



**HAL**  
open science

# L'AUTONOMIE VIVANTE DE LA JUSTICE INTERNATIONALE DU SPORT

Jean-Michel Marmayou

► **To cite this version:**

Jean-Michel Marmayou. L'AUTONOMIE VIVANTE DE LA JUSTICE INTERNATIONALE DU SPORT. L'Observateur des Nations Unies, 2022, Le droit international face aux problématiques contemporaines du sport, 52, pp.77. hal-04403241

**HAL Id: hal-04403241**

**<https://amu.hal.science/hal-04403241v1>**

Submitted on 18 Jan 2024

**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'AUTONOMIE VIVANTE DE LA JUSTICE INTERNATIONALE DU SPORT LES FAVEURS FAITES AU SYSTÈME TAS

Jean-Michel MARMAYOU<sup>1</sup>

## Résumé

L'autonomie d'un ordre juridique privé international passe notamment par l'autonomie de son système privé de justice internationale. Il lui faut un système de justice interne qui fasse office de filtre afin de réduire le nombre de litiges susceptibles de se développer en dehors de l'ordre juridique privé. Le système TAS est l'exemple type de ces systèmes de justice interne. Il est en effet construit pour tenir la norme étatique à l'écart des litiges sportifs et donc pour éviter que la règle sportive ne soit frontalement opposée à la norme des États. Il profite d'une combinaison de faveurs faites à l'arbitrage en général pour développer sa propre autonomie et la mettre au service de celle de l'ordre normatif sportif. Il profite de la *favor arbitrandum* faite par les États à l'arbitrage international. Il jouit aussi de « la politique de *favor arbitrandum sportiva* » du droit de son siège, le droit suisse. Il doit cependant y avoir des limites à ces faveurs. Leur combinaison paraîtra toujours excessive tant qu'elle ne sera pas compensée par des garanties plus grandes offertes aux litigants. Certaines imperfections du système TAS méritent d'être corrigées. C'est donc entre combinaison et corrections des faveurs qui lui sont faites que l'autonomie du système TAS se construit.

## Abstract

*The autonomy of a private international legal order requires, among other things, the autonomy of its private international justice system. It needs an internal justice system that acts as a filter to reduce the number of disputes which may develop outside the private legal order. The CAS system is a typical example of such an internal justice system. It is designed to keep the state norm out of sports disputes and thus to prevent the sports rule from being in direct opposition to the norm of the States. It takes advantage of a combination of favors done to arbitration in general to develop its own autonomy and to put it at the service of the normative sports order. It takes advantage of the favor arbitrandum given by States to international arbitration. It also benefits from the « favor arbitrandum sportiva policy » of the law of its seat, Swiss law. However, there must be limits to these favors. Their combination will always seem excessive as long as it is not compensated by greater guarantees offered to litigants. Some imperfections of the CAS system must be corrected. It is therefore between combining and correcting the favors granted to it that the autonomy of the CAS system is built.*

---

<sup>1</sup> Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Directeur du Centre de droit du sport de la Faculté de droit d'Aix-Marseille Université – Centre de droit économique (EA 4224).

Le mouvement sportif, dont le développement moderne s'est d'abord fait en marge de l'État, affirme sans faiblir l'existence d'un « ordre juridique sportif »<sup>2</sup> et en a longtemps revendiqué son autonomie, autrement dit, comme aurait pu l'écrire Santi Romano<sup>3</sup>, son « ir-relevance » par rapport à l'ordre juridique étatique.

Rares sont ceux qui contestent encore la première affirmation car le monde du sport dispose d'une structuration indéniable pour produire de manière organisée des commandements normés et les faire appliquer. Les plus réfractaires à l'idée de reconnaître un ordre « juridique » qui ne disposerait pas de la contrainte physique légitime, acceptent volontiers que l'appareil institutionnel du mouvement sportif soit suffisant à le qualifier d'ordre « normatif ».

La seconde revendication est en revanche loin d'être admise et quand il s'agit de confronter ou d'articuler les normes étatiques avec celles produites par le mouvement sportif, rares sont ceux qui prétendent encore à une immunisation absolue de l'ordre juridique sportif contre l'ordre étatique. Les institutions du sport, pas plus par exemple que les institutions ecclésiastiques, ne sauraient se dire à égalité avec les États, car elles ne disposent ni d'une souveraineté ni d'une légitimité équivalente. Elles ne peuvent raisonnablement prétendre constituer une *societas iuridica perfecta*<sup>4</sup> dotée d'une fin et de moyens propres ; les seconds permettant de réaliser en toute indépendance la première.

