

L'ARBITRAGE TAS EST-IL MENACÉ ?

Mathieu MAISONNEUVE¹

Menacé : « *Qui est l'objet d'une menace et, par ext., qui est en danger, qui risque de disparaître. Une espèce menacée. Des libertés menacées* »². Assurément, l'arbitrage du Tribunal arbitral du sport (TAS) n'est pas dans la même situation que le tigre du Bengale ou le morse du Pacifique. Il ne s'est même jamais aussi bien porté qu'aujourd'hui³.

À la suite du Comité international olympique (CIO), toutes les fédérations sportives internationales ont fini par accepter la juridiction du TAS, même si ce n'est pas nécessairement pour tous leurs litiges⁴. La Fédération internationale de football association (FIFA) et l'Association

¹ Agrégé des facultés de droit. Professeur à l'Université Saint-Joseph (Beyrouth).

² *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>.

³ La présente contribution a été remaniée par rapport à la communication présentée oralement lors du colloque dont les actes sont ici publiés, afin de tenir compte de l'important arrêt que la Cour fédérale de justice allemande a rendu le 7 juin 2016 dans l'affaire *Pechstein c. International Skating Union* (BGH, 7 juin 2016, KZR 6/15, arrêt publié en allemand sur le site internet de la Cour, traduit en anglais par le TAS : http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Pechstein___ISU_translation_ENG_final.pdf)

⁴ Par exemple, si la Fédération internationale de l'automobile (FIA) confie au TAS le règlement final de son contentieux relatif au dopage, c'est à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI qu'elle confie la résolution juridictionnelle de son contentieux commercial, notamment pour ce qui concerne le championnat du monde de Formule 1.

internationale des fédérations d'athlétisme (IAAF), initialement réticentes, sont aujourd'hui à l'origine de la majeure partie du contentieux soumis au TAS. Depuis 1986, le nombre total de requêtes enregistrées n'a pas cessé d'augmenter jusqu'à atteindre en 2015 le chiffre record de 503⁵.

Mieux même, au moins dans le domaine du dopage, le TAS bénéficie désormais de la reconnaissance de la communauté internationale. Il est généralement admis que l'appel exclusif au TAS pour les cas impliquant des sportifs de niveau international ou découlant de la participation à une manifestation internationale figure au nombre des principes du Code mondial antidopage que, au 30 juin 2016, 183 États s'étaient engagés à respecter en signant la convention internationale de l'UNESCO de 2005 contre le dopage dans le sport⁶.

Menace : « ensemble de faits ou de signes qui font craindre un événement néfaste, qui présagent un malheur, souvent imminent »⁷. Si jusqu'ici tout va bien, les choses pourraient-elles changer ? Dans l'absolu, on ne saurait totalement l'exclure. Par sa nature même, l'arbitrage TAS⁸ est un colosse aux pieds d'argile. Deux de ses caractéristiques essentielles le fragilisent, au moins virtuellement.

La première, c'est qu'il est un arbitrage forcé⁹. Les clauses compromissaires qui le prévoient sont, si ce n'est en droit au moins en

⁵ www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Media_Release_CAS_Rio_FRA.pdf

⁶ Selon son article 4.1, « afin de coordonner la mise en œuvre de la lutte contre le dopage dans le sport aux niveaux national et international, les États parties s'engagent à respecter les principes énoncés dans le Code ». Si la Cour d'appel de Munich avait étonnamment estimé dans son arrêt *Claudia Pechstein c. International Skating Union (ISU)* du 15 janvier 2015 (OLG München, Az. U1110/14 Kart, trad. anglaise A. Duval, « *The Pechstein Ruling of the OLG München* », <http://ssrn.com/abstract=2561297>) que le recours au TAS prévu par l'article 13.2.1 du Code ne faisait pas partie de ces principes (§85), la Cour fédérale de justice allemande a quant à elle confirmé en cassation dans son arrêt du 7 juin 2016 précité que tel était bien le cas (§58).

⁷ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition : <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm>

⁸ Par cette expression, on ne vise pas tous les arbitrages organisés sous l'égide du TAS, mais seulement ceux, majoritaires, portant sur des litiges sportifs *stricto sensu*, par opposition à ceux, minoritaires, portant sur des litiges commerciaux sportifs. Les premiers sont des litiges opposant des membres du Mouvement sportif à propos d'une décision d'une institution sportive ou au moins mettant en cause une règle édictée par une institution sportive. C'est par exemple le cas de litiges nés de décisions de la FIFA portant sur des transferts de joueurs ou de sanctions disciplinaires infligées par une institution à un athlète ou un club. Ces litiges relèvent généralement de la procédure dite d'appel du TAS. Les seconds sont des litiges commerciaux ayant le sport comme décor. Comme un litige opposant un organisateur de manifestations sportives à l'un de sponsors ou un joueur à son agent. Ils relèvent normalement de la procédure dite ordinaire du TAS.

⁹ C'est là un constat généralement partagé. En ce sens, v. notamment A. Pinna, « *Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport* », *Gaz. Pal.*, 19-20 mai 2004, p.38. – A. Rigozzi,

fait, plus imposées qu'acceptées par leurs destinataires. C'est là un élément nécessaire de l'arbitrage en matière sportive. C'est la condition de la réalisation de l'une de ses principales raisons d'être, à savoir assurer le respect de l'égalité des compétiteurs devant la justice. Il est de l'essence de la compétition sportive que les mêmes règles s'appliquent aux participants et qu'elles soient appliquées de la même façon. Si chaque athlète ou club pouvait librement décider de saisir le TAS ou une juridiction étatique, susceptible de varier au gré de la nationalité des parties et des diverses règles de compétence nationale, appliquant des droits variables, cela n'y contribuerait guère. Le caractère imposé de l'arbitrage au profit d'une unique institution d'arbitrage est la condition de l'existence souhaitable d'une véritable « *Cour suprême du sport mondial* »¹⁰ de nature privée.

La deuxième caractéristique de l'arbitrage TAS, c'est qu'il est un arbitrage lié aux institutions sportives transnationales. C'est cette fois un élément congénital, qui tient à ses origines mêmes. Si cela n'avait tenu qu'à eux, le CIO et les fédérations sportives internationales auraient continué à interdire tout recours en justice comme ils ont pendant longtemps réussi à le faire avec succès. L'arbitrage en matière sportive n'est pas apparu comme une solution idéale. Simplement comme un moindre mal. Une solution permettant *a priori* de satisfaire au droit fondamental au juge tout en évitant autant que possible l'intervention des juridictions étatiques dans les affaires sportives. Créé par le CIO, et même s'il a gagné en indépendance depuis, le TAS est aujourd'hui encore largement financé et indirectement administré par les institutions sportives internationales. Ce lien entre le TAS d'un côté, et le CIO et les fédérations sportives internationales de l'autre, n'est pas un mal en soi. Cela a grandement contribué au développement du TAS ; cela participe aujourd'hui encore de l'acceptabilité de ses sentences par les institutions sportives ; et, surtout, cela permet un arbitrage à un coût relativement faible. C'est parce que le TAS n'est pas seulement financé par les parties qu'il peut offrir des procédures gratuites ainsi qu'un fond d'assistance judiciaire.

Dans la réalité juridique, s'agit-il toutefois d'éléments laissant planer une véritable menace sur l'arbitrage TAS ? Plus précisément, constituent-

L'arbitrage international en matière de sport, Bâle, Bruylant/LGDJ/Helbing & Lichtenhahn, 2005, spéc. p.179. – F. Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, spéc. p.535 et s. – M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, spéc. P.208 et s. et p.292 et s. – P. Zen-Ruffinen, « *La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport* », in *Mélanges D. Oswald*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2012, p.483, spéc. p.489 et s.

