



HAL
open science

**Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès
équitable : l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne
des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt
Mutu et Pechstein c. Suisse, 2 octobre 2018)**

Mathieu Maisonneuve

► **To cite this version:**

Mathieu Maisonneuve. Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable: l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Mutu et Pechstein c. Suisse, 2 octobre 2018). *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2019, 119. hal-02169601

HAL Id: hal-02169601

<https://hal.science/hal-02169601>

Submitted on 8 Jul 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Trimestriel ■ 30^e année ■ N° 119 ■ 1^{er} juillet 2019

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NÉMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Sous la présidence de **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire, ancien directeur de la *revue*, président d'honneur de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

Fi. BENOÎT-ROHMER, professeur des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

L. BURGOGUE-LARSEN, professeur à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

A.A. CANÇADO TRINDADE, ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et juge à la Cour internationale de justice.

C. CHAINAIS, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de l'Institut international des droits de l'homme – René Cassin.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, professeur émérite de l'Université de Lille II.

E. DECAUX, professeur à l'Université de Paris II.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMEPPE, conseiller à la Cour de cassation (b.).

M. DELMAS-MARTY, professeur honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

Fr. DELPÉRÉE, député et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, vice-président de l'Institut international des droits de l'homme, ancien greffier et juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeur à l'Université de Genève.

M. HOTTELIER, professeur à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse en République socialiste démocratique du Sri Lanka et en République des Maldives.

A. NUSSBERGER, vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'Etat (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrate de Thrace.

G. RAIMONDI, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et juge au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

P. TAVERNIER, professeur émérite de l'Université Paris XI.

Fr. TEITGEN, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

H. TIGROUDJA, membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil d'Etat (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur à l'Université de Strasbourg.

Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable : l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'homme

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Mutu et Pechstein c. Suisse*, 2 octobre 2018)

PAR

Mathieu MAISONNEUVE

Professeur de droit public à l'Université d'Aix-Marseille

Résumé

Par son arrêt *Mutu et Pechstein c. Suisse*, la Cour s'est prononcée sur le respect du droit au procès équitable devant le Tribunal arbitral du sport. La question était d'importance compte tenu du rôle de « Cour suprême du sport mondial » que joue ce tribunal. La Cour a tout d'abord estimé que les arbitrages organisés sous son égide pouvaient constituer des arbitrages forcés, par exemple dans les affaires de dopage, et qu'il devait alors offrir toutes les garanties de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Elle a ensuite considéré que, si le Tribunal arbitral du sport avait méconnu le droit de Madame Pechstein à une audience publique, il constituait en revanche bien un tribunal structurellement indépendant et impartial. Au-delà de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue, le raisonnement qu'elle a suivi n'est pas exempt de toute critique, ne serait-ce qu'au regard de la théorie des apparences, ce dont témoigne l'opinion séparée accompagnant l'arrêt.

Abstract

By its decision in the case of *Mutu and Pechstein vs Switzerland*, the Court ruled on the compatibility between the right to a fair trial and the procedure before the Court of arbitration for sport. The matter was of great interest due to the important role of the “supreme court of worldwide sport”. Firstly, the Court considered that the CAS arbitration could be seen as forced arbitrations, e.g. in doping related cases, and thus found that it should meet article 6, § 1 requirements. Furthermore,

the Court found that, even though the CAS had disregarded Mrs. Pechstein's right to a public hearing, it was nevertheless structurally an independent and impartial tribunal. Beyond its findings, the Court's reasoning is worthy of criticism, if only regarding the appearance theory, as evidenced by the separate opinion attached to the decision.

En droit positif, le doute n'est désormais (quasiment) plus permis¹. Le Tribunal arbitral du sport (ci-après, TAS) est bien un tribunal structurellement indépendant et impartial. Le Tribunal fédéral suisse et la Cour fédérale de justice allemande en avaient déjà jugé ainsi, en application de leur droit national, respectivement en 2003² et 2016³. Par son arrêt *Mutu et Pechstein* rendu le 2 octobre 2018, et devenu définitif le 4 février 2019 après le rejet de la demande de renvoi devant la Grande Chambre dont il avait fait l'objet⁴, la Cour européenne des droits de l'homme en a jugé de même, cette fois au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention.

L'arrêt était attendu depuis plus de huit ans. C'est en effet en 2010 que, par deux requêtes distinctes, Monsieur Adrian Mutu⁵, un célèbre footballeur roumain, et Madame Claudia Pechstein⁶, une patineuse de vitesse allemande

¹ Sous réserve de la décision que devrait prochainement rendre la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans le volet « allemand » de l'affaire *Pechstein*. Parallèlement à la requête qu'elle a introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme, dirigée contre la Suisse, M^{me} Pechstein a en effet engagé une action en responsabilité contre sa fédération nationale et sa fédération internationale devant les juridictions allemandes. Après avoir obtenu gain de cause en première instance (*Landgericht München I*, 26 février 2014, *Pechstein c. International Skating Union (ISU) & Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. (DESG)*, Urteil Az. 37 O 28331/12; *Rev. arb.*, 2014, p. 670, note M. MAISONNEUVE, et p. 480, note G. FLECKE et T. GRANIER; *J.C.P.*, éd. G, 2014, doct. 803, note B. HAFTEL) puis en appel (*Oberlandesgericht München*, 15 janvier 2015, *ISU c. Pechstein*, Az. U 1110/14 Kart; *Rev. arb.*, 2015, p. 909, note M. MAISONNEUVE; *Les Petites Affiches*, 4 juillet 2016, n° 132, p. 10, note J.-M. MARMAYOU), quoique sur des fondements différents, elle a finalement perdu en cassation (*Bundesgerichtshof (BGH)*, 7 juin 2016, *Pechstein c. ISU*, Az. KZR 6/15; *Rev. arb.*, 2016, p. 908, note M. MAISONNEUVE; D. MAVROMATI, « The Legality of an Arbitration Agreement in Favour of CAS Under German Civil and Competition Law – The Pechstein Ruling of the German Federal Tribunal (BGH) of 7 June 2016 (June 24, 2016) », consultable à l'adresse: <http://ssrn.com/abstract=2800044>).

² Trib. féd. suisse, arrêt *Lazutina et Danilova c. CIO, FIS et TAS*, 27 mai 2003, A.T.F. 129 III 445; *Bull. ASA*, 2003, p. 601; *J.D.I.*, 2003, p. 1096, note A. PLANTEY; *Rev. arb.*, 2005, p. 181, note P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH; *Gaz. Pal.*, 17 octobre 2006, p. 30, note A. RIGOZZI.

³ BGH, *Pechstein c. ISU*, préc.

⁴ Communiqué de presse du greffier de la Cour, CEDH 053 (2019).

⁵ Req. n° 4575/10 introduite le 13 juillet 2010.