Le mouvement sportif l'a lui-même bien compris qui, de manière pragmatique, a entrepris de composer au mieux avec les impératifs de l'ordre juridique des États pour utiliser plus complètement les espaces de liberté que ces derniers veulent bien laisser.

L'entreprise est loin d'être simple dans la mesure où, sans dogmatisme, il faut pouvoir distinguer dans les ordres étatiques les espaces *libres* des espaces *d'impérativité* et mesurer dans ces derniers l'éventuel degré de tolérance en deçà duquel la violation d'un impératif n'entraîne pas de sanction. L'entreprise s'avère même singulièrement complexe si l'on admet sans préjugés que ledit travail de distinction et de mesure débouche sur de multiples solutions différentes selon l'État dans lequel il se réalise et selon devant quelle juridiction il pourrait être présenté<sup>5</sup>. L'entreprise peut encore devenir épuisante puisqu'elle n'a pas vocation à se terminer ; le débat sur l'autonomie restant (et devant rester), « un débat vivant »<sup>6</sup>. Mais l'entreprise peut également se révéler ludique car l'on peut vivre cette quête

<sup>2</sup> F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007. G. SIMON, « Existe-t-il un ordre juridique du sport ? », *Droits* 2001, n° 33, p. 97.

<sup>3</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, réimpression de 2002.

<sup>4</sup> Expression utilisée par les tenants d'une autonomie de l'Église qui se basaient sur l'adage *ubi societas, ibi ius*, pour affirmer la juridicité de l'ordre ecclésiastique et sa souveraineté. Voir notamment : G. GRIGORITA, *L'autonomie ecclésiastique selon la législation canonique actuelle de l'Église orthodoxe et de l'Église catholique*, ed. Pontificia universita Gregoriana, Rome 2011.

<sup>5</sup> La confrontation des deux ordres se fait souvent devant un « juge », à qui revient le soin de définir la hiérarchie. Selon le « juge » saisi, privé ou étatique, la hiérarchisation ne sera pas la même : F. BUY, « Propos conclusifs », in J. GUILLAUMÉ et N. DERMIT-RICHARD (dir.), *Football et droit*, LGDJ, Fondation Varenne, coll. Colloques et essais, vol. 2, 2012, p. 185. – F. BUY et F. RIZZO, « Peut-on encore avoir confiance dans les normes sportives ? », *Journal Droit des sociétés* 2009, n° 63, p. 56.

<sup>6</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, 6<sup>e</sup> éd. LGDJ 2020, coll. Manuels, spéc. n° 20.

d'autonomie comme un jeu du chat et de la souris, en tout état de cause comme une discipline intellectuelle d'évitement dans laquelle, la stratégie, l'intelligence, la malice, la finesse, la patience, la ruse, remplacent la force et la puissance<sup>7</sup>.

La construction du « système global d'arbitrage » TAS<sup>8</sup> est un axe essentiel de cette entreprise car la combinaison organisée des personnes physiques désignées sur les listes des arbitres, des formations arbitrales effectivement constituées, du CIAS, des institutions sportives qui le financent et du Tribunal fédéral suisse font du TAS, non seulement une sorte de juridiction suprême de l'ordre sportif mais surtout « un acteur militant de la *Lex sportiva* »<sup>9</sup> et donc un des piliers de la gouvernance globale du sport.

L'autonomie d'un ordre juridique privé international passe en effet par l'autonomie de son système privé de justice internationale. Pour que la création de règles privées propres puisse se déployer sans trop de contraintes ; pour que l'application de ces mêmes règles privées puisse se réaliser uniformément en évitant les perturbations locales des ordres juridiques étatiques, il faut un système disciplinaire, un système de justice interne qui fasse office de filtre de sorte que le plus grand nombre possible de litiges ne puissent pas se développer en dehors de l'ordre juridique privé.

La justice institutionnelle interne, de nature associative, présente sans doute cette vertu de filtrage puisque le principe de l'épuisement des voies de recours internes impose une série d'étapes préalables avant que le juge étatique ne soit saisi. Reste que ce filtre a une maille encore trop large. Le recours à l'arbitrage privé, notamment lorsqu'il est institutionnalisé, internationalisé et bien pensé, affine considérablement le filtre jusqu'à presque immuniser contre le droit étatique. Le système TAS, pilier de la justice sportive internationale et de l'ordre juridique sportif, en est à notre sens le meilleur exemple<sup>10</sup>.

