



**HAL**  
open science

**Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive (obs. sous Oberlandesgericht München, Claudia Pechstein c/ International skating union (ISU), 15 janvier 2015, Az. U 1110/14 Kart; obs. sous TAS, 2014/A/3652, KRC Genk c/ LOSC Lille Métropole, sentence du 5 juin 2015)**

Mathieu Maisonneuve

► **To cite this version:**

Mathieu Maisonneuve. Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive (obs. sous Oberlandesgericht München, Claudia Pechstein c/ International skating union (ISU), 15 janvier 2015, Az. U 1110/14 Kart; obs. sous TAS, 2014/A/3652, KRC Genk c/ LOSC Lille Métropole, sentence du 5 juin 2015). *Revue de l'arbitrage*, 2015, 3, pp.905-950. hal-01767186

**HAL Id: hal-01767186**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01767186v1>**

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 à l'Université de La Réunion*

avec les contributions de

**Sébastien BESSON**

*Professeur à l'Université de Neuchâtel  
Avocat associé, Levy Kaufmann-Kohler*

**Franck LATTY**

*Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense  
Membre 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**

– Oberlandesgericht München, *Claudia Pechstein c/ International skating union (ISU)*, 15 janvier 2015, Az. U 1110/14 Kart

#### **II. – Le tribunal arbitral**

### **III. – La procédure arbitrale**

– Tribunal arbitral du sport, aff. 2014/A/3639, *Amar Muralidharan v. National Anti-Doping Agency, National Dope Testing Laboratory, Ministry of Youth Affairs & Sports*, sentence du 8 avril 2015

### **IV. – Le droit applicable au fond**

– Tribunal arbitral du sport, aff. 2014/A/3665, 3666 & 3667, *Luis Suárez, FC Barcelone & Association uruguayenne de football c/ FIFA*, sentence du 2 décembre 2014

– Tribunal arbitral du sport, aff. 2014/A/3505, *Al Khor SC c/ C.*, sentence du 3 décembre 2014

– Tribunal arbitral du sport, aff. 2014/A/3652, *KRC Genk c/ LOSC Lille Métropole*, sentence du 5 juin 2015

– Tribunal arbitral du sport, aff. 2013/A/3365 *Juventus FC v. Chelsea FC*, et aff. 2013/A/3366, *A.S. Livorno Calcio S.p.A. v. Chelsea FC*, sentence du 21 janvier 2015

### **V. – La sentence arbitrale et les voies de recours**

– Tribunal fédéral suisse (1<sup>re</sup> Cour de droit civil), aff. 4A\_6/2014, *A. c/ Club B.*, arrêt du 28 août 2014, ATF 140 III 520

– Tribunal fédéral suisse (1<sup>re</sup> Cour de droit civil), aff. 4A\_374/2014, *Club A. c/ B. et C.*, arrêt du 26 février 2015

## **INTRODUCTION**

A défaut de rivaliser sur le terrain sportif, les clubs de football du *Luzenac Ariège Pyrénées* et de l'*Association sportive de Monaco* ont cette année fait jeu égal du point de vue de leur apport au droit des modes alternatifs de règlement des litiges sportifs. Le premier est à l'origine du décret n° 2015-651 du 10 juin 2015 relatif au traitement des litiges en matière sportive (*JORF* n° 0134 du 12 juin 2015, p. 9715), notamment par la voie de la conciliation. Le second avait conclu avec la Ligue de football professionnel (LFP) une transaction qui a été jugée illicite par le Conseil d'Etat (9 juillet 2015, *Football club des Girondins de Bordeaux et autres*, req. n° 375542 et 375543).

1. A l'intersaison 2014, le *Luzenac Ariège Pyrénées* avait défrayé la chronique, en se voyant refuser par la LFP, pour des raisons financières puis d'infrastructures, le droit de participer au championnat 2014-2015 de « Ligue 2 », droit qu'il avait pourtant gagné sportivement en terminant à la deuxième place du championnat de « National ». De

recours internes à la LFP en conciliations devant le Comité national olympique et sportif français (CNOSF), puis en référés devant le Tribunal administratif de Toulouse, cette affaire avait mis en lumière un empilement des voies de recours potentiellement préjudiciables à un règlement des litiges adapté au temps de la compétition sportive (plus généralement, sur le pluralisme des voies de règlement des litiges sportifs, v. la récente thèse de S. Karaa, *Les juges de l'activité sportive professionnelle. Contribution à l'étude des relations entre pluralisme juridique et pluralisme de justice*, dir. J.-P. Karaquillo, Limoges, 2014).

Le décret du 10 juin 2015 améliore quelque peu les choses, sans pour autant les changer radicalement. Pour l'heure, l'empilement reste possible, voire imposé, mais il faudra empiler de manière plus rapide et plus centralisée : le délai pour saisir le CNOSF à fin de conciliation obligatoire était d'un mois suivant la notification ou la publication de la décision contestée, il passe à 15 jours et la saisine peut désormais se faire par télécopie ou courrier électronique ; les parties avaient un mois pour éventuellement s'opposer aux propositions du conciliateur, elles n'ont plus que 15 jours et sont là encore officiellement autorisées à utiliser fax ou email ; le délai pour saisir la juridiction administrative d'une décision soumise au préalable de conciliation obligatoire du CNOSF était de deux mois, il est réduit à un mois ; la décision, lorsqu'elle est une décision individuelle prise par une fédération sportive dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, devait par dérogation être contestée devant le tribunal administratif dans le ressort duquel se situe la résidence ou le siège social du requérant, elle devra de nouveau l'être selon le droit commun, c'est-à-dire en pratique le plus souvent devant le Tribunal administratif de Paris compte tenu de la domiciliation de la très grande majorité des fédérations et ligues sportives auteurs des décisions contestées.

La fin de la dérogation sportive à la compétence territoriale des juridictions administratives vise à éviter les divergences de jurisprudence parfois constatées en première instance lorsque, dans une même discipline sportive et pour des litiges de même nature, différents tribunaux administratifs pouvaient être amenés à se prononcer au gré de la localisation du demandeur. A défaut de relever d'un unique tribunal du sport français, dont la faisabilité serait cependant à l'étude, le contentieux de la légalité des décisions individuelles de chaque fédération nationale ou de leur ligue professionnelle relèvera au moins d'un unique tribunal administratif.

2. Le Conseil d'Etat, compétent en premier et dernier ressort pour le contentieux sportif réglementaire national, a annulé le 9 juillet 2015 la délibération par laquelle le conseil d'administration de la LFP avait, le 23 janvier 2014, décidé de supprimer la condition posée quelques mois plus tôt d'avoir son siège effectif sur le territoire français pour jouer en Ligue 1 ou Ligue 2, et avait autorisé son président à signer une transaction avec l'AS Monaco. En contrepartie de cette modification et

de l'engagement de la Ligue de ne pas revenir sur elle à l'avenir, le club monégasque renonçait au recours qu'il avait introduit afin de faire annuler la disposition réglementaire lui imposant de transférer son siège en France pour pouvoir participer aux compétitions professionnelles nationales, et acceptait de verser 50 millions d'euros « pour la restauration de l'équité sportive ».

C'était toutefois oublier que « *les principes qui régissent l'action des collectivités publiques et des personnes chargées d'une mission de service public s'opposent à ce qu'une autorité investie d'un pouvoir réglementaire, à laquelle il revient d'exercer cette compétence dans l'intérêt général au regard des divers intérêts dont elle a la charge, s'engage, par la voie d'un contrat, à faire usage, dans un sens déterminé, du pouvoir réglementaire qui lui a été conféré* » (consid. 11). Les fédérations sportives internationales et la plupart des fédérations sportives étrangères, qui sont de « simples » personnes privées, peuvent, sans que cela ne pose de problème de principe, s'engager contractuellement à modifier leurs règlements dans tel ou tel sens ; pas une fédération sportive française délégataire de service public ou sa ligue professionnelle, en tout cas lorsque la disposition réglementaire concernée se situe dans le champ de la délégation ministérielle.

