

Actualités du droit du sport: Jurisprudence nationale et internationale



ASSOCIATION SUISSE DE DROIT DU SPORT

8^{èmes} Journées du Droit du Sport

Mercredi, 7 novembre – Jeudi 8 novembre 2018

Prof. Antonio Rigozzi, avocat, Genève

What's hot in sport law?

■ European Court of Human Rights (ECtHR)

- Nos 40575/10 & 67474/10, 2 October 2018 *Mutu & Pechstein v. Switzerland*
- Nos. 48151/11 & 77769/13, 18 January 2018 *FNASS et autres v. France (Longo)*

■ Belgian Courts

- Cour d'appel de Bruxelles, 29 August 2018 *Doyen et al. v. URBSFA et al*
- Tribunal de commerce du Hainaut, 19 January 2017 *Diarra v. FIFA et al.*

■ Tribunal fédéral suisse

- *Seraing (Doyen) v. FIFA*

ECtHR *Mutu & Pechstein c. Suisse*

- Applications filed in 2010
- Questions posed to the Swiss Government in 2013
- Consolidated in 2016
 - *Mutu*
 - CAS 2005/A/876, CAS 2008/A/1644
 - TF 4A_458/2009
 - *Pechstein*
 - CAS 2009/A/1912, CAS 2009/A/1913
 - TF 4A_612/2009
 - German proceedings (LG and OLG Munich as well as BGH)
 - Mentioned but not discussed (competition law)

ECtHR *Pechstein* – relevant facts

- **CAS: 2-year ban for doping**
 - Request for public hearing rejected by Panel
- **TF: rejected action to set aside**
 - Art. 190(2)(a) PILA & Art. 6(1) ECHR
 - **Structural independence of CAS**
 - Estopped because she did not protest in the arbitration
 - In any event (“*par ailleurs*”) CAS is sufficiently independent to qualify as an “arbitral tribunal” (reference to ATF 129 III 445 *Lazutina*)
 - **Personal independence of President of the Panel**
 - “hard liner” is not specific enough to warrant a challenge
 - **Public hearing**
 - Art. 6(1) ECHR does not apply to voluntary arbitration; nevertheless, would be desirable (“*wünschenswert*”)

ECtHR *Pechstein* – Alleged breaches

ARTICLE 6

Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

1. CAS lack of “independence and impartiality”
2. CAS refused “public hearing”
3. TF does not review the facts established by CAS [not discussed!?]

LKK

LÉVY KAUFMANN-KOHLER

ECtHR *Pechstein* – Issues

- Does Article 6(1) ECHR apply?
- Did the athlete waive the guarantees of Article 6(1) ECHR?
 - Voluntary v. mandatory arbitration
- Does CAS comply with Article 6(1) ECHR?
 - Is CAS sufficiently independent and impartial
 - Does CAS need to offer a public hearing
- Consequences?

Does Article 6(1) ECHR apply?

■ Does Article 6(1) ECHR apply *ratione materiae*?

- Switzerland: does not directly apply to arbitration
- Applicants: applicable because CAS arbitration is mandatory
- ECtHR: Article 6(1) ECHR applies to arbitration irrespective of whether it is voluntary or mandatory

↔ “*determination of civil rights*”

58. En ce qui concerne la requête n° 67474/10, la Cour observe que c’est la sentence du 25 novembre 2009, confirmant la suspension de la requérante pour deux ans, qui est en cause. Ici aussi, s’agissant d’une **procédure disciplinaire** menée devant des organes corporatifs et **dans le cadre de laquelle le droit de pratiquer une profession se trouve en jeu**, le caractère « civil » des droits en question ne fait pas de doute (voir, *mutatis mutandis*, *ibidem*, § 48).

Does Article 6(1) ECHR apply?

- Does the ECtHR have ratione personae jurisdiction?
 - ICAS is private entity, however:

64. Par ailleurs, elle rappelle que si les autorités d'un État contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit État peut se trouver engagée au [...]

66. Cela étant, la Cour note que, dans des circonstances limitativement énumérées, notamment en ce qui concerne la régularité de la composition de la formation arbitrale, la loi suisse prévoit la compétence du Tribunal fédéral pour connaître de la validité des sentences du TAS (articles 190 et 191 de la LDIP). En outre, dans les présentes causes, cette haute juridiction a rejeté les recours des requérants donnant, de ce fait, force de chose jugée aux sentences arbitrales en question dans l'ordre juridique suisse.

Did the athlete waive the right to “independence and impartiality”?

95. En outre, il convient de distinguer entre arbitrage volontaire et arbitrage forcé. S’agissant d’un **arbitrage forcé**, en ce sens que l’arbitrage est imposé par la loi, les parties n’ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d’un tribunal arbitral. Celui-ci **doit offrir les garanties prévues par l’article 6 § 1 de la Convention** (*Suda*, précité, § 49).