⁶ Req. n° 67474/10 introduite le 11 novembre 2010.

quintuple championne olympique, ont saisi la Cour après avoir chacun échoué à obtenir l'annulation par le Tribunal fédéral suisse d'une sentence du TAS qui leur était défavorable⁷. La sentence intéressant Monsieur Mutu avait confirmé une décision de la chambre de règlement des litiges de la Fédération internationale de football association (FIFA) le condamnant à verser au *Chelsea Football Club*, son ancien club, des dommages-intérêts d'un montant de plusieurs millions d'euros⁸. La sentence concernant Madame Pechstein avait, quant à elle, maintenu une suspension de deux ans pour dopage prononcée à son encontre par l'*International Skating Union*⁹.

Dans les deux requêtes, les requérants se plaignaient d'une violation de leur droit à un procès équitable. Monsieur Mutu soutenait ne pas avoir été jugé par un tribunal indépendant et impartial au motif que deux des trois arbitres du TAS ayant statué sur son cas manquaient personnellement de l'impartialité nécessaire. Si Madame Pechstein estimait qu'il en allait de même de l'un des arbitres ayant eu à connaître de sa cause, elle prétendait aussi et surtout, d'une manière plus générale, que le TAS, en tant qu'institution, ne présentait pas de garanties d'indépendance et d'impartialité suffisantes. Elle alléguait en outre que son droit à une audience publique avait été méconnu, notamment devant le TAS.

Sur la recevabilité, la Cour a sans surprise considéré que la responsabilité de la Confédération suisse pouvait être recherchée sur la base de griefs mettant pour la plupart en cause le TAS, alors même qu'il s'agit d'une institution totalement privée. Il appartient en effet classiquement à un État partie à la Convention, non seulement de s'abstenir, au titre de ses obligations négatives, de porter lui-même atteinte aux droits que cette Convention garantit, mais également, au titre de ses obligations positives, d'agir pour protéger ces mêmes droits, y compris lorsqu'ils sont méconnus par de simples particuliers. À ce titre peuvent notamment voir leur responsabilité engagée les États contractants qui « approuvent, formellement ou implicitement, les actes de particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention »¹⁰. Au regard de cette jurisprudence, la compétence *ratione personae* de la Cour à l'égard de la Suisse, dont le Tribunal fédéral avait en l'espèce rejeté les recours en annulation dirigés contre les sentences litigieuses du TAS, ne posait guère de difficulté. Tout au plus pouvait-il exister un léger doute sur le respect de la règle de l'épuisement des voies de recours interne par Madame

⁷ Trib. féd., arrêt *Mutu c. Chelsea football club limited*, 10 juin 2010, 4A_458/2009; *Rev. arb.*, 2010, p. 614, note M. PELTIER, et p. 890, note P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH; *Cah. dr. sport*, n° 21, 2010, p. 78, note Fr. BUY; Trib. féd., arrêt *Pechstein c. ISU & DESG*, 10 février 2010, 4A_612/2009.

⁸ TAS, 2008/A/1644, *Mutu c. Chelsea FC Ltd*, sentence du 31 juillet 2009.

⁹ TAS, 2009/A/1912 et 1913, *Pechstein & DESG c. ISU*, sentence du 25 novembre 2009.

¹⁰ Arrêt commenté, § 64.

Pechstein. Cette dernière n'avait en effet pas soulevé devant le TAS le grief tiré de son prétendu manque d'indépendance et d'impartialité et le Tribunal fédéral suisse avait ainsi pu l'écarter au motif principal que le soulever pour la première fois devant lui était incompatible avec le principe de bonne foi. Dans l'absolu, une telle erreur procédurale aurait pu faire échec à la recevabilité de ce grief devant la Cour. En l'espèce, il n'en a rien été, dans la mesure où, bien qu'à titre surabondant et brièvement, le Tribunal fédéral l'avait néanmoins malgré tout rejeté au fond¹¹.

Si, sur la recevabilité, la décision de la Cour était assez prévisible, sur le fond en revanche, le pronostic était plus risqué. Le TAS devait-il offrir les garanties prévues par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention? Et si oui, les offrait-il bien? Il était doublement permis d'hésiter. Les réponses de la Cour n'en étaient que d'autant plus attendues. À la première question, elle a unanimement répondu par l'affirmative, au moins pour certains litiges ou dans certaines circonstances. À la seconde question, elle a apporté une réponse plus nuancée: non, à l'unanimité toujours, concernant le droit à une audience publique; oui, mais à la majorité seulement, s'agissant de l'indépendance et de l'impartialité.

Le résultat est largement favorable au TAS. Sous réserve d'une modification marginale des dispositions de son règlement de procédure sur la publicité des audiences, le TAS se voit en effet décerner un label continental de bonne justice procédurale. Ce résultat pourrait à lui seul suffire à rendre digne d'intérêt l'arrêt commenté. Rendu par une juridiction internationale de référence, cet arrêt renforce encore une institution dans laquelle il est particulièrement important que les sportifs aient confiance. Il en va de la nécessaire acceptabilité de cette «Cour suprême du sport mondial»¹². Le TAS n'est en effet pas une institution d'arbitrage ordinaire. Il s'agit d'une institution à laquelle les sportifs sont souvent forcés d'avoir recours, se voyant détournés des juridictions étatiques sans y avoir véritablement consenti, qui plus est pour que soient tranchés de manière quasi définitive des litiges dans lesquels, au-delà des questions pécuniaires, des droits fondamentaux sont fréquemment en jeu.

L'arrêt *Mutu et Pechstein* mérite toutefois de retenir l'attention au-delà de son dispositif¹³: l'argumentation développée par la Cour pour soumettre l'arbitrage TAS au respect de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention confirme qu'il ne s'agit pas

¹¹ *Ibid.*, § 74.

¹² J. A. SAMARANCH, cité par K. MBAYE, in *Recueil des sentences du TAS*, II, 1998-2000, Kluwer Law International, 2002, p. X.

¹³ Témoignant de l'intérêt de la doctrine, non seulement «sportiviste» mais également européeniste, voy. notamment les notes de Fr. LATTY, «Le TAS marque des points devant

→

d'un arbitrage comme un autre et que cela suppose le respect d'obligations particulières; le raisonnement suivi par la Cour pour apprécier la violation de ces obligations, en particulier le droit à un tribunal indépendant et impartial, invite à s'interroger sur une éventuelle tolérance à l'égard du procès arbitral sportif dont aurait fait preuve la Cour. Autrement dit, si la Cour européenne des droits de l'homme a bien exigé que le TAS respecte le droit au procès équitable, est-ce pour autant à un droit au procès équitable exigeant qu'elle l'a soumis?

I. L'exigence du droit au procès équitable

Le droit au procès équitable n'est pas totalement étranger à la justice arbitrale en général. Il l'irrigue en effet, au moins partiellement et matériellement, par l'intermédiaire des lois nationales sur l'arbitrage, notamment par le concept d'ordre public à l'aune duquel les sentences rendues sont contrôlées¹⁴. L'exigence qui pèse sur l'arbitrage TAS est toutefois d'une autre nature. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, certains arbitrages organisés sous l'égide du TAS sont formellement soumis au respect de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention et doivent offrir toutes les garanties qu'il prévoit. C'est le premier apport de l'arrêt commenté.

