

REVUE DE L'ARBITRAGE

EXTRAIT

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

2022 - N° 3

REVUE DE L'ARBITRAGE

Directeur : Charles JARROSSON

Rédactrice en chef : Claire DEBOURG

Secrétaire générale : Léonor JANDARD

Comité scientifique

FRANCE : Jean-Pierre ANCEL – Pascal ANCEL – Dominique BUREAU
Loïc CADIET – Guy CANIVET – Daniel COHEN – Yves GAUDEMET
Dominique HASCHER – Laurence IDOT – Philippe LEBOULANGER
Eric LOQUIN – Pierre MAYER – Jacques PELLERIN – FRANÇOIS-XAVIER TRAIN

ÉTRANGER : Frédéric BACHAND – George BERMANN – Pietro BERNARDINI
Olivier CAPRASSE – Ali MEZGHANI – Luca RADICATI DI BROZOLO
Klaus SACHS – Pierre TERCIER

Comité de lecture

Mathias AUDIT – Sylvain BOLLÉE – Cécile CHAINAIS – Salim MOOLLAN
Jérôme ORTSCHIEDT – Jean-Baptiste RACINE – Eduardo SILVA ROMERO

Revue trimestrielle : pour les abonnements, cf. *Bulletin d'abonnement*

La traduction en anglais des résumés est assurée par M^e Olivier PURCELL.

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE

Président : Philippe PINSOLLE

Vice-Président : Nathalie MEYER FABRE

Secrétaire générale : Janice FEIGHER

Trésorier : Jérôme ORTSCHIEDT

INSTITUT POUR L'ARBITRAGE INTERNATIONAL (IAI)
(*International Arbitration Institute*)

Présidente : Yas BANIFATEMI

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE RÉDACTION DE LA REVUE DE L'ARBITRAGE

Pour toute correspondance :

31, rue La Boétie – 75008 Paris – France

Tél. : +33 1 55 06 16 44 – Fax : +33 (0)9 70 32 75 48

Courrier électronique : secretariat@cfa-arbitrage.com

www.cfa-arbitrage.com

Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive

Dirigée par

Mathieu MAISONNEUVE

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Membre du Tribunal arbitral du sport*

avec les contributions de

Sébastien BESSON

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

Clémentine LEGENDRE

Professeure à l'Université de Lorraine

Jean-Michel MARMAYOU

*Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille
Co-directeur du Master 2 droit du sport de Marseille*

Marc PELTIER

*Maître de conférences à l'Université Côte d'Azur
Directeur du Master 2 juriste du sport de Nice*

Antonio RIGOZZI

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

PLAN

I. – La compétence arbitrale

— Cour régionale d'appel de Düsseldorf (*Oberlandesgericht Düsseldorf*),
20 décembre 2022, *Brenna Huckaby c/ Comité international paralympique*, VI-6
W 1/22

II. – Le tribunal arbitral

— Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_520/2021 04.03.2022 du 4 mars 2022, *A. c/ FIFA*

— Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_644/2020 du 23 août 2021, *A. c/ CIO* ; et arrêt 4A_10/2022 du 17 mai 2022, *A. c/ World Athletics et Russian Athletics Federation*

III. – La procédure arbitrale

— Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*), ord. de la 2^e Chambre du premier Sénat, 3 juin 2022, *Madame Claudia Pechstein c/ Deutsche Eisschnelllauf-und Shorttrack-Gemeinschaft e.V et International Skating Union*, 1 BVR 2103/16

— Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A_166/2021 du 22 septembre 2021, *Cardoso c/ Union Cycliste Internationale*, ATF 147 III 586

IV. – Le droit applicable au fond

— TAS OG 22/08 à 10, *International Olympic Committee, World Anti-Doping Agency & International Skating Union c/ Russian Anti-Doping Agency, Kamila Valieva & Russian Olympic Committee*, sentence du 17 février 2022

— TAS OG 22/11, *Evan Bates, Karen Chen, Nathan Chen, Madison Chock, Zachary Donohue, Brandon Frazier, Madison Hubbell, Alexa Knierim & Vincent Zhou c/ International Olympic Committee*, sentence du 30 mars 2022

V. – La sentence arbitrale et les voies de recours

— Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_612/2020 du 18 juin 2021, *Evgeny Ustyugov c/ International Biathlon Union*, ATF 147 III 500

— Cour européenne des droits de l'homme, 22 novembre 2021, *Ali Riza c/ Suisse*, n° 74989/11

I. – LA COMPÉTENCE ARBITRALE

— **Cour régionale d'appel de Düsseldorf, 20 décembre 2022, *Brenna Huckaby c/ Comité international paralympique, VI-6 W 1/22 [kart]* : validité de la clause d'arbitrage ; pouvoir de l'une des parties de composer le tribunal arbitral ; validité d'une décision d'une organisation sportive internationale ; abus de position dominante.**

La décision rendue le 20 janvier 2022 par la Cour d'appel de Düsseldorf retient d'emblée l'attention, l'intervention d'autres juridictions que les juridictions suisses dans le contentieux sportif international étant suffisamment rare pour être notée. Le Tribunal arbitral du sport (TAS) et la plupart des organisations sportives internationales ont, en effet, leur siège en Suisse. Le contentieux sportif international est par conséquent essentiellement porté devant les juridictions suisses. Ce n'est pas à dire, loin s'en faut, que les juridictions des autres Etats n'ont aucun rôle à jouer en la matière, leurs occasions de statuer sur le sujet sont simplement rares. Les juridictions allemandes ont, malgré cela, réussi ces

dernières années à rendre certaines des décisions les plus remarquées en la matière. On se souvient, bien sûr, des diverses décisions rendues dans l'affaire *Pechstein* qui ont pu, un temps, faire trembler le TAS en menaçant la validité des clauses d'arbitrage rédigées à son profit (1). On songe, plus récemment, à une décision du Tribunal de première instance de Francfort qui a tiré de curieuses conséquences de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) rendu dans l'affaire *Mutu et Pechstein* (2). On se souvient que, dans cet arrêt, la Cour européenne a jugé que l'arbitrage du TAS était un arbitrage forcé et l'a, par conséquent, soumis à l'ensemble des garanties de l'article 6§1 de la Convention. L'efficacité du recours au TAS n'a, à aucun moment, été remise en cause par la CEDH. Le Tribunal de première instance de Francfort a, à la suite de la CEDH, repris la qualification d'arbitrage forcé mais en a tiré une conséquence radicalement différente : la nullité de la clause d'arbitrage au profit du TAS (3). La décision sous commentaire est, elle aussi, animée de cet esprit de fronde à l'égard de l'arbitrage sportif et des organisations sportives et confirme le statut de fauteur de troubles acquis par les juridictions allemandes.

Les faits à l'origine de l'affaire sont relativement simples. Brenna Huckaby est une snowboardeuse paralympique professionnelle à la carrière internationale brillante, médaillée à de multiples reprises. A l'approche des Jeux olympiques d'hiver de Pékin, le Comité international paralympique (CIP) a décidé des épreuves devant avoir lieu. En snowboard paralympique, les athlètes sont généralement distingués en fonction de leur genre mais aussi de leur handicap. Au-delà de la distinction des épreuves féminines et masculines, le CIP distingue ainsi la classe 1, formée des athlètes atteints d'un handicap lourd, de la classe 2 constituée d'athlètes atteints d'un handicap moins important. Mme Huckaby ayant subi une amputation de l'intégralité de la jambe droite, elle fait partie de la classe 1.

En 2019, le CIP a renoncé à l'organisation d'épreuves féminines de snowboard paralympique pour la classe 1, le nombre de compétitrices composant la catégorie étant trop faible. Des épreuves féminines n'ont été prévues que pour la classe 2. La décision était radicale pour Mme Huckaby qui se voyait privée de la possibilité de participer aux Jeux olympiques de Pékin, le CIP refusant, aux sportifs, tout changement de catégorie. Loin de baisser les bras, l'athlète a saisi les juridictions allemandes, les juridictions du siège du CIP, pour que soit ordonné au CIP, en urgence, de l'autoriser à participer aux épreuves féminines de classe 2 ou aux épreuves masculines de classe 1.

(1) *Landesgericht München I*, 26 février 2014, *Claudia Pechstein c/ International Skating Union (ISU)*, *Urtel Az. 37 O 28331/12*, *Rev. arb.*, 2014.480 note G. Flecke-Giammarco et Th. Granier ; *Rev. arb.*, 2014.670, obs. M. Maisonneuve ; *JCP G.*, 7 juillet 2014, n° 27, doct. 803, p. 1361, obs. B. Haftel ; *Oberlandesgericht München*, 15 janvier 2015, *Pechstein c/ ISU*, *Az. U 1110/14 Kart*, *Rev. arb.*, 2015.909, note M. Maisonneuve ; *LPA*, 2016, n° 132, p. 10, note J.-M. Marmayou ; *Cah. arb.*, 2016.461, obs. D. Kühner et A. Chamieh.

(2) CEDH, 3^e sect., 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, req. n° 40575/10, *JCP G.*, 2018, n° 52, 24 décembre 2018, 1391, p. 2379, note L. Milano ; *Jurisport*, 2018 n° 192, p. 31 note F. Latty ; *JDI*, 2019.186, note J. Guillaumé ; *JCP G.*, 2019, n° 1-2, p. 70, pan., obs. F. Sudre *RTD civ.*, 2018.850, note J.-P. Marguénaud ; *D.*, pan., 2018.2457, obs. Th. Clay ; *JCP G.*, 2019, n° 11, 287, p. 506 obs. B. Haftel ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 11, p. 32 obs. D. Bensaude ; *Rev. arb.*, 2019.914, obs. A. Rigozzi ; *RTDH*, 2019, n° 119, note M. Maisonneuve ; *D.*, 2020, n° 11, p. 618, chron. C. Legendre.

(3) *Landesgericht Franckfurt*, 7 octobre 2020, 2-06 O 457/19 : B. Hessert, « Invalidation of forced arbitration clauses in organised sport...Germany strikes back! », *Asser International Sports Law Blog*.

Le Tribunal de première instance de Cologne a rejeté sa demande (4). M^{me} Huckaby a, par conséquent, interjeté appel. La Cour régionale de Düsseldorf a, quant à elle, ordonné au CIP d'admettre M^{me} Huckaby à participer aux épreuves féminines de classe 2. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a, dans un premier temps, privé d'efficacité la clause d'arbitrage considérant que cette clause désavantageait de manière déraisonnable l'athlète. Elle a, dans un second temps, jugé que la décision du CIP de refuser à la demanderesse l'accès aux épreuves féminines de classe 2 constituait un abus de position dominante. Cette décision devait dès lors être privée d'efficacité et l'athlète admise à participer à ces épreuves.

La décision frappe par son originalité sur ces deux points sur lesquels diverses précisions s'imposent : d'abord sur la mise à l'écart de la clause d'arbitrage (I) puis, sur la mise à l'écart de la décision du CIP qualifiée d'abus de position dominante (II).

I. La mise à l'écart de la clause d'arbitrage – La compétence des juridictions allemandes paraissait, à première vue, menacée par l'existence d'une clause d'arbitrage stipulée dans un formulaire relatif à l'éligibilité destiné aux athlètes. Cette clause n'a toutefois pas constitué un obstacle dirimant pour les juridictions allemandes qui l'ont jugée non seulement inapplicable mais encore nulle.

La clause est, tout d'abord, jugée inapplicable puisqu'elle exclut expressément les Jeux paralympiques de son champ d'application. La Cour d'appel aurait pu s'en tenir à ce constat mais choisit de persévérer en jugeant, au surplus, la clause nulle parce qu'elle désavantage déraisonnablement l'athlète. La clause prévoyait, en l'espèce, que les litiges relatifs à la classification seraient soumis à un tribunal arbitral indépendant déterminé par le CIP. Or, selon la Cour, la clause qui reconnaît à l'une des parties le pouvoir de choisir, seule, les membres du tribunal arbitral méconnaît les exigences d'indépendance et de neutralité. La clause devrait, au contraire, prévoir des critères de sélection objectifs de nature à garantir l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral.

La décision convainc à cet égard. La clause d'arbitrage litigieuse laissait, en effet, à la seule discrétion de l'une des parties la détermination du tribunal arbitral. L'autre pouvait évidemment craindre que les arbitres ne soient plus favorables à la partie à laquelle ils doivent leur existence en tant qu'arbitres. Ce déséquilibre est d'autant plus choquant si l'on garde à l'esprit que l'arbitrage en matière sportive est très largement imposé aux athlètes (5). Que les organisations sportives puissent imposer l'arbitrage aux athlètes pour garantir la résolution uniforme des litiges sportifs internationaux est une chose, mais qu'elles puissent imposer un arbitrage dont elles décideront jusqu'à la composition du tribunal arbitral est un pas que les juridictions allemandes refusent de franchir, ce que l'on ne peut qu'approuver. La solution s'imposerait sans doute dans d'autres Etats, en France notamment. Les juridictions françaises jugent d'ordre public « le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres » (6). Or, la clause litigieuse est, à l'évidence, susceptible de rompre cette égalité. Son efficacité serait dès lors probablement également menacée en France.

(4) Landesgericht Köln, 20 décembre 2021, *Brenna Huckaby c/ Comité international paralympique*, 33 O 277/21.

(5) Sur ce constat, v. Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, préc.

(6) Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, *Dutco*, n° 89-18.708 et 89-18.726, *Rev. arb.*, 1992.470 note P. Bellet ; *JDI*, 1992.707, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.*, 1992.790, note J.-C. Dubarry et E. Loquin

La Cour d'appel de Düsseldorf a-t-elle donc jeté un pavé dans la mare en condamnant la validité d'une clause d'arbitrage en matière sportive ? On pourrait, à première vue, le penser tant les décisions remettant en cause la validité des clauses d'arbitrage en matière sportive sont rares. La portée de la décision ne doit toutefois pas être exagérée. La décision ayant été rendue en appel, elle pourrait, tout d'abord, être remise en cause par les juridictions supérieures. A supposer même qu'elle soit confirmée, elle contraindrait le CIP à revoir sa copie et à prévoir une clause plus précise et équilibrée mais ne produirait sans doute pas de conséquences décisives en matière d'arbitrage sportif. La décision condamne une clause isolée mais ne menace en rien les clauses d'arbitrages correctement rédigées au profit du TAS. Aucun séisme ne semble donc à craindre pour l'arbitrage international en matière de sport.

Une fois la clause d'arbitrage évincée, la Cour d'appel de Düsseldorf a pu statuer sur le cœur du litige à savoir la possibilité, pour le demandeur, de participer aux Jeux olympiques de Pékin.

II. La mise à l'écart de la décision du CIP – Interrogée sur la validité de la décision de refus d'admission d'un athlète à concourir dans une autre catégorie que la sienne, la Cour d'appel de Düsseldorf a retenu une position originale. Elle a considéré que le refus du CIP constituait un abus de position dominante au sens de la loi allemande contre les entraves à la concurrence, le *GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)*.

La Cour d'appel a commencé par établir la position dominante du CIP sur le marché de l'organisation des Jeux olympiques paralympiques. Cette domination paraissait difficilement contestable. Le CIP détient le monopole de l'organisation des Jeux olympiques paralympiques et décide des conditions d'éligibilité des athlètes admis à participer à ces épreuves. Il est donc clairement dominant sur le marché de l'organisation de ces compétitions.

Il restait alors à démontrer qu'en refusant d'admettre l'athlète à participer aux Jeux olympiques, le CIP avait abusé de cette position dominante. La Cour d'appel a procédé à cette démonstration pas à pas. Elle a, tout d'abord, démontré que le refus du CIP constituait une entrave substantielle dans l'exercice de l'activité sportive du demandeur. La décision privait, en effet, l'athlète de l'opportunité de participer à cette compétition. Ce refus était, ensuite, inéquitable. Pour parvenir à cette conclusion, le juge a procédé à l'identification et la pesée des intérêts en présence. La Cour d'appel a, d'une part, relevé l'intérêt des organisations sportives à organiser librement les activités sportives et l'accès aux compétitions dans la poursuite d'objectifs légitimes comme la protection de la santé et de la sécurité des sportifs ou l'égalité des compétitions. Elle a précisé, d'autre part, que l'intérêt des athlètes était d'obtenir une décision relative à la participation juste et non discriminatoire. Cet intérêt est évidemment considérable au vu de l'importance à la fois sportive et financière des Jeux olympiques pour les athlètes. Or, en l'espèce, le CIP n'aurait pas suffisamment pris en compte les intérêts de Mme Huckaby en la privant d'accès aux Jeux olympiques. Pourquoi ? La Cour relève, tout d'abord, que la décision d'admettre l'athlète à concourir avec les femmes en classe 2 ou avec les hommes en classe 1 est adaptée au niveau de l'athlète puisqu'elle a déjà fini en tête des classements dans des compétitions dans lesquelles aucune distinction de genre ou de catégorie n'était opérée. L'admission de l'athlète à participer aux Jeux olympiques ne porterait pas, de plus, préjudice aux autres compétiteurs. Ces derniers auraient, bien au contraire, un avantage non négligeable sur elle soit, pour les hommes, du fait de leur condition physique, soit, pour les femmes, du fait d'un handicap plus léger. La demanderesse ne demandait donc pas à bénéficier d'un avantage. Au

contraire, son changement de catégorie constituait, pour elle, une difficulté supplémentaire.

Au-delà, la Cour d'appel a considéré que le refus d'admettre l'athlète à participer aux Jeux olympiques était contraire à l'esprit des règles du CIP. Les règles d'éligibilité ont, en effet, été pensées pour permettre aux meilleurs athlètes du monde d'exercer leur sport au plus haut niveau. Or, le refus d'admettre M^{me} Huckaby aux Jeux olympiques de Pékin contredit cet objectif puisqu'il empêche l'une des meilleures snowboardeuses paralympiques de concourir.

L'admission de Mme Huckaby aux Jeux olympiques ne contraindrait pas, de plus, le CIP à admettre une dérogation non prévue à ses règles, bouleversant ainsi leur clarté et leur prévisibilité. La réglementation du CIP contient déjà diverses dispositions prévoyant d'admettre la participation d'athlètes qui n'auraient pu, du fait de circonstances exceptionnelles, se qualifier d'une autre façon. La situation de M^{me} Huckaby pourrait, sans difficulté, s'insérer dans l'une de ces hypothèses.

L'exclusion de l'athlète constituait, par conséquent, un désavantage déraisonnable et injustifié.

La Cour d'appel en conclut que l'athlète doit être admise aux compétitions féminines de classe 2, sa demande principale. Elle ne se prononce pas sur son admission aux compétitions masculines de classe 1, la demande étant subsidiaire. On peut toutefois supposer qu'elle aurait également obtenu gain de cause sur ce fondement, le raisonnement de la Cour d'appel étant très largement transposable à cette seconde hypothèse.

Que penser de ce recours au droit de la concurrence pour évincer la décision du CIP ? La mobilisation du droit de la concurrence, par les juridictions allemandes, en matière sportive ne surprend pas. Ces juridictions ont déjà ingénieusement exploité les potentialités de la discipline en matière sportive. Il suffit, pour s'en convaincre, de garder à l'esprit que la Cour d'appel de Munich avait, dans l'affaire *Pechstein*, jugé que la clause d'arbitrage au profit du TAS constituait un abus de position dominante parce qu'elle revenait à imposer aux athlètes un arbitrage qui leur était structurellement défavorable (7). L'audace a, par la suite, été tempérée par la Cour fédérale qui a conclu à l'absence d'abus de position dominante (8) mais la décision n'en a pas moins marqué les esprits. La présente décision est, une nouvelle occasion de constater que le droit de la concurrence est loin d'avoir dit son dernier mot en matière sportive. La force d'attraction de la discipline se comprend d'ailleurs parfaitement au vu de son adaptation à la matière sportive.

Le droit de la concurrence mobilise, tout d'abord, fréquemment la technique de la pesée des intérêts, du contrôle de proportionnalité. Or, cette méthode est particulièrement adaptée en matière sportive. Preuve en est, en l'espèce, la décision permet de ménager les intérêts en présence de manière satisfaisante. La Cour a, en effet, cherché à permettre la participation de la demanderesse aux Jeux olympiques sans pour autant remettre en cause la légitimité et la stabilité des réglementations du CIP. La participation de l'athlète aux Jeux olympiques est ainsi admise sans qu'un quelconque changement des règles du CIP ne s'impose.

(7) V. not. Cour régionale d'appel de Munich, 15 janvier 2015, *Pechstein c/ ISU*, préc.

(8) *Bundesgerichtshof*, 7 juin 2016, *Pechstein c/ ISU*, KZR 6/15, *Rev. arb.*, 2016.908, chron. M. Maisonneuve, *Cah. arb.*, 2017.367, obs. D. Kühner et A. Chamieh.

Le recours au droit de la concurrence, en particulier à la prohibition des abus de position dominante, permet ensuite à la Cour d'appel de Düsseldorf de tenir compte de la dimension internationale, uniforme de la réglementation sportive. La Cour ne soumet pas la réglementation sportive à une disposition spécifique de son droit national mais, au contraire, à une prohibition largement admise par les différents ordres juridiques. La portée de cette prohibition convient ainsi particulièrement bien à une réglementation d'ampleur internationale. Le raisonnement déployé pourrait dès lors être utilisé par d'autres juridictions étatiques. Le recours au droit de la concurrence, en l'espèce, emporte donc l'adhésion.

La décision n'est d'ailleurs pas restée isolée. Une autre athlète de classe 1, Cécile Hernandez, a suivi la voie ouverte par Mme Huckaby et a saisi les juridictions allemandes qui lui ont également permis de participer aux Jeux olympiques de Pékin (9). Les succès de ces athlètes ne se sont pas arrêtés au terrain judiciaire. Mme Hernandez a remporté la médaille d'or aux Jeux olympiques de Pékin et Mme Huckaby la médaille de bronze. Vu les mérites de la décision, il reste à espérer qu'elle connaîtra autant de succès que ces athlètes. La prudence est néanmoins de mise. L'arrêt est, en effet, un arrêt d'appel, la Cour fédérale de justice allemande pourrait parfaitement, comme elle l'avait fait dans l'affaire *Pechstein* (10), réfréner les audaces de la Cour d'appel de Düsseldorf.

CLÉMENTINE LEGENDRE

II. – LE TRIBUNAL ARBITRAL

— **Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_520/2021 04.03.2022 du 4 mars 2022, A. c/ FIFA : super-arbitres ; désignations d'habitude ; indépendance et impartialité des arbitres.**

La question des « super-arbitres » n'est pas propre à l'arbitrage TAS. Elle est presque consubstantielle à cette justice privée d'élite qu'est l'arbitrage où la réputation se construit de la répétition. Evidemment, dans un milieu aussi restreint que l'arbitrage sportif, enserré qu'il est par une liste fermée d'arbitres, la question des super-arbitres prend une importance considérable (11). L'arrêt du Tribunal fédéral suisse rendu le 4 mars 2022 à propos d'une des ramifications de l'affaire du FIFA-Gate permet de s'en rendre à nouveau compte et, à notre avis, de mesurer un peu mieux une des lacunes du Code de procédure TAS.

