à tout arbitrage 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' (art. 176 al. 1 LDIP). Le choix d'un critère subjectif comme celui du domicile des parties au lieu d'un critère objectif privilégiant l'internationalité du litige a sans doute l'avantage de la simplicité, mais peut parfois se révéler artificiel¹⁹. Ceci peut conduire à des résultats insatisfaisants en matière sportive. L'arbitrabilité des litiges entre une des nombreuses fédérations internationales domiciliées en Suisse et un athlète variera en effet en fonction du domicile de ce dernier. Lorsque les deux athlètes, l'un suisse et l'autre étranger, sont par exemple des coéquipiers ou des concurrents impliqués dans un même litige, le caractère peu satisfaisant de cette différence de régime devient manifeste.

De *lege ferenda*, la meilleure façon de résoudre ce problème consisterait à permettre aux parties domiciliées en Suisse de soumettre un litige au régime du Chapitre 12 de la LDIP lorsque ce litige présente (par ailleurs) d'autres critères d'extranéité, ce qui serait par définition le cas dans les litiges concernant des athlètes de haut niveau dont l'activité est par essence internationale. Il en irait de même de tous les litiges impliquant le CIO ou une fédération internationale. De *lege lata*, il faut toutefois s'accommoder²⁰ de cette différence de régime peu compatible avec l'impératif de *par condicio* qui est la principale raison d'être de toute réglementation sportive.

¹⁷ Schlosser, *cit. supra* Fn 10, p. 409.

¹⁸ Cf. *infra* A.I.4.1 et A.I.4.2.

¹⁹ Cf. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi, *When is a Swiss arbitration international? Comments on a Swiss Federal Tribunal decision of June 24, 2002 (4P.54/2002)*, Jusletter du 7 octobre 2002, <<http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1633>>, paras. 19 ss.

²⁰ En l'état du droit, la seule alternative reviendrait à prévoir une élection de droit en faveur du CIA pour les litiges internationaux dans les conditions prévues par l'art. 176 al. 2 LDIP.

2.2. Différents cas de figure en matière internationale

L'arbitre doit respecter les dispositions régissant l'arbitrabilité des litiges prévues par la loi d'arbitrage du siège²¹. Pour les tribunaux arbitraux siégeant en Suisse, comme par exemple le TAS, l'arbitrabilité se déterminera donc en application du droit suisse de l'arbitrage (art. 5 CIA, art. 177 al. 1 LDIP²²). Il en ira ainsi également pour ce qui concerne les formations arbitrales la Chambre ad hoc du TAS pour les Jeux Olympiques. En effet, même si elles exercent leur activité dans la ville olympique, les formations arbitrales de la Chambre ad hoc ont leur siège (juridique²³) à Lausanne (art. 7 du Règlement d'arbitrage de la Chambre ad hoc). Ainsi, par exemple les formations de la Chambre ad hoc pour les prochains Jeux d'hiver de Turin appliqueront le droit suisse à la question de l'arbitrabilité même si elles rendent leur sentence en Italie. De la même manière, un collège arbitral institué sous l'égide du Comité olympique italien (CONI) dont le siège est fixé à Rome, se déterminera sur la question de l'arbitrabilité du litige qui lui est soumis en application de l'art. 806 du Code de procédure civile italien²⁴.

Comme le montre bien la formulation de l'art. 34 al. 2 let. b(i) de la Loi-Type CNUDCI, au stade du recours contre la sentence, le droit applicable à la question de l'arbitrabilité est le droit de l'Etat compétent pour connaître du recours. Ainsi, le Tribunal fédéral saisi d'un recours contre une sentence du TAS en matière internationale²⁵ (soit-elle rendue à Lausanne, dans une ville olympique ou dans tout autre pays étranger²⁶) appliquera l'art. 177 LDIP pour déterminer si le litige est arbitral²⁷.

²¹ Poudret/Besson, cit. supra Fn 9, n° 332, pp. 301-302.

²² Cf. par exemple Sentence partielle ICC Case N. 8420, YCA 2000 328.

²³ Sur la notion de siège de l'arbitrage en général avec des références expresses à l'arbitrage en matière sportive, cf. Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation*, Rev. arb. 1998, pp. 517-536, spéc. 525-529.

²⁴ En vertu des arts. 1 al. 7 et 16 al. 1 du Règlement de la CCAS, le siège (*sede*) de l'arbitrage est '*in Roma presso il CONI*'. L'art. 7 al. 8 précise que '*Per quanto non espressamente previsto nel presente Regolamento, si applicano gli articoli 806 e seguenti del Codice di procedura civile*'.

²⁵ En matière interne les instances de recours appliqueront l'article 5 CIA.

²⁶ Il convient de mentionner le système de résolution des litiges récemment mis en place par l'Agence Anti-Dopage des Etats-Unis (USADA) qui prévoit un recours au TAS tout en précisant que 'l'arbitrage aura obligatoirement lieu aux Etats-Unis'. Sur ces questions, cf. Rigozzi, cit. supra Fn 2, spéc. Para. 23.

²⁷ Ainsi, du moins implicitement, Arrêt du Tribunal fédéral du 15 mars 1993 *Gundel c. Fédération Equestre Internationale*, (ATF 119 II 279), Bull. ASA 1993 398, 406-407 se référant à Lalive/Poudret/Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, n° 2 ad art. 177 LDIP.

En vertu de l'art. V al. 2 let. a de la Convention de New York (CNY), le juge refusera – à la demande d'une partie ou d'office – la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale lorsque, en vertu de son propre droit, le litige n'est pas arbitral²⁸. Compte tenu du caractère très libéral du critère de la 'patrimonialité du litige' retenu à l'art. 177 LDIP²⁹, il existe un certain risque qu'une sentence rendue en Suisse ne soit pas exécutée à l'étranger du fait que le pays en question connaît un critère d'arbitrabilité plus restrictif. En ce qui concerne les sentences du TAS, on s'est par exemple demandé si une sentence en matière disciplinaire pouvait être reconnue en Allemagne compte tenu de la réglementation allemande qui interdisait le recours à l'arbitrage lorsqu'une des parties à la convention d'arbitrage se trouvait dans une position de supériorité sociale ou économique (cf. § 1025 II aZPO)³⁰. Des problèmes sont également envisageables s'agissant des sentences qui seront rendues par le TAS en application du 'Règlement de la FIFA concernant le Statut et le Transfert des Joueurs' et qui touchent aux contrats de travail, domaine dont l'arbitrabilité n'est pas reconnue par toutes les législations d'arbitrage³¹. Il est toutefois vrai que, compte tenu de l'exécution spontanée de la plupart des sentences arbitrales en matière sportive, les cas problématiques sont destinés à rester rares en pratique.

En fait, les problèmes les plus épineux sont susceptibles de surgir lorsque le juge étatique est saisi d'une demande au fond en dépit d'une convention d'arbitrage, et plus particulièrement lorsque l'arbitrage a son siège dans un autre pays que celui du juge saisi. Dans ce cas de figure³², la CNY prévoit que les tribunaux donneront effet à la convention d'arbitrage dans la mesure où celle-ci 'port[e] sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage' (art. II al. 3) sans toutefois préciser, comme elle le fait en son art. V CNY, le droit applicable à l'arbitrabilité. La question qui se pose est celle de savoir si tribunal saisi de l'exception d'arbitrage doit appliquer son propre droit (*lex fori*) ou alors le droit applicable à l'arbitrage (*lex arbitri*). Supposons par exemple que lors des jeux Olympiques de Turin

²⁸ Bucher, cit. supra Fn 11, p. 146.

²⁹ Cf. infra A.I.4.2.

³⁰ Ulrich Haas, *Die Sport(schieds)gerichtsbarkeit der Athleten*, in: *Rechte der Athleten*, Frankfurt a.M., 1997, pp. 57 ss., 71-72. À propos d'une interdiction similaire contenue au § 91 GWB, cf. Burkhard Hess, *Sportschiedsgerichte im Lichte der New Yorker Konvention*, ZZPInt 1998, pp. 457-475, 462.

³¹ A ce sujet, il convient de signaler que les termes de l'accord conclu entre la FIFA l'UEFA et la Commission européenne prévoit que la compétence du tribunal arbitral ne préjuge pas de la possibilité de saisir les tribunaux étatiques (Cf. Jurgen Fritz, Katarina Düll, *Zu den neuen FIFA Transferreregungen*, SpuRt 2002, pp. 144-147).

³² Dans l'hypothèse de la saisine d'un tribunal arbitral de l'Etat du siège de l'arbitrage, la question de l'arbitrabilité du litige s'analysera tout naturellement en application de la disposition pertinente de la *lex arbitri*.

2006 la Fédération italienne de ski limoge avec effet immédiat l'entraîneur en chef de l'équipe de descente et que ce dernier agit devant les tribunaux italiens. Si la fédération soulève l'exception d'arbitrage invoquant la clause d'arbitrage en faveur du TAS contenue dans la formule d'inscription aux Jeux, l'entraîneur pourra rétorquer qu'en application de l'art. 806 du Code de procédure civile italien, les litiges en matière de contrat de travail sont inarbitrables³³. Le juge italien devra-t-il appliquer son propre droit (et rejeter l'exception d'arbitrage pour inarbitrabilité) ou alors le droit suisse du siège de l'arbitrage (et admettre l'arbitrabilité des litiges en matière de travail en application de l'art. 177 al. 1 LDIP³⁴) ?

En l'état de la jurisprudence, le juge italien déterminera l'arbitrabilité d'un litige faisant l'objet d'une clause arbitrale en faveur du TAS en application de son propre droit³⁵. L'application de la *lex fori* est également préconisée par la doctrine majoritaire qui estime, à la fois pour des raisons de simplicité et de cohérence, que l'art. V al. 2 let. a CNY contient en fait une réglementation exhaustive du droit applicable à l'arbitrabilité dans le domaine d'application de la Convention³⁶. Un courant doctrinal a critiqué cette approche en faisant valoir, à raison, que le juge étatique saisi d'une exception d'arbitrage n'est compétent que si le mécanisme arbitral choisi par les parties se révèle défectueux³⁷. Puisque le texte de l'art. II CNY ne l'interdit pas, il nous semble que l'application du droit du siège de l'arbitrage doit être préférée. En effet, au-delà des arguments généraux que nous venons de rappeler, une telle solution aboutirait à une uniformité dans la détermination de l'arbitrabilité des litiges qui est à l'évidence plus que souhaitable en matière sportive. Un athlète soumis à une clause du TAS ne pourrait plus envisager de s'adresser à un tribunal d'un Etat à la législation particulièrement restrictive en matière d'arbitrabilité pour s'y soustraire.

³³ Carmine Punzi, *Le clausole compromissorie nell'ordinamento sportivo*, Rivista di diritto sportivo 1987, pp. 237-254, 248.

³⁴ Il est généralement admis que les litiges en matière de travail sont arbitrables sous le régime du Chapitre 12 de la LDIP (cf. Gabriel Aubert, *L'arbitrage en droit du travail*, Bull. ASA 2000, pp. 2-30, 7).

³⁵ Cass. 1979 N° 2429, RDIPP 1979 565, et les références plus récentes par des cours inférieures citées par Poudret/Besson, cit. supra Fn 9, note 858, p. 303.

³⁶ Schlosser, cit. supra Fn 10, pp. 419-420 et les références ; Ulrich Haas, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, June 10, 1958*, in: Frank-Bernd Weigand (éd.), *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, Munich, 2002, n° 58 ad art. II, pp. 449-450 et les références. Pour une étude récente, cf. Homayoon Arfazadeh, *Arbitrability under the New York Convention: the lex fori revisited*, Arb. Int. 2001, pp. 73-87, 81. Cet auteur justifie l'application de la *lex fori* du fait que le juge saisi d'une exception d'arbitrage examine en fait sa propre compétence exclusive, question qui ne peut être déterminée que par son propre droit.

³⁷ Poudret/Besson, cit. supra Fn 9, n° 336 p. 305 : 'La question est donc de savoir si l'arbitrage est possible au lieu choisi par les parties. Il importe peu de savoir si un arbitrage dans l'état du juge saisi aurait été compatible avec les dispositions de la *lex fori*'.

