Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive (obs. sous Cour fédérale de justice allemande (BGH), 7 juin 2016, Claudia Pechstein c/ International Skating Union (ISU), KZR 6/15 ; Trib. féd. Suisse, arrêt du 1er avril 2016, H. Ben Arfa c/ FIFA, 4A_620/2015)

Mathieu Maisonneuve

▶ **To cite this version:**

Mathieu Maisonneuve. Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive (obs. sous Cour fédérale de justice allemande (BGH), 7 juin 2016, Claudia Pechstein c/ International Skating Union (ISU), KZR 6/15 ; Trib. féd. Suisse, arrêt du 1er avril 2016, H. Ben Arfa c/ FIFA, 4A_620/2015). Revue de l'arbitrage, 2016, 3, pp.901-952. hal-01767177

HAL Id: hal-01767177
https://hal.univ-reunion.fr/hal-01767177

Submitted on 2 Apr 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.

Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive

dirigée par

Mathieu MAISONNEUVE

Professeur des universités en droit public
Détaché à l'Université Saint Joseph (Beyrouth)

avec les contributions de

Sébastien BESSON

Professeur à l'Université de Neuchâtel (Suisse)
Avocat associé, Levy Kaufmann-Kohler

Franck LATTY

Professeur à l'Université Paris Nanterre
Directeur du Centre de droit international (CEDIN)
Membre de la chambre arbitrale
et de la conférence des conciliateurs du CNOSF

Marc PELTIER

Maître de conférences à l'Université de Nice Sophia-Antipolis
Directeur du Master 2 « Juriste du sport »

PLAN

Introduction

I. – La compétence arbitrale

— Cour fédérale de justice allemande (BGH), 7 juin 2016, *Claudia Pechstein c/ International Skating Union (ISU)*, KZR 6/15

— Cour d'appel de Grenoble, 2e Ch., 11 juillet 2016, *Fédération internationale de ski*, n° 15/05522

II. – Le tribunal arbitral

— Tribunal fédéral suisse, 1re Cour de droit civil, *X. c/ Y.*, arrêt du 8 mars 2016, 4A_510/2015

III. – La procédure arbitrale

— Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2015/A/4059, *World Anti-Doping Agency v. Thomas Bellchambers & al., Australian Football League, Australian Sports Anti-Doping Authority*, sentence du 11 janvier 2016

— Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2014/A/3759, *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF)*, sentence partielle du 24 juillet 2015

IV. – Le droit applicable au fond

— Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2015/A/3874, *Football Association of Albania v. Union des associations européennes de football (UEFA)* et TAS 2015/A/3875, *Football Association of Serbia v. UEFA*, sentences du 10 juillet 2015

V. – La sentence arbitrale et les voies de recours

— Tribunal fédéral suisse, 1re Cour de droit civil, arrêt du 1er avril 2016, *H. Ben Arfa c/ FIFA*, 4A_620/2015

— Tribunal fédéral suisse, 1re Cour de droit civil, arrêt du 28 janvier 2016, *X. c/ United States Antidoping Agency (USADA) & Agence mondiale antidopage (AMA*), 4A_222/2015

— Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2014/A/3498, *International Association of Athletics Federations (IAAF) v. Turkish Athletic Federation (TAS) & Ms. Asli Cakir-Alptekin*, sentence du 17 août 2015

INTRODUCTION

Premiers Jeux olympiques organisés en Amérique du sud, les Jeux de Rio de Janeiro ont été l'occasion de deux premières pour le Tribunal arbitral du sport (TAS) : une première institutionnelle et une première matérielle.

1. Première institutionnelle — Les Jeux de 2016 ont été les premiers d'une nouvelle chambre du TAS : la chambre anti-dopage. Aux termes de son règlement d'arbitrage adopté le 18 avril 2016 (disponible sur le site internet du TAS), la compétence matérielle de cette chambre est

limitée aux cas de violation des règles anti-dopage du Comité international olympique (CIO) qui surviendraient à l'occasion des Jeux. Jusque-là, c'était le CIO lui-même, *via* l'un de ses organes internes, qui statuait sur de tels cas, les décisions prises pouvant être contestées devant le TAS. C'est maintenant sous l'égide de la chambre anti-dopage du TAS que, par « délégation » du CIO, sont directement prises ces décisions, celles-ci étant alors susceptibles d'un recours devant une autre chambre du TAS : soit, dans le cas où elle serait encore opérationnelle, devant la chambre *ad hoc* des Jeux à l'occasion desquels la violation aurait été commise (1) ; soit, à défaut, devant la chambre dite d'appel du TAS.

Il en résulte un changement de nature juridique de la décision prise : décision associative lorsqu'elle est prise par le CIO ; sentence arbitrale lorsqu'elle est rendue par la chambre antidopage du TAS. Entre le pouvoir disciplinaire et la fonction juridictionnelle, le critère de distinction n'est pas matériel ; il est d'abord organique, voire éventuellement procédural. Dans les deux cas, il s'agit de dire le droit pour trancher un litige, ici entre une institution accusatrice et un sportif poursuivi. Mais dans un cas, ce litige est tranché par un organe indépendant et impartial ; dans l'autre non. En droit suisse, il ne fait guère de doute qu'une commission interne de l'institution à laquelle est opposé le sportif ne constitue pas un tel organe (v. not. Trib. féd., arrêt du 15 mars 1993*, E. Gundel c/ FEI & TAS*, ATF 119 II 271, consid. 3b, p. 275 et s.) mais que c'est en revanche bien le cas d'une formation agissant sous l'égide du TAS (v. Trib. féd., arrêt du 27 mai 2003, *L. Lazutina et D. Danilova c/ CIO, FIS & TAS*, ATF 129 III 445).

Il est indifférent que la décision de la formation ne soit pas ici immédiatement définitive. La possibilité d'un arbitrage à double degré en matière de dopage est en effet parfaitement admise par le Tribunal fédéral suisse (arrêt du 28 janvier 2016, *X. c/ United States Antidoping Agency (USADA) & Agence mondiale antidopage (AMA)*, 4A_222/2015, consid. 3.2.3.1, commentée ci-après). Selon lui, il convient de regarder comme de véritables sentences arbitrales les décisions prises sous l'égide de l'*American Arbitration Association* (AAA) lorsqu'une sanction proposée par l'USADA n'est pas acceptée par l'intéressé, et ce quand bien même cette sentence peut faire l'objet d'un recours devant le TAS. La chambre anti-dopage du TAS est une nouveauté ; non l'externalisation par une institution sportive de la répression du dopage à un tribunal arbitral, y compris agissant sous l'égide du TAS. Cela fait par exemple longtemps que le règlement anti-dopage du Comité olympique australien, utilisant la possibilité offerte par l'article R47

(1) Pour rappel, de telles chambres *ad hoc* sont créées par le TAS à chaque édition des Jeux olympiques depuis 1996. Ces chambres sont chargées d'organiser sur place des arbitrages accélérés (*fast track arbitration*) afin de régler les litiges sportifs entrant dans le champ d'application de l'article 61 de la Charte olympique et survenant pendant la compétition ou jusqu'à 10 jours avant la cérémonie d'ouverture. Elles cessent de pouvoir être saisies à l'issue de la cérémonie de clôture.

al. 2 code TAS (2), prévoit que les violations alléguées de ses dispositions doivent être soumises à un arbitre unique du TAS, pour qu'il décide de l'éventuelle sanction à infliger, et que les décisions de ce dernier peuvent faire l'objet d'un appel au TAS devant une formation à trois arbitres, tous désignés, comme d'ailleurs l'arbitre de 1re instance, par le secrétaire permanent du bureau du TAS pour l'Océanie (v. art. 10 et 11, *Anti-Doping By-Law of the Australian Olympic Committee*, 6 août 2015).

Pendant la durée des Jeux de Rio, la chambre antidopage du TAS, dont la présidence a été confiée par le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS) à Me Carole Malinvaud, a rendu huit sentences (toutes publiées sur le site internet du TAS). Elles l'ont été selon une procédure particulière qui n'est pas sans rappeler la procédure prévue par le règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques appliqué par les chambres *ad hoc*. Dans les deux cas, les trois arbitres ou l'arbitre unique sont choisis par le président de la chambre concernée au sein d'une liste très restreinte (art. 11 du règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques et du règlement d'arbitrage de la chambre anti-dopage) : 12 personnes pour la chambre *ad hoc* à Rio ; 6 pour la chambre anti-dopage. Dans les deux cas, les sentences doivent être rendues très rapidement (art. 18). En principe en 24 h à compter du dépôt de la demande pour les chambres *ad hoc*. En principe en 24 h à compter de la clôture de l'audience pour la chambre anti-dopage, audience qui doit se tenir à « *très brève échéance* » (art. 15).

Néanmoins, alors que, selon l'article 17 de leur règlement respectif, les formations agissant sous l'égide des chambres *ad hoc* sont libres d'appliquer un droit étatique et de le choisir, les arbitres de la chambre anti-dopage se voient imposer le droit suisse, ce qui ne saurait surprendre dans la mesure où cette chambre n'a vocation à être saisie que par le seul CIO, dont le siège est à Lausanne. Alors que les chambres *ad hoc* ne peuvent plus se voir saisies de la moindre affaire après la clôture des Jeux, la chambre anti-dopage reste quant à elle compétente pour connaître de cas qui lui seraient soumis ultérieurement, dès lors que la violation alléguée aurait été commise à l'occasion des Jeux (art. 1er). Si dans certains cas, ce ne sera qu'une question de jours, dans d'autres, ce pourra être une question de mois ou d'années. Selon la version du Code mondial antidopage entrée en vigueur en 2015, les échantillons négatifs peuvent en effet être conservés et faire l'objet de nouvelles analyses, jusqu'à 10 ans après leur collecte, afin de profiter des avancées de la science pour confondre les tricheurs. En mai et juillet 2016, le CIO a annoncé que des ré-analyses pratiquées sur des échantillons prélevés lors des Jeux de Pékin en 2008 et de Londres en 2012 avait donné lieu à 98 contrôles positifs (*Le Monde*, 22 juillet 2016). Bien que les faits soient antérieurs à la création de la chambre anti-dopage du TAS,

(2) « *Il peut être fait appel au TAS d'une sentence rendue par le TAS agissant en qualité de tribunal de première instance, si un tel appel est expressément prévu par les règles applicables à la procédure de première instance.* »

ils pourront néanmoins lui être soumis avec l'accord des intéressés plutôt qu'être laissés à la compétence disciplinaire du CIO.

