



HAL
open science

Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive (obs. sous Landesgericht München I, Claudia Pechstein c/ International skating union (ISU), 26 février 2014, Urtel Az. 37 O 28331/12; obs. sous High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, England and Wales Cricket Board Ltd c/ Danish Kaneria, 21 mars 2013, [2013] EWHC 1074 (Comm))

Mathieu Maisonneuve

► **To cite this version:**

Mathieu Maisonneuve. Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive (obs. sous Landesgericht München I, Claudia Pechstein c/ International skating union (ISU), 26 février 2014, Urtel Az. 37 O 28331/12; obs. sous High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, England and Wales Cricket Board Ltd c/ Danish Kaneria, 21 mars 2013, [2013] EWHC 1074 (Comm)). *Revue de l'arbitrage*, 2014, 3, pp.667-698. hal-01767189

HAL Id: hal-01767189

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01767189>

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

Franck LATTY

Professeur à l'Université de Paris 13 – Sorbonne Paris Cité

Marc PELTIER

Maître de conférences à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

PLAN

INTRODUCTION

I. – La compétence arbitrale

— Landesgericht München I, *Claudia Pechstein c/ International skating union (ISU)*, 26 février 2014, Urteil Az. 37 O 28331/12

II. – Le tribunal arbitral

— High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, *England and Wales Cricket Board Ltd c/ Danish Kaneria*, 21 mars 2013, [2013] EWHC 1074 (Comm)

— Tribunal fédéral suisse, 13 novembre 2013, *Club X. SA c/ Z.*, aff. 4A_282/2013

III. – La procédure arbitrale

— Tribunal arbitral du sport, aff. 2013/A/3258, *Besiktas Jimnastik Kulübü c/ Unions des associations européennes de football (UEFA)*, sentence du 23 janvier 2014

— Tribunal arbitral du sport, aff. 2012/A/2720, *FC Italia Nyon & D. c/ Ligue amateur de l'Association suisse de football (LA de l'ASF) & ASF & FC Crans*, sentence du 11 avril 2014

IV. – Le droit applicable au fond

— Tribunal arbitral du sport, aff. 2013/A/3274, *Mads Glaesner c/ Fédération internationale de natation amateur (FINA)*, sentence du 31 janvier 2014

— Tribunal arbitral du sport, aff. 2013/A/3139, *Fenerbahçe SK c/ Unions des associations européennes de football (UEFA)*, sentence du 5 décembre 2013

V. – La sentence arbitrale et les voies de recours

— Tribunal fédéral suisse, 7 avril 2014, *X. SA c/ Y. et Fédération Z.*, 4A_564/2013

— Tribunal fédéral suisse, 3 mars 2013, *A. c/ Z., Fédération internationale de football association (FIFA) et X.*, aff. 4A_304/2013

INTRODUCTION

C'est désormais une habitude et une bonne habitude. Depuis les Jeux d'Atlanta en 1996, chaque rendez-vous olympique est l'occasion pour le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS) de doter le Tribunal arbitral du sport (TAS) d'une Chambre dite *ad hoc* (sur cet aspect particulier de l'arbitrage en matière sportive, v. notamment, G. Kaufmann-Köhler, *Arbitration at the Olympics: issues of fast-track dispute resolution and sport law*, Kluwer Law International, La Haye, 2001 ; M. Reeb, « Le modèle de la Chambre *ad hoc* du TAS pour les Jeux Olympiques — Aspects pratiques », in A. Rigozzi et M. Bernasconi (éd.), *The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport*, Bern, Editions Weblaw, 2007, p. 177 ; H. Nater, « The CAS *ad hoc* Division at the Olympic Games. Procedural Issues and Case Law », *The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport*, Bern, Editions Weblaw, 2007, p. 199).

Les Jeux olympiques de 2014, organisés à Sochi (Russie), n'ont pas dérogé à la règle. Ils ont, eux aussi, conduit à la création d'une chambre du TAS siégeant à proximité du lieu des compétitions et chargée de trancher, en principe en 24 heures et gratuitement, les litiges en lien avec les Jeux qui surviendraient pendant ceux-ci ou pendant une période de 10 jours précédant la cérémonie d'ouverture (v. règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques, disponible sur le site internet du TAS).