I. L'affaire – La sentence critiquée devant le Tribunal fédéral en l'espèce mettait aux prises, d'un côté, Monsieur A., un ancien cacique de la FIFA et de la *Confederación Sudamericana de Fútbol* (CONMEBOL) impliqué dans le système de corruption concernant la vente de droits relatifs à plusieurs

(9) Landesgericht Köln, 16 février 2022, *Cécile Hernandez c/ Comité international paralympique*, 33 O 59/22.

(10) Cour fédérale de justice allemande, 7 juin 2016, *Pechstein c/ ISU*, préc.

(11) Pour une analyse statistique, v. J. Lindholm, *The Court of arbitration for sport and its jurisprudence. An empirical inquiry into Lex sportiva*, Springer – Asser Press, ASSER international sports law series, 2019, spéc. pp. 240-250.

compétitions de football et, de l'autre côté, la FIFA elle-même, dont la commission d'éthique avait reconnu le premier, coupable de plusieurs violations de son Code d'éthique, y compris de corruption, et l'avait condamné à une amende de 1 million de francs suisse et à une interdiction à vie et mondiale de toute activité liée au football.

Monsieur A. avait interjeté appel de cette décision auprès du TAS et dans son appel il avait nommé Martin Schimke comme arbitre. La FIFA avait pour sa part nommé Massimo Coccia. N'ayant finalement pas réussi à trouver un terrain d'entente s'agissant de la nomination du président du panel, c'est le TAS qui s'en était chargé conformément l'article R54 du Code TAS. Il avait ainsi avisé les parties que la Formation serait présidée par Mark Hovell. Il est à noter en passant que le Tribunal fédéral lui-même a décidé de rendre public le nom des arbitres concernés par cette procédure (12) alors qu'il suit pour l'arbitrage commercial une pratique de l'anonymat (13).

Dans le cadre de sa désignation institutionnelle, Mark Hovell avait, le 23 juillet 2019, déposé une déclaration d'indépendance (déclaration n° 1) dans laquelle il révélait qu'il était président d'une autre formation TAS traitant d'une affaire en cours impliquant la FIFA. Après une première audience durant laquelle furent requises des déclarations actualisées d'indépendance, le TAS avait, le 16 octobre 2020, transmis aux parties un document mis à jour par Mark Hovell (déclaration n° 2) faisant état d'une liste de 10 procédures auxquelles la FIFA était partie et révélant que son cabinet d'avocats avait récemment conseillé la FIFA sur une question concernant le RGPD. Après une nouvelle demande d'actualisation et même un début de procédure de récusation, Mark Hovell révélait aux parties, le 27 octobre 2020, des informations complémentaires pour préciser (déclaration n° 3) qu'il avait été nommé arbitre au cours des trois années précédentes dans 16 autres procédures auxquelles la FIFA était partie. Convaincu de la partialité du président du panel, Monsieur A. formula, le 3 novembre 2020, une demande de récusation, que la Commission de récusation du CIAS rejeta.

Le panel présidé par Mark Hovell rendit ainsi sa sentence le 31 août 2021 aux termes de laquelle, reconnu coupable des violations alléguées, Monsieur A. obtint néanmoins une réduction à 20 ans de la durée de l'interdiction d'activité liée au football.

C'est dans ces conditions que Monsieur A. a formé un recours en matière civile aux fins d'obtenir du Tribunal fédéral l'annulation de ladite sentence en faisant valoir, notamment, que Mark Hovell, président du panel, manquait d'indépendance et d'impartialité et que de ce fait le tribunal arbitral avait été irrégulièrement constitué en violation de l'article 190 al. 2 let. a de la LDIP. Il reprochait plus précisément à l'arbitre président d'avoir enfreint volontairement et de manière répétée son devoir de révélation, en ne divulguant notamment pas une circonstance figurant dans la liste orange des lignes directrices de l'*International Bar Association* (IBA) (art. 3.1.3), à savoir le fait qu'il avait été nommé à deux reprises ou plus comme arbitre par la FIFA au cours des trois dernières années ce qui selon lui constituait en soi une circonstance de nature à justifier une récusation.

(12) V. déjà arrêt 4A_234/2010, 29 octobre 2010, ATF 136 III 605.

(13) Par ex. arrêt 4A_462/2021, 7 février 2022.

Le Tribunal fédéral, fidèle à la bienveillance qu'il accorde au TAS, rejette le recours au terme d'un raisonnement formellement convaincant mais dont le laconisme et la généralité suscitent la critique (qui se veut constructive).

Analysant dans un premier temps la recevabilité de la demande de récusation, le tribunal rappelle sa jurisprudence, désormais bien ancrée, selon laquelle, si les arbitres ont une obligation de révélation, les parties et leurs conseils ont un devoir de curiosité (14). Autrement dit, le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres ne repose pas exclusivement sur leurs déclarations auxquelles les parties ne doivent pas se fier mais relève aussi des informations qu'elles peuvent trouver et qu'elles doivent chercher. Au titre des informations comprises dans ce devoir de curiosité, le Tribunal fédéral réitère sa position (15) pour dire que les connaissances du conseil mandaté par la partie sont attribuables à la partie elle-même. Et justement en l'espèce, il relève que « *le conseil qui représentait le recourant devant le TAS a eu connaissance, dès le 2 octobre 2020, du fait que l'arbitre incriminé avait été désigné dans d'autres procédures auxquelles était partie l'intimée et de la circonstance selon laquelle l'étude d'avocats dans lequel ce dernier exerce ses activités avait conseillé l'intimée en matière de protection des données, dès lors que ces informations avaient été divulguées par l'arbitre mis en cause dans le cadre d'autres procédures arbitrales impliquant le mandataire du recourant* ».

La connaissance par l'avocat du recourant d'un éventuel motif de récusation du président étant établie, le tribunal en déduit que le recourant aurait dû solliciter la récusation de celui-ci dans le délai de sept jours fixé par l'article R34 du Code TAS ou « *à tout le moins, pour remplir son devoir de curiosité, qu'il demande formellement au TAS, dans le respect dudit délai, des précisions complémentaires au sujet des circonstances révélées par l'arbitre* ».

En l'occurrence, le Tribunal fédéral considère qu'il est établi que le recourant a attendu, sans raison valable, la fin de l'audience tenue le 13 octobre 2020, soit 11 jours plus tard, avant de demander aux membres de la Formation de compléter leurs déclarations d'indépendance. Dans ces conditions, il déclare le recourant forcé à remettre en cause la régularité de la composition de la Formation.

Il n'en décide pas moins d'analyser le caractère mal fondé du moyen qu'il vient de déclarer irrecevable. Pour asseoir sa décision, le tribunal rappelle que les garanties d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre s'apprécient par référence aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques en ayant égard, toutefois, aux spécificités de l'arbitrage, surtout dans le domaine de l'arbitrage international, lors de l'examen des circonstances du cas concret. Or justement, la garantie d'un tribunal indépendant et impartial découlant de l'article 30 al. 1 de la Constitution fédérale suisse permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à susciter des doutes quant à son impartialité. Selon le Tribunal fédéral, cette garantie « *n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du juge est établie, car une disposition relevant du for intérieur ne peut guère être prouvée ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et*

(14) Sur ce dernier, on peut lire les développements récents de l'affaire *Sun Yang* : arrêt 4A_318/2020 du 22 décembre 2020, *Sun Yang c/ AMA & FINA*, *Cah. dr. sport*, n° 57, 2021, p. 104, note M. Maisonneuve ; *Rev. arb.*, 2021.913 ; *Cah. dr. sport*, n° 60, 2022, p.131, note A. Da Silva ; *D.*, 2021.2272, obs. Th. Clay. Adde C. Debourg et E. Teynier, « Exception de notoriété et obligation de curiosité », *Rev. arb.*, 2022.99.

(15) Arrêt 4A_110/2012 du 9 octobre 2012, *X. c/ UCI et fédération Z.*, *Rev. arb.*, 2013.802, note M. Peltier.

fassent redouter une activité partielle du magistrat. Cependant, seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives ».

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite le contenu des lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par l'IBA dans leur version de 2014. Sa présentation synthétique consiste surtout à mettre en avant les trois listes de cas visées par les lignes directrices. La liste rouge des situations dans lesquelles il existe un doute légitime quant à l'indépendance et l'impartialité ; certaines, les plus graves d'entre elles, n'étant pas susceptibles de renonciation par les parties. La liste orange des situations intermédiaires devant être révélées mais ne justifiant pas nécessairement une récusation. La liste verte des situations spécifiques n'engendrant objectivement pas de conflit d'intérêts et que les arbitres ne sont pas tenus de révéler. Reconnaisant explicitement, malgré leur origine privée, que ses lignes directrices méritent d'être prises en considération, il s'emploie à les désactiver en insistant sur le fait que les circonstances du cas concret resteront toujours décisives pour trancher la question du conflit d'intérêts.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral reconnaît que l'arbitre mis en cause n'avait pas correctement suivi les lignes directrices de l'IBA en ce qu'il n'avait révélé que ses nominations pour des affaires en cours et n'avait pas de lui-même actualisé sa déclaration de neutralité. Il le dédouane pourtant en deux temps. Premièrement, la pratique critiquée, « *certes inappropriée et contraire aux exigences liées au devoir de révélation* », n'était pas selon le tribunal le fruit d'une volonté délibérée de l'intéressé de dissimuler certaines informations aux parties qui ont au demeurant fini par obtenir toutes les précisions complémentaires demandées. Deuxièmement, les informations non révélées dans les premières déclarations ne pouvaient pas aux yeux du tribunal justifier une récusation. S'appuyant sur les faits constatés par la Commission de récusation du CIAS, le Tribunal fédéral estime que si l'arbitre incriminé a siégé dans 26 procédures auxquelles était partie la FIFA au cours des trois années précédant sa désignation en qualité de Président du panel arbitral litigieux, seules les procédures dans lesquelles l'arbitre mis en cause a été désigné par la FIFA et non par une partie adverse ou par le TAS devaient être comptabilisées au titre des circonstances de nature à éveiller des doutes quant à son impartialité. Or en l'occurrence, Mark Hovell n'a été nommé qu'à trois reprises par la FIFA directement (ou par l'une de ses co-intimées) au cours des trois années précédant sa nomination par le TAS dans le panel en cause. Le Tribunal fédéral reconnaît que cette situation « *pourrait, à première vue, susciter certaines interrogations au regard de l'art. 3.1.3 des lignes directrices IBA* » mais il rappelle que « *l'arbitrage en matière de sport institué par le TAS présente des particularités qui ont déjà été mises en évidence par ailleurs (ATF 129 III 445 consid. 4.2.2.2), telle la liste fermée d'arbitres* » et que la « *note explicative 5 relative à l'art. 3.1.3 des lignes directrices IBA tient compte du reste de ces spécificités puisqu'elle mentionne qu'il peut être fait abstraction du critère formel relatif au nombre de nominations d'un arbitre dans certains domaines particuliers tel l'arbitrage sportif* ». Ayant par ailleurs précisé que la FIFA avait « *pris part à plus de quatre cents procédures devant le TAS au cours des trois années précédant la nomination de l'arbitre Hovell dans la présente cause, ce qui signifie qu'elle a nécessairement dû désigner à plusieurs reprises les mêmes arbitres* », le tribunal conclut « *eu égard aux spécificités de l'arbitrage sportif, force est ainsi d'admettre que la désignation de l'arbitre Hovell par l'intimée, au cours de la période considérée, dans trois affaires ne présentant aucun lien avec la présente procédure,*

n'est, en l'absence d'autres circonstances corroboratives, pas de nature à éveiller des doutes légitimes quant à l'impartialité ou à l'indépendance dudit arbitre ».

II. Le problème des « repeat arbitrators » – Nul besoin de redire que l'impartialité et l'indépendance des tribunaux arbitraux est *La* grande question, presque ontologique, de l'arbitrage, et surtout qu'elle est et doit rester toujours ouverte (16). C'est une question à laquelle le système TAS est évidemment confronté sachant qu'elle se pose pour lui de deux manières : sur le plan structurel pour savoir si le système TAS est un système indépendant et impartial ; sur le plan individuel, pour savoir si chacun des arbitres nommés dans les panels TAS et chaque panel TAS sont ou non suffisamment neutres pour exercer légitimement un pouvoir juridictionnel privé. L'indépendance structurelle du TAS est un élément indispensable à la qualification d'arbitrage et c'est une question toujours ouverte quoi que l'on pense des décisions récentes de la Cour EDH (17). La question de l'indépendance personnelle, ou individuelle, de la formation arbitrale est, elle, une condition de validité de la sentence rendue.

A ce titre, une discussion fréquente relative à la neutralité des arbitres concerne les désignations d'habitude ou ce que les Anglais dénomment les « repeat arbitrators » (18). Le système TAS étant un arbitrage institutionnel sectoriel, construit sur la base d'une liste fermée d'arbitres, il est même étonnant que cette discussion ne soit pas plus fréquente devant le Tribunal fédéral. On se souvient cela dit que le cycliste Floyd Landis avait soulevé, devant la *California Central District Court* (19), un moyen aux termes duquel il reprochait aux arbitres d'un panel TAS l'ayant condamné pour dopage (20) de n'avoir pas révélé les conflits d'intérêts liés à leurs nominations répétées par l'Union cycliste internationale (UCI) et l'Agence antidopage américaine (USADA).

Le thème mériterait à notre avis une vraie mise à plat de sorte que les spécificités de l'arbitrage TAS soient effectivement définies et que les hypothèses impliquant une obligation de révélation ainsi que celles justifiant une récusation soient clairement fixées en tenant compte justement des spécificités reconnues de l'arbitrage international dans le sport.

(16) K. El Chazli, *L'impartialité de l'arbitre. Etude de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité de l'arbitre*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 604, 2020.

(17) Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, n° 40575/10 et n° 67474/10, *JDI*, 2019, comm. 8, p. 172, note J. Guillaumé ; *JCP G.*, 2018, 1391, note L. Milano ; *RTD civ.*, 2018, p. 850, obs. J.-P. Marguénaud ; *LPA*, n° 242, 2019, note J.-M. Marmayou ; *Jurisport*, n° 192, 2018, p. 31, note F. Latty ; *RTDH*, 2019, p. 687, note M. Maisonneuve ; *JCP G.*, 2019, 32, n° 8, note F. Sudre ; *Rev. arb.*, 2019, 914, obs. A. Rigozzi ou de la Cour fédérale allemande BGH, 7 juin 2016, *Pechstein c/ ISU*, *KZR* 6/15 ; *Cah. arb.*, 2017/2, p. 367, obs. D. Kühner et A. Chamieh ; *Rev. arb.*, 2016, 908, obs. M. Maisonneuve.

(18) F.-Z. Slaoui, « The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification », *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration* 2009, Vol. 25, issue 1, p. 103 ; D. Kapeliuk, « The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Treaty Arbitrations », *Cornell Law Review*, 2010, Vol. 96, Issue 1, p. 47 ; R. de Vietri et K. Dharmananda, « Impartiality and the Issue of Repeat Arbitrators », *Journal of International Arbitration*, 2011, Vol. 28, Issue 3, p. 187 ; M. Rivera-Lupu et B. Timmins, « Repeat Appointment of Arbitrators by the Same Party or Counsel: A Brief Survey of Institutional Approaches and Decisions », *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2012, Vol. 2012, Issue 15, p. 103 ; W. Koh, « Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges », *Journal of International Arbitration*, 2017, Vol. 34, Issue 4, p. 711.

(19) California Central District Court, Case No. 2:08-cv-06330. V. : www.espn.com/olympics/cycling/news/story?id=3611019.

(20) TAS 2007/A/1394, *Floyd Landis c/ USADA*, sentence du 30 juin 2008.

Toute personne ayant participé de près ou de loin à la désignation d'un arbitre, et corrélativement à l'éventuelle récusation des autres arbitres, sait que ce choix, même contraint par une liste fermée est déterminé par la capacité (supposée) de la personne choisie à admettre les arguments fondant la position défendue par la partie litigante voire à soutenir cette position pour la faire primer contre une solution différente. Dans un monde idéal, on peut vouloir nommer un arbitre pour sa stricte indépendance et son impartialité sans faille mais on fera toujours bien attention à ce que la partie adverse en fasse de même. Sans parler de soupçon, la prudence commande le doute et implique un biais. Ce qu'espère la partie qui désigne est au moins une prédisposition à admettre un point de vue sans que cela ne soit forcément un préjugé contre la partie adverse. Le rapport de la CCI sur la neutralité des arbitres établi en 1991 montrait déjà que « *in many circumstances the parties do not expect their appointee to act neutrally and impartially* » (21). La formule de Martin Hunter est restée célèbre et mérite d'être rappelée à ce propos : « *When I am representing a client in arbitration, what I am really looking for in a party nominated arbitrator is someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias* » (22).

L'acte de volonté qui fonde la désignation d'un arbitre lui enlève déjà, par principe, une part de sa neutralité. Même si ce n'est concrètement pas le cas, on peut au moins présumer (présomption réfragable évidemment) que son jugement est biaisé. Mais ce biais est compensé par la règle d'imparité et la présence d'un autre arbitre, dont le jugement est présumé biaisé mais dans le sens inverse, et la présence d'un président de panel qui lui n'est pas censé souffrir de la moindre présomption.

Cet équilibre des présomptions (dont on comprend qu'il est au premier niveau un équilibre d'apparences) doit être préservé du début jusqu'à la fin de l'arbitrage.

La répétition des désignations bouscule cependant cet équilibre. Que signifie en effet pour une partie de désigner plusieurs fois un même arbitre dans des litiges différents. Qu'elle a apprécié sa neutralité ? Qu'elle a apprécié sa façon de recevoir ses argumentations ? Qu'elle a une opinion positive sur cet arbitre ? Les nominations multiples d'un arbitre ne seraient-elles pas la preuve objective de l'opinion de la partie et de ses conseils qui estiment que le différend sera plus susceptible d'être réglé dans un sens favorable avec la nomination d'un arbitre bien connu plutôt qu'avec une autre personne ?

On peut soutenir et croire qu'un arbitre exerce la même fonction arbitrale indépendante et impartiale dans chaque cas qu'il est appelé à trancher mais la répétition des désignations par une même partie multiplie les présomptions de biais et à force, cette accumulation peut faire naître un doute raisonnable, objectif, quant à la neutralité du juge privé. C'est pourquoi l'équilibre des présomptions est aussi garanti par les obligations de révélation qui pèsent sur les arbitres. Elles permettent de créer le lien de confiance entre les arbitres, pris individuellement et collectivement, et les parties qui ont décidé de leur confier la résolution de leur litige.

(21) The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators, ICC Publishing, Paris 1991.

(22) M. Hunter, « Ethics of the International Arbitrator », *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 53, Issue 4, 1987, p. 219.

III. Des solutions pour le CIAS – Ces révélations devraient justement être mieux encadrées dans le système TAS qui pourrait, plutôt que de s'en remettre aux Lignes directrices IBA, établir son propre code de bonnes conduites, comme le font par exemple la CCI (23) ou le CIRDI (24) pour ses arbitres, et la *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA) pour ses « *hearing officers* » (25). Aujourd'hui, au titre des documents publiés par le CIAS et mis à dispositions des parties, seul l'article R34 est pertinent sur le sujet et il se contente de fixer un délai (artificiellement) rigide de 7 jours dans lequel les contestations relatives à la neutralité des arbitres doivent être introduites. Les arbitres du TAS, eux, disposent certes de *Guidelines* régulièrement mises à jour mais, outre qu'elles ne sont pas publiées, elles sont particulièrement laconiques sur la question des désignations répétées : « *Arbitrators are advised generally not to accept several consecutive nominations by the same party/counsel/law firm and, more generally, not to accept too many nominations within a short time frame* ».

Les particularités de l'arbitrage international dans le sport légitiment des assouplissements quant aux grands principes de l'arbitrage. Une vague note de bas de page des directives IBA le confirme en indiquant que l'arbitrage sportif fait partie de ces secteurs où les directives IBA ne doivent justement pas être suivies à la lettre (note 5 du 3.13, relatif à la liste orange). Mais en compensation, ces particularités devraient aussi impliquer quelques renforcements sur certains points clefs tels que les « désignations d'habitude ». Trop souvent les spécificités de l'arbitrage dans le sport justifient des exonérations au bénéfice des plus importants utilisateurs du système TAS, les institutions sportives. Elles ne sont que très rarement construites dans le sens des utilisateurs ponctuels. Or toutes les questions relatives à l'impartialité et l'indépendance des arbitres relèvent non pas que des faits établis mais aussi des apparences, c'est-à-dire des perceptions, et à ce titre les perceptions des utilisateurs ponctuels méritent d'être considérées. D'autant plus que pour ces utilisateurs le doute lié aux désignations répétées s'ajoute à celui lié au financement du système TAS dont le budget dépend d'institutions sportives litigantes d'habitude, telle la FIFA, qui contribuent non seulement par une participation aux frais généraux du TAS mais qui règlent aussi les frais liés aux nombreuses procédures payantes auxquelles elles sont parties (26). Certes, comme l'écrit M. Maisonneuve, « *Pour le Tribunal fédéral, la volonté prêtée aux arbitres et employés du TAS de chercher à favoriser un important contributeur afin de ne pas le perdre ne se déduit pas budgétairement elle doit se prouver concrètement* » (27). Mais rien n'oblige à suivre le raisonnement du Tribunal fédéral. Dans le cadre d'un arbitrage forcé, les apparences doivent compter et le doute qu'elles peuvent faire naître dans l'esprit d'une partie doit être levé avec la participation active de l'institution et non sur la base d'un simple déni.

Quelques voix en doctrine considèrent qu'une approche exclusivement quantitative devrait être suivie pour que la récusation d'un arbitre soit

(23) <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>

(24) <https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct>

(25) www.finra.org/rules-guidance/adjudication-decisions/office-hearing-officers-oho/about

(26) G. Palermo et A. Sokolovskaya, « Independence of CAS vis-à-vis its Funders and Repeat Users of its Services », *Kluwer Arbitration Blog*, 25 mai 2018 (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/25/independence-cas-vis-vis-fundersrepeat-users-services>)

(27) *Rev. arb.*, 2018.653, spéc. p. 670.

automatique au-delà d'un seuil de désignations (28). Nous n'inclinons pas vers cette solution extrême s'agissant du TAS et il nous paraît évident que l'on ne saurait traiter la totalité de la question de manière purement quantitative comme le font les lignes IBA ou certaines places d'arbitrage qui prônent une comptabilité radicale des désignations d'habitude en fixant un seuil de récusation automatique afin de conserver leur crédibilité d'institution d'arbitrage incontestable (29). Un peu de subtilités, qu'il s'agit en revanche et justement de rendre publiques, permettrait de mieux fixer la légitimité des arbitrages TAS.