Tous les athlètes seraient ainsi soumis à la juridiction du TAS dans les mêmes limites et donc, en dernière analyse, traités de la même manière. De plus, le seul véritable problème que pourrait soulever le rattachement au droit du siège de l'arbitrage – c'est-à-dire le fait que le siège de l'arbitrage n'est pas nécessairement déjà fixé au moment où la question de l'arbitrabilité surgit devant le juge étatique³⁸ – ne se posera que très rarement en matière sportive, et pratiquement jamais s'agissant d'une clause du TAS dont l'on sait que le siège sera fixé à Lausanne.

3. Remarques procédurales

Comme nous l'avons déjà relevé, le Tribunal fédéral estime que 'l'arbitrabilité est une condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres'³⁹. On pourrait donc en déduire, avec un courant doctrinal, que la partie qui estime qu'un litige n'est pas arbitrable soulève en fait une exception d'incompétence et que celle-ci doit être soulevée devant le tribunal arbitral préalablement à toute défense au fond conformément aux exigences de l'art. 186 LDIP. Suivant cette approche, dans l'affaire *Gundel*, le Tribunal fédéral a jugé que le sportif qui n'invoque pas l'inarbitrabilité du litige devant le TAS ne pourra plus soulever ce moyen dans un recours contre la sentence⁴⁰.

Cette jurisprudence est toutefois, non sans raison, critiquée par un autre courant doctrinal. En effet, même si elle constitue un aspect de la validité de la convention d'arbitrage, l'arbitrabilité est une restriction légale totalement indépendante de la faculté des parties de délimiter à leur guise l'objet du litige⁴¹. De ce fait, elle 'doit être examinée d'office par le tribunal arbitral [...] [et] doit pouvoir être soulevée à tous les stades de la procédure arbitrale et de recours'⁴². A notre avis, cette solution doit être privilégiée. Elle est non seulement la seule compatible avec le caractère impératif des règles sur l'arbitrabilité, mais elle est aussi en syntonie avec celle prévue par la CNY

³⁸ Ainsi, à raison, Fernández Rozas, cit. supra Fn 16, p. 109.

³⁹ ATF 118 II 353, 355.

⁴⁰ ATF 119 II 279, Bull. ASA 1993 398, 406-407 se référant à *Lalivé/Poudret/Reymond*, cit. supra Fn 27, n° 6 ad art. 177 LDIP.

⁴¹ Cf. supra, N° A.I.1, Poudret/Besson, cit. supra Fn 9, n° 326, p. 298.

⁴² Bucher, cit. supra Fn 11, n° 132 p. 53. Dans le même sens : Frank Vischer, *IPRG-Kommentar*, Zurich, 1993, n° 21 ad art. 177, p. 1506 ; Bernard Dutoit, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 3^{ème} éd., Bâle [etc.] 2001, n° 4 ad art. 177, p. 553, Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 65. Cf. aussi Karrer, cit. supra Fn 48, p. 386 qui précise qu'une clause arbitrale portant sur une matière inarbitrable serait nulle *ab initio* et que même une *Einlassung* ne saurait fonder la compétence d'un tribunal arbitral.

qui, comme nous l'avons vu, permet au juge de refuser d'office la reconnaissance et l'exécution lorsqu'il constate que la cause est inarbitrable. D'un point de vue pratique, elle permet aussi de tenir compte du fait que les athlètes sont souvent représentés devant le TAS par des avocats étrangers qui ne sont pas nécessairement familiers avec toutes les particularités du régime de l'arbitrabilité en droit suisse de l'arbitrage.

La doctrine récente a par ailleurs relevé que dans l'arrêt *Stanley Roberts*, le Tribunal fédéral semble avoir effectivement soulevé la question de l'arbitrabilité d'office⁴³. La Haute Cour y affirme en effet que '[d]ie Bestimmungen dieses Kapitels gelten für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern [...] der Gegenstand des Schiedsverfahrens vermögensrechtlicher Natur ist (Art. 177 Abs. 1 IPRG)'⁴⁴. Plus qu'examiner la question de l'arbitrabilité d'office, le Tribunal fédéral semble ici ériger l'arbitrabilité du litige en condition d'application du Chapitre 12 de la LDIP au même titre que le siège du tribunal arbitral en suisse⁴⁵ ou la condition d'indépendance structurelle du tribunal arbitral⁴⁶. Il s'agit là à notre avis d'un lapsus du Tribunal fédéral⁴⁷. En effet, si l'arbitrabilité du litige était vraiment une condition d'application du droit de l'arbitrage, cela conduirait au résultat illogique que le Tribunal fédéral ne pourrait pas, faute de compétence, annuler une sentence tranchant une question inarbitrable⁴⁸ !

⁴³ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 65, note 40.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 7 février 2001, *Stanley Roberts c. FIBA*, Bull. ASA 2001 523, 526.

⁴⁵ Cf. supra A.I.2.1.

⁴⁶ Partant du constat que le droit de l'arbitrage 'assimile, quant à la force exécutoire, les sentences arbitrales [...] aux jugements rendus par les tribunaux étatiques', le Tribunal fédéral considère qu'une telle assimilation ne se justifie que si 'le tribunal arbitral offre des garanties suffisantes d'indépendance dans ses jugements' (ATF 76 I 87, JT 1951 I 77). Dans l'arrêt *Gundel* précité, le Tribunal fédéral a précisé que cette jurisprudence s'applique 'tant au regard du Concordat sur l'arbitrage (CIA) que du chapitre 12 de la LDIP'. Après avoir passé en revue le Statut et le Règlement du TAS alors en vigueur, le Tribunal fédéral reconnaît au TAS le statut de véritable tribunal arbitral, en tant du moins qu'il statue sur des recours contre des décisions des fédérations internationales (ATF 119 II 271, 275-276 ; cf. aussi Arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 1999 *Lu Na Wang et al. c. FINA*, 5P.83/1999, Rec. TAS II 767, 768). Dans l'arrêt *Lazutina* de 2003, le Tribunal fédéral confirme que tel qu'il a été aménagé depuis la réforme de 1994, le système de la liste d'arbitres du TAS satisfait aujourd'hui aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux également lorsqu'il agit en qualité d'autorité de recours contre des décisions du CIO (Arrêt du Tribunal fédéral du 27 mai 2003 *Lazutina et Danilova c. CIO et FIS*, cons.3.3.4, p. 23, question précédemment laissée ouverte dans Arrêt du 4 décembre 2000, *Andreea Raducan c. CIO*, Bull. ASA 2001 508, 512).

⁴⁷ A vrai dire, des premiers signes dans ce sens apparaissent déjà dans l'arrêt *Raducan* où le Tribunal fédéral affirme que 'la sentence arbitrale, au sens de l'art. 189 LDIP, est un jugement rendu, sur la base d'une convention d'arbitrage, par un tribunal non étatique auquel les parties ont confié le soin de trancher une cause de nature patrimoniale (art. 177 al. 1 LDIP)' (Bull. ASA 2001 508, 511).

⁴⁸ Dans le même sens, Pierre A. Karrer, '*Schiedsverfahrensrecht*' Bitte differenzieren, in: *Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag*, Munich, 2002, pp. 383-395, 388 pour qui 'Ein Schiedsgericht sollte nicht in einer nicht schiedsfähigen Streitsache entscheiden. Tut es dies gleichwohl, ist der Schiedsspruch nicht ab initio nichtig, sondern kann nur deswegen angefochten werden'.

En ce qui concerne la pratique du TAS, l'on peut signaler au moins une sentence dans laquelle la formation a examiné d'office la question : après avoir vérifié que le critère de patrimonialité de l'art. 177 LDIP était bien rempli en l'espèce, la Formation arbitrale conclut que 'l'arbitrabilité du présent litige, *qui n'est d'ailleurs pas contestée par les parties*, doit donc être reconnue'⁴⁹. Face à ces incertitudes, nous ne pouvons qu'appeler de nos vœux une clarification jurisprudentielle précisant que la question de l'arbitrabilité est impérative et doit de ce fait être soulevée d'office, tant par les arbitres que par les tribunaux. En l'état de la jurisprudence, il convient toutefois de conseiller à la partie qui entend invoquer l'inarbitrabilité du litige, de le faire d'emblée, par exemple en tête du mémoire réponse prévu aux arts. R39 et R55 du Code TAS⁵⁰. D'un point de vue pratique, il faut en tout cas attirer l'attention des plaideurs sur le fait que le simple fait de contresigner sans réserves l'ordonnance de procédure généralement préparée par le greffe du TAS – qui prévoit que la compétence 'est confirmée par la signature du présent document par les parties' – risque de forclure le grief d'inarbitrabilité pour la suite de la procédure, et en particulier au stade du recours contre la sentence.

4. Les critères d'arbitrabilité en droit suisse

4.1. Le critère de la libre disponibilité selon l'art. 5 CIA

L'art. 5 al. 1 CIA prévoit que sont seuls arbitrables les litiges qui portent sur des droits qui relèvent de la 'libre disposition des parties'⁵¹. Selon une définition classique, le critère de disponibilité est satisfait lorsque le droit en question 'est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout en faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer'⁵². Ce critère est satisfait à chaque fois que les parties ont le droit de transiger et donc de renoncer, en tout ou en partie, à leur position subjective⁵³. Ce qui est décisif, c'est la nature juridique de la prétention qu'une partie fait valoir à l'encontre de l'autre⁵⁴.

⁴⁹ TAS 98/185 *Anderlecht c. UEFA*, Rec. TAS II 459 462, JDI 2002 p. 318 322, c'est nous qui soulignons.

⁵⁰ Ces deux dispositions prévoient, respectivement pour la procédure ordinaire et pour la procédure d'appel, que 'la réponse doit comprendre [...] toute exception d'incompétence'.

⁵¹ En l'état, les travaux relatifs à la révision du droit interne de l'arbitrage dans le Chapitre 7 de la future Loi fédérale sur la procédure civile suisse maintiennent ce même critère.

⁵² Patrice Level, *L'arbitrabilité*, Rev. arb. 1992, pp. 213-240, 219.

⁵³ Perret, cit. supra Fn 10, p. 679.

⁵⁴ Pierre Jolidon, *Commentaire du Concordat suisse sur l'Arbitrage*, Berne, 1984, p. 153.

L'étude du critère de la disponibilité est importante non seulement dans les cas où l'arbitrage du TAS est régi par le CIA, et en particulier le contentieux suisse du dopage. Il l'est également en matière internationale dans tous les cas où le litige dont est saisi le TAS pourrait être porté devant un tribunal d'un des nombreux Etats qui connaissent le critère de la disponibilité également pour l'arbitrage international ou pour le cas où la sentence du TAS est susceptible d'y être reconnue ou exécutée. Cela dit, en pratique, dans la plupart des cas dont le TAS est appelé à connaître, le critère déterminant sera celui prévu par le droit suisse en matière d'arbitrage international.

4.2. Le critère de la patrimonialité de l'art. 177 al. 1 LDIP

'Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage': c'est dans ces termes à la fois simples et sibyllins que l'art. 177 al. 1 LDIP définit quels litiges peuvent être tranchés par des tribunaux arbitraux internationaux siégeant en Suisse. Comme le Tribunal fédéral l'a expressément relevé, le législateur de la LDIP 'a choisi d'édicter une règle matérielle de droit international privé, fondée sur l'objet du litige, [...] [et] a voulu ainsi exclure toutes les difficultés liées à l'approche conflictuelle [...] en particulier la nécessité de rechercher la loi applicable dans la détermination de l'arbitrabilité du litige'⁵⁵. Ceci est particulièrement utile en matière sportive où, dans la plupart des cas, les arbitres peuvent trancher le litige simplement en application de la réglementation sportive pertinente sans même devoir s'interroger sur le droit étatique applicable.

Le concept de patrimonialité n'est défini nulle part dans la LDIP⁵⁶. Il apparaît dans d'autres dispositions de la loi, et en particulier aux arts. 5 et 6 LDIP relatifs à la prorogation de for, ainsi qu'à l'art. 16 LDIP concernant la constatation du contenu du droit étranger. Or, ces deux problématiques sont par définition propres à l'activité du juge étatique et étrangères à celle de l'arbitre international (qui n'a pas de for à proprement parler et pour qui il n'existe pas de droit véritablement étranger). C'est là à nos yeux la raison justifiant une interprétation autonome du concept de matière patrimoniale au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP⁵⁷. De même, nous ne pensons pas que la notion

⁵⁵ ATF 118 II 353, 356 et 358.

⁵⁶ Dutoit, cit. supra Fn 42, n° 2 ad art. 177, p. 553.

