



F. Latty, “ Le TAS marque des points devant la CEDH ”

Franck Latty

► To cite this version:

Franck Latty. F. Latty, “ Le TAS marque des points devant la CEDH ”. Jurisport : La revue juridique et économique du sport, 2018, 192, pp.31-36. hal-02395317

HAL Id: hal-02395317

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-02395317>

Submitted on 5 Dec 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.

L'essentiel :

- La Cour européenne des droits de l'homme juge que le TAS doit fournir les garanties de l'article 6.1 de la Convention (droit au procès équitable) dès lors que l'arbitrage présente un caractère forcé
- Le TAS est considéré comme étant impartial et indépendant
- Les athlètes ont droit à une audience publique devant le TAS
- L'opinion dissidente de deux juges pourrait alimenter d'autres recours

Le TAS marque des points devant la CEDH

Cour européenne des droits de l'homme, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, arrêt du 2 octobre 2018

Résumé : La Cour européenne considère que l'arbitrage TAS est susceptible de constituer un arbitrage forcé auquel les garanties de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme sont alors applicables. L'arrêt conforte ce mécanisme de règlement des litiges sportifs en reconnaissant que le Tribunal arbitrage du sport constitue bien un tribunal impartial et indépendant. Néanmoins, des garde-fous sont posés par l'arrêt qu'une opinion dissidente corrosive accompagne.

Franck Latty, professeur à l'Université Paris Nanterre, directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), membre de la Conférence des conciliateurs et de la Chambre arbitrale du CNOSF

Quand Strasbourg juge Lausanne. Depuis quelques années, le Tribunal arbitral du sport (TAS) de Lausanne est l'objet d'assauts juridiques devant divers forums¹. Le footballeur roumain Adrian Mutu (condamné à indemniser son ancien club) et la patineuse de vitesse allemande Claudia Pechstein (sanctionnée pour dopage) font partie des athlètes qui, après avoir échoué à obtenir l'annulation de leur sentence arbitrale respective devant le Tribunal fédéral suisse², ont entrepris de pousser d'autres portes. Claudia Pechstein, en particulier, a lancé des recours indemnitaires devant son juge national, qui ont donné lieu à un haletant feuilleton judiciaire, dans lequel les divers degrés de juridiction saisis – dans l'attente d'une décision de la Cour constitutionnelle allemande – ont livré des appréciations différentes sur l'arbitrage devant le TAS, finalement favorables à ce dernier, et notamment sur son indépendance à l'égard des organisations sportives internationales³.

A une échelle supérieure, les juridictions européennes sont également sollicitées par des athlètes ou des clubs en guerre contre l'arbitrage TAS. La Cour de Justice de l'Union européenne n'a

¹ Voir M. Maisonneuve, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », in F. Latty, J.-M. Marmayou, J.-B. Racine (dir.), *Sport et droit international*, Aix-en-Provence, PU d'Aix-Marseille, 2016, pp. 305 et s.

² Tribunal fédéral (TF), *Mutu c. Chelsea FC Ltd.*, arrêt du 10 juin 2010, 4A_458/2009 ; TF, *Pechstein c. ISU*, arrêt du 10 février 2010, 4A_612/2009.

³ Landesgericht de Munich, jugement du 26 février 2014, *Claudia Pechstein c. International Skating Union (ISU)*, comm. M. Maisonneuve, *Rev. arb.*, 2014, p. 670 ; Oberlandesgericht de Munich, 15 janvier 2015, *Claudia Pechstein c. ISU*, Az. U 1110/14 Kart, § 95 (trad. et comm. M. Maisonneuve, in *Rev. arb.*, 2015, n° 3, pp. 913) ; Bundesgerichtshof, 7 juin 2016, *Claudia Pechstein c. ISU*, Az. KZR 6/15 (en ligne sur www.tas-cas.org).

pas encore eu l'opportunité d'évaluer ce mécanisme de règlement des litiges sportifs au regard du droit de l'UE, notamment du droit de la concurrence, mais plusieurs conseils déploient des stratégies à cet effet dans l'espoir d'un nouvel arrêt *Bosman*. Pour leur part, Mutu et Pechstein ont chacun entrepris de saisir la Cour européenne des droits de l'homme contre la Suisse. Les deux requêtes portaient sur le respect de l'article 6 (droit à un procès équitable) de la Convention européenne des droits de l'homme, aussi la Cour a-t-elle joint les deux affaires et rendu un arrêt commun, qui distingue néanmoins quand il le faut les deux situations individuelles.