96. En revanche, lorsqu’il s’agit d’un **arbitrage volontaire consenti librement**, il ne se pose guère de problème sur le terrain de l’article 6. En effet, les parties à un litige sont libres de soustraire aux juridictions ordinaires certains différends pouvant naître de l’exécution d’un contrat. En souscrivant une clause d’arbitrage, les parties renoncent volontairement à certains droits garantis par la Convention. Une telle renonciation ne se heurte pas à la Convention **pour autant qu’elle est libre, licite et sans équivoque** (*Eiffage S.A. et autres*, décision précitée, *Suda*, précité, § 48,

Is CAS arbitration “*volontaire*”?

- Not imposed by the State but by (monopolistic) governing body

113. En l’occurrence, la Cour considère que le choix qui s’offrait à la requérante n’était pas de participer à une compétition plutôt qu’à une autre, en fonction de son acceptation ou sa non-acceptation d’une clause d’arbitrage. En effet, contrairement au choix offert aux requérants des affaires *Tabbane*, *Eiffage S.A. et autres*, et *Transportes Fluviais do Sado S.A.* (décisions précitées) – qui avaient eu la possibilité de conclure un contrat avec un partenaire commercial plutôt qu’avec un autre –, le seul choix offert à la requérante était soit d’accepter la clause d’arbitrage et de pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit de ne pas l’accepter et de devoir renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau.

114. Eu égard à la restriction que la non-acceptation de la clause d’arbitrage aurait apportée à la vie professionnelle de la requérante, l’on ne peut pas affirmer que cette dernière a accepté cette clause de manière libre et non équivoque.

What are the consequences of the “*forcée*” nature of CAS arbitration?

→ “Full” application of Article 6(1) ECHR

114. Eu égard à la restriction que la non-acceptation de la clause d'arbitrage aurait apportée à la vie professionnelle de la requérante, l'on ne peut pas affirmer que cette dernière a accepté cette clause de manière libre et non équivoque.

115. La Cour en conclut que, bien qu'elle n'ait pas été imposée par la loi mais par la réglementation de l'ISU, l'acceptation de la juridiction du TAS par la requérante doit s'analyser comme un arbitrage « forcé » au sens de sa jurisprudence (voir, *a contrario*, *Tabbane*, décision précitée, § 29). Cet arbitrage devait par conséquent offrir les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 95 ci-dessus).

Is CAS an “independent and impartial tribunal established by the law”?

[...] 138. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 6 § 1, un « tribunal » doit toujours être « établi par la loi ». Cette expression reflète le principe de l'Etat de droit, inhérent à tout le système de la Convention et de ses

139. Par ailleurs, la Cour rappelle qu'une autorité qui ne figure pas parmi les juridictions d'un État peut, aux fins de l'article 6 § 1, s'analyser néanmoins en un « tribunal » au sens matériel du terme (*Sramek c. Autriche*, n° 8790/79, § 36, 22 octobre 1984). Un « tribunal » se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit, avec plénitude de juridiction et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (*ibidem*, et *Chypre c. Turquie* [GC],

[...] 149. Elle relève, à cet égard, que, même si le TAS était l'émanation d'une fondation de droit privé (voir, cependant, *Suda*, précité, § 53), il bénéficiait de la plénitude de juridiction pour connaître, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question de fait et de droit qui était soumise dans le cadre des litiges dont il était saisi

[...] Au moment de statuer sur les causes respectives des requérants, par le jeu combiné de la LDIP et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le TAS avait donc les apparences d'un « tribunal établi par la loi » au sens de l'article 6

Is CAS “independent and impartial”?

■ Notion of independence

140. Pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant » aux fins de l'article 6 § 1, il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (*Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, § 73, *Recueil* 1997-I, et *Brudnicka et autres c. Pologne*, n° 54723/00, § 38, CEDH 2005-II).

Is CAS “independent and impartial”?

■ Notion of impartiality

141. L'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, c'est-à-dire du point de savoir si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel en telle occasion, et aussi selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (voir, entre autres, *Fey c. Autriche*, 24 février 1993,

[...]

143. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance ou, comme le dit un adage anglais, « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables

Is CAS “independent and impartial”?

■ Reasoning of the ECtHR

- No distinction between independence and impartiality
- Financing by the sports governing bodies (SGBs) alone is not decisive
- Real issue: alleged imbalance between athletes and SGBs
 - Problematic aspects (correctly) identified
 - However, the ECtHR requires evidence that the such problematic aspects result in an actual bias by at least the majority of the arbitrators on the CAS list
- The ECtHR ignores its own point that “appearances also matter”

Is CAS “independent and impartial”?