¹⁰ Selon l'expression du président Samaranch, citée par K. Mbaye, in *Recueil TAS*, II, p.X.

ils des moyens contentieux faisant peser un danger existentiel sur cette forme particulière d'arbitrage ? Ce n'est pas évident.

À notre connaissance, aucun jugement ou arrêt définitif n'a jamais radicalement remis en cause l'une de ses caractéristiques fondamentales. Tant le Tribunal fédéral suisse que, plus récemment, la Cour fédérale de justice allemande, ont notamment délivré un label de « bonne justice » à l'arbitrage TAS. Il a certes pour cela fallu surmonter quelques obstacles. En Suisse, avant l'arrêt *Lazutina*¹¹, il y a ainsi eu l'arrêt *Gündel*¹² qui avait contraint le TAS à renforcer son indépendance structurelle pour que les sentences rendues sous son égide puissent être regardées comme véritablement arbitrales dans les affaires où le CIO était partie. Dans le volet allemand de l'affaire *Pechstein*, l'arrêt de la Cour fédérale¹³ a été précédé d'un arrêt de la Cour d'appel Munich¹⁴ bien plus critique à l'égard du TAS. Mais, exception faite du jugement rendu en 1^{re} instance dans cette dernière affaire¹⁵, même ces arrêts passés ou annulés n'engageaient pas le pronostic vital de l'arbitrage TAS. Ils ne condamnaient par principe ni le caractère forcé de ce type d'arbitrage, ni les liens entre le TAS et le Mouvement sportif. Ils incitaient seulement à un renforcement de l'indépendance à l'égard des institutions sportives sans pour autant exiger que le cordon ombilical ne soit totalement coupé.

À ce jour, d'autres affaires intéressant le TAS restent pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) et devant la Cour fédérale de justice allemande. Quelle que soit leur issue, elles ne présentent aucun risque pour l'avenir de l'arbitrage TAS. Dans le cas où elle donnerait raison aux requérants dans les affaires *Mutu*¹⁶ et *Pechstein*¹⁷, la Cour EDH obligerait « au pire » le TAS à mieux respecter le droit au procès équitable¹⁸. Dans l'hypothèse où elle confirmerait l'arrêt

¹¹ Arrêt du 27 mai 2003, *L. Lazutina et D. Danilova c. CIO, FIS et TAS*, ATF 129 III 445 ; Bull. ASA, 2003, p.601 ; JDI, 2003, p.1096, note A. Plantey ; Rev. arb., 2005, p.181, chron. P.-Y. Tschanz et I. Fellrath Gazzini.

¹² Arrêt du 15 mars 1993, *E. Gündel c. FEI et TAS*, ATF 119 II 271 ; Rec. TAS, I, p.545 ; Bull. ASA, 1993, p.398, note G. Schwaar ; Intern. arb. rep., vol. 8, n°10, 1993, p.12, note J. Paulsson ; RSDIE, 1994, note F. Knoepfler.

¹³ BGH, 7 juin 2016, préc. – S. 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)* », SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2800044>

¹⁴ OLG München, 15 janvier 2015, préc. ; Rev. arb., 2015, p.909, chron. M. Maisonneuve.

¹⁵ LG München I, 26 février 2014, *Clandia Pechstein c. ISU*, 37 O 28331/12 ; Rev. arb., 2014, p.670, chron. M. Maisonneuve.

¹⁶ Req. n°4575/10 introduite le 13 juillet 2010, *Adrian Mutu c. Suisse*.

¹⁷ Req. n°67474/10 introduite le 11 novembre 2010, *Clandia Pechstein c. Suisse*.

¹⁸ Une troisième requête intéressant le TAS est pendante devant la Cour EDH, même si, directement, elle ne porte que sur la procédure suivie devant le Tribunal fédéral suisse statuant en tant que juge de l'annulation (req. n°7198/07 introduite le 13 février 2007, *Erwin Bakker c/ Suisse*).

rendu par la Cour d'appel de Brême le 30 décembre 2014 dans l'affaire *SV Wilhelmsbaven*¹⁹, la Cour fédérale de justice n'imposerait au TAS qu'une meilleure prise en considération du droit de l'Union européenne dans la résolution au fond des litiges portés devant lui²⁰. Tout ou partie de cela ne serait pas sans conséquence sur l'organisation et le fonctionnement du TAS. Cela ne serait toutefois pas une catastrophe et peut-être même une bonne chose.

On se gardera bien d'affirmer que toute menace sur l'avenir de l'arbitrage TAS serait à jamais écartée. On ne peut en revanche que constater que, pour le moment, la menace s'est considérablement éloignée. Que certains recours contentieux puissent inciter ou imposer des améliorations est une chose ; que l'arbitrage TAS soit menacé dans son existence même en est une autre. En d'autres termes, s'il existe bien quelques incertitudes juridiques (II), nul danger existentiel ne le guette dans l'immédiat (I).

I – Les dangers existentiels écartés

Deux risques contentieux seraient susceptibles de porter atteinte aux caractéristiques fondamentales de l'arbitrage TAS : que le consentement des sportifs ne soit pas jugé suffisamment libre pour pouvoir valablement donner naissance à des conventions d'arbitrage en sa faveur ; que le TAS ne soit pas regardé comme suffisamment indépendant pour que les sentences rendues sous son égide soient qualifiées de véritablement arbitrales ou pour qu'elles soient reconnues à l'étranger. Ces risques ont été écartés par les principales juridictions qui ont eu à se prononcer sur la nature des sentences TAS (A) et sur la validité des clauses TAS (B).

¹⁹ www.oberlandesgericht.bremen.de/sixcms/media.php/13/2-U-14-067%20anonym.pdf

²⁰ Au moment de l'écriture de ces lignes, la Cour fédérale de justice avait été saisie le 29 mars 2016 d'un pourvoi en cassation (II ZR 25/15) mais sa décision n'était pas encore connue.

A – La nature des sentences TAS

Il ne saurait y avoir de véritable sentence arbitrale que rendue par un véritable tiers²¹. Pour être privée, la justice arbitrale n'en est pas moins censée être une justice. Est-ce le cas des sentences rendues par des formations agissant sous l'égide du TAS ?

Devant le juge de l'annulation, la cause est entendue. Après avoir donné une réponse partiellement négative dans l'arrêt *Gundel* en 1993²², le Tribunal fédéral suisse a en effet apporté une réponse pleinement positive en 2003 dans l'arrêt *Lazutina*²³. Selon lui, « le TAS est suffisamment indépendant du CIO, comme de toutes les autres parties qui font appel à ses services, pour que les décisions qu'il rend dans les causes intéressant cet organisme puissent être considérées comme de véritables sentences, assimilables aux jugements d'un tribunal étatique »²⁴.

Devant les juridictions de l'exécution qui ont eu à se prononcer, les choses ne sont pas différentes. S'appuyant notamment sur la jurisprudence suisse, la Cour fédérale de justice allemande a ainsi expressément jugé, dans son arrêt *Pechstein* du 7 juin 2016, que le TAS était un « vrai » tribunal arbitral rendant de véritables sentences au sens du code de procédure civile allemand²⁵. Il n'y a sur ce point pas de vraie contradiction avec l'arrêt de la Cour d'appel de Munich. Certes, pour parvenir à cette conclusion, la Cour fédérale a rejeté l'argument tiré de l'existence d'un déséquilibre structurel du TAS au profit des institutions sportives, qui avait été retenu en appel. Mais cet argument avait alors été utilisé pour remettre en cause la validité de la sentence contestée ; pas sa nature arbitrale. La Cour d'appel avait en effet laissé ouverte cette question²⁶.