La Cour de Strasbourg devait donc juger si la Suisse avait violé la Convention européenne en raison de l'omission de son Tribunal fédéral, sis à Lausanne, à annuler les sentences litigieuses. Par glissement, c'est néanmoins la justice privée de l'autre « tribunal » (il s'agit plutôt d'un centre d'arbitrage) de Lausanne – le Tribunal arbitral du sport – qui a été l'objet de l'examen presque exclusif de la Cour. Rappelant sa jurisprudence selon laquelle la responsabilité d'un État peut se trouver engagée si ses autorités approuvent ***32*** « les actes des particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention » (§ 64), l'arrêt dit que la Suisse est redevable des actes et omissions du TAS en ce qu'ils sont « validés par le Tribunal fédéral » (§ 67). En d'autres termes, la Suisse a l'obligation positive de s'assurer, via les recours en annulation de sentences, que le TAS n'est pas l'instrument d'une violation du droit à un procès équitable. Mais de la Suisse et de son tribunal fédéral, il ne sera guère question dans la suite de l'arrêt, qui confronte directement aux garanties de l'article 6 le mécanisme d'arbitrage du TAS. La Cour semble ainsi conférer un effet direct horizontal à la Convention, dans la mesure où elle l'applique aux « relations purement privées »⁴, transnationales en l'occurrence, entre les athlètes d'une part, et le Tribunal arbitral du sport, de l'autre. Participent également de cette transnationalisation de la Convention l'assimilation, à plusieurs reprises dans l'arrêt, des rapports entre la « puissance sportive »⁵ et les athlètes à ceux existant entre la puissance publique et les individus. L'application horizontale de la Convention correspondrait ainsi à la verticalité des rapports au sein de l'ordre juridique sportif.

L'arrêt *Mutu et Pechstein*, non encore définitif⁶, constitue un arrêt important pour le droit du sport et le droit de l'arbitrage. Il n'est pas pour autant le *Bosman* de la Cour européenne des droits de l'homme, en ce sens qu'il n'aura pas pour effet de chambouler le monde sportif comme l'avait fait l'arrêt de 1995. Au contraire, l'arbitrage TAS sort globalement conforté de cet arrêt de chambre, sous réserve d'une violation constatée par la Cour (absence d'audience publique) et de la dissidence notable de deux juges qui pourrait trouver un écho devant la Grande chambre de la Cour, si elle était saisie d'un renvoi, voire devant d'autres juridictions.

LE TAS CONFORTÉ

⁴ D. Spielmann, « 'Obligations positives' et 'effet horizontal' des dispositions de la Convention », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 152.

⁵ G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, Paris, LGDJ, 1990, 430 p.

⁶ Au 27 novembre 2018. L'arrêt est susceptible de faire l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande chambre jusqu'au 2 janvier 2019, conformément à l'art. 43 de la Convention.

L'affaire *Mutu et Pechstein* constituait la première opportunité pour une cour internationale de se prononcer sur le mécanisme d'arbitrage sportif mis en place autour du TAS. En raison de la puissance de feu des arrêts de la Cour européenne (47 États sont parties à la CEDH), l'enjeu était déterminant pour l'avenir du tribunal. De ce point de vue, le TAS a passé l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour a notamment reconnu la pertinence de ce mode de règlement des litiges dans le domaine du sport. En effet, l'arrêt note « qu'il y a un intérêt certain à ce que les différends qui naissent dans le cadre du sport professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, puissent être soumis à une juridiction spécialisée, qui soit à même de statuer de manière rapide et économique ». Elle ajoute que « [l]e recours à un tribunal arbitral international unique et spécialisé facilite une certaine uniformité procédurale et renforce la sécurité juridique » (§ 98).

