

Antonio Rigozzi*

Le recours contre les sentences du Tribunal arbitral du sport (TAS)

Mots clés : Droit du sport, arbitrage international, Tribunal arbitral du sport, Recours contre la sentence, art. 190 LDIP

Introduction

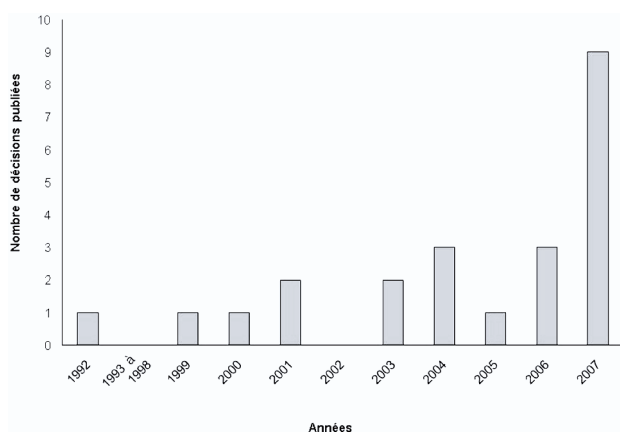
Le thème des recours contre les sentences du TAS n'est pas nouveau pour la plupart d'entre vous: il a déjà fait l'objet d'un exposé de la part du Professeur PIERRE TERCIER à l'occasion du Séminaire du TAS de 2006 à Divonne et d'une présentation par

l'ancien juge fédéral HANS-PETER WALTER lors de la dernière édition de cette conférence¹. Pourquoi dès lors revenir sur le sujet, me direz-vous?

Il y a une raison toute simple, c'est que depuis, le nombre de recours a littéralement explosé. Un simple coup d'œil au nombre d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral montre que:

* Docteur en droit, chargé de cours à l'Université de Neuchâtel; avocat, associé Lévy Kaufmann-Kohler à Genève. La présente contribution reprend, dans le contenu et dans le style, une présentation orale à l'occasion de la conférence «A l'aube de l'UEFA EURO 2008: Questions juridiques d'actualité» que la FSA a organisé à Lausanne les 22 et 23 février 2008 conjointement avec le Tribunal arbitral du sport (TAS) et l'UEFA. Une version plus scientifique de cet article sera publiée avec les actes de ladite conférence.

¹ HANS-PETER WALTER, Rechtsmittel gegen Entscheide des TAS nach dem neuen Bundesgesetz über das Bundesgericht und dem Entwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Rigozzi/Bernasconi (éd.) *The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport*, Berne 2007, pp. 155–173.



- Dans les six ans qui ont suivi le premier arrêt dans l'affaire *Gundel* de 1992², il n'y a eu aucun recours déposé.
- Entre 1999 et 2006, le Tribunal fédéral a rendu des arrêts dans des affaires du TAS presque chaque année³, mais souvent pas plus d'un par année, le maximum ayant été trois en 2004 et en 2006.
- L'année passée, en 2007, les recours ont été neuf⁴...

S'agit-il d'un trend significatif ou seulement d'un accident de l'histoire? Difficile à dire. Ce qui est sûr, c'est que ces chiffres ne sauraient laisser indifférent. Dans cet exposé, je me suis fixé pour objectif, pragmatique⁵, de répondre aux principales questions que les différents intervenants dans la procédure se posent ou, en tout cas, devraient se poser, notamment à la lumière de ces chiffres. Avant de passer dans le vif du sujet, et pour poser le cadre juridique, il faut rappeler que les arbitrages du TAS ont

tous leur siège en Suisse (art. R-28 du Code TAS⁶) et que la compétence internationale pour connaître des recours contre les sentences du TAS appartient dès lors exclusivement aux tribunaux suisses. Comme nous sommes en Suisse, il faut encore préciser que, parmi les arrêts rendus par le Tribunal fédéral à ce jour sur des recours contre des sentences du TAS, un seul concernait une affaire d'arbitrage interne régie par le Concordat⁷, je pense naturellement à l'affaire *Hondo* dont nous savons tous qu'elle était de fait très internationale. C'est la raison pour laquelle, pour simplifier le propos, je limiterai le contenu de cet exposé aux recours contre les sentences rendues en matière internationale, c'est-à-dire en application du Chapitre 12 LDIP⁸. Au bénéfice de nos collègues étrangers, il convient de préciser que contre de telles sentences – et c'est là une particularité unique en droit comparé⁹ – il n'existe en droit suisse qu'un seul degré de recours devant le Tribunal fédéral. Ceci permet de dire, sans trop risquer de se tromper, que les parties peuvent raisonnablement partir de l'idée qu'elles seront définitivement fixées sur le sort de leur arbitrage dans un délai de quatre à six mois à compter du dépôt du recours contre la sentence.