La Chambre du TAS créée pour les XXII^e Jeux d'hiver était présidée par M. Lenard (Etats-Unis) et C. Schmidhauser (Suisse), et était constituée de neuf arbitres : R. Décary (Canada), G. Roberts (Etats-Unis), M. Mitten (Etats-Unis), D. Wu (Chine), A. Bennett (Australie), A. Brilliantova (Russie), P. Lafranchi (Suisse), L. Fumagalli (Italie) et B. Stern (France). Elle proposait en outre les noms de quatre avocats offrant leurs services *pro bono*.

Au total, cinq affaires ont été soumises à cette Chambre. Pour comparer avec les autres Jeux d'hiver, c'est moins qu'à Turin en 2006 (12) ou qu'à Salt Lake City en 2002 (8), mais c'est autant qu'à Vancouver en 2010 et qu'à Nagano en 1998. Ces cinq affaires ont donné lieu à quatre sentences, les deux dernières affaires ayant été jointes. Trois de ces quatre sentences ont porté sur des litiges relatifs à la sélection des athlètes pour les Jeux. Les deux premières (n° CAS OG 14/01, *Daniel Bauer c/ AOC & ASF*, sentence du 4 février 2014 ; n° CAS OG 14/02, *Clyde Getty c/ FIS*, sentence du 5 février 2014) ont permis de rappeler que le TAS était attaché au respect du principe de protection de la confiance légitime, notamment sous la forme de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (*estoppel*), même si ce furent les deux fois pour conclure à l'absence de violation.

La troisième sentence (n° CAS OG, n° 14/03, *Maria Belen Simari Birkner c/ COA & FASA*, sentence du 12 février 2014) revient sur une sentence qui avait été rendue sous l'égide de la Chambre *ad hoc* du TAS pour les Jeux de Turin. Dans la sentence *Schuler* (n° CAS OG 06/002, sentence 12 février 2006), les arbitres avaient en effet jugé que la date à prendre en considération pour déterminer si un litige portant sur une décision prise par une organisation sportive entrait bien dans le champ de sa compétence *ratione temporis*, laquelle débute 10 jours avant la cérémonie d'ouverture des Jeux, n'était pas la date à laquelle cette décision avait été notifiée au demandeur, ni même celle à laquelle sa motivation avait été connue, mais celle à laquelle celui-ci avait déposé sa requête d'arbitrage. De là à s'abstenir volontairement de contester immédiatement une décision, tout en restant dans les limites des délais de recours prévus par les règlements de l'organisation sportive en cause, afin de bénéficier des avantages pratiques de la procédure d'arbitrage pour les Jeux olympiques, il n'y avait qu'un pas que certains demandeurs auraient pu être éventuellement tentés de franchir. La Chambre *ad hoc* du TAS pour les Jeux de Sochi a mis fin à cette

possibilité. Selon la formation arbitrale qui a rendu la sentence *Birkner*, un litige naît, non au moment où une décision est formellement contestée devant elle, mais, en principe, au moment où la décision contestée est rendue.

La quatrième et dernière sentence rendue par la Chambre *ad hoc* du TAS pour les Jeux de Sotchi (CAS OG n° 14/04-05, *ACA, COC & SOC c/ FIS & IOC*, sentence du 23 février 2014) portait sur le résultat de l'épreuve masculine de *ski cross*. Si la formation arbitrale le confirma, ce n'est pas parce que, à la différence des requérants, elle estima que les pantalons des trois skieurs français arrivés aux trois premières places correspondaient aux canons de la Fédération internationale de ski (FIS), mais parce qu'elle jugea tardive la protestation préalablement introduite devant le jury de la compétition. Selon les règlements de la FIS, une telle protestation aurait dû être déposée dans un délai maximum de 15 minutes après la fin de la course, alors qu'elle ne le fût que six heures plus tard, sans que, en l'espèce, aucune circonstance ne parût suffisante pour faire pencher la balance du côté du droit au recours plutôt que de « *la naturelle attente des athlètes, des institutions sportives, des spectateurs et du public à ce que les résultats des compétitions soient définitifs à moins qu'ils ne soient rapidement et correctement contestés dans un délai raisonnable après la fin de la compétition* » (traduction libre de l'anglais). On retrouve ici une tendance du Tribunal arbitral du sport à faire prévaloir les intérêts institutionnels du mouvement sportif sur les intérêts individuels. Une bonne habitude ?