Néanmoins, loin de faire échapper le TAS à son contrôle, la Cour a jugé que le caractère forcé de l'arbitrage sportif, compatible en soi avec la Convention, entraînait l'application des garanties du droit à un procès équitable (A). Dans cette perspective, pour les juges majoritaires le TAS constitue un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6, ce qui revient à entériner ce type d'arbitrage au regard du droit européen des droits de l'homme (B).

Validation de l'arbitrage « forcé » sous réserve des garanties de l'article 6

La généralisation des clauses en faveur du TAS dans les statuts des organisations sportives, mais aussi dans les formulaires d'inscription aux compétitions ou dans les contrats des athlètes, pose la question de la liberté des sujets de l'ordre juridique sportif de refuser l'arbitrage. Le consentement libre et éclairé des parties n'est dans bien des cas qu'une fiction juridique⁷, pourtant endossée par le Tribunal fédéral suisse qui voit dans l'arbitrage TAS un arbitrage volontaire⁸. La position de la Cour européenne sur ce dispositif clé du système sportif était attendue : si elle contredit le Tribunal fédéral, elle demeure favorable à l'arbitrage sportif.

Prenant pour point de départ sa jurisprudence en matière d'arbitrage commercial, la Cour fait une distinction entre l'arbitrage « volontaire », consenti librement, et l'arbitrage « forcé », c'est-à-dire « imposé par la loi »⁹, les parties n'ayant alors « aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral » (§ 95). Dans le premier cas, les parties sont en effet libres de renoncer aux garanties de l'article 6 ; dans le second, ces garanties doivent s'appliquer aux procédures d'arbitrage. L'arbitrage forcé n'est donc pas en soi contraire à la Convention ; il emporte seulement des garanties supplémentaires. ***33***

S'agissant de Claudia Pechstein, l'arrêt constate que la réglementation de l'International Skating Union (ISU) prévoyait un mécanisme d'appel des décisions disciplinaires devant le TAS, auquel elle ne pouvait échapper si elle souhaitait participer aux compétitions, qui plus est dans un contexte où « la Commission européenne soupçonne l'ISU d'exercer une sorte de monopole sur l'organisation des compétitions de patinage de vitesse » (§ 112)¹⁰. Dès lors, pour

⁷ F. Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 535-537.

⁸ TF, *Pechstein c. ISU*, arrêt du 10 février 2010, 4A_612/2009, § 4.1.

⁹ Cour EDH, *Suda c. République tchèque*, arrêt du 28 octobre 2010, req. n° 1643/06, § 49.

¹⁰ V. le communiqué de la Commission européenne du 8 décembre 2017, « Pratiques anticoncurrentielles : les sanctions restrictives infligées aux athlètes par l'Union internationale de patinage enfreignent les règles de l'UE en matière de concurrence », IP/17/5184.

la Cour, « le seul choix offert à la requérante était soit d'accepter la clause d'arbitrage et de pouvoir gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit de ne pas l'accepter et de devoir renoncer complètement à gagner sa vie en pratiquant sa discipline à un tel niveau » (§ 113). La Cour en déduit que l'acceptation de la juridiction du TAS par la patineuse (par sa souscription à la réglementation de l'ISU) « doit s'analyser comme un arbitrage 'forcé' » (§ 115), dès lors soumis aux garanties de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Elle omet de commenter le fait que cet arbitrage non librement consenti n'a pas été imposé « par la loi » (selon sa jurisprudence) mais par la réglementation de l'ISU ; elle s'est contentée d'assimiler purement et simplement les deux. C'est étonnant d'un point de vue formel : la réglementation de l'ISU constitue le droit dérivé d'une association de droit suisse. Ce l'est moins d'un point de vue substantiel : il s'agit de règles de droit émanant de la « puissance sportive » auxquelles l'athlète ne peut échapper dans le cadre de son activité compétitive. La *lex sportiva* produit des effets contraignants sur l'athlète fort comparables à ceux de sa loi nationale.