En l'espèce, la Cour a considéré que les clauses compromissaires en faveur du TAS liant chacun des deux requérants ne pouvaient valoir renonciation de leur part à tout ou partie des garanties de l'article 6, § 1^{er}. S'il n'y pas d'obstacle de principe à ce qu'une convention d'arbitrage puisse constituer une telle renonciation¹⁵, encore faut-il, aux termes d'une jurisprudence constante, que

←

la CEDH», *Jurisport*, n° 192, décembre 2018, p. 31; L. MILANO, «Arbitrage et garanties du procès équitable», *J.C.P.*, éd. G, 2018, p. 1391; J.-P. MARGUÉNAUD, «La 'lex sportiva' rattrapée par la patrouille européenne?», *Rev. trim. dr. civ.*, 2018, p. 850; Fr. KRENC, *J.T.*, 2019, p. 332; J. GUILLAUMÉ, *J.D.I.*, 2019, comm. 8; A. DUVAL, «The 'Victory' of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS», *Asser International Sports Law Blog*, 10 octobre 2018.

¹⁴ Voy. notamment C. JARROSSON, «L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme», *Rev. arb.*, 1989, p. 573.

¹⁵ Comm. eur. dr. h., décision *X. c. RFA*, 5 mars 1962; décision *R. c. Suisse*, 4 mars 1987; décision *Bramelid et Malmström c. Suède*, 12 octobre 1982; Cour eur. dr. h., décision *Suovaniemi e.a. c. Finlande*, 23 février 1999; décision *Transportes Fluviais di Sado S.A. c. Portugal*, 16 décembre 2003; décision *Eiffage S.A. e.a. c. Suisse*, 15 septembre 2009; arrêt *Suda c. République tchèque*, 28 octobre 2010; décision *Tabbane c. Suisse*, 1^{er} mars 2016.

cette renonciation soit « libre, licite et sans équivoque »¹⁶. Ce n'était le cas ni dans l'affaire *Mutu* ni dans l'affaire *Pechstein*. Les enseignements que l'on peut tirer de chacune d'elles à cet égard sont toutefois d'une inégale importance. Dans la première affaire, la Cour a estimé que l'arbitrage organisé était bien un arbitrage volontaire, mais que la renonciation n'était pas sans équivoque pour des raisons circonstancielles. Dans la seconde affaire, elle a jugé qu'elle n'était pas libre pour des raisons systémiques et que l'arbitrage en cause était par définition forcé.

Monsieur Mutu était lié par une clause compromissaire que son ancien employeur, le *Chelsea Football Club*, avait insérée dans son contrat de travail, sans y être tenu par la réglementation de la FIFA. Malgré l'éventuelle différence de pouvoir de négociation entre un grand club de football et un joueur, même renommé, la Cour a refusé d'y voir une clause qui n'aurait pas été librement consentie. Si elle a néanmoins refusé de la regarder comme valant renonciation aux garanties de l'article 6, § 1^{er}, c'est seulement parce que le joueur avait en l'espèce demandé devant le TAS la récusation de l'arbitre choisi par le club et que, ce faisant, sa prétendue renonciation à son droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial, à supposer qu'elle fût permise, était en tout état de cause équivoque.

Madame Pechstein était, en revanche, liée par une clause compromissaire prévue par la réglementation de l'*International Skating Union* (ISU). Compte tenu du monopole de fait dont bénéficie cette fédération sportive internationale, comme la quasi-totalité des autres fédérations du même type, « 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 »¹⁷. Cette clause compromissaire ne pouvait dans ces conditions constituer une renonciation libre aux garanties de l'article 6, § 1^{er}. Pour la Cour, « 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 »¹⁸.

Une telle affirmation pourrait sembler relever de l'évidence. L'idée selon laquelle l'arbitrage TAS, en tout cas lorsqu'il est prévu dans les statuts ou

¹⁶ Arrêt commenté, § 96. Auparavant, voy. Cour eur. dr. h., *Suda c. République Tchèque*, préc., § 48; *Tabbane c. Suisse*, préc., § 27. Voy. également *Eiffage S.A. e.a. c. Suisse*, préc.

¹⁷ Arrêt commenté, § 113.

¹⁸ *Ibid.*, § 115.

règlements d'une institution sportive, serait un arbitrage imposé aux athlètes est en effet largement admise¹⁹. Pour autant, qualifier l'arbitrage TAS d'arbitrage forcé au sens de la jurisprudence européenne, y compris dans les circonstances de l'affaire *Pechstein*, n'allait pas forcément de soi. Jusqu'ici, la Cour européenne des droits de l'homme limitait l'arbitrage forcé, par opposition à l'arbitrage volontaire, aux seuls arbitrages imposés par la loi²⁰. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour fédérale de justice allemande, dans un autre volet de l'affaire *Pechstein*, avait refusé de vérifier si l'arbitrage TAS offrait bien les garanties de l'article 6, § 1^{er}²¹.

L'extension de la notion d'arbitrage forcé à laquelle procède l'arrêt commenté est bienvenue. Sans qu'il soit nécessaire de se réclamer des théories pluralistes ou institutionnalistes du droit, la *lex sportiva*, indépendamment des qualifications qu'elle est susceptible de recevoir en droit étatique, relève plus dans son esprit de l'acte unilatéral que de l'acte contractuel. En s'interrogeant sur la légitimité du pouvoir normatif exercé par la FIFA pour régir l'activité des agents de joueurs de football, en l'absence de toute délégation d'une autorité publique, le Tribunal de première instance des Communautés européennes, dans son arrêt *Piau*²², ne s'y était pas trompé. En affirmant, dans son arrêt *Lazutina*²³, que le sport présente «une structure très hiérarchisée, aussi bien au niveau international qu'au niveau national» et que, «établies sur un axe vertical, les relations entre les athlètes et les organisations qui s'occupent des diverses disciplines sportives se distinguent en cela des relations horizontales que nouent les parties à un rapport contractuel», le Tribunal fédéral suisse l'avait clairement exposé.

¹⁹ Voy. notamment A. PINNA, «Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport», *Gaz. Pal.*, 19-20 mai 2004, p. 38; A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bruylant/LGDJ/Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles/Paris/Bâle, 2005, spécialement p. 179; Fr. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, spécialement pp. 535 et s.; P. ZEN-RUFFINEN, «La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport», in *Mélanges Denis Oswald*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2012, p. 483, spécialement pp. 489 et s.

²⁰ Arrêt commenté, § 95. Voy. aussi Comm. eur. dr. h., *Bramelid et Malmström c. Suède*, préc.; Cour eur. dr. h., *Suda c. République Tchèque*, préc., § 49; *Tabbane c. Suisse*, préc., § 26. Dans l'arrêt *Suda*, il ne s'agissait toutefois pas d'un arbitrage directement imposé par la loi mais, plus précisément, d'un arbitrage qu'une disposition législative particulière permettait à des parties à une convention d'arbitrage d'imposer à un tiers à celle-ci.

²¹ BGH, *Pechstein c. ISU*, préc., § 65.