Ces précisions étant faites, je m'intéresserai avant tout aux avocats, mais aussi aux arbitres du TAS eux-mêmes. Au passage, je ne manquerai pas de dire quelques mots adressés au (greffe du) TAS. Concrètement, je commencerai par passer en revue les motifs d'annulation des sentences (I) pour ensuite évoquer quelques questions choisies de procédure (II) à la lumière desquelles il sera possible d'avancer quelques éléments de synthèse (III).

I. Les motifs de recours de l'art. 190 al. 2 LDIP

L'existence de motifs de recours concerne tout d'abord les parties, en leur assurant une espèce de «filet de sécurité» pour le cas où l'arbitrage devait véritablement mal tourner. Elle concerne aussi les arbitres, dans la mesure où ils sont tenus de rendre une sentence susceptible de sanction légale.

1. La constitution irrégulière du tribunal arbitral

Selon l'art. 190 al. 2 let. a LDIP, une sentence arbitrale (du TAS) peut être attaquée lorsque «l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé».

Ce motif de recours permet avant tout de faire valoir les motifs de récusation rejetés par le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS), l'autorité compétente pour décider des requêtes de récusation selon l'art. R34 du Code TAS. Le motif de récusation par excellence, surtout devant le TAS, est

- 2 Arrêt 4P.217/1992 du 15 mars 1993 (*Gundel c. FEI*), ATF 119 II 271.
- 3 Arrêt 4P.83/1999 du 31 mars 1999 (*N. [Lu Na Wang] et al. c. FINA & TAS*), Recueil TAS II, p. 767; arrêt 5P.427/2000 du 4 décembre 2000 (*Raducan c. CIO & TAS*), Bull. ASA 2001, p. 508; arrêt 4P.230/2000 du 7 février 2001 (*Roberts c. FIBA*), Bull. ASA 2001, p. 523; Arrêt 4P.64/2001 du 11 juin 2001 (*Abel Xavier c. UEFA*), ATF 127 III 429; arrêt 4P.267-270/2002 du 27 mai 2003 (*Lazutina c. CIO, FIS & TAS*), ATF 129 III 425; arrêt 4P.149/2003 du 31 octobre 2003 (*Roux c. UCI & TAS*), RSDIE 2005, p. 177, note Schweizer; arrêt 4P.253/2003 du 25 mars 2004 (*Club de Football A. c. entraîneur B & TAS*), Bull. ASA 2005, p. 128; arrêt 4P.269/2003 du 6 mai 2004 (*Société Sportive X Istanbul c. FIFA, joueur brésilien, club brésilien & TAS*), Bull. ASA 2005, p. 477; arrêt 4P.62/2004 du 1^{er} décembre 2004 (*FECOTRI c. ITU et al. & TAS*), Bull. ASA 2005, p. 483; arrêt 4P.26/2005 du 23 mars 2005, (*X. [club] c. A. & B. [footballeurs brésiliens], FIFA & TAS*), Bull. ASA 2005, p. 704; arrêt 4P.314/2005 du 21 février 2006 (*joueur A. c. FC X [Sion] & TAS*), RSDIE 2007, p. 86, note Schweizer; arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006 (*X. [Hazza Bin Zayed] c. Y [Lissarague] et al. & TAS*), Bull. ASA 2007, p. 105.
- 4 Arrêt 4P.240/2006 du 5 janvier 2007 (*X [Rayo Vallencano] c. FIFA & TAS*), Bull. ASA 2007, p. 381; arrêt 4P.148/2006 du 10 janvier 2007 (*X [Hondo] c. AMA et consorts & TAS*), Bull. ASA 2007, p. 569; arrêt 4P.298/2006 du 14 février 2007 (*X [joueur grec] c. Y [club grec] & TAS*); arrêt 4P.172/2006 du 22 mars 2007 (*X. [Cañas] c. ATP Tour*), ATF 133 III 235; arrêt 4A_17/2007 du 8 juin 2007 (*A [Nuno Assis] c. AMA & TAS*); arrêt 4A_42/2007 du 13 juillet 2007 (*X [Besiktas] c. A. [M. Del Bosque] et al.*); arrêt 4A_160/2007 du 28 août 2007 (*club de football X c. fédération Y & TAS*); arrêt 4A_204/2007 du 5 novembre 2007 (*Esteghlal FC c. AFC & TAS*); décision 4A_286/2007 du 30 novembre 2007 (*Club X. c. OL & TAS*).
- 5 Pour un exposé plus systématique, cf. ANTONIO RIGOZZI, L'arbitrage international en matière de sport, Bâle 2005, pp. 655 ss; ANTON K. SCHNYDER, Rechtsbehelfe gegen Entscheide des Court of Arbitration for Sport (CAS), Causa Sport 2005, pp. 353–358.

6 Code de l'arbitrage en matière de sport disponible sur le site http://www.tas-cas.org/fr/arbitrage_statuts.asp/4-0-26-4-1-1/5-0-70-7-1-1/.