⁵⁷ Vischer, cit. supra Fn 42, n° 1 ad art. 177, p. 1499. Ainsi aussi Robert Briner, *Chapter 12 PILA-Commentary*, Bâle [etc.], 2000, n° 10 ad art. 177, p. 319 ; *contra* : Walter/Bosch/Brönnimann, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Berne, 1991, p. 55.

de ‘droit de nature pécuniaire’ – utilisée par l’art. 44 OJF⁵⁸ pour délimiter la recevabilité du recours en réforme devant le Tribunal fédéral – soit nécessairement pertinente en l’espèce, sinon à titre d’*Orientierungshilfe*⁵⁹. En particulier, la jurisprudence développée à ce sujet nous paraît trop technique pour être transposée en matière d’arbitrabilité, domaine où le législateur a précisément voulu simplifier les solutions.

Pour le Tribunal fédéral, le critère de la nature patrimoniale de la cause englobe ‘toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d’actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l’une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent’⁶⁰. Avec la doctrine, on peut ajouter que la patrimonialité de l’art. 177 al. 1 LDIP est ‘une notion de fait’ qui concerne en premier lieu la qualité de l’intérêt poursuivi par l’action⁶¹ ou, en d’autres termes, son but⁶²: pour que l’arbitrabilité soit admise, ‘il suffit [donc] que le *sort de la cause* présente un intérêt patrimonial’⁶³. Le Tribunal fédéral a également tenu à relever la volonté du législateur d’ouvrir largement l’accès à l’arbitrage international⁶⁴. Se référant aux travaux préparatoires, la doctrine en a déduit qu’il faut dès lors procéder à une ‘interprétation aussi extensive que possible’⁶⁵ et en tout cas ‘très libérale du concept de “patrimonialité” dans le contexte de l’art. 177 al. 1 LDIP’⁶⁶.

4.3. Le rôle de l’ordre public dans l’arbitrage international

Dans un arrêt de 1992, le Tribunal fédéral a semblé admettre qu’‘un tribunal arbitral siégeant en Suisse, dans le cadre d’un arbitrage international, n’est pas compétent pour connaître d’une cause patrimoniale si le fait d’admettre

⁵⁸ Loi fédérale d’organisation judiciaire (RS 173.110).

⁵⁹ Hans Michael Riemer, *Schiedsfähigkeit von Klagen des ZGB bei internationalen Schiedsgerichten (art. 177 Abs. 1 IPRG)*, in: Rechtsschutz: Festschrift von Castelberg, Zurich, 1997, pp. 213-221, 215. Pour une application plus conséquente des critères dégagés dans le contexte de l’OJ: Bucher, cit. supra Fn 11, n° 132 p. 53. Pour une application analogique: Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 69 pour qui ‘l’on est d’ailleurs en droit de s’étonner que le Tribunal fédéral ne fasse pas cette analogie d’office’.

⁶⁰ *Ibid.*; et plus récemment ATF du 20 septembre 2000, *Republik Polen c. Saar Papier Vertriebs*, consid. 1b.

⁶¹ Vischer, cit. supra Fn 42, n° 5 ad. art. 177, p. 1500.

⁶² Walter/Bosch/Brönnimann, cit. supra Fn 57, p. 59.

⁶³ Lalive/Poudret/Reymond, cit. supra Fn 27, n° 2 ad art. 177 LDIP, p. 306, c’est nous qui soulignons.

⁶⁴ ATF 118 II 353, 355-356.

⁶⁵ Lalive/Poudret/Reymond, cit. supra Fn 27, n° 2 ad art. 177 LDIP, p. 306. Dans le même sens, Walter/Bosch/Brönnimann, cit. supra Fn 57, p. 56.

⁶⁶ Briner, cit. supra Fn 57, n° 11 ad art. 177, p. 319, traduction de l’auteur.

l'arbitrabilité du litige est incompatible avec l'ordre public⁶⁷. Plus particulièrement, 'l'arbitrabilité de la cause pourrait [être niée] à l'égard des prétentions dont le traitement aurait été réservé exclusivement à une juridiction étatique par des dispositions qu'il s'imposerait de prendre en considération sous l'angle de l'ordre public⁶⁸. Cet arrêt ne tranche toutefois pas la question de savoir si l'ordre public dont il est question est l'ordre public suisse, l'ordre public étranger, l'ordre public international suisse⁶⁹ ou encore l'ordre public transnational. C'est là à l'évidence une question très délicate, qui ne va pas tarder à ressurgir⁷⁰, mais qui ne saurait être traitée dans le cadre de cette étude limitée à l'arbitrage en matière sportive⁷¹.

On se bornera ici à signaler que dans une affaire récente en matière de dopage le TAS s'est trouvé confronté à une loi étrangère prévoyant la compétence exclusive d'une autorité étatique. Dans son recours contre la décision de suspension prononcée par la Fédération Flamande de Cyclisme, le coureur cycliste Frank Vandembroucke a fait valoir qu'en vertu d'un décret législatif de la Communauté flamande une telle décision était de compétence exclusive d'un organe étatique (la 'Commission disciplinaire flamande') et que 'la compétence de l'exécutif flamand étant d'ordre public, elle l'emporterait sur le règlement d'une association privée' telle la Fédération Flamande de Cyclisme⁷². Dans sa sentence, la Formation du TAS a constaté le caractère exclusif de la compétence de l'instance étatique⁷³ et a annulé la décision de la fédération cycliste belge⁷⁴. Si la Formation avait jugé en sens inverse, sa sentence aurait pu être questionnée dans un recours au Tribunal Fédéral en invoquant la jurisprudence citée au paragraphe précédent. Indépendamment des chances d'annulation en Suisse, il est fort probable qu'une telle sentence n'aurait pas pu être reconnue en Belgique faute de compatibilité avec l'ordre public belge (Art. V al. 2 let a CNY).

⁶⁷ ATF 118 II 353, 357.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Perret, cit. supra Fn 10, p. 679.

⁷⁰ Les différentes opinions doctrinales ont été résumées dans une sentence rendue par un tribunal arbitral siégeant en Suisse sous l'égide de la CCI, dans une affaire où le défendeur faisait valoir que le litige était inarbitrable du fait il relevait de la compétence exclusive et impérative des tribunaux du travail italiens du lieu du domicile de l'employeur en vertu du Code de procédure civile italien (Sentence partielle CCI N. 8420, YCA 2000, 328).

⁷¹ Pour une étude très fouillée des rapports entre l'arbitrabilité et l'ordre public, cf. Jean-Baptiste Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999, spéc. pp. 25-179.

⁷² Sentence du TAS du 24 juin 2002, TAS 2002/A/379 et TAS 2002/A/382 UCI c. Frank Vandembroucke & Royale Ligue Vélocipédique Belge, para. 16, p. 4 ; sentence publiée sur le site du TAS (<www.tas-cas-org>, visité le 1^{er} mars 2003)

⁷³ Ibid, paras. 21-26, pp. 6-8.

⁷⁴ Ibid, para. 28, p. 9.

II. L'ARBITRABILITÉ DES LITIGES EN MATIÈRE SPORTIVE

Avec la commercialisation du sport, bon nombre de domaines caractéristiques de l'arbitrage commercial ont envahi le contentieux sportif. Lorsque des litiges sportifs à caractère commercial présentent des problèmes d'arbitrabilité, juges et arbitres pourront se référer à un nombre significatif de décision et de travaux. Ainsi, par exemple, le TAS n'a éprouvé aucune difficulté à analyser la compatibilité avec le droit communautaire de la concurrence de la règle de l'UEFA interdisant à deux clubs propriété d'une même entité économique de participer à une même compétition⁷⁵. En revanche, dans d'autres domaines plus spécifiques au sport, et notamment celui des règles du jeu (1.) et plus généralement du contentieux disciplinaire associatif (2.), les solutions sont nettement moins clairement dégagées. S'agissant du contentieux disciplinaire, la question de l'arbitrabilité des litiges relatifs à l'imposition d'une sanction mérite une attention spéciale (3.).

1. La question des règles du jeu

L'on rencontre souvent en doctrine la thèse selon laquelle les litiges reposant sur les règles du jeu seraient inarbitrables en raison de leur caractère non juridique⁷⁶. La question de la juridicité des règles du jeu a été abordée notamment dans l'arrêt *Gundel* précité, dans lequel le Tribunal fédéral a affirmé que le recours contre la sentence arbitrale n'était ouvert qu'à la condition de porter 'sur des points de droit, partant qu'il n'ait pas pour unique objet des règles de jeu dont l'application échappe en principe à tout contrôle juridique'⁷⁷. La doctrine en a souvent déduit que de tels litiges ne sont pas de nature patrimoniale⁷⁸ et ne sont donc pas arbitrables au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP⁷⁹.

⁷⁵ Sentence du TAS du 20 août 1999, CAS 98/200 *AEK Athènes & SK Slavia Prague c. UEFA*, Rec. TAS II 39, YCA 2000 393.

⁷⁶ Margareta Baddeley, *L'association sportive face au droit*, Genève, 1994, p. 262 et les références. Dans le même sens : Cesare Persichelli, *Le materie arbitrabili all'interno delle competenze della giurisdizione sportiva*, Rivista di diritto sportivo 1996, pp. 702-714, 709.

⁷⁷ ATF 119 II 271, 275 et 280.

⁷⁸ Franz Hoffet, *Fragen der subjektiven und objektiven Schiedsfähigkeit*, in: *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zurich 1997, pp. 249-269, 263.

⁷⁹ Briner, cit. supra Fn 57, n° 17 ad art. 177, p. 322 où l'on cité également TAS JO-ATL 96/006, *Mendy et FFB c. AIBA*, Rec. TAS I 409 ; Rémy Wyler, *La convention d'arbitrage en droit du sport*, RDS 1997, pp. 45-62. Voir aussi, sous l'angle de l'art. 5 CIA, Christoph Fuchs, *Rechtsfragen der Vereinsstrafe: unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in Sportverbänden*, Zurich, 1999, p. 211.

Nous ne saurions souscrire à cette thèse. Il est vrai que dans l'arrêt *Gundel* le Tribunal fédéral a constaté que 'le retrait de prix en espèces atteignant le total non négligeable de 40'000 marks environ, [...] de même que la suspension de compétitions équestres internationales – mesure qui affecte indubitablement la sphère personnelle et économique d'un cavalier professionnel – vont bien au-delà de simples sanctions destinées à assurer le déroulement correct d'un jeu'⁸⁰. Toutefois, ces remarques s'insèrent dans le contexte de la recevabilité d'un recours contre la sentence (condition, dite du *Beschwehr* selon la terminologie allemande) et non pas au stade de l'arbitrabilité du litige en tant que tel. C'est là à notre avis confondre intérêt juridique au recours devant le Tribunal fédéral (qui peut naturellement être d'ordre patrimonial) et nature patrimoniale de la cause⁸¹. On notera d'ailleurs que dans les considérants précités, le Tribunal fédéral ne s'est jamais référé à l'art. 177 LDIP. Bien au contraire, l'examen de la version intégrale de l'arrêt montre que le Tribunal fédéral a effectivement analysé la question de l'arbitrabilité, mais dans un autre considérant (consid. 5, non reproduit au RO) dans lequel il n'est nullement fait allusion à la problématique des règles du jeu⁸².

Certaines formations du TAS ont elles aussi abordé la question des règles du jeu du point de vue de l'arbitrabilité. Une formation arbitrale a ainsi récemment reconnu l'arbitrabilité aux termes de l'art. 177 LDIP du fait que 'le litige n'a de toute évidence pas pour objet des faits liés au déroulement du jeu mais a incontestablement une incidence sur les intérêts pécuniaires de l'une des parties'⁸³. De même, le tribunal arbitral ad hoc dans l'affaire opposant le FC Zurich et le FC Neuchâtel Xamax a considéré que pour admettre l'arbitrabilité du litige en vertu de l'art. 5 CIA il fallait vérifier '*ob der gerichtlichen Beurteilung offensteht*'⁸⁴. Cette approche nous paraît malencontreuse. Elle revient en effet à renverser les termes du problème en matière d'arbitrabilité. Un litige est normalement inarbitrable du fait que l'Etat considère que les juridictions étatiques sont seules habilitées à en

⁸⁰ ATF 119 II 271, 280-281.

⁸¹ Dans ce sens BJM 1984 37, 38 dans lequel le Tribunal d'appel de Bâle-Ville se déclare incompétent pour juger d'un recours en annulation contre une sentence tranchant une question relative aux règles du jeu.