- **Financing by the SGBs alone is not decisive**

151. En ce qui concerne le financement du TAS par les instances sportives, comme le Gouvernement (paragraphe 130 ci-dessus), la Cour relève que les juridictions étatiques sont toujours financées par le budget de l'État et considère qu'on ne peut pas déduire de cette circonstance un manque d'indépendance et d'impartialité de ces juridictions dans les litiges opposant des justiciables à l'État. Par analogie, on ne saurait déduire un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS en raison exclusivement de son mode de financement.

Is CAS “independent and impartial”?

■ Alleged imbalance between athletes and SGBs

- 154. En outre, la Cour relève que même la nomination du cinquième d'arbitres indépendants à l'égard des instances sportives se faisait à la discrétion du CIAS. Or le CIAS était lui-même composé en totalité par des personnalités issues de ces instances (paragraphe 32 ci-dessus), ce qui révèle l'existence d'un **certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes** lors d'éventuels litiges portés devant le TAS, notamment d'ordre disciplinaire.
- 155. De surcroît, d'une part, les arbitres étaient nommés pour un mandat de quatre ans renouvelable, sans limitation du nombre de mandats, et d'autre part, **le CIAS avait le pouvoir de révoquer, par une décision « sommairement motivée »** sur la base de l'article R35 du code de l'arbitrage, tout arbitre refusant ou étant empêché d'exercer ses fonctions, ou bien ne remplissant pas ses fonctions conformément aux dispositions du même code (voir, *a contrario* et *mutatis mutandis*, *Di Giovanni*, précité,

Is CAS “independent and impartial”?

■ Analysis? One single paragraph [sic!]

157. Cela étant, la Cour note que la liste des arbitres établie par le CIAS comportait, à l’époque des faits, quelques 300 arbitres (paragraphe 37 ci-dessus). Or la requérante n’a pas présenté d’éléments factuels permettant de douter en général de l’indépendance et de l’impartialité de ces arbitres.

[...]

Si la Cour est prête à reconnaître que les organisations susceptibles de s’opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS exerçaient une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres en vigueur à l’époque des faits, elle ne peut pas conclure que, du seul fait de cette influence, la liste des arbitres était composée, ne serait-ce qu’en majorité, d’arbitres ne pouvant pas passer pour indépendants et impartiaux, à titre individuel, objectivement ou subjectivement, vis-à-vis de ces organisations.

Is CAS “independent and impartial”?

- **Two judges, including the Swiss judge, dissenting:**
 - **The majority correctly found that there is a certain link between the ICAS (appointing body) and the SGBs**
 - The influence is “considerable”, in particular in light of the way in which the President of the Panel is appointed
 - **The majority erred in (not) applying the standards of “objective impartiality” and “independence”**
 - Under the ECtHR’s case law there is no need to prove that the influence results in an actual bias

Is CAS “independent and impartial”?

■ Main reasons for the dissent

les athlètes. En d’autres termes, ce système de sélection « révèle l’existence d’un certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s’opposer aux athlètes lors d’éventuels litiges portés devant le TAS, notamment d’ordre disciplinaire » (voir paragraphe 154 de l’arrêt et, *mutatis mutandis*, *Gautrin et autres c. France*, 20 mai 1998, n^{os} 21257/93 et 3 autres, § 59, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III). Un lien que, pour utiliser le terme exact de l’arrêt *Gautrin* précité, nous considérons comme « troublant ».

aurait dû procéder à une analyse plus approfondie quant à la crainte légitime des athlètes de se soumettre à la juridiction d’un organisme dépourvu de l’apparence d’indépendance. En effet, comme elle a déjà pu le juger dans précède, les appréhensions de la requérante semblent « objectivement justifiables ». Dès lors, la requérante n’aurait pas dû être tenue de prouver la partialité et le manque d’indépendance des arbitres ayant statué sur son cas.

Is CAS “independent and impartial”?

■ The role of the CAS Secretary General

- Athlete’s argument based on repeated delays in rendering the award

158. Pour ce qui est du pouvoir du secrétaire général du TAS d’apporter des modifications de forme à la sentence arbitrale et d’attirer l’attention de la formation arbitrale, après les délibérations, sur des questions de principe, qui, selon la requérante, constituerait une illustration de plus du manque d’indépendance et d’impartialité du TAS vis-à-vis des instances sportives, la Cour note que la requérante n’a pas apporté la preuve que la sentence du 25 novembre 2009 ait été modifiée par l’intervention du secrétaire général du TAS, *a fortiori* dans un sens qui lui aurait été défavorable.

Is a “public hearing” required?