A cet égard, une chose est d'être itérativement nommé arbitre par une partie d'habitude devant le TAS. Une autre est, une fois cet usage installé, d'être désigné président du panel qui traitera d'un litige où le litigant d'habitude sera partie. Autrement dit, on peut ne pas être un forcené de l'approche quantitative des nominations surtout lorsque l'on a affaire à un arbitrage institutionnel tel celui du TAS où les professionnels sont peu nombreux et où en tout état de cause, il existe une liste fermée d'arbitres. Mais on peut considérer que la question de l'impartialité mérite d'être envisagée de manière plus stricte quand il s'agit du président du panel que lorsqu'il s'agit de contrôler la situation de ses co-arbitres. Un arbitre régulièrement désigné par une même partie voit son apparente partialité contrebalancée par la présence de ses co-arbitres et notamment celle du président. Dans cette situation, l'obligation de révélation suffit pour que l'autre partie soit correctement informée et fasse le cas échéant des investigations supplémentaires. En revanche, un arbitre fréquemment désigné par une personne et qui devient président d'un panel ayant à traiter d'une affaire où cette personne est litigante nous paraît relever d'une situation de partialité plus prononcée, susceptible de justifier, plus que des révélations, une récusation. On objectera que le Tribunal fédéral a une position bien ancrée selon laquelle « *l'indépendance et l'impartialité requises des membres d'un tribunal arbitral s'imposent aussi bien aux arbitres désignés par les parties qu'au président du tribunal arbitral* » (30). Il nous paraît pour autant qu'il y a une différence fondamentale entre considérer que les co-arbitres ne peuvent pas être contrôlés moins sévèrement que le président par rapport à un référentiel qui n'est somme toute qu'un minimum, et considérer que la neutralité du président mérite dans certains cas d'être contrôlée plus strictement par rapport à ce même minimum. L'idée n'est donc pas d'être moins exigeant à l'égard des co-arbitres qu'à l'égard du président de panel, mais d'être plus vigilant à l'égard de ce dernier sur qui repose l'équilibre des présomptions dans la constitution d'une formation arbitrale indépendante et impartiale.

Le Tribunal fédéral aurait pu par ailleurs se prononcer plus directement sur les moyens de défense développés par le TAS et par l'arbitre mis en cause car cela aurait permis de fixer quelques éléments pertinents dans la comptabilité des répétitions susceptibles « *de faire naître aux yeux des parties des doutes* » (31) et

(28) L. A. Sobota, « Repeat Arbitrator Appointments in International Investment Disputes », in C. Giorgetti (dir.), *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff ed., 2015, p. 293.

(29) Cf. : W. Koh, « Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges », préc.

(30) Arrêt 4A_234/2010 du 29 octobre 2010, ATF 136 III 605, consid. 3.3.1.

(31) Expression utilisée pour la liste orange des Lignes IBA et déterminant l'obligation de révélation. Le doute y est envisagé de manière subjective.

de celles « donnant lieu à des doutes légitimes quant à l'impartialité et à l'indépendance des arbitres » (32).

Le TAS avait par exemple soutenu devant le Tribunal fédéral que la FIFA joue souvent le rôle dévolu à une autorité de première instance appelée à trancher divers litiges en matière de football et qu'elle est ainsi souvent atraite devant le TAS, non comme partie directement intimée, mais aux côtés de l'intimé principal, par précaution, afin que la sentence arbitrale lui soit opposable. Or dans ces hypothèses, « l'intimée ne participe généralement pas activement à de telles procédures et laisse souvent l'intimé principal désigner un arbitre de son choix ». Pour autant que cela soit effectivement le cas, cette distinction entre co-intimés « passif » et « actif » dans la désignation de l'arbitre nous semblerait pouvoir être retenue plus explicitement et même consacrée dans les règles de procédures du TAS.

L'arbitre Hovell avait de son côté insisté sur le fait que nombre des affaires pour lesquelles la FIFA l'avait désigné avaient été jointes « afin qu'une seule formation arbitrale tranche l'intégralité du litige ». Il souligna à ce propos « que si l'on devait suivre l'approche préconisée par le recourant consistant à comptabiliser séparément chaque nomination d'un arbitre, en faisant totalement abstraction des jonctions de causes, il ne faudrait pas longtemps pour que tous les arbitres figurant sur la liste des arbitres du TAS en matière de football dépassent le nombre visé par l'art. 3.1.3 des lignes directrices IBA ». Prendre en considération les jonctions de procédures nous paraît pertinent dans un contexte de liste fermée et de litiges répétitifs mais encore faut-il que soient bien distingués les cas où les désignations de l'arbitre ont été faites avant la jonction et ceux où la désignation a été faite après. La première série de cas méritant à notre avis d'être comptabilisée comme plusieurs désignations autonomes. En l'espèce, le Tribunal fédéral semble implicitement reprendre les calculs de la Commission de récusation du CIAS pour laquelle les procédures jointes ne doivent compter que pour une nomination, sans considération du moment de la désignation.

Pour élargir et conclure notre propos, il ne paraît pas inutile de répéter que les modalités de désignation des présidents de formation (et corrélativement des arbitres uniques) devraient être repensées (33). Mathieu Maisonneuve a par exemple émis l'idée, très intéressante, d'ouvrir la liste des arbitres et de composer une liste fermée de présidents « au sein de laquelle seraient choisis les présidents de formation arbitrale, non pas librement mais à tour de rôle, sous réserve de leur disponibilité et de la langue de l'arbitrage » (34). Une autre idée qui pourrait être proposée serait de garder la liste fermée des arbitres tout en mettant en place un système de constitution des formations arbitrales piloté par une intelligence artificielle (35). Cela permettrait de régler notamment le sort des « super-arbitres » en empêchant qu'ils ne statuent comme président dans des affaires où sont impliquées des institutions sportives qui avaient l'habitude de les nommer.

(32) Expression utilisée pour la liste rouge des Lignes IBA et déterminante de la récusation. Le doute y est envisagé de manière objective.

(33) M. Maisonneuve, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », in F. Latty, J.-M. Marmayou et J.-B. Racine (dir.), *Sport et droit international (aspects choisis)*, PUAM, 2016, p. 305 ; A. Duval, « Not in my name ! Claudia Pechstein and the post-consensual foundation of the Court of arbitration for sport », *Max Planck Institute Research Paper series*, n° 2017-01 ; M. Maisonneuve, *RTDH*, 2019, p. 687, spéc. p. 703.

(34) M. Maisonneuve, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », préc.

(35) M.-A. Schwing, « Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments », *Arbitration International*, 2020, Issue 4, p. 491.

Autre voie, il pourrait être envisagé de laisser les parties choisir librement « leurs » arbitres, sans être limitées par une liste, charge à ces derniers de désigner sur une liste fermée la personne qui présidera la formation arbitrale. On ajoutera, que la publication et le maintien à jour par le CIAS d'une liste des arbitres mentionnant dans quelles affaires ils sont intervenus et par qui ils ont été nommés participerait d'une plus grande transparence du système et rendrait plus effectif le droit de récusation offert, pour l'heure *a minima*, aux parties.

JEAN-MICHEL MARMAYOU

— **Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt 4A_644/2020 du 23 août 2021, A. c/ CIO ; et arrêt 4A_10/2022 du 17 mai 2022, A. c/ World Athletics et Russian Athletics Federation : recevabilité du moyen d'annulation fondé sur la violation de l'article 6§1 CESDH ; indépendance du TAS.**

Les arrêts des 23 août 2021 et 17 mai 2022 constituent l'occasion pour le Tribunal fédéral suisse de revenir sur la problématique – apparemment inépuisable – de l'indépendance structurelle du Tribunal arbitral du sport (TAS).

Les deux affaires ayant donné lieu à ces décisions sont assez similaires. Après le scandale de dopage ayant entaché le sport russe, des poursuites ont été menées à l'échelle individuelle pour sanctionner les sportifs qui auraient activement participé à cette entreprise de dopage sans précédent. Dans les deux affaires commentées, deux sportifs ont été poursuivis disciplinairement, reconnus coupables de violations des règles antidopage et, par conséquent, sanctionnés. Dans les deux cas, le TAS a, au moins partiellement, confirmé ces sanctions. Les sportifs ont alors saisi le Tribunal fédéral suisse dans l'espoir d'obtenir l'annulation des sentences. Au soutien de leurs recours, les athlètes se prévalaient notamment d'une violation de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) du fait d'un défaut d'indépendance structurelle du TAS. L'argumentaire est, sans surprise, rejeté par le Tribunal fédéral qui, fidèle à sa jurisprudence, conclut à l'indépendance du TAS. Malgré cette conclusion attendue, les arrêts sont l'occasion pour le Tribunal fédéral suisse d'apporter différentes précisions.

Le Tribunal fédéral suisse a, tout d'abord, rappelé que la violation de l'article 6§1 de la CESDH ne pouvait constituer un moyen d'annulation autonome de la sentence arbitrale. L'annulation ne peut être fondée que sur l'un des motifs limitativement énumérés par l'article 190 de la loi suisse sur le droit international privé (LDIP). Pour obtenir la remise en cause de cette solution classique, les plaideurs contestaient la conformité à la CESDH de cette limitation de la recevabilité du grief d'annulation fondé sur la violation de la Convention. Le Tribunal fédéral a toutefois repoussé la critique et maintenu sa position classique jugée parfaitement conforme à la CESDH. Cette précision faite, la Haute juridiction suisse est, ensuite, revenue sur la question de l'indépendance structurelle du TAS. Les plaideurs avaient cherché à renouveler l'argumentation sur cette question, débattue de longue date, pour obtenir une évolution de la jurisprudence. La tentative n'est toutefois pas couronnée de succès. Le Tribunal fédéral suisse a, en effet, rejeté l'argumentation et réaffirmé l'indépendance du TAS. Ces décisions apportent ainsi d'utiles précisions tant sur la recevabilité du moyen d'annulation fondé sur la violation de l'article 6§1 de la CESDH (I) que sur son bien-fondé en ce qui concerne l'indépendance structurelle du TAS (II).

I. La recevabilité du moyen d'annulation – Le Tribunal fédéral suisse était, tout d'abord, interrogé sur la recevabilité du moyen d'annulation fondé sur une

violation de l'article 6§1 de la CESDH. Il devait ainsi déterminer si le plaideur désireux d'obtenir l'annulation d'une sentence arbitrale pouvait directement se prévaloir d'une violation de l'article 6§1 ou s'il devait se borner à invoquer l'un des motifs énumérés par l'article 190 de la LDIP. La question n'est pas nouvelle et a été, de longue date, tranchée par le Tribunal fédéral suisse. La Haute juridiction suisse considère, en effet, de manière constante que les motifs d'annulation de l'article 190 de la LDIP sont limitatifs (36). Les parties ne peuvent donc se prévaloir d'une violation de l'article 6§1 qu'à la condition qu'elle se coule dans le moule de l'un des griefs énumérés par l'article 190 de la LDIP. Pour justifier l'annulation de la sentence, la violation de l'article 6§1 devra, par exemple, constituer une violation de l'ordre public procédural (art. 190 al. 2 let. e LDIP) ou une irrégularité dans la composition du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. a LDIP). Si la violation de l'article 6§1 n'est donc pas invocable directement, elle l'est indirectement, par l'intermédiaire des motifs d'annulation de l'article 190 de la LDIP.

En l'espèce, la nouveauté venait essentiellement de l'argumentation des plaideurs. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 mai 2022, le recourant soutenait, en effet, que la violation de l'article 6§1 devait constituer un grief d'annulation autonome au risque de priver les athlètes de la possibilité de se plaindre de la violation de ces garanties fondamentales (§5.1). Il soutenait ainsi que la limitation de la recevabilité du grief d'annulation fondé sur la violation de l'article 6§1 méconnaîtrait les exigences de la CESDH. Or, c'est, à notre connaissance, la première fois que le Tribunal fédéral suisse devait se prononcer aussi directement sur la conformité de sa solution à la CESDH. Sans réelle surprise, le Tribunal fédéral a maintenu sa jurisprudence classique. Le Tribunal fédéral a, en effet, rappelé la limitation des motifs d'annulation à ceux énumérés par l'article 190 de la LDIP et jugé que cette limitation « *ne privait pas les athlètes de la possibilité de se plaindre de la violation des garanties fondamentales de la CEDH, puisque celles-ci [pouvaient] être prises, indirectement, en considération aux fins de concrétiser les garanties déduites de l'article 190 de la LDIP* » (§5.1). Le Tribunal fédéral suisse veillerait donc suffisamment au respect des droits garantis par la CESDH au stade du recours en annulation contre la sentence dans la mesure où une violation de l'un de ces droits peut être invoquée indirectement, par l'intermédiaire d'un des motifs d'annulation de l'article 190 de la LDIP.

Que penser de cette affirmation ? Cette position est-elle réellement conforme aux exigences de la CESDH ? Ce que la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a explicitement exigé, spécifiquement en matière sportive, c'est que les Etats contractants refusent l'efficacité de la sentence arbitrale qui cristalliserait une violation de l'article 6§1 de la Convention (37). La Cour EDH exige donc un résultat : la compatibilité de la sentence avec le droit au procès équitable. Elle laisse cependant les Etats contractants

(36) V. par ex. arrêt 4P.105/2006 du 4 août 2006, *X. c/ Fédération française d'équitation, Fédération équestre internationale et autres*, *ASA Bull.*, 2007.535 ; *Gaz. Pal.*, 2007, n° 114, p. 49, note P.-Y. Gunter ; *Gaz. Pal.*, 2007, n° 198, p. 31, chron. A. Pinna et A. Rigozzi

(37) CEDH, 3^e sect., 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, req. n° 40575/10, *JCP G.*, 2018, n° 52, 2018, 1391, p. 2379, note L. Milano ; *Jurisport*, 2018 n° 192, p. 31, note F. Latty ; *JDI*, 2019.186, note J. Guillaumé ; *JCP G.*, 2019.70, pan., obs. F. Sudre ; *RTD civ.*, 2018.850 note J.-P. Marguénaud ; *D.*, pan. 2018.2457, obs. Th. Clay ; *JCP G.*, 2019, n° 11, 287, p. 506, obs. B. Haftel ; *Gaz. Pal.*, 2019, n° 11, p. 32, obs. D. Bensaude ; *Rev. arb.*, 2019.914, obs. A. Rigozzi ; *RTDH*, 2019, n° 119, note M. Maisonneuve ; *D.*, 2020, n° 11, p. 618, chron. C. Legendre.

parfaitement libres des moyens employés afin d'atteindre cet objectif. Les juridictions suisses sont ainsi libres d'assurer le contrôle du respect de l'article 6§1 par l'intermédiaire des griefs d'annulation énumérés par l'article 190 de la LDIP à condition que ce contrôle soit en mesure de garantir la conformité de la sentence à l'article 6§1. Or, dans la grande majorité des cas, cet objectif devrait pouvoir être atteint, principalement par l'intermédiaire du contrôle de l'ordre public international. L'ordre public international vise, en effet, les normes fondamentales d'un ordre juridique. Or, la plupart des garanties du droit au procès équitable de l'article 6§1 devraient, sans peine, pouvoir être considérées comme autant de normes fondamentales susceptibles de relever de l'ordre public procédural. Une atteinte à ces garanties devrait, dans ces conditions, pouvoir justifier une annulation de la sentence sur le fondement de l'ordre public international. On pourra certes objecter que toutes les atteintes à une norme fondamentale ne sont pas sanctionnées au titre de l'ordre public international, l'atteinte portée devant être d'une gravité certaine. Comme le rappelle le Tribunal fédéral, dans l'arrêt du 23 août 2021, « *il y a violation de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, conduisant à une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, de telle sorte que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un Etat de droit* » (§5.2). L'argument ne paraît toutefois pas dirimant. Toutes les atteintes à l'article 6§1 ne sont pas davantage sanctionnées par la CEDH qui admet des restrictions dès lors qu'elles poursuivent un objectif légitime et sont proportionnées au but recherché. Seules les violations disproportionnées du droit au procès équitable sont ainsi sanctionnées. Or, une violation disproportionnée devrait, bien souvent, équivaloir à une violation grave. L'atteinte à l'article 6§1 devrait donc généralement pouvoir être sanctionnée sur le fondement de l'ordre public procédural.

Dans l'arrêt du 17 mai 2022, le Tribunal fédéral suisse a toutefois mis en garde contre une assimilation totale de la violation du droit conventionnel et de l'ordre public international. Il a explicitement considéré que « *toute violation du droit conventionnel [n'est] pas nécessairement per se assimilable à une contrariété à l'ordre public* » (§5.1) au sens de la LDIP. Dans ces conditions, il ne peut être tout à fait exclu que certaines atteintes à l'article 6§1 ne soient pas sanctionnées par le Tribunal fédéral suisse, parce qu'elles ne constituent pas une violation de l'ordre public procédural et ne relèvent d'aucun autre motif d'annulation de l'article 190 de la LDIP. Les craintes du recourant seraient alors fondées. L'hypothèse d'une absence de sanction d'une violation disproportionnée de l'article 6§1 au stade du recours en annulation contre la sentence devrait être marginale mais, si elle se produisait, elle paraîtrait contraire aux exigences de la CESDH qui impose aux Etats contractants de s'opposer à l'efficacité d'une sentence cristallisant une violation disproportionnée du droit au procès équitable.

La protection des garanties de l'article 6§1 par l'intermédiaire des moyens d'annulation de l'article 190 de la LDIP devrait donc généralement suffire à satisfaire les exigences de la CESDH. On ne peut toutefois exclure certains trous dans la raquette. Il appartiendra, par conséquent, au Tribunal fédéral suisse de veiller à la protection du droit au procès équitable par l'intermédiaire de l'article 190 LDIP afin de s'éviter les foudres de la Cour de Strasbourg.

La question de la recevabilité du moyen d'annulation fondé sur l'article 6§1 tranchée, il restait au Tribunal fédéral à se prononcer sur la problématique centrale : l'indépendance structurelle du TAS.

II. Le bien-fondé du moyen d'annulation – Sans revenir en détail sur un débat qui préoccupe doctrine et tribunaux depuis des années, quelques rappels concernant les tenants et aboutissants de la querelle sur l'indépendance structurelle du TAS s'imposent. Les arbitres du TAS figurent sur une liste fermée composée par le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS). Le CIAS est composé de vingt membres dont quatre sont désignés par les fédérations internationales, quatre par l'association des comités nationaux olympiques et quatre par le Comité international olympique. Ces douze membres désignent ensuite quatre autres membres « *en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes* » et les quatre derniers membres parmi des personnalités indépendantes des organisations sportives (art. S. 4 du Code de l'arbitrage en matière de sport). Les organisations sportives nomment donc douze des membres du CIAS, membres ensuite chargés de nommer les huit membres restants. Elles exercent dès lors une influence sur la nomination des membres du CIAS et, par ricochet, sur la composition de la liste d'arbitres. La question s'est alors évidemment posée de savoir si cette influence était de nature à remettre en cause l'indépendance du TAS à l'égard des institutions sportives.

Le débat a été, depuis longtemps, tranché par le Tribunal fédéral suisse qui a reconnu, dès 2003, par un arrêt *Lazutina*, l'indépendance du TAS à l'égard des organisations sportives (38). Les juridictions allemandes ont, elles aussi, statué en ce sens (39). La même question a, par la suite, été posée à la Cour EDH dans la fameuse affaire *Mutu et Pechstein* (préc.). La Cour européenne a, elle aussi, considéré que cette influence indirecte sur la nomination des arbitres ne suffisait pas à remettre en cause l'indépendance du TAS à l'égard des organisations sportives. Face à un tel consensus, on aurait pu penser que le débat était clos. C'était sans compter la ténacité des plaideurs qui parviennent à ramener la question sur le devant de la scène sous un jour quelque peu différent. Dans les deux affaires commentées, les demandeurs ont ainsi ingénieusement utilisé les failles et angles morts de l'arrêt *Mutu et Pechstein* pour rouvrir la boîte de Pandore.

Les plaideurs se sont, tout d'abord, ralliés à l'opinion dissidente des juges Keller et Serghides, formulée dans l'affaire *Mutu et Pechstein c/ Suisse*. Pour ces juges, les organisations sportives exerçaient, par l'intermédiaire du CIAS, une influence disproportionnée sur la sélection des arbitres du TAS (§11 de l'opinion commune en partie concordante en partie dissidente). Sans contester les mérites de cette opinion dissidente, force est de constater que l'argumentaire avait ici peu de chance de prospérer. L'opinion dissidente n'avait pas convaincu la CEDH de la nécessité de réunir une Grande chambre pour se prononcer plus solennellement sur la question, il semblait dès lors peu probable qu'elle parvienne à convaincre le Tribunal fédéral suisse de la nécessité de se dédire sur ce point. Sans surprise donc, le Tribunal fédéral suisse rejette l'argumentaire et rappelle que la question a été « *définitivement tranchée* » (§4.3.2 de l'arrêt du 23 août 2021 ; §5.3.4 de l'arrêt du 17 mai 2022, préc.) par la Cour EDH dans l'arrêt *Mutu et Pechstein*.

(38) Arrêt du 27 mai 2003, *L. Lazutina et D. Danilova c/ CIO, FIS et TAS*, ATF 129 III 425, *Rev. arb.*, 2005.181, chron. P.-Y. Tschanz et I. Fellrath Gazzini ; *JDI*, 2003.1085, chron. A. Plantey ; *Gaz. Pal.*, 17 octobre 2006, n° 290, p. 30, note A. Rigozzi.

(39) *Bundesgerichtshof*, 7 juin 2016, *Claudia Pechstein c/ International Skating Union (ISU)*, KZR 6/15, *Rev. arb.*, 2016.908, obs. M. Maisonneuve ; *Cah. arb.*, 2017.367, obs. D. Künher et A. Chamieh.

L'indépendance du TAS était encore contestée cette fois concernant le rôle du président de chambre, membre du CIAS, dans la nomination des arbitres. Le CIAS est, en effet, également en charge de la nomination des présidents de chambres parmi ses membres (art. S.6 du Code de l'arbitrage en matière de sport). Pour la chambre d'appel, le règlement de procédure prévoit que le président de chambre nomme le président du tribunal arbitral (art. R. 54 du Code de l'arbitrage en matière de sport). Les organisations sportives exerçant une influence non négligeable sur la composition du CIAS et l'un des membres du CIAS étant en charge de la nomination du président du tribunal arbitral pour les arbitrages d'appel, l'indépendance du TAS à l'égard des organisations sportives ainsi menacée. L'argument est, à dessein, développé par les parties dans les deux affaires, la Cour EDH ne s'étant pas réellement prononcée sur ce point dans l'affaire *Mutu et Pechstein*. L'espoir était donc permis.