Le principe d'indisponibilité des compétences administratives, bien connu de la doctrine (*L'indisponibilité des compétences*, CREAM, 2013) et qui trouve avec l'arrêt cité une belle consécration jurisprudentielle, limite ainsi les possibilités de transiger. Il fait aussi obstacle, en France, au traitement arbitral du contentieux sportif de la légalité. Ce n'est en effet pas l'interdiction faite aux personnes publiques de compromettre qui s'y oppose, les fédérations et ligues sportives étant des associations privées. Ce n'est pas non plus la réserve constitutionnelle de compétence du juge administratif, laquelle ne concerne pas les décisions des personnes privées, fussent-elles investies de prérogatives de puissance publique. Ce ne sont même pas les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, pour peu que le tribunal arbitral ait son siège en France (v. *a contrario* l'avis que le Conseil d'Etat a rendu le 12 octobre 2006 sur le projet de loi autorisant la ratification de la convention internationale contre le dopage dans le sport, reproduit in CE, *Rapport public 2007*, La documentation française, 2007, pp. 54-55). La publicisation en France du régime juridique des fédérations sportives nationales a bien des avantages. Il n'est toutefois pas un facteur de développement des modes alternatifs de règlement des litiges sportifs.

Mathieu MAISONNEUVE

## I. – LA COMPÉTENCE ARBITRALE

– **Oberlandesgericht München, *Claudia Pechstein c/ International skating union (ISU)*, 15 janvier 2015, Az. U 1110/14 Kart : consentement à l'arbitrage ; loyauté procédurale ; indépendance du tribunal arbitral ; convention européenne des droits de l'homme ; droit de la concurrence ; abus de position dominante ; ordre public ; reconnaissance des sentences arbitrales.**

Il est rare qu'une décision de justice intéressant l'organisation et le fonctionnement du Tribunal arbitral du sport (TAS) ait droit à plus qu'un entrefilet dans la presse grand public. Il est tout aussi rare qu'une décision rendue par une juridiction autre que le Tribunal fédéral suisse interpellé autant sur l'avenir du TAS. L'arrêt rendu par la Cour régionale d'appel de Munich (*Oberlandesgericht München*) le 15 janvier 2015 dans l'affaire opposant Madame Claudia Pechstein, quintuple championne olympique de patinage de vitesse (*long track*), à la Fédération internationale de patinage (ISU), est, de ce point de vue au moins (« Le TAS, forcé de se réformer », *L'Equipe*, 14 avril 2015, p. 16), d'un rare intérêt pour l'arbitrage international en matière sportive (pour une traduction anglaise, v. A. Duval, *The Pechstein Ruling of the OLG München* : <http://ssrn.com/abstract=2561297>).

Après avoir échoué à obtenir devant le Tribunal fédéral suisse l'annulation de la sentence par laquelle le TAS avait confirmé en 2009 la sanction de deux ans de suspension pour dopage que lui avait infligée l'ISU (aff. 2009/A/1912, *P. c/ ISU*, sentence du 25 novembre 2009, disponible dans la base de données en ligne du TAS), Madame Pechstein avait saisi le Tribunal régional de Munich (*Landgericht München I*) afin d'obtenir réparation du préjudice subi, selon elle, illégalement.

Par un jugement remarqué du 26 février 2014 (v. notamment *Rev. arb.*, 2014.670, chron. M. Maisonneuve ; *Rev. arb.*, 2014. 480, obs. G. Flecke et Th. Granier), le tribunal avait estimé que les clauses compromissaires « institutionnelles » en faveur du TAS étaient nulles, au moins lorsqu'elles liaient des sportifs professionnels, au motif que leur consentement n'était pas libre. Le constat factuel n'était pas nouveau, compte tenu de la situation d'inégalité structurelle dans laquelle ils se trouvent vis-à-vis des institutions sportives (faisant le même constat, v. notamment A. Pinna, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport », *Gaz. Pal.*, 19-20 mai 2004, p. 38 ; A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, 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. ; 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.). La conséquence juridique était en revanche aussi inédite que radicale.

Si le Tribunal avait malgré tout reconnu l'autorité de chose jugée à la sentence litigieuse, c'était uniquement parce que Madame Pechstein s'était abstenue, en contradiction avec le principe de loyauté procédurale, de soulever l'incompétence du tribunal arbitral devant celui-ci. A la satisfaction pour la requérante de faire peser une menace sur l'avenir du système TAS, s'ajoutait alors la déception, que l'on imagine prédominante, de voir sa demande de dommages-intérêts rejetée. Pour que celle-ci ait une chance d'aboutir, il était en effet indispensable que la sanction qui la frappe soit considérée comme illégale, ce qui supposait à tout le moins de statuer à nouveau sur elle.

En appel, la Cour a confirmé la compétence des juridictions allemandes pour statuer sur la demande de M<sup>me</sup> Pechstein. Selon elle, à supposer qu'il existât bien une convention d'arbitrage valide liant la requérante à l'ISU, celle-ci ne couvrirait de toute façon, au mieux, que les recours contre les décisions de cette dernière, à l'exclusion d'éventuels recours indemnitaires (§ 120 et s.). Le fait que la Cour soit semblait-il allée au delà d'un examen *prima facie* de sa propre compétence ne saurait surprendre compte tenu de l'hostilité traditionnelle du droit allemand à l'égard de l'effet négatif du principe compétence-compétence (v. notamment E. Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », in *Mélanges J.-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 388, spéc. p. 396).

Mais, surtout, la Cour a confirmé l'invalidité des clauses TAS, quoique sur la base d'un autre raisonnement que le tribunal de première instance, ce qui lui a permis cette fois de refuser de reconnaître la sentence. L'arrêt rendu constitue ainsi un deuxième trophée pour ceux qui depuis longtemps chassent juridiquement les clauses compromissaires en faveur du TAS (1) et fait glisser les sentences rendues sous son égide hors de la piste juridictionnelle allemande (2).

**1. La « long track » des clauses TAS** — Les doutes sur la validité des clauses TAS ne datent pas d'hier (v. notamment M. Baddeley, « Le sportif, sujet ou objet ? La protection de la personnalité du sportif », *Revue de droit suisse*, 1996, II, p. 135 ; S. Netzle, « Arbitration agreements by reference to regulations of sports organisations », in *L'arbitrage des litiges liés au sport*, ASA, special series, n° 11, 1998, p. 45). Leur condamnation par le Tribunal régional de Munich en 2014 constituait un premier coup de fusil. L'arrêt commenté en constitue un deuxième, même si, entre-temps, la Cour a changé le fusil d'épaule.

Contrairement au tribunal de première instance, la Cour d'appel a jugé que les « *conventions d'arbitrage conclues entre un organisateur dominant de compétitions sportives internationales et les athlètes prenant part à ces compétitions n'étaient pas par elles-mêmes invalides en raison du manque de libre volonté de ces athlètes* » (§ 90, traduction libre de l'anglais). Si l'affirmation est claire, sa motivation en droit l'est en revanche un peu moins. Pour autant que l'on puisse s'avancer à la lecture de l'arrêt, il semble que la Cour ait implicitement privilégié un

retour à une plus stricte orthodoxie juridique. Pour être valable, le consentement n'a pas, en principe, à être parfaitement libre. Il a seulement à être exempt de vice, notamment de violence en droit français ou de menace illicite en droit allemand (§ 123, al. 1<sup>er</sup> BGB). Or le fait que le consentement d'un sportif professionnel à une convention d'arbitrage soit économiquement nécessaire, dans la mesure où il conditionnerait sa participation aux compétitions, n'a pas été ici regardé comme une contrainte factuelle suffisant à le vicier en droit.