Il est en effet construit pour tenir la norme étatique à l'écart des litiges sportifs et donc pour éviter que la règle sportive ne soit frontalement opposée à la norme des États<sup>11</sup>. Reste que la construction du système TAS s'insère justement dans la règle étatique. Le système n'est pas érigé en dehors. Il n'est pas à côté de l'ordre juridique étatique. Il se situe pleinement en son sein, mais dans un espace où la pression

<sup>7</sup> Sur les rapports de puissance, voir G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, 1990.

<sup>8</sup> M. BOUCARON-NARDETTO et J.-B. RACINE, « L'apport du Tribunal arbitral du sport au droit de l'arbitrage international », in F. LATTY, J.-M. MARMAYOU et J.-B. RACINE (dir.), *Sport et droit international (aspects choisis)*, PUAM 2016, p. 289.

<sup>9</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, 6<sup>e</sup> éd. LGDJ 2020, coll. Manuels, spéc. n° 118.

<sup>10</sup> Le système de justice interne de l'Église catholique française n'a pas cette mesure. Pour un dernier exemple : Y. MAYAUD, « Le pouvoir "pénal" de l'Église, ou du mésusage du droit disciplinaire. À propos d'une sentence de l'officialité interdiocésaine de Lyon », *JCP G* n° 46, 15 nov. 2021, doctr. 1217. – Y. MAYAUD, « De la diffusion par un diocèse d'un communiqué relatif à une sentence disciplinaire : une initiative hors les murs ! », *D.* 2022, p. 1170.

<sup>11</sup> Selon M. BOUCARON-NARDETTO et J.-B. RACINE (« L'APPORT DU TAS AU DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL », préc.), « l'arbitrage a été conçu dès le départ dans le domaine du sport comme un outil d'éviction des juridictions étatiques ». La lecture des propos d'un de ces concepteurs en convainc sans difficulté : K. M'BAYE, « Sport et arbitrage », *Bull. ASA* 1990, n° 2, p. 116.

normative est moins intense. Il profite à plein d'une combinaison de faveurs faites à l'arbitrage en général pour développer sa propre autonomie et la mettre au service de celle de l'ordre normatif sportif (I). De cette combinaison peuvent cependant découler des conséquences discutables. Or, si l'ordre étatique accepte que se développe en marge des juridictions ordinaires, une justice privée arbitrale, c'est sous la réserve qu'elle offre le minimum de ce qui caractérise une saine justice. Parfois donc, la combinaison des faveurs faites à l'autonomie d'un système d'arbitrage nécessite des corrections. Le système TAS est né dans ce balancement ; il continue de s'y construire (II).

## I. LA COMBINAISON DES FAVEURS FAITES À L'AUTONOMIE DU SYSTÈME TAS

Le système TAS profite à plein des libéralités faites par les États à l'arbitrage en général. Il profite complètement de la *favor arbitrandum* que l'on retrouve, certes avec une intensité variable, dans tous les États ayant ratifié une ou plusieurs des conventions internationales relatives à l'arbitrage<sup>12</sup> ou ayant adopté une loi interne sur le modèle de la Loi type CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international. Il ne faudrait cependant pas croire que le système TAS ne profite que des faveurs internationales faites à l'arbitrage commercial. Il jouit de « la politique de *favor arbitrandum sportiva* »<sup>13</sup> du droit de son siège, le droit suisse, qui à cet égard constitue un véritable « paradis juridique »<sup>14</sup>. Si en effet, le système TAS ne saurait échapper aux lois de la Confédération helvétique sur l'arbitrage interne<sup>15</sup> et international<sup>16</sup>, celles-ci se caractérisent par une conception très souple de l'arbitrabilité des litiges et par un ordre public, interne comme international, de très faible densité<sup>17</sup>. Et comme les formations du TAS ont parfaitement conscience de ce que les demandes d'exequatur sont exceptionnelles<sup>18</sup>, elles n'hésitent pas à user de la souplesse suisse sans s'inquiéter des considérations propres aux ordres juridiques étrangers dans lesquels leurs sentences dérouleront les effets concrets de leur exécution<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères signée à New York le 10 juin 1958. – Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Convention de Genève) 21 avril 1961.