Mathieu MAISONNEUVE

I. – LA COMPÉTENCE ARBITRALE

— **Landesgericht München I, *Claudia Pechstein c/ International skating union (ISU)*, 26 février 2014, Urtel Az. 37 O 28331/12 : convention arbitrale ; consentement à l'arbitrage ; art. 6 § 1 Conv. EDH ; loyauté procédurale.**

Pour n'être qu'un « simple » jugement de 1^{re} instance, la décision que le *Landesgericht* de Munich I a rendue le 26 février 2014 n'en contient pas moins une prise de position remarquable sur l'une des questions les plus controversées de l'arbitrage en matière sportive : son caractère volontaire.

Tous ceux qui s'intéressent à ce type d'arbitrage n'auront pas manqué de relever que les sportifs, voire les clubs, n'ont, le plus souvent, guère le choix d'accepter ou non les clauses compromissaires contenues dans les statuts et règlements de leurs fédérations, notamment internationales, ou bien encore dans la Charte olympique (par ex. A. Pinna, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport », *Gaz. Pal.*, 19-20 mai

2004, p. 31 ; 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.). On imagine par exemple assez mal un joueur sélectionné pour la Coupe du monde de football de la FIFA renoncer à y participer simplement parce qu'il refuse d'accepter par avance la juridiction du Tribunal arbitral du sport (TAS).

Cet état de fait n'a toutefois eu, en tout cas jusqu'à la décision commentée, que peu de conséquences juridiques directes. Le Tribunal fédéral suisse en particulier, à qui il revient de contrôler les sentences rendues sous l'égide du TAS, n'en a en effet tiré argument ni pour refuser la qualification arbitrale à ces sentences, puisqu'il accepte d'en connaître sur le fondement du chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), ni pour juger invalides les conventions les fondant, au nom d'une « bienveillance » assumée à l'égard du « caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive » (v. not. Trib. féd., 1^{re} Cour civ., aff. n° 4A_428/2011, 13 février 2012, *M. A. et M^{me} B. c/ AMA et Fédération flamande de tennis*, consid. 3.2.3 ; *Rev. arb.*, 2012.653, chron. S. Besson).

Le *Landesgericht* de Munich n'a, pour sa part, pas jugé bon d'accorder la même faveur à l'arbitrage en matière sportive. S'il n'a pas nié que l'arbitrage du TAS soit un véritable arbitrage, il a en revanche considéré que, dans la plupart des cas, les clauses compromissaires à son profit étaient atteintes d'une malformation juridique les frappant de nullité.

Selon le tribunal bavarois, la demanderesse, M^{me} Claudia Pechstein — une patineuse de vitesse professionnelle de très haut niveau qui l'avait saisi afin d'obtenir une indemnisation du préjudice que lui aurait selon elle causé la suspension de deux ans pour dopage prononcée à son encontre par l'Union internationale de patinage (ISU) et confirmée par le TAS — n'avait pas « librement » accepté la disposition compromissaire contenue dans les statuts cette fédération : « *Au moment de la conclusion de cette convention, une inégalité structurelle existait entre les parties. Les défendeurs bénéficiaient, en tant que fédération nationale et internationale pour le patinage de vitesse, d'une position monopolistique. La demanderesse n'avait réellement d'autre choix que de signer la convention d'arbitrage. Sans cette convention, la demandeuse n'aurait pas pu participer à des compétitions et par conséquent aurait été restreinte dans l'exercice de son métier* » (traduction libre de l'allemand).