L'argument est néanmoins repoussé par le Tribunal fédéral. Il relève, dans la première affaire, que le président de chambre n'entretenait aucun lien direct ou étroit avec l'organisation sportive défenderesse (§4.3.2). Dans la seconde affaire, le Tribunal fédéral se réfère à sa précédente décision et affirme que « *l'indépendance structurelle du TAS ne pouvait être remise en cause au motif que le président de la formation arbitrale est désigné, dans les procédures d'appel, par la Présidente de la Chambre arbitrale d'appel* » (§5.3.4).

Dans un cas comme dans l'autre, la réponse est un peu courte. L'argument n'était pourtant pas, loin de là, dépourvu de pertinence. Le fait que les organisations sportives exercent une influence non négligeable sur la nomination des membres du CIAS et que l'un des membres du CIAS – le président de la chambre d'appel – soit en charge de la nomination du tribunal arbitral dans les arbitrages d'appel est, à tout le moins, de nature à faire douter le sportif de l'apparence d'indépendance du TAS à l'égard des organisations sportives. Le rejet de l'argument appelait donc une motivation autrement plus fournie.

La Cour EDH avait déjà évacué la question de l'indépendance structurelle du TAS en un paragraphe (Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, préc., §157). C'est, au tour du Tribunal fédéral suisse de balayer la question d'un revers de main. Cette tendance ne peut qu'être déplorée. Que l'indépendance structurelle du TAS soit reconnue peut parfaitement être admis mais que la critique soit rejetée sans réelles justifications est tout à fait problématique et n'est pas de nature à asseoir la légitimité du TAS. En tout état de cause, force est de constater qu'à la suite de ces décisions, l'espoir de voir le Tribunal fédéral suisse remettre en cause l'indépendance structurelle du TAS paraît bel et bien enterré.

CLÉMENTINE LEGENDRE

III. – LA PROCÉDURE ARBITRALE

— Cour constitutionnelle fédérale allemande, (*Bundesverfassungsgericht*), ord. de la 2^e chambre du premier Sénat, 3 juin 2022, *Madame Claudia Pechstein c/ Deutsche Eisschnelllauf-und Shorttrack-Gemeinschaft e.V et International Skating Union 1 BVR 2103/16* : droit à une audience publique ; droit d'accès à la justice ; art. 6§1 Conv. EDH

La Cour constitutionnelle allemande ne reconnaît l'arbitrage en matière de sport que s'il offre la possibilité d'une audience publique.

L'affaire *Pechstein* a commencé en 2009, lorsque la patineuse de vitesse professionnelle a signé, dans le cadre de sa participation aux championnats du monde de patinage de vitesse, un formulaire d'inscription aux compétitions de l'*International Skating Union* (ISU), aux termes duquel elle s'engageait à respecter les règles antidopage de l'ISU et reconnaissait la compétence du Tribunal arbitral du sport (TAS), à l'exclusion des voies de droit ordinaires. Les échantillons sanguins prélevés ayant révélé un taux élevé de réticulocytes, l'ISU a ouvert une procédure disciplinaire à l'encontre de Mme Pechstein et l'a suspendue pour deux ans. Par la suite, Mme Pechstein a également été suspendue par de la *Deutsche Eisschnelllauf-und Shorttrack-Gemeinschaft e.V* (DESG), la fédération allemande de patinage de vitesse.

Mme Pechstein a interjeté appel de la décision de la commission disciplinaire de l'ISU auprès du TAS, lequel a toutefois rejeté l'appel (40). Le fond de la décision est sans intérêt, d'autant qu'entre-temps un régime juridique beaucoup plus sophistiqué a été mis en place en matière de passeport biologique. Ce qui importe ici est le fait que, au cours de la procédure arbitrale, la formation du TAS n'a pas donné suite à une demande de Mme Pechstein d'ouvrir l'audience au public. Le Tribunal fédéral suisse a également rejeté le recours contre la sentence arbitrale ainsi qu'une demande de révision ultérieure de Mme Pechstein. Dans le cadre du recours contre la sentence, le Tribunal fédéral relevait qu'il serait « *souhaitable* » de prévoir des audiences publiques mais a indiqué qu'en tout état de cause, Mme Pechstein n'avait pas expliqué dans quelle mesure le droit d'être entendu et l'ordre public au sens de l'article 190 al. 2 let. d et let. e de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) devraient imposer des débats publics dans les procédures arbitrales internationales (41). Mme Pechstein a ensuite porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme en arguant qu'en donnant effet à la sentence du TAS, la Suisse avait violé l'article 6§1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Conv. EDH) du fait que (i) le TAS ne respectait pas les exigences d'un tribunal indépendant et impartial et (ii) la formation avait refusé de tenir une audience publique. Comme discuté dans une édition précédente de cette chronique (42), la Cour a rejeté, par une courte majorité, l'argument tiré de la violation de l'indépendance et de l'impartialité du TAS mais a retenu que l'absence d'audience publique devant le TAS constituait une violation de l'article 6§1 de la Conv. EDH, violation dont la Suisse était responsable.

Parallèlement à ces procédures, la plaignante a intenté une action en justice contre la DESG et l'ISU devant les tribunaux allemands visant à faire constater l'illégalité de la suspension pour dopage et à obtenir réparation du dommage, tant pécuniaire que moral que cette suspension lui a causé. L'action sur le fond présupposait que les effets de la sentence du TAS ne puissent pas être reconnus dans l'ordre juridique allemand, ce qui posait la question de la validité de la clause arbitrale. La dernière instance régionale (*Oberlandesgericht*) de Munich ayant considéré que la clause d'arbitrage était nulle en raison du déséquilibre structurel du TAS entre athlètes et fédérations sportives (43), l'ISU a saisi la

(40) TAS 2009/A/1912, *Claudia Pechstein c/ ISU* et TAS 2009/A/1913, *DESG c/ ISU*.

(41) Arrêt 4A_612/2009 du 10 février 2010, consid. 4.1.

(42) *Rev. arb.*, 2019.914.

(43) *Rev. arb.*, 2015.909.

Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) en faisant valoir l'exception d'arbitrage. Les juges fédéraux ont suivi l'ISU et ont déclaré irrecevable l'action de Mme Pechstein (44). L'exception d'arbitrage a été admise au motif que le TAS était un « véritable » tribunal arbitral au sens du droit allemand. Plus spécifiquement, le fait qu'une fédération sportive impose à un athlète une convention d'arbitrage avec le TAS en tant que tribunal arbitral ne constitue pas un abus de position dominante, étant donné que le règlement de procédure du TAS prévoit des garanties suffisantes pour la préservation/sauvegarde des droits des parties. Dans ces circonstances, la convention d'arbitrage n'est pas non plus invalide au regard du droit d'accès à la justice découlant de l'article 2§1 de la Constitution allemande (*Grundgesetz*), du droit fondamental au libre exercice d'une profession en vertu de l'article 12§1 de la Constitution ou du droit à un procès équitable en vertu de l'article 6§1 de la Conv. EDH. C'est contre cette dernière décision que Mme Pechstein a déposé un recours constitutionnel auprès de la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*).

La Cour constitutionnelle constate tout d'abord qu'elle ne doit intervenir que si l'interprétation des tribunaux civils révèle des erreurs fondées sur une conception fondamentalement erronée des droits fondamentaux concernés, en particulier s'agissant de l'étendue de leur protection. S'agissant de l'obligation de Mme Pechstein de se soumettre à l'arbitrage, la Cour relève que la mise en balance par la Cour fédérale de justice entre (i) le droit d'accès à la justice et (ii) la liberté contractuelle et l'autonomie des associations ne remplissent pas les exigences constitutionnelles. La Cour fédérale de justice a certes pris en considération le droit d'accès à la justice de la requérante ainsi que le fait qu'une procédure d'arbitrage devait être conforme aux dispositions de la Conv. EDH, mais elle n'a pas tenu compte du fait que le règlement d'arbitrage du TAS ne prévoyait pas le droit à une audience publique, que la requérante avait demandée sans succès.

Selon les juges constitutionnels, la Cour fédérale de justice n'a pas suffisamment pris en compte le contenu de la garantie du droit d'accès à la justice de l'article 2§1 en relation avec l'article 20§3 de la Constitution allemande, qui exige qu'une procédure d'arbitrage doit garantir une protection juridique effective et satisfaire aux normes minimales de l'Etat de droit. La Cour constitutionnelle souligne en outre l'importance particulière de la publicité des audiences et constate que, malgré la liberté contractuelle, il n'est pas possible de renoncer sans restriction à l'accès aux tribunaux étatiques en concluant une convention d'arbitrage dans le domaine du sport. Bien que le recours à l'arbitrage constitue un élément nécessaire pour garantir l'uniformité de la justice sportive au niveau international et pour lutter efficacement contre le dopage, le droit fondamental d'accès à la justice et la protection de l'autonomie privée imposent des limites à la renonciation à la publicité des audiences par le biais d'une convention d'arbitrage. A cet égard, la Cour a dit ce qui suit : « [p]our que l'Etat puisse reconnaître les décisions arbitrales et les exécuter dans l'exercice de sa souveraineté, il doit veiller à ce que la procédure arbitrale garantisse une protection juridique effective et réponde aux normes minimales de l'Etat de droit » (consid. 40, librement traduit de l'allemand).

En outre, la Cour affirme que la liberté de choix effective de la personne soumise à la convention d'arbitrage, en d'autres termes le caractère volontaire ou forcé de l'arbitrage, doit être prise en compte lors de la mise en place des exigences minimales de la procédure arbitrale.

(44) *Rev. arb.*, 2016.908.

« Si l'une des deux parties contractantes a un poids tel qu'elle peut, de fait, déterminer unilatéralement le contenu du contrat, il appartient au droit d'œuvrer à la préservation des positions des deux parties contractantes en matière de droits fondamentaux, afin d'éviter que l'autodétermination ne se transforme en détermination étrangère pour l'une des parties au contrat » (consid. 41, librement traduit de l'allemand).

La Cour conclut qu'en ne tenant pas compte du fait que les statuts du TAS ne prévoient pas le droit à une audience publique – que la requérante avait déjà demandée sans succès lors de la procédure d'arbitrage – la Cour fédérale de justice n'avait pas satisfait aux exigences de l'article 6§1 de la Conv. EDH et, par conséquent, n'a pas non plus suffisamment respecté le contenu de la garantie du droit d'accès à la justice de la requérante. La convention d'arbitrage a dès lors été déclarée nulle pour défaut de publicité et l'affaire a été renvoyée devant la Cour d'appel. De ce point de vue, l'arrêt commenté est tout à fait en ligne avec l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Seule la sanction diffère : si la Cour européenne des droits de l'homme s'est limitée à constater la violation de l'art. 6§1 Conv. EDH par la Suisse au motif qu'il n'était pas établi qu'une audience publique aurait changé l'issue de la procédure par-devant le TAS (45), la Cour allemande refuse de reconnaître la sentence du TAS et renvoie l'affaire au civil pour décision sur le fond. Il est donc théoriquement envisageable que Mme Pechstein se voie allouer des dommages-intérêts en Allemagne malgré l'existence d'une sentence du TAS confirmée par le Tribunal fédéral suisse et dont la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu l'effectivité en dépit de la violation du droit à une audience publique. La question se pose de savoir si la Cour serait parvenue à la même conclusion si elle avait tenu compte de la version actuelle du Code TAS, lequel a été révisé depuis l'affaire *Mutu et Pechstein* et qui prévoit depuis lors la possibilité de requérir une audience publique dans les affaires disciplinaires.

Ayant conclu à la nullité de la convention d'arbitrage, en l'espèce la Cour constitutionnelle n'a pas eu à juger de la question de l'indépendance et de l'impartialité du TAS, qu'elle laisse d'ailleurs explicitement ouverte. Savoir si elle sera moins bienveillante que la (majorité des juges de la) Cour européenne des droits de l'homme est une question qui se posera peut-être la prochaine fois qu'un athlète allemand remettra en question l'indépendance et l'impartialité du TAS. Il faut espérer que d'ici là, le TAS aura eu la sagesse de mettre en œuvre les ajustements nécessaires pour s'assurer que la question ne se pose même pas (46).

ANTONIO RIGOZZI

— **Tribunal fédéral suisse, 1^{er} Cour de droit civil, arrêt 4A_166/2021 du 22 septembre 2021, Andrée Cardoso. c/ UCI : impécuniosité ; droit d'accès au juge ; assistance judiciaire ; financement de l'arbitrage.**

(45) Cour EDH, 3^e sect., 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, req. n° 40575/10, §194.

(46) V. en particulier A. Rigozzi, « *Claudia Pechstein v. Court of Arbitration for Sport : Advantage CAS ?* », *Football Legal*, édition n° 17, juin 2022, p. 118, où les mesures qui pourraient être mises en œuvre afin d'assurer une plus grande transparence dans la manière dont les arbitres du TAS sont ajoutés ou enlevés de la liste fermée prévue par le TAS sont listées.

L'arbitrage est un mode privé de justice, ce qui pose la question de son financement et corrélativement de son coût pour les justiciables. Le système d'arbitrage TAS n'y fait pas exception, d'autant moins que les frais de procédure ont très sensiblement augmenté ces dix dernières années. Il faut rappeler à ce propos que la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a reconnu le principe du recours à l'arbitrage TAS en pointant le fait que cette forme de justice était « *économique* » (47). C'est un argument qui pourrait devenir clef pour contester le système à l'aune du droit d'accès au juge. Devant le Tribunal fédéral suisse le succès est loin d'être assuré sur ce terrain mais devant une autre juridiction nationale, voire devant la Cour EDH, la voie nous semble ouverte.

S'agissant du Tribunal fédéral, un arrêt rendu le 22 septembre 2021 confirme que le for suisse n'est pas encore prêt à traiter de manière active la question. Saisi en effet récemment par un cycliste professionnel condamné pour dopage d'un recours sur le fondement de l'insuffisance de l'assistance judiciaire prévue par le système TAS au regard du droit d'accès au juge, le Tribunal fédéral a fait une nouvelle fois preuve d'une grande mansuétude pour considérer notamment que « *malgré sa critique générale concernant le financement des expertises dans le cadre de la procédure d'arbitrage devant le TAS, le requérant n'est pas en mesure de démontrer une violation concrète du droit à l'égalité de traitement et du droit d'être entendu* » (traduction libre de l'allemand).

I. L'affaire – En l'espèce, le sportif, suspendu par le tribunal antidopage de l'Union cycliste internationale (UCI), avait, en même temps que sa déclaration d'appel devant le TAS, déposé une demande d'aide juridictionnelle auprès du Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS). Alors que la formation arbitrale venait d'être désignée, le recourant apprenait du CIAS qu'il se voyait attribuer au titre de l'aide juridictionnelle une somme de 1 500 francs suisses destinée à couvrir ses frais de voyage et d'hébergement ainsi que ceux exposés pour la procédure par son conseil, ses témoins, experts et traducteurs. Regrettant que ses demandes portant sur les éventuels frais de procédure, le paiement des honoraires de son avocat (qu'il avait déjà choisi) et le financement d'experts en même nombre que ceux désignés par l'UCI avaient été rejetées, il demanda un réexamen de sa situation en menaçant de dénoncer son consentement à la compétence du TAS et de saisir les tribunaux étatiques. Après divers échanges de courriers entre le requérant et le greffe du TAS, une nouvelle décision du CIAS accordait une réévaluation de l'aide juridictionnelle de sorte que le demandeur puisse aussi bénéficier de l'assistance d'un avocat *pro bono* inscrit sur la liste du TAS. Critiquant les diligences réalisées par l'avocat *pro bono* qu'il avait désigné pour le défendeur, il fit parvenir au TAS un courriel pour exprimer ses préoccupations et réclamer une aide financière supplémentaire en vue de payer les honoraires de son premier avocat bien qu'il ne soit pas référencé par le TAS.

Au terme de la procédure qui poursuivit malgré tout son cours, une sentence arbitrale fut prononcée confirmant la suspension pour dopage.

Le sportif forma alors un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral pour lui demander, premièrement, de reconnaître l'incompétence du tribunal arbitral pour connaître de son action contre la décision de suspension rendue par l'UCI et, deuxièmement, d'annuler la sentence.

(47) Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, n° 40575/10 et n° 67474/10, *JDI*, 2019, comm. 8, p. 172, note J. Guillaumé ; *JCP G.*, 2018.1391, note L. Milano ; *RTD civ.*, 2018.850, obs. J.-P. Marguénaud ; *LPA*, n° 242, 2019, note J.-M. Marmayou ; *Jurisport*, n° 192, 2018.31, note F. Latty ; *RTDH*, 2019.687, note M. Maisonneuve ; *JCP G.*, 2019, 32, n° 8, note F. Sudre ; *Rev. arb.*, 2019.914, obs. A. Rigozzi.

Etayant ses requêtes, le cycliste argumenta sur le fait que son consentement à l'arbitrage avait été surpris par tromperie et à tout le moins donné par erreur. Réitérant une critique qu'il avait formulée en cours de procédure devant le TAS, et non pas à titre liminaire, il exposa devant le Tribunal fédéral que l'UCI l'avait amené à croire qu'il recevrait une aide juridictionnelle substantielle dans le cadre de la procédure d'arbitrage mais qu'en définitive cette aide s'était révélée insuffisante. Selon lui, l'UCI à qui il avait demandé une aide financière pour se défendre lors de la procédure devant le tribunal antidopage de l'UCI, lui avait répondu que si son règlement intérieur ne prévoyait pas un tel soutien il pourrait cependant bénéficier d'une aide juridictionnelle s'il formait un appel devant le TAS. Sans surprise, cette argumentation n'a pas été reçue par le Tribunal fédéral qui, en application de l'article 28 du Code suisse des obligations, a relevé qu'il ne saurait y avoir en l'espèce ni erreur ni tromperie dans la mesure où, notamment, le consentement à l'arbitrage TAS n'a pas été donné lors de la procédure disciplinaire antidopage mais bien avant, lors de la prise de licence. Par conséquent, aux yeux du Tribunal fédéral, et c'est parfaitement logique, si erreur, voire tromperie il y a eu au sujet de l'adéquation de l'aide financière, elle ne peut pas avoir porté sur l'adhésion à l'arbitrage dont l'origine remonte à la prise de licence, c'est-à-dire bien avant le contrôle antidopage et la procédure de sanction qui s'en est suivie. Le Tribunal fédéral souligne par ailleurs que le requérant n'a pas fondé sa demande de résiliation de la convention d'arbitrage sur son impécuniosité mais sur les informations prétendument fausses fournies par l'UCI. Il en conclut qu'il n'est pas nécessaire d'apprécier si la clause compromissoire convenue avec l'UCI pouvait être résiliée au motif d'un manque de ressources financières (48).

Entrant tout de même en matière, le Tribunal fédéral rappelle que l'assistance judiciaire est expressément exclue par la loi suisse s'agissant de l'arbitrage interne (art. 380 du Code de procédure civile suisse) et que même si la LDIP est muette sur la question en matière d'arbitrage international il ne saurait être permis aux parties ou au tribunal arbitral concerné de convenir de faire supporter par l'Etat, au titre de l'assistance judiciaire, les frais de la procédure arbitrale. Rien n'empêche cependant que les parties ou l'institution d'arbitrage adoptent d'autres solutions pour permettre à la partie impécunieuse de poursuivre la procédure arbitrale. Il souligne à ce propos que si justement l'institution d'arbitrage fournit une aide juridictionnelle aux parties incapables de financer la procédure, la résiliation de la convention d'arbitrage au motif de l'impécuniosité est exclue. Pour le Tribunal, il suffit à la partie démunie de se prévaloir de l'aide juridictionnelle quitte à contester ensuite la procédure d'arbitrage.

Le Tribunal fédéral relève enfin que, s'agissant de l'arbitrage sportif devant le TAS, le CIAS a publié des lignes directrices sur l'assistance judiciaire prévoyant les conditions et la portée de l'aide financière susceptible d'être accordée à une partie qui le demanderait. A ses yeux, son niveau importe peu du moment que ces dispositions laissent la voie vers le TAS ouverte à des litigants démunis. Le Tribunal fédéral balaie ainsi d'un revers de la main les arguments du recourant selon lesquels les mesures d'assistance prévues par les lignes directrices TAS seraient insuffisantes en ce qu'elles ne permettent pas de choisir librement l'avocat *pro bono* ni d'indemniser convenablement les experts appelés au soutien de sa position. Selon la Haute juridiction suisse, l'accès au tribunal arbitral ne présuppose

(48) On peut rappeler que dans une décision de 2014 (arrêté 4A_178/2014 du 11 juin 2014, *Bull. ASA* 4/2014, p. 782), le Tribunal fédéral avait rejeté une demande à peu près identique pour le motif procédural que le sportif recourant avait perdu son droit de contester la sentence finale en s'abstenant de contester une sentence intermédiaire sur la compétence.

pas que les modalités de l'aide juridictionnelle prévue correspondent à celles d'un ordre étatique déterminé et le droit à l'accès au juge garanti par l'article 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse et l'article 6§1 de la Convention EDH n'implique pas le libre choix du représentant légal ni sa rémunération. Le Tribunal fédéral en conclut que le droit à l'accès au juge n'était en l'espèce pas atteint et que partant il n'y avait pas de raison d'écartier la clause d'arbitrage pour permettre au recourant de s'adresser à un tribunal étatique. Il en profite en passant pour noter que selon sa jurisprudence constante « *le recours contre une décision arbitrale ne saurait directement affirmer que le tribunal arbitral a violé la Convention EDH. Toutefois, les principes découlant de l'article 6 de la Convention peuvent, le cas échéant, être utilisés pour préciser les garanties pouvant être invoquées en vertu de l'article 190 al. 2 de la LDIP (Trib. féd. 17 août 2020, 4A_486/2019, ATF 146 III 358. – Trib. féd. 26 avr. 2016, 4A_342/2015, ATF 142 III 360. – Trib. féd. 2 juin 2021, 4A_618/2020)* » (traduction libre de l'allemand).

Cette décision appelle une série de remarques relatives au coût de la justice arbitrale sportive et à l'éventuelle impécuniosité d'une des parties.