<sup>13</sup> M. MAISONNEUVE, *obs. Rev. arb.* 2016, p. 921.

<sup>14</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, 6<sup>e</sup> éd. LGDJ 2020, coll. Manuels, n° 45.

<sup>15</sup> Art. 353 et s. du Code de procédure civile ([www.fedlex.admin.ch](http://www.fedlex.admin.ch)).

<sup>16</sup> Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), Chapitre 12 sur l'arbitrage international (art. 176 à 194).

<sup>17</sup> Le Tribunal fédéral suisse, juge de recours, a notamment considéré que l'ordre public communautaire de concurrence n'était pas compris dans la conception suisse de l'ordre public international : Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 8 mars 2006, *Tensacciai SpA et Terra Armata Srl*, n° 4P 278/2005, ATF 132 III 389 ; [www.bger.ch](http://www.bger.ch) ; *Bull. ASA* 2006-3, p. 521 ; *Bull. ASA* 2006-3, p. 535, note P. LANDOLT.

<sup>18</sup> Exceptionnelles mais pas inexistantes : OLG Bremen, 30 déc. 2014, 2 U 67/14, *SV Wilhelmshaven c/Norddeutscher Fußball-Verband e.V.*, *Yearbook of international Sports Arbitration* 2015, ASSER Press Springer, 2016, p. 315, note A. DUVAL.

<sup>19</sup> La structure hiérarchisée du mouvement sportif rend de fait inutile toute procédure d'exequatur pour l'application des sentences dans l'ordre juridique sportif. Sur ce point, voir : M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, spéc. p. 403 et s. – F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit*

## A. Les faveurs suisses

Conception suisse de l'arbitrabilité. Au titre de la politique de faveur suisse, la première des largesses méritant d'être signalée concerne l'arbitrabilité des litiges sportifs, la conception helvétique de l'arbitrabilité étant très libérale. En droit suisse de l'arbitrage international, le principe d'arbitrabilité épouse en effet la notion de patrimonialité. Or, selon l'article 177 de la LDIP, toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage ce qui a pour conséquence, selon le Tribunal fédéral, qu'un litige est arbitrable dès lors qu'il implique pour l'une des parties « un intérêt pouvant être apprécié en argent »<sup>20</sup>. Avec une telle condition d'arbitrabilité, la place arbitrale suisse profite d'un effet d'aspiration non négligeable car dans tous les types de litiges, une des parties au moins peut, directement ou indirectement, justifier d'un intérêt pécuniaire, c'est à dire appréciable en argent. Il en découle que le TAS s'estime compétent pour traiter de litiges liés à des relations de travail<sup>21</sup>, impliquant des questions de concurrence<sup>22</sup> et, évidemment, tous ceux relatifs aux suspensions disciplinaires<sup>23</sup>.

Une telle conception de l'arbitrabilité n'a en principe d'effet que devant le juge de recours, juge du siège du TAS, et il existe donc un risque qu'une sentence rendue en Suisse ne reçoive pas l'exequatur dans un pays où le juge serait tenu par des critères d'arbitrabilité plus stricts<sup>24</sup>. Mais ce risque n'est que théorique<sup>25</sup>, car en pratique les sentences du TAS sont majoritairement exécutées de manière spontanée et, surtout, toutes celles qui confirment une sanction disciplinaire n'ont pas besoin d'une procédure d'exequatur puisque la structuration hiérarchisée des organisations sportives permet une exécution immédiate de la sanction.

L'admission des clauses d'arbitrage par référence. La deuxième des faveurs faites au système TAS par le droit suisse est à mettre au crédit exclusif du Tribunal fédéral qui, au fil de sa jurisprudence n'a cessé d'admettre avec une bienveillance revendiquée les clauses d'arbitrage « par référence »<sup>26</sup>, c'est-à-dire celles auxquelles

*transnational*, préc. spéc. p. 578 et s. – Ce pouvoir est même reconnu par le Trib. féd., 5 févr. 2007, arrêt 4P.240/2007, *Gaz. Pal.* 13-17 juillet 2007, p. 40, obs. A. RIGOZZI. – Trib. féd., 22 mars 2007, *Cañas c/ATP Tour et TAS*, *Gaz. Pal.* 13-17 juill. 2007, p. 35, obs. A. PINNA ; *Cah. dr. sport* n° 8, 2007, p. 43, note F. BUY ; *Rev. arb.* 2008, p. 570, obs. M. MAISONNEUVE ; *LPA*, 1<sup>er</sup> oct. 2007, p. 7, obs. J.-M. MARMAYOU.