7 Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CIA, RSN 252.2 – RSG E 3 30). Sur la [difficulté des problèmes de] délimitation du champ d'application respectifs du CIA et de la LDIP en matière sportive, cf. ANTONIO RIGOZZI/YVES HOCHULI, Die Internationalität der Schiedsgerichtsbarkeit in Sportstreitigkeiten, in Jusletter du 27 novembre 2006, n. 16 ss.

8 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291).

9 JEAN-FRANÇOIS POUURET et SÉBASTIEN BESSON, Comparative Law of International Arbitration, Zurich 2007, n° 772, p. 705.

celui tiré du défaut d'indépendance des arbitres. Je ne vais pas vous exposer dans le détail la jurisprudence bien connue du Tribunal fédéral en matière d'indépendance, d'autant plus que le sujet vient d'être évoqué dans l'exposé précédent. Ce qu'il m'importe de signaler, c'est que dans les affaires du TAS, il arrive très souvent que la partie qui a succombé fasse valoir des motifs de récusation qu'elle aurait découverts après le prononcé de la sentence. Or, de tels motifs ne peuvent être invoqués devant le Tribunal fédéral que s'ils ne pouvaient pas raisonnablement être découverts avant. A ce sujet, le Tribunal fédéral a précisé que les parties ne sauraient se contenter des informations à leur disposition:

- si un élément d'information n'est pas accessible, il appartient aux parties de «solliciter le complément d'information» nécessaire;
- toute omission pourra leur être reprochée par la suite¹⁰.

Selon les circonstances, ces exigences peuvent paraître excessives. Ainsi, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a semblé reprocher à la partie recourante de ne pas avoir *constamment* surveillé le site Internet du TAS et d'avoir ainsi manqué l'occasion de découvrir une sentence (publiée sur ce site pour une période limitée) dont la lecture aurait permis de déceler le motif de récusation invoqué...¹¹.

Pour les avocats, cela signifie qu'il faut absolument procéder aux démarches nécessaires pour s'assurer de l'indépendance des arbitres, dès la réception du formulaire d'acceptation de ces derniers. Il est vrai que les arbitres ne sont, en règle générale, pas très prolixes dans ce formulaire. Il est donc parfaitement justifié de leur poser des questions additionnelles, par exemple combien de fois ils ont déjà été nommés par la fédération en question dans le passé. Selon mon expérience, les arbitres ne se sont pas offusqués d'une telle démarche, comprenant très bien que c'est là une expectative légitime des parties. Encore une fois, c'est à ce moment-là qu'il faut poser toutes les questions; par la suite on est forcé.

Il convient encore de préciser que la violation par les arbitres du TAS de leur devoir général de révélation ne constitue pas en elle-même un motif d'annulation de la sentence¹². Il en va de même *a fortiori* des «obligations» additionnelles qui résultent de la directive du CIAS relative aux conflits d'intérêts discutée dans l'exposé précédent, notamment (i) celle de révéler tout mandat de conseil assumé – en personne ou par son étude – devant le TAS et (ii) celle de ne pas agir en même temps en tant qu'arbitre (dans une affaire) et en tant que conseil (dans une autre affaire pendante devant le TAS)¹³.

10 Arrêt du TF 4P.217/1992 du 15 mars 1993, Bull. ASA 1993, p. 398, 408.

11 Arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, Bull. ASA 2007, p. 105, 110–111.

12 Arrêt 4P.188/2001 du 15 octobre 2001, Bull. ASA 2002, p. 321, 327.

13 Dans le but déclaré d'«éviter à l'avenir que des parties agissant devant le TAS et représentées par des conseils non-membres du TAS aient le sentiment d'être désavantagées si la partie adverse est représentée par un membre du TAS», le CIAS a récemment adopté la directive suivante: «1. De l'avis du Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS), un membre du TAS nommé en qualité d'arbitre au sein d'une formation du TAS ne doit pas agir comme conseil dans le cadre d'une autre

2. La compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral

Selon l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, la sentence peut être attaquée lorsque «le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent».

Lorsque leur compétence est contestée, les arbitres du TAS garderont à l'esprit que le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit relatives à la compétence (ou à l'incompétence) des arbitres, y compris les questions préalables.

Le motif de recours tiré de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP permet avant tout au Tribunal fédéral de revoir la validité de la convention d'arbitrage. Or, dans la mesure où le Tribunal fédéral admet de manière très libérale l'arbitrabilité des litiges sportifs et est tout sauf formaliste en ce qui concerne la validité de la convention d'arbitrage contenue dans les réglementations sportives¹⁴, ce grief ne paraît pas destiné à jouer un rôle très important en pratique.