2. Première matérielle — Les Jeux de Rio ont été le théâtre d'un contentieux inédit : celui né de l'interdiction faite à des sportifs russes de participer à la compétition, non pas en raison de soupçons individuels de dopage pesant sur eux, mais de soupçons de dopage généralisé en Russie. Jusque-là, le TAS n'avait eu à connaître que de prétendues violations des règles anti-dopage par un ou plusieurs individus identifiés, ou bien exceptionnellement de suspensions de fédérations sportives entière pour le dopage de quelques uns de ses membres (v. not ; TAS OG 00/010, *A. Tsagaev c/ IWF*, sentence du 25 septembre 2000, *Rec. TAS*, II, p. 658), mais il s'agissait alors de violations avérées, pas de simples soupçons, aussi forts soient-ils.

Sans entrer ici dans le détail d'une affaire qui a défrayé une autre chronique que celle-là, après qu'un premier rapport rendu en novembre 2015 par une commission indépendante mise sur pied par l'Agence mondiale antidopage (AMA) a conclu à l'existence d'un dopage d'Etat dans l'athlétisme russe, un autre rapport, commandé par l'AMA à une personnalité indépendante (le rapport *MacLaren*), est parvenu à la même conclusion concernant cette fois 30 sports olympiques et paralympiques, dont 20 d'été, entre 2011 et 2015 au moins. Sur la base du premier rapport, l'*International Association of Athletics Federations* (IAAF) a décidé en novembre 2015 de suspendre la Fédération russe d'athlétisme, puis en juin 2016 de prolonger cette suspension, ce qui revenait à priver les athlètes russes de participation aux Jeux ; si des exceptions étaient théoriquement envisageables, elles n'ont en pratique profité qu'à une seule athlète. Sur la base du rapport *MacLaren*, sans aller jusqu'à suspendre le Comité olympique russe, le CIO a posé en principe le refus d'inscrire aux Jeux des sportifs russes sauf à ce qu'ils parviennent individuellement à apporter à leur fédération internationale un certain nombre de garanties de nature à renverser la présomption de culpabilité pesant sur eux. De son côté, le Comité international paralympique (IPC) a purement et simplement suspendu le Comité paralympique russe, ce qui a eu pour effet d'interdire aux sportifs relevant de son autorité de prendre part aux Jeux de Rio, sans exception aucune.

Comme c'était prévisible, ces différentes décisions ont donné lieu à plusieurs sentences du TAS, dont pas moins de 16 rendues par sa chambre *ad hoc* pour les Jeux de Rio (communiqué de presse du 21 août 2016 ; toutes les sentences sont publiées sur le site internet du TAS). Ces sentences n'ont guère été favorables aux demandeurs. L'impression générale qui s'en dégage est que les arbitres se sont attelés à vérifier que les textes applicables et les faits de l'espèce permettaient de prendre la ou les décisions contestées sans se montrer très réceptifs à l'idée d'une éventuelle violation de principes supérieurs.

Dans l'affaire de l'*IAAF*, le TAS a rejeté la demande du Comité olympique russe et de 68 athlètes visant à faire reconnaître que la suspension de la fédération russe d'athlétisme n'avait pas pour effet de

les rendre inéligibles pour les Jeux, ainsi que la demande de 67 de ces athlètes contre les refus qui leur avaient été opposés afin de pouvoir participer aux Jeux en qualité d'« athlètes neutres ». A s'en tenir au communiqué de presse publié le 21 juillet 2016 par le TAS, résumant la sentence rendue dans l'attente de sa publication intégrale, l'éventuelle violation de principes fondamentaux ne semble pas avoir été étudiée. En tout cas, rien dans le communiqué en fait état. Pourtant, et même si l'on ne saurait totalement exclure qu'elle n'ait pas été soulevée par les parties, pouvait se poser la question de l'éventuel non-respect, par exemple, du principe de responsabilité personnelle, dans la mesure où les athlètes russes faisaient les frais des fautes commises par d'autres, ou bien du principe *nulla poena sine culpa*, dans la mesure où les athlètes russes se voyaient privés de Jeux olympiques sans qu'une faute de leur part n'ait été prouvée. Néanmoins, la question se serait-elle posée qu'une réponse négative aurait sans doute été apportée, en tout cas en transposant l'analyse d'une autre formation du TAS. Selon cette dernière, le refus d'une fédération internationale de déclarer éligible un sportif pour participer aux Jeux de Rio, faute pour lui d'avoir réussi à renverser la présomption de culpabilité que le CIO a fait peser sur les sportifs russes en raison de forts soupçons de dopage d'Etat, n'est pas une question disciplinaire (TAS OG 16/12, *Ivan Balandin v. FISA & CIO*, sentence du 6 août 2016, § 7.12 et s.) ; les principes généraux du droit répressif ne s'appliquant donc *a priori* pas.

Dans les affaires nées de la décision du CIO, le TAS a admis le principe de la suspension d'une fédération nationale par sa fédération internationale sur la base de soupçons de dopage organisé, le fût-il en dehors d'elle (TAS OG 16/09, *Russian Weightlifting Federation v. IWF*, sentence du 5 août 2016), et ne s'est pas ému de la présomption de culpabilité appliquée aux athlètes russes, se contentant le plus souvent d'en prendre acte sans plus de développements, notant au mieux que le fait qu'elle soit réfragable allait dans le sens des « *règles de la justice naturelle* » (TAS OG 16/13, *A. Karabelshikova & I. Podshivalov v. FISA & CIO*, sentence du 4 août 2016, § 7.16). Il est vrai que la présomption d'innocence n'est pas un principe solidement ancré dans la jurisprudence du TAS (v. M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, spéc. n° 910 et 1267) et qu'elle ne semble pas faire partie de l'ordre public international au sens de la jurisprudence suisse (Trib. féd., arrêt du 15 mars 1993, *E. Gundel c/ FEI*, 4P.83/1999, *Rec. TAS*, I, p. 559, consid. 8 b, non publié aux ATF ; confirmé par Trib. féd., arrêt du 31 mars 1999, *Lu Na Wang & al. c/ FINA*, Rec. TAS, II, p. 773).

En revanche le TAS a estimé que le paragraphe 3 de la décision du CIO interdisant au Comité olympique russe d'inscrire au Jeux de Rio des athlètes qui auraient déjà été sanctionnés pour dopage, quand même bien ils auraient déjà purgé leurs peines et auraient réussi à convaincre leur fédération internationale qu'ils présentaient des garanties suffisantes, était contraire à ces fameuses « *règles de justice naturelle* » (TAS OG 16/13, préc., § 7.17 et s. ; TAS OG 16/19,

N. Podolskaya & A. Dyachenko v. ICF, sentence du 8 août 2016, § 7.15 et s.). C'est là une confirmation, dans un contexte particulier, de la jurisprudence *Osaka*, laquelle était toutefois fondée sur le principe *non bis in idem* et le risque de disproportion de la sanction à la faute susceptible de découler de cette interdiction automatique (TAS, 2011/O/2422, *USOC v. CIO*, sentence du 4 octobre 2011 ; v. également TAS, 2011/A/2658, *BOA v. WADA*, sentence du 30 avril 2012). Ce changement de fondement juridique s'explique par le fait que la question de la participation des sportifs russes posée par les révélations liées à un dopage d'Etat n'est pas, pour le TAS (TAS OG 16/19, préc., § 7.11), une question disciplinaire (il ne s'agirait pas d'étendre une précédente sanction) mais une question d'éligibilité (le sportif présente-t-il des garanties de probité suffisante pour pouvoir participer aux Jeux olympiques ?). Ce qui a accessoirement pour conséquence que la chambre anti-dopage du TAS n'est pas compétente (TAS OG AD 16/01, *P. Sozkyn & RYF v. World Sailing & IOC*, sentence du 14 août 2016).

Les sentences rendues dans l'affaire du CIO dessinent un résultat quelque peu paradoxal : il est possible de suspendre une fédération nationale avec pour conséquence qu'aucun des sportifs en relevant, sans aucune exception, ne pourra participer aux Jeux olympiques, mais il n'est en revanche pas envisageable de poser une présomption de culpabilité à destination des sportifs d'un pays qui ne soit pas réfragable seulement pour ceux déjà sanctionnés pour dopage dans le passé. Il s'agit pourtant d'une solution aux effets moins radicaux.