S'agissant de Mutu, la Cour constate en revanche que son acceptation de l'arbitrage TAS dans son contrat de travail avec le club de Chelsea n'avait pas été contrainte, faute pour le joueur d'avoir prouvé qu'en cas de refus aucune alternative ne s'ouvrait à lui pour pratiquer son sport à ce niveau (§ 120). La Cour considère néanmoins que Mutu ayant au cours de la procédure devant le TAS demandé la récusation de l'arbitre désigné par son ancien club, le joueur n'avait pas renoncé « sans équivoque » à contester l'indépendance et l'impartialité du TAS, ce dont elle déduit que la procédure devant le TAS devait aussi offrir les garanties de l'article 6, § 1^{er} (§§ 122-123). Il semble donc suffire à la Cour qu'un sportif conteste devant le TAS un aspect de l'arbitrage pour *rétrospectivement* en déduire que la renonciation, par la clause d'arbitrage, aux droits garantis par la Convention n'était pas sans équivoque, ce qui peut étonner quelque peu en termes de temporalité. Même en cas d'arbitrage volontaire, toute mise en cause d'un arbitre en cours de procédure entraînerait ainsi l'application des garanties de l'article 6.

Même si les motifs retenus sont différents, la Cour a donc conclu que dans le cas Pechstein comme dans le cas Mutu les garanties de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention s'appliquaient, au premier rang desquelles le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue « par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ».

Reconnaissance de l'indépendance et de l'impartialité du TAS

La Cour a constaté sans grand peine, voire de manière expéditive¹¹, que le TAS présentait bien « les apparences d'un 'tribunal établi par la loi' au sens de l'article 6 § 1 », reconnaissant par là même la fonction juridictionnelle du TAS (§ 149). Elle a aussi facilement rejeté les griefs fondés sur l'absence d'indépendance et d'impartialité individuelles des arbitres des deux affaires (§§ 150, 160 et s.). En revanche, une question, récurrente au demeurant, s'avérait plus ardue à trancher : celle de l'indépendance et de l'impartialité *structurelles* du TAS par rapport aux organisations sportives qu'il est conduit à juger.

A l'argument du financement du TAS par ces organisations sportives, la Cour oppose l'analogie du financement des tribunaux étatiques (y compris ceux qui jugent la puissance publique) par le budget de l'État (§ 151), ce qui revient à alimenter une nouvelle fois la comparaison entre puissance sportive et puissance publique. On relèvera que les juges se sont abstenus de reprendre à ***34*** leur compte l'argument (peut-être plus parlant encore) de la Suisse selon

¹¹ Voir *infra* II, B.

lequel la Cour de Strasbourg était elle-même financée par les États sans qu'on puisse douter de son indépendance et de son impartialité à leur égard (§ 130).

Au moyen relatif au mode de nomination des arbitres sur la liste (fermée) du TAS, la Cour répond qu'elle est « prête à reconnaître que les organisations susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS exerçaient une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres » (§ 157). Le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS), l'organe de pilotage et de gestion du TAS chargé de nommer les arbitres, est en effet composé de personnes en majorité désignées par les organisations sportives (Comité international olympique, fédérations internationales, comités nationaux olympiques). Selon les règles en vigueur à l'époque, ces arbitres étaient choisis pour trois cinquièmes d'entre eux parmi des personnes proposées par ces mêmes organisations ; pour un cinquième « en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes » ; et pour un cinquième parmi des « personnes indépendantes » de ces organisations sportives. Pour autant, la Cour « ne peut pas conclure que, du seul fait de cette influence, la liste des arbitres était composée, ne serait-ce qu'en majorité, d'arbitres ne pouvant pas passer pour indépendants et impartiaux, à titre individuel, objectivement ou subjectivement, vis-à-vis de ces organisations » (§ 157). Et l'arrêt de renvoyer à la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur ces questions. La Cour semble ainsi considérer que les arbitres, même inscrits sur la liste du TAS selon une procédure qui laisse la part belle aux organisations sportives, ne sont pas redevables à l'égard de ces dernières et sont en mesure de les juger sans *a priori* favorable.