II. Le coût de la justice arbitrale sportive – S'agissant de son coût, on doit reconnaître que l'article 22 du Règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques prévoit la gratuité de la procédure, hors « *frais d'avocats, d'experts, de témoins et d'interprètes* » et que l'article R65 du Code TAS prévoit un principe de gratuité pour les « *appels contre des décisions rendues par des fédérations internationales dans le cadre d'affaires disciplinaires* ». Mais ce dernier principe a un champ d'application minimaliste. En effet, outre le droit incompressible de greffe de 1 000 CHF (art. R65.2, Code TAS), le principe de gratuité ne concerne que les procédures d'appel disciplinaire, catégorie dont sont explicitement exclus depuis une réforme du 1^{er} janvier 2019 toutes les procédures d'appel « *contre des décisions relatives à des sanctions imposées conséquemment à un litige de nature économique* ». Or, la gratuité devrait être prévue pour toutes les hypothèses d'arbitrage forcé afin de protéger les sportifs présumés vulnérables (49). Et le principe devrait aussi couvrir certains frais, tels ceux d'interprétariat pour des parties qui n'auraient ni l'anglais, ni le français, ni l'espagnol en partage (l'article R65-3 du Code TAS prévoit que « *Chaque partie paie les frais de ses propres témoins, expert(e)s ou interprètes* »). A tout le moins, il pourrait être prévu un barème financier relatif aux frais d'arbitrage et aux honoraires des arbitres indexé sur les ressources des parties.

Les règles relatives au paiement de la provision pour frais constituent à notre sens dans le système TAS un véritable obstacle à l'accès au juge. En effet, l'article R.64-2 prévoit que « *L'avance de frais est versée à parts égales par la/les partie(s) demanderesse(s)/appelante(s) et la/les partie(s) défenderesse(s)/intimée(s). Si une partie ne verse pas sa part, une autre peut le faire à sa place ; en cas de non-paiement de la totalité de l'avance de frais dans le délai fixé par le TAS, la demande/déclaration d'appel est réputée retirée et le TAS met un terme à l'arbitrage ; cette disposition s'applique également mutatis mutandis aux éventuelles demandes reconventionnelles* ». Or, la plupart des institutions sportives, au premier rang desquelles la FIFA, ont pris l'habitude, lorsqu'elles étaient intimées, de ne pas régler l'avance de frais, laissant à l'appelant le soin de payer à sa place au risque de voir son recours irrecevable. Il y a là le germe, déjà bien développé, d'une justice censitaire à rebours de l'universalité brandie par les concepteurs du TAS.

(49) Proposition faite par F. Latty, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport*, n° 192, 2018.31.

III. Les dangers liés à l'impécuniosité d'une partie – S'agissant de l'impécuniosité d'une des parties (50), il nous semble que pour garantir encore mieux l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, les mécanismes d'assistance judiciaire mis en place par le CIAS mériteraient d'être singulièrement élargis (51). L'idée centrale de la proposition vise à renforcer le traitement de la question *ex ante* plutôt que de risquer un contrôle *ex post* qui pourrait s'avérer ravageur.

Il ne faut en effet pas minimiser le mouvement jurisprudentiel que l'on repère dans différents pays européens et qui pourrait donner des idées à ceux qui contestent la légitimité du système TAS (52).

En France par exemple, la possibilité d'une annulation de la sentence arbitrale sur le fondement du droit d'accès à la justice est une réalité depuis l'affaire *Pirelli* (53). Malgré certaines réserves doctrinales, la solution s'affirme et se précise au fil des décisions dont le rythme s'est considérablement accéléré. « *L'accès à la justice, en ce qu'il permet de garantir l'effectivité des droits, relève de l'ordre public international. Dès lors, une convention d'arbitrage qui ferait obstacle à cet accès, serait contraire à l'ordre public international et donc nulle* » (54). « *Le coût prohibitif d'une procédure d'arbitrage et l'impécuniosité des parties ne sont pas de nature à faire obstacle au principe compétence-compétence* » car cela « *ne rend pas la convention d'arbitrage manifestement inapplicable* » (55), le tribunal conservant donc son office prioritaire (56). « *Outre qu'il s'agit d'un arbitrage volontaire, il revient aux acteurs de l'arbitrage d'écarter tout risque de déni de justice en permettant l'accès du justiciable au tribunal arbitral quels que soient ses moyens financiers* » (57). « *Une convention d'arbitrage, par laquelle les parties*

(50) Sur cette question : M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. Th. Clay, Economica, 2013 ; Th. Clay, « Arbitrage et impécuniosité », in *Mélanges J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 253 ; M. de Fontmichel, « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP*, 2019, doctr. 583 ; M. de Fontmichel, « L'articulation de la protection des parties faibles avec la convention d'arbitrage à la lumière d'une décennie d'application du décret », *Rev. arb.*, 2022.49.

(51) M. Maisonneuve, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », in F. Latty, J.-M. Marmayou et J.-B. Racine (dir.), *Sport et droit international (aspects choisis)*, PUAM, 2016, p. 305.

(52) P. Zivkovic, « Impecunious Party in Arbitration Proceedings and Its Rights Under Article 6(1) of the European Convention on Human Rights », *Journal of Constitutionalism & Human Rights*, 2015, 1-2(7), p. 38 (<https://ssrn.com/abstract=2708657>) ; J.-P. Moyano Garcia, « Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement », *Journal of International Arbitration*, 2017, Vol. 34, Issue 4, p. 631 ; G. Teng Jun, « An Arbitral Tribunal's Dilemma: The Plea of Financially Impecunious Parties », *Journal of International Arbitration*, 2020, Vol. 37, Issue 4, p. 479 ; M. Cardoso, « Impecunious parties in international commercial arbitration », *Arbitration International*, 2020, Vol. 36, Issue 1, p. 123.

(53) Paris, 17 novembre 2011, *D.*, 2011.3023, note Th. Clay ; *JDI*, 2012.41, note X. Boucoba et Y.-M. Serinet ; *LPA*, n° 142, 2012, p. 11, note M. de Fontmichel. *Adde* F.-X. Train, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international [...] », *Rev. arb.*, 2012. 267.

(54) Paris, 19 octobre 2021, *Rev. arb.*, 2022.318, note V. Chantebout ; *Dalloz actualité* 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.*, 2021.2276, obs. Th. Clay.

(55) Cass. civ. 1^{re}, 13 juillet 2016, n° 15-19389, *Rev. arb.*, 2016.859, note M. Boucaron-Nardetto ; *Procédures* 2016, comm. 289, obs. L. Weiller ; *D.*, 2016.2589, obs. Th. Clay ; *RTD com.*, 2017.4, note E. Loquin ; *JCP*, 2016.1002, note M. de Fontmichel ; *Dalloz actualité*, 30 août 2016, obs. X. Delpech ; *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2016, p.36, obs. D. Bensaude.

(56) Paris, 26 février 2013, *Rev. arb.*, 2013.746, note F.-X. Train ; *Cah. arb.*, 2013.479, note A. Pinna ; *D.*, 2013.2936, spéc. 2939 et 2945, obs. Th. Clay ; *LPA*, 2014, n° 19, p. 9, obs. M. de Fontmichel ; *Bull. ASA*, 2013.900, note C. Dupeyron et F. Poloni.

(57) Paris, 20 octobre 2021, en somm. in *Rev. arb.*, 2021.1278 ; *Dalloz actualité*, 19 oct. 2021, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.*, 2021.2276, obs. Th. Clay ; Paris, 30 juin 2021, en somm. in

consentent à soumettre leur litige à un arbitre et qui emporte nécessairement renonciation à la justice étatique et, en France, à la gratuité du service public de la justice, ne saurait en elle-même porter atteinte à l'accès à la justice ». « Seules ses modalités doivent être examinées afin de vérifier qu'elles ne privent pas, dans leur mise en œuvre, une partie d'un accès à la justice et ne portent ainsi pas une atteinte effective au droit fondamental d'accès à la justice » (58).

Au Portugal, si le *Supremo Tribunal de Justiça* soutient que l'adhésion à une convention d'arbitrage international implique la renonciation au « cadre protecteur des juridictions étatiques » (59), le *Tribunal constitucional* estime de son côté que l'article 20.1 de la Constitution garantissant le droit d'accès au juge et le recours effectif empêche l'application d'une convention d'arbitrage qu'une des parties ne peut plus mettre en œuvre en raison de son indigence (60).

En Allemagne, le *Bundesgerichtshof* considère, en se référant certes indirectement au droit d'accès au juge, que la convention d'arbitrage est inapplicable au sens de l'article 1032 du Code de procédure civile (dont la rédaction correspond à l'article 1448 CPC en France) dès lors qu'une partie n'a pas les ressources financières nécessaires pour financer la procédure d'arbitrage (61).

Y a-t-il de tout cela quelque enseignement à tirer pour le système TAS ?

Sans doute, car le risque est prégnant qu'une sentence TAS soit contestée devant une juridiction étatique (de l'exequatur ou de plein contentieux) soucieuse de ne pas donner efficacité à une décision arbitrale non conforme à ses propres prescrits constitutionnels et aux principes de la Convention EDH. Ces jurisprudences montrent en effet que le juge de l'annulation est désormais plus soucieux de respecter la hiérarchie des normes en faisant prévaloir les droits fondamentaux sur la logique du droit des obligations et le principe *pacta sunt servanda*. Il faut dire qu'un plaideur impécunieux tenu par une convention d'arbitrage est placé dans une situation avérée de déni de justice puisque son indigence lui ferme les portes de l'arbitrage et que l'effet négatif du principe compétence-compétence attaché à la clause compromissoire lui ferme les portes des juridictions étatiques (62). Que dire alors pour un plaideur qui ne serait pas tenu par un engagement volontaire d'arbitrage mais par une « obligation » institutionnelle ? Rappelons en effet que l'arbitrage du système TAS a été reconnu comme étant un arbitrage forcé (63).

Rev. arb., 2021.966 confirmé par Cass. civ. 1^{re}, 28 septembre 2022, n° 21-21.738 ; Paris, 19 octobre 2021, n° 18/01254, *Rev. arb.*, 2022.318, note V. Chantebout ; *Dalloz actualité*, 19 nov. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

(58) Paris, 19 octobre 2021, n° 18/01254, préc. ; Paris, 23 novembre 2021, n° 19/15670, en somm. in *Rev. arb.*, 2021.1288 ; *D.*, 2021.2276, obs. Th. Clay.

(59) *Supremo Tribunal de Justiça*, 9 octobre 2003, proc/n° 03B1604 ; *Supremo Tribunal de Justiça*, 26 avril 2016, proc. n° 1212/14.5T8LSB. L1. S1.

(60) *Tribunal constitucional*, 30 mai 2008, arrêt n° 311/2008, proc/n° 753/07, *Diário da República*, 2a série, n° 148, 1^{er} août 2008, *Rev. Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano II, 2009, p.161, obs. J.-M. Júdece.

(61) *Bundesgerichtshof*, 14 septembre 2000, III ZR 33/00, BGHZ 145, 116, 118, *Yearbook*, vol. XXVII, 2002, p. 265. – Adde G. Wagner, « Impecunious Parties and Arbitration Agreements », *German Arbitration Journal* 2003, Vol. 1, Issue 5, p. 206.

(62) J. Clavel, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, Thèse Paris II, 2011.

(63) Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/Suisse*, n° 40575/10 et n° 67474/10, préc.

Reste que l'impécuniosité d'un plaideur place tous les acteurs de l'arbitrage face à un véritable dilemme entre le traitement interne et *ex ante* de la difficulté ou la soumission à un contrôle externe et *a posteriori*.

Le traitement *ex ante* laisse à l'arbitre, qui « *ne saurait rester inerte face à un plaideur aux moyens financiers insuffisants pour couvrir les coûts de l'arbitrage* » (64), le soin d'assurer l'accès à la justice conformément au principe compétence-compétence. Il impose cependant au plaideur d'aller devant une justice par définition payante pour faire constater qu'il n'a justement pas les moyens de s'en remettre à elle. De son côté, le contrôle *ex post* présente l'inconvénient d'un risque supplémentaire d'annulation des sentences ce qui dans le cadre du système TAS n'est jamais très bien vécu au regard de sa quête de légitimité. En outre, pour les parties impécunieuses, le traitement *ex post* ne présente que des désavantages dans la mesure où les frais de conseils à engager pour agir devant le juge étatique, qui seront peut-être couverts par une assistance judiciaire, ne le seront pour obtenir au mieux qu'une annulation de sentence.

IV. Des solutions pour le CIAS – La solution de ce dilemme nous semble tenir, pour les institutions d'arbitrage où l'arbitrage est en outre reconnu comme forcé, en des mécanismes efficaces d'attribution d'aide juridictionnelle. Le CIAS devrait ainsi s'occuper de mieux tenir compte des situations découlant de l'incapacité d'une partie impécunieuse à financer la procédure arbitrale au stade même de sa mise en œuvre. Il en va de l'intérêt du système TAS tout entier qui étoufferait par là une des importantes critiques à son égard. Ses Directives sur l'assistance judiciaire méritent à l'évidence une modernisation de sorte que le niveau de l'assistance proposée soit relevé et que les arbitres soient incités à mieux vérifier en début et tout au long de la procédure arbitrale, l'éventuelle indigence des parties.

Quant au niveau de prise en charge, rappelons que les Directives sur l'assistance judiciaire au TAS prévoient aujourd'hui que :

« Art. 1 – *Les présentes Directives sur l'assistance judiciaire (les Directives) sont établies par le Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (CIAS) en vertu de l'art. S6 §9 du Code de l'arbitrage en matière de Sport (le Code) afin de faciliter l'accès au Tribunal Arbitral du Sport (TAS) des personnes physiques dont les ressources financières sont insuffisantes et de garantir la défense de leurs droits lorsque les intérêts de la justice le requièrent.*

Ces Directives doivent être considérées comme neutres sur le plan du genre ».

[...]

« Art. 5 – *L'assistance judiciaire peut :*

(a) être accordée, sur requête motivée et accompagnée de toutes pièces justificatives utiles, à toute personne physique ne pouvant pas assumer les frais liés à la procédure sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et celui de sa famille.

(b) avoir les effets suivants pour le/la requérant(e) :

(64) M. de Fontmichel, « L'articulation de la protection des parties faibles avec la convention d'arbitrage à la lumière d'une décennie d'application du décret », *Rev. arb.*, 2022.69.

1. dispenser le/la requérant(e) de payer les frais de la procédure ou une avance de frais, en tenant compte que cette mesure pourra lui être refusée si :

– le/la requérant(e) ne prend pas toutes les mesures nécessaires pour réduire ces frais, y compris en faisant la demande d'un arbitre unique ; ou

– la convention d'arbitrage se référant au TAS prévoit la nomination d'une Formation arbitrale composée de trois arbitres et l'intimé(e) refuse de payer toute avance de frais ; ou

– le/la requérant(e) est l'intimé(e) et n'est pas tenu(e) de payer une part de cette avance de frais ;

2. choisir un(e) avocat(e) pro bono sur la liste du TAS référencée à l'Article 18 ; et

3. dans le cas où une audience a été ordonnée par la Formation arbitrale, un montant forfaitaire pourra être accordé au/à la requérant(e) afin de couvrir ses frais de voyage et de logement, ainsi que ceux de ses témoins, experts et interprètes, pour autant que ceux-ci aient été dûment cités à comparaître avec l'autorisation de la Formation arbitrale, ainsi que les frais de voyage et de logement de l'avocat(e) pro bono ».

« Art. 6 – L'assistance judiciaire sera refusée s'il est évident que le TAS n'est pas compétent ou si la demande du/de la requérant(e) ou les moyens de défense sont futiles et vexatoires. L'assistance judiciaire ne peut pas être accordée aux organisations sportives, associations, clubs ou à toute autre personne morale ».

[...]

« Art. 16 – A l'issue de la procédure d'arbitrage, le/la bénéficiaire de l'assistance judiciaire peut être formellement condamné(e) à s'acquitter des frais de procédure. Toutefois, le TAS peut renoncer à les lui réclamer ».

[...]

« Art. 20 – Sauf circonstances exceptionnelles, le CIAS/TAS ne paie pas d'avance les frais du/de la bénéficiaire ou de son avocat(e) d'office.

A l'issue de la procédure arbitrale et pour autant que la Commission d'assistance judiciaire du CIAS en ait décidé ainsi préalablement, le/la bénéficiaire et/ou l'avocat(e) commis(e) d'office peuvent demander le remboursement de tout ou partie des frais engagés par eux-mêmes/elles-mêmes conformément à l'art. 5 b) 3 de ces Directives. La demande de remboursement doit inclure les justificatifs des frais dont le remboursement est réclamé.

Sauf décision contraire de la Commission d'assistance judiciaire du CIAS, le TAS verse le montant réclamé pour le remboursement des frais jusqu'à concurrence du montant forfaitaire accordé dans la décision d'octroi d'assistance judiciaire.

La décision de remboursement n'est susceptible d'aucun recours ».

Notons, avant quelques remarques, qu'à l'époque de la saisine du TAS dans l'affaire commentée, les directives étaient applicables dans leur première version datant de 2013 ; qu'à celle de la première ordonnance du CIAS accordant l'aide judiciaire, les directives étaient applicables dans leur deuxième version issue d'une

révision opérée le 1^{er} janvier 2019 ; et que depuis la sentence critiquée devant le Tribunal fédéral, elles ont été de nouveau modifiées le 1^{er} novembre 2020 (65).

Première remarque, le niveau d'assistance financière et les modalités de son attribution sont d'une faiblesse patente. Le plaideur est en effet en tout état de cause obligé de faire l'avance des frais et les forfaits de remboursement arrêtés par la Commission d'assistance judiciaire du CIAS sont généralement minimes. Evidemment, on pourra répondre à cette remarque que la Cour EDH considère elle-même que l'article 6§1 n'implique pas par principe que l'Etat doive fournir une aide judiciaire gratuite dans toute contestation touchant un « *droit de caractère civil* » et que, si l'article 6§1 peut parfois astreindre les autorités à fournir une assistance quand elle se révèle indispensable à un accès effectif au juge (66), l'Etat concerné n'a pas l'obligation de chercher à garantir, au moyen des fonds publics, une égalité des armes totale entre la personne assistée et son adversaire du moment que chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (67). Il n'en reste pas moins que nombre de litiges traités devant le TAS voient s'affronter des parties présumées faibles et peu habituées contre des parties présumées fortes et litigantes d'habitude. Sans chercher à établir une égalité arithmétique, il ne serait pas totalement illogique de donner à certains plaideurs impécunieux les moyens financiers suffisants (et non pas minimaux) pour conduire les procédures complexes, techniques, et à ce double titre coûteuses comme peuvent l'être celles relatives à des infractions de dopage.

Deuxième remarque, comment peut-on se satisfaire qu'une telle assistance ne soit accordée qu'aux personnes physiques, et encore sous des conditions terriblement drastiques, et somme toute assez opaques, alors que le recours à l'arbitrage TAS ne relève pas toujours du consentement des litigants et qu'il est bien plus coûteux que le recours aux juridictions ordinaires ? (68) Evidemment, on pourra répondre à cette remarque que la Cour EDH n'a pas de position fixée sur ce point, au prétexte « *qu'au plan européen il n'existe pas de consensus ou du moins une tendance affirmée en matière d'octroi d'aide juridictionnelle. La législation d'un grand nombre d'Etats ne prévo[yant] pas le bénéfice de cette aide aux personnes morales, quel que soit leur but, commercial ou non lucratif* » (69). Il n'en reste pas moins que le monde du sport, même international, vit par la présence en grand nombre de petits clubs dont les finances ne sont pas celles des grandes écuries du football et ne permettent pas nécessairement de mener des procédures arbitrales en dehors de leurs frontières (70).

(65) www.tas-cas.org/fr/arbitrage/assistance-judiciaire.html.

(66) Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73, § 26.

(67) Cour EDH, 15 mai 2005, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, req. n° 68416/01, § 62.

(68) A. Rigozzi et F. Robert-Tissot, « La pertinence du «consentement» dans l'arbitrage du Tribunal Arbitral du Sport », *Jusletter*, 16 juillet 2012, n° 16 ; P. Zen-Ruffinen, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », in *Citius, Altius, Fortius, Mélanges D. Oswald*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2012, p. 483, spéc. p. 487.

(69) V. not. Cour EDH, 5^e sect., 26 août 2008, *VP Diffusion Sarl c/ France*, req. n° 14565/04 ; Cour EDH, 5^e sect., 22 mars 2012, *Granos organicos nacionales c/ Allemagne*, req. n° 19508/07.

(70) Pour une extension aux personnes morales, v. déjà : M. Peltier, note sous TAS, 11 avril 2014, 2012/A/2720, *FC Italia Nyon & D. c/ LA de l'ASF & ASF & FC Crans*, *Rev. arb.*, 2014.681.

Troisième remarque, on ne souligne pas assez que l'obtention d'une assistance judiciaire implique pour son attributaire, s'il est demandeur à l'instance, de prendre « toutes les mesures nécessaires pour réduire ces frais, y compris en faisant la demande d'un arbitre unique ». Autrement dit, la justice privée des indigents est une justice indigente d'où la collégialité est concrètement bannie. Evidemment, on pourra répondre avec pertinence à cette remarque que la collégialité n'est pas une condition indispensable pour rendre la justice. Il n'en reste pas moins que dans un contexte d'arbitrage où les problèmes d'impartialité ne peuvent être ignorés, la collégialité présente cet avantage de les diluer. En outre, la discussion est de l'essence de la « vérité juridique » et seule la collégialité garantit véritablement que différents avis se confrontent pour forger une solution mûrie, plus réfléchie.

Quatrième point, l'obtention d'une assistance judiciaire, quand elle porte sur l'accompagnement par un avocat *pro bono*, implique que cet avocat soit « choisi » sur une liste établie par le TAS ce qui, autrement dit, refoule l'*intuitus personae* propre à toute relation entre un client et son défenseur. Evidemment on pourra répondre à cette remarque que la Cour EDH n'impose pas par principe que les Etats fournissent aux plaideurs impécunieux l'assistance d'un membre du barreau et que si les circonstances l'exigent pour assurer un droit effectif au juge, cette assistance peut prendre la forme d'un avocat commis d'office, c'est-à-dire non choisi par la partie concernée (71). Certes ! Reste que dans nombre d'Etats, les avocats commis d'office au titre de l'aide juridictionnelle bénéficient d'une rémunération servie par l'Etat ou leur Barreau. Par ailleurs, la relation avec un avocat se construit sur la base d'une confiance dont les fondations peuvent être légitimement considérées comme fragiles lorsque l'avocat n'est pas rémunéré. Comment être persuadé que son défenseur fait le maximum alors qu'il n'intervient que *pro bono* ? Les directives pourraient à tout le moins, plutôt que de fixer le principe d'une intervention gratuite des avocats *pro bono*, les autoriser à conclure des pactes de *quota litis*, par définition plus motivants.

Cinquième remarque, rien dans les Directives sur l'assistance judiciaire du TAS ne traite de la question de la langue et donc des frais éventuels de traduction, mis à part l'article 18 qui indique que les avocats inscrits sur la liste des *pro bono* sont « capables de travailler dans les langues officielles du TAS ». Pourtant, les frais de traduction peuvent représenter un poste important pour un plaideur impécunieux ne pratiquant pas les trois langues de travail du TAS. Une solution simple consisterait dans cette hypothèse à organiser une procédure dans la langue que le plaideur maîtrise ce qui, sans ignorer les difficultés de constitution du panel, pourrait permettre de minimiser ses coûts et corrélativement son besoin d'assistance financière.