²² T.P.I.C.E., arrêt *Piau c. Commission*, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Rec.*, p. II-209; *Cah. dr. sport*, n° 2, 2005, p. 111, note F. RIZZO.

²³ Trib. féd. suisse, *Lazutina*, préc., A.T.F. 129 III 461. Voy. également arrêt *G. Cañas c. ATP Tour*, 22 mars 2007, A.T.F. 133 III 235; *Gaz. Pal.*, 13-17 juillet 2007, p. 35, note A. PINNA; *Gaz. Pal.*, 28-29 mars 2008, p. 45, note P.-Y. GUNTER; *Rev. arb.*, 2008, p. 570, note M. MAISONNEUVE.

La soumission de l'arbitrage TAS à l'article 6, § 1^{er}, en tout cas lorsqu'il constitue un arbitrage forcé, mérite d'autant plus d'être salué que, ce faisant, la Cour a refusé de s'engager dans deux autres voies aussi inopportunes l'une que l'autre.

La première aurait consisté à juger que la « bienveillance »²⁴ dont fait preuve le Tribunal fédéral suisse à l'égard des clauses TAS, en acceptant que des sportifs puissent être contraints d'avoir recours à une juridiction arbitrale plutôt qu'aux juridictions étatiques, constitue une limite excessive au droit d'accès aux tribunaux reconnus par la Convention. Une telle appréciation aurait toutefois eu pour effet peu souhaitable de priver l'arbitrage TAS de son intérêt fondamental : donner corps au principe d'égalité des compétiteurs internationaux devant la justice. Ainsi que l'a relevé la Cour, dans la lignée du Tribunal fédéral suisse²⁵ ou de la Cour fédérale de justice allemande²⁶, « 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 »²⁷. C'est là un objectif légitime que le libre-choix des sportifs de recourir à une juridiction nationale plutôt qu'au TAS ne permettrait pas d'atteindre.

Une deuxième voie aurait pu consister à s'en tenir à une conception formelle de l'arbitrage forcé, c'est-à-dire limitée à l'arbitrage imposé par la loi, tout en considérant qu'il y a des garanties de l'article 6, § 1^{er}, à l'image du droit à un tribunal indépendant et impartial, auxquelles une convention d'arbitrage ne saurait en tout état de cause valoir renonciation, parce qu'elles relèvent de l'essence de la justice²⁸. Cela n'aurait cependant pas permis d'aboutir à une

²⁴ 20 janvier 2010, 4A_548/2009, cons. 4.1, *Rev. arb.*, 2010, p. 609, note M. PELTIER ; arrêt *X. Malisse et Y. Wickmayer c. AMA et Fédération flamande de tennis*, 13 février 2012, 4A_428/2011, cons. 3.2.3 ; *Rev. arb.*, 2012, p. 653, note S. BESSON.

²⁵ Trib. féd. suisse, *Lazutina*, préc. Selon le Tribunal fédéral, le système TAS « remédie [...] aux inconvénients liés au caractère fréquemment international des litiges sportifs » en ayant « le mérite d'assurer une certaine unité de doctrine dans les décisions rendues » (A.T.F. 129 III 457).

²⁶ BGH, *Pechstein c. ISU*, préc. Selon la Cour, l'équité des compétitions sportives suppose notamment « une application uniforme des règles antidopage, laquelle, actuellement, ne peut être garantie que par le TAS en tant que tribunal arbitral mondialement reconnu » (§ 62, traduction libre de la version anglaise disponible sur le site internet du TAS).

²⁷ Arrêt commenté, § 98.

²⁸ En ce sens, voy. C. CHAINAIS, « Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable », in L. Milano (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2016, p. 267, spécialement pp. 310 et s.

solution équilibrée. La réalité est que les sportifs sont, si ce n'est en droit au moins en fait, contraints d'abandonner leur droit au juge étatique. Si cela peut être acceptable, c'est à la condition que toutes les garanties du droit au procès équitable leur soient offertes.

Le choix fait par la Cour en faveur de cette dernière solution est riche de potentialités. Il invite en effet à s'interroger sur le respect par le TAS de l'article 6, § 1^{er}, au-delà des seules garanties qui étaient en cause en l'espèce. Le droit à un jugement rendu publiquement? Malgré le principe de publicité de l'issue des procédures d'appel posé par le code de l'arbitrage en matière de sport (code TAS)²⁹, la publication intégrale des sentences rendues reste relativement rare³⁰. Le droit d'accès effectif à un tribunal? Malgré l'existence d'une procédure gratuite devant le TAS³¹ et de la possibilité de bénéficier de son fonds d'assistance judiciaire³², il n'est pas exclu que certains sportifs détournés sans leur consentement des juridictions étatiques, ni n'entrent dans le champ de la première, ni ne puissent bénéficier du second sans pour autant disposer de ressources considérables. Plus généralement, le raisonnement suivi par la Cour au sujet de l'applicabilité de l'article 6, § 1^{er}, pourrait inciter les arbitres du TAS et le Tribunal fédéral suisse en tant que juge de l'annulation à formellement appliquer la Convention, concernant bien sûr le droit au procès équitable, mais aussi les droits substantiels qu'elle consacre³³.

À s'en tenir à une lecture stricte de l'arrêt, il pourrait être éventuellement et théoriquement envisageable de limiter l'exigence du respect de l'article 6, § 1^{er}, aux seuls cas où l'arbitrage forcé concerne un sportif professionnel. Il est vrai, tout d'abord, que, pour considérer le litige soumis au TAS par Madame Pechstein comme portant sur des «droits et obligations de caractère civil», la Cour s'est fondée, en application de sa jurisprudence³⁴, sur le fait que «le droit de pratiquer une profession se trouv[ait] en jeu»³⁵. Il est tout aussi vrai, ensuite, que, pour qualifier de forcé l'arbitrage auquel Madame Pechstein avait

²⁹ Art. R59 du code TAS.

³⁰ Par exemple, pour l'année 2018, alors que des centaines de sentences sont censées avoir été rendues, seules vingt et une d'entre elles étaient disponibles dans la base de données en ligne du TAS au 1^{er} avril 2019.

³¹ Art. R65.2 du code TAS.

³² Directives sur l'assistance judiciaire au TAS, entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2013.

³³ En ce sens, voy. FR. LATTY, «Le TAS marque des points devant la CEDH», *op. cit.*, spécialement p. 35; J. GUILLAUMÉ, *J.D.I.*, 2019, comm. 8. Sur les réticences passées, voy. M. MAISONNEUVE, «Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes», *R.D.L.F.*, 2017, chron. n° 9, consultable à l'adresse: www.revuedlf.com, et *Cah. dr. sport.*, 2017, n° 47, p. 45.

³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 41.