Ce qui ne fait aucun doute en revanche, c'est la volonté *a priori* de la Cour de ne pas condamner le caractère forcé de l'arbitrage en matière sportive. « *En fait* », affirme-t-elle en préalable de sa condamnation du raisonnement de la juridiction de première instance, « *des arguments de poids commandent d'éviter de laisser aux nombreuses juridictions nationales potentiellement compétentes la charge de régler les litiges susceptibles de naître entre les athlètes et les fédérations internationales dans le cadre des compétitions internationales, mais plutôt de les soumettre à un unique tribunal du sport. En particulier, leur soumission à une juridiction et à une procédure identiques est de nature à empêcher que des cas similaires soient jugés de manière différente, et dès lors à préserver l'égalité des chances des athlètes pendant les compétitions* » (§ 89, traduction libre de l'anglais).

Sur ce point, l'arrêt de la Cour d'appel de Munich n'est pas sans rappeler la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse (v. en particulier Trib. féd., 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, ATF 133 III 235 ; *Rev. arb.*, 2008.570, chron. M. Maisonneuve ; *Gaz. Pal.*, 13-17 juillet 2007, p. 25, chron. A. Pinna ; *Gaz. Pal.*, 28-29 mars 2008, p. 45, note P.-Y. Gunter). Comme ce dernier, la Cour n'est pas sans ignorer que le consentement des sportifs à l'arbitrage du TAS est largement contraint ; comme lui, elle estime que le caractère forcé de cet arbitrage est fondamentalement une bonne chose ; comme lui, elle refuse, notamment pour des raisons d'opportunité, de considérer que les clauses compromissaires en faveur du TAS seraient, parce qu'imposées en fait, par principe nulles en droit ; comme lui, elle estime que le déséquilibre structurel entre les athlètes et les institutions sportives n'a toutefois pas nécessairement à rester sans effet juridique. Mais alors que le Tribunal fédéral n'en a pour le moment tiré expressément qu'une inopposabilité des renonciations conventionnelles au recours en annulation contre les sentences du TAS, la Cour d'appel de Munich est allée plus loin en en tirant des conséquences sur la validité des conventions arbitrales elles-mêmes.

Selon elle, les institutions sportives internationales sont en situation de position dominante et il convient dès lors de vérifier qu'elles n'abusent de pas cette situation en imposant aux sportifs professionnels d'avoir recours au TAS en cas de litige avec elles. Il est manifeste que les institutions sportives internationales, nonobstant leur statut généralement associatif, sont des associations d'entreprises ou des



entreprises au regard du droit de l'Union européenne (v. TPICE, 26 janvier 2005, *Piau c/ Commission*, aff. T-193/02, *Rec.* p. II-209 ; CJCE, 18 juillet 2006, *Meca-Medina et Majcenc / Commission*, aff. C-519/04 P, *Rec.* p. I-6991 ; 1<sup>er</sup> juillet 2008, *MOTOE*, aff. C-49/07, *Rec.* p. I-4863) et qu'elles sont en situation monopolistique ou au moins oligopolistique sur leurs marchés respectifs.

Le recours au droit de la concurrence allemand (§ 19 *GWB*) mérite d'être pleinement approuvé. D'abord parce que ce droit est plus « international » que le recours à d'autres mécanismes de protection des parties dites faibles auxquels on aurait également pu penser en droit allemand, à l'image de la lésion qualifiée (§ 138 *BGB*). Il ne s'agit pas ici seulement de savoir si les sportifs allemands peuvent bénéficier d'une protection juridique spécifique contre le TAS, mais de se demander si le système de l'arbitrage en matière sportive, lequel repose sur l'universalité, n'est pas, au moins en l'état, contraire à une interdiction elle-même quasi-mondiale : la prohibition de l'abus de position dominante.

Ensuite, le recours au droit de la concurrence présente l'avantage, par rapport à d'autres législations largement répandues de par le monde, comme celles relatives à la protection des consommateurs contre les clauses abusives (CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec.*, p. I-10421), de concerner autant les sportifs amateurs que les sportifs professionnels.

Enfin, le contrôle de l'abus de position dominante repose, de même que l'*unconscionability* du droit américain (v. notre étude, « Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'*unconscionability* », *Rev. arb.*, 2005.101) ou l'interdiction des engagements excessifs du droit suisse (art. 27 du Code civil), sur une logique de proportionnalité adaptée à l'arbitrage TAS (en ce sens, v. notre thèse, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, n° 752 et s.). Le système TAS poursuit des objectifs parfaitement légitimes, en particulier l'égalité des compétiteurs devant la justice, mais il convient de s'assurer que le système ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ou qu'il ne porte pas inutilement atteinte à certains droits fondamentaux. Que les institutions sportives forcent les athlètes dépendant d'elles à avoir recours à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques est une chose, voire comme on l'a déjà dit, une bonne chose. Qu'elles les forcent à avoir recours à une institution d'arbitrage qui leur est défavorable en est une autre. Est-ce le cas du TAS ?

La question pourrait paraître datée. Depuis 2003 (Trib. féd., 27 mai 2003, *L. Lazutina et al. c/ CIO et al.*, ATF 129 III 425 ; *JDI*, 2003.1096, note A. Plantey ; *Rev. arb.*, 2005.181, chron. P.-Y. Tschanz et I. Fellrath Gazzini), le Tribunal fédéral suisse n'a en effet eu de cesse d'affirmer que le TAS présentait des garanties d'indépendance et d'impartialité suffisantes. Elle est en réalité toujours d'actualité, la jurisprudence suisse n'ayant jamais fait l'unanimité, ni chez les praticiens, ni au sein de la doctrine (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, p. 301, spéc. p. 304 s. : <http://www.lk-k.com/data/document/rigozzi-importance-droit-suisse-arb.-resolution-litiges-sportifs-int-rds-zsr-2013.pdf>).

Compte tenu de la « bienveillance » assumée du Tribunal fédéral à l'égard du TAS, la « contre-expertise » d'une juridiction étrangère d'importance était attendue. Elle aurait pu participer à clore le débat. Elle a au contraire contribué à le relancer. Particièrement au Tribunal fédéral, la Cour d'appel de Munich a en effet estimé que le TAS était structurellement favorable aux institutions sportives eu égard à « l'influence décisive [dont elles disposeraient] pour la sélection des personnes intervenant comme arbitres sous l'égide du TAS » (§ 95, traduction libre de l'anglais).

Pour la Cour, cette influence décisive découlerait principalement des articles R33, S6 et S4 du Code du TAS. Selon le premier, les parties en litige ne peuvent choisir comme arbitres que des personnes sur la liste du TAS. Selon le deuxième, ces personnes sont inscrites sur cette liste fermée par le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS). Selon le troisième, « le CIAS est composé de vingt membres juristes expérimentés désignés de la manière suivante : quatre membres sont désignés par les Fédérations Internationales (FI), à savoir trois par l'Association des FI olympiques d'été (ASOIF) et un par l'Association des FI olympiques d'hiver (AIOWF), choisis en leur sein ou en dehors ; quatre membres sont désignés par l'Association des Comités Nationaux Olympiques (ACNO), choisis en son sein ou en dehors ; quatre membres sont désignés par le Comité International Olympique (CIO), choisis en son sein ou en dehors ; quatre membres sont désignés par les douze membres du CIAS figurant ci-dessus, après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes ; quatre membres sont désignés par les seize membres du CIAS figurant ci-dessus, choisis parmi des personnalités indépendantes des organismes désignant les autres membres du CIAS ».