⁸² Bull. ASA 1993 398, 406-407.

⁸³ TAS 98/185 *Anderlecht c. UEFA*, Rec. TAS II 459 462, JDI 2002, p. 318 322 ; cf. aussi Sentence de la Chambre ad hoc du TAS du 1^{er} août 1996, TAS JO-ATL 96/006, *Mendy et FFB c. AIBA*, Rec. TAS I 409, 411 dans lequel la Formation considère que 'le litige [...] est arbitral'.

⁸⁴ Sentence du 10 février 2000, *FC Zurich c. Ligue Nationale de l'ASF et FC Neuchâtel Xamax*, SpuRt 2000, <http://www.isla-int.com/inhalt/actualities/schiedsgericht/1.html>, p. 10 où le Tribunal arbitral précise par ailleurs que 'Das Schiedsgericht kann keinen Anspruch beurteilen, wenn dieser vom staatlichen Gericht nicht beurteilt wurde. Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist eine, auf Grund einer Verletzung einer Spielregel ausgesprochene Spielstrafe gerichtlich nicht überprüfbar'.

connaître⁸⁵. Or la problématique des règles du jeu relève, elle, de l'hypothèse où l'Etat ne s'estime pas compétent du tout pour connaître du litige. Conceptuellement il est parfaitement concevable que les parties puissent décider de soumettre à l'arbitrage des questions pour lesquelles les juridictions étatiques se déclareraient incompétentes⁸⁶. Savoir si cela est opportun ou non⁸⁷ est une autre question qui déborde du cadre de notre étude. Il reste toutefois que, dans la mesure où ils remplissent les critères d'arbitrabilité de l'art. 5 CIA ou de l'art. 177 LDIP, les litiges relatifs aux règles du jeu sont arbitrables.

2. L'arbitrabilité de l'action en annulation des décisions des fédérations sportives

La quasi-totalité des fédérations sportives est organisée sous forme d'association⁸⁸. Le droit suisse de l'association, et singulièrement l'article 75 du Code Civil Suisse (CC)⁸⁹, confère à tout membre d'une association le droit d'attaquer en justice les décisions associatives qui violent les dispositions légales ou la réglementation associative⁹⁰. La question de l'arbitrabilité de l'action en annulation de l'art. 75 CC est naturellement centrale en arbitrage interne, où l'action de l'art. 75 CC représente l'instrument incontournable⁹¹ à disposition du sportif qui souhaite contester les décisions des différentes fédérations sportives (locales, régionales ou) nationales⁹². Du fait que le CIO et bon nombre de fédérations internationales sont des associations de droit

⁸⁵ Cf. supra A.I.1.

⁸⁶ Dans ce sens aussi RoCHAT, cit. supra Fn 13, p. 58 pour qui la sentence *Mendy* « étend le contrôle juridique exercé par les Formations du TAS au-delà de celui exercé actuellement par les tribunaux étatiques [...] ».

⁸⁷ Cf. GÉRALD SIMON, note *TAS 98/199*, JDI 2001, p. 279-282, 280 pour qui 'l'injusticiabilité des règles sportives affirmée par le juge étatique n'empêcherait pas leur arbitrabilité. Mais il ne fait pas de doute que une divergence manifeste entre les deux types de juridictions fragiliserait l'autorité de la sentence et de l'institution arbitrale'.

⁸⁸ Baddeley, cit. supra Fn 76, passim.

⁸⁹ Sous la note marginale 'Protection des droits des sociétaires' cet article dispose : 'Tout 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.'

⁹⁰ Piermarco Zen-Ruffinen, *Droit du sport*, Zurich, 2002, nn° 1395-1398, pp. 490-491.

⁹¹ Mark Schillig, *Schiedsgerichtsbarkeit von Sportverbänden in der Schweiz*, Zürich, 2000, p. 63 pour qui la thèse doctrinale de l'inarbitrabilité de l'action de l'art. 75 CC empêcherait en fait l'activité du TAS.

⁹² Cf. par exemple Cour d'appel du Canton de Berne, arrêt du 13 août 1997, SpuRt 1997, p. 210 ; Cour d'appel du Canton de Berne, arrêt du 20 mars 1997, SpuRt 1997, p. 208. Cf. aussi les arrêts rapportés par Jacques Bondollaz, *Toute la jurisprudence sportive en Suisse, Exposé systématique de plus de 600 arrêts*, Berne, 2000, n° 13, p. 24 et n° 35, p. 46.

suisse, l'art. 75 CC joue un rôle important également dans le contentieux sportif international.

Sous le régime du CIA, l'arbitrabilité de l'action en annulation des décisions des fédérations est généralement admise 'du fait que l'appartenance à une association et la soumission à la réglementation sociale relèvent de l'autonomie de la volonté. L'objet de la relation sociale étant, en règle générale, un droit à la disposition des parties, il s'ensuit qu'il peut être soumis à l'arbitrage'⁹³. L'arbitrabilité de l'action de l'art. 75 CC est d'ailleurs reconnue sans difficultés particulières par les tribunaux arbitraux statuant sous le régime du CIA⁹⁴.

La question semble être plus débattue sous le régime de l'art. 177 LDIP. Les auteurs qui mettent en doute l'arbitrabilité en matière internationale de l'action de l'art. 75 CC se basent en particulier sur la jurisprudence relative à l'art. 44 OJ qui qualifie expressément l'action de l'art. 75 CC d'action 'non-patrimoniale'⁹⁵. Or, comme nous l'avons vu⁹⁶, la jurisprudence élaborée dans ce contexte n'est pas nécessairement pertinente en matière d'arbitrabilité. De plus, la nature de l'action en tant que telle ne nous semble pas être décisive dans le contexte de l'art. 177 LDIP qui vise plus l'objet du litige que l'action par le biais de laquelle il prend forme. Il s'ensuit que, dans la mesure où le litige est de nature patrimoniale, il sera arbitrable même si la prétention de l'athlète est véhiculée par une action de nature non patrimoniale, telle que l'action de l'art. 75 CC. La question ne semble pas avoir posé de problèmes particuliers aux formations arbitrales du TAS. On retrouve en effet de nombreuses sentences qui ont annulé des décisions d'organisations sportives en vertu de l'art. 75 CC⁹⁷ ou qui en ont en tout cas expressément admis l'application⁹⁸. En confirmant la sentence du TAS dans l'affaire *Gundel* – où le recourant avait obtenu l'annulation partielle de la décision d'un organe de la Fédération – le Tribunal fédéral a, du moins implicitement, entériné le principe de l'arbitrabilité du contentieux de l'art. 75 CC. La question est par contre plus délicate lorsque la décision dont on souhaite l'annulation porte sur la suspension d'un athlète.

⁹³ Baddeley, cit. supra Fn 76, p. 261 et les nombreuses références. Cf. aussi Schillig, cit. supra Fn 91, p. 63, Zen-Ruffinen, cit. supra Fn 90, n° 1405, p. 493.

⁹⁴ Cf., par exemple, la sentence du 10 février 2000 *FCZ c. Neuchâtel Xamax*, SpuRt 2000 125 127 et la sentence du 18 novembre 2002, *FC Zurich c. Ligue Nationale de l'ASF*, SpuRt 2003 34.

⁹⁵ Riemer, cit. supra Fn 59, p. 216 se référant à ATF 108 II 78 79, Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 68.

⁹⁶ Cf. supra A.I.4.2.

⁹⁷ Cf., par exemple, TAS 98/185 *Anderlecht c. UEFA*, Rec. TAS II 459 462, JDI 2002 320 324-327.

⁹⁸ CAS 98/200 *AEK Athènes & Slavia Prague c. UEFA*, Rec. TAS II 39.

3. L'arbitrabilité du contentieux relatif à la suspension

Dans l'arrêt *Stanley Roberts* précité, le Tribunal fédéral a considéré – sans, il est vrai, véritablement étayer son raisonnement⁹⁹ – qu'une 'demande tendant à l'annulation d'une suspension présente, pour le sportif visé, un intérêt exprimable en argent, de sorte que la prétention est de nature patrimoniale' et donc arbitrable en vertu de l'art. 177 al. 1 LDIP¹⁰⁰. Cette jurisprudence a été récemment critiquée par Philippe Meier et Cédric Aguet dans un article qui a fondamentalement mis en doute l'arbitrabilité du contentieux relatif à la suspension. Ces auteurs soutiennent en substance que 'le caractère patrimonial des litiges a été admis sans discussion approfondie', notamment du point de vue des droits de la personnalité, et que 'la véritable nature de la sanction, tant par rapport à ses effets (de caractère pénal[...]) que par son fondement de quasi-droit public, [...] a été laissée de côté' dans cette discussion¹⁰¹. Dans les prochains paragraphes nous passerons en revue les différents volets de cette critique.

3.1. La discussion relative aux droits de la personnalité

Il est généralement admis que la décision d'une fédération sportive de suspendre un athlète porte atteinte à ses droits de la personnalité¹⁰², et plus particulièrement à son droit à l'honneur et à la réputation professionnelle, ainsi qu'à son droit à l'épanouissement par l'exercice d'une activité sportive ou (pour les athlètes professionnels) économique¹⁰³. Ceci a été admis tant par les tribunaux étatiques¹⁰⁴ que par le TAS¹⁰⁵. Avec l'action en annulation de l'art. 75 CC, les droits de la personnalité représentent l'instrument privilégié

⁹⁹ Meier/Aguet, *cit. supra* Fn 6, pp. 58 et 66.

¹⁰⁰ Bull. ASA 2001 523, 526, traduction de l'auteur.

¹⁰¹ Meier/Aguet, *cit. supra* Fn 6, *passim*, et en particulier pp. 83-84.

¹⁰² Margareta Baddeley, *Le sportif, sujet ou objet ? La protection de la personnalité du sportif*, RDS 1996, pp. 135-252, *passim*; Schillig, *cit. supra* Fn 91, p. 60; Peter Schlosser, *Die olympische Schiedsgerichtsbarkeit und das deutsche Recht*, in: Festschrift für Albrecht Zeuner, Tübingen, 1994, pp. 467-482, 479 du point de vue de la liberté personnelle et du droit au travail. Cf. aussi Simon, *cit. supra* Fn 87, p. 280 qui retient une atteinte déjà en cas de disqualification d'une épreuve importante.

¹⁰³ Jörg Schmid, *Persönlichkeitsrecht und Sport*, in: *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Bern, 2002, pp. 127-142, 128-129; Baddeley, *cit. supra* Fn 102, pp. 183-186.

¹⁰⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 6 décembre 1994, *Ligue Suisse de Hockey sur Glace c. Dubé*, ATF 120 II 369. Pour les tribunaux cantonaux, cf. l'arrêt Saint-gallois dans l'affaire *Herléa* (RSJ 1991, p. 285) ainsi que dans l'arrêt *Sandra Gasser* (RSJ 1988 p. 85, traduit in: Bondallaz, *cit. supra* Fn 92, n° 23 p. 31-32), les tribunaux bernois ont considéré que 's'agissant d'une athlète de pointe, l'interdiction de participer pendant deux ans à toute compétition placée sous l'égide de l'IAAF et de la FSA porte une atteinte grave à ses droits de la personnalité (arts. 28 ss. CC)'

¹⁰⁵ Sentence du TAS du 14 février 1996, CAS 95/142, *L. c. FINA*, Rec. TAS I 225 242 et les références.

dont disposent les athlètes en droit suisse pour se défendre contre le pouvoir des fédérations sportives de refuser l'accès à une compétition ou d'imposer des sanctions disciplinaires. En effet, si l'atteinte aux droits de la personnalité est jugée illicite, c'est-à-dire si elle n'est pas justifiée par des intérêts privés ou publics prépondérants¹⁰⁶, l'art. 28 al. 1 CC offre une protection judiciaire de la personnalité. Cette protection peut d'ailleurs être invoquée dans le cadre d'une action fondée sur l'art. 75 CC¹⁰⁷. La question de l'arbitrabilité des litiges portant sur des droits de la personnalité revêt donc une importance pratique non négligeable. Nous analyserons d'abord brièvement la question sous l'angle du CIA (a.) et ensuite sous l'angle de la LDIP (b.).