³⁵ Arrêt commenté, § 58.

participé, la Cour s'est appuyée de manière déterminante sur la restriction à sa vie professionnelle qu'aurait entraîné la non-acceptation de la clause TAS. Une telle lecture, à la supposer pertinente, serait très difficile, si ce n'est impossible, à mettre en œuvre en pratique compte tenu du flou qui entoure la distinction entre sportifs professionnels et sportifs amateurs : entre les vrais professionnels et les purs amateurs, il existe en effet une large zone grise. Surtout, elle ne serait pas opportune. Pourquoi les sportifs amateurs contraints d'avoir recours au TAS n'auraient pas eux aussi droit à toutes les garanties de l'article 6, § 1^{er}? On voit mal comment, au moins dans l'esprit, justifier deux procédures distinctes. Au-delà de toute argutie juridique, rien ne saurait justifier que l'exigence du droit au procès équitable ne s'impose pas à tous les arbitrages forcés. Tout devrait en outre concourir, en particulier lorsque ces arbitrages portent sur des droits fondamentaux, à ce que le respect de ce droit soit entendu de manière exigeante.

II. Un droit au procès équitable exigeant ?

Le grief tiré du manque d'indépendance et d'impartialité structurelles du TAS mérite une attention particulière pour mesurer le degré d'exigence dont a fait preuve la Cour européenne des droits de l'homme. À la différence du grief tiré du manque d'indépendance et d'impartialité personnelles de certains des arbitres ayant jugé les affaires des requérants³⁶, fondé sur des circonstances particulières, ce grief posait en effet une véritable question de principe. Contrairement au grief tiré de la violation du droit à une audience publique, dont le bien-fondé ne faisait guère de doute dès lors que la Cour avait admis que Madame Pechstein devait se voir offrir toutes les garanties de l'article 6, § 1^{er}, la question du manque d'indépendance et d'impartialité structurelles du TAS pouvait être discutée. Si le Tribunal fédéral suisse et la Cour fédérale de justice allemande avaient déjà eu l'occasion d'y répondre, chacune dans un sens favorable au TAS, ni la réponse de l'une ni celle de l'autre n'emportaient totalement la conviction.

³⁶ Dans l'affaire *Mutu*, la Cour a estimé que le fait qu'un arbitre ait déjà siégé dans un tribunal arbitral ayant eu à connaître des mêmes faits ne constituait pas un manquement au droit à un procès équitable dès lors que les questions juridiques posées aux deux formations étaient nettement distinctes : le principe de la responsabilité contractuelle du requérant dans le premier cas ; le *quantum* des dommages-intérêts devant être versés à la partie lésée dans le second cas (§ 164). Dans l'affaire *Pechstein*, la Cour a rejeté le grief tiré du manque d'impartialité du président de la formation arbitrale, au motif que les allégations de la requérante, selon lesquelles le fait qu'il aurait toujours refusé d'être nommé comme arbitre par un athlète accusé de dopage révélerait un préjugé à leur égard, étaient trop vagues et hypothétiques (§ 150).

La réponse du Tribunal fédéral suisse pouvait être critiquée pour s'être contentée d'apprécier l'indépendance et l'impartialité structurelles du TAS par rapport à chaque institution sportive prise isolément sans s'être intéressée à l'influence que les institutions pouvaient collectivement avoir sur lui³⁷. Fantasme ou réalité, l'existence d'une « solidarité de classe » entre les institutions sportives est une idée que l'on ne saurait tenir pour si absurde qu'elle ne mériterait même pas d'être examinée. La réponse de la Cour fédérale de justice allemande n'encourait pas cette critique. Il pouvait en revanche lui être reproché d'avoir tenu pour inopérante l'éventuelle influence collective des institutions sportives sur le TAS, au moins dans les affaires de dopage, en se fondant sur un argument discutable : celui de l'intérêt partagé³⁸. En substance, dans la mesure où, au-delà des parties en litige, les institutions et les athlètes ont le même intérêt à un sport « propre », peu importerait que les unes, et non les autres, soient indirectement impliquées dans l'administration du TAS, notamment dans la constitution de sa liste fermée d'arbitres. C'était toutefois oublier que, si les athlètes en général n'ont pas plus intérêt que les institutions sportives à ce que figurent sur cette liste des personnes laxistes à l'égard du dopage, les premiers peuvent avoir plus intérêt que les secondes à ce que les arbitres du TAS se montrent vigilants quant au respect des droits fondamentaux. La fin justifie peut-être les moyens pour les institutions sportives ; pas nécessairement pour les athlètes.

La réponse de la Cour européenne des droits de l'homme, reconnaissant elle aussi l'indépendance et de l'impartialité structurelles du TAS, a le mérite de reposer sur un raisonnement qui n'élude pas l'éventuelle solidarité entre institutions sportives ni ne recourt au faux-semblant de l'intérêt commun. Est-il pour autant pleinement convaincant ? Le financement du TAS par les institutions sportives ? Pour la Cour, cela ne permettrait pas plus de déduire un manque d'indépendance et d'impartialité à l'égard des athlètes que concernant les juridictions nationales financées par le budget de l'État dans les litiges

³⁷ Le refusant encore dernièrement, voy. arrêt *RFC Seraing c. FIFA*, 20 février 2018, 4A_260/2017, cons. 3.4.3 ; *Rev. arb.*, 2018, p. 667, note M. MAISONNEUVE.

³⁸ BGH, *Pechstein c. ISU*, préc., § 32 : « une influence déterminante de la fédération impliquée dans la présente affaire ne peut être déduite du fait que les fédérations et les comités olympiques ont globalement une importante influence dans la composition de la liste des arbitres. Une position prédominante de la fédération impliquée dans la présente procédure vis-à-vis de l'athlète lors du choix des arbitres pourrait seulement être déduite de cela si 'fédérations' et 'athlètes' étaient considérés comme deux 'camps' s'affrontant l'un à l'autre et mus par des intérêts opposés, ainsi que ce peut être le cas dans d'autres secteurs, par exemple pour les différends impliquant des employeurs et des employés. Cependant, 'fédérations' et 'athlètes' ne représentent pas de tels camps opposés » (traduction libre de l'anglais).

opposant des justiciables à ce dernier³⁹. Si l'analogie a ses limites, il est vrai qu'il n'existe guère de mode alternatif et réaliste de financement permettant à ce jour d'offrir aux athlètes une procédure gratuite, ou à tout le moins peu coûteuse, que le droit d'accès effectif à un tribunal commande⁴⁰. Le pouvoir du secrétaire général du TAS d'attirer l'attention de la formation arbitrale sur des questions de principe après le délibéré? La Cour ne s'est pas prononcée, se bornant à relever que, en l'espèce, Madame Pechstein, qui était la seule à en tirer argument, n'apportait pas la preuve que la sentence rendue à son propos aurait été modifiée à la suite d'une intervention du secrétaire général⁴¹. On voit toutefois mal comment un requérant pourrait apporter une telle preuve dès lors que ni l'intervention elle-même ni ses éventuelles conséquences ne sont en tout état de cause portées à la connaissance des parties. Dans ces conditions, il aurait été souhaitable que la Cour prenne position dans l'absolu sur le pouvoir d'intervention du secrétaire général du TAS⁴². Le mécanisme de constitution de la liste de ses arbitres, laquelle constitue une liste fermée? C'était le principal élément juridique permettant de donner prise à un défaut d'indépendance et d'impartialité structurelles du TAS et la Cour s'est donc plus longuement attardée sur lui.