Autrement dit, les seules personnes susceptibles d'intervenir comme arbitres devant le TAS sont certes sélectionnées par un organisme formellement distinct des institutions sportives, le CIAS, mais 12 de ses 20 membres sont directement désignés par des institutions sportives et les 8 derniers le sont par ceux déjà en place, c'est-à-dire indirectement par les institutions sportives. Pour la Cour, « ces dispositions relatives à la sélection des potentiels arbitres du TAS favorisent les institutions sportives dans le règlement des litiges les opposants aux athlètes, et donc créent un déséquilibre structurel qui menace l'impartialité du TAS » (§ 104, traduction libre de l'anglais).

Toujours selon la Cour d'appel de Munich, l'influence décisive des institutions sportives sur la sélection des personnes susceptibles d'agir

comme arbitres devant le TAS découlerait accessoirement du pouvoir dont dispose le président de la Chambre d'appel du TAS de choisir lui-même, dans chaque affaire, le président des formations à trois arbitres ou l'éventuel arbitre unique en cas d'absence d'accord des parties. Dans la mesure où le président en question est élu par le CIAS et par conséquent, en suivant le raisonnement précédent, indirectement par les institutions sportives, cela est de nature, pour la Cour, à diminuer la confiance des sportifs dans l'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral chargé de les juger, lesquels peuvent nourrir des soupçons de manipulation dans la désignation du président du trio arbitral ou de l'arbitre unique.

Ces dispositions du Code TAS étaient évidemment connues du Tribunal fédéral suisse. Comment alors expliquer que, à partir d'éléments identiques, la Cour d'appel de Munich soit parvenue à une conclusion différente concernant l'indépendance et l'impartialité du TAS ? Parce que la juridiction suisse avait à l'examiner afin de savoir si les sentences rendues sous son égide étaient véritablement de nature arbitrale (question d'ailleurs laissée ouverte dans l'arrêt commenté, § 68) alors que la juridiction allemande s'interrogeait afin de déterminer si les institutions sportives internationales abusaient de leur position dominante en imposant aux sportifs d'y avoir recours ? Sans doute que non. Outre que ces deux questions se posaient *in fine* pour répondre à une même question relative aux effets des clauses TAS (sous l'angle de sa qualification dans le premier cas ; sous l'angle de sa validité dans le deuxième cas), la différence interrogative n'aurait de vertu explicative que si elle impliquait une différence de contrôle : plus restreint dans un cas que l'autre. Or il ne semble pas que ce soit le cas. Le Tribunal fédéral suisse et la Cour d'appel de Munich se sont tous deux livrés à une analyse approfondie. Peut-être discutable, mais incontestablement détaillée.

Si leurs conclusions diffèrent, c'est tout simplement parce qu'ils ont analysé l'indépendance et l'impartialité du TAS à partir de deux points de vue différents : d'un point de vue individuel pour la juridiction suisse ; d'un de point de vue collectif pour la juridiction allemande. La première s'est attachée à vérifier que le TAS n'était pas dépendant de telle ou telle institution sportive internationale susceptible d'être partie à un litige devant lui, quand la seconde s'est interrogée sur l'indépendance du TAS à l'égard de l'ensemble des institutions sportives internationales.

Cela est pertinent. Certes, les institutions sportives internationales ne forment pas un tout indivisible. Mais elles ont suffisamment d'intérêts communs, sont suffisamment reliées entre elles, ne serait-ce qu'au sein du Mouvement olympique, et, surtout, ont une conception suffisamment proche de leur rapport au droit, symbolisé par le principe de l'autonomie du Mouvement sportif, pour qu'on puisse ici les assimiler. Le risque structurel n'est pas seulement que telle ou telle

personne désignée comme arbitre dans une affaire donnée doit son inscription sur la liste du TAS à l'institution sportive partie au litige ou que cette institution ait un lien particulier avec le TAS. Il est plus largement que toutes les personnes susceptibles d'être nommées comme arbitres partagent *a priori* plus les vues des institutions sportives.

Il n'est pas question de remettre en cause leur indépendance personnelle. Il s'agit seulement de relever que leur mode d'inscription sur la liste des arbitres du TAS fait craindre une communauté d'esprit avec les institutions sportives. Non pas parce qu'ils seraient sous contrôle ou en mission commandée. Mais simplement parce que la même petite musique les aurait bercés et qu'ils risqueraient maintenant de siffler le même air. Un air qui serait autant dans l'intérêt des fédérations que dans celui des athlètes, comme l'ISU a tenté de le faire valoir devant la Cour d'appel de Munich ? Dans l'intérêt des sportifs dans leur globalité, peut-être, quoique ce ne soit déjà pas évident, compte tenu de la possibilité de confusion entre l'intérêt général sportif et l'intérêt des institutions sportives qui le définissent. Dans l'intérêt du sportif, partie devant le TAS, c'est difficilement concevable. Dans un litige, il y a nécessairement, sauf rares exceptions, deux intérêts qui s'opposent : ici, l'intérêt institutionnel et l'intérêt personnel (§ 110).

Ainsi que le résume la cour, l'influence décisive dont dispose les institutions sportives dans la composition du CIAS « *créé le risque que les personnes inscrites sur la liste des arbitres du TAS soient majoritairement ou même entièrement plus favorables aux institutions sportives qu'aux athlètes [...]. Une influence équilibrée des parties dans la composition du tribunal arbitral, qui serait nécessaire pour sauvegarder son indépendance, n'est ainsi pas assurée. Une telle carence structurelle menace l'impartialité du tribunal arbitral; cela est indépendant de la question de savoir si les personnes inscrites sur la liste des arbitres du TAS sont d'une quelconque façon liée aux institutions sportives, ce qui ouvrirait alors la voie à une possibilité de contester leur nomination. Même lorsque l'intégrité personnelle des personnes inscrites sur la liste des arbitres du TAS n'est pas atteinte, il y a bien un risque potentiel que les arbitres partagent plus les vues des institutions sportives que celles des athlètes* » (§ 106, traduction libre de l'anglais).

L'appréciation portée par la Cour d'appel de Munich sur l'indépendance et l'impartialité du TAS pourra paraître reposer sur un raisonnement bien hypothétique : les institutions sportives auraient naturellement tendance à désigner comme membres du CIAS des personnes partageant leurs vues, lesquelles éliraient à leur tour d'autres membres en phase avec eux, puis le CIAS dans son ensemble inscrirait sur la liste des arbitres du TAS des personnes appartenant de préférence au même courant de pensée, pensée qui serait défavorable aux athlètes. Tout cela n'est évidemment pas certain. C'est néanmoins parfaitement plausible et cette simple possibilité est en elle-même condamnable.

L'arbitrage du TAS n'est pas tout à fait un arbitrage comme un autre. C'est un arbitrage forcé. Un arbitrage imposé par les institutions sportives aux athlètes. S'il est sans doute opportun de s'en accommoder, il est tout aussi opportun de se montrer plus exigeant avec ce type d'arbitrage qu'avec d'autres. Le principe d'égalité des compétiteurs devant la justice commande certes de les soumettre à une « *Cour suprême du sport mondial* » (selon l'expression du président J.-A. Samaranch, citée par K. Mbaye, in *Recueil TAS*, II, p. X) telle que le TAS, mais le principe de justice impose de s'assurer que les sportifs ne soient pas détournés des juridictions étatiques contre leurs intérêts et dans l'intérêt des institutions sportives, et ce d'autant plus que les litiges sportifs mettent fréquemment en cause des droits fondamentaux.