Les seuls véritables problèmes peuvent surgir dans les litiges contractuels, par exemple en matière de football, lorsque les parties concluent plusieurs contrats contenant des clauses d'arbitrage différentes, par exemple une en faveur du TAS et une en faveur d'une instance arbitrale nationale¹⁵. Dans le cadre d'un recours au Tribunal fédéral, le problème de l'interprétation de la convention d'arbitrage a toutefois une portée limitée. En effet, lorsque le TAS constate que la volonté réelle des parties était – par exemple – de faire primer la clause TAS sur l'autre clause d'arbitrage, il s'agit-là d'une constatation de fait que le Tribunal fédéral se refuse de revoir. Ce n'est dès lors que dans les très rares hypothèses où le TAS admet ou décline sa compétence sur la base de la volonté hypothétique des parties que le Tribunal fédéral procèdera à une interprétation de la convention d'arbitrage.

Le fait que le Tribunal fédéral se range le plus souvent derrière l'interprétation de la convention d'arbitrage effectuée par les arbitres ne saurait toutefois leur faire oublier que la question de leur compétence ne se pose que si celle-ci est contestée. On a ainsi récemment vu une formation du TAS se déclarer incompétente sans que la partie défenderesse n'ait soulevé l'exception d'incompétence¹⁶.

procédure devant le TAS au cours de la même période. 2. Au cas où un membre du TAS est nommé en tant qu'arbitre dans une formation du TAS, il/elle doit révéler tout mandat de conseil qu'il/elle ou son cabinet d'avocats a devant le TAS. Si, après une nomination dans une formation du TAS, un membre du TAS accepte néanmoins d'agir comme conseil dans le cadre d'une autre procédure du TAS, il/elle doit immédiatement révéler cette information au TAS. 3. Dans le cadre de la procédure d'appel, le président d'une formation est nommé uniquement parmi les membres du TAS qui ne représentent pas ou dont le cabinet d'avocats ne représente pas une partie devant le TAS au moment de cette nomination».

14 Arrêt 4P.230/2000 du 7 février 2001, Bull. ASA 2001, p. 523, *passim*, RSDIE 2002, p. 585 et la note de Schweizer.

15 Arrêt 4A_42/2007 du 13 juillet 2007, Bull. ASA 2008, p. 121, 126–128.

16 Sentence CAS 2007/A/1227 du 4 mai 2007; arrêt du TF 4A_204/2007 du 5 novembre 2007, Bull. ASA 2008, p. 165.

3. La décision *ultra petita* et le déni de justice

Selon l'art. 190 al. 2 let. c LDIP, la sentence peut être attaquée lorsque «le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande». Par «chefs de la demande» (*Rechtsbegehren, conclusioni*) au sens de l'art. 190 al. 2 let. c LDIP – concept que le Tribunal fédéral traduit en anglais par «*claims*» – «on entend les demandes ou conclusions des parties»¹⁷.

Les arbitres (du TAS) veilleront donc à éviter (i) d'allouer davantage ou autre chose que ce qui a été demandé (*ultra petita*) ou (ii) d'omettre, sans argumentation juridique particulière, de trancher une des conclusions formées devant eux (*déni de justice*).

Le grief d'*ultra petita* ne saurait toutefois être sous-estimé. Tant que le TAS ne dispose pas des moyens lui permettant de procéder à une véritable *scrutiny* de la sentence à l'image de la Cour d'arbitrage de la CCI¹⁸, il revient aux arbitres d'éviter des inadvertances qui pourraient se révéler lourdes de conséquences. Ainsi, dans une sentence récente, la formation arbitrale a ordonné la restitution des primes gagnées alors que l'appelant avait simplement demandé la disqualification pour dopage et que les autres parties s'étaient limitées à conclure au rejet des conclusions de l'appelant¹⁹. De manière générale, les arbitres du TAS doivent garder à l'esprit le grief d'*ultra petita* dans les appels en matière de dopage lorsque, d'un côté, l'appelant demande la levée de la sanction et, de l'autre, la fédération ou l'organisation antidopage intimée conclut à la confirmation de la décision de première instance. Même s'ils estiment que la sanction appropriée serait plus élevée, les arbitres ne peuvent aller au-delà de ce qu'a requis la fédération intimée.

A propos du grief d'*infra petita*, je rappellerai – et dans un registre encore plus pragmatique – que les arbitres soucieux d'éviter des recours inutiles tirés de l'interdiction de statuer *infra petita* auront le soin de préciser à la fin du dispositif de la sentence qu'ils rejettent «toutes autres ou plus amples conclusions»²⁰.

4. La violation des principes fondamentaux de procédure

S'il y a un grief que les arbitres du TAS doivent véritablement garder à l'esprit, non seulement lors de la rédaction du dispositif de la sentence mais tout au long de la procédure, c'est celui tiré de la violation des principes fondamentaux de procédure. Selon l'art. 190 al. 2 let. d LDIP, «la sentence peut être attaquée [...] lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté».