D'autres juridictions nationales pourraient-elles se montrer moins favorables à la nature arbitrale des sentences TAS ? Cela paraît peu probable. D'une manière générale, la doctrine considère que la qualification de sentence arbitrale au sens de la Convention de New York doit s'apprécier par référence à la loi de l'arbitrage²⁷. Or, concernant les sentences rendues sous l'égide du TAS, il ne fait aucun

²¹ Sur cette question, v. notamment V. C. Jarrosson, « *Les frontières de l'arbitrage* », Rev. arb., 2001, p.19.

²² ATF 119 II 271, préc.

²³ ATF 129 III 445, préc.

²⁴ ATF 129 III 463. Pour une explication plus détaillée de cette solution bien connue, v. M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, spéc. p.45 et s.

²⁵ Préc., §23.

²⁶ §68.

²⁷ A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law International, 1981, spéc. p.46.

doute que le Tribunal fédéral suisse considère qu'il s'agit bien de véritables sentences au sens de la loi sur le droit international privé (LDIP) qui leur est applicable. Spécialement en matière sportive, les quelques rares décisions connues, au-delà de celles concernant le TAS dont il a été précédemment fait état, laissent apparaître une tendance à ne guère se montrer exigeant sur la qualification arbitrale.

La Cour d'appel pour le 7^e circuit des États-Unis a par exemple fait application de la Convention de New York à une décision du défunt Comité d'arbitrage de la Fédération internationale d'athlétisme (*IAAF Arbitration Panel*)²⁸, jugeant par là, au moins implicitement, qu'il s'agissait bien d'une véritable sentence arbitrale. Or, le moins que l'on puisse dire, c'est que l'indépendance structurelle de ce comité prêtait à discussion²⁹. Créé en 1982 par une modification des statuts de l'IAAF, ce comité n'était en effet qu'un simple organe de cette fédération, compétent pour connaître des litiges l'opposant à l'une de ses fédérations membres, par exemple dans le cas où elle estimerait insuffisante une sanction pour dopage prise par l'une d'elles à l'encontre d'un de ses licenciés. Même après que son organisation a été modifiée en 1999, ce comité restait composé de neuf membres tous nommés par le Conseil de l'IAAF.

À défaut de pouvoir être niée sur la base d'un prétendu manque d'indépendance du TAS, la nature arbitrale des sentences rendues sous son égide pourrait-elle l'être en s'appuyant sur le fait que l'arbitrage TAS est fondamentalement un arbitrage imposé ? Cela paraît là encore très peu probable. L'arbitrage forcé est certes rejeté hors de la notion d'arbitrage par la majorité de la doctrine³⁰, mais l'arbitrage dont il s'agit est l'arbitrage imposé par la loi³¹. Or, l'arbitrage TAS est imposé par des pouvoirs privés et non par les pouvoirs publics. Si cela ne peut que difficilement avoir d'effet sur la nature arbitrale des sentences TAS, cela pourrait à la limite en avoir un sur la validité des clauses TAS.

B – La validité des clauses TAS

Il est un constat factuel généralement admis : au moins pour ce qui concerne les litiges sportifs *stricto sensu*, les clauses TAS sont plus imposées aux sportifs par les institutions sportives qu'elles ne sont

²⁸ *Slaney v. IAAF*, 244 F.3d 580 (7th Cir. 2001).

²⁹ V. notamment, A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *op. cit.*, p.320 et s.

³⁰ V. *contra* toutefois, H. Motulsky, *Écrits*, t. 2, *études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, p.18.

³¹ En ce sens, v. notamment C. Jarrosson, « *Les frontières de l'arbitrage* », *préc.*, spéc. p.20.

librement acceptées par eux³². Quelle conséquence juridique en tirer ? Une seule serait de nature à faire vaciller l'arbitrage TAS : regarder comme nulles par principe les clauses compromissaires en faveur du TAS faute de consentement valablement donné. Le libre choix de recourir ou non à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques est en effet incompatible avec la meilleure raison d'être de cette forme particulière d'arbitrage qui est, rappelons-le, d'assurer le respect du principe d'égalité des compétiteurs devant la justice.

Pour l'heure, si l'on exclut le jugement annulé rendu en première instance par le *Landesgericht* de Munich dans l'affaire *Pechstein*³³, aucune juridiction nationale n'a, à notre connaissance, tiré une conséquence si radicale et si peu opportune³⁴. La Cour fédérale de justice allemande l'a même expressément exclue. Selon elle, pour renoncer à la justice étatique, le consentement n'a pas à être parfaitement libre. Il doit seulement être exempt de vices, notamment de violence physique, de menaces illégales ou de tromperie³⁵. Autant de vices qui n'affectent pas en principe le contentement à l'arbitrage TAS³⁶.

³² Ce que le Tribunal fédéral suisse explique en ces termes dans son arrêt *Cañas* du 22 mars 2007 : « le sport de compétition se caractérise par une structure très hiérarchisée, aussi bien au niveau international qu'au niveau national. 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 (ATF 129 III 445 consid. 3.3.3.2 p. 461). Cette différence structurelle entre les deux types de relations n'est pas sans influence sur le processus volontif conduisant à la formation de tout accord. En principe, lorsque deux parties traitent sur un pied d'égalité, chacune d'elles exprime sa volonté sans être assujettie au bon vouloir de l'autre. Il en va généralement ainsi dans le cadre des relations commerciales internationales. La situation est bien différente dans le domaine du sport. Si l'on excepte le cas - assez théorique - où un athlète renommé, du fait de sa notoriété, serait en mesure de dicter ses conditions à la fédération internationale régissant le sport qu'il pratique, l'expérience enseigne que, la plupart du temps, un sportif n'aura pas les coudées franches à l'égard de sa fédération et qu'il devra se plier, bon gré mal gré, aux desiderata de celle-ci. Ainsi l'athlète qui souhaite participer à une compétition organisée sous le contrôle d'une fédération sportive dont la réglementation prévoit le recours à l'arbitrage n'aura-t-il d'autre choix que d'accepter la clause arbitrale, notamment en adhérant aux statuts de la fédération sportive en question dans lesquels ladite clause a été insérée, à plus forte raison s'il s'agit d'un sportif professionnel. Il sera confronté au dilemme suivant : consentir à l'arbitrage ou pratiquer son sport en dilettante (sur la problématique de l'arbitrage forcé, cf. Antonio Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, n. 475 ss et n. 811 ss, avec de nombreuses références aux différentes opinions émises à ce sujet). Mis dans l'alternative de se soumettre à une juridiction arbitrale ou de pratiquer son sport "dans son jardin" (François Knoepfler/Philippe Schweizer, *Arbitrage international*, p. 137 i.f.), en regardant les compétitions "à la télévision" (Rigozzi, *op. cit.*, p. 250, note 1509 et le premier auteur cité), l'athlète qui souhaite affronter de véritables concurrents ou qui doit le faire parce que c'est là son unique source de revenus (prix en argent ou en nature, recettes publicitaires, etc.) sera contraint, dans les faits, d'opter, nolens volens, pour le premier terme de cette alternative » (ATF 133 III 243).

³³ LG München I, 26 février 2014, préc.

³⁴ D'une manière générale, sur l'inopportunité de la condamnation de principe des clauses compromissaires contenues dans des contrats d'adhésion, v. M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, *Economica*, 2013, spéc. n°140 et s.