Quant au rôle des arbitres, les formations TAS devraient être plus inquiètes de la situation économique des parties, sans s'en remettre exclusivement aux décisions prises par la Commission d'assistance judiciaire du CIAS. Le principe compétence-compétence donne mission prioritaire à l'arbitre pour décider de sa compétence et partant de l'effectivité de l'accès à un juge dans des conditions conformes aux garanties procédurales telles que l'égalité des armes et l'équité (ce qui inclut la question du déni de justice). Ils doivent eux-mêmes être juges de l'impécuniosité de ceux qui réclament une assistance et contrôler que l'assistance fournie est suffisante

(71) Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73, § 26 ; Cour EDH, 7 mai 2002, *McVicar c/ Royaume-Uni*, req. n° 46311/99, § 48 ; Cour EDH, 15 mai 2005, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, req. n° 68416/01, § 61 ; Cour EDH, 31 mai 2021, *Timofeyev et Postupkin c/ Russie*, req. n°s 45431/14 et 22769/15, § 101 et 107.

pour que leurs droits procéduraux soient effectifs. Cette mission, si elle est sincèrement menée, peut limiter le contrôle *a posteriori* du juge étatique. En France par exemple où la dynamique du droit à l'accès au juge est en œuvre, la Cour d'appel de Paris a ainsi considéré que la juridiction d'annulation ne peut contrôler l'appréciation par l'arbitre du montant des frais de l'arbitrage et l'imputation qu'il en fait à la charge des parties en fonction de leurs facultés contributives (72).

Enfin, il n'est pas interdit d'espérer que le Tribunal fédéral, acteur essentiel du système TAS, se décide à intervenir plus activement en tant que juge d'appui (par des injonctions) pour débloquer des situations où le CIAS, un peu trop tourmenté par l'état de ses finances, ne fournit pas à un plaideur objectivement indigent les moyens d'accéder au juge arbitral dans des conditions où l'équité et l'égalité des armes seraient garanties.

Evidemment, ces mesures posent la question du financement du système. Malgré le brevet de conventionnalité donné par la Cour EDH (73) et le blanchiment régulièrement donné par le Tribunal fédéral (74), on peut légitimement penser que le financement du TAS mériterait d'être radicalement repensé pour éviter que le budget du CIAS-TAS ne dépende d'institutions sportives litigantes d'habitude, telle la FIFA (75). Il pourrait par exemple être abondé par une redevance assise sur les revenus des droits audiovisuels de toutes les compétitions internationales dont les organisateurs et les participants sont soumis à la juridiction du TAS (76).

JEAN-MICHEL MARMAYOU

IV. – LE DROIT APPLICABLE AU FOND

— **TAS OG 22/08 à 10, *International Olympic Committee, World Anti-Doping Agency, & International Skating Union c/ Russian Anti-Doping Agency, Kamila Valieva & Russian Olympic Committee*, sentence du 17 février 2022 TAS OG 22/11, *Evan Bates, Karen Chen, Nathan Chen, Madison Chock, Zachary Donohue, Brandon Frazier, Madison Hubbell, Alexa Knierim & Vincent Zhou c/ International Olympic Committee*, sentence du 30 mars 2022 : dopage ; compétence de la chambre *ad hoc* pour les JO Charte olympique suspension provisoire personnes protégées lacune du code mondial antidopage remise des médailles ; liberté d'association ; pouvoir discrétionnaire ; contrat de ville hôte principe de l'effet relatif des conventions.**

L'analyse des deux sentences peut être jointe dans la mesure où les affaires sont liées. La première affaire a été l'objet d'un traitement médiatique important.

(72) Paris, 23 novembre 2021, n° 19/15670, en somm. in *Rev. arb.*, 2021.1288 ; *D.*, 2021.2276, obs. Th. Clay.

(73) Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/Suisse*, n° 40575/10 et n° 67474/10, préc.

(74) Par ex., à propos de la FIFA, arrêt 4A_260/2017 du 20 février 2018, *RFC Seraing c/ FIFA*, *Rev. arb.*, 2018.653, spéc. p. 668, obs. M. Maisonneuve.

(75) G. Palermo et A. Sokolovskaya, « Independence of CAS vis-à-vis its Funders and Repeat Users of its Services », *Kluwer Arbitration Blog*, 25 mai 2018 (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/25/independence-cas-vis-vis-fundersrepeat-users-services>).

(76) A. Vaitiekunas, *The Court of Arbitration for sport: Law-making and the question of independence*, Thèse Melbourne Law school, 2013, publiée par Stämpfli, 2014.

Elle concerne une patineuse artistique russe de 15 ans, M^{me} Valieva, à qui il a été notifié un résultat d'analyse anormal entre deux épreuves des Jeux Olympiques de Beijing.

Le contrôle avait été réalisé un mois et demi avant les Jeux Olympiques lors des championnats de Russie. Il avait été décidé par l'agence russe antidopage (RUSADA) mais l'analyse de l'échantillon avait été confiée à un laboratoire suédois, le laboratoire russe étant suspendu. L'analyse de l'échantillon prit plus de temps que d'habitude, à cause des conséquences de la pandémie sur le personnel selon le laboratoire, et le résultat d'analyse parvint à RUSADA au moment où la patineuse remportait l'épreuve olympique par équipe.

Le rapport d'analyse constata la présence d'une substance interdite, la trimetazidine. Cette substance étant non spécifiée, la patineuse devait être suspendue à titre provisoire, le temps que son dossier fût instruit. Immédiatement, la patineuse exerça un recours contre cette décision auprès de la commission de discipline de RUSADA. Le lendemain, la suspension provisoire était levée. C'est cette décision qui est soumise à l'examen du tribunal arbitral du sport (TAS) saisi par le Comité International Olympique (CIO), l'Agence Mondiale Antidopage et la Fédération Internationale de Patinage.

La levée de la suspension provisoire de la patineuse étant confirmée par le TAS, la Commission exécutive du CIO décida, après consultation des comités nationaux olympiques concernés, qu'il ne serait pas approprié d'organiser la cérémonie de remise des médailles pour l'épreuve de patinage artistique par équipe lors des Jeux Olympiques d'hiver de Beijing 2022. La cérémonie de remise de médailles sera organisée une fois que le cas de la patineuse russe aura été conclu. C'est cette autre décision qui est l'objet de la seconde sentence commentée, le TAS étant ici saisi par les membres de l'équipe américaine de patinage artistique.

L'analyse de ces deux affaires permet de revenir, d'une part, sur la compétence de la chambre *ad hoc* du TAS (I) et, d'autre part, sur le droit applicable dans le cadre de cette procédure (II).

I. La compétence de la chambre *ad hoc* – Les lecteurs attentifs de cette chronique annuelle savent que le TAS est composé de trois chambres arbitrales permanentes : la chambre d'arbitrage ordinaire, la chambre anti-dopage et la chambre arbitrale d'appel (Code de l'arbitrage en matière de sport, art. S20). D'autres chambres peuvent également être constituées pour statuer sur les litiges relatifs à des compétitions sportives particulières. C'est le cas en cette année 2022 des Jeux du Commonwealth, où la procédure devant le TAS est soumise à des règles spécifiques, et des Jeux Olympiques.

La règle 61.2 de la Charte olympique prévoit que : « *Tout différend survenant à l'occasion des Jeux Olympiques ou en relation avec ceux-ci sera soumis exclusivement au Tribunal Arbitral du Sport (TAS), conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport* ». Elle est confirmée par le formulaire d'inscription que signe chaque participant aux Jeux Olympiques qui rappelle l'obligation de soumettre les différends au TAS.

Afin, notamment, de tenir compte du besoin de décisions prises avec célérité, ces procédures sont soumises à un règlement particulier, le Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques. Ce règlement « *a pour but d'assurer, dans l'intérêt des athlètes et du sport, la résolution par la voie de l'arbitrage des litiges couverts par la Règle 61 de la Charte Olympique, dans la mesure où ils surviennent pendant les Jeux Olympiques ou pendant une période de dix jours précédant la Cérémonie*

d'ouverture des Jeux Olympiques » (Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques, art. 1^{er}).

De ce point de vue, la compétence de la chambre *ad hoc* ne faisait pas vraiment de doute dans la seconde affaire. Les patineurs américains contestaient une décision du CIO prise pendant les Jeux Olympiques et demandaient à recevoir leurs médailles avant la cérémonie de clôture.

La certitude n'était pas aussi grande dans le cadre de la première affaire. La patineuse russe considérait en effet que le litige n'avait pas de lien avec les Jeux Olympiques : l'échantillon avait été prélevé pendant les championnats nationaux par l'autorité nationale de lutte contre le dopage, la suspension provisoire ne visait pas expressément la période des Jeux Olympiques et n'avait pas été prononcée par l'organisme responsable des Jeux Olympiques. Le fait que la décision contestée fût rendue pendant la période des Jeux Olympiques n'était pour elle qu'une coïncidence liée aux retards pris pour analyser l'échantillon.

Elle considérait alors que la chambre arbitrale d'appel aurait dû être compétente conformément à l'article R47 du Code de l'arbitrage en matière de sport. Selon elle, la procédure spéciale applicable devant la chambre *ad hoc* n'est pas sans conséquence. Notamment, la patineuse mettait en avant la possibilité offerte aux parties par le règlement applicable à la procédure arbitrale d'appel de désigner un arbitre (Code de l'arbitrage en matière de sport, art. R53 pour la partie intimée). Le règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques dispose au contraire que la formation arbitrale est composée par le Président de la chambre *ad hoc* (Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques, art. 11). Elle aurait alors eu un large choix d'arbitres (377 arbitres figurent à ce jour dans la liste générale) alors que seuls douze arbitres composaient la chambre *ad hoc* pendant les Jeux Olympiques de Beijing. Enfin, la procédure arbitrale d'appel lui aurait offert une durée plus longue pour préparer son dossier. En effet, la chambre *ad hoc* rend en principe sa décision dans les 24 heures qui suivent le dépôt de la demande (Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques, art. 18).

Les arguments avancés par la patineuse russe n'ont pas convaincu la formation arbitrale. La sentence souligne que la décision a nécessairement un lien avec les Jeux Olympiques puisqu'elle a pour conséquence d'autoriser la participation de la patineuse à l'épreuve individuelle. En outre, elle a été rendue durant la période couverte par l'article 1^{er} du règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques, peu importe que les faits se fussent déroulés bien avant. La sentence rappelle que la procédure a été la même pour chacune des parties, aucune n'ayant pu choisir d'arbitre et chacune ayant été soumise aux mêmes délais.

Pour autant, l'argument n'était pas totalement dénué d'intérêt. Selon l'article 1^{er} du Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques, celui-ci s'applique aux litiges couverts par la Règle 61 de la Charte olympique. Celle-ci vise, d'une part, les décisions du CIO et, d'autre part, les différends survenant à l'occasion des Jeux Olympiques ou en relation avec ceux-ci.

On peut rappeler que la décision contestée a été prise par une agence nationale antidopage, elle n'entre donc pas dans le premier cas. Si elle a été rendue pendant les Jeux Olympiques, il est difficile de dire qu'elle aurait fait naître un différend « à l'occasion » desdits Jeux. En revanche, il est possible de reconnaître que le différend a bien lieu en relation avec les Jeux Olympiques, la décision ayant un impact décisif sur la participation de la patineuse russe à l'épreuve individuelle.

L'alinéa 2 de l'article 1^{er} du Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques, qui dispose : « *Dans le cas d'une demande d'arbitrage contre une décision rendue par le CIO, par un CNO, par une Fédération Internationale ou par le Comité d'organisation des Jeux Olympiques, le demandeur/la demanderesse doit, avant de déposer sa demande, avoir épuisé les voies de recours internes dont il/elle dispose en vertu des statuts ou règlements de l'organisme sportif concerné* », pouvait faire naître un doute sur la compétence de la chambre *ad hoc* dans la mesure où les agences nationales antidopage ne sont pas citées. Pour autant, une lecture littérale de l'alinéa 2 tend plutôt à admettre que des décisions d'autres organismes que ceux qui sont cités puissent être soumises à l'examen de la chambre *ad hoc*. Cette énumération commence en effet par « dans le cas », ce qui veut aussi dire qu'il y a d'autres cas. La chambre *ad hoc* peut ainsi être saisie de cette affaire.

II. Le droit applicable – Sur la question du droit applicable, il convient de rappeler au préalable, que l'article 17 du Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques dispose que « *la Formation statue en vertu de la Charte olympique, des règlements applicables, des principes généraux du droit et des règles de droit dont elle estime l'application appropriée* ». Les deux sentences apportent à ce titre un éclairage intéressant sur deux questions distinctes.

Dans la première sentence, les arbitres retiennent que les règlements applicables sont ici les règlements de RUSADA, lesquels sont conformes au Code mondial antidopage. La formation arbitrale constate que ces textes prévoient en principe un régime plus souple pour les personnes protégées, sauf en ce qui concerne la suspension provisoire, dont les règles sont les mêmes que le sportif soit une personne protégée ou non (§193). Les arbitres retiennent alors que si les personnes protégées sont susceptibles de n'être sanctionnées que d'une réprimande, sans période de suspension, elles restent soumises à une suspension provisoire obligatoire, le temps que l'affaire soit traitée (§195). Ils considèrent alors que la suspension provisoire obligatoire des personnes protégées est incompatible avec l'intention souvent exprimée par les rédacteurs du Code mondial antidopage de faire en sorte qu'il s'applique à elles avec plus d'indulgence et de souplesse, compte tenu de leur âge et de leur inexpérience, et de leur responsabilité moindre dans les violations des règles. Pour les arbitres de la formation, il s'agit d'une lacune du Code mondial antidopage.

On pourrait s'interroger sur le fait qu'il s'agisse vraiment d'une lacune. Il y a bien une réglementation de la suspension provisoire pour les athlètes relevant de la catégorie des personnes protégées. Simplement, elle ne plaît pas aux arbitres du TAS qui considèrent qu'elle ne cadre pas avec l'intention des rédacteurs du Code mondial antidopage. Dans son mémoire, le Comité olympique russe avait fait état d'un courriel de l'un des membres indépendants de l'équipe de rédaction du Code mondial antidopage, lequel avait écrit que la question spécifique de la suspension provisoire des personnes protégées n'avait pas été discutée lors de la préparation du texte.

La sentence se réfère alors à l'affaire *Puerta* où les arbitres avaient retenu que « *lorsqu'il y a une lacune ou un manque dans le Code mondial antidopage, cette lacune ou ce manque doit être comblé par la Formation [...] en appliquant le principe primordial de justice et de proportionnalité sur lequel tous les systèmes de droit, et le Code mondial antidopage lui-même, sont fondés* » (77). La formation arbitrale souligne qu'il s'agit d'un exercice d'interprétation et non de rédaction de règles, qui relève des organismes sportifs (§201).

(77) TAS, 2006/A/1025, *Puerta c/ ITF*, sentence du 12 juillet 2006, *JDI*, 2009.310, note D. Hascher.

Elle en conclut ici que dans les cas impliquant des personnes protégées, leurs suspensions provisoires devraient être évaluées comme des suspensions provisoires facultatives (§202).

Par analogie, si l'athlète avait été suspendue à titre provisoire et fait une demande de mesures provisionnelles, elle aurait eu à démontrer le risque de dommage irréparable qu'elle encourt, les chances de succès de la demande au fond et l'importance des intérêts de la partie requérante par comparaison à ceux de la partie adverse (Code de l'arbitrage en matière de sport, art. R37, al. 5). L'article 14 du Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques, rédigé dans les mêmes termes, ajoute l'importance des intérêts de la communauté olympique.

La sentence cite à l'appui de ce raisonnement de nombreuses décisions précédemment rendues (78). La position habituelle du TAS sur la question est de considérer que, compte tenu de la brièveté d'une carrière sportive, une suspension provisoire qui serait par la suite jugée injustifiée, est de nature à causer un préjudice irréparable lorsqu'elle prive le sportif de participer à une compétition majeure. C'est manifestement le cas ici pour une sportive participant aux Jeux Olympiques, ce qui constitue une expérience unique, où la chance de remporter une médaille est rare, limitée, et incertaine de se répéter (§213). C'est d'autant plus le cas lorsque la situation est due en grande partie au retard pris pour l'analyse de l'échantillon de l'athlète (§212). Les sportifs ne devraient pas être soumis au risque d'un préjudice grave occasionné par l'incapacité des autorités antidopage à fonctionner efficacement à un haut niveau de performance et de manière à protéger l'intégrité du déroulement des Jeux.

Par rapport aux intérêts de la partie adverse et à ceux des concurrents de l'athlète, les arbitres considèrent que la balance des intérêts penche en faveur de la jeune patineuse, en raison de son statut de personne protégée (§216). La formation arbitrale, constatant la lacune du texte, s'autorise à mettre de côté sur ce point le règlement normalement applicable.

La seconde sentence porte sur une question différente bien qu'elle relève également du droit applicable. Les patineurs américains avaient fondé l'essentiel de leur raisonnement sur la règle 56 de la Charte olympique et le contrat de ville hôte des XXIV^e Jeux olympiques d'hiver.

La règle 56 de la Charte olympique est certainement applicable mais, en réalité, elle n'a pas vraiment pour effet de soutenir la thèse des patineurs américains. Selon ses termes, « toute décision relative à la remise, au retrait ou à la réattribution d'une médaille de vainqueur ou d'un diplôme relève de la seule autorité du CIO ».

Conformément au droit suisse, applicable en vertu de la localisation du siège du CIO, et à la jurisprudence du TAS, les pouvoirs discrétionnaires des organes de décision des associations sportives suisses sont larges et ne peuvent être limités que dans des cas extrêmes (c'est-à-dire en cas d'illégalité, d'arbitraire ou d'abus) (§68). L'article 23 de la Constitution fédérale garantit en effet le principe de liberté d'association, duquel découle le principe d'autonomie des associations (79).

(78) V. not. TAS, 2007/A/1370, *FIFA et STJD c/ CBF & Ricarod Lucas Dodô*, sentence du 11 septembre 2008, *Rev. arb.*, 2009.605, obs. M. Maisonneuve.

(79) TAS, 2017/O/5264, 5265 & 5266, *Miami FC & Kingston Stockade FC c/ FIFA, CONCACAF & USSF*, sentence du 3 février 2020, *Rev. arb.*, 2020.897, obs. M. Peltier.

En l'espèce, la Formation constate non seulement que la décision attaquée n'était ni abusive ni arbitraire, mais également que la Commission exécutive du CIO n'a pas outrepassé son pouvoir (§ 69). La décision attaquée, qui ne prive pas les requérants d'une cérémonie ultérieure de remise des médailles, n'a été prise qu'après consultation des comités nationaux olympiques concernés et après que les requérants aient eu la possibilité de présenter leur point de vue devant le président du CIO (§70). On pourra d'ailleurs remarquer que le Comité national olympique américain ne s'est pas joint à la demande des patineurs. Le moyen fondé sur la règle 56 de la Charte olympique est ainsi rejeté.

Reste le moyen fondé sur le contrat de ville hôte des XXIV^e Jeux olympiques d'hiver. Une de ses clauses prévoit en effet que « [*l]es cérémonies de victoire, pour remettre les médailles aux athlètes, suivront la conclusion de chaque épreuve sportive sur le site de compétition et/ou, le cas échéant pour les Jeux Olympiques d'hiver, sur la place des médailles* ».

En se fondant sur le droit suisse, la formation arbitrale rappelle qu'en vertu du principe de l'effet relatif des contrats, ceux-ci n'ont d'effet qu'entre les parties (§65). Elle en déduit qu'aucun droit ne peut être octroyé aux athlètes sur le fondement d'un contrat conclu entre le CIO, la ville de Beijing et le Comité olympique chinois auquel ils ne sont pas parties. Elle ajoute que ces stipulations ne suffisent pas à limiter le pouvoir du CIO de décider des modalités de remise des médailles, tel qu'il figure à la règle 56 de la Charte Olympique. Le moyen est donc rejeté.

Finalement, il n'est pas certain que ces sentences aient eu un impact positif. Mme Valieva a pu participer à l'épreuve individuelle mais, peut-être marquée par les événements, elle accumula les chutes et quitta l'épreuve en pleurs et sans médaille. Quant à la cérémonie de remise des médailles de l'épreuve de patinage artistique par équipe, elle n'a toujours pas eu lieu. RUSADA n'a en effet pas encore rendu sa décision sur le fond quant à une éventuelle sanction de la patineuse consécutive à son contrôle positif.

MARC PELTIER

V. – LA SENTENCE ARBITRALE ET LES VOIES DE RECOURS

— **Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A_612/2020 du 18 juin 2021, Evgeny Ustyugov c/ International Biathlon Union, ATF 147 III 500 : nature des décisions de la chambre anti-dopage du TAS ; notion de sentence arbitrale ; notion de sentence incidente ; règle de l'épuisement des voies de recours internes double degré d'arbitrage.**

Le Tribunal fédéral suisse a, le 18 juin 2021, déclaré irrecevable le recours en matière civile formé devant lui par le biathlète russe Evgeny Ustyugov aux fins d'obtenir l'annulation de la sanction prise à son encontre, le 27 octobre 2020, par une formation à juge unique de la chambre anti-dopage du Tribunal arbitral du sport (CAD TAS). Cette dernière avait été saisie par l'*International Biathlon Union* (IBU) après que des anomalies, permettant de soupçonner un dopage sanguin, eurent été repérées sur le « passeport biologique » de l'athlète. Depuis octobre 2019, l'IBU a en effet décidé, comme d'autres institutions sportives

transnationales, de déléguer son pouvoir de répression disciplinaire du dopage, qui était jusque-là exercé par son *Anti-Doping Hearing Panel*, à la CAD TAS (80).

L'arrêt rendu n'est pas sans intérêt pour les palmarès sportifs. Avec cinq médailles d'or, le biathlète Martin Fourcade était déjà l'athlète français le plus titré aux Jeux olympiques. Par l'effet de la sanction prononcée, il pourrait porter son total à six. Le biathlète russe, qui avait de toute façon déjà pris sa « retraite » sportive, n'a pas seulement été suspendu pour quatre ans. Il a en plus été disqualifié de toutes les compétitions auxquelles il avait participé entre le 24 janvier 2010 et la fin de la saison 2013/2014, ce qui impliquait le retrait des prix, points et médailles gagnés, dont la médaille d'or remportée, devant le biathlète français, lors de la *mass start* des Jeux de Vancouver. En laissant subsister la sanction contestée, le Tribunal fédéral lui permet de continuer à espérer un nouveau titre, cette fois sur « tapis vert ». La transformation de l'argent en or ne sera toutefois définitive que lorsqu'il aura été statué sur la requête que le requérant avait d'ailleurs, parallèlement à son recours devant le Tribunal fédéral, déposé devant la chambre arbitrale d'appel du TAS, voire, le cas échéant, après qu'un recours dirigé contre la sentence à venir aura éventuellement été rejeté par la juridiction suisse.