Le Tribunal fédéral a rappelé à plusieurs reprises que ce motif d'annulation a pour but d'assurer le respect des règles impératives de procédure visées à l'art. 182 al. 3 LDIP. Pour éviter tout malentendu, il convient de préciser d'emblée que ce grief ne permet pas de sanctionner la violation d'une règle de procédure adoptée par les parties ou contenue dans le règlement d'arbitrage applicable²¹. Ainsi, par exemple, le fait que le TAS admette le mémoire d'appel alors même qu'il a été déposé après le délai fixé par le Code ne saurait entraîner l'annulation de la sentence. Il en irait autrement si, dans la même affaire, il refusait le mémoire en réponse à l'appel déposé avec un retard similaire. Dans ce cas, il pourrait y avoir une violation du principe de l'égalité des parties.

En pratique, et le contentieux sportif ne fait pas exception, c'est le droit d'être entendu et notamment le droit à la preuve qui joue le rôle principal. Toutefois, de fait et à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce grief a très peu de chances d'aboutir, et cela pour trois raisons principales:

- Pour éviter tout problème au stade du recours, les arbitres auront le soin de préciser que le moyen de preuve qu'ils s'approprient à refuser (i) n'a pas été offert en temps utile et dans les formes prescrites ou alors (ii) a trait à un fait non pertinent²².
- De plus, le Tribunal fédéral refuse d'annuler une sentence violant le droit d'être entendu lorsqu'elle repose sur une motivation multiple dont un volet au moins n'est pas vicié²³.
- De toute manière, ici aussi il faut encore que le grief ait été soulevé déjà pendant la procédure d'arbitrage, et non pas seulement après la réception de la sentence²⁴.

Il n'est dès lors pas étonnant que le seul cas dans lequel le Tribunal fédéral a cassé une sentence du TAS pour violation du droit d'être entendu avait trait à un élément tout à fait spécifique de ce grief, à savoir le cas dit du «déni de justice formel». Il faut en effet savoir que le Tribunal fédéral considère que le droit d'être entendu est violé lorsque, par inadvertance ou malentendu, le tribunal arbitral ne prend pas en compte des allégués, arguments, preuves et offres de preuve pertinentes pour l'issue du litige. Vous l'aurez compris, je me réfère ici à l'affaire *Cañas*. En l'espèce, ce tennisman argentin avait contesté sa suspension pour une série de raisons que la formation du TAS avait diligemment résumées dans la *partie en fait* de sa sentence. Or, dans la *partie en droit* de la sentence, la formation discute tous les arguments soulevés par *Cañas* sauf un – en l'espèce la compatibilité de la sanction avec le droit de la concurrence.

Le Tribunal fédéral a précisé qu'il incombe au recourant d'établir (i) l'omission des arbitres et (ii) que celle-ci concerne des éléments de nature à influencer sur le sort du litige. Lorsque, comme dans l'affaire *Cañas*, la sentence passe «totalement sous silence» un argument, il sera relativement aisé d'apporter cette preuve. Il appartiendra alors aux arbitres ou à la partie intimée d'expliquer

17 Arrêt 4P.96/2002 du 9 janvier 2007, Bull. ASA 2007, p. 560, 564.

18 En l'état, le Code TAS se limite à prévoir qu'«[a]vant la signature de la sentence, celle-ci doit être transmise au Secrétaire général du TAS qui peut procéder à des rectifications de pure forme et attirer l'attention de la Formation sur des questions de principe fondamentales».

19 Sentence CAS 2006/A/1046 du 9 août 2006, disponible sur le site http://www.fei.org/athletes_and_horses/medication_control_and_antidoping/athletes/Documents/CAS_2006_A_1046.pdf.

20 Arrêt 4P.269/2003 du 6 mai 2004, Bull. ASA 2005, p. 477.

21 ATF 117 II 347.

22 ATF 106 II 170, 171.

23 Arrêt 4P.137/2002 du 4 juillet 2003, Bull. ASA 2003, p. 842, 846.

24 ATF 119 II 386, 388.

(voire justifier) l'omission, en démontrant que les éléments omis n'étaient pas pertinents pour trancher le différend ou, s'ils l'étaient, que le tribunal arbitral les a implicitement écartés.

Lorsque l'argument passé totalement sous silence est un argument indépendant, la partie intimée se trouve dans la position très délicate de devoir expliquer le silence des arbitres sans en connaître les raisons et est de fait dans l'impossibilité de prouver qu'il a été écarté implicitement par les arbitres.

Les arbitres, eux, disposent encore d'une possibilité pour justifier leur omission dans le cadre des observations qu'ils sont invités à déposer suite au recours. Lorsque, comme dans l'affaire *Cañas*, ils ne le font pas alors même que leur sentence passe totalement sous silence un argument indépendant, ils exposent non seulement la sentence au risque d'annulation mais aussi, ce qui est somme toute plus grave, la partie intimée au risque d'être condamnée au paiement de frais et dépens inutiles (alors qu'elle n'est pour rien dans l'omission des arbitres). S'il y a un enseignement à tirer de l'affaire *Cañas* c'est que les arbitres doivent indiquer pourquoi ils ne discutent pas des arguments des parties et que le greffe du TAS doit s'en assurer, ce qui implique encore une fois que ce dernier puisse disposer des moyens pour procéder à une véritable *scrutiny* de la sentence. De toute manière, en cas d'inadvertance, c'est au stade des observations contre le recours qu'il convient de rectifier le tir.