Les mots ici utilisés ne sont pas sans rappeler ceux du Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Cañas* (Trib. féd., 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, ATF 133 III 235 ; *Gaz. Pal.*, 13-17 juillet 2007, chron. A. Pinna, p. 25 ; *Gaz. Pal.*, 28-29 mars 2008, note P.-Y. Gunter, p. 45 ;

Rev. arb., 2008.570, chron. M. Maisonneuve). Mais alors que la Haute juridiction helvétique n'en a tiré qu'une inopposabilité de la plupart des renonciations conventionnelles au recours en annulation contre les sentences du TAS, laissant à l'écart les conventions arbitrales elles-mêmes, la juridiction allemande est, elle, allée jusqu'à frapper ces dernières d'une quasi-présomption de nullité.

Certes, la portée de cette quasi-présomption est limitée. D'abord, parce qu'elle n'est pas irréfragable, des circonstances particulières pouvant entrer en ligne de compte. Ensuite, parce que son champ d'application est circonscrit aux seules clauses compromissaires liant un athlète, voire un club, à une institution sportive dans l'aire d'exercice du pouvoir de laquelle il est placé, à l'exclusion des clauses compromissaires sportives non institutionnelles (pour une telle limitation du champ de la jurisprudence *Cañas*, v. Trib. féd., 29 mai 2012, *Women's Basketball Club Nadezhda c/ Rebecca Hammon*, aff. 4A_232/2012 ; *Rev. arb.*, 2012.671, chron. M. Maisonneuve). Enfin, parce qu'elle peut être tenue en échec, comme en l'espèce, par l'obligation de loyauté procédurale qui s'impose aux parties souhaitant contester une sentence arbitrale. Bien que le *Landesgericht* de Munich ait conclu à la nullité de la clause compromissoire en faveur du TAS, il a cependant reconnu l'autorité de chose jugée à la sentence litigieuse et refusé de se prononcer sur la légalité de la suspension par elle confirmée, au motif que le demandeur, qui était pourtant conscient de n'avoir pu exercer son libre arbitre au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, l'avait mis en œuvre sans jamais soulever la moindre objection devant la formation arbitrale.

Malgré tout, même si elle n'a pas eu ici de conséquence, la quasi-présomption de nullité des conventions d'arbitrage en matière sportive posée par le tribunal munichois pourra sembler sévère. A défaut d'être parfaitement libre, le consentement donné par les sportifs aux clauses compromissaires contenues dans les statuts et règlements des institutions sportives n'est en effet atteint d'aucun vice classique du consentement, qu'il s'agisse du vice de violence du droit français ou de la menace illicite du droit allemand. Il n'est guère différent de celui donné par tout individu à un contrat d'adhésion conclu avec une personne en situation de monopole, à cette différence près, et elle est d'importance, que le consentement porte ici sur l'exercice d'un droit fondamental — le droit au juge — et qu'il intéresse la protection d'autres droits fondamentaux, ne serait-ce que le droit à l'exercice d'une activité professionnelle ou à la libre disposition de son corps, dont les juridictions étatiques ne contrôleront que de loin le respect.

Nul doute que cette décision ne manquera pas d'intéresser la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), devant laquelle M^{me} Pechstein a en effet parallèlement introduit une requête visant à obtenir la condamnation de la Suisse pour violation de l'article 6 § 1 (requête n° 67474/10 introduite le 11 novembre 2010). Selon elle, en

n'annulant pas la sentence du TAS confirmant sa suspension pour dopage, alors que cette sentence aurait été rendue en méconnaissance du droit au procès équitable au sens de la CEDH, faute notamment de l'avoir été par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi en audience publique, le Tribunal fédéral, qui ne dispose que d'un pouvoir restreint de contrôle des sentences internationales, aurait conduit la Confédération helvétique à manquer à son obligation d'assurer la jouissance des droits et libertés consacrés par la Convention.