3.1.1. La libre disponibilité des droits de la personnalité (Art. 5 CIA)

Il n'est pas sérieusement contestable que les droits de la personnalité sont, de par leur nature même, des droits inaliénables. S'il est vrai que l'on ne saurait disposer des droits de la personnalité, l'on peut en revanche consentir à une atteinte ou encore renoncer à l'exercice des actions destinées à en assurer la protection. Du point de vue de l'art. 5 CIA, l'admission de l'arbitrabilité dépendra donc de ce que l'accent est mis sur le droit lui-même, non disponible et donc inarbitrable¹⁰⁸, ou alors sur l'exercice du droit qui est lui à la libre disposition des parties et donc arbitrable. Faute d'orientation jurisprudentielle¹⁰⁹, nous pensons, avec la doctrine quasi unanime¹¹⁰, que la deuxième approche doit être préférée. C'est d'ailleurs ce qu'a estimé le Tribunal arbitral ad hoc dans l'affaire précitée entre le FC Zurich et le FC Neuchâtel-Xamax en constatant que le demandeur '*kann in die Verletzung seiner Persönlichkeit nachträglich in einen allfälligen Prozess einwilligen*'¹¹¹.

Au-delà de toute discussion dogmatique, il nous semble qu'à partir du moment où l'on peut valablement renoncer complètement à l'exercice d'un droit, l'on peut également, voire à plus forte raison, renoncer à l'exercice de

¹⁰⁶ Une atteinte aux droits de la personnalité est licite également lorsque la victime y a consenti ou lorsqu'elle est justifiée par la loi. A l'évidence ces hypothèses n'entrent pas en ligne de compte en matière sportive.

¹⁰⁷ Baddeley, cit. supra Fn 102, p. 232

¹⁰⁸ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, pp. 62-63.

¹⁰⁹ La question a été laissée ouverte à l'ATF 103 Ia 410, 411.

¹¹⁰ Baddeley, cit. supra Fn 76, p. 259 ; Zen-Ruffinen, n. 1446, p. 507 ; Schmid, cit. supra Fn 103, p. 142. On a aussi fait valoir qu'il s'agit d'une question de double pertinence pour conclure que le tribunal arbitral doit pouvoir s'en saisir (Fuchs, cit. supra Fn 79, pp. 217-218), ne serait ce que pour constater l'invalidité de la convention d'arbitrage (Schillig, cit. supra Fn 91, p. 60).

¹¹¹ Sentence du 10 février 2000, *FCZ c. Neuchâtel Xamax*, <<http://www.isla-int.com/inhalt/actualities/schiedsgericht/1.htm>>, p. 12

ce droit devant une instance étatique au profit d'une instance arbitrale. On peut donc conclure que, du point de vue de l'art. 5 CIA, le contentieux de la suspension est arbitral même dans l'hypothèse où un athlète invoque une violation de ses droits de la personnalité. D'un point de vue pratique, ceci signifie notamment que le TAS peut connaître des recours des athlètes suisses contre les décisions du 'Conseil de discipline pour les cas de dopage' non seulement lorsqu'ils critiquent l'application de la réglementation sportive applicable, mais aussi lorsqu'ils estiment que cette réglementation et/ou son application au cas d'espèce porteraient une atteinte illicite à leur droits de la personnalité.

3.1.2. La patrimonialité des droits de la personnalité (Art. 177 al. 1 LDIP)

La problématique n'est pas sensiblement différente du point de vue de l'art. 177 al. 1 LDIP. En effet, il est généralement admis que les droits de la personnalité en tant que tels 'sont, de par leur nature, *éminemment personnels et non patrimoniaux*'¹¹². La question est, ici aussi, celle de savoir si une prétention fondée sur la violation des droits de la personnalité doit, de ce fait, nécessairement être qualifiée de non patrimoniale au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP. La doctrine semble bien plus partagée sur cette question qu'elle ne l'est dans le contexte de l'art. 5 CIA. Selon un premier courant, que l'on peut appeler 'civiliste', les droits de la personnalité ne sont foncièrement pas de nature patrimoniale. Il s'ensuivrait que, même lorsque leur violation s'accompagne — ce qui sera presque toujours le cas dans le contexte du sport professionnel — de conséquences d'ordre patrimonial, les litiges relatifs aux droits de la personnalité seraient inarbitrables¹¹³. Selon un second courant, que l'on peut appeler 'internationaliste', le sport étant devenu une activité économique comme une autre, les litiges relatifs aux droits de la personnalité en matière sportive présentent presque nécessairement un intérêt patrimonial et seraient donc arbitrables¹¹⁴.

¹¹² Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 69 et les références jurisprudence rendue au sujet de l'OJ (note 62) et, en dernier lieu, SJ 2002 I 38, 39.

¹¹³ Baddeley, cit. supra Fn 102, p. 161 et les références à la note 79 ; Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 67-68. Cf. aussi Heinz Hausheer, Regina Aebi-Müller, *Sanktionen gegen Sportler – Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, unter besonderer Berücksichtigung der Doping-Problematik*, RSJB 2001, pp. 337-384, 360-361 qui considèrent, sans motivation particulière, que l'arbitrabilité au sens de l'art. 177 LDIP des droits de la personnalité est 'problématique'.

¹¹⁴ Ainsi en substance Marc Blessing, *Introduction to arbitration: Swiss and international perspectives*, Bâle 1999, nn° 929-930, pp. 294-295 ; Briner, cit. supra Fn 57, n° 17 ad art. 177, p. 322 ; Dutoit, cit. supra Fn 42, n° 2 ad art. 177, p. 553 ; Dominique Hascher, *Note TAS 98/185*, JDI 2002 pp. 327-330, 329.

Dans ces conditions, et faute de jurisprudence significative¹¹⁵, il est tentant de se ranger à l'avis d'Andreas Bucher – spécialiste à la fois du droit civil *et* du droit international privé – qui estime que '[l]orsque des intérêts économiques sont mêlés à des intérêts idéels, il faut déterminer lesquels de ces intérêts sont prépondérants dans le cas litigieux'¹¹⁶. Appliquant ce test au contexte du sport professionnel, cet auteur conclut qu'un litige reste arbitral même si l'athlète invoque une violation de ses droits de la personnalité¹¹⁷. Une partie de la doctrine fait sienne cette approche et conclut à une sorte de présomption d'arbitrabilité lorsque la décision de suspension frappe un sportif professionnel¹¹⁸. C'est là aussi l'approche 'officielle' du TAS¹¹⁹.

D'autres ont même soutenu que 'la transformation du sport d'activité à vocation idéale en véritable "machine à brasser de l'argent" (*Geldmaschinerie*), représente un changement de paradigme tel que toute subtilité juridique autour du caractère patrimonial des droits de la personnalité au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP devrait purement et simplement être abandonnée au profit d'une arbitrabilité de principe des litiges sportifs'¹²⁰. A défaut de nuance juridique, cette approche aurait l'avantage, à nos yeux décisif, de mettre sur pied d'égalité sportifs professionnels et sportifs amateurs. En effet, même à supposer que l'on puisse aisément délimiter les sportifs professionnels des sportifs amateurs, une telle distinction pourrait porter à des inégalités de traitement difficilement justifiables en matière sportive. De manière plus générale, l'on peut même se demander si ce ne sont pas les athlètes amateurs au vrai sens du terme, dont les ressources financières ne leur permettent pas nécessairement de saisir les

¹¹⁵ Dans les affaires dont le tribunal fédéral a été saisi de questions relatives aux droits de la personnalité, les athlètes n'ont jamais invoqué la non-arbitrabilité du litige. Contrairement à ce que l'on a pu laisser entendre (Briner, cit. supra Fn 57, n° 17 *ad* art. 177, p. 322, Rochat, cit. supra Fn 13, pp. 60-61) les considérations de l'arrêt *Gundel* (ATF 118 II 271), selon lesquelles une suspension affecte tant la sphère personnelle que la sphère économique s'un athlète professionnel, concernaient la question du caractère juridique du litige du point de vue de la qualification d'arbitrage et non pas la question de l'arbitrabilité du litige. S'agissant de l'arrêt Roberts (Bull. ASA 2001 523), on ne peut que constater que le Tribunal fédéral a admis l'arbitrabilité de manière très lapidaire et sans aucun développement (Meier/Aguet), cit. supra Fn 6, p. 58).

¹¹⁶ Bucher, cit. supra Fn 11, n° 91 pp. 39-40.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Dans ce sens aussi Rochat, cit. supra Fn 13, p. 62. Luca Di Nella, *Il fenomeno sportivo nell'unitarietà e sistematicità dell'ordinamento giuridico*, Rivista di diritto sportivo 1999, pp. 25-108, 42.

¹¹⁹ Matthieu Reeb, *Le Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 18 ans déjà : une institution devenue majeure*, Revue (suisse) de l'avocat, 10/2002, pp. 8-11, 10. Me Reeb est le secrétaire général du TAS.

¹²⁰ Schillig, cit. supra Fn 91, p. 67 ; traduction libre du passage suivant : 'Auf Grund des [...] Paradigmenwechsels vom idealistischen Bild des Sports zur Geldmaschinerie sollte keine juristische Akrobatik mehr vonnöten sein, eine vereinsrechtliche Anfechtungsklage als nach Art. 177 Abs. [1] IPRG schiedsfähig zu betrachten'.

tribunaux étatiques, qui auraient le plus intérêt à pouvoir accéder à l'arbitrage en matière sportive.

On a reproché à cette approche son 'caractère d'opportunité' ainsi que de refléter un certain 'malaise intellectuel'¹²¹. Le caractère d'opportunité de l'analyse est incontestable : comme cela a été relevé, 'si on ne se livrait pas à une telle interprétation, la compétence du TAS telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui ne serait plus imaginable'¹²². Dans la mesure où la question de l'arbitrabilité nous semble par définition relever de considérations d'opportunité, nous traiterons cet aspect, de portée générale, au stade de notre conclusion¹²³. S'agissant du 'malaise intellectuel', l'on reproche en substance à l'analyse 'd'oublier que la nature d'une activité [...] ne dit rien encore de la *nature d'un litige*'¹²⁴. Juste en soi, cette observation est néanmoins problématique. Elle introduit en effet l'idée que ce qui est décisif c'est la qualification du droit invoqué et cela indépendamment de l'objet du litige¹²⁵. Or, comme nous l'avons vu, le critère de patrimonialité de l'art. 177 LDIP est un critère de fait reposant sur des considérations d'ordre économique et qui a trait plus à la finalité de l'action qu'à sa qualification juridique. Il nous semble donc que, de ce point de vue, la nature du contexte dans lequel s'insère le litige est tout aussi pertinente (voire plus significative) que la nature intrinsèque du droit invoqué dans ce litige.

De manière plus générale, le fait de mettre l'accent sur la nature du droit invoqué nous semble incompatible avec le caractère de règle matérielle de droit international privé de l'art. 177 LDIP. En effet, la qualification de la nature du droit invoqué risque de varier en fonction du droit applicable au fond du litige, élément que le législateur a expressément voulu écarter de l'analyse au stade de l'arbitrabilité¹²⁶. S'agissant de l'appel au TAS contre des décisions de suspension, le droit applicable au fond dépendra du siège de la fédération internationale compétente (art. 58 Code TAS¹²⁷). La

¹²¹ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 67.

¹²² Hans-Peter Kiener, *Anfechtung von Verbandsentscheiden, Abgrenzung zwischen Verbandsgericht und Schiedsgericht bzw. staatlichen Gericht*, in: *Droit et Sport*, Publication FSA (volume 18), Berne, 2003, pp. 7-22, 14 (traduction distribuée lors de la conférence). Cf. aussi Schillig, cit. supra Fn 91, p. 63.

¹²³ Cf. infra A.II.3.4.

¹²⁴ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 67.

¹²⁵ Ibid., pp. 67-68 qui mettent l'accent sur le fait que 'les droits de la personnalité sont *qualifiés* d'extrapatrimoniaux [et que] dans la mesure où des prétentions pécuniaires ne sont pas invoquées en parallèle, le litige est donc d'emblée non arbitral', c'est nous qui soulignons.

¹²⁶ Cf. supra A.I.4.2.

¹²⁷ Selon cet article, '[l]a Formation statue selon les règlements applicables et 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 a son domicile'.

qualification 'suisse' des droits de la personnalité comme étant des droits de nature non-patrimoniale peut, par hypothèse, être pertinente s'agissant d'un litige concernant une fédération internationale dont le siège se situe en Suisse et qui, de ce fait, est soumise au droit suisse ; elle le serait beaucoup moins s'agissant d'un litige impliquant une fédération domiciliée à l'étranger (comme par exemple l'IAAF) qui est soumise au droit étranger. Dans ces cas, même à supposer que le droit étranger applicable contienne des dispositions semblables aux droits de la personnalité en droit suisse, on ne voit pas de raison *a priori* pour leur appliquer la même qualification que celle retenue par le droit suisse.