- **Can be excluded only in limited circumstances:**
 - **Morality (minors), public order, national security**
 - **Purely factual issues and expedited proceedings**

182. La Cour considère que les questions débattues dans le cadre de la procédure litigieuse – qui étaient relatives au point de savoir si c’était à juste titre que la requérante avait été sanctionnée pour dopage, et pour la résolution desquelles le TAS a été amené à entendre de nombreux experts – nécessitaient la tenue d’une audience sous le contrôle du public. En effet, la Cour observe qu’il y avait une controverse sur les faits et que la sanction infligée à la requérante avait un caractère infamant, étant susceptible de porter préjudice à son honorabilité professionnelle et à son crédit

Pechstein – in a nutshell

- **Non-voluntary nature of CAS arbitration**
 - No waiver of Art. 6(1) ECHR through arbitration agreement [specific waivers still possible]
 - Requirement of structural independence is not waivable
- **CAS is sufficiently independent and impartial**
 - No evidence that the imbalance in the appointment of the arbitrator results in actual bias
- **CAS has to offer a public hearing**
 - In disciplinary matters, arguably in all appeals proceedings
 - If so requested by the athlete – if not, deemed to be waived

Pechstein – my take (i)

- **Full applicability of Article 6(1) CEDH**
- **Majority decision on independence and impartiality is disappointing:**
 - More than 60 pages of description of CAS and ECtHR's case law and one single paragraph of analysis
 - Misses the main point – appointment of the President of the Panel
- **The minority is right in focusing on the appearance of independence and impartiality**
 - At para 140 and 143 the majority itself insist on the fact that appearance is crucial in meeting the paramount requirement in a democratic society, that the courts must be organized in a way that ensures the trust of the individuals ("*confiance des justiciables*")

Pechstein – my take (ii)

- The ECtHR undermines the main basis on which the German BGH ruled against Ms Pechstein

Der Senat verkennt dabei nicht, dass gegebenenfalls gleichwohl das Interesse der "Verbandsseite" an einer effektiven Regeldurchsetzung und deren öffentlicher Erkennbarkeit in Konflikt mit dem Interesse des betroffenen Athleten an hohen Beweisanforderungen treten kann. Im Hinblick auf das von allen Verbänden und Athleten - bei im Einzelfall jedoch höchst unterschiedlichen Einzelinteressen - verfolgte Hauptziel eines dopingfreien Sports rechtfertigt auch dies jedoch nicht die Annahme homogener "Lager", bestehend aus "den Verbänden" und "den Athleten", die es zuließe, einem einzelnen Sportverband wie

154. En outre, la Cour relève que même la nomination du cinquième d'arbitres indépendants à l'égard des instances sportives se faisait à la discrétion du CIAS. Or le CIAS était lui-même composé en totalité par des personnalités issues de ces instances (paragraphe 32 ci-dessus), ce qui révèle l'existence d'un certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS, notamment d'ordre disciplinaire.

Pechstein – my take (iii)

- **Neither the majority nor the minority consider the (Athlete's) argument that Swiss legislation does not allow a court to review the facts established by CAS**
- **The Athlete did not rely on the fact that the TF does not any control the way in which the law is applied**
- **The only control is exercised through a combination of**
 - public hearing (now mandatory) and
 - publication of the decision (which is arguably also required by Art. 6(1))
- **Additional reason to take into account the appearance in the analysis if the independence and impartiality**

Pechstein – my take (iv)

- **The ECtHR is right is emphasizing that**

98. En ce qui concerne le cas spécifique de l'arbitrage sportif, elle considère qu'il y a **un intérêt certain à ce que les différends qui naissent dans le cadre du sport professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, puissent être soumis à une juridiction spécialisée qui soit à même de statuer de manière rapide et économique.** En effet, les manifestations sportives internationales de haut niveau sont organisées dans différents pays par des organisations ayant leur siège dans des États différents, et elles sont souvent ouvertes à des athlètes du monde entier. Le recours à un tribunal arbitral international unique et spécialisé facilite une certaine uniformité procédurale et renforce la sécurité juridique. Cela est d'autant plus vrai lorsque les sentences de ce tribunal peuvent faire l'objet de recours devant la juridiction suprême d'un seul pays, en l'occurrence le Tribunal fédéral suisse, qui statue par voie définitive.

- **But this does not mean that CAS should not do its best to “earn the athletes’ trust”**

LKK

LÉVY KAUFMANN-KOHLER

Pechstein – what changes for CAS?