Cette obligation ne pèse toutefois sur les Etats parties qu'en tant que les bénéficiaires de ces droits et libertés n'y ont pas valablement renoncé (pour une étude d'ensemble, v. Ph. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés*, Bruylant, 2001). Dans son arrêt *Suda c/ République Tchèque* (n° 1643/06, 28 octobre 2010), la CEDH a ainsi rappelé que « rien n'empêche les justiciables de renoncer à leur droit à un tribunal en faveur d'un arbitrage, à condition qu'une telle renonciation soit libre, licite et sans équivoque (*R. c/ Suisse*, n° 10881/84, *décision de la Commission du 4 mars 1987, Décisions et rapports (DR) n° 51*; *Osmo Suovaniemi et autres c/ Finlande (déc.)*, n° 31737/96, 23 février 1999; *Transado — Transportes Fluviais do Sado, S.A. c/ Portugal (déc.)*, n° 35943/02, 16 décembre 2003) » (§ 48). Est-ce le cas des clauses compromissoires par lesquelles les sportifs renoncent aux juridictions étatiques au profit du TAS ? Ni arbitrage purement volontaire, compte tenu de l'organisation du mouvement sportif, ni arbitrage strictement forcé, faute d'être imposé par la loi, l'arbitrage en matière sportive se situe dans une zone grise (le situant toutefois dans la zone blanche de l'arbitrage volontaire, au terme d'une analyse approfondie de la jurisprudence européenne, v. *Stretford c/ Football Association Ltd* [2007] EWCA Civ 238; sur la question, v. également J. Lukowski, « Arbitration clauses in sport governing bodies statutes: consent or constraint ? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights » (2013), *The International Sports Law Journal*, 13, 60-70).

L'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme portera sur le caractère contraint du consentement donné par M^{me} Pechstein à la clause compromissoire de l'ISU en faveur du TAS aura évidemment des conséquences sur l'issue du litige porté devant elle, mais aussi et surtout sur la pérennité de l'arbitrage en matière sportive. Que la Cour de Strasbourg fasse preuve de bienveillance, comme le Tribunal fédéral suisse, et tout continuera comme avant ou presque. Qu'elle fasse preuve de rigueur, comme le *Landesgericht* de Munich, et le système pourrait être à repenser. Le caractère forcé de l'arbitrage en matière sportive n'est pas seulement l'une des raisons de son succès. Il est plus fondamentalement sa raison d'être principale. Plus que la résolution rapide des litiges qu'il permet ou la spécialisation des juges qu'il fournit, c'est sa contribution au principe d'égalité des compétiteurs qui constitue l'intérêt premier du TAS. Pour que cette égalité se retrouve autant sur le terrain de jeu que dans le prétoire, il importe en effet que chacun,

indépendamment de sa nationalité, de sa résidence ou du siège de l'institution avec laquelle il est en conflit, soit jugé de la même façon. Véritable « *Cour suprême du sport mondial* », selon l'expression du président Samaranch (cité par K. Mbaye, in *Recueil TAS*, II, p. X), le TAS s'y attache, au travers de la jurisprudence transnationale qu'il développe. Si, demain, les sportifs pouvaient à leur guise échapper à sa juridiction, et lui préférer au cas par cas, telle ou telle juridiction nationale, l'inégalité dans le règlement des litiges sportifs internationaux régnerait en maître. Pour l'éviter, la proposition d'une convention internationale suppléant le caractère insuffisamment consensuel de l'arbitrage du TAS, faite notamment par le professeur Pierre Collomb (v. également P. Zen-Ruffinen, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », *op. cit.*, p. 494), pourrait alors peut-être trouver un écho favorable.

Mathieu MAISONNEUVE

II. – LE TRIBUNAL ARBITRAL

— **High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, *England and Wales Cricket Board Ltd c/ Danish Kaneria*, 21 mars 2013, [2013] EWHC 1074 (Comm) : qualification arbitrale ; justice sportive et justice arbitrale ; critères de distinction.**