En conclusion, nous estimons qu'en matière d'arbitrabilité, il est utile de se distancer de la qualification des droits de la personnalité comme étant des droits non-patrimoniaux telle qu'elle est traditionnellement retenue en droit suisse. Au-delà de son aspect purement formel et essentiellement idéologique¹²⁸, une telle qualification conduirait en effet à des résultats en complet décalage avec la réalité économique de l'activité sportive.

3.2. Le caractère quasi-pénal de la suspension

Le deuxième argument invoqué par Philippe Meier et Cédric Aguet pour nier l'arbitrabilité du contentieux de la suspension est celui de son caractère quasi-pénal. En effet, s'il y a un domaine que tous les Etats considèrent devoir être réservé aux juridictions étatiques, c'est bien celui du droit pénal. Si la discussion relative à l'arbitrabilité des droits de la personnalité reposait sur des considérations somme toute 'helvético-suisse', ce second argument se distingue par son caractère autonome, c'est-à-dire indépendant de toute qualification nationale. Avec la thèse du caractère quasi-pénal de la sanction, Philippe Meier et Cédric Aguet se distancient du formalisme qui caractérise leur argumentation relative aux droits de la personnalité au profit d'une analyse plus pragmatique, presque sociologique, des rapports entre athlètes et organisations sportives. C'est pour cela que ce deuxième grief nous paraît plus intéressant, et cela malgré l'existence d'une jurisprudence contraire bien établie (3.2.1.). Nous exposerons d'abord les grandes lignes de la thèse proposée par Philippe Meier et Cédric Aguet (3.2.2.) et la réaction qu'elle a suscitée dans les milieux du TAS (3.2.3.) avant de proposer notre sentiment à ce sujet (3.2.4.). On notera encore que, du fait de son caractère fondamental,

¹²⁸ Andreas Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^{ème} éd., Bâle [etc.], 1999, n° 507 p. 118 et les nombreuses références de droit comparé.

l'argument tiré du caractère quasi-pénal de la suspension s'applique à l'arbitrabilité tant du point de vue du CIA que de celui de la LDIP.

3.2.1. L'état de la jurisprudence

L'argument lié au caractère quasi-pénal de la suspension n'est pas nouveau. Dans l'affaire *Gundel* précitée, le sportif avait en effet soutenu que 'la peine statutaire litigieuse [une suspension d'un mois et une amende de CHF 1'000] tombe sous le coup de la loi pénale et ressortit, partant, exclusivement à la justice étatique'¹²⁹. Le Tribunal fédéral a réfuté l'argument en ces termes : 'Il est généralement admis que la peine statutaire représente l'une des formes de la peine conventionnelle, qu'elle repose sur l'autonomie des parties et peut ainsi être l'objet d'une sentence arbitrale [...] [et qu'elle n'a donc] rien à voir avec le pouvoir de punir réservé aux tribunaux pénaux, et ce même si elle réprime un comportement qui est aussi sanctionné par l'Etat'¹³⁰. Cette jurisprudence a été confirmée en 1999 dans l'affaire dite des nageuses chinoises, dans laquelle le Tribunal fédéral a ajouté qu'en invoquant l'application 'analogique des garanties minimales existant en droit pénal, [...] les recourantes tent[aient] en pure perte de remettre en question la jurisprudence [*Gundel*] en matière de sanctions pour dopage prononcées par une fédération sportive'¹³¹.

3.2.2. La thèse de Philippe Meier et Cédric Aguet

Contrairement à celle sur l'arbitrabilité des droits de la personnalité, cette jurisprudence est univoque et bien établie. Dans ces conditions, la thèse de l'inarbitrabilité du contentieux disciplinaire sportif du fait de son caractère quasi-pénal avancée par Philippe Meier et Cédric Aguet peut paraître surprenante. Certes, d'autres auteurs avant eux ont mis en évidence le caractère quasi-pénal des sanctions disciplinaires, et certains n'ont pas hésité à qualifier l'approche du Tribunal fédéral de '*rigid, dogmatic – (often) not legally founded- point of departure*'¹³², mais cela uniquement dans le but de voir appliquer au contentieux du dopage les garanties propres à la procédure

¹²⁹ Bull. ASA 1993 398, 407.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 1999 *Lu Na Wang et al. c. FINA*, 5P.83/1999, Rec. TAS II 767, 773.

¹³² Jan Willem Soek, *The Legal Nature of Doping Law*, International Sports Law Journal 2002/2, pp. 2- 7, 3.

pénale¹³³. Philippe Meier et Cédric Aguet sont les premiers, du moins à notre connaissance¹³⁴, à invoquer cette similitude pour exclure l'arbitrabilité des litiges disciplinaires sportifs.

L'argumentation, développée à l'appui de la thèse de l'assimilation part du constat que le TAS a lui-même admis que certaines garanties propres à la procédure pénale devaient s'appliquer en matière de suspension pour dopage¹³⁵. L'assimilation esquissée par le TAS doit aller plus loin, selon un raisonnement par paliers qui peut être ainsi schématisé :

- Dans un premier palier, les sanctions sportives peuvent être assimilées aux sanctions disciplinaires prévues par le droit public. Elles ont en effet en commun une terminologie similaire, des effets identiques sur les destinataires, et ne se distinguent qu'en raison de leur fondement juridique¹³⁶.
- Cette différence de fondement juridique n'est toutefois pas décisive puisque, et c'est là le deuxième palier du raisonnement, la sanction disciplinaire de droit public peut, à son tour, être assimilée à une sanction pénale. En application des critères élaborés par la Cour européenne des droits de l'homme dans le contexte de l'art. 6 CEDH, et plus particulièrement du critère de 'la nature et du degré de sévérité de la sanction', la sanction sportive doit être assimilée à une sanction pénale¹³⁷. En effet, tout comme les sanctions pénales, les sanctions sportives 'poursuivent à l'évidence un but de compensation des fautes, de prévention spéciale et de prévention générale'¹³⁸.

¹³³ Urs Scherrer, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Grundsätze bei Verbandsanktionen*, in: *Doping – Sanktionen, Beweise, Ansprüche*, Berne [etc.], 2000, pp. 119-131, *passim*. ; Thomas Summerer, *Schutz der Individualrechte des Sportlers*, in: [1^{er}] Congrès international de Droit de Sport, Bonn, 2000, pp. 138-159, 148 ss. ; JanWillem Soek, *The Fundamental Rights of Athlete in Doping Trials*, in: *Drugs and doping in Sport: Socio-Legal Perspectives*, Londres-Sydney, 2001, pp. 57-73, *passim*.

¹³⁴ En tout cas dans la doctrine suisse. En droit italien, cf. déjà Ruggero FRASCAROLI, *Sport, diritto pubblico e diritto privato*, in: *Enciclopedia del diritto*, pp. 513-538, 532.

¹³⁵ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 71 et les références (auxquelles on pourrait ajouter TAS 2000/A/289, *UCI c. Jérôme Chiotti et FFC*, Rec. TAS II 424 427 et CAS 96/149, *A. C[fullwick] c. FINA*, Rec. TAS I 251). Cf. aussi Jean-Pierre Morand, *Burden of Proof & Standard of Proof in Appeal Proceedings before the CAS Panels*, in: *Séminaire du TAS- 2001*, Lausanne, 2002, pp. 79-85, 82, pour qui le recours par le TAS à des formules comme 'nature disciplinaire' ou 'nature quasi-pénale' peut conduire à une certaine confusion.

¹³⁶ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, pp. 75-77

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid., pp. 79-80.

- Enfin, troisième palier, la constatation du ‘caractère pénal’ de la sanction exclut l’arbitrabilité en matière de suspension¹³⁹.

3.2.3. La réaction des milieux proches du TAS

Les implications pratiques des conclusions de l’étude de Philippe Meier et Cédric Aguet, associées avec le caractère très étayé de leur argumentation, ne pouvaient laisser indifférent le juriste s’intéressant au sport, et en particulier les milieux proches du TAS. Et la réaction ne s’est pas faite attendre. Dans une présentation tenue lors du 2^{ème} congrès ‘Droit et Sport’ organisé le 11 septembre 2002 par la Fédération suisse des avocats et par *Swiss Olympic*, Jean-Philippe Rochat, arbitre et ancien secrétaire général du TAS, a ainsi tenu à réfuter point par point l’argumentation de Philippe Meier et Cédric Aguet. L’on peut résumer cette défense de l’arbitrabilité des litiges sportifs en matière de suspension de la manière suivante :

- L’assimilation de la peine statutaire à la sanction disciplinaire est trompeuse puisque les deux notions visent en fait deux réalités spécifiques (et différentes). Cela résulte notamment du fait que dans de nombreux domaines, la sanction disciplinaire de droit public s’ajoute en fait à la sanction corporative de droit privé¹⁴⁰.
- Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l’impossibilité de pratiquer une profession ne constitue pas une peine suffisamment grave pour être assimilée à une sanction pénale¹⁴¹.
- L’assimilation de la suspension sportive avec la sanction pénale n’entraînerait de toute manière pas l’inarbitrabilité du contentieux y relatif, mais simplement l’application des garanties procédurales prévues à l’art. 6 CEDH en matière pénale¹⁴².

¹³⁹ Ibid., p. 77.

¹⁴⁰ Rochat, cit. supra Fn 13, pp. 63-64, citant l’exemple des règles professionnelles régissant l’activité d’avocat. Le grief selon lequel « les critères invoqués, tirés de la jurisprudence de Strasbourg, le sont à mauvais escient... » (Rochat, cit. supra Fn 13, p. 64) se confond avec celui consistant à dire que la sanction sportive ne peut pas être assimilée à une sanction de droit public.

¹⁴¹ Ibid., p. 65 évoquant l’ATF 123 I 87.

¹⁴² Ibid., p. 65.

3.2.4. Appréciation

Au-delà de son caractère particulièrement bien documenté, qui tranche singulièrement avec les contributions précédentes en la matière, l'étude de Philippe Meier et Cédric Aguet a eu l'immense mérite d'éveiller la réflexion juridique dans un domaine où, il est vrai, la question de l'arbitrabilité a été longuement négligée, voire simplement tenue pour acquise. Elle nous paraît toutefois critiquable à plusieurs égards.

À l'évidence, le deuxième palier du raisonnement – c'est-à-dire l'assimilation, du fait de leur nature et de leur gravité, des sanctions disciplinaires de droit public aux sanctions pénales – n'est pas contestable. Le fait que le Tribunal fédéral ait apparemment¹⁴³ pu en juger différemment s'agissant du retrait de l'autorisation de pratiquer pour un notaire, ne nous paraît pas suffisant pour soutenir le contraire. En effet, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme est tout à fait convaincante et la doctrine a montré qu'une application analogique des critères dégagés par la Cour de Strasbourg aux sanctions sportives permettrait de les assimiler à des sanctions pénales au sens de l'art. 6 CEDH. Ainsi, du point de vue de la nature de la sanction, on a notamment relevé que la suspension sportive, et plus spécifiquement celle pour dopage, se caractérise par une finalité de prévention spéciale et générale, ainsi que par effet stigmatisant qui la rendent très similaire à la sanction pénale¹⁴⁴. Sous l'angle de la gravité de la sanction, il a été également démontré que certaines sanctions sportives, par exemple une longue suspension ou une suspension à vie, peuvent se révéler bien plus lourdes qu'une sanction corrélative de droit pénal. Toutefois, même les auteurs qui estiment que ces analogies imposeraient l'application des garanties procédurales de droit pénal au contentieux disciplinaire tiennent à préciser que cela '*does not in itself turn disciplinary law into criminal law*'¹⁴⁵.

De plus, force est de constater que la Cour européenne des droits de l'Homme a assimilé à des sanctions pénales uniquement des sanctions

¹⁴³ Dans sa version publiée aux ATF 123 I 87, l'arrêt sur lequel s'appuie Jean Philippe Rochat ne nous semble toutefois pas traiter de la question de savoir si la sanction en question peut être assimilée à une sanction pénale.

¹⁴⁴ Soek cit. supra Fn 132, p. 3.