Cette conclusion s'inscrit dans le droit fil d'une série de décisions (suisse¹² et allemandes¹³ notamment) ayant conclu à l'indépendance et l'impartialité du TAS au regard du droit de l'arbitrage ou du droit de la concurrence. La motivation de l'arrêt pourra néanmoins passer pour exagérément ramassée sur cette question cruciale qui continue de nourrir tous les recours contre l'arbitrage sportif et donne lieu à des interprétations divergentes – non pas seulement de la part des plaideurs, des divers degrés de juridiction de la justice allemande, et de la doctrine, mais en l'espèce de la part de deux juges dissidents de la Cour. L'arrêt fait bien pencher la balance de la justice européenne des droits de l'homme du côté de l'arbitrage TAS. Mais, en son sein et surtout dans l'opinion jointe, il emporte un certain nombre de critiques à l'égard de l'arbitrage sportif.

LE TAS CRITIQUÉ

Loin de donner *quitus* au TAS, la Cour constate que dans l'affaire Pechstein, toutes les garanties de l'article 6, § 1^{er}, n'ont pas été respectées. Ainsi le droit à une audience publique reconnu par la Convention devrait-il entraîner des évolutions de l'arbitrage sportif (A). Les flèches les plus corrosives proviennent cependant moins de l'arrêt que de l'opinion en partie dissidente qui l'accompagne, laquelle fait produire tous ses effets à la théorie de l'apparence (B).

Le droit à la publicité des audiences

Claudia Pechstein se plaignait de n'avoir pas bénéficié d'une audience publique devant le TAS, en dépit de demandes explicites en ce sens, ce en violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme qui donne le droit à toute personne « à ce que sa cause soit entendue [...] *publiquement* [...] par un tribunal impartial et indépendant »¹⁴. Le Tribunal

¹² TF, *L. Lazutina et D. Danilova c. CIO*, arrêt du 27 mai 2003, ATF 129 III 445, § 3.3.3.2.

¹³ Bundesgerichtshof, 7 juin 2016, *Claudia Pechstein c. ISU*, Az. KZR 6/15 (préc.).

¹⁴ Italiques ajoutées.

fédéral suisse, dans l'examen de la demande d'annulation de la sentence, avait jugé que cette disposition ne s'appliquait pas à la procédure devant le TAS, qualifiée « d'arbitrage volontaire ». Il s'était contenté de constater qu'« étant donné la place éminente qu'occupe le TAS dans le secteur sportif, il serait souhaitable [*wünschenswert*], pour renforcer la confiance en l'équité et en l'indépendance de ses sentences, qu'une audience publique puisse être tenue si l'athlète en fait la demande »¹⁵. La Cour européenne ayant constaté que l'arbitrage *Pechstein* n'était pas « volontaire » mais « forcé », et que dans ces conditions les garanties de l'article 6, § 1^{er}, s'appliquaient, c'est en toute logique qu'elle a conclu à la violation de cette disposition « à raison de la non publicité des débats devant le TAS » (§ 183). À cet effet, les juges notent qu'« il y avait une controverse sur les faits et que la sanction infligée à la requérante avait un caractère infamant, étant susceptible de porter préjudice à son honorabilité professionnelle et à son crédit » (§ 182). Dès lors, une « audience sous le contrôle du public » aurait dû être organisée. Selon la jurisprudence de la Cour, un tel contrôle est en effet de nature à contri-
35buer à la préservation de la confiance dans la justice, cette mesure de transparence contribuant au procès équitable.

Une telle conclusion devrait entraîner divers effets, en premier lieu dans la jurisprudence du Tribunal fédéral qui devra relever ses exigences dans le contrôle des sentences arbitrales pour le rendre compatible avec l'article 6 de la Convention, du moins en cas d'arbitrage forcé ou consenti de manière équivoque¹⁶. Au niveau du TAS, l'article R57 du code de l'arbitrage en matière de sport qui dispose que « les débats ont lieu à huis clos, sauf accord contraire des parties » devrait être modifié de sorte à prévoir *a minima* la publicité des audiences à la demande de la personne ayant été l'objet d'une sanction. Il n'est pas certain en revanche qu'une publicité systématique des audiences soit requise, d'autant qu'elle pourrait être préjudiciable à des athlètes ne souhaitant pas étaler sur la place publique leur litige. Plus généralement, l'arrêt de la Cour devrait conduire le TAS à faire montre de davantage de transparence pour se conformer à l'ensemble des garanties de l'article 6, ce qui passe également par la publication des sentences arbitrales rendues¹⁷. Force est d'ailleurs de constater que le TAS a anticipé ce mouvement, à travers la diffusion régulière de communiqués de presse sur les affaires dont il est saisi et la mise en ligne sur son site d'un nombre croissant de décisions. L'article 6 pourrait encore inciter le TAS à étendre la gratuité de la procédure à tous les arbitrages forcés (qui ne coïncident pas nécessairement avec les arbitrages en appel des décisions des organisations sportives, déjà gratuits), à amplifier le système d'assistance judiciaire déjà en place¹⁸, voire à développer des mécanismes destinés à garantir la sécurité juridique en évitant le rendu de sentences contradictoires¹⁹.