La liste des arbitres du TAS est constituée par le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS)⁴³. À l'époque des faits⁴⁴, elle devait être composée de trois cinquièmes de personnes sélectionnées parmi celles proposées, pour un cinquième chacun, par le Comité international olympique (CIO), les fédérations sportives internationales (FI) et les comités nationaux olympiques (CNO); d'un cinquième de personnes choisies «après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes»; et d'un cinquième de personnes choisies parmi des «personnes indépendantes» des institutions sportives susmentionnées, ce qui *a contrario* pouvait laisser penser que les autres personnes figurant sur la liste des arbitres du TAS n'avaient pas à l'être. Si l'on ajoute à cela que le CIAS lui-même était composé, si ce n'est «totalement de personnalités issues de ces instances», comme on peut le lire dans l'ar-

³⁹ Arrêt commenté, § 151.

⁴⁰ Sur ce point, voy. Trib. féd. suisse, *Lazutina*, préc.

⁴¹ Arrêt commenté, § 158.

⁴² D'un côté, il ne dispose que d'un pouvoir de suggestion, et non de modification, qui peut éventuellement se justifier au regard de l'objectif d'unité de jurisprudence. D'un autre côté, il s'agit de l'intervention d'un tiers à la formation de jugement dans le processus de décision sans que la teneur de cette intervention ne soit soumise à la discussion des parties.

⁴³ Art. S6.4 du code TAS.

⁴⁴ Art. S14 du code TAS, version 2004.

rêt⁴⁵, mais au moins, sans que cela n'ait à ce jour changé, de personnes directement désignées par le CIO, les FI et les CNO (douze sur vingt) et indirectement par eux (les huit derniers membres étant désignés par les autres membres du CIAS)⁴⁶, il était difficile de nier que les institutions sportives avaient structurellement une influence sur la constitution de la liste des arbitres du TAS que les athlètes n'avaient pas. La Cour l'a d'ailleurs admis.

Elle a toutefois estimé que cela ne suffisait pas à prouver un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS. La motivation de l'arrêt sur ce point central mérite d'être intégralement citée : «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»⁴⁷. Cette motivation est discutable à plus d'un titre.

Elle l'est, en premier lieu, du point de vue de la logique juridique. Le fait que des considérations relatives à la structure du TAS et à l'indépendance et l'impartialité personnelles de ses arbitres soient mêlées peut, à la limite, se concevoir concernant le respect du droit à un tribunal impartial. La démarche objective permettant d'apprécier si ce droit a été méconnu ou non peut en effet se comprendre comme consistant à se demander si, indépendamment du comportement subjectif de tel ou tel juge, des faits vérifiables autorisent à suspecter un parti pris ou un préjugé de la part de ses membres. En revanche, exiger que des considérations structurelles prouvent un manque d'indépendance et d'impartialité personnelles des juges est un non-sens s'agissant du droit à un tribunal indépendant, en tout cas du point de vue de la jurisprudence européenne. Aux termes de celle-ci, le respect de ce droit se vérifie notamment sur la base de critères de nature statutaire, comme les modalités de nomination et la durée du mandat des membres du tribunal, ou l'existence de garanties suffisantes contre les pressions extérieures⁴⁸. C'est pourtant bien au motif que l'influence structurelle des institutions sportives sur le mode de constitution de la liste des arbitres du TAS ne permettait pas de prouver un manque d'indépendance et d'impartialité personnelles des individus la composant que la Cour a conclu en l'espèce

⁴⁵ Arrêt commenté, § 154.

⁴⁶ Art. S4 du code TAS.

⁴⁷ Arrêt commenté, § 157.

⁴⁸ Arrêt commenté, § 140, se référant à l'arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997 (§ 73) et à l'arrêt *Brudnicka e.a. c. Pologne* du 3 mars 2005 (§ 38).

à la non-violation, non seulement du droit à un tribunal impartial, mais aussi du droit à un tribunal indépendant.

Ce faisant, la Cour n'est pas loin d'avoir exigé de Madame Pechstein, qui était la seule à mettre en cause le manque d'indépendance et d'impartialité structurelles du TAS, une preuve impossible à rapporter. Il paraît en effet ressortir *a contrario* de l'arrêt qu'elle aurait pu aboutir à une autre conclusion si la requérante avait «présenté des éléments factuels permettant de douter en général de l'indépendance et de l'impartialité»⁴⁹ des personnes composant la liste des arbitres du TAS. Cela veut-il dire qu'il aurait fallu qu'elle étudiat dans le détail le *curriculum vitae* des plus de trois cents personnes que comptait cette liste de manière à déceler des liens passés ou actuels entre la majorité d'entre eux et les institutions sportives? Aurait-ce seulement été pertinent? Il est en effet évident que la plupart des juristes s'intéressant au droit du sport ont ou ont eu des liens avec des institutions sportives. En tirer argument pour conclure à un manque d'indépendance et d'impartialité du TAS reviendrait à exiger de manière absurde que ses arbitres ne soient pas des spécialistes. Aurait-il alors fallu que Madame Pechstein prouve des liens particulièrement étroits entre la plupart des arbitres du TAS et les institutions sportives? On ose espérer que c'est peine perdue. Qu'aurait-elle donc dû prouver pour convaincre la Cour? Que les sentences du TAS seraient largement défavorables aux athlètes et corrélativement largement favorables aux institutions sportives? Une étude statistique n'aurait guère d'intérêt. Ce n'est évidemment pas parce qu'une partie perd son procès arbitral que cela témoigne d'un quelconque manque d'indépendance ou d'impartialité des juges à son égard. Si la statistique peut, à la limite, fournir un indice, la seule preuve véritablement décisive serait une étude indépendante des sentences du TAS analysant sur le fond un nombre représentatif de décisions selon une méthode scientifique. C'est là un travail titanesque qui reste encore à réaliser par la doctrine et que l'on ne saurait exiger d'un requérant devant la Cour.

La motivation de la Cour est, en second lieu, discutable en raison de son caractère lacunaire. Bien que la Cour ait annoncé se prononcer d'une manière générale sur un éventuel «problème structurel tenant à un déséquilibre entre les fédérations et les athlètes dans le mécanisme de nomination des arbitres»⁵⁰, la Cour n'a que partiellement répondu à ce moyen. Elle n'y a en effet répondu que sous l'angle de la constitution de la liste fermée des arbitres du TAS. Or, il y avait un autre élément que mettait en avant Madame Pechstein concernant la

⁴⁹ Arrêt commenté, § 157.

⁵⁰ *Ibid.*, § 152.

nomination des arbitres⁵¹ : le fait que, pour les litiges relevant de la procédure dite d'appel du TAS, le président des formations collégiales soit choisi sur la liste des arbitres par le président de la chambre d'appel⁵². C'était un argument qui aurait mérité d'être expressément examiné. Le président de la chambre d'appel est en effet un membre du CIAS et il existe, comme l'a reconnu la Cour elle-même, un « certain lien entre le CIAS et des organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes lors d'éventuels litiges portés devant le TAS »⁵³. Dans ces conditions, compte tenu de l'importance du rôle joué par le président de la formation arbitrale dans la solution du litige, il y avait là un élément qui n'était pas étranger à la question posée concernant l'indépendance et l'impartialité structurelles du TAS. De là à conclure que, en ne le faisant pas apparaître dans sa motivation, la Cour aurait méconnu le droit qu'a toute personne à ce que « *sa cause soit [effectivement] entendue* »⁵⁴, il n'y a qu'un pas.