Dans l'affaire de l'IPC, le TAS a rejeté la demande du Comité paralympique russe visant à obtenir l'annulation de sa suspension (TAS, 2016/A/4745, *Russian Paralympic Committee v. IPC*, sentence du 30 août 2016). En autre moyen, le comité russe soutenait que cette suspension constituait une sanction disproportionnée, notamment parce que la sanction avait des effets particulièrement graves (dans la mesure où elle frappait indirectement tous les sportifs relevant du comité paralympique russe), parce que sa responsabilité, à supposer qu'elle existât bien, n'était pas fautive (si des sports et athlètes paralympiques étaient bien concernés par les révélations du rapport *MacLaren*, le comité paralympique russe en tant que tel n'était pas visé) et parce qu'une sanction alternative était possible (sanctionner le comité paralympique russe, mais en permettant malgré tout aux sportifs concernés, ou au moins à certains d'entre eux, de participer aux Jeux).

Chacun de ces trois arguments a été balayé d'un revers de main. Le premier l'a été au motif qu'aucun sportif affecté n'était partie à la procédure et que la formation arbitrale n'avait donc pas à prendre en considération leurs droits individuels : « *la question posée à cette formation ne porte* […] *pas sur la légitimité d'une "sanction collective" des sportifs, mais est seulement de savoir si l'IPC avait le droit de suspendre l'un des membres (direct)* » (§ 79, traduction libre de l'anglais). Le second argument a été rejeté au motif qu'une faute n'est pas forcément nécessaire pour prononcer une sanction disciplinaire et que,

de toute façon, dès lors qu'une violation des règles est constatée, c'est à celui qui les a méconnues de prouver qu'il n'a pas commis de faute, en tout cas au sens subjectif. Ce faisant, et contrairement à ce qui pouvait sembler ressortir de la jurisprudence du TAS (v. not. TAS, 2004/A/777, *ARcycling AG v. UCI*, sentence du 31 janvier 2005, spéc. § 80), un régime de responsabilité objective n'a pas nécessairement à être expressément prévu dans un texte pour s'appliquer. Le troisième argument n'a pas non plus convaincu, au motif cette fois qu'il n'appartenait pas au TAS de dire si la décision prise était la mieux proportionnée parmi toutes celles qu'il était envisageable de prendre (§ 87 et s.). Il lui revient seulement de se prononcer sur le caractère non manifestement disproportionné de la décision contestée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce selon la formation (§ 83 et s.).

Aucune des sentences rendues par le TAS au sujet de la participation des sportifs russes aux Jeux de Rio n'apparaît totalement injustifiée, du point de vue la violation des droits fondamentaux. Comme c'est habituel en ce domaine, il s'agit fondamentalement d'arbitrer entre des intérêts contradictoires : ici l'intérêt général du sport, qui commandait des mesures fortes, notamment afin d'assurer la confiance du public et des sportifs dans l'intégrité des compétitions, et l'intérêt individuel des athlètes, qui exigeait qu'ils ne soient pas excessivement affectés par les fautes commises par d'autres. Les arbitres du TAS ont globalement choisi de faire prévaloir le premier intérêt sur le second. C'était ici parfaitement compréhensible, quand bien même on peut regretter que l'occasion n'ait pas été saisie de poser en principe que la suspension d'une fédération nationale ou d'un comité national olympique ne pouvait avoir pour effet de priver tous les sportifs en relevant, sans aucune dérogation possible. Ce n'est pas la première fois que la TAS fait primer l'intérêt collectif sur les intérêts individuels, ni certainement la dernière.

I. – LA COMPÉTENCE ARBITRALE

— Cour fédérale de justice allemande (BGH), 7 juin 2016, *Claudia Pechstein c/ International Skating Union (ISU)*, KZR 6/15 (3) **: notion de tribunal arbitral ; indépendance du TAS ; consentement à l'arbitrage ; abus de position dominante (non) ; art. 6 § 1 Conv. EDH.**

Ende gut alles gut für den CAS (tout est bien qui finit bien pour le TAS) : tel est le titre shakespearien que l'on pourrait donner à la pièce en trois actes qui s'est jouée devant les juridictions allemandes dans la désormais célèbre affaire *Pechstein*, au moins en attendant une

(3) L'arrêt, disponible en allemand sur le site internet officiel du BGH, a fait l'objet d'une traduction anglaise par le TAS (http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Pechstein___ISU_translation_ENG_final.pdf). Le présent commentaire est fondé sur cette dernière version. Toutes les citations qu'ils comportent sont des traductions libres de l'anglais vers le français.

éventuelle suite européenne. Scène d'exposition : après que des anomalies ont été relevées sur son passeport biologique, M^me^ Claudia Pechstein, quintuple championne olympique de patinage de vitesse aux Jeux d'hiver, a fait l'objet d'une suspension disciplinaire de deux ans pour dopage prononcée le 1^er^ juillet 2009 par l'*International Skating Union* (ISU). La patineuse allemande a contesté sans réussite cette sanction devant le TAS (TAS, 2009/A/1912, *P. v. ISU*, et TAS, 2009/A/1913, *Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. (DESG) v. ISU*, sentence du 25 novembre 2009), puis a demandé en vain au Tribunal fédéral suisse l'annulation de la sentence rendue (arrêt 4A_612/2009 du 10 février 2010), avant d'introduire une requête contre la Confédération helvétique devant la Cour européenne des droits de l'homme (req. n° 67474/10 introduite le 11 novembre 2010, *Claudia Pechstein c/ Suisse*) et d'engager parallèlement une action en responsabilité contre la Fédération allemande de patinage de vitesse (DESG) et l'ISU devant les juridictions de son pays.

Les chances de succès au fond de cette action dépendaient, outre de la compétence judiciaire internationale des tribunaux allemands (4), des réponses susceptibles d'être apportées à trois autres questions préalables : la clause compromissoire signée le 2 janvier 2009 par M^me^ Pechstein, qui avait fondé la compétence du TAS pour statuer sur la légalité de la sanction infligée, couvrait-elle les litiges pécuniaires susceptibles de l'opposer à l'ISU ? Si oui, cette convention était-elle valable ? A défaut, la nullité de la convention pouvait-elle avoir pour conséquence, non seulement la compétence des juridictions allemandes pour connaître de l'action en responsabilité, mais également la non reconnaissance de la sentence du TAS ayant confirmé la suspension prononcée par l'ISU ? Un éventuel refus conditionnait en effet la possibilité d'un rejugement de l'affaire au fond, afin de déterminer si la sanction à l'origine du préjudice subi par M^me^ Pechstein était ou non légale.

(4) Sur ce point, le BGH a considéré que les juridictions allemandes avaient bien compétence pour connaître d'une action en responsabilité engagée contre l'ISU, dont le siège est pourtant située à Lausanne, dans la mesure où cette action était couplée à une action dirigée contre la fédération allemande de la discipline (DESG), dont le siège est munichois (§ 15-21). La Cour rappelle en effet que, selon l'article 6.1 de la Convention de Lugano de 2007, les juridictions d'un Etat lié par cette convention ont compétence sur les actions intentées contre un défendeur qui a son siège dans un autre Etat signataire, ce qui est le cas de la Suisse, « *à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément* » (§ 16). C'était clairement le cas en l'espèce. Les deux actions reposaient sur le même fondement : l'illégalité de la suspension pour dopage infligée à M^me^ Pechstein. Il était reproché à l'ISU de l'avoir prononcée et à la DESG de l'avoir mise en œuvre, notamment en excluant la championne de l'équipe allemande pour les Jeux olympiques d'hiver de 2010. Selon le BGH, la DESG aurait assez facilement pu ne rien faire. Elle a choisi de tirer elle-même des conséquences de la suspension prononcée. Cela a permis à la Cour d'écarter l'argument de fraude à la loi avancé par l'ISU. Cette dernière soutenait en effet que la demanderesse avait illégalement tenté de faire du *forum shopping* en poursuivant artificiellement la fédération nationale dans le seul but d'écarter la compétence des juridictions suisses à l'égard de la fédération internationale.

Acte I : le *Landesgericht* (LG) de Munich I saisi en première instance juge que les clauses TAS soumises par les institutions sportives aux athlètes qui veulent participer aux compétitions qu'elles organisent sont par nature nulles, faute de consentement librement donné ; en l'absence de convention d'arbitrage valable, il se reconnaît matériellement compétent pour connaître de l'action en responsabilité intentée par M^me^ Pechstein mais accepte malgré tout de reconnaître la sentence rendue, bien que fondée sur la même clause compromissoire, essentiellement pour des raisons de loyauté procédurale, et rejette ainsi sa demande ; M^me^ Pechstein s'était en effet abstenue de soulever l'incompétence du tribunal pendant le procès arbitral ; le jugement du LG de Munich I constituait à la fois un avertissement sans frais en l'espèce et un carton rouge adressé à l'arbitrage TAS en général, dont l'une des principales caractéristiques est d'être un arbitrage forcé (LG München I, 26 février 2014, *Claudia Pechstein c/ ISU & DESG*, 37 O 28331/12 ; *Rev. arb.*, 2014.670, chron. M. Maisonneuve).

Acte II : en appel, l'*Oberlandesgericht* (OLG) de Munich rejette l'idée développée en première instance selon laquelle le caractère faiblement consensuelle des clauses TAS suffirait à les vicier, mais il juge en revanche que les imposer aux athlètes constitue un abus de position dominante de la part des institutions sportives, dans la mesure où l'organisation et le fonctionnement du TAS révélerait un défaut structurel d'indépendance en leur faveur ; l'OLG se déclare compétent, au motif que la convention d'arbitrage litigieuse ne couvrait pas les actions en responsabilité, et ne reconnaît pas la sentence litigieuse, la violation du droit de la concurrence constituant en Allemagne une violation de l'ordre public ; l'arrêt écarte ainsi la menace que le LG avait fait peser sur l'arbitrage TAS tout en incitant à une réforme de l'organisation du TAS de nature à en augmenter l'indépendance à l'égard des institutions sportives, au risque pour celles-ci (à commencer la DESG et l'ISU) d'en faire les frais (OLG München, 15 janvier 2015, Az. U1110/14 Kart, trad. anglaise A. Duval, *The Pechstein Ruling of the OLG München*, available at SSRN : http://ssrn.com/abstract=2561297 ; *Rev. arb.*, 2015.909, chron. M. Maisonneuve ; X. Favre-Bulle, « Pechstein v. Court of Arbitration for Sport: How Can We Break the Ice? », *in* C. Müller, S. Besson et A. Rigozzi (eds), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Genève / Zurich, 2015, CEMAJ, Schulthess, p. 328).