L'arrêt rendu présente aussi et surtout un intérêt pour le droit de l'arbitrage qui lui vaut d'être partiellement publié au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF). Cet honneur s'explique par la volonté du Tribunal de faire jurisprudence sur la question de la recevabilité des recours en annulation susceptibles d'être formés devant lui contre des sentences internationales : en cas d'arbitrage à double degré, un recours en matière civile contre la sentence de première instance est-il subordonné à la condition d'avoir préalablement épuisé le recours arbitral offert aux parties ? Si, pour les sentences relevant du droit suisse de l'arbitrage interne, une réponse affirmative est expressément donnée par le Code de procédure civile (art. 391), il existait, dans le silence des textes, une – légère – incertitude pour celles entrant dans le champ d'application du chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Au terme d'un arrêt solidement motivé, confirmant une précédente décision qui ne l'avait été que sommairement (81), le Tribunal aligne de manière prétorienne le régime de l'arbitrage international sur celui de l'arbitrage interne : « *le recours en matière civile au Tribunal fédéral dirigé contre une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international n'est en principe recevable qu'après épuisement des*

(80) V. « *International Biathlon Union (IBU) joins CAS Anti-Doping Division* », communiqué de presse du TAS, 28 octobre 2019. Dans sa rédaction issue des modifications adoptées lors de son Congrès extraordinaire du 19 octobre 2019, les statuts de l'IBU disposent désormais que : « [a]lleged violations of the IBU Integrity Code will be prosecuted by the BIU before a Disciplinary Tribunal, as follows: 31.2.1 where the alleged violation is of the anti-doping chapter of the IBU Integrity Code, the matter will be referred to the CAS Anti-Doping Division, which will appoint one or more CAS arbitrators to sit as the Disciplinary Tribunal that will hear and determine the case in accordance with the anti-doping chapter of the IBU Integrity Code, the CAS Code of Sports-related Arbitration, and the Arbitration Rules for the CAS Anti-Doping Division » (IBU Constitution, art. 31.2, état en vigueur au 14 novembre 2020). Selon l'article 8.1 de son *Integrity Code*, « [t]he BIU has delegated its Article 8 responsibilities for first instance hearings and decisions to the CAS Anti-Doping Division. The procedural rules of the CAS Anti-Doping Division pertaining to first instance hearings shall apply. The CAS Anti-Doping Division must ensure that the Athlete or other Person is provided with a fair hearing within a reasonable time by a fair, impartial and Operationally Independent hearing panel, in compliance with the World Anti-Doping Code and the International Standard for Results Management ».

(81) Arrêt 4A_490/2017, 2 février 2018, *Tatyana Chernova c/ IAAF*, consid. 2.5.

voies de recours arbitrales à disposition de la partie qui entend le former » (ATF 147 III 500 S. 504, consid. 5.2.3).

La lecture de l'intégralité de l'arrêt, et non des seuls extraits publiés aux ATF, fait toutefois apparaître une incertitude sur un autre point : celui concernant la nature juridique des « sentences » rendues par des « arbitres » agissant sous l'égide de la chambre anti-dopage du TAS. Doivent-elles être qualifiées, comme y incite le vocabulaire utilisé par son « règlement d'arbitrage », de véritables sentences arbitrales ou bien doivent-elles, indépendamment de la volonté des parties, être assimilées à de simples décisions prises par l'organe d'une association sportive ? Le Tribunal fédéral a préféré laisser la question ouverte (consid. 3.2). Il n'était certes pas ici nécessaire de la trancher. En effet, dans les deux hypothèses, le recours formé était en tout état de cause irrecevable : soit la décision contestée était de nature arbitrale et un arbitrage de second degré devant la chambre arbitrale d'appel du TAS s'imposait au préalable en application de la convention d'arbitrage ; soit il s'agissait d'une décision de nature associative et l'existence d'une clause compromissoire en faveur de cette même chambre, agissant alors en première instance juridictionnelle, imposait tout autant de la saisir à l'exclusion de la juridiction cantonale normalement compétente et plus encore du Tribunal fédéral. Son refus de prendre position interroge toutefois au-delà du cas d'espèce. En même temps qu'il consacre le principe de l'épuisement des voies de recours arbitrales en matière internationale, levant ainsi tout doute sur ce point, l'arrêt commenté crée ainsi un doute jurisprudentiel sur un autre point.

1. Le doute créé sur la nature des « sentences » de la CAD TAS – La chambre anti-dopage est la plus récente des trois chambres permanentes du TAS (82). Opérationnelle depuis le 1^{er} janvier 2019, elle s'ajoute aux deux chambres nées de la réorganisation de l'institution en 1994 : la chambre d'arbitrage ordinaire et à la chambre arbitrale d'appel. Au regard de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral suisse, il ne fait aucun doute que les sentences tranchant des litiges relevant de l'une ou de l'autre de ces deux dernières chambres méritent bien la qualification de sentence arbitrale et ce, au moins depuis 2003, indépendamment des parties en litige (83). Pourquoi alors, dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral a-t-il réservé un sort particulier, laissant ainsi planer un doute sur leur nature juridique, aux sentences rendues dans des affaires soumises à la chambre anti-dopage ? S'il n'a pas exclu qu'elles puissent être, elles aussi, de nature arbitrale, il a malgré tout tenu une telle nature pour moins évidente.

La raison qui ressort de la motivation de l'arrêt, sous la forme de la reprise d'un moyen soulevé par le défendeur auquel le Tribunal accorde donc le bénéfice du doute, est liée, semble-t-il, à la mission originale exercée par la chambre antidopage du TAS et des formations qu'elle constitue. A la différence de celles dépendant des chambres ordinaire et d'appel, ces formations n'exercent pas une mission qui est classiquement de celles dévolues aux juridictions étatiques, mais une mission qui appartient par essence au Mouvement sportif. La chambre anti-dopage du TAS n'a pas vocation à trancher des litiges contractuels. Elle n'a pas non plus à statuer sur la légalité de décisions sportives qui seraient contestées devant elle. Elle a été instituée pour exercer par

(82) Sur laquelle v. M. Maisonneuve, « La Chambre antidopage du Tribunal arbitral du sport », in C. Chaussard et Th. Chiron (dir.), *Le dispositif de lutte contre le dopage – Evolutions et perspectives*, LexisNexis, 2019, p. 59.

(83) V. arrêt du 27 mai 2003, *L. Lazutina et D. Danilova c/ CIO, FIS et TAS*, ATF 129 III 445, *Bull. ASA*, 2003.601 ; *JDI*, 2003.1096, note A. Plantey *Rev. arb.*, 2005.181, note P.-Y. Tschanz et I. Fellrath Gazzini ; *Gaz. Pal.*, 17 oct. 2006, p. 30, note A. Rigozzi.

délégation, dans le domaine du dopage, le pouvoir disciplinaire en lieu et place des institutions sportives qui en sont les titulaires naturels à l'égard de leurs membres (84). Autrement dit, la chambre anti-dopage du TAS n'intervient pas en tant qu'autorité de recours judiciaire ; elle intervient en tant qu'autorité disciplinaire de première instance (85). Elle ne se prononce pas sur des sanctions ou des refus de sanction qui auraient été décidés par une commission de discipline. Elle connaît d'accusations de dopage et, lorsque cela est justifié, inflige elle-même une sanction disciplinaire. Partant de là, une interrogation peut légitimement naître : si la chambre anti-dopage du TAS ne se substitue pas une juridiction mais remplace un organe disciplinaire interne à une institution sportive, cette dernière ayant souhaité externaliser son pouvoir de répression du dopage, les décisions qu'elle prend ne devraient-elles pas recevoir la même qualification – non juridictionnelle (86) – que celles de l'organe à la place duquel elle agit ?

A priori, la réponse semble devoir être positive. Selon une définition communément admise, l'arbitrage peut être défini comme « l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci » (87). Or, malgré les particularités de l'arbitrage CAD TAS, aucun des éléments de cette définition ne justifie de nier sa nature véritablement arbitrale.

Le premier – l'intervention d'un véritable tiers – ne pose pas de difficulté. A la différence des commissions de discipline internes aux fédérations sportives, auxquelles elle se substitue, la chambre anti-dopage n'est pas un organe des institutions sportives qui ont recours à ses services. Elle est un organe d'un

(84) Sur la nature institutionnelle du pouvoir disciplinaire, v. J. Brèthe de La Gressaye et A. Légal, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938.

(85) Selon l'article A2 de son Règlement d'arbitrage, « [l]a CAD TAS est l'autorité de première instance pour la conduite des procédures et la notification de décisions lorsqu'une violation alléguée des règles anti-dopage lui a été soumise et pour l'imposition de toute sanction résultant d'une violation des règles anti-dopage. La CAD TAS est compétente pour statuer en qualité d'autorité de première instance en lieu et place de tout signataire du CMA qui a formellement délégué sa compétence à la CAD TAS de conduire des procédures anti-dopage et d'imposer les sanctions applicables ».

(86) V. notamment arrêt du 10 août 1971, AC Bellinzona c/ Ligue nationale de football, ATF 97 I 489 et la jurisprudence citée dans l'arrêt commenté : « [l]a décision rendue par l'organe d'une association sportive ayant qualité de partie au procès, cet organe fût-il dénommé tribunal arbitral, ne constitue en principe qu'une simple manifestation de volonté émise par l'association intéressée ; il s'agit d'un acte relevant de la gestion et non d'un acte judiciaire (ATF 119 II 271 consid. 3b; arrêts 4A_476/2020 du 5 janvier 2021 consid. 3.2 4A_222/2015 du 28 janvier 2016 consid. 3.2.3.1) ».

(87) Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1987, p. 372. Dans le même sens, v. également R. David, pour qui l'arbitrage est « une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'Etat » (*L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 9) ; H. Motulsky, définissant l'arbitrage comme « une justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle » (*Ecrits. Etudes et notes sur l'arbitrage*, t. 2, Dalloz, 1974, p. 6), et plus précisément un « jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention » (p. 5) ; ou bien encore J. Van den Berg, selon qui l'arbitrage est un « règlement du litige entre deux ou plusieurs parties par un tiers (arbitre) dont le pouvoir provient de l'accord (la convention d'arbitrage) des parties et dont la décision s'impose à elles » (*The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law International, 1981, p. 44).

institution tierce – le TAS – reconnu comme un tribunal indépendant et impartial par la Cour européenne des droits de l'homme (88).

Dans le cadre de sa procédure antidopage, le TAS offre les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité que celles qu'il offre par ailleurs, notamment en appel, et qui ont été constamment jugées suffisantes par le Tribunal fédéral pour que les sentences rendues sous son égide méritent la qualification arbitrale. Que sa chambre anti-dopage agisse par délégation d'institutions sportives n'y change rien. Une délégation n'est pas un mandat et l'institution délégante n'en tire ici aucun pouvoir d'influence spécifique. Elle peut bien sûr reprendre le pouvoir délégué dans le cas où, par exemple, elle ne serait pas, à terme, satisfaite du délégataire. Comme toute institution sportive peut, hors contentieux international du dopage (v. art. 13.2.1 du Code mondial antidopage 2021), cesser de reconnaître la juridiction de la chambre d'appel du TAS, sans pour autant que le Tribunal fédéral n'y voit une perspective susceptible de remettre en cause l'indépendance du TAS, y compris à l'égard de son principal utilisateur (89).

Le deuxième élément – le fondement conventionnel ou volontaire du recours à l'arbitrage – est certes quelque peu effacé. Il n'est pas pour autant inexistant. L'article A1 du Règlement d'arbitrage de la chambre antidopage, qui dispose qu'elle agit « *en vertu d'une délégation de pouvoirs* » des institutions qui ont choisi de lui externaliser la répression disciplinaire du dopage, rend sans doute le fondement véritablement institutionnel de l'arbitrage en matière sportive encore plus visible que d'habitude. Cela n'a toutefois rien de dirimant. L'article A2 al. 2 précise en effet que les affaires soumises à la chambre devront classiquement l'être sur le fondement d'une clause d'arbitrage du règlement antidopage de l'institution concernée, d'une clause compromissoire d'un contrat, ou bien d'un compromis d'arbitrage. Il y a là un vernis conventionnel qui suffit d'ordinaire au Tribunal fédéral pour considérer qu'il est saisi d'un recours contre une véritable sentence arbitrale, y compris lorsque le sportif n'a pas eu le choix d'accepter ou non la convention d'arbitrage censée le lier. L'arbitrage TAS d'appel, comme l'arbitrage CAD TAS, est en effet fondamentalement un arbitrage imposé par les institutions sportives à leurs membres. Il est, pour la Cour européenne des droits de l'homme, un arbitrage « *forcé* » (90). Le Tribunal fédéral suisse ne l'a jamais nié (91). Cela ne l'a toutefois nullement empêché de qualifier et de continuer à qualifier les sentences d'appel du TAS de sentences arbitrales au sens du droit suisse.

Le troisième et dernier élément – la mission juridictionnelle – emprunte une forme originale. L'exercice d'une fonction répressive de première instance est certes inhabituel pour un tribunal arbitral. Elle n'en reste pas moins une fonction juridictionnelle. Au sens matériel, réduite à sa plus simple expression, une telle fonction consiste à dire le droit pour trancher un litige (92). C'est précisément ce que fait la chambre anti-dopage du TAS. Lorsqu'une institution sportive la saisit en alléguant d'une violation de sa réglementation antidopage et que

(88) *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, 3 octobre 2018, req. n° 40575/10 et n° 67474/10, préc.

(89) Arrêt 4A_260/2017, 20 février 2018, *RFC Seraing c/ FIFA*, ATF 144 III 120, spéc. 128, *Rev. arb.*, 2018.667, note M. Maisonnewe.

(90) *Mutu et Pechstein c/ Suisse*, préc., §115.

(91) V. en particulier : arrêt 4P.172/2006, 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, ATF 133 III 235, spéc. p. 243, *Gaz. Pal.*, 13-17 juillet 2007, p. 35, obs. A. Pinna ; *Gaz. Pal.*, 28-29 mars 2008, p. 45, note P.-Y. Gunter ; *Rev. arb.*, 2008.570, note M. Maisonnewe.

(92) D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994.

l'athlète concerné s'en défend, il y a bien « une opposition de prétentions juridiques » donnant naissance à un litige (93) sur lequel elle statuera en droit (94). Il est unanimement admis que les juridictions pénales de première instance rendent des décisions de nature juridictionnelle. Il est même parfois admis, comme en France, que les organes disciplinaires des ordres professionnels, y compris agissant en premier ressort, puissent être qualifiés de juridictions administratives spécialisées (95).

Si, à s'en tenir aux principaux éléments de la définition précitée de l'arbitrage, la qualification arbitrale des décisions rendues par la chambre antidopage du TAS semble s'imposer, certains éléments réducteurs peuvent en revanche la rendre plus incertaine.

Le premier est résumé par la formule « *arbitrage sur arbitrage ne vaut* » (96). Il n'est toutefois pas évident que, malgré sa généralité, la formule ait vocation à englober les sentences de la chambre anti-dopage du TAS. Les exemples donnés par les auteurs réticents à l'égard de l'arbitrage à double degré laissent plutôt penser qu'elle vise surtout à faire pencher la balance du côté de la non-qualification arbitrale lorsque la nature d'une phase précédant un incontestable arbitrage est, elle, contestable, soit faute d'intention claire des parties (clause de règlement des différends FIDIC ; clause de règlement des différends du contrat relatif à la construction du Tunnel sous la Manche), soit faute de caractère décisoire au fond (référé pré-arbitral de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ; projet de sentence de la Chambre arbitrale internationale de Paris). Aux termes du « *règlement d'arbitrage* » de la CAS TAS, ni l'une ni l'autre ne font défaut aux procédures organisées sous son égide. La « *sentence* » de premier degré rendue par la « *formation arbitrale* » ne met peut-être pas fin au procès arbitral, en raison de la possibilité d'un recours devant la chambre d'appel du TAS, mais elle constitue bien une « *décision* », « *exécutoire dès communication écrite du dispositif* », tranchant un litige.

Dans de tels cas, le Tribunal fédéral est d'ordinaire favorable à la qualification de sentence arbitrale. Il a ainsi admis que les décisions rendues par la commission de conciliation et de résolution des conflits de la Fédération mexicaine de football puissent constituer de véritables sentences au sens de la Convention de New York et cela alors même qu'un appel contre elles était ouvert devant le TAS (97). Il n'a également à aucun moment remis en cause le caractère arbitral

(93) A. Jeamnaud, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2001 p. 15.

(94) Selon l'article A20 du Règlement d'arbitrage – CAS TAS, « [l]a *Formation statue selon les RAD applicables ou selon les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon le droit suisse* ».

(95) CE, Ass., 12 décembre 1953, *de Bayo*, Rec., p. 544, *RFDA*, 1954, p. 3, concl. Chardeau ; *AJDA*, 1954, II, p. 138, note de Soto et II bis, p. 2, chron. Gazier et Long. Si les commissions de discipline des fédérations sportives françaises se sont vues refuser la qualité de juridiction administrative spécialisée (CE, Sect., 19 décembre 1980, *Hechter*, Rec., p. 488 ; I, 1981, I, juris., p. 296, note J.-Y. Plouvin et p. 431, note G. Simon ; *D.*, 1981, inf. rap., p. 110, obs. P. Delvolvé, et p. 481, obs. F. Alaphilippe et J.-P. Karaquillo ; *Gaz. Pal.*, 1981, I, juris. p. 544, concl. B. Genevois ; *JCP*, 1982, II, 19784, note B. Pacteau), cela n'est pas lié à la nature de leur mission, mais au fait qu'elles n'ont pas été créées par la loi.

(96) Ch. Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001.27. Dans le même sens, v. également E. Loquin, « Arbitrage – Institutions d'arbitrage », *J.-Cl. Proc. civ.*, fasc. 1002, n° 42 ; du même auteur, v. aussi « L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré. Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence », *Rev. arb.*, 1990.427.

(97) Arrêt 4A_374/2014, 26 février 2015, *Club A. c/ B. et C.*, *Rev. arb.*, 2015.947, note S. Besson.

des sentences rendues, conformément à ce que prévoient les règles de l'Agence antidopage américaine (USADA), sous l'égide de l'*American Arbitration Association* (AAA), avec appel possible devant le TAS (98). En consacrant dans l'arrêt commenté la règle de l'épuisement des voies de recours arbitrales avant de pouvoir le saisir d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral confirme qu'il n'est pas, par principe, opposé à l'existence de sentences arbitrales de premier degré. Par définition, une telle règle n'a en effet de raison d'être que s'il peut exister des arbitrages à deux niveaux.

Le second élément réducteur, susceptible de s'opposer à la qualification arbitrale des sentences de la CAD TAS, repose sur l'idée que la justice arbitrale serait nécessairement une justice alternative à la justice étatique. Par exemple, selon J.-F. Poudret et S. Besson, l'arbitrage serait « *un mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers choisis directement ou indirectement par les parties et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant des effets analogues à ceux d'un jugement* » (99). De même, pour G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, il s'agirait d'une méthode privée de résolution des différends visant à les faire trancher « *in lieu of the courts* » (100). Or, la CAD TAS ne statue pas en lieu et place d'une quelconque juridiction. Elle agit en lieu et place de commissions sportives de discipline. Faute de compétence donnée à la CAD TAS par une institution fédérale ou olympique ayant choisi d'externaliser son pouvoir disciplinaire en matière de dopage, la répression ne serait pas exercée par un tribunal étatique. Elle le serait par l'organe désigné par les statuts de l'institution concernée. La CAD TAS est une alternative à la « justice » sportive ; pas à la justice étatique.

Nier pour cette raison que les « sentences » qu'elle rend soient de véritables sentences arbitrales peut sembler d'autant plus justifié que l'élément de la définition de l'arbitrage conduisant à cette conclusion n'est pas étranger à la jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, selon une jurisprudence constante, « [l]a convention d'arbitrage est un accord par lequel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'entendent pour confier à un tribunal arbitral ou à un arbitre unique, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litige(s) existant(s) (compromis arbitral) ou futur(s) (clause compromissoire) résultant d'un rapport de droit déterminé (arrêt 4A_676/2014 du 3 juin 2015 consid. 3.2.2). Il importe que la volonté des parties d'exclure la juridiction étatique normalement compétente au profit de la juridiction privée que constitue un tribunal arbitral y apparaisse (ATF 142 III 239 consid. 3.3.1) » (101).

(98) V. arrêt 4A_222/2015, 28 janvier 2016, *Johan Bruyneel c/ USADA & AMA*, consid. 3.2.3.1, *Rev. arb.*, 2016.948, note M. Peltier.

(99) J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, p. 3.

(100) G. Kaufmann-Kohler et A. Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015, § 1.16, p. 5. Dans le même sens, v. également Ch. Seraglini et J. Ortscheidt définissant l'arbitrage comme « *un mode de résolution des litiges par lequel les parties, d'un commun accord, décident de soustraire l'examen de leur litige aux juridictions étatiques et d'en confier le règlement définitif à une ou plusieurs personnes privées qu'elles choisissent et qui sont investies, pour la circonstance, de la mission de juger* » (*Droit de l'arbitrage interne et international*, Lextenso, 2019, p. 19).

(101) Arrêt 4A_174/2021, 19 juillet 2021, *A. c/ B. Inc.* ; v. également : arrêt 4A_432/2017, 22 janvier 2018, *A. c/ B.*, consid. 3.2 ; arrêt 4A_438/2013, 27 février 2014, *X. c/ A.Y. AG et B.Y. Inc.*, consid. 3.1 ; arrêt 4A_246/2011, 7 novembre 2011, *Club X. c/ Y. S.à.r.l.*, ATF 138 III 29, consid. 2.2.3 ; arrêt 4P.67/2003, 8 juillet 2003, *D. d.o.o. c/ Banque C.*, ATF 129 III 675, consid. 2.3.