<sup>20</sup> Trib. féd., 1<sup>er</sup> cour civ., 23 juin 1992, ATF 118 II 353, *Bull. ASA* 1993-1, p. 58.

<sup>21</sup> A. RIGOZZI, « L'arbitrabilité des litiges sportifs », *Bull. ASA* 2003-3, p. 501.

<sup>22</sup> Trib. arb. sport, 28 nov. 2007, 2007/A/1287, *Danubio FC c/FIFA & FC Internazionale Milano SpA*, *JDI* 2009, p. 282, obs. É. LOQUIN.

<sup>23</sup> Trib. arb. sport, 9 oct. 1998, 98/199, *Real Madrid FC c/UEFA*, *JDI* 2001, p. 270, obs. G. SIMON. – Trib. arb. sport, 6 juill. 2004, 2002/A/593, *FAW c/UEFA*, *JDI* 2005, p. 1301, obs. D. HASCHER.

<sup>24</sup> Sur les divergences nationales, cf. : B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tome 296, 2002, p. 25. – L.-A. MISTELIS et S. BREKOUKAKIS, *Arbitrability, International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International 2009.

<sup>25</sup> A. RIGOZZI, « L'arbitrabilité des litiges sportifs », *Bull. ASA* 2003-3, p. 501. – 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. 396. – P. MEIER et C. AGUET, « L'arbitrabilité du recours contre la sentence prononcée par une fédération sportive internationale », *Journal des tribunaux* 2002, I, p. 55. – C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2020, spéc. n° 281 et s.

<sup>26</sup> Trib. féd., 7 févr. 2001, *Stanley Roberts c/ FIBA*, *Bull. ASA*, 2001, p. 523. – Trib. féd., 1<sup>er</sup> cour civ., 13 févr. 2012, *X. MALISSE et Y. WICKMAYER c/ AMA et FÉDÉRATION FLAMANDE DE TENNIS*, 4A\_428/2011,

il est consenti indirectement au titre de l'adhésion à un acte faisant référence à un autre acte contenant, lui, une clause compromissoire. Dans le monde du sport, c'est un cas fréquent puisque l'acte de souscription à la licence sportive emporte par référence adhésion aux règles de la fédération (nationale, voire, encore plus indirect, internationale) dans lesquelles se trouve une clause d'arbitrage TAS.

On peut à ce propos, noter que cette faveur pour les clauses compromissoires non contractuelles a été récemment confirmée par le législateur suisse qui a modifié l'article 178, 4<sup>o</sup> de la LDIP en posant que les clauses d'arbitrage prévues dans « un acte juridique unilatéral ou des statuts » répondaient désormais aux mêmes conditions de validité que les véritables conventions d'arbitrage<sup>27</sup>.

Contrôle au fond des sentences du TAS. Le contrôle au fond des sentences internationales est quasi inexistant en Suisse<sup>28</sup>. C'est une véritable faveur faite par le législateur suisse pour l'attractivité de la place arbitrale de la confédération ; certainement la plus importante. La lecture de l'article 190 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) est déjà suffisante pour comprendre que l'idée est de réduire à sa plus simple expression la liste des cas, limitatifs, dans lesquels il peut être valablement recouru contre une sentence arbitrale internationale rendue en Suisse :

- « 1) La sentence est définitive dès sa communication.
- 2) Elle ne peut être attaquée que :
  - a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé ;
  - b. lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ;
  - c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande ;
  - d. lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
  - e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public.
- 3) En cas de décision incidente, seul le recours pour les motifs prévus à l'al. 2, let. a et b, est ouvert ; le délai court dès la communication de la décision.
- 4) Le délai de recours est de 30 jours à compter de la communication de la sentence. »

---

*Rev. arb.*, 2012, p. 653, note S. BESSON. – Trib. féd., 1<sup>re</sup> cour civ., 20 janv. 2010, 4A\_548/2009, *Rev. arb.*, 2010, p. 609, note M. PELTIER. – Adde : S. NETZLE, « Jurisdiction of the arbitral tribunal in sports matters : arbitration agreement incorporated by reference to regulations of sport organizations », *Bull. ASA*, n° 11, nov. 1998, p. 45.