En agissant de la sorte, les arbitres colmatent la seule brèche qui permet de critiquer le raisonnement du Tribunal arbitral et remettre en cause la sentence sur le fond. En effet, dans le système de l'art. 190 al. 2 LDIP l'examen du fond de la décision des arbitres est limité à la compatibilité de la sentence avec l'ordre public.

5. La contrariété à l'ordre public matériel

Selon l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, une sentence arbitrale peut être attaquée «lorsqu'[elle] est incompatible avec l'ordre public». La définition exacte de la notion d'ordre public a donné lieu à des discussions passionnantes et passionnées tant en doctrine qu'en jurisprudence²⁵. Ce qu'il importe de retenir, c'est que cette notion est tellement étroite que, depuis l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989, aucune sentence n'a été annulée de ce chef, et ce n'est pas faute de tentatives. En matière sportive, ce grief a été invoqué quasiment systématiquement mais jamais retenu.

Il n'est pas possible de faire ici la liste des défauts de la sentence qui ont été néanmoins considérés comme compatibles avec l'ordre public. Je signalerai simplement, parce que c'est l'exemple le plus significatif, que le Tribunal fédéral a systématiquement tenu à préciser que la notion d'ordre public est encore plus restrictive que celle de l'arbitraire. Il en résulte notamment que même «l'application manifestement erronée d'une règle de droit ou la constatation évidemment fautive d'un point de fait ne suffisent pas encore à justifier l'annulation d'une sentence». En substance, les arbitres jouissent d'une liberté quasi absolue

quant à la manière dont ils tranchent le litige au fond – le contrôle du Tribunal fédéral étant pratiquement inexistant.

Dans le domaine proprement sportif, la violation de l'ordre public a été invoquée le plus souvent pour contester des *sancions en matière de dopage*, sans succès. Le Tribunal fédéral a notamment jugé que:

- Le principe de la responsabilité objective (*strict liability*) et le fait de retenir une infraction de dopage sans égard à l'effet sur la performance ne constituent pas une violation de l'ordre public²⁶.
- Tant la disqualification automatique des résultats que l'imposition d'une suspension de deux ans sans tenir compte du degré de la faute imputable à l'athlète ne sont pas contraires à l'ordre public²⁷.

Le caractère extrêmement limité du contrôle du fond de la sentence peut paraître inéquitable pour les athlètes, en particulier sachant que l'arbitrage leur a été imposé par les fédérations sportives et que le Tribunal fédéral accepte le caractère non consensuel de l'arbitrage sportif. On peut donc se demander s'il ne conviendrait pas d'adopter une conception moins restrictive de l'ordre public en matière sportive²⁸, voire de procéder – pour reprendre les termes du Professeur MARGARETA BADDELEY – à une «redéfinition de l'ordre public matériel» permettant de revoir les «droits essentiels» des athlètes²⁹. Comme l'a relevé le juge fédéral HANS-PETER WALTER lors de la dernière édition de cette conférence, le Tribunal fédéral n'a pour l'instant pas suivi cette voie³⁰. Personnellement, j'ajouterais qu'une telle évolution est exclue tant que les sentences du TAS sont justes et fondamentalement équitables sur le fond. Pour que cela reste le cas, il faut s'en remettre non seulement aux arbitres du TAS, mais aussi aux avocats qui plaident devant eux. Ainsi, pour reprendre la problématique du dopage précédemment évoquée, il faut notamment insister sur le fait que ce n'est pas parce qu'une suspension de deux ans pour dopage en cas de faute légère ne viole pas l'ordre public que les arbitres doivent nécessairement suivre les réquisitions des organisations antidopage qui, à l'image de l'USADA, requièrent systématiquement la suspension maximale.

II. Questions de procédure

Avant de se prononcer sur les chances de succès d'un recours contre une sentence du TAS, et *a fortiori* avant d'introduire un tel recours, les avocats doivent se poser plusieurs questions d'ordre procédural. Ils devront notamment se poser les trois questions suivantes: Le recours est-il recevable (1.)? Aura-t-il un effet suspensif (2.)? Combien ça va coûter (3.)?

26 Arrêt 105/2006 du 4 août 2006, Bull. ASA 2007, p. 105, 120–121.

27 Arrêt 4P.148/2006 du 10 janvier 2007 (relatif à l'arbitraire), Bull. ASA 2007, p. 569, 576 ss.

28 Dans ce sens nos développements dans RIGOLZI (note 5), pp. 732 ss.

29 MARGARETA BADDELEY, La décision *Cañas*: nouvelles règles du jeu pour l'arbitrage international du sport, *Causa Sport* 2007, p. 155, 161.