³⁵ BGH, 7 juin 2016, préc., §53 et s. Sur ce point, la solution de la Cour fédérale est sans doute largement transposable. « En matière de vices du consentement », la question du droit

Cela ne signifie toutefois pas que les juridictions nationales refuseraient de prendre en considération la réalité matérielle. La fiction oui, mais pas totalement et pas à n'importe quelles conditions. D'une manière ou d'une autre, elles font généralement attention à vérifier que les clauses TAS ne sont pas imposées aux sportifs à leur détriment.

C'est notamment le cas du Tribunal fédéral suisse. Celui-ci examine « avec "bienveillance" le caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive dans le but de favoriser la liquidation rapide des litiges par des tribunaux spécialisés présentant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, tel le TAS »³⁷. Autrement dit, sa bienveillance est liée à sa jurisprudence *Lazutina*. S'il juge valide les clauses TAS, c'est parce qu'il a acquis la conviction que le recours à ce centre d'arbitrage était une bonne chose, pour le contentieux du sport en général, et pour les sportifs en particulier, dans la mesure où ils ne sont pas, selon lui, distraits des juridictions étatiques au profit de tribunaux arbitraux structurellement dépendants des institutions sportives auxquelles ils sont opposés. C'était d'ailleurs une conviction qu'il avait partiellement acquise dès l'arrêt *Gundel* et qui avait alors suffi pour qu'il refuse d'assimiler à un engagement excessif au sens de l'article 27 du code civil suisse les clauses TAS contenues dans les statuts et règlement des fédérations sportives internationales³⁸.

applicable est en effet d'un intérêt pratique limité, « la convergence des droits étant ici très forte. On ne constate en effet guère de différences fondamentales entre les systèmes juridiques quant à la définition du dol, de l'erreur ou de la violence pouvant vicier le consentement » (P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°527).

³⁶ Certes, des droits nationaux, à l'image du droit français, reconnaissent une forme de violence particulière – la violence économique – qui pourrait éventuellement trouver matière à s'appliquer aux clauses TAS imposées à des sportifs professionnels, compte tenu de la situation de dépendance dans laquelle ils se trouvent vis-à-vis des institutions sportives pour l'exercice de leur profession. Néanmoins, dans ce cas, la violence ne vicie pas par elle-même le consentement. Elle ne le vicie que si la partie forte exploite abusivement cette situation de dépendance à son profit. Autrement dit, même dans ce cas, le caractère forcé de l'arbitrage TAS n'est pas un problème en soi. Il n'est susceptible de le devenir que si l'arbitrage TAS se révélait structurellement défavorable aux parties faibles, ce qui obligerait le cas échéant à des réformes mais pas à en faire un arbitrage purement volontaire. Sur la violence économique en droit français, v. Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, Bull. civ., I, n°169, ainsi que le nouvel article 1143 du Code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

³⁷ ATF 133 III 235, spéc. 245. – V. également arrêt 4A_548/2009 du 20 janvier 2010, *X. c. Y. et FIFA*, consid. 4.1 ; Rev. arb. 2010, p.609, chron. M. Peltier. – Arrêt 4A_428/2011 du 13 février 2012, *M. A. et Mme B. c. AMA, et Fédération flamande de tennis*, consid. 4.1.1 ; Rev. arb., 2012, p.653, chron. S. Besson.

³⁸ Arrêt du 31 octobre 1996, *C.-O. Nagel c. FEI*, Rec. TAS, I, p. 577.

Témoin de ce que le Tribunal fédéral est parfaitement conscient du caractère forcé de l'arbitrage TAS, il en tire expressément argument pour déclarer nulles les renoncements conventionnels au recours en annulation devant lui³⁹. Suffisamment libres en droit pour pouvoir accepter d'être détournés des juridictions étatiques, les sportifs ne le seraient pas assez pour se priver du contrôle du Tribunal fédéral sur les sentences rendues ? Il n'y a là aucune contradiction mais au contraire un lien logique entre les deux solutions : « *le maintien d'une possibilité de recours constitue un contrepois à la "bienveillance" avec laquelle il convient d'examiner le caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive* »⁴⁰.

Dans le même esprit, la Cour fédérale de justice allemande, dans l'affaire *Pechstein c. ISU*, a jugé que, si les fédérations sportives internationales étaient bien des entreprises jouissant d'une position dominante sur le marché des compétitions de leur discipline, elles n'en abusaient pas, au sens du droit de la concurrence, en imposant aux sportifs y participant d'avoir recours au TAS dans les cas de dopage⁴¹. En substance, la Cour a considéré que, ce faisant, elles poursuivaient un objectif légitime, notamment permettre une application contentieuse uniforme de leur droit transnational, par des juges spécialisés et dans des délais adaptés au temps sportif, sans pour autant porter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux au juge et au libre exercice d'une activité professionnelle des athlètes.

Cette conclusion repose en grande partie sur l'idée que le TAS présenterait des garanties d'indépendance et d'impartialité suffisantes⁴². À la différence de la Cour d'appel de Munich⁴³, la Cour fédérale n'a notamment pas vu de déséquilibre structurel en faveur des institutions sportives dans le fait que les arbitres du TAS appelés à trancher les litiges les opposant à des athlètes sont nécessairement choisis sur une liste constituée par un organe – le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS) – majoritairement composé de membres directement nommés par elles (les autres membres étant élus par les premiers et par conséquent, d'un point de vue procédural, indirectement par les institutions sportives)⁴⁴. Selon la Cour fédérale, à la différence des relations « salariés / employeurs », où chaque « camp » défend des intérêts opposés, les athlètes et institutions sportives partageraient un intérêt commun en matière de lutte contre le dopage⁴⁵ : pour faire

³⁹ Arrêt du 22 mars 2007, *G. Cañas c. ATP Tour*, ATF 133 III 235 ; Gaz. Pal., 13-17 juillet 2007, p.35, obs. A. Pinna ; Gaz. Pal., 28-29 mars 2008, p.45, note P.-Y. Gunter ; Rev. arb., 2008, p.570, chron. M. Maisonneuve.

⁴⁰ ATF 133 III 245.

⁴¹ BGH, 7 juin 2016, préc., spéc. §42 et s.

⁴² §62.

⁴³ OLG München, 15 janvier 2015, *Clandia Pechstein c. ISU*, préc.

⁴⁴ Art. S4 et S6 code TAS.

⁴⁵ §32.

simple, débusquer et sanctionner les tricheurs. Autrement dit, en nommant les membres du CIAS les institutions sportives agiraient autant dans leur intérêt que dans celui des athlètes, puisque ce serait le même. Peu importe dès lors que les institutions sportives en général aient ou non une influence déterminante sur la composition de la liste d'arbitres du TAS.