Justice sportive et justice arbitrale ne doivent pas être confondues. La première est, au sens strict, une justice interne aux institutions sportives parties aux litiges qu'elle tranche, qui n'a de justice que l'appellation qu'on lui donne parfois en doctrine voire dans certains droits nationaux, comme en Italie ou au Brésil. La seconde est une justice privée extérieure aux parties, même si elle procède d'elles, qui constitue une véritable justice en droit positif. En pratique, cependant, la distinction entre les deux est parfois malaisée. Non seulement et évidemment parce que la justice arbitrale est souvent utilisée, ainsi qu'en atteste la présente chronique, pour régler juridictionnellement des litiges préalablement tranchés par la justice sportive, mais aussi et surtout parce que les institutions d'arbitrage en matière sportive gravitent traditionnellement dans l'orbite du Mouvement sportif, à l'image du Tribunal arbitral du sport (TAS). Entre un tribunal arbitral ayant des liens avec des institutions sportives sans que pour autant ceux-ci ne le dénaturent et un tribunal prétendument arbitral trop lié à celles-ci pour mériter cette qualification, il peut y avoir matière à hésiter.

A quelle catégorie, par exemple, rattacher le comité d'appel constitué en application du règlement disciplinaire de la Fédération anglaise et galloise de cricket ? C'est la question à laquelle la Haute Cour de justice de Londres a dû répondre afin de se prononcer sur la demande

de cette fédération d'être autorisée à convoquer un témoin devant ledit comité sur le fondement de l'article 43 de l'*Arbitration Act* de 1996 dans une affaire qui l'opposait à un international pakistanais de cricket, M. Danish Kaneria, en raison de son implication dans une affaire de matchs truqués qui lui avait valu en première instance disciplinaire une suspension à vie.

Afin de déterminer la nature du Comité d'appel, la Haute juridiction anglaise a fait application de sa jurisprudence *Walkinshaw c/ Diniz* (décision du 19 mai 1999, [2000] 2 All ER (Comm) 237) et du test en 10 critères caractéristiques de l'arbitrage alors posé par un *obiter dictum* : (1) « les parties doivent avoir une réelle opportunité de présenter leurs arguments » ; (2) « les arbitres ne doivent pas recevoir de communications unilatérales des parties et ont l'obligation de transmettre toute communication de l'une des parties à l'autre partie » ; (3) il doit exister des « procédures appropriées et proportionnées pour la fourniture et la réception des preuves » ; (4) « l'accord en vertu duquel la procédure est, ou a été, menée (l'accord procédural) doit prévoir que le tribunal devant lequel se déroule le procès prendra une décision qui sera contraignante pour les parties à cet accord » ; (5) « L'accord procédural doit prévoir que la procédure sera menée entre des personnes dont les droits substantiels sont déterminés par le tribunal » ; (6) « la compétence du tribunal à conduire la procédure et à statuer sur les droits des parties doit découler, soit du consentement des parties, soit d'une ordonnance du tribunal ou d'une loi, dont les termes doivent clairement laisser entendre que la procédure est un arbitrage » ; (7) « le tribunal doit être constitué, soit par les parties, soit selon une méthode à laquelle elles ont consenti » ; (8) « l'accord procédural doit prévoir que le tribunal déterminera les droits des parties d'une manière impartiale, dans le respect d'une égale obligation de loyauté à l'égard de chacune des parties » ; (9) « l'accord des parties en vertu duquel elles s'obligent à soumettre leurs différends à la décision du tribunal doit avoir force obligatoire » ; (10) « l'accord en vertu duquel la procédure est menée doit prévoir que le tribunal tranchera un différend déjà né au moment de la nomination des membres du tribunal » (traduction libre de l'anglais).

Ce test a le mérite d'éviter les travers de la jurisprudence américaine, à qui il est arrivé de donner une importance excessive aux appellations figurant dans les règlements des institutions sportives, par exemple en acceptant de faire bénéficier de la Convention de New York une décision rendue par un Comité qui n'avait sans doute d'arbitral que le nom (*Slaney v. IAAF*, 244 F.3d 580 (7th Cir. 2001)). Pour la Haute Cour de Londres, peu importe, comme dans l'affaire *Walkinshaw c/ Diniz* (préc.), que les mots soient arbitraux, ou que, comme dans la présente affaire, il ne soit dit mot d'un éventuel arbitrage. Ce qui compte, c'est avant tout la réalité juridique.