De manière plus indirecte, la Convention devrait également occuper à l'avenir davantage de place dans les débats devant le TAS. A de rares exceptions près, les formations arbitrales

¹⁵ TF, *Pechstein c. ISU*, arrêt du 10 février 2010, 4A_612/2009 § 4.1, cité en français au § 23 de l'arrêt de la Cour EDH.

¹⁶ S'agissant du droit d'être entendu en procédure contradictoire (art. 190, § 2, d, LDIP), par exemple, le TF devrait s'aligner sur la jurisprudence de la Cour relative au principe du contradictoire.

¹⁷ A. Duval, « The 'Victory' of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS », [<http://www.asser.nl/SportsLaw/Blog>].

¹⁸ En ce sens, avant l'arrêt *Mutu et Pechstein*, v. M. Maisonneuve, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », *op. cit.*, p. 321.

¹⁹ CEDH, Gde ch., *Sahin c. Turquie*, n° 13279/05, arrêt du 20 octobre 2011, § 55. À noter que le pouvoir du secrétaire général du TAS d'attirer l'attention des arbitres, avant le rendu de la sentence, sur des « questions de principe fondamentales » (art. R59) n'a pas été remis en cause par la Cour (§ 158 de l'arrêt *Mutu et Pechstein*).

considèrent que cet instrument est inapplicable²⁰. Elles ont développé, au demeurant, leurs propres « principes généraux » pour préserver les droits fondamentaux des athlètes et discipliner le pouvoir des fédérations sportives²¹. Après l'arrêt *Pechstein et Mutu*, les parties devant le TAS seront incitées à se prévaloir directement de l'article 6 de la Convention, voire d'autres dispositions du texte²², dont l'horizontalité (c'est-à-dire son application non pas limitée aux rapport verticaux entre l'État et les personnes sous sa juridiction, mais s'étendant aux rapports entre personnes privées) semble avalisée par la Cour. Encore faut-il que l'arrêt acquière un caractère définitif, ce à quoi deux juges dissidents semblent hostiles.

Les apparences au cœur de la dissidence

Deux juges de la chambre (dont, de manière notable, la juge suisse) ont exprimé leur net désaccord concernant certains aspects de l'arrêt. Selon eux, « la structure et la composition du TAS ne satisfont pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité prévues à l'article 6 § 1 » ; ils ont par ailleurs douté que le TAS soit un tribunal « établi par la loi » au sens de cette même disposition. Dans les deux cas, la théorie des apparences se trouve au cœur de la discussion.

Sur le critère de l'établissement du tribunal par la loi (qui met en œuvre le principe de l'État de droit), la Cour a évacué (trop ?) rapidement la question, se contentant justement de se fonder sur « les apparences » découlant de l'existence des recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse et de la jurisprudence de ce dernier qui considère les sentences du TAS comme de « véritables jugements assimilables à ceux d'un tribunal étatique » (§ 149). Les deux juges le déplorent : « la Cour aurait dû donner quelques indications quant aux conditions dans lesquelles des entités privées peuvent être considérées comme étant des 'tribunaux établis par la loi' » (§ 25 de l'opinion). En l'espèce, dans sa logique d'horizontalisation de l'article 6, l'arrêt aurait pu assimiler le Code de l'arbitrage en matière de sport à « la loi » de l'article 6. Ce texte, adopté par la fondation de droit suisse qu'est le CIAS, constitue la vraie base juridique du TAS dont il établit l'existence et régit la procédure. Il constitue en ce sens un cadre suffisamment précis pour éviter le fonctionnement arbitraire de la justice arbitrale sportive, remplissant ainsi la fonction du critère de l'établissement par la loi en tant que garantie du procès équitable. Une telle approche n'est au demeurant pas exclusive d'une approche formaliste plus artificielle qui ferait reposer le TAS sur le droit suisse de l'arbitrage (qui ne l'établit pas, mais rend possible son existence et encadre *a minima* l'exercice de la justice privée), voire sur la Convention de l'UNESCO contre le dopage, par laquelle la Suisse a reconnu le Code mondial antidopage et la compétence d'appel du TAS²³.