¹⁴⁵ Soek cit. supra Fn 132, p. 6 et cit. supra Fn 133, pp. 58-59 où il conclut en constatant que '*[a]lthough sanctions imposed as a result of doping offences may be severe, this does not, so to speak, turn the disciplinary sports proceedings into criminal proceedings*'.

disciplinaires de droit public, ou en tout cas fondées sur une loi¹⁴⁶. En l'état de sa jurisprudence elle n'a pas assimilé des sanctions de droit privé telles les sanctions sportives¹⁴⁷. Le but de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg consiste en effet uniquement à empêcher l'Etat de '*colour a criminal matter with an administrative brush*' pour échapper aux garanties prévues par l'art. 6 CEDH en matière pénale¹⁴⁸. Il s'ensuit que, même dans une interprétation autonome, le caractère étatique ou gouvernemental demeure indissociable de la sanction pénale. Pour revenir au raisonnement de Philippe Meier et Cédric Aguet, cela signifie que c'est le premier palier du raisonnement d'assimilation – c'est-à-dire l'assimilation de la sanction sportive privée à la sanction disciplinaire publique – qui est problématique.

L'on pourrait imaginer surmonter cet obstacle en invoquant (comme l'ont fait les auteurs qui prônent l'application des principes généraux de procédure pénale¹⁴⁹) le caractère quasi-étatique des fédérations sportives. Il est en effet incontestable que, de par l'organisation même du mouvement sportif, les fédérations sportives se présentent comme des 'véritables structures para-étatiques comportant des attributions législatives exécutives et juridictionnelles'¹⁵⁰. Rejetant l'équation 'droit = Etat'¹⁵¹, la doctrine pluraliste a montré que cette organisation était à la base d'un véritable ordre juridique à part entière¹⁵². Souvent instrumentalisée pour justifier les aspirations d'autarcie des dirigeants sportifs, cette doctrine a néanmoins l'énorme mérite de rendre compte au mieux de la réalité du phénomène juridique. Dans cette perspective, l'on met souvent en évidence que tant le droit disciplinaire sportif que le droit pénal ont pour finalité le respect de la loi (au sens large) ainsi que la protection de la société dans laquelle cette loi s'applique, et que

¹⁴⁶ Cf., par exemple, CEDH *De Meyere c. Belgique*, A43 (sanction infligée par l'ordre des médecins des Flandres occidentales en application de 'la loi du 25 juillet 1938 créant l'Ordre des médecins, qui attribuait aux conseils de l'Ordre des compétences disciplinaires').

¹⁴⁷ Van Dijk/Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, la Haye, 1998, pp. 419 ss. ; Soek, cit. supra Fn 133, p. 59.

¹⁴⁸ CEDH *Öztürk c. Allemagne*, A73, para 49 : 'si les Etats contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'administrative plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 (art. 6, art. 7), l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine'.

¹⁴⁹ Scherrer, cit. supra Fn 133, p. 124.

¹⁵⁰ Michael R. Will, *Les structures du sport international*, in: Chapitres choisis du droit du sport, Genève, 1993, pp. 21-32, 30.

¹⁵¹ Jean-François Perrin, *Sociologie empirique du droit*, Bâle [etc.], 1997, p. 35. Cf. aussi Michel Van de Kechove, *La diversité des rapports entre ordres juridiques, l'exemple des ordres sportifs et des ordres ecclésiastiques*, in: Pour un droit pluriel, Genève [etc.], 2002, pp. 235-252, *passim*.

¹⁵² Cf., parmi d'autres, Gérald Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique : contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, Paris, 1990, p. 5 ; Jean-Pierre Karaquillo, *Le droit du sport*, 2^{ème} éd., Paris, 1997, pp. 5 et 43 ; Mark Van Hoecke, *Des ordres juridiques en conflits: sport et droit*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 1995, pp. 61-93, 62.

seule la société en question les différencie (le droit pénal s'applique à la société dans son ensemble, alors que le droit disciplinaire sportif ne s'applique qu'à un groupe social déterminé). On a pu dire qu'il s'agirait là d'une simple différence de degré et non pas d'une différence de nature puisque, d'un point de vue structurel, la taille du groupe ne fait aucune différence¹⁵³.

Toutefois, le recours à une perspective pluraliste du droit montre aussi l'autonomie de l'ordre juridique sportif par rapport à celui de l'Etat. Or la problématique de l'arbitrabilité ne se définit que par rapport à l'ordre juridique étatique. Si le rapprochement fonctionnel entre organisation sportive et Etat qui résulte du recours au concept d'ordre juridique sportif peut être pertinent pour invoquer l'applicabilité des garanties procédurales de droit pénal dans le contentieux disciplinaire sportif (qui peut se justifier par une analogie structurelle entre les deux ordres juridiques), il ne l'est pas s'agissant de l'arbitrabilité (qui ne se conçoit que du point de vue de l'ordre juridique étatique). Dans la conception qui est la nôtre, l'arbitrabilité n'est pas exclue parce qu'une décision prise par un tribunal arbitral dans un domaine déterminé aurait des effets semblables à celles d'un tribunal étatique, mais parce que l'Etat se réserve le droit exclusif de trancher les litiges dans ce domaine¹⁵⁴. Tant que le comportement qui fait l'objet de la sanction sportive n'est pas sanctionné pénalement, l'Etat n'a pas manifesté la volonté de vouloir en trancher. En d'autres termes, tant que la suspension relève exclusivement de l'ordre juridique sportif, elle n'empiète pas sur le domaine de l'ordre juridique étatique tel qu'il est délimité par les règles sur l'arbitrabilité.

En dernier lieu, et c'est là à notre avis l'élément somme toute décisif, l'argument de l'assimilation au droit pénal pour exclure l'arbitrabilité du contentieux de la suspension sportive montre toutes ses limites lorsqu'il est confronté aux conséquences auxquelles il conduirait s'il devait être admis. En effet, s'il n'était pas arbitral, le contentieux de la suspension serait alors de la compétence des tribunaux civils. Or, nous ne voyons pas en quoi ceux-ci seraient *a priori* mieux armés que les tribunaux arbitraux pour connaître de litiges de nature quasi-pénale ! Nous pensons au contraire que la flexibilité de la procédure arbitrale permet de prendre en compte la spécificité évidente de ce type de litiges (par exemple en adoptant un standard de preuve plus

¹⁵³ Soek, *cit. supra* Fn 132, p. 3.

¹⁵⁴ Cf. *supra* A.I.1.

exigeant qu'en matière civile¹⁵⁵ ou, à la rigueur, en faisant application des garanties procédurales du droit pénal), adaptation qui s'avérerait beaucoup plus difficile devant le juge civil, tenu qu'il est par le caractère impératif de son code de procédure.

En conclusion, nous estimons qu'en dépit de toutes les analogies d'ordre structurel et fonctionnel que l'on peut constater entre les deux types de sanction, une assimilation de la sanction sportive et la sanction pénale peut se justifier au niveau des garanties procédurales applicables¹⁵⁶, mais en aucun cas en ce qui concerne l'arbitrabilité des litiges. D'ailleurs, comme l'a fait remarquer à juste titre Jean Philippe Rochat, la seule conséquence juridique de l'assimilation effectuée par la Cour européenne des droits de l'homme consiste dans l'application des garanties de l'art. 6 ch. 2 à 3 CEDH¹⁵⁷. Invoquer l'inarbitrabilité du contentieux de la suspension sportive signifie en effet non seulement étendre le champ de l'assimilation effectué par la Cour de Strasbourg, mais également en étendre les effets. En dernière analyse ce qui est décisif du point de vue de l'arbitrabilité, et l'on revient là à la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est le fondement privé de la sanction sportive¹⁵⁸.

3.3. Le caractère quasi étatique des organisations sportives

Alors que nous l'avons conçu comme un élément possible de l'assimilation de la sanction sportive à la sanction pénale, le caractère monopolistique des organisations sportives est pour Philippe Meier et Cédric Aguet un argument indépendant pour nier l'arbitrabilité du contentieux de la suspension : 'même sans passer par la qualification pénale de la sanction [...] la nature quasi-étatique des autorités qui la prononcent permet à elle seule d'exclure l'arbitrabilité de la suspension'¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cf. par exemple CAS OG/96/003, CAS OG/96/004 *Korneev et Gouliev c. CIO*; repris depuis notamment dans CAS 98/208 *Lu Na Wang et al. c. FINA*, Rec. TAS II 234, 247; CAS 2001/A/345, *R.M. c. Swiss Cycling*, para. V.3.1.3, pp. 13-14.

¹⁵⁶ Sur la problématique du point de vue des droits de l'homme cf. Antonio Rigozzi, Gabrielle Kaufmann-Kohler and Giorgio Malinverni, *Doping and Fundamental Rights of Athletes: Comments in the Wake of the Adoption of the World Anti-Doping Code*, *International Sports Law Review*, N°3 2003, à paraître.

¹⁵⁷ Rochat, cit. supra Fn 13, p. 65.

¹⁵⁸ On notera enfin que certains Etats, et notamment l'Italie, ont adopté des réglementation pénales en matière de dopage prévoyant des sanctions qui viennent l'ajouter à la sanction sportive (cf. Alessandro Traversi, *Diritto penale dello sport*, Milano, 2001, p. 113). Le fait que le dopage peut ainsi donner lieu à la fois à des sanctions sportives et à des sanctions pénales démontre que les deux ne sauraient être assimilées.

¹⁵⁹ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 80.

L'argument est simple et, à première vue, percutant : de structure monopolistique, les organisations sportives 'agissent par conséquent comme déléataires (de droit dans certains pays, de fait dans d'autres) de la puissance publique'¹⁶⁰. En effet, comme nous venons de le voir, il est difficilement contestable que les fédérations sportives exercent (et des fois abusent d') un pouvoir sur leurs affiliés qui n'est pas sans rappeler celui de l'Etat sur le citoyen¹⁶¹. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous avons eu recours à la notion d'ordre juridique sportif. Ce qu'il faut ici contester, c'est la conclusion selon laquelle du fait de ce pouvoir, voire de cette 'omnipotence'¹⁶², les organisations sportives agiraient en tant que déléataires de la puissance publique. Inconcevable dans une perspective pluraliste (où l'ordre juridique sportif est clairement distinct de l'ordre juridique étatique), cette thèse confond en réalité le pouvoir de fait des organisations sportives avec une délégation de droit de la part de l'Etat¹⁶³. Même dans les pays où l'Etat a délégué des prérogatives de puissance publique aux fédérations sportives, on relève volontiers que cette délégation ne fait qu'entériner ce qui relevait déjà *de facto* d'un monopole d'organisation¹⁶⁴. S'agissant de fédérations internationales, on ne voit d'ailleurs pas quel Etat pourrait leur déléguer ses prérogatives, celles-ci étant par définition purement nationales.

Cela ne signifie naturellement pas que l'on doive sans autre ignorer le fait que les organisations sportives se trouvent *de facto* dans une position monopolistique qui peut se révéler préjudiciable pour les athlètes. Philippe Meier et Cédric Aguet ont parfaitement raison lorsqu'ils relèvent que 'l'athlète n'est pas en mesure de négocier ni le contenu des règles ni leur application à son égard puisque sa participation aux compétitions dépend de sa soumission à ces règles'¹⁶⁵ et qu'il est dès lors souhaitable de soumettre les organisations sportives 'à des règles plus strictes que celles qui prévalent de manière générale'¹⁶⁶. Nous sommes également prêts à suivre ces auteurs lorsqu'ils concluent en appelant la jurisprudence à en tirer 'les conséquences qui s'imposent au niveau de l'arbitrage'¹⁶⁷. Nous pensons toutefois que ces conséquences ne doivent pas être tirées au niveau de l'arbitrabilité des litiges,

¹⁶⁰ Ibid., pp. 80-81.

¹⁶¹ Soek, cit. supra Fn 133, p. 58.

¹⁶² Soek, cit. supra Fn 132, p. 2.

¹⁶³ Dans un sens semblable Rochat, cit. supra Fn 13, p. 66 pour qui parler de délégation suppose 'une manifestation de volonté du délégant et, ici, l'Etat a en réalité choisi de ne pas réprimer les infractions et non pas d'en déléguer la répression'

¹⁶⁴ Jean-Christophe Lapouble, *Droit du sport*, Paris, 1999, p. 152.

¹⁶⁵ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 82.

¹⁶⁶ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 83.

¹⁶⁷ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 83.

mais plutôt – ce que le Tribunal fédéral a d'ailleurs fait, notamment suite à l'arrêt *Gundel*¹⁶⁸ – au niveau de la vérification de l'indépendance du tribunal arbitral appelé à trancher du litige (par rapport à l'organisation sportive qui peut user de sa situation monopolistique pour obliger ses affiliés à accepter le recours à l'arbitrage).