Acte III : le *Bundesgerichtshof* (BGH), dans un important arrêt de cassation du 7 juin 2016, accorde finalement sans réserve la faveur de la jurisprudence allemande à l'arbitrage TAS. A la différence de l'OLG, il estime certes que le champ d'application matérielle de la convention d'arbitrage signée par M^me^ Pechstein s'étend aux actions en responsabilité délictuelle (dans le même sens, v. Cass. civ. 1^re^, 6 juillet 2016, *FC Sochaux c/ FIFA*, n° 15-19.521, publié au Bulletin ; en somm. *infra,* p. 961), mais il la juge pour sa part parfaitement valable et fait donc échec à la compétence des juridictions allemandes. L'arrêt met

ainsi fin aux espoirs de M^me^ Pechstein d'obtenir réparation devant elles et à ceux d'une partie de la doctrine comme de praticiens de l'arbitrage en matière sportive (v. notamment 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 ; A. Rigozzi, « L'importance du droit suisse dans la résolution des litiges sportifs internationaux », *Rev. dr. Suisse*, 2013.301, spéc. p. 304 et s. : http://www.lk-k.com/data/document/rigozzi-importance-droit-suisse-arb.-resolution-litiges-sportifs-int-rds-zsr-2013.pdf) de voir le TAS judiciairement incité à se réformer dans un sens leur paraissant opportun. Il comblera en revanche les partisans du *statu quo* ou à tout le moins les tenants d'une évolution du TAS autant que possible détachée de la contrainte des droits étatiques (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)*, available at SSRN : http://ssrn.com/abstract=2800044). Dans son arrêt *Pechstein*, le BGH a en effet confirmé, dans la lignée du Tribunal fédéral suisse, que le TAS était bien un véritable tribunal arbitral (1), et a finalement préservé les clauses compromissoires en sa faveur des nullités systémiques dont les juridictions du fond les menaçaient en Allemagne (2).

1. La nature arbitrale du TAS confortée — Selon le BGH, « *le TAS est un "vrai" tribunal arbitral au sens du code de procédure civile* [allemand : art. 1025 et s.] *et non un simple tribunal associatif* […] *ou un quelconque autre organe de règlement des différends* » (§ 23). Techniquement, l'affirmation est inexacte. Malgré son nom, le TAS n'est pas en droit un tribunal arbitral. Il est au mieux un centre d'arbitrage sous l'égide duquel sont constitués des tribunaux arbitraux. Replacé dans le contexte de l'arrêt, ce que confirme le BGH, c'est que les conventions en faveur du TAS méritent juridiquement la qualification de convention d'arbitrage, et sont donc susceptibles d'exclure la compétence des juridictions étatiques, dans la mesure où elles font référence à une institution qui organise de véritables arbitrages.

L'affirmation paraît relever de l'évidence tant elle est solidement établie dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse (en particulier depuis l'arrêt du 27 mai 2003, *L. Lazutina & D. Danilova c/ CIO, FIS & TAS*, ATF 129 III 445 ; *Bull. ASA*, 2003.601 ; *JDI*, 2003.1096, note A. Plantey ; *Rev. arb.*, 2005.181, chron. P.-Y. Tschanz et I. Fellrath Gazzini). Cette convergence de vues est d'autant moins surprenante que les deux juridictions ont fait application du même critère de qualification. En droit allemand comme en droit suisse, « *un "vrai" tribunal arbitral auquel le recours peut effectivement exclure l'accès aux juridictions étatiques peut seulement exister dans les cas où le tribunal arbitral appelé à trancher le litige constitue une instance indépendante et neutre* » (§ 24). La prise de position du BGH est toutefois loin d'être dénuée de tout intérêt. D'abord parce que l'OLG, dans l'affaire

Pechstein, avait volontairement laissé cette question ouverte (§ 68), faisant ainsi place au doute quant à la « transposabilité » de la jurisprudence suisse en droit allemand. Ensuite parce que l'analyse du Tribunal fédéral suisse, pour approfondie qu'elle soit, présente malgré tout une zone d'ombre. Si le Tribunal s'est bien attaché à vérifier que le TAS était suffisamment indépendant de telle ou telle institution sportive prise individuellement, il n'a en revanche jamais cherché à vérifier si le TAS était suffisamment indépendant des institutions sportives entendues globalement. Certes, ce ne sont pas les institutions sportives en général mais une institution sportive en particulier, voire exceptionnellement plusieurs, qui sont opposées aux athlètes en tant que parties devant le TAS. Mais il n'en reste pas moins que, à tort ou à raison, les athlètes peuvent avoir l'impression qu'elles sont unies par une solidarité de classe, justifiant que l'on s'intéresse, ne serait-ce que pour montrer que l'argument a bien été pris en considération, à une éventuelle influence sur le TAS.

C'est ce qu'a fait le BGH, allant ainsi plus loin que le Tribunal fédéral suisse, même s'il est finalement parvenu à la même conclusion : le TAS est suffisamment indépendant des institutions sportives pour être regardé comme un véritable tribunal arbitral ou, peut-être plus exactement, les liens qu'il entretient avec elles ne sont pas tels qu'ils permettent de remettre en cause cette qualification. Sur l'indépendance à l'égard de telle ou telle institution sportive, l'arrêt relève sans surprise que le TAS n'est formellement l'organe interne d'aucune fédération ni d'aucun comité olympique (§ 25) et reprend en substance à son compte la jurisprudence *Lazutina* précitée pour justifier qu'aucun d'entre eux ne dispose à lui seul d'une influence condamnable sur cette institution d'arbitrage (§ 31). Depuis que l'organisation du TAS a été réformée en 1994, à la suite de l'arrêt *Gundel* (arrêt du 15 mars 1993*, E. Gundel c/ FEI & TAS*, ATF 119 II 271 ; *Rec. TAS*, I, p. 545 ; *Bull. ASA*, 1993.398, note G. Schwaar ; *Intern. arb. rep*., vol. 8, n° 10, 1993, p. 12, note J. Paulsson ; *RSDIE*, 1994, p. 149, note F. Knoepfler), cela peut-être effectivement admis sans trop de difficulté. Tout au plus pourrait-il être opportun de faire attention à l'éventuelle dépendance financière à l'égard d'institutions sportives, à l'image de la FIFA, dont la contribution cumulée au budget du TAS en tant que membre du Mouvement olympique et principal utilisateur de la procédure arbitrale payante pourrait atteindre un seuil critique (P. Zen-Ruffinen, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », *op. cit.*, spéc. p. 500-502). Sur l'indépendance à l'égard des institutions sportives en général, l'arrêt prend le contre-pied de l'OLG de Munich. En appel, celui-ci avait considéré que les règles régissant le TAS créaient un déséquilibre structurel menaçant sa neutralité à l'égard des fédérations sportives internationales et comités olympiques. Selon lui, les institutions sportives ensemble exerçaient une influence décisive sur la composition de la liste des arbitres du TAS *via* leur pouvoir de désignation des membres du Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS). C'est en effet cet organe qui a compétence pour constituer la liste

(art. S6.3 code TAS). Or, douze de ses vingt membres sont directement désignés par l'association des fédérations internationales olympiques d'été (3), l'association des fédérations internationales olympiques d'hiver (1), l'association des comités nationaux olympiques (4) et le Comité international olympique (4) ; les 8 autres membres étant désignés par les douze premiers et donc indirectement par les institutions sportives (art. S4 code TAS). Dans la mesure où la liste du TAS est une liste fermée (art. R33 code TAS), l'OLG avait estimé qu'il existait un risque structurel que les arbitres, indépendamment de leur intégrité personnelle, soient plus favorables au « camp » des institutions sportives qu'à celui des athlètes. La Cour avait également relevé que ce mode de désignation des membres du CIAS était d'autant plus problématique que la fonction de président de la chambre d'appel du TAS est nécessairement exercée par l'un d'entre eux (art. S6.2 code TAS), élu à la majorité simple. Or ce président détient d'importants pouvoirs, notamment celui, dans chaque affaire, de choisir le président de la formation arbitrale constituée pour la juger ou l'arbitre unique lorsqu'il n'est pas recouru à une formation à trois (art. R54 code TAS).

Le BGH a rejeté la façon de voir à la base de ce raisonnement. Selon lui, « *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* [*via* le CIAS]. *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* » (§ 32), au moins dans le domaine du dopage. Autrement dit, en désignant les membres du CIAS, les institutions sportives agiraient autant dans leur intérêt que dans celui des athlètes, puisque ce serait le même : en substance, que les tricheurs soient « pris » et sanctionnés, de manière à avoir des compétitions « propres ». Dans ces conditions, peu importe, pour le contentieux du dopage, que les institutions sportives aient collectivement une influence déterminante sur la composition de la liste d'arbitres du TAS.

L'argument peut très bien s'entendre. A supposer que les institutions sportives aient bien une influence déterminante sur la composition de la liste d'arbitres du TAS *via* le CIAS, on peut raisonnablement penser qu'elles l'utiliseront pour promouvoir l'inscription de personnes partageant l'objectif de la lutte contre le dopage. Or il n'est de l'intérêt collectif 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, et non l'intérêt particulier de l'athlète partie.