Dans son principe, cette logique est admise par le Tribunal fédéral suisse. A ce jour, elle n'a toutefois eu que des effets limités dans sa jurisprudence. Elle ne l'a pour le moment conduit qu'à exclure la renonciation conventionnelle au recours en annulation contre les sentences du TAS alors même que l'article 192 al. 1<sup>er</sup> de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) semblait s'appliquer à l'arbitrage sportif comme aux autres (Trib. féd., 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, préc.). A défaut de soumettre les sentences du TAS à un contrôle plus poussé, comme une partie de la doctrine le souhaite (en ce sens, v. notamment A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 732), il était *a minima* nécessaire d'aller plus loin en exigeant du TAS une indépendance exemplaire. C'est ce qu'a fait la Cour d'appel de Munich en recourant, sans toutefois s'y référer expressément, à « la théorie des apparences », bien connue de la Cour européenne de droits de l'homme (v. par ex. Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 11 juillet 2013, *Morice c/ France*, Req. n° 29369/10, § 98) et que résume l'adage anglais : « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* ». Non seulement l'organisation et le fonctionnement du TAS ne doivent en réalité pas avantager les institutions sportives par rapport aux athlètes, mais ils ne doivent même pas permettre d'en douter. Le doute est un terrain glissant pour la reconnaissance des sentences du TAS.

**2. La sortie de piste des sentences TAS** — Par rapport au jugement contesté, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Munich est paradoxalement une relative bonne nouvelle à la fois pour Madame Pechstein et pour le TAS.

En première instance, Claudia Pechstein avait certes obtenu gain de cause sur le principe, le tribunal jugeant que la convention d'arbitrage fondant la compétence du TAS était nulle, mais la sentence avait néanmoins été reconnue au nom de la loyauté procédurale, laquelle commandait de s'en plaindre dès le stade du procès arbitral, ce qui n'avait pas été fait. En appel, la requérante a bénéficié d'une décision favorable en principe et en pratique. En se fondant, non sur l'absence de liberté du consentement, comme en première instance, mais sur

l'existence d'un abus de position dominante, pour conclure à la nullité de la convention d'arbitrage, la Cour a pu refuser de reconnaître la sentence. La Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, que l'Allemagne a ratifiée, prévoit en effet une possibilité de refus dès lors que la sentence viole l'ordre public international et l'on sait que, dans les pays de l'Union européenne, à la différence par exemple de la Suisse (v. notamment Trib. féd., 8 mars 2006, *Tensacciai SpA et Terra Armata Srl*, ATF 132 III 389), le droit de la concurrence en fait partie (CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Eco-Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, aff. C-126/97, *Rec.* p. I-3055).

Parmi les motifs de refus énumérés par la Convention, on trouve bien aussi l'invalidité de la convention d'arbitrage, mais celle-ci s'apprécie [le plus souvent] selon la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou bien selon la loi du pays dans laquelle elle a été rendue, ici la loi suisse. Or, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, les conventions d'arbitrage en faveur du TAS sont parfaitement valables, ce qui, indépendamment du principe de loyauté procédurale, rendait un refus de reconnaissance délicat, en première instance, compte tenu du motif d'invalidité retenu. Avec celui préféré en appel, la non reconnaissance de la sentence s'imposait d'autant plus que la raison de celle-ci, à savoir la violation de l'ordre public allemand, ne pouvait guère être tenue en échec par la contestation tardive par la requérante de la compétence du tribunal arbitral. Autant il est parfaitement envisageable de lier le grief d'incompétence au comportement de la partie qui s'en plaint ; autant il est difficilement concevable de faire dépendre la protection de l'ordre public d'un pays du comportement d'un individu. Surtout que, comme la Cour le note ici, le comportement de Madame Pechstein pouvait s'expliquer autrement que par la mauvaise foi. L'arrêt relève en effet que, compte tenu des délais séparant le prononcé de sa suspension du début des Jeux olympiques d'hiver de Vancouver, Madame Pechstein n'avait guère d'autre choix crédible que d'espérer une sentence favorable du TAS (§ 137).

Pour autant, si la requérante peut se réjouir de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Munich, elle serait imprudente de crier victoire. La non-reconnaissance de la sentence du TAS ouvre certes la voie à un rejugement sur le fond de la suspension que l'ISU lui a infligée, mais rien ne dit que les juridictions allemandes, à supposer que l'arrêt ne soit pas cassé par la Cour fédérale de justice, la jugeront illégale.

Pour le TAS, l'arrêt rendu n'est pas une si mauvaise nouvelle que cela, en tout cas comparé à la décision qui avait été rendue en première instance. Le 26 février 2014, en condamnant le principe même de l'arbitrage imposé aux athlètes par les institutions sportives, le *Landgericht München I* menaçait les fondements du système TAS. Le 15 janvier 2015, en se plaçant sur le terrain du droit de la concurrence, l'*Oberlandesgericht München* ne sanctionnait plus que certaines de ses imperfections : « *le fait*

*pour un organisateur de compétitions sportives internationales d'imposer une clause compromissaire ne constitue pas en lui-même un abus de position dominante* » (§ 88, traduction libre de l'anglais).

Le TAS sera-t-il obligé de se réformer s'il veut que ses sentences soient de nouveau reconnues en Allemagne ? Ce n'est pas certain. D'abord, l'ISU a formé un pourvoi en cassation devant la Cour fédérale de justice. Ensuite, le projet de loi sur le dopage en cours de discussion au Parlement allemand contient un paragraphe 11 autorisant expressément les institutions sportives à subordonner la participation des sportifs aux compétitions qu'elles organisent à l'acceptation d'une clause compromissaire.

Il n'est toutefois pas sûr que cela suffise. L'issue du pourvoi est par définition incertaine et, en l'état, le projet de loi répond à la condamnation des clauses TAS par le tribunal de première instance, pas à leur sanction par la Cour d'appel. Celle-ci n'a pas sanctionné le principe du caractère forcé de l'arbitrage en matière sportive, que valide le projet de loi, mais l'insuffisante indépendance du TAS. Le projet de loi permet d'imposer le recours à l'arbitrage en matière sportive ; pas forcément d'imposer le recours à un arbitrage favorable aux institutions sportives.

Le texte serait-il modifié que le résultat resterait incertain. Serait-il constitutionnel ? La Cour constitutionnelle fédérale allemande faisant de la restauration de l'égalité contractuelle perturbée l'une des « *missions principales du droit civil* » et estimant que les tribunaux « *ont le devoir de veiller à ce que les contrats ne servent pas à assurer la domination d'une partie par une autre* » (décision du 19 octobre 1993, in P. Bon et D. Maus (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, p. 121), le doute est permis.

Ce doute serait-il levé que la question de la comptabilité avec le droit de l'Union européenne resterait posée. L'abus de position dominante est certes prohibé en droit allemand, mais il l'est aussi par l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lequel prime sur les droits des Etats membres. Le fait que l'Allemagne ait ratifié la Convention internationale de lutte contre le dopage de l'UNESCO n'y change rien. A supposer que l'appel au TAS fasse partie des principes du Code mondial antidopage que les Etats signataires se sont engagés à respecter, ce que la Cour d'appel de Munich a du reste refusé d'admettre (§ 85), ce principe ne pourrait produire d'effet en droit allemand qu'à la condition d'y être transposé par une disposition nationale, faute d'effet direct de la Convention, et cette disposition nationale devrait comme toutes les autres respecter le droit de l'Union.

