

Antonio Rigozzi

Seraing, Pechstein and the future of CAS?

ISLJ Annual International Sports Law Conference 2019

24-25 October 2019

Asser Institute, The Hague

ASSER
INSTITUTE



Centre for International & European Law

What I was asked to discuss

■ European Court of Human Rights (ECtHR)

- Nos 40575/10 & 67474/10, 2 October 2018 *Mutu & Pechstein v. Switzerland*
 - Recently translated into English at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186828>

■ Tribunal fédéral Suisse (TF)

- Decision 4A_260/2017 of 20 February 2018, *Seraing (Doyen) v. FIFA*, ATF 144 III 120
 - Translated into English at <http://www.swissarbitrationdecisions.com/atf-4a-260-2017>

■ Future of CAS

- Is the question of CAS structural independence finally settled?
- What's next – if anything?

***Pechstein* – Procedural setting**

- Applications filed in 2010 (questions to the Swiss Government in 2013)
 - *Mutu* [personal independence]
 - CAS 2005/A/876, CAS 2008/A/1644 -- TF 4A_458/2009
 - *Pechstein* [structural independence]
 - CAS 2009/A/1912&1913 -- TF 4A_612/2009
 - German proceedings (LG and OLG Munich as well as BGH)
 - Mentioned but not discussed (competition law)
 - Constitutional challenge still pending
- Decision in late 2018

***Pechstein* – Relevant facts**

- **CAS: 2-year ban for doping**
- **TF: rejected action to set aside**
 - **Art. 190(2)(a) PILA & Art. 6(1) ECHR**
 - **Structural independence of CAS**
 - 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*”)

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's lack of “*independence and impartiality*”**
- 2. CAS refused “*public hearing*”**
- 3. TF does not review the facts established by CAS**

***Pechstein* – Issues**

- Does Article 6(1) ECHR apply to CAS?
- Did the athlete waive the guarantees of Article 6(1) ECHR?
 - NO: 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?

Pechstein - Does Article 6(1) ECHR apply (ratione materiae)?

- Swiss Government: does not directly apply to arbitration
- Applicants: applicable because CAS arbitration is mandatory
- ECtHR: Article 6(1) ECHR applies to arbitration as soon as it adjudicates “civil rights” irrespective of whether it is voluntary or mandatory

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).

Pechstein - Does the Court have jurisdiction (*ratione personae*)?

- **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.

***Pechstein* - Waiver of 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,

Pechsetein - Is CAS arbitration mandatory?

- 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.

Pechstein - What are the consequences?

→ “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).

Pechstein – Notion of independence

■ Objective approach

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).

Pechstein – Notion of impartiality

■ Subjective and (predominant) objective component

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

***Pechstein* - Reasoning of the ECtHR**

- No distinction between independence and impartiality
- Real issue: alleged imbalance between athletes and SGBs in the appointment of the CAS arbitrators
 - 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”

Pechstein - 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,

Pechstein – The pivotal paragraph

■ 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.

***Pechstein* – Separate opinion**

- 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 link is significant (“considerable”) because of the way:
 - the President of the Panel is appointed (by a CAS member)
 - the ICAS controls the CAS members as they can be revoked by a summarily motivated decision
 - The majority disregarded the ECtHR’s case law in (not) applying the standards of objective impartiality and “independence”

***Pechstein* – Main reason 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.

***Pechstein* – Public hearing**

- **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* – Outcome in a nutshell**

- **Non-voluntary nature of CAS arbitration**
 - No waiver of Art. 6(1) ECHR through arbitration agreement
 - Requirement of structural independence is not waivable
- **CAS is sufficiently independent and impartial**
- **CAS has to offer a public hearing in disciplinary matters**
 - In all appeals proceedings?
 - If so requested by the athlete – if not, deemed to be waived
 - Clubs?

***Pechstein* – my take (i)**

- **Majority decision on independence is a little disappointing**
 - More than 60 pages of description of CAS and ECtHR's case law and one single paragraph of real 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 Court does not discuss 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 exercise any control on the way in which the law is applied**
- **The only control over the process is exercised through a combination of**
 - public hearing (now mandatory) and
 - publication of the award (arguably also required by Article 6 § 1 ECHR)
- **Additional reason to take into account the appearance in the analysis of the independence and impartiality**

Pechstein – my take (iii)

- **The ECtHR is right in 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”**

Seraing v. FIFA - ATF 144 III 120

- **Same factual background as Belgian/EU cases**
 - Doyen ‘used’ Seraing to create a decision based on Art. 18ter RSTP (prohibition of TPO)
 - FIFA sanctioned Seraing for breaching 18ter RSTP
 - CAS 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

***Seraing* - Issues**

- **Reexamined two issues:**

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 – Summary of the argument

"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* – 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**

- TF considers that EU law does not belong to public policy
- Risk of bypassing EU mandatory law

Seraing – TF's analysis

■ 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 – latest developments of CAS

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

The future of CAS - *Pechstein*

■ 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

The future of CAS – *Pechstein (D)*

- 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.

Future of CAS – *Seraing*

- Reiterates that CAS is “perfectible” BUT
- 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.

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

Future of CAS – Swiss legislator

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.

⁶³ L'actuelle communication du TAS à propos du jugement rendu par la CEDH dans le cadre de l'affaire Mutu et Pechstein c. Suisse démontre d'une volonté de prendre au sérieux les remarques de la Cour ainsi que de procéder à des améliorations (communication du TAS du 02.10.2018, www.tas-cas.org > dernières actualités et communication aux médias, consulté pour la dernière fois le 02.10.2018).

Contact

Antonio Rigozzi, Partner
LÉVY KAUFMANN-KOHLER
Genève, Suisse
+41 22 809 6200
antonio.rigozzi@lk-k.com
www.lk-k.com