<sup>27</sup> Modification introduite par la Loi fédérale du 19 juin 2020 et en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021 (RO 2020 4179 ; FF 2018 7153).

<sup>28</sup> Sur la question des rapports entre l'ordre public et l'arbitrage : C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, 2020, spéc. n° 301 et s.

Deux catégories de cas ouvrent donc droit à un recours : des violations de nature processuelle et une violation de nature matérielle.

L'analyse de son fil jurisprudentiel révèle à propos de cette dernière que le Tribunal fédéral suisse a parfaitement compris le message du législateur et s'emploie à resserrer le périmètre de la notion d'ordre public<sup>29</sup>. En effet, selon le Tribunal fédéral, en matière sportive comme ailleurs, une sentence arbitrale internationale peut être annulée sur le fondement de l'article 190 al. 2 let. e LDIP « seulement lorsqu'elle viole des principes juridiques fondamentaux au point de ne plus être conciliable avec les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. Au nombre de ces principes figurent, notamment, la règle *pacta sunt servanda*, la prohibition de l'abus de droit, le respect des règles de la bonne foi, la prohibition de l'expropriation sans indemnité, la prohibition des mesures discriminatoires et la protection des personnes civilement incapables »<sup>30</sup>. En outre, précise de manière itérative le Tribunal, « la sentence attaquée ne sera annulée que si le résultat auquel elle aboutit est incompatible avec l'ordre public. Il ne suffit donc pas que ses motifs le soient ; encore faut-il pouvoir tirer la même conclusion relativement à son dispositif »<sup>31</sup> étant précisé que « même des violations de droit évidentes et des constatations de fait manifestement fausses ne permettent pas à elles seules d'annuler une sentence arbitrale pour cause d'incompatibilité avec l'ordre public »<sup>32</sup>.

Il en ressort de l'aveu même du Tribunal fédéral qu'« il doit désormais être clair, dans l'esprit de quiconque conclut une convention d'arbitrage donnant lieu à l'application des art. 176 ss LDIP que ses chances de succès seront extrêmement minces le jour où il voudra attaquer une sentence arbitrale en invoquant le motif de recours prévu à l'article 190 al. 2 let. e LDIP »<sup>33</sup>.

Les voies de recours contre les sentences des tribunaux arbitraux établis en Suisse existent, certes, mais elles sont réduites à leur plus simple expression<sup>34</sup>. Le système TAS en bénéficie même si, paradoxalement, c'est à l'occasion d'un recours

<sup>29</sup> Il le fait d'autant plus volontiers que cela contribue à diminuer son travail dans un système suisse où il est la seule juridiction compétente pour traiter des recours en annulation de sentences arbitrales (sur ce point, cf. S. BESSON, « Le contrôle des sentences arbitrales par le juge suisse : aperçu de quelques traits caractéristiques et confrontation avec le droit français », *Rev. arb.* 2022/3, p. 867.

<sup>30</sup> Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 8 mars 2006, *Tensacciai SpA et Terra Armata Srl*, n° 4P 278/2005, ATF 132 III 389 ; [www.bger.ch](http://www.bger.ch) ; *Bull. ASA* 2006-3, p. 521 ; *Bull. ASA* 2006-3, p. 535, note P. LANDOLT.

<sup>31</sup> Trib. féd. 1<sup>re</sup> cour civ., 19 avr. 1994, *Émirats Arabes Unis et al. c/ Westland Helicopters*, ATF 120 II 155.

<sup>32</sup> Trib. féd. 1<sup>re</sup> Cour dr. civ., 14 nov. 1990, *i.S. E. AG GEGEN K. LTD. UND IHK-SCHIEDSGERICHT ZÜRICH*, ATF 116 II 634.

<sup>33</sup> Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 8 mars 2006, *préc.*

<sup>34</sup> La lecture de deux études juridico-statistiques est éclairante sur les chances de succès d'un recours contre une sentence TAS devant le Tribunal fédéral : M. COCCIA, « The jurisprudence of the Swiss federal tribunal on challenges against CAS awards », *Bull. TAS* 2013-2, p. 2. – P. PICHONNAZ, « Case law of the Swiss Federal Tribunal on Challenges against CAS awards (2015-2019) », *Bull. TAS* 2020, Séminaire Budapest octobre 2019, p. 68. – Adde, sur les recours en toute matière : F. DASSER, M. WOJTCWICZ, « Challenges of Swiss Arbitral Awards — Updated and Extended Statistical Data as of 2015 », *Bull. ASA*, 2016, p. 280.



contre une sentence TAS qu'a été prononcée par le Tribunal fédéral la première annulation d'une sentence arbitrale pour violation de l'ordre public matériel<sup>35</sup>.