L'argument peut toutefois être discuté. L'objectif général d'un sport sans dopage mis en avant pour convaincre d'un intérêt partagé occulte l'existence de conceptions divergentes concernant les moyens de l'atteindre. Schématiquement, les institutions sportives ont plus intérêt à ce que l'objectif soit atteint à tout prix quand les athlètes ont plus intérêt à ce que la fin ne justifie pas toujours les moyens. Pour le dire autrement, les institutions sportives ont moins intérêt à ce que les droits individuels des athlètes, y compris leurs droits fondamentaux, soient pris en considération. Le BGH n'a pas totalement ignoré la question. Ainsi, il « *n'a pas perdu de vue le fait que l'intérêt du "camp des fédérations" à voir les règles effectivement appliquées et à ce que le public ait la perception d'une telle application puisse potentiellement être en contradiction avec l'intérêt de l'athlète partie au litige à ce qu'un haut niveau de preuve soit maintenu* » (§ 33).

Il a toutefois estimé que cela n'était pas suffisant pour remettre en cause l'existence d'un intérêt fondamentalement partagé. C'est peut-être vrai si l'on ne prend en considération que la question de la preuve. Ce l'est en revanche peut-être moins en y ajoutant d'autres éléments dont la prise en considération importe sans doute plus aux athlètes qu'aux institutions sportives. Qu'il s'agisse du droit au respect de la vie privée, du droit à disposer de son corps, de la liberté de se soigner, du principe de proportionnalité des sanctions ou bien encore du principe de la responsabilité personnelle. Sans aller jusqu'à permettre l'inscription d'arbitres pro-dopage sur la liste du TAS, il peut sembler nécessaire, pour que l'arbitrage ne soit pas excessivement biaisé en faveur de l'accusation, que la liste reflète la diversité des sensibilités juridiques relatives à la lutte antidopage. 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, peu enclines *a priori* à écarter au besoin les textes des institutions sportives au nom de principes supérieurs ou au moins à les interpréter de manière à les concilier avec eux.

Pour autant, si l'argument de l'intérêt partagé peut être relativisé, la qualification arbitrale que le BGH a accordée au TAS mérite malgré tout d'être pleinement approuvée. Un tribunal arbitral n'a pas nécessairement à être parfaitement indépendant pour être un vrai tribunal arbitral. Il a seulement à se situer à un niveau d'indépendance supérieur au seuil en dessous duquel il ne saurait y avoir de véritable justice. C'est à n'en pas douter le cas du TAS. Intérêt partagé ou non des institutions sportives et des athlètes, ses imperfections ne sont pas

telles qu'il devrait être regardé comme un simple organe des fédérations et comités olympiques qui ont recours à ses services. En revanche, un plus haut niveau d'exigence peut être exigé à d'autres stades qu'à celui de la qualification. C'était ailleurs non pas pour nier la nature juridiquement arbitrale du TAS que l'OLG de Munich avait relevé les liaisons dangereuses entre le CIAS et les institutions sportives, mais pour conclure à la nullité des clauses compromissoires en sa faveur. Le BGH a finalement choisi de les préserver.

2. La validité des clauses TAS préservée — C'est un fait connu et admis que les clauses compromissoires en faveur du TAS pour le règlement des litiges sportifs sont plus imposées à leur destinataires par les institutions sportives que librement consenties par eux (A. Pinna, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport », *Gaz. Pal.*, 19-20 mai 2004, p. 31, spéc. p. 38 ; A. Rigozzi, *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. 292 et s. P. Zen-Ruffinen, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », *op. cit.*, spéc. p. 489 et s.). Les athlètes n'ont guère le loisir de refuser les clauses TAS que les statuts et règlements des fédérations sportives internationales contiennent ou qu'elles leurs soumettent dans des formulaires distincts. Le monopole dont elle dispose normalement pour l'organisation des compétitions de leurs disciplines respectives place en effet les athlètes face à un choix qui n'en est pas vraiment un, en tout cas pour les sportifs de l'élite : accepter la clause ou renoncer au sport de compétition du haut niveau mondial.

Le BGH, tout comme l'OLG de Munich avant lui, a refusé d'en tirer argument pour prétendre que les clauses TAS seraient porteuses d'une nullité congénitale. Le BGH rappelle que le consentement n'a pas à être totalement libre en fait pour être juridiquement efficace. Il suffit en principe qu'il soit exempt de vice du consentement, notamment de violences physiques ou de menaces illégales (§ 54). Autant de vices dont, sauf cas extraordinaire, les clauses TAS ne sont pas atteintes (§ 55). Ni en droit allemand, ni dans la très grande majorité des autres droits nationaux, « *la convergence des droits étant* […] *forte* » en matière de vices du consentement (Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 527). La contrainte que les institutions sportives font peser sur les sportifs, *via* leur position monopolistique, est en effet d'une nature qui cadre mal avec ce que recouvre, au-delà des différences terminologiques, le vice de « violence » (5).

(5) Certes, des droits nationaux, à l'image du droit français, reconnaissent une forme de violence particulière — la violence économique — qui pourrait éventuellement trouver à 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

Ce retour à la stricte orthodoxie juridique, par rapport au raisonnement suivi en première instance dans la même affaire *Pechstein*, mérite d'autant plus d'être approuvé qu'il est opportun. Le caractère forcé de l'arbitrage TAS n'est pas un défaut qu'il faudrait à tout prix faire disparaître. Il est d'abord une condition nécessaire de sa principale raison d'être : assurer le respect du principe d'égalité des compétiteurs devant la justice. Pour que l'égalité qui s'impose sur le terrain se prolonge dans le prétoire, il importe que, pour les litiges internationaux au moins, les sportifs ne puissent pas, au gré de leurs nationalités, bénéficier de traitements juridiques variant en fonction des juridictions étatiques auxquelles ils sont susceptibles de pouvoir s'adresser et des droits différents qu'elles sont en mesure de leur appliquer, voire des applications différentes qu'elles pourraient faire des mêmes règles. Laisser les sportifs libres de choisir entre la voie arbitrale et les voies étatiques entraînerait la fin de la fonction de « *Cour suprême du sport mondial* » (selon l'expression du président Samaranch, citée par K. Mbaye, *in Recueil TAS*, II, p. X) que le TAS est parvenu à exercer. Ce n'est pas souhaitable.

Il n'est toutefois pas non plus souhaitable de totalement ignorer en droit la situation factuelle de contrainte dans laquelle se trouvent les athlètes et le BGH l'a clairement rappelé : « *dans les cas où l'une des parties est dans une telle situation de force qu'elle est en mesure de dicter les termes du contrat plus ou moins unilatéralement, l'autre partie peut être regardée comme ayant été forcée d'accepter ces termes. Si, dans une telle situation, des droits fondamentaux sont atteints, les lois et règlements de l'Etat concerné doivent s'appliquer d'une manière équilibrée afin de protéger ces droits fondamentaux* » (§ 55). Dans l'affaire *Pechstein*, c'était à l'aune de l'interdiction de l'abus de position dominante au sens du droit allemand de la concurrence que l'OLG de Munich avait assuré cette protection et le BGH ne l'a pas contredit. L'applicabilité *ratione personae* de l'article 19 de la loi sur les restrictions de concurrence, dans sa version alors en vigueur, ne posait guère de difficulté. Malgré son statut associatif, l'ISU est assurément une entreprise en situation de monopole sur le marché de l'organisation des compétitions internationales de patinage de vitesse (§ 45). En revanche, concernant l'applicabilité *ratione materiae*, le BGH a laissé ouverte la question de savoir l'ISU avait bien agi en tant qu'entrepreneur en imposant le recours au TAS en matière de dopage (§ 47), dans la mesure où elle ne faisait là que mettre en œuvre l'un des principes d'un texte — le

---

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. Sur la violence économique en droit français, v. Cass. civ. 1re, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *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* ».

code mondial antidopage (art. 13.2.1) — qui s'impose à elle en sa qualité de fédération olympique (v. not. l'art. 43 de la Charte olympique).

Pour déterminer si l'ISU avait ou non commis un abus de position dominante, le BGH s'est livré à un contrôle allant bien au-delà de ce qui était nécessaire pour déceler une nullité manifeste de la convention d'arbitrage en cause. Cela ne saurait surprendre compte tenu de la réserve traditionnelle du droit allemand vis-à-vis l'effet négatif du principe compétence-compétence (v. not. E. Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *in Mélanges J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 388, spéc. p. 396). Sans surprise également, le contrôle s'est exercé selon la méthode habituelle de la mise en balance des intérêts : d'un côté, selon le BGH, le droit fondamental au juge de M^me^ Pechstein, qui implique qu'elle ne soit pas contrainte de se détourner des juridictions étatiques (§ 52), et son droit fondamental au libre exercice de sa profession, qui inclut non seulement le droit de choisir une profession mais aussi le droit d'exercer sa profession comme elle l'entend, ce qui entre en contradiction avec l'obligation d'accepter les conditions imposées par l'ISU sous peine de ne plus pouvoir participer aux compétitions qu'elle organise (§ 58) ; de l'autre côté, toujours selon le BGH, l'autonomie des associations, qui est un droit garanti par la Constitution allemande, et peut justifier d'imposer des clauses TAS, au motif qu'elles sont nécessaires pour que les fédérations sportives internationales puissent atteindre l'un de leurs buts qui est d'assurer une application uniforme de leur droit à tous les athlètes dépendant d'elles et partout (§ 59). Le point d'équilibre entre ces intérêts opposés est principalement à rechercher dans l'indépendance du TAS. Si elle est suffisante, la conciliation des intérêts peut être admise. Si elle ne l'est pas, l'atteinte aux intérêts des athlètes est excessive.