■ For the arbitrators

- Will have to offer public hearing
 - Most likely livestream [*Tyler Hamilton*]
- Should keep in mind that Article 6(1) is fully applicable
 - https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_FRA.pdf

278. La Cour rappelle toujours qu'il ne lui appartient pas généralement de connaître des erreurs de fait et de droit prétendument commises par une juridiction nationale, **sauf appréciation indéniablement inexacte, ayant porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention**

■ For the institution

- Tackle the “perception issue”, starting with the rules on the appointment of the President of the Panel

ECtHR *FNASS [& Longo] c. France*

- Rules on “whereabouts” do breach Article 8 ECHR?
- Is the breach justified?
 - ✓ provided by the law (L. 232-5 et L. 232-15 Code du sport)
 - ✓ legitimate aim (health and protection of “clean” athletes)
 - ✓ necessity in democratic society ⇔ “*besoin social impérieux*”
 - the ECtHR accepts that few positives... but focuses on the deterrent (para 188)

Réduire ou supprimer les obligations dont ils se plaignent serait de nature à accroître les dangers du dopage pour leur santé et celle de toute la communauté sportive, et irait à l'encontre de la communauté de vue européenne et internationale sur la nécessité d'opérer des contrôles inopinés. La Cour juge donc que l'État défendeur a ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, et qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Cour d'appel de Bruxelles - *Doyen*

■ Complex procedural setting

- Action to declare the prohibition of TPO illegal (EU law)
- Tribunal de commerce declined jurisdiction
- Appeal in the Cour d'appel
 - Assert jurisdiction (CAS arbitration breaches Art. 6(1) ECHR and EU law)
 - Declaratory relief
 - Prohibition to apply Art. 18ter RSTP
 - Request for ECJ preliminary ruling (including on validity of CAS arbitration agreement)
- Interim decision of 11 January 2018
 - The Court, on a *sua sponte* basis, invites the parties to make submissions on whether the arbitration agreement concerns a “*rapport de droit déterminé*” within the meaning of Art. 1681 of the Belgian Code Judiciaire.

Cour d'appel de Bruxelles - *Doyen*

66

Tribunal Arbitral du Sport (TAS)

1. La FIFA reconnaît le recours au Tribunal Arbitral du Sport (TAS), tribunal arbitral indépendant dont le siège est à Lausanne (Suisse), en cas de litige entre la FIFA, les membres, les confédérations, les ligues, les clubs, les joueurs, les officiels, les agents organisateurs de matches licenciés et les intermédiaires.
2. La procédure arbitrale est régie par les dispositions du Code de l'arbitrage en matière de sport du TAS. Le TAS applique en premier lieu les divers règlements de la FIFA ainsi que le droit suisse à titre supplétif.

68

Engagement

1. Les confédérations, les membres et les ligues s'engagent à reconnaître le TAS comme instance juridictionnelle indépendante. Ils s'engagent à prendre toutes les dispositions nécessaires pour que leurs membres ainsi que leurs joueurs et officiels se soumettent à l'arbitrage du TAS. [...]
2. Tout recours devant un tribunal ordinaire est interdit, sauf s'il est spécifiquement prévu par les règlements de la FIFA [...]

Cour d'appel de Bruxelles - *Doyen*

8.- Dans l'arrêt interlocutoire, la cour relève que :

- la définition de la convention d'arbitrage en **droit belge** implique *a priori* que celle-ci fasse référence à un rapport de droit déterminé, ce qui est aussi exprimé dans la définition de la **loi type de la CNUDCI qu'à l'article II de la Convention de New York** ;
- en l'espèce, les **clauses invoquées apparaissent très générales, visant tout litige entre (notamment) un club et la FIFA (article 59.1. des statuts de la FIFA) et tout litige entre un club et l'UEFA (art. 61 des statuts de l'UEFA), quel que soit l'objet de ces litiges**, et avec une interdiction corrélative de saisir un tribunal étatique, sauf si ce recours est spécifiquement prévu par les statuts de la FIFA (art. 59.2. des statuts de la FIFA).

Comme indiqué à **l'article 1681 du Code judiciaire**, « *une convention d'arbitrage est une convention par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage tous les différends ou certains différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel* » (mise en évidence ajoutée). **La convention d'arbitrage ne se voit dès lors reconnaître un effet, en droit belge, que si elle concerne un rapport de droit déterminé.**

Cour d'appel de Bruxelles - *Doyen*

■ Preliminary remarks

- Article II of the New York Convention contains the same language (“*defined legal relationship*”)
- Generally accepted that the same requirement applies as a matter of Swiss arbitration law
 - However, it suffices that the underlying legal relationship is “determinable”
- **Does not concern Article 67 [now 58] regarding Appeals**
 - Here, the legal relationship is clearly the one deriving from the regulations on which the decision under appeal is based

Cour d'appel de Bruxelles - *Doyen*

■ Not an issue in commercial arbitration, however

Cela n'implique pas que cette exigence, présente tant dans les instruments internationaux que dans le droit belge, ne serait plus applicable. L'évolution de l'arbitrage dans le monde du sport en un système globalisé et relativement fermé, constitue un nouveau développement réalisé au cours des dernières années, dont toutes les implications n'ont sans doute pas encore été explorées.