Dans le cas où l'arrêt commenté ne serait ni contrecarré par une disposition législative valide, deux modifications du Code du TAS suffiraient à assurer la reconnaissance de ses sentences en Allemagne. La première consisterait à couper le cordon qui relie structurellement les arbitres aux institutions sportives. L'option A serait de mettre un

terme à leur pouvoir de désignation directe et indirecte des membres du CIAS, lesquelles inscrivent ensuite les arbitres sur la liste du TAS. Mais pour donner ce pouvoir à qui ?

L'option B serait d'envisager une composition paritaire du CIAS, lequel serait alors constitué pour moitié de personnes désignées par les institutions sportives et pour moitié de personnes désignées par les Etats, sur le modèle du conseil de fondation de l'Agence mondiale antidopage (AMA) et de son comité exécutif. Pas sûr ce que cela soit toutefois suffisant, la Cour d'appel de Munich semblant plutôt envisager des autorités de désignation spécifiquement représentatives des intérêts des athlètes (§ 112).

L'option C, expressément envisagée par la Cour (§ 112), serait de mettre fin au système de la liste fermée. Les parties auraient alors le libre choix de leurs arbitres, sous réserve de répondre à quelques exigences générales de compétence, et ne seraient plus tenues d'en choisir un sélectionné par le CIAS. La cohérence des sentences du TAS en pâtirait-elle ? Il est vrai que l'existence d'une jurisprudence du TAS est une exigence fondamentale du système TAS, lequel se justifie en grande partie par l'idée d'égalité des compétiteurs devant la justice, et qu'une liste fermée permet d'assurer l'information des potentiels arbitres. L'efficacité de ce procédé est toutefois douteuse. Les quelques 300 personnes qui constituent actuellement la liste sont en pratique loin d'être tous de fins connaisseurs de la jurisprudence du TAS. Une lettre d'information spécialement et régulièrement adressée à toutes les personnes s'intéressant à l'arbitrage en matière sportive serait sans doute tout aussi efficace.

D'une manière générale, l'efficacité des procédés d'information *a priori* des potentiels arbitres est de toute façon moindre que l'information *a posteriori* des arbitres, que ce soit par l'intermédiaire du greffe du TAS qui leur fournit les précédents pertinents ou par la possibilité donnée à son Secrétaire général d'« attirer l'attention de la Formation sur des questions de principe fondamentales » (art. R46 Code TAS). Surtout, la disparition de la liste fermée d'arbitres pourrait être compensée, comme proposé par A. Riggozzi (*L'arbitrage international en matière de sport, op. cit.*, n° 575), par la création d'une liste des présidents, au sein de laquelle devraient nécessairement être choisis les présidents de formation arbitrale ou, le cas échéant, les arbitres uniques. Néanmoins, pour être certain de satisfaire aux exigences de l'arrêt de la Cour d'appel de Munich, il conviendrait que les membres de cette liste ne soient pas désignés, ne serait-ce qu'indirectement, par les institutions sportives, ou à tout le moins de coupler l'option C avec l'option B.

La deuxième modification du Code TAS qu'implique l'arrêt commenté consiste à mettre fin au soupçon que peuvent nourrir les sportifs, même à tort, d'une désignation orientée des présidents de formation arbitrale ou des arbitres uniques par le président de la chambre d'appel du TAS. De fait, si la composition du CIAS était modifiée pour ne plus largement



dépendre des institutions sportives, le soupçon tomberait structurellement de lui-même. Mais pour le faire tomber totalement ou pour le faire tomber autrement, il serait tout simplement possible de faire de la liste des présidents envisagée ci-dessus, une liste rotative. Les présidents ou, le cas échéant, les arbitres uniques, ne seraient alors plus choisis quasi-discrétionnairement par le président de la chambre d'appel du TAS, mais à tour de rôle, dans un ordre préétabli, sous réserve de leur disponibilité et de la maîtrise de la langue de l'arbitrage (en ce sens, A. Rigozzi *L'arbitrage international en matière de sport*, op. cit., spéc. n° 575). De telles listes rotatives existent déjà, notamment au sein du Centre de règlement des différends sportifs du Canada (v. art. 6.8 du Code canadien de règlement des différends sportifs).

Composition paritaire du CIAS, ouverture de la liste des arbitres du TAS, constitution d'une liste rotative des présidents, ce sont là autant de réformes *a minima* (proposant d'aller bien au-delà, v. 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 s.) que l'on peut penser opportunes quand bien même elles ne seraient finalement pas ou plus juridiquement nécessaires.

Dans le communiqué de presse qu'il a publié à la suite de l'arrêt commenté, le TAS faisait remarquer que la Cour d'appel de Munich avait statué sur la base du Code dans sa version en vigueur en 2009 et que depuis, des changements subséquents étaient intervenus. C'est parfaitement exact, mais formellement au moins, une seule de ces modifications concerne les articles du Code sur lesquels la Cour s'est appuyée pour conclure à un désavantage structurel au détriment des athlètes. Il s'agit de la disparition, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, de l'obligation imposée aux membres du CIAS de constituer une partie importante de la liste des arbitres du TAS sur la base de propositions faites par les institutions sportives (sur cette modification, v. cette chronique, *Rev. arb.*, 2012.647). C'est une avancée non négligeable, à défaut d'être suffisante. Dans son arrêt, la Cour s'est en effet contentée du lien entre les membres du CIAS et les institutions sportives, *via* l'influence de celles-ci sur leur désignation (§ 106). A la lettre du Code, ce lien est aujourd'hui intact, même si, dans les faits, le CIAS s'est récemment ouvert à des profils plus divers.

Dans le même communiqué de presse, le TAS relevait aussi, à juste titre, que, compte tenu de sa vocation universelle, il était difficilement concevable qu'il satisfasse aux exigences des différentes juridictions nationales qui, de-ci et de-là, pourraient avoir à connaître de ses sentences. Sauf que ici, pour être national, l'arrêt commenté pose une question bien plus générale : les institutions sportives internationales abusent-elles de leur position dominante en imposant aux athlètes de recourir au TAS ? Pour la Cour d'appel de Munich, la réponse ne fait aucun doute : « la raison pour laquelle les athlètes acceptent de soumettre leurs différends avec des institutions sportives à un tribunal arbitral, dont

*la composition est principalement déterminée par les institutions sportives, est seulement la position monopolistique qu'elles occupent. Si l'athlète pouvait participer au championnat du monde en consentant à la compétence d'un tribunal arbitral impartial, nous pouvons sans risque assurer que cette clause arbitrale serait acceptée au détriment du tribunal arbitral structurellement favorable aux institutions sportives» (§ 113, traduction libre de l'anglais).*

La réponse donnée est peut-être discutable, quoiqu'elle nous semble solidement argumentée, mais la question est une question générale que le TAS ne peut balayer d'un revers de main. La notion d'abus de position dominante issue du droit la concurrence est en effet connue, avec des variantes, de la plupart des pays du monde. Le raisonnement qu'a tenu la Cour d'appel de Munich en se fondant sur le droit allemand de la concurrence aurait ainsi parfaitement pu être tenu sur la base du droit de l'Union européenne (en ce sens, v. A. Duval et B. Van Rompuy, « The Compatibility of Forced CAS Arbitration with EU Competition Law: Pechstein Reloaded (June 23, 2015) », Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2621983>). La question posée mérite mieux qu'un déni.

Un déni que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) pourrait venir traiter ? Parallèlement au recours indemnitaire qu'elle a introduit devant les juridictions allemandes, Madame Pechstein a en effet saisi la CEDH afin de faire condamner la Suisse (req. n° 67474/10 introduite le 11 novembre 2010 ; v. également req. n° 4575/10 introduite le 13 juillet 2010, *Adrian Mutu c/ Suisse*). Selon elle, la Confédération helvétique aurait manqué à son obligation de faire respecter l'article 6, §1 de la Convention en refusant d'annuler, via son Tribunal fédéral, la sentence du TAS confirmant sa suspension pour dopage, alors même que le TAS ne constituerait pourtant pas un tribunal indépendant et impartial.