A la différence de l'OLG de Munich, le BGH a conclu à l'inexistence d'un abus de position dominante de la part de l'ISU. Non seulement en droit allemand mais aussi en droit de l'Union européenne (§ 66 ; v. toutefois *contra* 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), sans qu'il ait pour cela jugé utile de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. « *Ce résultat est dû, d'une part, au fait que, non seulement les fédérations mais aussi plus particulièrement les athlètes, bénéficient des avantages susmentionnés de l'arbitrage sportif, puisque de celui-ci dépend la pratique de leur sport en compétition dans des conditions équitables* […]. *Celles-ci comprennent, sans pour autant s'y limiter, une application uniforme des règles antidopage, laquelle, actuellement, ne peut être garantie que par le TAS en tant que tribunal arbitral mondialement reconnu. Cependant, pour s'assurer, d'autre part, que les droits fondamentaux du plaignant d'accéder à la justice et d'exercer librement sa protection sont protégés autant que possible, le standard à appliquer pour mesurer l'indépendance et de neutralité du TAS ne doit pas être trop bas. Comme cela a déjà été exposé précédemment, la liste*

des arbitres du TAS contient fondamentalement un nombre suffisant de personnes indépendantes et neutres ; en outre, le second défendeur, en tant que partie opposée dans la procédure arbitrale, n'a pas joui d'une suprématie institutionnelle en lien avec la constitution de la liste d'arbitres et la composition du tribunal arbitral […] » (§ 62). A cela s'ajoutent ensuite d'autres considérations non décisives sur les possibilités offertes aux parties de se plaindre du manque d'indépendance personnelle de tel ou tel arbitre et de demander l'annulation de la sentence rendue au Tribunal fédéral suisse. Le raisonnement suivi par le BGH n'est guère critiquable. En revanche, le constat que le TAS atteint le haut niveau d'indépendance exigé, ce qui constituait la question centrale, peine à totalement convaincre.

En premier lieu, ce constat est effectué par renvoi aux analyses effectuées au stade de la qualification du TAS en tant que véritable tribunal arbitral. Or, s'il est parfaitement compréhensible que certaines questions n'aient pas été plus approfondies à ce stade, il est plus discutable que cela n'ait pas été fait au stade de la mise en balance des intérêts destinée à se prononcer sur la validité des clauses TAS. C'est en particulier le cas de la question liée au pouvoir donné au président de la chambre d'appel, membre du CIAS (sur la composition duquel les institutions sportives ont une influence déterminante), de choisir les présidents de formation arbitrale, voire les arbitres uniques, et ce d'autant plus qu'il s'agissait de l'un des deux motifs retenus par l'OLG de Munich pour conclure à l'existence d'un abus de position dominante. Sans doute le BGH y a-t-il implicitement répondu par l'argument de l'intérêt partagé. Dans la mesure où en désignant les membres du CIAS les institutions sportives agiraient autant dans leur intérêt que dans celui des athlètes, cela peut couper court à toute remise en cause des fonctions exercées par des membres du CIAS sous l'angle de l'indépendance du TAS. Pourtant, outre que l'argument de l'intérêt partagé n'est pas forcément imparable, pour les raisons précédemment exposées, il nous semble que la question de la constitution de la liste d'arbitres par la majorité du CIAS et celle de la désignation du président de la formation arbitrale par un membre seul du CIAS ne se pose pas tout à fait dans les mêmes termes et n'appelle pas forcément les mêmes réponses. Surtout que, contrairement à ce qu'énonce à tort le BGH, la question ne se pose pas seulement dans le cas où les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le choix de ce président (§ 27). Dans le cadre de la procédure d'appel, c'est toujours le président de la chambre qui le choisit, après consultation des deux arbitres désignés par les parties.

En second lieu, s'agissant d'un contrôle de proportionnalité, une place plus importante aurait pu être réservée à l'existence d'améliorations susceptibles d'être apportées à l'organisation et au fonctionnement du TAS. En particulier, contrairement à ce qu'affirme le BGH (§ 50), il existe des solutions permettant d'accroître encore l'indépendance du TAS, ou au moins son apparence d'indépendance, sans pour autant remettre en cause ce qui fait son intérêt. Par exemple, les doutes liés à

l'influence des institutions sportives sur la composition du CIAS et sur le choix des présidents de formations arbitrales par le président de la chambre d'appel pourraient être levés en mettant en place une gestion mixte « Etats — Mouvement sportif » du TAS, sur le modèle de l'Agence mondiale antidopage, avec un système de liste ouverte de co-arbitres tempéré par une liste fermée des présidents (en ce sens, v. 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), au sein de laquelle seraient choisis les présidents de formation arbitrale, non pas librement mais à tour de rôle, sous réserve de leur disponibilité et de la langue de l'arbitrage. Cela mettrait fin à l'impression d'une maîtrise du CIAS par les institutions sportives, offrirait aux athlètes une soupape de sécurité dans le choix de leurs arbitres, sans menacer l'unité de jurisprudence arbitrale du TAS que commande le principe d'égalité des compétiteurs devant la justice, dès lors qu'un président fin connaisseur des sentences rendues serait en mesure de la rappeler. A défaut de volonté de la communauté internationale de s'engager dans cette voie, une désignation paritaire des membres du CIAS par les institutions sportives et par des représentants des athlètes pourrait constituer une alternative. D'ores et déjà, reprenant une piste suggérée par l'OLG de Munich, le code TAS a été modifié de manière à impliquer les athlètes dans le processus de constitution de la liste d'arbitres. Depuis le 1er janvier 2016, les commissions des athlètes du CIO, des fédérations internationales et des comités olympiques nationaux se sont vu officiellement reconnaître la possibilité de porter à l'attention du CIAS, au même titre que les institutions dont elles sont des organes, des noms de personnes à inscrire sur la liste des arbitres du TAS (art. S14 code TAS). C'est un progrès supplémentaire par rapport à la suppression en 2012 du droit institutions sportives à ce que 3/5e de la liste soit constitué de personnes proposées par elles.

Au-delà des règles intéressant son indépendance structurelle, d'autres règles ou pratiques du TAS pourraient être modifiées de manière à obtenir un meilleur équilibre des intérêts. Ne serait-ce que d'indiquer, dans le bref *curriculum vitae* de chaque personne figurant sur la liste d'arbitres, l'institution ou la commission qui a proposé son inscription ou a attiré l'attention du CIAS sur son nom, ainsi que le Tribunal fédéral y invitait dès 2003 (arrêt du 27 mai 2003, *L. Lazutina*, préc., ATF 129 III 445, spéc. 458-459). Ou bien encore publier intégralement toutes les sentences rendues lors d'arbitrages sportifs imposés. Alors même que, dans le cadre de la procédure dite d'appel, le principe est celui de la publicité des sentences (art. R59 code TAS), les cas de non publication sont fréquents. Ainsi pour l'année 2015, alors que plusieurs centaines de sentences sont censées avoir été rendues, 25 étaient disponibles au moment de l'écriture de ses lignes dans la base de données du TAS (http://www.tas-cas.org/fr/jurisprudence/base-de-donnees.html).

C'est d'autant plus problématique que cela ne contribue pas à la promotion d'une conception exigeante de l'égalité des armes (dans

le même sens, v. P. Zen-Ruffinen, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », *op. cit.*, spéc. p. 503-504 et 536). Certes, le strict respect du principe du contradictoire suffit à éviter sa violation au sens juridique (Trib. féd. suisse, arrêt 4A_110/2012 du 9 octobre 2012, *X. c/ Union cycliste internationale (UCI) & fédération Z.*, consid. 3.2.1 ; *Rev. arb.*, 2013.802, chron. M. Peltier). 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 permettrait aux athlètes 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 fédéral (arrêt 4A_110/2012, préc. ; tout autant, il est vrai, que la question de savoir si le fait d'avoir été plusieurs fois nommés par une même partie constitue une cause de récusation). 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.

N'est-ce pas trop exiger du TAS ? Par rapport à ce qui est demandé aux autres institutions d'arbitrage, c'est certain. Par rapport aux particularités de l'arbitrage TAS, ce n'est pas forcément le cas. Il n'est pas illogique de faire peser un devoir d'exemplarité sur un arbitrage forcé mettant en jeu des droits fondamentaux. Sans doute le juge étatique n'a-t-il pas à se livrer à examen en opportunité de l'organisation et du fonctionnement du TAS. Mais il n'aurait en revanche pas été inconcevable que le BGH mette dans la balance tous les éléments n'allant pas dans le sens des athlètes et prenne en considération l'apparence d'indépendance autant que la réalité de celle-ci. Malgré les améliorations successives qui ont été apportées depuis l'importante réforme de 1994, comme, en plus de celles déjà citées, l'interdiction formelle depuis 2010 pour les arbitres du TAS d'intervenir en tant que conseil devant lui (art. S18 code TAS), l'adoption de directives sur l'assistance judiciaire entrées en vigueur le 1er septembre 2013, une liste d'arbitres portée à plus de 400 personnes, ou bien encore une ouverture du CIAS à des personnes n'ayant aucun lien avec les institutions sportives, les athlètes peuvent encore nourrir, à tort ou à raison, des doutes légitimes, qu'il serait bon de dissiper, afin d'augmenter la crédibilité de l'institution auprès des athlètes et de ne pas créer de frustrations inutiles.