- Special treatment in sport arbitration?

■ Rationale:

L'exigence se rattache au droit d'accès à la justice (article 6.1. CEDH et article 47 de la Charte des droits de l'homme de l'UE), au respect de la volonté des parties (éviter qu'elles ne soient surprises par l'application de la clause à des différends qu'elles n'avaient pas anticipé), voire également à la préoccupation « *d'éviter que la partie qui se trouve dans une situation de plus grande puissance économique n'impose à la partie adverse un for général déterminé* ». ⁵

Cour d'appel de Bruxelles - *Doyen*

Ainsi, la soumission à l'arbitrage est prévue de manière générale à tout litige entre certaines parties, incluant la FIFA, l'UEFA, l'URBFSA et les clubs de football (donc le RFC Seraing) mais sans aucune précision ou indication quant au rapport de droit concerné. L'arbitrage du TAS est ainsi prévu comme mode de règlement **pour tout litige entre ces parties, avec une portée générale, sous réserve de dispositions différentes concernant des litiges de type particulier.**

- **Rejects the “limitations” put forward by the parties**
 - **“sports disputes” (Art. S1 CAS Code)**
 - Not in the arbitration agreement and modifiable by ICAS
 - **“parties” listed in the arbitration agreement**
 - **“source” ≠ objet of the arbitration**
 - **Indirect ≠ direct membership**

Cour d'appel de Bruxelles - *Doyen*

Enfin, il est inexact de soutenir, comme le fait l'URBFSA, que la clause arbitrale ne concernerait que les litiges concernant « *les statuts, règlements, directives et décisions de l'URBFSA, de la FIFA et de l'UEFA* ». Les engagements pris par le RFC Seraing dans ses statuts (article 37) et par l'URBFSA dans son Règlement (article 104) de respecter ces statuts, règlements et directives, **sont la source du caractère en principe obligatoire pour ces parties des « engagements » de soumission à l'arbitrage** prévus à l'article 59 des statuts de la FIFA. Ils ne **sont pas définis comme l'objet de l'arbitrage**.

Enfin, les parties intimées ne peuvent se prévaloir d'un parallèle avec la validité généralement reconnue aux clauses d'arbitrage insérées dans les statuts d'une société qui visent le plus souvent les litiges relatifs au droit des sociétés au sens strict (concernant notamment la qualité d'associé, la validité d'une décision d'assemblée générale) survenant entre la société et ses actionnaires en tant que tels (cfr notamment Cour de justice, arrêt du 10 mars 1992, affaire C-214/89, sur question préjudicielle par rapport à l'article 17 de la Convention de Bruxelles) ; tel n'est pas le cas du présent litige, qui concerne un litige opposant la FIFA, l'UEFA et l'URBFSA à un club de football **qui n'est pas membre directement des associations** suisses FIFA et UEFA, et qui touche à la validité de dispositions réglementaires adoptées par la FIFA.

Cour d'appel de Bruxelles - *Doyen*

- **The usual claims that CAS is unfair were not discussed**
 - Should FIFA/UEFA appeal?
- **Is the decision convincing?**
 - **The legal relationship was at least “determinable”**
 - Indirect membership is a legal relationship
 - Would be different if the source of the dispute was a contract between Seraing and FIFA
 - **The ruling is too broad**
 - The issue is whether the dispute at stake was beyond what the parties could anticipate would be covered by the arbitration agreement
 - Seraing was certainly not surprised – since the issue was brought up by the Court *sua sponte*....

Cour d'appel de Bruxelles - *Doyen*

■ Relevance of the decision?

- Geographically limited to Belgium
- The issue could be decided differently in other jurisdictions
 - Article II of the NYC contains the same requirement
 - Same in Germany (1029 ZPO; *Fiona Trust* [2007] UKHL 40)

■ What would be the position in Switzerland

- The dispute must be capable of determination
 - It is sufficient that the relationship is “determinable” (TF 4A_515/2012)
 - What matters is the source of the claim (ASA Bull 1988, p. 142, 144-5)
 - Specificity of sport arbitration can also play a role

TC du Hainaut, Charleroi - *Diarra*

■ Facts

- Player *de facto* prevented from playing because of the “joint liability” rule for potential new clubs in the FIFA RSTP
 - CAS 2015/A/4094 *Lokomotiv v. Diarra*

■ Claims

- Declaratory claim that Article 17.2 RSTP is illegal
- Damages (6 million EUR)
- Subsidiarily: request for ECJ preliminary ruling

TC du Hainaut, Charleroi - *Diarra*

■ Jurisdiction

Or, la FIFA ne pourrait sérieusement contester qu'il n'existe aucun lien contractuel entre M. DIARRA et elle-même. On n'aperçoit donc pas comment, dans ces conditions, une clause d'arbitrage pourrait être opposée à M. DIARRA puisqu'une telle clause résulte nécessairement et obligatoirement d'un lien conventionnel, **quelle que soit la manière dont il s'est formé.**

■ Merits: torts (breach of EU law)

- Joint liability was not discussed with EU Commission
- Back to “pre Bosman”
- Did not balance the interests at stake
 - To what extent is the joint liability a matter of contractual stability?