En troisième lieu, la motivation de la Cour est discutable au regard du faible poids qu'elle a accordé à la théorie des apparences. Si celle-ci est bien mentionnée au stade des principes applicables⁵⁵, elle disparaît ensuite quasiment du raisonnement. En vertu de la jurisprudence de la Cour, le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance du tribunal est ainsi un critère d'appréciation de l'indépendance d'un tribunal. Les apparences, selon l'adage « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* »⁵⁶, peuvent aussi avoir de l'importance pour apprécier le caractère indépendant et impartial d'un tribunal. Un athlète opposé à une institution sportive devant le TAS en « appel » peut-il avoir des appréhensions objectivement justifiées le conduisant à légitimement douter de l'indépendance et de l'impartialité du TAS ?

Une réponse positive n'aurait pas été inconcevable⁵⁷. Il faut en effet se mettre à la place de l'athlète à qui son avocat annoncerait qu'il pourra certes en principe choisir un arbitre⁵⁸, mais qu'il devra obligatoirement le choisir sur

⁵¹ Arrêt commenté, § 124.

⁵² Art. R59 du code TAS.

⁵³ Arrêt commenté, § 154.

⁵⁴ Art. 6, § 1^{er}, de la Convention. Sur l'exigence d'effectivité du droit à être entendu, voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Donadzé c. Géorgie*, 7 mars 2006, § 31 ; Gde Ch., arrêt *Perez c. France*, 12 février 2004, § 80 ; arrêt *Kraska c. Suisse*, 19 avril 1993, § 30 ; arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, § 59.

⁵⁵ Arrêt commenté, § 140.

⁵⁶ *Ibid.*, § 143.

⁵⁷ En ce sens, voy. A. RIGOZZI, « L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux », *Revue de droit suisse*, 2013, vol. 132, p. 301, spécialement pp. 304 et s.

⁵⁸ Art. R48 du code TAS.

une liste fermée⁵⁹ constituée par le CIAS⁶⁰, un organisme composé de membres directement et indirectement désignés par des institutions sportives⁶¹; que si cet organisme est maintenant libre de la composition de cette liste⁶², une bonne partie des personnes y figurant ont été choisies avant le 1^{er} février 2012, à une époque où – comme lorsque Madame Pechstein a dû choisir un arbitre – trois cinquièmes d’entre elles devaient l’être parmi des noms proposés par des institutions sportives et où un cinquième seulement devait formellement l’être parmi des personnes indépendantes de ces institutions⁶³; qu’un arbitre figurant sur cette liste peut théoriquement ne pas être renouvelé à l’issue de son mandat de quatre ans, par une simple décision implicite du CIAS⁶⁴, lequel a un « certain lien »⁶⁵ avec les institutions sportives; que rien n’interdit à ce jour à l’institution sportive à laquelle il est opposé de nommer systématiquement le même arbitre lorsqu’elle est partie à une procédure devant le TAS⁶⁶, ce qui, pour certaines fédérations, arrive plusieurs dizaines de fois par an; que le président de la formation arbitrale, dont la voix est décisive en cas de partage des voix entre les deux co-arbitres, est choisi par le président de la chambre d’appel⁶⁷, lequel est un membre du CIAS élu par ses pairs⁶⁸, une majorité de ceux-ci étant directement désignés par des institutions sportives; que s’il veut demander la récusation d’un arbitre, il devra adresser sa demande à une commission du CIAS⁶⁹; et, enfin, que le secrétaire général du TAS, nommé par le CIAS, a le pouvoir d’attirer l’attention de la formation arbitrale sur des questions de principe fondamentales avant la signature de la sentence⁷⁰.

Pour la Cour, et alors même qu’à l’époque des faits, le système de composition par cinquième de la liste des arbitres du TAS était encore en vigueur, ce n’était pas assez pour remettre en cause, ne serait-ce qu’en apparence, l’indépendance et l’impartialité du TAS. Que les apparences soient éventuellement trompeuses, c’est une chose; qu’elles ne soient pas ici mieux considérées que des éléments d’une quelconque théorie du complot, c’en est une autre qui

⁵⁹ Art. R33 du code TAS.

⁶⁰ Art. S6.4 du code TAS.

⁶¹ Art. S4 du code TAS.

⁶² Art. S14 du code TAS.

⁶³ Art. S14 du code TAS, version 2004.

⁶⁴ Art. S13 du code TAS.

⁶⁵ Arrêt commenté, § 143.

⁶⁶ Le Tribunal fédéral suisse a en effet pour l’heure laissé la question ouverte. Voy. arrêt X. c. UCI et fédération Z., 9 octobre 2012, 4A_110/2012, *Rev. arb.*, 2013, p. 802, note M. PELTIER.

⁶⁷ Art. S4 du code TAS.

⁶⁸ Art. S6.2 du code TAS.

⁶⁹ Art. S6.5 et R34 du code TAS.

⁷⁰ Art. R59 du code TAS.

procède d'une conception de la théorie des apparences avec laquelle deux des juges qui composaient la chambre ayant rendu l'arrêt, dont la juge suisse, ont exprimé leur désaccord⁷¹.

Le peu de cas fait des apparences dans l'arrêt commenté est d'autant plus critiquable que, au moins s'agissant de certains des points susceptibles de laisser place au doute, il existe des remèdes simples à appliquer qui rassureraient les athlètes sans nuire au bon fonctionnement du TAS. Sans même aller jusqu'à ouvrir la liste des arbitres du TAS, comme cela est néanmoins suggéré par l'opinion séparée accompagnant l'arrêt commenté⁷² et par une partie de la doctrine⁷³, il serait par exemple envisageable de créer une liste spéciale d'arbitres au sein de laquelle les présidents de formation arbitrale ou les arbitres uniques seraient choisis⁷⁴ aléatoirement⁷⁵ ou à tour de rôle, sous réserve de leur disponibilité, de leur maîtrise de la langue de l'arbitrage et bien sûr de l'absence de motifs de récusation connus. Il pourrait même être envisagé que plusieurs noms soient tirés au sort ou proposés par rotation, de manière à laisser une place au choix des co-arbitres. Un tel système présenterait l'avantage de mettre fin aux doutes liés à l'actuel choix discrétionnaire par le président de la chambre d'appel tout en garantissant que l'arbitrage soit mené par un arbitre expérimenté connaissant bien la jurisprudence du TAS. Ce dernier vient d'ailleurs de faire un premier pas en ce sens en prévoyant la création d'une telle liste pour les affaires soumises à sa nouvelle chambre antidopage⁷⁶. Il s'agit toutefois d'un pas encore insuffisant. Si les deux co-arbitres ne parviennent pas à s'entendre sur le nom d'un président, ou si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur le nom de l'arbitre unique, c'est au président de la chambre qu'il reviendra de le choisir librement. Un système de liste rotative, à l'image de celui prévu par le code du Centre de règlement des différends sportifs du Canada⁷⁷, aurait peut-être été plus opportun. Le refus du TAS de mettre en œuvre de tels remèdes ne peut que renforcer la suspicion. Il est vrai que le brevet d'indépendance et d'impartialité que lui a décerné la Cour européenne des droits de l'homme ne l'y obligeait en aucune façon.