Cet argument de l'intérêt partagé n'est pas sans susciter des sentiments contradictoires. D'un côté, on comprend très bien l'idée qu'il n'est de l'intérêt de personne, ni des institutions sportives, ni des athlètes, que ceux qui recourent au TAS aient la possibilité de choisir des arbitres tolérants à l'égard du dopage. Bien sûr, dans le cadre d'un procès déterminé, l'athlète opposé à une institution sportive a nécessairement un intérêt différent. Mais dès lors que l'argument répond à la question, non de l'influence d'une institution sportive en particulier sur la liste des arbitres du TAS, mais de l'influence globale des institutions sportives, il n'est pas illogique de prendre en considération l'intérêt des athlètes en général. D'un autre côté, sans aller jusqu'à permettre l'inscription d'arbitres pro-dopage, il nous semble nécessaire, pour que l'arbitrage TAS ne soient pas excessivement biaisé en faveur de l'accusation, que la liste TAS reflète la diversité des sensibilités juridiques relatives à la lutte contre antidopage. On peut en effet pleinement partager l'objectif tout en ayant des points de vue différents sur les moyens à utiliser, sur les conditions de leur mise en œuvre, etc. Or, en laissant les institutions sportives indirectement maîtriser la composition de la liste d'arbitres du TAS, le risque existe, au moins potentiellement, que cette diversité intellectuelle soit réduite et qu'y soient surreprésentées des personnes disposées par principe à faire primer l'objectif sur les droits individuels. L'unité de jurisprudence que suppose le principe d'égalité des compétiteurs ne saurait aller jusqu'à donner aux athlètes des raisons de douter de leurs chances d'être véritablement entendus. Un tel doute n'est peut-être pas ou plus justifié par la réalité. Parce que les membres du CIAS sont personnellement bien plus indépendants que leur mode de nomination pourrait le laisser penser. Parce que c'est une commission restreinte qui au sein du CIAS sélectionne en pratique les candidats à l'inscription sur la liste des arbitres. Parce que, depuis 2016, les commissions des athlètes du CIO, des fédérations internationales et des comités olympiques nationaux se sont vues officiellement reconnaître la possibilité de porter à l'attention du CIAS des noms de personnes à inscrire sur la liste des arbitres du TAS⁴⁶. Parce que les personnes figurant sur cette liste sont plus diverses qu'on l'imagine parfois. Mais, à la limite, tout cela est indifférent. Le simple fait qu'il puisse rationnellement exister un doute est un problème en soi. Un problème

⁴⁶ Art. S14 code TAS.

que l'argument de l'intérêt partagé ne suffira pas à dissiper auprès des athlètes parties à un litige devant le TAS.

Considérations byzantines ? Au stade de la qualification arbitrale, assurément. Au stade de la validité des clauses TAS, c'est plus discutable. On peut en effet très bien admettre que le niveau d'exigence ne soit pas le même lorsqu'il s'agit de déterminer si une décision entre dans le champ d'application du droit de l'arbitrage et lorsqu'il s'agit de déterminer si le recours imposé à l'arbitrage ne porte pas une atteinte excessive aux droits fondamentaux des sportifs. Là se situe d'ailleurs le principal reproche que l'on peut faire, d'un point de vue logique, à l'arrêt de la Cour fédérale de justice allemande : avoir aligné le niveau de contrôle au 2^e stade sur celui du 1^{er} stade. Pour conclure à la proportionnalité des clauses TAS, la Cour s'est en effet contentée de renvoyer à l'analyse effectuée pour juger de la nature véritablement arbitrale du TAS⁴⁷. Or cette analyse, bien que relativement approfondie, l'a inégalement été sur certains points, ce qui se comprenait très bien s'agissant d'une « simple » question de qualification. Par exemple, sur le fait que ce soit un membre du CIAS (et donc au moins indirectement lié aux institutions sportives) qui détienne le pouvoir, en tant que président de la chambre d'appel du TAS, de choisir, dans chaque affaire, les présidents de formation arbitrale ou le cas échéant l'arbitre unique⁴⁸. Certes, par l'argument de l'intérêt partagé avancé concernant la composition de la liste des arbitres du TAS par le CIAS, on peut considérer que la Cour a implicitement au moins répondu à tous les griefs qui découleraient des pouvoirs du CIAS. Pourtant, que les institutions sportives puissent, via le CIAS, composer indirectement la liste des arbitres du TAS est une chose ; qu'elles puissent indirectement, dans des affaires particulières, par l'intermédiaire d'un membre du CIAS qu'elles ont nommé, choisir l'un ou le membre des formations arbitrales en est une autre. Une chose qui aurait peut-être mérité plus d'attention dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité portant sur la validité des clauses TAS, d'autant plus que des solutions alternatives existent⁴⁹.

Se trouvera-t-il des juridictions pour préférer l'analyse de la Cour d'appel de Munich à celle de la Cour fédérale ? Que ce soit sur la base de leur droit national ou du droit européen de la concurrence⁵⁰ ; ou bien encore sur le fondement de règles ou de concept protecteurs des parties

⁴⁷ §62.

⁴⁸ Art. S6 et R54 code TAS. L'arrêt fait d'ailleurs une présentation erronée de cet article, prétendant à tort que le président de la chambre d'appel ne dispose que d'un pouvoir supplétif de nommer le président des formations à trois (i.e. seulement à défaut d'accord des parties), ce qui en minore la portée (§27).

⁴⁹ V. *infra*.

⁵⁰ À ce sujet, v. A. Duval et B. Van Rompuy, « *The Compatibility of Forced CAS Arbitration with EU Competition Law: Pechstein Reloaded* », 23 juin 2015 : <http://ssrn.com/abstract=2621983>

faibles⁵¹, comme la théorie de l'*unconscionability* aux États-Unis⁵². Ce n'est pas inenvisageable. L'argument de l'intérêt partagé vaut-il hors du contentieux du dopage ? Par exemple dans les affaires de transfert de joueurs, où, entre libre-circulation et régulation, les intérêts des uns et des autres sont plus diffus. Le débat sur la validité des clauses TAS n'est pas clos. Mais tant qu'il ne s'agit pas de remettre en cause en lui-même le consentement des sportifs aux clauses TAS, et encore une fois le risque semble très limité, tant qu'il ne s'agit que de proportionnalité, ce n'est là qu'une source d'incertitudes juridiques, un élément de réflexion pour d'éventuelles réformes de l'organisation et du fonctionnement du TAS vers plus d'indépendance à l'égard des institutions sportives, pas d'une menace.

II – Les incertitudes juridiques persistantes

À la lumière des procès en cours, deux questions se posent particulièrement concernant l'arbitrage TAS : méconnaît-il l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) et doit-il faire une place au droit matériel de l'Union européenne ? Les incertitudes les plus actuelles pour l'arbitrage TAS portent ainsi sur le respect du droit équitable (A) et sur le droit applicable au fond (B).

A – Les incertitudes relatives au droit au procès équitable

La Suisse a-t-elle manqué à son obligation de faire respecter la Conv. EDH après que son Tribunal fédéral a rejeté les recours en annulation contre les sentences *Mutu*⁵³ et *Pechstein*⁵⁴ ? Pour qu'il y ait condamnation, il faudrait, dans un premier temps, soit que l'arbitrage TAS ne soit pas regardé comme un « *arbitrage volontaire* » au sens de la Convention, soit que les clauses TAS ne soient pas regardées comme constituant des renoncements admises aux garanties de son article 6§1 invoquées par les

⁵¹ Sur cette question, v. M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. p.67 et s.

⁵² V. M. Maisonneuve, « *Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability* », *Rev. arb.*, 2005, p.101.

⁵³ Req. n°4575/10 introduite le 13 juillet 2010, *Adrian Mutu c. Suisse*.

⁵⁴ Req. n°67474/10 introduite le 11 novembre 2010, *Claudia Pechstein c. Suisse*.

requérants, et que, éventuellement dans un deuxième temps, une violation de ces garanties puisse être effectivement constatée⁵⁵.

Sur le premier point, il paraît quasiment exclu que la Cour EDH qualifie l'arbitrage TAS d'arbitrage forcé, ce qui aurait pour conséquence qu'il devrait alors offrir toutes les garanties de l'article 6§1. Au sens de la jurisprudence européenne, l'« *arbitrage forcé* » dont il s'agit est uniquement « *l'arbitrage imposé par la loi* »⁵⁶. Or, même en tenant compte de la convention internationale contre le dopage dans le sport de 2005, à laquelle la Suisse a adhéré, ce n'est pas le cas de l'arbitrage TAS. Certes, les États parties se sont engagés à respecter les principes du Code mondial antidopage, dont fait partie le recours au TAS. Mais outre que cette convention n'a pas d'effet direct et qu'il n'existe pas en droit suisse de loi, même au sens large, obligeant à recourir au TAS, respecter les principes du code ne signifie pas nécessairement les transcrire en droit national. Avoir un droit ne faisant pas obstacle à leur libre mise en œuvre par les institutions sportives est une autre façon de les respecter.