ATF 144 III 120 - *Seraing*

■ Same factual background

- Doyen 'used' Seraing to create a decision based on Art. 18ter RSTP (prohibition of TPO)
- FIFA sanctioned Seraing for breaching 18ter RSTP
- TAS 2016/A/4490 confirmed the validity of Article 18ter
 - Including as a matter of EU law
- Action to set aside in the Swiss Supreme Court

ATF 144 III 120 - *Seraing*

■ Reexamined two issue:

1. Is CAS structurally independent? (ATF 129 III 445)

- New (better?) arguments
- But in the meantime CAS (Code) was improved

2. Does EU competition law belong to Swiss public policy? (ATF 132 III 389)

■ New issue:

- Does the prohibition of TPO breach Swiss public policy?

Seraing - CAS structural independence

- **How should lack of structural independence be challenged?**
 - TF (assume that CAS renders an Award)
 - Trial court in Lausanne (assumes the CAS “award” is a mere decision by FIFA)
 - Consistency would require that the party claiming that CAS is not arbitral in nature should assume that the CAS decision is not an award
 - TF would lack jurisdiction - no need to decide in the present case

Seraing - CAS structural independence

"En synthèse, comment [le recourant] pourrait-[il] estimer un seul instant que son droit à un procès équitable a été respecté lorsque, après lui avoir imposé l'arbitrage du TAS par ses statuts et par ceux de sa fédération membre belge, après avoir tout fait pour empêcher ou retarder au maximum le débat de légalité posé par le RFC Seraing devant les juridictions étatiques belges, après avoir tout fait – en revanche – pour diligenter la procédure disciplinaire, la FIFA joue le match «arbitral» à domicile, devant une organisation – le TAS – dont elle est un des principaux contributeurs et l'un des «clients» les plus récurrents, devant une formation composée de membres à choisir sur une liste fermée et présidée par un membre de «l'establishment sportif», nommé par un autre membre de cet establishment, et – pour faire bonne mesure – dont le projet de décision est «relu» par le secrétaire général du TAS, dont le RFC Seraing peine à croire qu'il soit aussi sensible aux intérêts [du recourant] qu'à ceux – bien compris – du «mouvement sportif» qui le fait vivre?"

Seraing - CAS structural independence

■ New arguments

- **Links between CAS and FIFA (not only IOC as in *Lazutina*)**
 - FIFA is CAS's biggest client
 - CAS arbitrators (and staff) will suffer financially if FIFA would stop using CAS
 - Indeed, the actual Panel is “living evidence” of the results of the above imbalance
- **CAS system is against EU law (with TF considering that EU law does not belong to public policy)**

■ Old arguments

- **Role of the CAS Secretary general (scrutiny or more?)**

Seraing - CAS structural independence

■ Is *Lazutina* obsolete?

- Analysis confirmed by BGH in *Pechstein*
- No reason to depart from *Lazutina*
 - Only if “*raisons impérieuses*” showing that FIFA is special
 - CAS has improved its structure and functioning
 - Usual pragmatic approach

3.4.2 [...] 'il ne paraît guère envisageable, à maints égards, de lui substituer un autre mécanisme de traitement des litiges sportifs, sauf à renvoyer les athlètes et autres intéressés devant un tribunal étatique de tel ou tel pays avec tous les inconvénients que cela comporterait,

Seraing - CAS structural independence

■ Which improvements?