Pour pleinement justifiée que soit la logique de proportionnalité utilisée pour juger de la validité des clauses TAS et pour parfaitement défendables que soient les appréciations portées sur l'indépendance du TAS, l'impression qui se dégage de l'arrêt commenté est qu'il s'inscrit dans la lignée de la politique de *favor arbitrandum sportiva* du droit helvétique. L'arrêt *Pechstein* fait ainsi écho à la « *bienveillance* » avec laquelle le Tribunal fédéral suisse examine « *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* » (v. arrêt 4A_548/2009 du 20 janvier 2010, *X. c/ Y. & FIFA*, consid. 4.1, *Rev. arb.*, 2010.609, chron. M. Peltier ; arrêt 4A_428/2011 du 13 février 2012, *M. A. et M^me^ B. c/ AMA & Fédération flamande de tennis*, consid. 4.1.1, *Rev. arb.*, 2012.653, chron. S. Besson). Cette politique jurisprudentielle s'inscrit en Allemagne dans un contexte normatif particulièrement favorable au TAS que le BGH a rappelé (§ 63). Non seulement l'Allemagne a ratifié le 31 mai 2007 la convention internationale contre le dopage dans le sport signée le 19 octobre 2005 sous l'égide de l'UNESCO, s'engageant à mettre en œuvre les principes du Code mondial antidopage, dont fait partie le recours au TAS (§ 9 ; contrairement à ce qu'avait jugé l'OLG de Munich), mais en plus l'article 11 de loi allemande contre le dopage dans le sport, promulguée le 10 décembre 2015, permet expressément aux institutions sportives de faire de l'acceptation de l'arbitrage une condition de participation aux compétitions qu'elles organisent. Cela n'autorise sans doute pas à imposer aux athlètes un arbitrage qui leur serait structurellement défavorable. Ce serait probablement inconstitutionnel (v. Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 19 octobre 1993, *in* P. Bon et D. Maus (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, p. 121). Mais cette confirmation législative que le caractère forcé de l'arbitrage en matière sportive n'est pas un problème en soi n'invitait guère à la sévérité.

On peut éventuellement regretter que le BGH n'ait pas été plus critique à l'égard du TAS. On ne peut en revanche nier qu'il est désormais clair, à la suite de son arrêt du 7 juin 2016, que les clauses compromissoires en faveur du TAS sont de véritables conventions d'arbitrage en droit positif allemand et que rien ne s'oppose en principe à leur validité. D'autant plus que le BGH a expressément jugé que la conclusion à laquelle il est parvenu au regard de l'interdiction de l'abus de position dominante de la loi allemande sur les restrictions de concurrence valait également au regard de la théorie jurisprudentielle de « l'abus de monopole » dérivée de l'article 138 du Code civil allemand (§ 48). Deux incertitudes juridiques persistent cependant.

La première concerne la portée de l'arrêt en droit allemand. Est-elle limitée au contentieux arbitral du dopage ou s'étend-elle à tout le contentieux sportif traité par le TAS ? L'argument de l'intérêt partagé des athlètes et des institutions sportives, qui a joué un rôle déterminant

pour conclure que le TAS ne souffrait pas d'un déséquilibre structurel en faveur des ces dernières, n'a été expressément retenu par le BGH que dans le domaine de la lutte antidopage. C'est parce que les athlètes et les institutions sportives auraient tout autant intérêt à un sport « propre » qu'il a jugé que l'influence de ces dernières sur la constitution de la liste d'arbitres *via* le CIAS n'était pas de nature à faire pencher la balance du côté de l'abus de position dominante. Or, il est d'autres domaines d'action des institutions sportives où les intérêts en présence sont moins évidemment communs. Dans les affaires de transfert de joueurs par exemple, entre libre-circulation et régulation, les intérêts des uns et des autres peuvent paraître plus éloignés que dans le domaine du dopage.

La seconde incertitude concerne le respect de la Convention européennes des droits de l'homme. En donnant plein effet aux clauses TAS, les Etats parties risqueraient-ils de méconnaître son article 6 § 1 ? Le BGH l'a exclu en affirmant que ces clauses, quoiqu'imposées aux athlètes, constituaient des renonciations valables à la compétence des juridictions étatiques (§ 65). C'est probablement exact, compte tenu de la conception extensive que la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) se fait du caractère libre d'une telle renonciation au moyen d'une convention d'arbitrage (v. notamment *X. c/ RFA*, n° 1197/61, décision de la Commission du 5 mars 1962, Décisions et reports 8, p. 68). Mais la principale difficulté, à supposer qu'il y en ait une, est ailleurs. Si l'ont peut légalement renoncer à la compétence des juridictions étatiques et à certaines des garanties de l'article 6 § 1 par une convention d'arbitrage, on ne peut pas pour autant renoncer à toutes. En particulier, il est douteux que cela puisse concerner le droit à un « *tribunal indépendant et impartial* ». Après avoir d'abord éludé la question dans le cadre d'une procédure judiciaire (*Pfeifer et Plankl c/ Autriche*, n° 10802/84, § 35 et s., série A n° 227), la Cour EDH a certes ensuite accepté que l'on puisse renoncer à invoquer devant elle ce grief dans le cadre d'une procédure arbitrale (*Osmo Suovaniemi et autres c/ Finlande* (déc.), n° 31737/96, 23 février 1999), 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 § 1 (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, spéc. p. 310 et s.). Est-elle atteinte par les clauses TAS ? Pas pour le BGH, qui voit dans le TAS un tribunal suffisamment indépendant et impartial. En sera-t-il de même pour la Cour EDH que M^me^ Pechstein a saisi ? Compte tenu de l'importance qu'elle accorde aux apparences, tout n'est peut-être pas complètement fini.

Mathieu MAISONNEUVE

V. – LA SENTENCE ARBITRALE ET LES VOIES DE RECOURS

— Tribunal fédéral suisse, 1re Cour de droit civil, arrêt du 1er avril 2016, *H. Ben Arfa c/ FIFA*, 4A_620/2015 : qualité et intérêt pour agir ; notion de décision ; irrecevabilité ; incompétence.

Le TAS n'est pas toujours l'instance à privilégier pour le règlement des litiges sportifs à dimension internationale. Au 1er juillet 2014, M. Hatem Ben Arfa, célèbre footballeur français, était un joueur de *Newcastle United*. Le 2 septembre 2014, il était prêté au club de *Hull City*. Le 3 janvier 2015, il signait un contrat de travail avec l'*OGC Nice*. Le 30 janvier 2015, la commission juridique de la Ligue (française) de football professionnel (LFP) homologuait ce contrat mais interdisait au joueur de participer à des rencontres officielles avec son nouveau club jusqu'au 30 juin 2015. Cette décision s'appuyait sur l'article 5.3 du règlement du statut et du transfert des joueurs de la Fédération internationale de football association (FIFA), retranscrit dans les règlements de la LFP, aux termes duquel un joueur peut être enregistré auprès de trois clubs au maximum pendant une même saison sportive (du 1er juillet au 30 juin) mais ne peut évoluer en matchs officiels que pour deux d'entre eux.

Dans le cas de M. Ben Arfa, la bonne application de ce texte dépendait de la réponse à une question préalable. Un match disputé, non avec l'équipe première d'un club, mais avec son équipe des moins de 21 ans, dans le cadre de la *Professional Development League*, devait-il être regardé comme un match officiel au sens de la disposition réglementaire précitée ? C'était en effet la seule et unique rencontre à laquelle avait pris part le joueur pour le compte de *Newcastle United* lors de la saison 2014-2015. Pour résoudre cette difficulté, la LFP a demandé à la Fédération française de football (FFF) de saisir la commission du statut du joueur de la FIFA. Le 28 janvier 2015, celle-ci a apporté une réponse positive à la question posée.

Le joueur aurait pu contester la décision prise sur la base de celle-ci par la commission juridique de la LFP devant les juridictions administratives françaises. Il a choisi de contester la réponse de la commission du statut du joueur de la FIFA devant le TAS. En vain. La formation arbitrale saisie a en effet jugé sa demande irrecevable. Les arbitres ont notamment relevé que la réponse de la FIFA était une réponse générale déconnectée du cas particulier de M. Ben Arfa, donnée dans le cadre d'une procédure à laquelle le joueur n'était pas formellement partie, et, surtout, n'avait pas directement eu pour effet de lui interdire de participer à des matchs officiels avec l'*OGC Nice*. C'est la décision de la LFP qui a eu juridiquement cet effet. Sur la base de ces éléments, il est toutefois discutable de conclure, comme l'a fait la formation arbitrale, à un défaut de qualité et d'intérêt pour agir (pour une présentation de la jurisprudence du TAS sur cette question, v. E. de La Rochefoucauld, « Standing to sue, a procedural issue before

the CAS », *Bull. TAS*, 2011, n° 1, p. 13). Les éléments relevés n'enlèvent en effet rien au fait que la réponse de la FIFA lésait bien les intérêts de M. Ben Arfa dans la mesure où elle a très largement orienté la décision de la LFP.