Sur le deuxième point, la Cour EDH admet que des conventions d'arbitrage volontaire puissent être regardées comme valant renonciations à certains droits garantis par l'article 6§1, à condition que ces renonciations soient « *libres, licites et sans équivoques* »⁵⁷. Certes, dans le cas des clauses TAS, le caractère « libre » peut paraître pour le moins douteux. Néanmoins, dans le passé, la Commission européenne des droits de l'homme a pu sembler faire prévaloir une conception relativement extensive de ce caractère. Dans une décision de 1962, elle a ainsi jugé que constituait une telle renonciation la clause compromissaire contenue dans un contrat de travail conclu entre une fonctionnaire allemand et une école allemande située à l'étranger, clause dont la présence était exigée par le ministère allemand des affaires étrangères⁵⁸. Pour la Commission, la renonciation était libre dans la mesure où le fonctionnaire pouvait refuser de signer le contrat et renoncer à aller travailler à l'étranger. Dans l'affaire *Pechstein*, tant la Cour d'appel de

⁵⁵ D'une manière générale, v. C. Jarrosson, « *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme* », Rev. arb., 1989, p.573. – S. Besson, « *Arbitration and Human Rights* », Bull. ASA, 2006, p.395. – 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*, Anthemis, 2016, p.267.

⁵⁶ *Bramelid et Malmström c. Suède*, n°8588/79 et 8589/79, décision de la Commission du 12 octobre 1989, Décisions et reports 29, p.64. V. *Suda c. République Tchèque*, n°1643/06, §49, 28 octobre 2010 ; *Tabbane c. Suisse* (déc.), n°41069/12, §26, 1^{er} mars 2016.

⁵⁷ *Suda c. République Tchèque*, préc., §48. – *Tabbane c. Suisse*, préc., §27. V. *Eiffage S.A. et autres c. Suisse* (déc.), n°1742/05, 15 septembre 2009.

⁵⁸ *X. c/ RFA*, n°1197/61, décision de la Commission du 5 mars 1962, Décisions et reports 8, p.68.

Munich⁵⁹ que la Cour fédérale⁶⁰ se sont également prononcées en ce sens concernant les clauses TAS.

Néanmoins, à supposer même que ces clauses puissent bel et bien constituer des renonciations libres au sens de la jurisprudence de la Cour EDH, toute violation de la Convention ne serait pas pour autant écartée. D'abord parce que, « *pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, la renonciation à certains droits garantis par la Convention doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (Pfeifer et Plankel c. Autriche, 25 février 1992, § 37, série A no 227)* »⁶¹. Indépendamment des circonstances particulières des affaires *Mutu* et *Pechstein*, est-ce le cas des clauses compromissaires par référence comme le sont souvent les clauses TAS ? Ce n'est pas évident. Ensuite parce qu'il existe des droits garantis par l'article 6§1 auxquels le choix de la voie arbitrale ne permet pas de renoncer⁶². Le droit à un tribunal « *indépendant et impartial* » figure-t-il au nombre de ceux-ci ? Le doute est permis. Après avoir d'abord éludé la question dans le cadre d'une procédure judiciaire⁶³, la Cour a certes ensuite accepté que l'on puisse renoncer à invoquer devant elle ce grief dans le cadre d'une procédure arbitrale⁶⁴, mais dans une affaire où était en jeu l'indépendance personnelle d'un arbitre accepté par le requérant en connaissance de cause, non l'indépendance structurelle d'un tribunal arbitral « imposé » à l'une des parties. On est ici plus proche de l'essence du droit fondamental garanti par l'article 6§1⁶⁵.

À défaut d'être certaine, la probabilité que la Cour EDH soit amenée à examiner l'indépendance du TAS n'est ainsi pas nulle. Qu'en conclurait-elle alors ? Il n'est pas ici question de se livrer au délicat jeu des pronostics. Il s'agit seulement de faire remarquer qu'il n'est pas totalement inconcevable que la Cour, dont on sait l'intérêt qu'elle porte aux apparences, se montre sensible aux arguments de la Cour d'appel de Munich. L'existence d'une liste fermée d'arbitres⁶⁶ constituée par le CIAS⁶⁷ (dont plus de la moitié des membres sont directement nommés par des institutions sportives⁶⁸), le rôle du président de la chambre d'appel du TAS dans les procédures arbitrales et en particulier dans le choix du président de la formation de jugement⁶⁹ (alors qu'il est membre

⁵⁹ Préc. §92.

⁶⁰ Préc. §65.

⁶¹ *Tabbane c. Suisse*, préc. §27.

⁶² *Osmo Suovaniemi et autres c. Finlande* (déc.), n°31737/96, 23 février 1999.

⁶³ *Pfeifer et Plankel c. Autriche*, n°10802/84, §35 et s., série A n°227.

⁶⁴ *Osmo Suovaniemi c. Finlande*, préc.

⁶⁵ En ce sens, v. C. Chainais, « *Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable* », *op. cit.*, spéc. p.310 et s.

⁶⁶ Art. R33 code TAS.

⁶⁷ Art. S6.3 code TAS.

⁶⁸ Art. S4 code TAS.

⁶⁹ Art. R54 code TAS.

du CIAS⁷⁰), et plus généralement les compétences du CIAS dans l'administration du TAS (notamment pour nommer son secrétaire général⁷¹, lequel dispose d'un pouvoir d'intervention dans les procédures arbitrales⁷², ou bien encore pour statuer sur les demandes de récusation des arbitres formulées par les parties⁷³), sont autant d'éléments qui, de l'extérieur au moins, peuvent légitimement troubler les sportifs opposés à des institutions sportives.

Bien sûr, la Cour peut accepter des restrictions aux garanties de l'article 6§1, dès lors qu'elles sont justifiées par un objectif légitime et proportionnées à celui-ci, ou qu'elles entrent dans le champ de la marge nationale d'appréciation. De ce point de vue, l'objectif d'égalité des compétiteurs devant la justice, qui passe notamment par une jurisprudence cohérente du TAS, peut justifier certaines entorses à l'apparence d'indépendance brièvement évoquées ci-dessus. Il existe toutefois des réformes qui permettraient de renforcer l'image du TAS sans pour autant porter atteinte à cet objectif légitime et qui peuvent faire douter de la proportionnalité des moyens utilisés. Par exemple en prévoyant une gestion mixte « États – Mouvement sportif » du TAS, sur le modèle de l'Agence mondiale antidopage, avec un système de liste ouverte de co-arbitres⁷⁴ tempéré par une liste fermée des présidents⁷⁵, au sein de laquelle seraient choisis les présidents de formation arbitrale, non pas librement mais à tour de rôle⁷⁶, sous réserve de leur disponibilité et de la langue de l'arbitrage. Que la Suisse soit condamnée ou non par la Cour EDH, il y a en tout cas matière à réflexion.

Il en va de même pour d'autres droits garantis par l'article 6§1 de la Conv. EDH. C'est notamment le cas du droit à audience publique dont la violation est expressément soulevée par Mme Pechstein dans sa requête devant la Cour. L'éventualité qu'elle considère que les clauses TAS valent renonciation à ce droit est bien plus forte que pour le droit à un tribunal indépendant et impartial. Mais mis à part cette fiction juridique, on voit mal ce qui peut justifier de ne pas au moins envisager une diffusion en direct des audiences sur le site internet du TAS. En tout cas dans les affaires où, comme en matière de dopage, sont en jeu des

⁷⁰ Art. S6.2 code TAS.