Mansuétude du Tribunal fédéral à l'égard des défauts du système TAS. Si une violation des principes suisses de compétence, de procédure, de garanties fondamentales et plus largement d'ordre public peut être connue du juge étatique helvète et donc soumise au droit commun suisse<sup>36</sup>, il n'en reste pas moins que le Tribunal fédéral fait preuve d'une grande mansuétude à l'égard des défauts du système TAS<sup>37</sup>, et notamment de sa dépendance par rapport aux institutions sportives internationales qui sont pourtant très régulièrement parties aux litiges portés devant lui<sup>38</sup>. Au-delà du fait que le tribunal fédéral n'a sanctionné que très rarement une sentence du TAS<sup>39</sup>, et sans déconsidérer l'analyse statistique, le sentiment qui domine à l'analyse des décisions de la juridiction suprême est qu'elle fait le maximum pour éviter les annulations de peur qu'une telle sanction dans un litige sportif en particulier ne serve à justifier de la disparition du système TAS tout entier<sup>40</sup>. Il arrive par exemple, plutôt que de nier ou d'ignorer les défauts, que le Tribunal fédéral prenne prétexte de certains litiges où la question ne se pose pas pour pointer du doigt des difficultés qui pourraient, si elles étaient expressément discutées devant lui, entraîner une censure. L'arrêt *Gundel* en est la preuve la plus évidente puisque dans cette affaire où était en question la dépendance du TAS dans le règlement de litiges où la Fédération internationale d'équitation était partie, le Tribunal fédéral a répondu directement que si l'architecture du TAS lui permettait de conserver son autonomie par rapport à la FEI, il en irait autrement pour les procédures conduites devant le TAS dans lesquelles le CIO apparaîtrait comme partie<sup>41</sup>. Averti de la difficulté avant qu'elle ne fasse vaciller le système, le CIO qui avait créé le TAS en 1984 s'employa à corriger le défaut en posant les bases d'un système plus complexe avec la création du Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS).

En tout état de cause, le Tribunal fédéral adopte, s'agissant de la question de l'indépendance du TAS, une méthode d'analyse extrêmement favorable

<sup>35</sup> Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 27 mars 2012, 4A\_558/2011, *Francelino da Silva Matuzalem c/ FIFA*, ATF 138 III 322, *Cah. dr. sport* n° 27, 2012, p. 9, obs. J.-M. MARMAYOU ; *Cah. dr. sport* n° 28, 2012, p. 35, note S. LE RESTE ; *Rev. arb.* 2012, p. 668, note M. MAISONNEUVE ; *Rev. arb.* 2012, p. 860, note P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH (ordre public matériel : violation des libertés personnelles).

<sup>36</sup> Ex Multis : Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 22 mars 2007, 4P. 172/2006, *Cañas*, ATF 133 III 235 ; *Rev. arb.* 2008, n° 3, p. 570, obs. M. MAISONNEUVE ; *Gaz. Pal.*, 13-17 juill. 2007, p. 35, obs. A. PINNA ; *Cah. dr. sport* n° 8, 2007, p. 43, note F. BUY ; *LPA*, 1<sup>er</sup> oct. 2007, p. 7, obs. J.-M. MARMAYOU (ordre public procédural : violation du droit d'être entendu).

<sup>37</sup> A. Rigozzi évoque même : « le soutien presque inconditionnel manifesté par le Tribunal fédéral » (A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, spéc. n° 1462).

<sup>38</sup> Outre les thèses de A. RIGOZZI, F. LATTY, M. MAISONNEUVE et C. CHAUSSARD sur la question, voir l'analyse récente de C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2020, spéc. n° 223 et s.

<sup>39</sup> G. CARDUCCI, « La révision des sentences en droit suisse de l'arbitrage international et interne, arbitrage TAS et du sport », *Bull. TAS* 2022/1, p. 7.

<sup>40</sup> Il faut distinguer la question de l'indépendance structurelle du TAS qui est un élément indispensable à la qualification d'arbitrage, de la question de l'indépendance personnelle, ou individuelle, de la formation arbitrale qui est une condition de validité de la sentence rendue.