30 WALTER (note 1), p. 165.

25 ATF 132 III 389, 392 ss.

1. La recevabilité du recours

La première question qui se pose en matière de recevabilité est celle de savoir si les exclusions du recours contenues dans les règlements sportifs ou dans les licences signées par les athlètes sont valables.

a. Peut-on valablement exclure tout recours en matière sportive?

L'art. 192 al. 1 LDIP permet, à certaines conditions, aux parties domiciliées à l'étranger de renoncer à tout recours contre la sentence. L'applicabilité de cette disposition en matière sportive a été critiquée, notamment du fait qu'elle discriminait les athlètes étrangers par rapport aux athlètes suisses³¹. Dans l'arrêt *Cañas* précité³², le Tribunal fédéral a été encore plus radical en décidant de manière générale, peut-être trop générale, que les clauses d'exclusion du recours sont inefficaces en matière sportive. En substance, le Tribunal fédéral a retenu que dans la mesure où les athlètes n'avaient en pratique pas d'autre choix que de souscrire de tels engagements (en tant que condition pour pouvoir participer aux compétitions), leur consentement ne pouvait pas être considéré comme valablement donné. Voilà qui est clair et, en tous les cas pour la plupart des sports olympiques³³, très juste.

Pour le reste, il convient de rappeler que le régime procédural du recours contre les sentences arbitrales a changé le 1^{er} janvier 2007 avec l'entrée en vigueur de la nouvelle LTF³⁴ qui prévoit notamment que le recours dans ce domaine est désormais le recours en matière civile. Le législateur ayant tenu largement compte, notamment à l'art. 77 al. 2 et 3 LTF, des spécificités du recours contre la sentence, au-delà de la terminologie, les modifications sont moins importantes qu'il n'y paraît. Je me limiterai donc ici à l'évocation de quelques questions choisies qui revêtent un intérêt tout particulier en matière sportive³⁵.

b. Y a-t-il une exigence de valeur litigieuse minimale?

A teneur de l'art. 74 LTF, «le recours n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à: (a) 15 000 francs en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer; (b) 30 000 francs dans les autres cas».

Le législateur n'a pas exclu cette disposition en matière d'arbitrage. Or son application serait très problématique en matière d'arbitrage sportif³⁶. En effet, devant le TAS la valeur litigieuse est souvent indéterminée, les demandes tendant à l'annulation,

voire à la confirmation de la décision d'une instance sportive. Il faut donc espérer que le Tribunal fédéral suivra l'avis de la doctrine qui considère unanimement la non-exclusion de l'art. 74 LTF en matière d'arbitrage comme un oubli du législateur, de sorte que le recours doit demeurer ouvert indépendamment de la valeur litigieuse, comme sous le régime de l'ancienne loi³⁷.

c. Faut-il un avocat suisse pour attaquer une sentence du TAS?

Les arbitres du TAS savent que la plupart des athlètes se font représenter devant le TAS par «leur avocat local». Au-delà du caractère plus ou moins judiciaire de ce choix, se pose la question de savoir s'ils peuvent en faire de même dans le cadre d'un recours contre la sentence porté devant le Tribunal fédéral.

Aux termes de l'art. 40 LTF, seuls les avocats admis en Suisse ou autorisés à pratiquer en Suisse en vertu d'un traité international peuvent intenter un recours contre une sentence arbitrale. Il s'agit-là d'une restriction par rapport au régime du recours de droit public qui autorisait tous les avocats étrangers à contester une sentence arbitrale devant le Tribunal fédéral, dont l'opportunité est sujette à caution³⁸.

d. Combien ça coûte?

J'aurais probablement dû commencer par cette question tant il est vrai que c'est systématiquement la première qui vous est posée (avec celle de l'estimation des chances de succès). Une réponse honnête risque de dissuader la plupart des recourants.

Il faut tout d'abord préciser que selon l'art. 62 LTF, la partie qui dépose un recours doit fournir une avance de frais «correspondant aux frais judiciaires présumés», dont le montant sera «calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière» (art. 65 LTF). A titre indicatif, on peut dire qu'en matière disciplinaire, où la valeur litigieuse n'est souvent pas déterminée, l'avance des frais varie entre CHF 2 000 et 8 000 (le plus souvent CHF 5 000). Dans le contentieux de la résiliation des contrats de travail dans le football, le Tribunal fédéral fixe le montant en fonction de la valeur litigieuse. A ma connaissance, le montant le plus élevé en matière sportive a été celui ordonné dans l'affaire *Del Bosque* (CHF 40 000 pour une valeur litigieuse d'environ CHF 10 millions). Il faut ensuite préciser que si le recourant succombe, ce qui est statistiquement fort probable, les frais judiciaires seront en principe intégralement mis à sa charge et compensés avec la totalité de l'avance versée.