La CEDH ne prendra cependant position sur cette dernière question que si elle estime au préalable que la requérante n'a pas renoncé, en acceptant l'arbitrage, à invoquer formellement les garanties de l'article 6, §1. Dans la mesure où une telle renonciation doit être « libre, licite et sans équivoque » (CEDH, n° 1643/06, 28 octobre 2010, *Suda c/ République Tchèque*, § 48) pour produire ses effets, le doute est permis quant à la capacité des clauses TAS à l'exempter du respect des garanties de l'article 6, §1. Dans l'arrêt commenté, la Cour d'appel de Munich a pris position en faveur de la conformité de ces clauses à la Convention européenne des droits de l'homme (§92). Si la CEDH devait avoir une position différente, ce serait peut-être cette fois la Une que ferait un arrêt relatif à l'arbitrage en matière sportive.

Mathieu MAISONNEUVE (1)

---

(1) Avec l'aide de Jonas KNETSH, Professeur à l'Université de La Réunion, à qui l'auteur adresse ses plus sincères remerciements.

– TAS, aff. 2014/A/3652, *KRC Genk c/ LOSC Lille Métropole*, sentence du 5 juin 2015 : **élection de droit ; droit FIFA ; droit suisse ; droit belge ; transfert de joueurs mineurs ; indemnité de formation.**

L'arbitrage international en matière sportive s'accommode philosophiquement mal de la liberté traditionnellement laissée aux parties dans le choix du droit applicable au fond de leurs litiges en matière commerciale. Il se justifie en effet fondamentalement par l'idée d'égalité des compétiteurs devant la justice. Là où des juridictions étatiques diverses trancheraient les litiges internationaux du sport en application de lois différentes, au gré de la nationalité des parties, le système TAS permet que ces litiges soient tous jugés par une unique institution d'arbitrage, sorte de « *Cour suprême du sport mondial* » (selon l'expression du président J.-A. Samaranch, citée par K. Mbaye, *in Recueil TAS*, II, p. X), appliquant un droit uniforme, au moins par discipline sportive et/ou catégorie de litiges.

La sentence rendue par le TAS le 5 juin 2015 dans une affaire opposant deux clubs de football, le *KRC Genk* (Belgique) et le *LOSC Lille Métropole* (France), au sujet du transfert d'un joueur mineur (M. Divock Origi) du premier vers le second, en constitue un intéressant contre-exemple.

En substance, le club belge estimait, bien qu'il n'ait pas proposé de contrat de travail au joueur concerné avant que celui-ci ne le quitte, avoir droit à une indemnité de formation, au versement de laquelle le club français s'opposait. Ce dernier fondait son refus sur l'article 6.3 de l'annexe 4 du règlement du statut et du transfert des joueurs de la FIFA, dans sa version alors en vigueur, aux termes duquel : « *Si le club précédent ne propose pas de contrat au joueur, aucune indemnité de formation n'est due, à moins que ledit club puisse justifier le droit à une telle indemnité* ».

Devant le TAS, le *KRC Genk* contestait la décision de la Chambre de résolution des litiges de la FIFA qui avait rejeté sa demande indemnitaire. En droit, toute la question était de savoir si les arbitres pouvaient ou non tenir compte du droit belge pour résoudre au fond ce litige et, si oui, dans quelle mesure il était de nature à influencer son issue.

Sur la possibilité de tenir compte du droit belge, les arbitres du TAS ont considéré être face à une contradiction. D'un côté, l'article 66 des statuts de la FIFA, qui constituait la clause compromissoire fondant la compétence du tribunal en l'espèce, prévoyait que « *le TAS applique en premier lieu les divers règlements de la FIFA ainsi que le droit suisse à titre supplétif* », ce qui pouvait sembler exclure le droit belge. D'un autre côté, l'article 25 alinéa 6 du règlement du statut et du transfert des joueurs de la FIFA pouvait être regardé comme imposant à sa Chambre de résolution des litiges, dont la décision était contestée devant le TAS, de tenir compte du droit belge, ce qui semblait impliquer que les arbitres eux-mêmes en tiennent compte.

En effet, selon cet article, « *la Commission du Statut du Joueur, la Chambre de Résolution des Litiges, le juge unique ou le juge de la CRL (selon le cas) appliqueront, lors de la prise de décisions, le présent règlement tout en tenant compte de tous les arrangements, lois et/ou conventions collectives applicables existant au niveau national, ainsi que de la spécificité du sport* ». Or, en l'espèce, des dispositions du droit belge interdisaient au *KRC Genk*, sous peine de sanctions pénales, de proposer un contrat de travail à M. Origi, alors âgé de moins de 16 ans et à la date de sa démission sous l'obligation scolaire à temps plein, et concernaient donc directement le litige qui l'opposait au *LOSC Lille Métropole*.

La formation arbitrale a résolu cette soi-disant contradiction en s'appuyant sur la faculté que lui offrait l'article R. 58 du Code du TAS de statuer « *selon les règles de droit [qu'elle] estime appropriées* ». S'il était effectivement ici opportun de tenir compte du droit belge, le raisonnement suivi semble toutefois juridiquement discutable. D'abord parce que la disposition invoquée de l'article R. 58 ne s'applique qu'« *à défaut de choix* » par les parties. Or, même s'il s'agissait en réalité plus

du choix de la FIFA que de celui des parties, un droit avait bien été formellement choisi par elles. Ensuite parce qu'il n'y a, à notre avis, nulle contradiction, ni juridique ni logique, entre l'article 66 des statuts de la FIFA et l'article 25 alinéa 6 du règlement sur les transferts.

Pour qu'il y ait contradiction juridique, il faudrait *a minima* que ces deux articles aient le même objet. Or, il n'est même pas certain qu'ils aient la même nature. Dans la célèbre affaire *Webster* (TAS, aff. 2007/A/1298, 1299 & 1300, A. Webster *et al.*, sentence du 30 janvier 2008, spéc. § 17 s.; *Rev. arb.*, 2008.559, chron. M. Maisonneuve; *Gaz. Pal.*, 2-3 juillet 2008, p. 22, note A. Pinna; N. Morelli et B. Biancheri, « Révolution au pays des transferts », *LPA*, 14 mars 2008, p. 9; F. Buy, « Rupture d'un contrat de joueur de football: quel préjudice ? », *RLDC*, n° 51, 2008, p. 6), on pouvait lire que :

*« le Panel estime que l'article 25(6) du Règlement de la FIFA concernant le statut des joueurs et la référence faite à l'article 17(1) au "droit en vigueur dans le pays concerné" ne sont pas, à proprement parler, des clauses sur le choix de la loi applicable.*

*Compte tenu de sa formulation, l'article 25(6) doit être considéré comme un rappel général pour les organes décisionnaires de la FIFA (CSJ, CRL, juge unique et juge de la CRL) leur indiquant que, en rendant leurs décisions en vertu des réglementations de la FIFA, ils ne doivent pas appliquer ces réglementations dans le vide mais doivent tenir compte des arrangements contractuels, des conventions collectives et de la loi nationale. L'article 25(6) ne prétend pas spécifier quelle loi nationale est pertinente »* (traduction libre de l'anglais).

De plus, à supposer même que cette disposition puisse être regardée comme une clause élective de droit, elle n'aurait de toute façon pas le même champ d'application que l'article 66 des statuts de la FIFA, ainsi que la formation arbitrale en a elle-même convenu dans la sentence commentée. Elle déterminerait au mieux le droit applicable devant certains organes de la FIFA, à la FIFA (la Commission du statut du joueur ; la Chambre de résolution des litiges ; le juge unique ; le juge de la CRL) et non devant le TAS.