En réalité, si irrecevabilité il y a, il semble que cela tienne plutôt à l'objet de la demande. Dans le cadre de la procédure dite d'appel, qui était ici utilisée, le TAS ne peut être valablement saisi que d'un recours dirigé contre une « *décision* » (art. R47 code TAS). Au sens de cette disposition, une telle décision s'entend d'« *un acte unilatéral, adressé à un ou plusieurs destinataires identifiés, et destiné à produire des effets de droit* » (TAS, 2004/A/659, *Galatasaray v. FIFA, Club Regatas Vasco da Gama & F. J. Loureiro*, cité par TAS, 2004/A/748, *Comité olympique russe & V. Ekimov v. CIO, USOC & T. Hamilton,* sentence du 27 juin 2006, § 89 ; TAS, 2007/A/1284 & 1308, *AMA v. Lina Maria Prieto & al.*, sentence du 8 juillet 2008, § 52 ; TAS, 2007/A/1373, *FINA v. R. Gusmão & al.*, sentence du 9 mai 2008, § 8.2, *Rev. arb.*, 2008.555, chron. C. Chaussard ; sur la notion de décision, v. également TAS, 2008/A/1564, *AMA v. IHF & F. Bush,* sentence du 23 juin 2009, *Rev. arb.*, 2009.609, chron. M. Peltier ; TAS, 2010/A/2401, *Fédération bulgare de boxe c/ Confédération européenne de boxe*, sentence du 7 juin 2011, *Rev. arb.*, 2011.818, chron. M. Peltier). Or, dans l'affaire *Ben Arfa*, de deux choses l'une : soit la réponse de la FIFA n'était qu'un simple avis, que la LFP était théoriquement libre de suivre, et l'acte attaqué n'avait par définition pas de caractère décisoire ; soit la réponse de la FIFA était bien obligatoire, mais, compte tenu de sa portée générale et impersonnelle, ne présentait pas le caractère individuel exigé par la jurisprudence du TAS.

Défaut de qualité et d'intérêt pour agir ou bien absence de décision au sens du code TAS, la différence n'est pas que terminologique. Dans la première hypothèse, il s'agit bien, dans le domaine particulier de l'arbitrage en matière sportive, par opposition à l'arbitrage commercial classique, d'un cas d'irrecevabilité, et non d'incompétence *ratione personae*, ainsi que le Tribunal fédéral suisse l'a expressément jugé (arrêts 4A_428/2011 du 13 février 2012, consid. 4.1.1, *Rev. arb.,* 2012.653, chron. S. Besson ; et 4A_424/2008 du 22 janvier 2009 consid. 3.3) Dans la seconde hypothèse, irrecevabilité ou incompétence *ratione materiae*, le doute est permis.

D'un côté, la tendance du Tribunal fédéral est plutôt de regarder, en matière sportive, ces questions comme des questions de procédure, et non comme des questions de compétence (critique à cet égard, v. S. Besson, obs. sur TAS, 2014/A/3639, *Amar Muradidharan v. Agence nationale anti-dopage et al.*, sentence du 8 avril 2015, *Rev. arb.*, 2015.922, spéc. pp. 926 et s.). Outre la question tranchée de la qualité et de l'intérêt pour agir, il a clairement marqué sa préférence pour cette façon de voir, là encore dans le domaine particulier de l'arbitrage en matière sportive, concernant le dépassement du délai de recours, même s'il est abstenu

d'exclure définitivement qu'il puisse éventuellement s'agir d'un cas d'incompétence *ratione temporis* (arrêt 4A_488/2011 du 18 juin 2012, consid. 4.3).

D'un autre côté, s'agissant de l'absence de recours contre une décision au sens du code du TAS, on voit mal les raisons qui pourraient militer pour une exception sportive. Que le TAS ne veuille pas accueillir, sauf convention d'arbitrage particulière, un recours d'un sportif portant sur autre chose qu'une décision individuelle est une chose ; que cela interdise au demandeur de s'adresser à une juridiction étatique en est une autre. Une autre chose qui aurait par exemple pour conséquence que les sportifs liés par une clause compromissoire insérés dans les statuts ou règlements de leurs fédérations internationales seraient privés de tout recours au fond par voie d'action contre leurs actes réglementaires. En effet, à la différence d'un rejet pour incompétence, un rejet pour irrecevabilité n'ouvre nullement la porte d'une autre instance juridictionnelle. Le litige est considéré comme tranché avec autorité de la chose jugée.

Un tel rejet est d'autant plus sévère pour le demandeur qu'aucun des motifs énumérés à l'article 190 al. 2 LDIP ne permet au Tribunal fédéral de se prononcer sur le bien fondé de l'irrecevabilité retenue, si ce n'est sous l'angle très restreint de la violation de l'ordre public, alors qu'il revoit librement, sur le fondement de l'article 190 al. 2 let. b, les questions de compétence. En regardant la sentence rendue dans l'affaire *Ben Arfa* comme une sentence d'incompétence, le Tribunal fédéral aurait ainsi pu s'intéresser au raisonnement des arbitres. Si la demande ne portait sans doute pas sur une décision au sens de l'article R47 du code TAS relatif à sa procédure dite d'appel, il n'était en revanche pas évident qu'elle ne portât pas sur un litige entrant dans le champ d'application de la clause compromissoire des statuts des la FIFA (art. 57 : « *La FIFA reconnaît le recours au Tribunal Arbitral du Sport* […] *en cas de litige entre la FIFA* […] [et] *les joueurs* […] ») et de la procédure dite ordinaire du TAS (qui s'applique, selon l'article R27 code TAS, à tout « *litige relatif au sport* » autre que ceux portant sur une décision d'une institution sportive).

Saisi d'un recours en annulation contre la sentence rendue, le Tribunal fédéral n'a pas eu à prendre position sur la question de la qualification du rejet et encore moins sur celle du bien-fondé du rejet. Dans un arrêt du 1er avril 2016, le Tribunal a en effet jugé irrecevable le recours de M. Ben Arfa. Pour exercer un tel recours, il faut en effet classiquement pouvoir justifier d'un intérêt actuel, pratique et concret. Or, en l'espèce, au moment du dépôt du recours, l'interdiction faite à M. Ben Arfa de participer à des matchs officiels avec l'*OGC Nice* avait déjà pris fin. A supposer même qu'elle ait pu avoir un effet sur la décision de la LFP, l'annulation de la sentence rejetant le recours contre l'interprétation de la FIFA n'aurait ainsi nullement pu avoir pour effet de permettre au joueur de reprendre plus tôt la compétition.

Un parallèle peut être fait avec la jurisprudence relative aux recours en annulation exercés par des sportifs contre des suspensions disciplinaires de compétition parvenues à terme avant que le Tribunal fédéral ne statue. *A priori*, dans un tel cas, la qualité pour recourir paraît douteuse. Mais elle n'est toutefois pas forcément exclue. Par exemple, dans l'affaire *Abel Xavier*, pour dénier au joueur la qualité pour agir, le Tribunal ne s'est pas contenté de relever qu'il avait purgé sa suspension ; il a également noté qu'il n'avait pas réussi à apporter la preuve que cette suspension l'avait effectivement empêcher de participer à des matchs (ATF 127 III 429, spéc. 431). Il s'agissait en effet d'une suspension infligée par l'Union des associations européennes de football (UEFA), qui ne le privait de participation qu'aux seules compétitions européennes, à l'exclusion des compétitions nationales. De même, dans l'affaire *Gündel*, bien que la suspension contestée par l'intéressé ait cessé de produire ses effets « sportifs » au moment où le Tribunal fédéral a statué, il a toutefois jugé qu'elle continuait à avoir des « *effets personnels et patrimoniaux* » (ATF 119 II 271, spéc. 280-281). Il s'agissait d'une suspension pour dopage, que l'on pouvait considérer comme déshonorante pour l'intéressé, et qui s'était accompagnée d'une amende et de la perte des gains remportés lors de la compétition à l'occasion de laquelle son cheval avait été contrôlé positif.

Dans le cas d'espèce, M. Ben Arfa avait-il été effectivement privé de la possibilité de participer à des matchs ? Sans nul doute. Cette privation lui avait-elle causé un tort qui aurait continué à se faire sentir et qu'il aurait été possible de réparer en annulant la sentence ? C'était plus discutable. M. Ben Arfa n'a pas été sanctionné pour dopage, ni même sanctionné du tout. Il s'était seulement vu appliquer une règle administrative, qui ne portait pas par elle-même atteinte à son image. Avait-il subi un préjudice financier ? Bien qu'il ait été normalement rémunéré par son club pendant la période d'interdiction, c'était probable, par exemple en étant privé de diverses primes de résultats ou bien de l'opportunité de valoriser son image. Néanmoins, l'annulation de la sentence rejetant sa demande d'arbitrage contre l'interprétation de la FIFA n'aurait nullement réparé ce préjudice. A défaut, une telle annulation n'aurait-elle quand même pas pu constituer un élément important d'une future action en responsabilité ? C'est ce que soutenait le joueur pour justifier de sa qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. Rappelant sa jurisprudence (arrêt 4A_134/2012 du 16 juillet 2012 consid. 2.2 et les arrêts cités), celui-ci l'a clairement exclu : « *la possibilité, évoquée par le recourant, de demander ultérieurement réparation du dommage que lui aurait causé son exclusion temporaire prétendument illicite d'un certain nombre de rencontres officielles ne fonde pas, à elle seule, un intérêt digne de protection* » (consid. 1.2).

Au-delà de toute considération technique, ce qui ressort finalement, tant de la sentence du TAS que de l'arrêt du Tribunal fédéral, c'est que, d'après leurs auteurs, le joueur aurait été mieux inspiré de contester la décision de la commission juridique de la LFP devant le Tribunal

administratif de Paris plutôt que de contester l'interprétation de la FIFA devant le TAS. Sans que, au fond, le succès ne soit plus assuré, il aurait pu être juridiquement intéressant de savoir ce que le juge administratif aurait pensé du fait qu'une association délégataire de service public telle que la LFP s'en remette, pour l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, à une interprétation d'une association de droit privé étrangère comme la FIFA (d'une manière générale, v. F. Latty, « Entre dogmatisme et pragmatisme : la France et le droit des organisations sportives internationales », *in* G. Cahin, F. Poirat et S. Szurek (dir.), *La France et les Organisations internationales*, Pedone, 2014, p. 357).

Mathieu MAISONNEUVE