3.4.3 S'agissant de l'indépendance structurelle du TAS par rapport aux FI en général et à la FIFA en particulier, le recourant se limite, pour l'essentiel, à reproduire mot pour mot un long passage de l'article de doctrine précité publié par le conseil de l'intimée. Or, ce dernier démontre clairement, sous n. 65 à 76 de sa réponse, que la situation a sensiblement évolué depuis lors. A titre d'exemples, le président de la Chambre d'appel, qui désigne l'arbitre unique ou le président de la Formation arbitrale (art. R54 du Code), n'est plus, comme c'était le cas à l'époque de la parution de cet article, le vice-président du CIO, mais une ancienne athlète désignée par le CIAS à cette fin. De même, contrairement à ce qui prévalait alors, à la suite de la modification de l'art. S14 du Code intervenue entre-temps, le CIAS n'est plus tenu de faire appel à un quota d'arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par les organisations sportives (1/5^e chacun pour le CIO, les FI et les CNO), ces dernières ne jouissant plus d'un statut privilégié puisque, à l'instar de leurs commissions d'athlètes, elles ne peuvent que porter à l'attention du CIAS les noms et qualifications d'arbitres susceptibles de figurer sur la liste ad hoc, laquelle doit

Seraing - CAS structural independence

■ Shall we celebrate? Not really

- Two judges of the ECtHR disagree with this analysis
- The TF indicates that it is not its role to reform CAS

3.4.2 [...] le Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire appelée à statuer sur les recours en matière d'arbitrage international qui lui sont adressés, n'a pas pour mission de réformer lui-même cette institution, ni de refondre les règlements qui la gouvernent, mais doit uniquement veiller à ce qu'elle atteigne le niveau d'indépendance requis pour pouvoir être assimilée à un tribunal étatique. Or, tel est

- Does not mean that the system is good
- *An obiter dictum* (like in *Gundel*) could not harm

Seraing – TPO and EU Law

■ **ATF 132 III 389 *Tensacciai* revisited?**

Point n'est besoin d'examiner ici le bien-fondé de cette seule affirmation ni, partant, de soumettre la jurisprudence critiquée à un nouvel examen. En effet, même s'il fallait entrer dans les vues du recourant et assouplir cette jurisprudence dans le sens préconisé par lui, le moyen pris de la violation de l'ordre public matériel pour cause d'atteintes gravissimes au droit de la concurrence et le grief de même nature tiré du non-respect du droit à la libre circulation des capitaux (et droits apparentés) n'en devraient pas moins être écartés.

- **Inadmissible for lack of motivation**
 - inconclusive

Seraing – TPO and public policy

■ **Contradiction with 4A_116/2016 (*Sporting*)?**

5.3 Selon le recourant, la sentence attaquée violerait encore l'ordre public en ce qu'elle aboutit à mettre "hors commerce" une activité parfaitement licite selon le Tribunal fédéral lui-même.

• **Different circumstances**

- *Sporting Portugal* challenged the validity of TPO despite having used the TPO system
- It was established that the in the *Sporting* matter Player was happy about the transfer ordered by the Doyen

Seraing – TPO and personality rights

- **Only “substantive” part of the Decision**

Les conditions posées par cette jurisprudence ne sont pas réalisées en l'espèce. En interdisant les TPO, la FIFA limite certes la liberté économique des clubs, mais sans la supprimer. Ceux-ci restent, en effet, libres de rechercher des investissements, pour peu qu'ils ne les obtiennent pas en cédant les droits économiques des joueurs à des tiers investisseurs. Le recourant lui-même concède que la liberté

What else on the merits?

- **Seraing argued that FIFA's possibility to "enforce" the prohibition of TPO without need of any exequatur allows the "system" to evade the application of EU law**
 - **The argument was not discussed**
 - same as Pechstein's argument that the TF does not review the way in which the CAS establishes the facts
- **Same "logics" as FIFPRO's argument in the PILA Revision process...**

Final point – FF 2018 p. 18

S'il a approuvé le principe de l'extension de la liste d'arbitres, laquelle demeure toujours exhaustive, le Tribunal fédéral, en disant que le TAS était «*sans doute une institution perfectible*⁵⁶», a vraisemblablement voulu donner à comprendre que d'autres réformes s'avéreraient nécessaires. De nombreux auteurs de traitement des sportifs à l'échelon international⁶¹. Un tribunal arbitral international du sport agissant selon les principes de l'état de droit est dès lors essentiel pour le sport professionnel international. Le Conseil fédéral suit l'évolution dans ce domaine avec attention. Il est d'avis qu'il appartient en premier lieu au TAS lui-même, à la fondation qui le soutient et aux associations concernées de s'atteler aux réformes en y associant les sportifs⁶². En outre, le Tribunal fédéral pourra continuer de veiller en vertu de l'article 190 LDIP à ce que le TAS conserve l'indépendance requise pour être à égalité avec les tribunaux nationaux, même dans un contexte changeant. Le Conseil fédéral estime que les conditions à l'adoption de prescriptions contraignantes ne sont actuellement pas réunies, d'autant que le cadre de la réforme du chap. 12 de la LDIP n'est pas approprié pour réformer le règlement des différends dans le sport international.

Contact

Antonio Rigozzi, Associé
LÉVY KAUFMANN-KOHLER

Genève, Suisse

+41 22 809 6200

antonio.rigozzi@lk-k.com

www.lk-k.com