

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

Sébastien BESSON

II. – LE TRIBUNAL ARBITRAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antonio RIGOZZI

III. – LA PROCÉDURE ARBITRALE

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

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

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

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