Les critères retenus pour prétendre la déceler sont toutefois doublement critiquables. Premièrement, parce qu'ils apparaissent en trop

grand décalage avec la réalité. Nombre d'entre eux font en effet expressément référence à l'accord ou au consentement des parties, alors que, en matière sportive, les conventions d'arbitrage sont, au moins en fait, plus imposées par les institutions sportives que librement acceptées, ainsi que le *Landesgericht* de Munich l'a rappelé avec fracas le 26 février 2014 (sur cette décision, v. *supra*). Le juge anglais ne l'ignore évidemment pas. Les règles de la Fédération anglaise de football, peut-on par exemple lire dans *Enderby Town Football Club Ltd. c/ Football Association Ltd* (Court of appeal, 12 octobre 1970, [1971] C. 606), « sont souvent présentées comme constituant un contrat. Et elles le sont effectivement en droit positif. Mais c'est une fiction [...]. En mettant la fiction de côté, la vérité est que ces règles ne sont ni plus ni moins qu'un code législatif » (traduction libre de l'anglais). Que l'on préfère s'en tenir à cette fiction pour ne pas remettre en cause les fondements de l'arbitrage en matière sportive peut se comprendre, notamment en opportunité, eu égard aux avantages de ce mode de règlement des litiges (en ce sens, v. A. Rigozzi et F. Robert-Tissot, « La pertinence du « consentement » dans l'arbitrage du Tribunal arbitral du sport », *Jusletter*, 16 juillet 2012, spéc. n° 16 et s.). Que l'on choisisse de s'appuyer sur elle pour étendre le champ de la soumission des sportifs à l'arbitrage dans des cas douteux, c'est en revanche autre chose.

Deuxièmement, le test des 10 critères consacré par la Haute Cour de justice de Londres est discutable parce qu'il s'intéresse plus à l'apparence de l'arbitrage qu'à son essence et relève d'une logique inversée. En mettant l'accent sur la procédure suivie par l'organe à qualifier, le test fait de la conséquence la cause. Ce n'est pas parce qu'un organe respecte le principe d'équité procédurale qu'il est arbitral ; c'est parce qu'il est arbitral qu'il doit respecter les canons de la procédure juridictionnelle. Le critère de l'indépendance structurelle de l'organe sur la qualification duquel on hésite, à ne pas confondre avec l'indépendance personnelle de ses membres, fait ici cruellement défaut. Il ne saurait en effet y avoir d'arbitrage digne de ce nom sans véritable tiers. C'est une condition première de toute véritable justice, y compris de la justice privée (V. not. Ch. Jarrosson, « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2001.19), et plus encore de la justice arbitrale en matière sportive en raison son fondement consensuel amoindri (en sens, v. A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, Bruylant/LGDJ/Helbing & Lichtenhahn, 2005, spéc. p. 348).

L'indépendance structurelle est un critère, bien connu du Tribunal fédéral suisse (v. en particulier Trib. féd., 15 mars 1993, *E. Gundel c/ FEI*, ATF 119 II 271 ; *Bull. ASA*, 1993.398, note G. Schwaar ; *RSDIE*, 1994.149, note F. Knoepfler ; *Mealey's international arbitration report*, 10 octobre 1993, p. 12, note J. Paulsson ; ainsi que 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), que n'ignore pas complètement les juridictions anglaises, lesquelles ont par exemple refusé de considérer qu'un organe dirigeant

d'une fédération sportive puisse constituer un tribunal arbitral compétent pour trancher les litiges auxquels cette fédération est partie (*Exeter City AFC Ltd c/ Football Conference Ltd*, 29 janvier 2004, [2004] EWHC 831). Il est cependant regrettable qu'elles ne vérifient le respect de cette condition que dans des cas caricaturaux. Si la Haute Cour de justice de Londres l'avait vérifié à propos du Comité d'appel constitué en application des règlements de la Fédération anglaise et galloise de cricket, lequel se compose de membres tous nommés par le président de la commission de discipline de cette fédération, dont il est admis qu'elle en est un organe interne, elle se serait peut-être abstenue de qualifier d'arbitral ce comité, clarifiant alors plutôt que de brouiller la distinction entre justice sportive et justice arbitrale.

Mathieu MAISONNEUVE