3.4. Conclusion

La thèse de l'inarbitrabilité d'un type de litige reflète généralement une méfiance dans la capacité des arbitres, ou de l'arbitrage en tant qu'institution, à résoudre de manière appropriée les litiges relevant de ce domaine¹⁶⁹. Même à l'heure où l'arbitrabilité des litiges 's'étend comme une tache d'huile à des matières 'sensibles'¹⁷⁰, ce n'est pas nécessairement un combat d'arrière-garde que de prôner une approche restrictive en matière d'arbitrabilité. Après tout, il y a des domaines, comme par exemple le droit du divorce ou le droit administratif, où une certaine méfiance peut parfaitement se justifier. D'un point de vue de politique législative, la question est donc celle de savoir si une telle méfiance s'impose aussi en matière sportive, et plus particulièrement s'agissant du TAS.

La résurgence de la thèse de l'inarbitrabilité en matière sportive repose essentiellement sur le postulat selon lequel 'l'arbitrage judiciaire dans le milieu sportif ne constitue que rarement une alternative valable à la justice étatique'¹⁷¹ et, corollairement, que 'seule la juridiction étatique est à même de garantir une pleine et totale protection de l'individu'¹⁷². A l'appui de cette thèse l'on fait notamment valoir que lorsque le sportif aura échoué à faire lever la sanction par la voie des mesures provisionnelles, 'le but poursuivi ne pourra plus être de limiter un dommage économique en cours, mais [avant tout] de rétablir l'athlète dans son honneur', question qui ne saurait relever de la compétence des arbitres¹⁷³. Or, il nous semble au contraire que l'arbitrage donnera souvent à l'athlète une chance réelle de faire annuler la suspension avant que celle-ci ne prenne fin. Les exemples de sportifs qui ont pu retourner à la compétition grâce à une sentence arbitrale sont suffisamment nombreux¹⁷⁴ pour inciter même les plus sceptiques à abandonner une hostilité

¹⁶⁸ Cf. supra Fn 46.

¹⁶⁹ Várady/Barcelo/von Mehren/, *International Commercial Arbitration*, St. Paul, 1999, p. 221.

¹⁷⁰ Fernández Rozas, cit. supra Fn 16, p. 112.

¹⁷¹ Baddeley, cit. supra Fn 102, p. 238.

¹⁷² Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 70 citant Baddeley, cit. supra Fn 102, p. 238.

¹⁷³ Meier/Aguet, cit. supra Fn 6, p. 70.

¹⁷⁴ Cf., par exemple, Sentence du TAS du 9 août 1999, TAS 98/222 *O. B. c. ITU*, Rec. TAS II 330. Pour sortir du contexte du TAS, on peut également mentionner que si la Société Nautique de Genève avait dû faire constater la validité du Défi suisse dans la 31^{ème} Coupe de l'America devant les tribunaux

qui, à la lumière des faits se démontre essentiellement dogmatique, voire idéologique. De plus, toujours du point de vue de la protection des intérêts des athlètes, force est de constater que l'activité des organisations sportives est souvent soumise à un contrôle plus étendu devant une formation du TAS qu'elle ne le serait devant un tribunal étatique¹⁷⁵. Dans cette perspective, une approche libérale en matière d'arbitrabilité des litiges sportifs se justifie par des raisons d'opportunité générale (et des athlètes en particulier) et non seulement d'opportunité de la part des organisations sportives.

De manière plus générale, nous ne pouvons qu'être d'accord avec Philippe Meier et Cédric Aguet lorsqu'ils affirment que 'l'engouement pour l'arbitrage institutionnel est un contre-coup salutaire à la justice sportive fermée (instances purement internes chargées de l'instruction et du règlement de litiges, clause d'exclusion en cas d'appel aux juridictions ordinaires), même s'il a d'abord été motivé par le souhait du mouvement dirigeant sportif de soustraire le contentieux sportif au juge et donc au droit étatique, avant de prendre une dimension de troisième voie juridictionnelle'¹⁷⁶. En revanche, et précisément parce que l'arbitrage sportif (à tout le moins celui administré par le TAS) a pris une dimension véritablement juridictionnelle, il ne nous semble pas qu'admettre l'arbitrabilité du contentieux de la suspension revient, comme l'estiment ces auteurs, 'à accorder aux instances sportives un nouveau passe-droit'¹⁷⁷. En effet, à partir du moment où l'instance arbitrale est véritablement indépendante des institutions sportives, celles-ci ne bénéficient en aucun cas d'un passe-droit. A nos yeux, la condition d'indépendance que l'ordre juridique suisse impose au tribunaux arbitraux appelés à trancher des litiges en matière sportive¹⁷⁸ devrait dissiper la méfiance, en soi légitime, à l'égard de l'arbitrage en matière sportive.

étatiques il y aurait eu de fortes chances qu'une décision définitive à ce sujet ne serait intervenue qu'après le début des compétitions. La décision définitive de l'*America's Cup Arbitration Panel* a été rendue en quelques mois levant ainsi l'incertitude à temps pour que le Défi puisse se préparer dans les meilleures conditions avec les résultats que l'on sait. A titre de comparaison, le litige qui a caractérisé la tempétueuse édition 1988 devant les tribunaux new-yorkais avait duré plusieurs années (pour un résumé de l'affaire *Mercury Bay* et des quatre arrêts auxquels elle a donné lieu, cf. James A.R. Nafziger, *International Sports law: A Replay of Characteristics and Trends*, American Journal of International Law 1992, pp. 489-518.)

¹⁷⁵ Robert J. Ellicott, *The rights of athletes and the rule of law*, in: International Athletic Foundation: Supplement sport & [and] law, Monte-Carlo, 1991, pp. 48-51.

¹⁷⁶ Ibid., p. 83.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Cf. supra Fn 46.

Epilogue

Les tentatives de réduire le champ d'intervention de la juridiction arbitrale en matière sportive partent certes d'un objectif louable (protéger les sportifs face à la toute-puissance des organisations sportives) mais ne nous paraissent pas propres à atteindre cet objectif. En effet, il nous semble beaucoup plus efficace de s'assurer de l'indépendance de l'instance arbitrale que de soustraire tout le contentieux des sanctions sportives de son domaine de compétence. De ce point de vue, la jurisprudence du Tribunal fédéral, libérale dans l'admission de l'arbitrabilité des litiges mais exigeante quant aux garanties minimales d'indépendance que doivent présenter les tribunaux arbitraux appelés à en connaître, nous semble particulièrement clairvoyante.

Dans l'arrêt *Gundel* de 1992, le Tribunal fédéral avait passé en revue le statut juridique du TAS pour conclure 'non sans hésitation du reste' (notamment quant aux modalités d'établissement de la liste d'arbitres) que le TAS était suffisamment indépendant pour être qualifié de véritable tribunal arbitral¹⁷⁹. Ces perplexités ont été à l'origine de la réforme du TAS qui a façonné l'institution telle que nous la connaissons aujourd'hui. Dans l'arrêt *Lazutina* de 2003, le Tribunal fédéral constate que 'tel qu'il a été aménagé depuis la réforme de 1994, le système de la liste d'arbitres du TAS satisfait aujourd'hui aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux'. Il ne manque toutefois pas l'occasion de signaler qu' 'il serait souhaitable, [...] par souci de transparence,' que la liste publiée indiquât les arbitres proposés par une organisation sportive et, le cas échéant, laquelle. Le jour même de la communication des motivations de l'arrêt, le Président du TAS a déclaré qu'il 'ne restera pas sourd aux suggestions du TF tendant à perfectionner le fonctionnement du TAS'¹⁸⁰. La jurisprudence du Tribunal fédéral a ainsi directement contribué à rendre le TAS plus indépendant des organisations sportives, et cela tout à l'avantage des athlètes. Dans les faits, elle a contribué à améliorer la protection juridique des athlètes plus qu'elle n'aurait pu le faire en se montrant restrictive sur la question de l'arbitrabilité des litiges.

¹⁷⁹ ATF 119 II 271 280.

¹⁸⁰ Communiqué de presse du TAS du 24 juin 2003. ATF *Lazutina* du 27 mai 2003, publié dans ce Bulletin 3/2003, p. 601.

Summary:

In March 2003, all major sports federations and nearly 80 governments adopted the World Anti-Doping Code, which provides that all appeals from decisions of sports governing bodies in international doping matters must be brought before the Swiss-based Court of Arbitration for Sport (CAS). In a recent decision, the Swiss Federal Supreme Court has considered this 'widespread acceptance of the CAS by the international community as a mark of acknowledgement of the need for an arbitral institution capable of settling sports disputes in a fast, flexible and inexpensive way' (See Decision of 27 May 2003 *Lazutina & others v. IOC & FIS*, Bull. ASA 3/2003, p. 601, 3.3.3.3).

Paradoxically, while the CAS is becoming the usual forum in international sports matters, questions are now being raised about the appropriateness of resolving sports disciplinary disputes through arbitration. In particular, Swiss legal writers have expressed the view that sports disputes concerning the imposition of a suspension period are not arbitrable (*i.e.*, it is argued that such disputes belong exclusively to the domain of state courts).

Drawing on this current debate, the author of this article discusses the general problems of arbitrability that may be of particular interest in sports matters and comes to the following main conclusions:

- Given that the seat of all CAS panels is Lausanne, the question of arbitrability should be assessed under Swiss law (in particular Article 177(1) PILA as to international arbitrations), not only by the arbitrators and the Swiss courts, but also by non-Swiss courts whose jurisdiction is challenged on the ground that the dispute is covered by a CAS arbitration agreement. This approach will ensure that athletes will have the same access to arbitral justice around the world.

- Under Article 177(1) PILA, arbitrability does not depend on the law applicable to the arbitration agreement or the law applicable to the merits of the dispute, but rather depends directly and exclusively on the following test: 'does the dispute relate to a pecuniary interest' (*i.e.*, interests capable of being measured in monetary terms) are arbitrable. This 'direct approach' further contributes to the equal treatment of athletes worldwide.
- However, since foreign courts that may be requested to enforce CAS awards will apply their own law to the question of arbitrability (Article V(2)(a) NYC), it would be wise, in certain specific circumstances, for CAS panels to consider foreign law provisions on arbitrability that are less liberal than Article 177(1) PILA.
- The issue of arbitrability should be raised *ex officio* not only by the courts, but also by CAS arbitrators.
- Insofar as they may be qualified as 'disputes of pecuniary interest' within the meaning of Article 177(1) PILA, sports disputes involving 'field of play issues' are *per se* arbitrable.
- Given its factual and economic nature, the arbitrability test of Article 177(1) PILA should be interpreted as broadly as possible. Accordingly, the fact that athletes challenge the imposition of an ineligibility period on the ground that it constitutes a violation of their 'personality rights', which under Swiss law are characterized as 'non-pecuniary rights', does not mean that the issue is *per se* inarbitrable.
- Since disputes involving professional athletes are inherently pecuniary in nature, they are arbitrable under Swiss law. Equal treatment of athletes demands that sports disputes be considered arbitrable irrespective of whether the athlete involved is professional or truly amateur.

- The quasi-criminal nature of sports disciplinary sanctions may require the application by analogy of some criminal law procedural guarantees, but does not exclude the arbitrability of such disputes.
- The fact that sports organisations are in a monopolistic position vis-à-vis the athletes who wish to compete in a certain sport, and can easily 'impose' an arbitration clause on them, does not exclude the arbitrability of disputes concerning sports sanctions. It is, of course, necessary to take the monopolistic position of the sport organisation into account. However, the best way to do so does not consist in denying the arbitrability of sports disputes, but rather in making certain that the sports arbitral bodies are truly independent from the sports organization.

Accordingly, as a general conclusion, the author endorses the current approach of the Swiss Federal Supreme Court, which is rather generous in accepting the arbitrability of sports disputes (*see* the summary statement in *Stanley Roberts c. FIBA*, Bull. ASA 2001, p. 523, 2) but much more rigorous in assessing the independence of the arbitral tribunals adjudicating these disputes (*see* for instance the analysis of almost 20 pages in the above mentioned *Lazutina* case, Bull. ASA 3/2003, p. 601).

ASA Bulletin



Association suisse de l'arbitrage
Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione svizzera per l'arbitrato
Swiss Arbitration Association