⁷¹ Art. S6.6 code TAS.

⁷² Art. R46 et R59 code TAS.

⁷³ Art. RS6.4 et R34 code TAS.

⁷⁴ Avec indication de l'institution ou de l'organe qui a attiré l'attention du CIAS sur les noms des personnes y figurant.

⁷⁵ A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, *op. cit.*, n°569 et s., spéc. n°575. – V. également P. Zen-Ruffinen, « *La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport* », *op. cit.*, spéc. p.535.

⁷⁶ De telles listes rotatives sont déjà utilisées par d'autres centres d'arbitrage en matière sportive. Par exemple par le Centre de règlement des différends sportifs du Canada (v. art. 6.8 du Code canadien de règlement des différends sportifs).

intérêts qui dépassent les intérêts propres aux parties. À la fois pour ne pas que le secret alimente les fantasmes sur l'opacité du fonctionnement du TAS ; à la fois pour l'information du public. Le sport est plus qu'une simple affaire privée.

Au-delà des griefs formulés dans les requêtes *Mutu* et *Pechstein*, il y a également d'autres droits garantis par l'article 6§1 dont le respect pose question devant le TAS. Par exemple l'effectivité du droit d'accès à un tribunal⁷⁷. Le système d'assistance judiciaire mis en place par le CIAS⁷⁸ est de ce point de vue une excellente chose. Mais est-il pour autant suffisant ? Indépendamment de toute considération juridique, est-il acceptable qu'une personne puisse être détournée des juridictions nationales, sans avoir véritablement le choix, au profit d'une justice arbitrale qui, hors procédure gratuite, reste plus coûteuse que le recours à la justice étatique⁷⁹, et en ne pouvant prétendre à une assistance financière que dans les cas où il ne pourrait « *pas assumer les frais liés à la défense de ses droits sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et celui de sa famille* »⁸⁰ ? On peut ne pas être dans le besoin sans pour autant être millionnaires et avoir quelques réticences à dépenser des sommes considérables, en tout cas bien plus importantes que celles que l'on aurait dépensées en l'absence de clauses TAS. De ce point de vue, un élargissement du champ de la gratuité⁸¹ ou un assouplissement du bénéfice de l'assistance judiciaire, voire tout simplement un plafonnement des frais d'arbitrage et d'honoraires d'arbitres en fonction des ressources des parties, ne pourrait que renforcer le droit au procès équitable devant le TAS. D'autant plus que les cas de parties aux ressources financières moyennes dont les litiges relèvent de la procédure onéreuse du TAS sont finalement assez rares.

De même est-il permis de s'interroger sur le respect par le TAS du droit à un jugement rendu publiquement. Alors même que, dans le cadre de la procédure dite d'appel, le principe est celui de la publicité des sentences⁸², les cas de non publication intégrale sont fréquents. Ainsi pour l'année 2015, alors que plusieurs centaines de sentences sont censées avoir été rendues, 25 sont disponibles dans la base de données

⁷⁷ V. notamment *Airey c. Irlande*, n°6289/73, § 24 et s., série A n°32.

⁷⁸ Directives sur l'assistance judiciaire au TAS (entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2013 ; modifiées le 1^{er} janvier 2016 : www.tas-cas.org/fr/arbitrage/assistance-judiciaire.html).

⁷⁹ En ce sens, v. A. Rigozzi et F. Robert-Tissot, « *La pertinence du "consentement" dans l'arbitrage du Tribunal Arbitral du Sport* », Jusletter 16 juillet 2012, n°16. – P. Zen-Ruffinen, « *La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport* », *op. cit.*, p. 487.

⁸⁰ Art. 5.

⁸¹ En l'état, la gratuité est limitée « *aux appels contre des décisions de nature exclusivement disciplinaire rendues par une fédération ou une organisation sportive internationale* » (art. R65 code TAS).

⁸² Art. R59 code TAS.

du TAS⁸³. C'est d'autant plus problématique que cela ne contribue pas à la promotion d'une conception exigeante de l'égalité des armes⁸⁴. Certes, le strict respect du principe du contradictoire suffit à éviter sa violation au sens juridique⁸⁵. Les arbitres, à qui sont communiqués par le TAS les précédents pertinents éventuellement non publiés, ne peuvent s'appuyer sur eux sans les communiquer au préalable aux parties, et les parties d'habitude (comme la FIFA, l'IAAF ou l'UCI), qui disposent d'une collection de sentences personnelles, doivent communiquer à leurs adversaires celles que ces derniers ne pourraient connaître. Néanmoins, en opportunité au moins, un accès intégral à la jurisprudence du TAS leur permettrait de mieux prévoir leurs chances de succès, de mieux sélectionner « leurs » arbitres et d'éventuellement découvrir des causes de récusation des autres arbitres, surtout que, pour l'heure, la question de savoir si pèse une obligation de révélation sur les « *repeat arbitrators* » en matière sportive a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral⁸⁶. Si s'attacher les services d'un avocat habitué du TAS constitue un palliatif efficace, l'argument procède d'une logique discutable à bien des égards. Du reste, il ne change rien au fait que la non publication des sentences TAS ne va guère dans le sens de la transparence qui sied à des arbitrages imposés à des parties dites faibles et portant sur des affaires d'intérêt public.

B – Les interrogations relatives au droit applicable au fond

Le droit applicable au fond des litiges soumis au TAS suscite des interrogations diverses, à commencer par celles susceptibles de naître de la prédominance donnée aux règles des institutions sportives pour la résolution des causes dans lesquelles elles sont elles-mêmes parties. S'il est logique que ces règles constituent la base du droit applicable, un peu comme le sont les contrats dans les arbitrages commerciaux, et si le simple fait d'imposer leur respect est déjà une avancée remarquable par rapport à la situation qui a pu prévaloir avant la soumission des institutions sportives à une justice externe, il est en revanche plus contestable qu'elles ne soient que rarement confrontées à des règles

⁸³ www.tas-cas.org/fr/jurisprudence/base-de-donnees.html

⁸⁴ Dans le même sens, v. P. Zen-Ruffinen, « *La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport* », *op. cit.*, spéc. pp.503, 504 et 536.

⁸⁵ Arrêt (Tribunal fédéral suisse) 4A_110/2012 du 9 octobre 2012, X. *c. Union cycliste internationale (UCI) et fédération Z.* ; Rev. arb., 2013, n°3, chron. M. Peltier.

⁸⁶ *Id.* Tout autant, il est vrai, que la question de savoir si le fait d'avoir été plusieurs fois nommé par une même partie constitue une cause de récusation.

supérieures. Les droits étatiques applicables ne le sont, selon l'article R58 du code TAS, que « *subsidiairement* », c'est-à-dire pour compléter au besoin les règles sportives, et les principes généraux de la *lex sportiva* dégagés par les arbitres du TAS, en tout cas si on se limite aux seuls principes susceptibles de limiter l'action normative des institutions sportives, sont à peine plus étoffés que ceux composant l'ordre public international au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse⁸⁷. Ainsi qu'a pu le noter un auteur, « *le risque latent de cette approche consiste naturellement à placer le monde du sport dans la même autarcie dont il a si souvent abusé par le passé* »⁸⁸.