⁷¹ Opinion commune en partie dissidente, en partie concordante des juges Keller et Serghides, § 15.

⁷² *Ibid.*, § 14.

⁷³ A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, *op. cit.*, n^{os} 569 et s., spécialement n^o 575; P. ZEN-RUFFINEN, *op. cit.*, spécialement p. 535.

⁷⁴ En ce sens, voy. A. RIGOZZI, *ibid.*

⁷⁵ En ce sens, P. ZEN-RUFFINEN, *ibid.*

⁷⁶ Art. A9 du règlement d'arbitrage de la chambre antidopage du TAS. Sur cette chambre, voy. M. MAISONNEUVE, « La chambre antidopage du TAS », in C. Chaussard et Th. Chiron (dir.), *Le dispositif de lutte contre le dopage – Évolutions et perspectives*, LexisNexis, Paris, 2019, à paraître.

⁷⁷ Art. 6.8 du code canadien de règlement des différends sportifs.

La seule évolution du code TAS imposée par l'arrêt commenté concerne la publicité des débats. La Cour a en effet jugé fondé le grief tiré d'une violation de son droit à une audience publique soulevé par Madame Pechstein. À l'époque des faits, le code TAS faisait de la non-publicité des débats un principe quasi absolu. Seul un accord contraire des parties permettait d'y déroger⁷⁸. Depuis le 1^{er} janvier 2019, le principe a été aménagé. Le principe de non-publicité persiste, mais, dans les affaires de nature disciplinaire soumises à la procédure d'appel du TAS, une personne physique partie a le droit de demander à ce que l'audience se déroule en public, laquelle demande ne peut être rejetée que dans des cas particuliers⁷⁹. Les principales conséquences de l'arrêt ont été tirées. La Cour n'a en effet pas rendu obligatoire une audience publique dans toutes les procédures TAS. À s'en tenir à la lettre de l'arrêt, elle a seulement exigé que les parties qui n'ont pas librement ou de manière non équivoque renoncé aux garanties de l'article 6, § 1^{er}, puissent obtenir une telle audience dans les affaires où sont en cause des sanctions infamantes portant atteinte à des droits et obligations de caractère civil et où existe une controverse sur les faits⁸⁰. La modification apportée au code TAS pourrait toutefois à la marge s'avérer insuffisante. En limitant la possibilité de demander une audience publique aux seules personnes physiques, le nouvel article R57 exclut ainsi de son champ d'application un club qui contesterait une décision présentant les caractéristiques mentionnées par la Cour, par exemple une sanction disciplinaire infligée pour des faits de corruption sportive.

Sous réserve de ces quelques interrogations marginales sur l'étendue du droit à une audience publique, l'arrêt *Mutu et Pechstein* clôt-il le débat sur la question récurrente de l'indépendance et de l'impartialité structurelles du TAS? Le débat judiciaire, c'est certain, en tout cas sous l'angle de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Le débat juridique, c'est malheureusement raté. Le TAS constitue-t-il un tribunal réellement indépendant et impartial? En l'absence de preuve contraire, ce serait faire injure à tous ceux œuvrant à son service – arbitres, membres du CIAS comme membres du greffe, dont l'intégrité individuelle n'est aucunement en cause – que de le nier. Le TAS a-t-il toute l'apparence d'un tribunal indépendant et impartial? Malgré de constantes améliorations, quelques éléments objectifs peuvent, aujourd'hui encore, indéniablement faire naître un doute dans l'esprit des sportifs, ainsi d'ailleurs que la Cour en convient. Assez pour conclure à une violation du droit à un tribunal indépendant et impartial? La réponse négative donnée par la Cour n'est pas en soi problématique. C'est

⁷⁸ Art. R57 du code TAS, version 2004.

⁷⁹ Art. R57 du code TAS.

⁸⁰ Arrêt commenté, § 182.

sa motivation qui l'est. Elle aurait pu convaincre; elle ne convainc pas, laissant même «dubitatif»⁸¹. Le fait que le TAS soit fondamentalement une bonne chose et qu'il fonctionne globalement bien ne saurait tout justifier. Un arrêt accompagné d'une opinion dissidente solidement argumentée aurait dû valoir à la demande de renvoi devant la Grande Chambre d'être acceptée; elle ne l'a pas été. Finalement, c'est à se demander, si dans cette affaire, le plus apparent ne serait pas la bienveillance dont a fait preuve la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de l'arbitrage TAS.

⁸¹ Fr. SUDRE, «Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *J.C.P.*, éd. G, 2019, doct. 32, p. 71.

Conditions d'abonnement pour 2019

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique) : 226 € HTVA

Abonnement annuel Europe (papier et électronique) : 266 € HTVA

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique) : 306 € HTVA

Abonnement électronique : 198 € HTVA

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T.: +32 (0)10 42 02 93

F.: +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2019/10.622/11

ISSN: 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

DOCTRINE

- La reconnaissance du principe de fraternité par le juge constitutionnel français : révolution ou poursuite d'une évolution ?**
par *Xavier Philippe* 565
- Le juge de Strasbourg, la lettre de la *soft law* et l'interprétation**
par *Charlotte Philippe* 579
- La protection des droits fondamentaux de la personne privée de liberté :
quelles évolutions dans la jurisprudence européenne ?**
par *Béatrice Pastre-Belda* 599

CHRONIQUE

- Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux
Chronique de jurisprudence (2018)**
par *L'Institut de droit européen des droits de l'homme* 619

JURISPRUDENCE

- L'entreprise de tendance, c'est tendance !**
(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt Egenberger, 17 avril 2018, C-414/16
et Gde Ch., arrêt IR, 11 septembre 2018, C-68/17)
par *Xavier Delgrange* 655
- Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable :
l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'homme**
(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Mutu et Pechstein c. Suisse, 2 octobre 2018)
par *Mathieu Maisonneuve* 687
- Éducation inclusive : la Cour est-elle à bonne école ?**
(obs. sous Cour eur. dr. h., décision Dupin c. France, 18 décembre 2018)
par *Johan Lievens et Marie Spinoy* 707
- Nationalité et citoyenneté, les deux visages du Janus européen
La conformité de la perte de plein droit de la nationalité d'un État membre
au regard du droit européen**
(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt Tjebbes, 12 mars 2019, C-221/17)
par *Xavier Miny et Frédéric Bouhon* 719
- Élection d'un nouveau président de la Cour européenne
des droits de l'homme** 743
- Le septième congrès contre la peine de mort** 745
- Revue des revues** 749
- Informations diverses** 755