Pour qu'il y ait contradiction logique, il faudrait cette fois que l'article 66 des statuts de la FIFA empêche le TAS de prendre en compte le droit belge. Il serait en effet pour le moins illogique que le tribunal arbitral soit appelé à juger de la légalité d'une décision rendue par un organe de la FIFA, avec plein pouvoir d'examen, sans lui-même pouvoir statuer en prenant en considération les mêmes règles de droit que l'organe contrôlé. Or, pour peu que l'on ne confonde pas « applicabilité » et « application », rien ne l'interdit. Le droit applicable devant le TAS, ce sont les règlements FIFA et le droit suisse, mais pour savoir si ces règlements ont bien été appliqués, il peut être nécessaire de se demander si la Chambre de résolution des litiges devaient ou non tenir compte d'un autre droit national, et, si oui, de vérifier qu'elle l'a correctement pris en considération.

En l'espèce, la formation arbitrale a estimé qu'il fallait tenir compte du droit belge. Ce n'est guère surprenant. A la fois parce que les dispositions belges invoquées étaient clairement en lien avec le litige et parce que d'autres formations du TAS avaient déjà dans le passé fait de même à l'égard d'autres dispositions nationales dans ce genre de litiges (outre la sentence *Webster*, préc., v. TAS, aff. 2004/O/530, *AJ Auxerre c/ M. Sissoko et al.*, sentence du 27 août 2004, *Cah. dr. sport*, n° 2, 2005.230, note F. Rizzo ; TAS, aff. 2004/A/791, *Le Havre AC c/ C. N'Zogbia et al.*, sentence du 28 octobre 2005, *Cah. dr. sport*, n° 3, 2006, p. 251, note F. Rizzo ; *JDI*, 2007.216, note E. Loquin. V. toutefois *contra*, mais au motif que les dispositions nationales en cause étaient contraires à l'ordre public international suisse, TAS 2005/A/983 & 985, *Club Atlético Peñarol c/ Paris Saint-Germain et al.*, sentence du 12 juillet 2006, *Cah. dr. sport*, n° 8, 2007.219, § 95 et s., note F. Rizzo).

La relative facilité avec laquelle les arbitres du TAS acceptent de tenir compte de dispositions nationales sur la base d'un texte d'une fédération internationale contraste toutefois avec leur réticence à faire de même sur la base d'un contrat entre les parties (v. par ex. TAS, aff. 2006/A/1180, *Galatasaray SK c/ F. Ribéry et al.*, sentence du 24 avril 2007 ; *Rev. arb.*, 2008.559, chron. M. Maisonneuve ; et cette chronique, *supra*, TAS 2014/A/3505, *Al Khor SC c/ C.*, sentence du 3 décembre 2014, note F. Latty), en tout cas pour les litiges sportifs *stricto sensu*. S'il revient aux arbitres d'assurer autant que faire se peut l'égalité des compétiteurs devant la justice, ce qui peut les conduire à priver d'effet des arrangements particuliers, la chose semble ainsi différente lorsque c'est l'institution sportive concernée elle-même qui permet l'introduction d'une dose de localisme dans le règlement de ses litiges. A moins que ce soit moins le principe d'égalité qui les préoccupe que l'autonomie du Mouvement sportif et que, dans ces conditions, si c'est l'institution sportive concernée elle-même qui recommande la prise en compte des droits étatiques, il convienne alors de ne pas se montrer plus royaliste que le roi ?

Si l'acceptation du principe de la prise en compte du droit belge par la formation arbitrale n'était donc pas étonnante, l'effectivité donnée à celui-ci pour la résolution du litige l'est en revanche bien plus.

Certes, parmi les dispositions belges invoquées, figuraient des dispositions spécifiquement relatives au sport (notamment la loi du 24 février 1978 relative au contrat de sportif rémunéré). Ce qui peut constituer un facteur à prendre en considération, en tout cas pour autant que l'on puisse en juger à l'aune des sentences *Webster*, *Sissoko* et *N'Zogbia* précitées. Alors que, dans la première, les dispositions du droit écossais, dont le principe de la prise en compte avait été admis mais n'avait finalement pas joué de rôle dans l'issue du litige, relevaient du droit commun des contrats, dans les deux autres, les dispositions du droit français, qui faisaient partie du droit spécial du sport, ont été déterminantes.

Mais, en l'espèce, il n'était nullement nécessaire de mettre entre parenthèses l'universalité du droit sportif pour résoudre sans injustice le litige. Le droit belge n'était pas en totale contradiction avec le règlement du statut et du transfert des joueurs de la FIFA. Il rendait seulement plus difficile la possibilité d'obtenir une indemnité de formation. Aux termes de l'article 6.3 de l'annexe 4 du règlement précité, « *si le club précédent ne propose pas de contrat au joueur, aucune indemnité de formation n'est due, à moins que ledit club puisse justifier le droit à une telle indemnité* ». Autrement dit, à défaut de pouvoir se prévaloir d'avoir proposé un contrat à M. Origi, le *KRC Genk* pouvait essayer de justifier autrement son droit à indemnité. Selon la jurisprudence du TAS, il lui fallait pour cela prouver par d'autres moyens avoir manifesté « *un intérêt sincère et de bonne foi à conserver le joueur en son club* » (CAS 2006/A/1152, § 8.16 et 8.18 ; CAS 2009/A/1757, § 7.16).

Deux voies s'offraient alors aux arbitres : soit considérer que, dans la mesure où le droit belge privait le *KRC Genk* du mode de preuve principal, il convenait d'en tenir compte pour se montrer moins exigeant qu'à l'accoutumée sur le degré de preuve exigé pour convaincre d'un intérêt sincère et de bonne foi ; soit considérer que, compte tenu de sa nature par définition transnationale, la jurisprudence du TAS sur cet intérêt devait s'appliquer indépendamment de toutes considérations nationales. Le principe de réalité n'obligeait pas à choisir la première voie. Le principe d'universalité militait pour la seconde, telle que rappelé dans la sentence *Webster* précitée énonçant « *qu'il est dans l'intérêt du football que les solutions en matière d'indemnités se fondent sur des critères uniformes plutôt que sur des dispositions des législations nationales qui peuvent varier d'un pays à l'autre* » (§ 64, traduction libre de l'anglais).

La formation arbitrale a malgré tout privilégié la première solution : « *Si de telles considérations [celles retenues en l'espèce pour justifier d'un intérêt sincère et de bonne foi à conserver le joueur au club] ont pu, dans l'affaire du KRC Genk c/ AS Monaco FC (TAS 2014/A/3587), être jugées insuffisantes pour démontrer l'intérêt sincère et de bonne foi à conserver le joueur, la Formation relève que le contexte de la présente affaire conduit à une appréciation différente. La Formation estime en effet que, dans un contexte où l'Appelant était dans l'impossibilité légale, en raison de l'âge du joueur, d'employer celui-ci en tant que sportif rémunéré ou même de faire toute proposition de travail au joueur en vue de son acceptation par celui-ci, et ce, sous peine de sanctions pénales ou administratives, de telles considérations de fait démontrent à suffisance que l'Appelant avait un intérêt sincère et de bonne foi à conserver le joueur en son sein* ». En condamnant le *LOSC Lille Métropole* à verser au *KRC Genk* une indemnité de 300 000 euros majorés des intérêts de retard, les arbitres du TAS ont ainsi rendu une sentence à contre-courant.

Mathieu MAISONNEUVE