Si sur ce point la Cour s'est donc appuyée sur les apparences, il semble que les juges dissidents déplorent que l'arrêt ne ***36*** les ait pas davantage prises en considération au moment d'apprécier l'indépendance et l'impartialité du TAS. Ils constatent que le CIAS et le TAS sont sous une influence indirecte « considérable » des organisations sportives (Comité international olympique, fédérations internationales, comités nationaux olympiques) en raison de la manière dont leurs membres sont nommés. Au vu des pouvoirs du CIAS (pouvoir de révocation des

²⁰ V. par ex. TAS 2012/A/2862, *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*, sentence du 11 janvier 2013, § 105 (note F. Latty in *Rev. de l'arbitrage*, 2013, p. 795 et J. Guillaumé in *JDI*, 2014, p. 366).

²¹ Sur le « recours compensatoire aux principes généraux du droit », v. M. Maisonneuve, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *Rev. des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chr. n° 9 (consultable sur le site <http://www.revuedlf.com>).

²² Au sujet de l'article 8 de la Convention, v. CEDH, 19 janvier 2018, *FNASS et autres c. France*, req. n° 48151/11 et 77769/13, où la Cour juge que l'obligation du Code mondial antidopage de localisation des sportifs (transposée par la France dans son ordre interne) est conforme au droit au respect de la vie privée et familiale.

²³ *Contra* M. Maisonneuve, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », *op. cit.*, p. 318.

arbitres ; désignation par les présidents de chambre des présidents de formations arbitrales en cas de désaccord des parties) et des caractéristiques du TAS (liste fermée d'arbitres), les juges concluent que « le TAS est dépourvu de l'apparence d'indépendance » et que les appréhensions de Claudia Pechstein semblaient « objectivement justifiables », la dispensant de prouver la partialité et le manque d'indépendance des arbitres ayant statué sur son cas (§ 15, italiques dans le texte).

En l'absence de preuve matérielle de l'inclination pro-organisations sportives des arbitres du TAS pris dans leur globalité, les juges dissidents ont raison de centrer le débat sur la question des apparences, que l'arrêt n'a guère abordées de front sauf pour rappeler les principes applicables en la matière (§ 143)²⁴. Certaines jouent en faveur du TAS (par exemple le fait que les parties peuvent choisir un arbitre parmi une liste de quelque 300 noms²⁵, ou encore le statut de l'arbitre TAS²⁶), d'autres en sa défaveur, notamment le fait que sur les vingt membres du CIAS, douze sont nommés par ces organisations, quand les huit restants sont par la suite cooptés. Parmi ceux-là, quatre seulement sont choisis en vue de « sauvegarder les intérêts des athlètes » puis quatre autres parmi des personnalités indépendantes des organisations sportives, ce qui peut être perçu comme le signe d'un déséquilibre entre les deux catégories de justiciables, ce mécanisme étant de plus répercuté au stade de la nomination par cinquièmes des arbitres sur la liste du TAS²⁷.

Le poids dominant des organisations sportives dans ce processus de sélection pouvait légitimement interroger l'« observateur objectif »²⁸, même si les juges majoritaires ne s'en émeuvent guère. Peut-être est-ce parce que le TAS a depuis lors fait évoluer ses règles, en substituant au droit de proposition des arbitres par les organisations sportives la simple faculté d'attirer l'attention du CIAS sur les noms et qualifications de candidats potentiels, comme le peuvent également les commissions des athlètes de ces organisations²⁹ ? Dans cette hypothèse, les apparences trompeuses du passé seraient en somme couvertes par la viabilité du système actuel.