Le poids de cet argument jurisprudentiel mérite toutefois d'être relativisé. Il pouvait déjà l'être avant l'arrêt commenté. Le Tribunal fédéral avait-il eu à l'esprit le cas particulier de l'arbitrage disciplinaire TAS de première instance en définissant ainsi la convention d'arbitrage ? La chambre anti-dopage permanente du TAS n'est opérationnelle que depuis le 1^{er} janvier 2019 et, si des chambres temporaires ont été mises sur pied lors de précédentes éditions des Jeux olympiques, ce ne fut qu'à partir des Jeux de Rio en 2016. N'aurait-il pas plus pris acte de ce que l'arbitrage est généralement qu'il n'a voulu totalement exclure qu'il puisse en être autrement ? Dans chacun de ces précédents, l'élément « alternatif » de la définition était indifférent à la solution du litige, et il n'était pas impossible de considérer qu'il avait plus été posé comme un indice sérieux de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, en présence d'une clause pathologique, que comme un critère nécessaire à la qualification arbitrale. C'était d'autant moins impossible que, la seule fois où le Tribunal fédéral a eu indirectement à connaître d'une sentence similaire à celles de la CAD TAS, en l'occurrence d'une sentence de premier degré rendue dans le cadre de la procédure décisionnelle instituée par l'USADA, il s'est montré favorable à la qualification arbitrale (arrêt 4A_222/2015 du 28 janvier 2016, préc.). Aux termes de l'arrêt, « *cette procédure prévoit un arbitrage de première instance conduit devant un panel de l'AAA, lorsque la sanction proposée par l'USADA n'est pas acceptée par la personne visée, et une possibilité d'interjeter appel auprès du TAS contre la sentence arbitrale rendue par le Tribunal AAA* ». L'unique différence notable avec le système d'arbitrage à double degré auquel est intégrée la chambre anti-dopage du TAS est que la première instance est extérieure au TAS dans le système américain.

L'arrêt commenté peut être regardé comme invitant à relativiser plus encore l'idée d'une consécration jurisprudentielle de la définition de l'arbitrage comme justice nécessairement alternative à la justice étatique en droit suisse. De même, il est vrai, que la force du précédent concernant l'arbitrage USADA/AAA. En refusant de prendre position sur la nature juridique des sentences rendues par la CAD TAS, le Tribunal fédéral laisse entendre que sa jurisprudence n'est pas établie sur ce point. A vrai dire, en l'absence de définition textuelle, il s'agit avant tout d'une question de choix. Tant la définition « autonome » de l'arbitrage, sans référence à la compétence des juridictions étatiques, que la définition « alternative », s'y référant, peuvent être admises.

Au moins une considération d'opportunité pourrait militer en faveur de la première définition afin de ne pas repousser hors des frontières de l'arbitrage les sentences CAD TAS. Retenir la seconde définition devrait en effet logiquement conduire à considérer comme des décisions non juridictionnelles, non seulement les sentences rendues par la chambre anti-dopage en première instance, mais également celles rendues par elle en premier et dernier ressort. En principe, les affaires soumises à cette chambre sont tranchées par un arbitre unique qui rend une sentence pouvant être contestée devant la chambre d'appel du TAS dans un délai de vingt et un jours (art. A21 al. 5 du Règlement d'arbitrage – CAD TAS). Avec l'accord des parties, il est toutefois possible de faire juger l'affaire par une formation de trois arbitres, constituée elle aussi sous l'égide de la chambre antidopage, qui statuera alors sans appel possible devant la chambre d'appel (art. A15 al. 1). Si ces sentences, rendues comme les autres en lieu et place des commissions disciplinaires qui auraient été sinon compétentes, ne devaient pas être regardées comme de véritables sentences arbitrales, le respect du droit fondamental au juge impliquerait alors d'en tirer les conséquences en admettant que, comme n'importe quelle décision associative, elles puissent en principe faire l'objet d'un recours devant la juridiction étatique compétente. Il n'est en effet

pas évident que le renoncement à un appel devant le TAS, qui est le seul recours auquel renonce formellement les parties en l'état actuel du règlement d'arbitrage de la CAD TAS, puisse valoir renoncement à tout recours en justice. Conditionner la constitution d'une formation à trois arbitres à un tel renoncement général serait-il envisageable ? Dans le cas contraire, la compétence exclusive du TAS en dernier ressort pour connaître des affaires internationales de dopage, consacrée par le Code mondial antidopage, risquerait d'en pâtir.

2. Le doute levé sur le principe de l'épuisement des voies de recours arbitrales

– La règle de l'épuisement des voies de recours est une règle bien connue du contentieux sportif (102). Dans la plupart des droits nationaux, et notamment en droit suisse (103), il est ainsi en principe obligatoire d'avoir épuisé les voies de recours internes mises en place par les institutions sportives avant de pouvoir contester l'une de leurs décisions devant une juridiction étatique. Une même obligation est posée par le Code du TAS dans le cas où sa chambre d'appel serait compétente (art. R47). Désormais, avec l'arrêt commenté, il ne fait plus aucun doute qu'une sentence arbitrale de premier degré susceptible d'appel devant le TAS ne saurait, sauf exception, faire directement l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral. Au principe traditionnel d'épuisement des voies sportives de recours internes, le tribunal ajoute en effet un principe d'épuisement des voies de recours arbitrales, applicable non seulement dans l'arbitrage sportif, mais plus généralement consacré dans l'arbitrage international.

Cette consécration n'est pas une surprise. Plusieurs arrêts, rappelés par le Tribunal fédéral, en particulier un dernier en 2018 qui concernait déjà le TAS, l'avait déjà plus ou moins clairement annoncée, et la doctrine, citée dans l'arrêt, y était très majoritairement favorable. La consécration du principe de l'obligation d'épuiser les voies de recours arbitrales avant de pouvoir former un recours en matière civile contre une sentence internationale est d'autant moins surprenante que le seul argument susceptible d'y faire obstacle, à savoir que les textes spécialement applicables n'en fassent pas mention, était à double tranchant. Selon le requérant, le fait que ni l'article 77 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), ni l'article 190 LDIP auquel il renvoie pour l'arbitrage international, n'envisagent expressément le cas des sentences de premier degré et qu'ils se contentent, d'une manière générale, de prévoir la possibilité d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre les décisions des tribunaux arbitraux, devait être interprété comme signifiant que le législateur, en s'abstenant de poser des restrictions particulières, aurait entendu permettre un tel recours civil contre toute sentence arbitrale, fût-elle susceptible de recours arbitral. Le tribunal arbitral a, au contraire, considéré que ce silence devait être interprété comme excluant, en principe, le recours direct devant lui contre les sentences de premier degré. Au-delà de la consécration même du principe de l'obligation d'épuisement des voies de recours arbitrales avant de pouvoir le saisir d'un recours contre une sentence internationale, l'intérêt de l'arrêt réside dans sa motivation.

Celle-ci tient en trois points. Premièrement, le Tribunal fédéral souligne que le principe de l'épuisement des voies de recours arbitrales participe d'une idée, irriguant sa jurisprudence, au terme de laquelle « il convient de faire en sorte que le Tribunal fédéral ne doive s'occuper qu'une seule fois d'une affaire » (consid. 5.2.2). Deuxièmement, le Tribunal fédéral rappelle que, depuis la réforme du

(102) M. Maisonneuve, in V. Egéa (dir.), *Dictionnaire des modes alternatifs de résolution des conflits*, LGDJ, Paris, à paraître, V^o Sport.

(103) Arrêt du 25 mars 1992, *Kindle c/ Fédération motocycliste suisse*, ATF 118 II 12.

droit suisse de l'arbitrage interne en 2008 (donc postérieurement à l'adoption de la LDIP en 1987 et de la LTF en 2005), le principe de l'épuisement des voies de recours arbitrales est consacré à l'article 391 du Code de procédure civile et affirme qu'« [o]n ne voit pas pourquoi il se justifierait de renoncer à une telle exigence en matière d'arbitrage international » (*id.*). Troisièmement, le Tribunal fédéral estime que l'article 75 al. 1 LTF, qui prévoit que sont recevables devant lui les recours contre les autorités cantonales de « dernière instance » peut être appliqué par analogie au cas des recours contre les sentences arbitrales dans la mesure où l'article 77 al. 2 LTF, spécialement applicable à ces recours, ne cite pas l'article 75 parmi les articles de la LTF dont il exclut l'application en matière d'arbitrage (consid. 5.2.3).

Ce dernier argument n'est pas seulement un argument supplémentaire au soutien de la consécration du principe. Il est aussi un argument permettant de de lui donner valeur législative. Aux termes de l'arrêt, l'article 75 al. 1 LTF est en effet « une règle de droit susceptible de constituer la base légale de l'exigence de l'épuisement des instances arbitrales avant la saisine du Tribunal fédéral ». Le Tribunal aurait pu se contenter de considérer que, en l'absence de dispositions textuelles expresses sur l'arbitrage international à double degré, la loi n'interdisait pas aux parties à un litige d'organiser un tel arbitrage et de renoncer à un recours devant lui contre la sentence de premier degré, au moins aux conditions de l'article 192 LDIP. Cela n'aurait pas été sans poser de difficultés en matière sportive, en raison de l'inopposabilité de telles renonciations aux athlètes, faute d'être généralement le fruit d'une volonté librement exprimée (104), et le Tribunal fédéral a opportunément choisi de dégager de la loi un principe d'épuisement des voies de recours arbitrales applicable à l'arbitrage international. Il s'agit donc d'une obligation qui s'impose aux parties et à laquelle elles ne peuvent se soustraire.

Est-ce un principe absolu ou bien connaît-il des exceptions ? Certains des considérants non publiés de l'arrêt commenté apportent quelques précisions. Par l'un d'eux, le Tribunal fédéral a ainsi fermement rejeté le moyen du requérant tendant à assimiler les sentences de premier de degré à des sentences incidentes, au sens de l'article 190 al. 3 LDIP, ce qui aurait eu pour effet d'ouvrir contre elles un recours immédiat en matière civile, non pas certes pour tout motif énuméré par l'article 190 al. 2 LDIP, mais au moins pour deux d'entre eux : la compétition irrégulière du tribunal arbitral et son incompétence. « En raisonnant de la sorte », peut-on lire dans l'arrêt, le requérant « confond la question du caractère final de la sentence (par opposition à une sentence incidente ou à une sentence partielle) avec celle du caractère définitif ou attaquable de la sentence, qui consiste à déterminer si celle-ci peut ou non faire l'objet d'un recours » (consid. 5.1.2). En l'espèce, bien que la sentence contestée ne soit pas définitive, dans la mesure où elle a fait l'objet d'un appel devant le TAS, elle n'en était pas moins une sentence finale, c'est-à-dire, ainsi que le rappelle l'arrêt, une sentence « qui met un terme à l'instance arbitrale pour un motif de fond ou de procédure » (*id.*). Autrement dit, le procès arbitral n'est peut-être pas encore terminé, mais l'instance arbitrale de premier degré l'est bel et bien.

Pourrait-il en aller autrement dans le cas où, le tribunal arbitral de première instance, avant de rendre sa sentence finale, aurait, par une sentence distincte, statué sur sa propre compétence par exemple (ce que permet l'article A.14 al. 5 du Règlement d'arbitrage CAD TAS) ? Cela paraît peu probable. On ne voit en effet pas tellement pourquoi le principe de l'obligation d'épuiser les voies

(104) Arrêt du 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, préc.

arbitrales de recours posé par le Tribunal fédéral s'appliquerait aux sentences finales et non aux sentences incidentes. Certes, aucun recours arbitral ne semble être possible contre une telle sentence incidente, dans la mesure où seules les sentences finales rendues par la chambre anti-dopage du TAS peuvent faire l'objet d'un recours devant la chambre d'appel du TAS. Mais, puisque la formation éventuellement constituée sous son égide aura nécessairement à se prononcer sur sa compétence pour connaître de l'affaire, et plus généralement sur celle du TAS, l'idée « *de faire en sorte que le Tribunal fédéral ne doive s'occuper qu'une seule fois d'une affaire* », à laquelle se rattache selon l'arrêt, l'obligation d'épuiser les voies arbitrales avant de le saisir, peut justifier de ne pas faire d'exception pour les sentences incidentes de première instance.

Tout au plus pourrait-il peut-être en aller différemment dans le cas où, un arbitre unique de la chambre anti-dopage du TAS, à qui aurait été confié une affaire relevant de cette dernière, se prononcerait négativement, par une sentence incidente, sur la question de savoir si cette affaire n'aurait pas dû être soumise à une formation collégiale (par exemple après qu'une partie est revenue sur son accord). Ici, c'est en effet le principe même d'un arbitrage à double degré qui est en cause. En effet, une formation collégiale de la chambre anti-dopage du TAS, à la différence d'un arbitre unique, statue par une sentence non susceptible de recours arbitral. Dans ces conditions, ne pas permettre de recourir immédiatement au Tribunal fédéral contre une sentence de ce type obligerait la partie concernée à attendre la sentence finale de premier degré, pour la contester devant la chambre arbitrale d'appel, et donc, de fait, reviendrait à lui imposer de participer à un arbitrage à double degré qu'elle conteste, avec la durée et les frais supplémentaires que cela implique.

Au-delà de ces cas particuliers, sur lesquels le Tribunal fédéral n'avait pas à se prononcer, pourrait-on admettre, globalement, qu'il soit possible de le saisir directement d'un recours en matière civile contre une sentence de premier degré lorsque l'épuisement préalable des voies de recours arbitrales serait, comme le prétendait le requérant, une « *formalité dénuée de sens* » (consid. 5.3.1) ? Le Tribunal n'a pas totalement exclu que, par analogie avec sa jurisprudence sur l'épuisement des voies de recours cantonales, il puisse être éventuellement possible de sauter une étape lorsque le passage devant le tribunal arbitral d'appel constituerait « *une formalité vide et inutile (ATF 143 III 290 consid. 1.2)* » (*id.*). En revanche, il a clairement rejeté l'idée que ce puisse être le cas d'un recours devant la chambre d'appel du TAS contre une sentence de sa chambre antidopage au seul motif que, en raison des liens organiques les unissant, la seconde n'offrirait pas des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité (consid. 5.3.2). A supposer même que ce soit bien une raison suffisante pour déroger au principe de l'épuisement des voies de recours arbitrales avant de pouvoir valablement former un recours en matière civile contre une sentence internationale devant le Tribunal fédéral, pourrait-il exister des circonstances dans lesquelles un tel appel au TAS pourrait être regardé comme vain ? Cela paraît assez improbable. Comme il paraît désormais peu probable que le Tribunal fédéral soit à nouveau saisi d'un recours en matière civile contre une sentence rendue par un arbitre unique de la chambre antidopage du TAS.

MATHIEU MAISONNEUVE

— **Cour européenne des droits de l'homme, 22 novembre 2021, *Ali Riza c/ Suisse*, n° 74989/11 : art. 6§1 CEDH ; accès à un tribunal ; applicabilité de l'art 6 § 1 CEDH aux droits de nature patrimoniale résultant d'une relation contractuelle**

entre personnes privées ; décisions ni arbitraires ni manifestement déraisonnables ; lien extrêmement tenu entre le litige et la Suisse ; spécificité de la procédure devant le TAS et le Tribunal fédéral ; proportionnalité.

L'arrêt commenté de la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) marque la dernière étape de la saga judiciaire entamée par Ali Riza (le Joueur) pour faire reconnaître son droit à un tribunal indépendant et impartial afin de faire trancher ses prétentions contractuelles contre son ancien club turc, Trabzonspor Kulübü Derneği (le Club). Il présente un intérêt moins marqué que le précédent arrêt rendu par la Cour dans le contexte de la même affaire et dont il sera question ci-dessous (105).

L'affaire trouve son origine dans un litige de droit du travail entre le Joueur et le Club portant notamment sur le caractère prétendument injustifié de la résiliation du contrat par le Joueur. Les parties n'étant pas de nationalité différente, la FIFA a refusé de se saisir du litige et le Club a fait valoir ses prétentions devant les organes compétents de la Fédération de Football Turque (FFT). En seconde instance, le « Comité d'arbitrage » de la FFT a jugé dans une « sentence » du 16 avril 2019 que le contrat avait été résilié abusivement par le Joueur et le condamna à payer des dommages-intérêts au Club.

Selon le droit turc et les réglementations sportives en vigueur à l'époque, la décision du Comité d'arbitrage était définitive et ne pouvait pas faire l'objet d'un recours devant les tribunaux ordinaires. Le Joueur a dénoncé cette situation en introduisant une requête devant la Cour contre la Turquie sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention). Il a en particulier fait valoir que le Comité d'arbitrage ne satisfaisait pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité requises par cette disposition.

Joignant cette requête à celles d'autres joueurs turcs dans une situation comparable, la Cour a rendu le 28 janvier 2020 un important arrêt (106). Elle a constaté que l'arbitrage devant les organes de la FFT était « forcé » et que, de ce fait, les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention étaient applicables (§180-181). Examinant ensuite le fond, elle a estimé que l'article 6§1 de la Convention avait été violé car le Comité d'arbitrage de la FFT ne satisfaisait pas aux conditions d'indépendance et d'impartialité requises par la Convention et la jurisprudence de la Cour. Analysant la structure et l'organisation de la FFT, la Cour a notamment considéré que le Conseil d'administration exerçait une influence directe sur le fonctionnement et l'organisation du Comité d'arbitrage (§222). De l'avis de la Cour, ce manque d'indépendance s'illustrait par le fait que les listes d'arbitre exerçant au sein du Comité d'arbitrage étaient soumises au Conseil d'administration pour approbation préalable (§221). Elle releva également que les règles régissant la composition, les principes et la procédure de fonctionnement du Comité d'arbitrage étaient déterminées par le Conseil d'administration. Il en allait de même de la rémunération des arbitres (§221). Au vu de ces éléments, le Comité d'arbitrage ne disposait pas de l'indépendance structurelle permettant de satisfaire aux exigences de l'article 6§1 de la Convention.

(105) Cour EDH, 28 janvier 2020, *Ali Riza et autres c/ Turquie*, n° 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 et 5506/16.

(106) Cour EDH, 28 janvier 2020, *Ali Riza et autres c/ Turquie*, préc.

L'arrêt *Rıza contre Turquie* a donné lieu à d'abondants commentaires (107). Il apporte sa pièce à l'édifice de la construction de la notion de « véritable » tribunal arbitral satisfaisant aux garanties d'indépendance et d'impartialité de l'article 6§1 de la Convention par opposition à une décision associative rendue par un organe interne (108).

Cette victoire de principe du Joueur avait pour conséquence que la Turquie devait prendre des mesures pour assurer à l'avenir l'indépendance structurelle du Comité d'arbitrage (§242).

En parallèle à la procédure devant la Cour, le Joueur avait fait appel de la « sentence » du Comité d'arbitrage devant le Tribunal arbitral du sport (le TAS). Sans grande surprise, le TAS s'est toutefois déclaré incompétent au motif que la clause arbitrale prévue dans la réglementation de la FFT ne couvrait pas le litige en cause faute de présenter une « dimension internationale » (laquelle était requise pour que le litige relève de la compétence du TAS). Le 10 juin 2010, le TAS rendit sa sentence d'incompétence après avoir reçu les explications et arguments des parties par écrit mais sans tenir audience.

Le Joueur a recouru au Tribunal fédéral contre cette sentence en faisant valoir que le TAS s'était déclaré à tort incompétent et qu'il avait par ailleurs violé son droit d'être entendu. Par arrêt du 19 avril 2011, le Tribunal fédéral suisse a rejeté le recours du Joueur (109). Cet arrêt ne présente guère d'intérêt et rappelle plusieurs notions connues du droit suisse de l'arbitrage international. Mentionnons uniquement que le Tribunal fédéral confirme que les dispositions constitutionnelles ou même de la Convention ne sont pas susceptibles de fonder un recours contre une sentence en matière internationale dès lors que les griefs sont exhaustivement énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP (arrêt 4A_404/2010 du 19 avril 2011, consid. 3.5.5). Selon une formule souvent utilisée et, à vrai dire assez floue, les garanties constitutionnelles ou de la CEDH ne peuvent être invoquées que pour « concrétiser » les griefs exhaustivement listés à l'art. 190 al. 2 LDIP. (110)

Non content de cette décision du Tribunal fédéral, le Joueur a introduit une seconde procédure devant la Cour, cette fois-ci contre la Suisse. Comme tout baroud d'honneur, la démarche était vouée à l'échec. L'arrêt de la Cour constate que, contrairement à la première procédure dirigée contre la Turquie, cette seconde tentative mettait en cause un litige « qui ne présentait qu'un lien

(107) V. P. Frumer, « Carton rouge pour l'arbitrage de la Fédération turque de football », *RTDH*, n° 124, 1^{er} octobre 2020, pp. 993-1010 ; J. L. C. ernic, « The Future of the Rule of Law in Sports Law: Ali Rıza and Others v. Turkey », *Strasbourg Observers*, 18 mars 2020 ; D. Mavromati, « Ali Rıza et al. v. Turkey – European Court of Human Rights Judgment of 28 January 20 », *Sportlegis*, 31 janvier 2020 ; G. Palermo et C. Cañete, « ECTHR and Arbitration: A New Framework Emerges for the Organisation of Dispute Resolution in sports », *Kluwer Arbitration Blog*, 18 avril 2020.

(108) V. sur cette question, ATF 144 II 120, consid. 3.4.1 ; ATF 133 III 235, consid. 4.3.2.3 ATF 129 III 445, consid. 3.3. ; Cour EDH, 28 janvier 2020, *Ali Rıza et autres c/ Turquie*, §201-204 ; Cour EDH, 2 octobre 2018, *Mutu and Pechstein c/ Suisse*, préc., §148.

(109) Arrêt 4A_404/2010, 19 avril 2011, *A. c/ Trabzonspor Kulübü Derneği & Turkish Football Federation (TFF)*.

(110) La question peut se poser notamment au sujet du droit à une audience publique garanti à certaines conditions par l'art. 6§1 Conv. EDH. V. à ce sujet : arrêt 4A_486/2019, 17 août 2019, consid. 4 ; v. aussi A. Rigozzi, « Sports Arbitration and the European Convention on Human Rights – Pechstein and beyond », in C. Müller, S. Besson et A. Rigozzi (éd.) *New developments in International Commercial Arbitration 2020*, Stämpfli editions, 2020, p. 127.

extrêmement tenu avec l'Etat défendeur [la Suisse] » (§81). La Cour met en doute qu'il existât en l'espèce un « droit d'accès au juge » vis-à-vis de la Suisse et relève de façon logique que « les manquements de la Turquie constatés par la Cour [dans son premier arrêt] n'engageaient pas automatiquement la responsabilité de la Suisse » (§82). Quoi qu'il en soit, un tel droit d'accès n'aurait pas été violé car la décision d'incompétence du TAS, confirmée par le Tribunal fédéral, n'était « ni arbitraire ni manifestement déraisonnable » au sens de la jurisprudence de la Cour et au vu de son contrôle restreint (§96). Sur ces points, l'arrêt n'apporte pas d'enseignements nouveaux par rapport à la jurisprudence bien établie de la Cour.

Le Joueur faisait encore valoir une violation du droit à une audience publique, ce que la Cour écarte car l'objet du recours au Tribunal fédéral portait uniquement sur la compétence et la recevabilité du recours au TAS, soit une question « *juridique hautement technique* » n'imposant pas une audience (§119).

SÉBASTIEN BESSON