Le constat que les arbitres sont très réticents à prendre en compte les lois de police étrangères à la *lex causae* ne fait qu'augmenter le problème. Cette réticence est parfaitement compréhensible dans la mesure où la méthode des lois de police n'est guère adaptée aux exigences de l'arbitrage sportif international eu égard aux atteintes qu'elle risquerait de porter au principe d'égalité des athlètes devant la justice. Il importe en effet que ces derniers, au moins pour des litiges similaires, soient jugés à l'aune du même droit, et que leur sort juridictionnel ne dépende pas de lois qui pourraient s'appliquer au gré de leur nationalité ou de circonstances géographiques propres à telle ou telle affaire. Pour autant, la non prise en considération de lois de police étrangères n'est pas sans faire courir certains risques aux sentences TAS. Non pas tellement un risque d'annulation, compte tenu de la conception restrictive que se fait le Tribunal fédéral suisse de la violation de l'ordre public, qu'un risque de non reconnaissance hors de la Confédération helvétique.

C'est précisément le risque qu'encourt actuellement en Allemagne une sentence rendue par le TAS dans l'affaire *SV Wilhelmshaven* au motif qu'elle serait contraire au droit de l'Union européenne⁸⁹. Dans cette affaire le club allemand précité avait été condamné par la FIFA à verser des indemnités de formation à deux clubs argentins pour le recrutement d'un joueur italo-argentin. Faute de s'être exécuté, celui-ci a été sanctionné de deux retraits de points successifs, puis d'une rétrogradation en division inférieure. Pour valider la décision initiale sur les indemnités à verser, le TAS avait refusé de faire application du droit de l'Union européenne, au motif que seul le joueur aurait pu valablement l'invoquer devant lui, et confirmé le choix de la FIFA de s'appuyer sur les articles 4 et 5 de l'annexe 4 du règlement sur le statut et le transfert des joueurs, applicables aux transferts extra Union européenne, à l'exclusion de l'article 6 applicables aux transferts intra Union européenne. S'il est vrai que le joueur évoluait précédemment dans un

⁸⁷ Sur cette question, v. M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, op. cit., p.370 et s.

⁸⁸ A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, op. cit., p.625.

⁸⁹ TAS, n°2009/A/1810 & 1811, *SV Wilhelmshaven c/ Club Atlético Excursionistas & Club Atlético River Plate*, sentence du 5 octobre 2009.

pays tiers à l'Union européenne, la Cour d'appel de Brême, dans un arrêt du 31 décembre 2014, a néanmoins estimé, se fondant sur la double nationalité italienne du joueur, que la sentence méconnaissait l'article 45 du Traité de l'Union européenne sur la libre circulation des travailleurs. Ce faisant, elle a refusé de la reconnaître au motif qu'elle violait l'ordre public.

La Cour fédérale de justice allemande a été saisie d'un pourvoi en cassation. Si elle venait à confirmer la décision de la Cour d'appel, elle contribuerait à obliger le TAS à mieux prendre en considération le droit de l'Union européenne. Dans la mesure où cela reviendrait à le contraindre à faire bénéficier des sportifs ou des clubs de lois de police étrangères au gré de leur nationalité, cela ne va pas forcément dans le sens de l'objectif d'égalité des compétiteurs devant la justice que l'arbitrage TAS vise à concrétiser. Pour autant, une confirmation de la Cour fédérale allemande ne changerait pas fondamentalement la situation. Les institutions sportives sont d'ores et déjà soumises au respect du droit de l'Union européenne⁹⁰. Autrement dit, l'inégalité entre ressortissants communautaires (ou assimilés) et ressortissants non communautaires a vocation à se retrouver dans les textes mêmes de ces institutions. Dans ces conditions, en veillant au respect du droit de l'Union, le TAS assurerait plus le respect des obligations générales pesant sur les institutions sportives qu'il ne ferait bénéficier des sportifs ou des clubs de lois de police nationales découvertes au gré des affaires portant devant lui. La question fondamentale qu'une telle perspective pose est finalement moins une question d'égalité qu'une question sur l'autonomie, notamment normative, des institutions sportives⁹¹. Jusqu'où le TAS peut-il être le protecteur de celle-ci ?

La réponse à cette question est pour partie liée au contrôle qu'exercent les juridictions étatiques sur ses sentences. Pour l'heure, sauf peut-être le cas particulier du contrôle du respect du droit de l'Union européenne par le juge de l'exécution d'un État membre ou d'un éventuel contrôle par une juridiction de l'exécution qui ne partagerait pas la *favor arbitrandum* habituelle, ce contrôle est sur le fond très limité. C'est particulièrement vrai du contrôle du juge de l'annulation. Le seul motif de fond invocable devant le Tribunal fédéral suisse, en tout cas pour les sentences internationales, est la violation de l'ordre public substantiel et

⁹⁰ D'une manière générale, v. A. Duval, *La Lex Sportiva face au droit de l'Union européenne : guerre et paix dans l'espace juridique transnational*, thèse Institut universitaire européen et Lyon 2, 2015.

⁹¹ Sur laquelle, v. E. Lagrange, « L'État et les puissances privées. Digressions sur la compétence plénière de l'État et "l'autonomie du mouvement sportif" », in *Les limites du droit international*. Essai en l'honneur de Joe Verhoeven, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.183. – M. Maisonneuve, « L'autonomie des ordres juridiques sportifs transnationaux », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, à paraître.

celui-ci en retient une conception particulièrement restrictive⁹². Faudrait-il réserver un sort à part aux sentences rendues en matière sportive par rapport à celles rendues dans le domaine du commerce ? Même si la seule sentence arbitrale annulée par le Tribunal fédéral pour violation de l'ordre public substantiel depuis l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989 était une sentence du TAS, la réponse semble négative dans la jurisprudence helvétique : si « *les particularités de l'arbitrage sportif ont été prises en considération par la jurisprudence fédérale dans le traitement de certaines questions de procédures spécifiques, telle la renonciation à recourir [...] [i]l ne s'ensuit pas pour autant qu'il faille en faire de même à l'égard du moyen de caractère général tiré de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public* »⁹³.

Ce n'est pourtant pas la position d'une partie de la doctrine qui appelle à l'adoption d'une conception moins restrictive de l'ordre public en matière sportive⁹⁴, et même, au-delà du cas du sport et de la Suisse, à un contrôle de la contradiction des motifs pour les arbitrages type TAS⁹⁵. Il ne s'agit pas d'aller jusqu'à permettre une révision au fond des sentences par le juge de l'annulation. Cela n'irait pas dans le sens d'un rapprochement du temps de la justice et de celui du sport que permet l'arbitrage TAS. Il s'agirait seulement d'offrir une soupape de sécurité effective aux athlètes ou aux clubs dont les droits essentiels auraient été méconnus. Il paraît en effet pour le moins discutable de laisser une partie faire les frais d'une sentence très contestable sans réelle possibilité de recours en annulation alors même que l'arbitrage lui a été imposé. Le TAS a depuis ses origines constamment évolué dans un sens qui mérite d'être salué. Accepter un contrôle plus approfondi de ses sentences serait un pas supplémentaire vers un arbitrage TAS moins menacé encore et toujours plus exemplaire.

⁹² Selon le Tribunal arbitral, une sentence arbitrale viole l'ordre public seulement lorsqu'« elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique » (Arrêt du 8 mars 2006, *Tensacciai SpA et Terra Armata Srl*, ATF 132 III 395).

⁹³ Arrêt 4A_488/2011 du 18 juin 2012, *X. c/ UCI, CONI et FCI*, consid. 6.2.

⁹⁴ En ce sens, v. A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, op. cit., p.732. – M. Baddeley, « *La décision Cañas : nouvelles règles du jeu pour l'arbitrage international du sport* », *Causa Sport*, 2007, p.161. – M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, op. cit., n°1083 et s.

⁹⁵ M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, op. cit., n°798 et s.