Il faut par ailleurs garder à l'esprit que le Tribunal fédéral peut, à la demande de la partie qui s'oppose au recours, ordonner une *cautio judicatum solvi* à chaque fois que la partie recourante «n'a pas de domicile fixe en Suisse» (ou dans un Etat

31 RIGOZZI (note 5), p. 680.

32 ATF 133 III 235.

33 C'est l'occasion de signaler que les arguments de l'intimée selon lesquels il convenait de prendre en considération les spécificités du tennis professionnel n'ont pas été véritablement discutés par le Tribunal fédéral.

34 Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110).

35 Pour les détails, on consultera notamment JEAN-FRANÇOIS POUDET, Les recours au Tribunal fédéral suisse en matière d'arbitrage international (commentaire de l'art. 77 LTF), Bull. ASA 2007, pp. 669–703.

36 GABRIELLE KAUFMANN-KÖHLER et ANTONIO RIGOZZI, Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP, Berne 2007, n^{os} 734–740, pp. 312–313.

37 SÉBASTIEN BESSON, Le recours contre la sentence arbitrale internationale selon la nouvelle LTF (aspects procéduraux), Bull. ASA 2007, pp. 15–17.

38 BERNHARD BERGER, Appeals in International Arbitration under the New Swiss Federal Tribunal Statute, in *New Developments in International Commercial Arbitration 2007*, Zurich, 2007, p. 88.

partie à un Traité dispensant les ressortissants des Etats contractants d'une telle obligation). De telles conventions n'existent pas, par exemple, avec les Etats d'Amérique latine, ce qui place les clubs sud-américains dans une position très délicate lorsqu'ils souhaitent recourir contre une sentence du TAS en matière de transferts de joueurs. De fait, cela permet à leur partie adverse, souvent un club européen, de les obliger à retirer leur recours³⁹. En effet, le montant de la caution est calqué sur celui des dépens présumés. Or, le Tribunal fédéral alloue des dépens à la partie qui obtient gain de cause pour un montant qui correspond en général à celui (de l'avance) des frais de justice augmenté de 10 à 20 %.

e. *L'effet suspensif*

Très souvent en matière sportive, l'intérêt au recours contre la sentence dépend de la possibilité d'obtenir l'effet suspensif. Imaginons, par exemple, que la Chambre ad hoc du TAS pour l'Euro 2008 ait à rendre une décision qui, de fait, détermine quelle équipe passe au tour successif de la compétition. Dans ce cas, la fédération dont l'équipe a été exclue n'aura intérêt à recourir contre la sentence que si elle peut obtenir l'effet suspensif du recours.

En principe, le recours contre les sentences arbitrales n'a pas d'effet suspensif. Il est toutefois possible de requérir du juge instructeur qu'il ordonne l'effet suspensif (art. 103 al. 3 LTF), voire toute autre mesure provisoire nécessaire au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés. Selon le Tribunal fédéral, l'effet suspensif «doit rester exceptionnel» et n'est accordé qu'à la triple condition que (i) la sentence cause au requérant un préjudice grave et irréparable, (ii) la pesée des intérêts

opposés des parties fasse pencher la balance en faveur de ceux de la partie intimée et (iii) il ressorte d'un premier examen sommaire que le recours a «de bonnes chances de succès». Dans une décision récente rendue en matière sportive, le Tribunal fédéral a considéré que sa pratique allait «dans le sens d'un renforcement des exigences auxquelles est soumis l'octroi de l'effet suspensif en matière d'arbitrage international» et a exigé que l'examen sommaire du recours montre non seulement de bonnes chances de succès mais carrément que celui-ci apparaisse «très vraisemblablement fondé»⁴⁰. C'est dire si l'octroi de l'effet suspensif est destiné à rester très exceptionnel en matière sportive.

III. En guise de conclusion

Quel bilan tirer de ce qui précède?

- Pour les avocats: une analyse des chances de succès et des coûts d'une procédure de recours devrait les inciter à la plus grande prudence avant de conseiller à un athlète de recourir contre une sentence. Si vous me permettez une boutade, puisque ce séminaire est organisé par la Fédération suisse des avocats, je dirais que le monopole que la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral a accordé aux avocats suisses ne leur ouvre pas des perspectives particulièrement intéressantes.
- Pour les parties, et notamment les athlètes, cela signifie que le TAS devient de fait la seule instance devant laquelle ils peuvent faire valoir leurs droits.
- C'est dire la responsabilité qui pèse sur les arbitres du TAS et le besoin réel qui existe d'assurer une jurisprudence d'une qualité irréprochable. ■

39 Décision du TF 4A_286/2007 du 30 novembre 2007.

40 Décision du TF 4A_204/2007 du 12 juin 2007, p. 3 n.p.