En tout cas, le dédoublement fonctionnel des organisations sportives ne doit pas être négligé : elles sont certes les « clientes » régulières du TAS, généralement en défense, mais elles sont aussi les dépositaires de l'intérêt général du sport, ce qui leur confère une légitimité à désigner une portion des membres du CIAS et à avoir un rôle dans le processus de sélection d'une partie au moins des arbitres. Les dernières nominations au sein du CIAS montrent par ailleurs que les organisations sportives ont en majorité désigné des membres qui n'ont pas été choisis en leur sein mais leur sont extérieurs et semblent présenter des garanties d'indépendance³⁰.

²⁴ L'arrêt rappelle l'adage anglais « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* » et qu'il y va « de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables » (§ 143). Les apparences peuvent ainsi être prises en considération pour apprécier l'indépendance et l'impartialité objectives d'un tribunal.

²⁵ Relevé au § 157 de l'arrêt où la Cour note que « la requérante n'a pas présenté d'éléments factuels permettant de douter en général de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres ». Au 1^{er} novembre 2018, 389 arbitres sont inscrits sur la liste du TAS.

²⁶ Art. R33 et R34 du Code sur l'indépendance des arbitres et leur révocation.

²⁷ Voir *supra* I, B.

²⁸ CEDH, *Clarke c. Royaume-Uni*, décision du 25 août 2005.

²⁹ Article S14 du Code de l'arbitrage en matière de sport.

³⁰ V. le communiqué de presse du TAS du 6 septembre 2018, « Governing Body of the CAS : New Members Appointed ». 12 membres sur les 20 désignés par les organisations sportives leur sont extérieurs.

Les apparences sont-elles sauves ? Faut-il les améliorer, par exemple en réduisant la proportion de membres du CIAS nommés par les organisations sportives, ou en prévoyant qu'ils doivent leur être tous extérieurs³¹, voire en faisant appel à d'autres autorités de nomination, indépendantes du mouvement sportif (par exemple des présidents de juridictions internationales) ? Faut-il mettre un terme à la liste fermée des arbitres, ou au pouvoir de désignation qu'ont les présidents de chambre³² ? La position de la Cour européenne, dans le sillage de celle du Tribunal fédéral suisse ou de la Cour fédérale de justice allemande³³, est qu'en l'état le TAS est bien indépendant. C'est elle qui fait droit à ce stade, réduisant de ce point de vue au rang d'embellissements superfétatoires les éventuelles mesures qui viseraient à réduire encore la capacité d'influence des organisations sportives.

UN RENVOI EN GRANDE CHAMBRE ?

Il n'en demeure pas moins que l'opinion dissidente donne du grain à moudre à la requérante, qui se trouve incitée à faire une demande de renvoi en Grande chambre³⁴. Avant que cette dernière, le cas échéant, se prononce, la Cour constitutionnelle allemande aura vraisemblablement tranché le recours déposé par Claudia Pechstein. Nul doute que les juges de Karlsruhe auront prêté grande attention à la position de la chambre de la Cour européenne et à celle des juges dissidents. La saga *Pechstein*, dont l'issue sera fondamentale pour le TAS, n'est pas encore arrivée à son terme. Mais tout bien pesé, force est de constater que le tribunal arbitral de Lausanne a quand même marqué des points devant la Cour de Strasbourg.

³¹ À noter dans cette optique que les quatre membres du CIAS désignés par le CIO en 2018 ne sont pas membres de cette organisation mais occupent ou ont occupé de hautes fonctions judiciaires (deux juges de la Cour internationale de Justice, et deux anciens juges, l'un à la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et l'autre... à la Cour européenne des droits de l'homme).

³² En ce sens, v. A. Duval, *op. cit.*

³³ Voir *supra*.

³⁴ En considérant que « l'indépendance et l'impartialité du TAS soulèvent des 'questions graves relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention' au sens de l'article 43 § 2 de la Convention » (§ 30 de l'opinion jointe), les deux juges dissidents laissent entendre que le collège de cinq juges chargé d'examiner la demande de renvoi devrait la déclarer recevable.