<sup>41</sup> Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 15 mars 1993, *Gundel c/FEI et TAS*, ATF 119 II 271 ; *Bull. ASA* 1993, p. 398, note G. SCHWAAR ; *Rev. suisse dr. intern. et dr. eur.* 1994, p. 149, obs. KNEPFLER ; *Intern. arb. rep.*, vol. 8, n° 10, 1993, p. 12, note J. PAULSSON.

puisqu'il se refuse à annuler une sentence pour défaut d'indépendance s'il n'est pas démontré que le déséquilibre structurel du TAS s'est traduit par une sentence elle-même déséquilibrée<sup>42</sup>. Au demeurant, même lorsqu'il opère un examen concret de l'indépendance individuelle d'un arbitre<sup>43</sup>, il est d'une permissivité qui peut paraître à certains exagérée<sup>44</sup>. Une faveur de trop qui s'ajoute à celles que le système TAS peut recevoir en dehors des frontières de la Confédération.

## B. Les faveurs internationales et étrangères

Le choix du droit applicable. Comme le prévoient les règles de l'arbitrage international, consacrées par les États, le TAS, institution d'arbitrage international, n'a pas de *for*. Il n'est pas dans l'obligation d'appliquer les lois impératives d'un État ; ni celles de son siège ni celles des États où ses sentences dérouleront leurs effets. Il a cette liberté, conférée par les États, d'appliquer des règles purement privées, « dégagées, dans la mesure du possible, de toute référence à un système de normes étatiques particulières »<sup>45</sup>. Il a même la possibilité, offerte par l'ordre juridique de son siège, d'émettre un règlement d'arbitrage limitant les effets de la volonté des parties en donnant aux arbitres des formations TAS le pouvoir d'écarter le choix d'une loi étatique opéré par les parties dans le contrat source du litige<sup>46</sup>. L'arbitrage international est ainsi « le véhicule idéal pour un droit sportif autonome et mondialisé »<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Depuis les critiques formulées dans son arrêt « Gundel » (Trib. féd., 15 mars 1993, ATF 119.11.271, *Gundel c/ FEI*), il ne cesse de considérer au fil des recours portés devant lui que le TAS est suffisamment impartial et indépendant, respectivement et individuellement, du CIO (Trib. féd., 27 mai 2003, ATF 129 III 445, *Lazutina c/ CIO*, *JDI* 2003, p. 1085, note A. PLANTÉY ; *Rev. arb.* 2005, p. 181, chron. P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH ; *Journal of international arbitration* 2006, p. 453, A. RIGOZZI ; *Gaz. Pal.* 17 OCT. 2006, p. 30, obs. A. RIGOZZI), de la fédération internationale de ski (Trib. féd., 27 mai 2003, ATF 129 III 445, *Lazutina*, précité), de l'ATP (Trib. féd., 22 mars 2007, 4P. 172/2006, *Cañas*, ATF 133 III 235 ; *préc.*), de la FIFA (Trib. féd., 7 nov. 2011, 4A\_246/2011, *Fussballclub X. gegen Y. Sàrl*, ATF 138 III 29 – Trib. féd., 20 févr. 2018, 4A\_260/2017, *RFC Seraing c/ FIFA*, *Rev. arb.* 2018, p. 653, n° 3, spéc. p. 668, obs. M. MAISONNEUVE).

<sup>43</sup> Voir par exemple : Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 14 août 2008, 4A-234/2008, *Bull. ASA* n° 27, 2009-3, p. 512, note P. SCHWEISER ; *D.* 2009, p. 2965, obs. T. CLAY (en l'espèce, tous les éléments démontrant la partialité d'un arbitre unique était réunis mais le tribunal fédéral a rejeté le motif de révision au prétexte qu'il avait été invoqué trop tardivement).

<sup>44</sup> Selon les mots de T. CLAY (*D.* 2009, p. 2965, obs. précitées) : « [...] la jurisprudence suisse qui, de tout temps, a été particulièrement permissive avec les exigences d'indépendance de l'arbitre et qui semble même être exagérément tolérante lorsqu'il s'agit d'arbitrage rendu en matière sportive ».

<sup>45</sup> Trib. arb. sport, 19 janv. 2007, 2006/A/1082, *Real Valladolid c/B. & CERRO PORTENO*, *JDI* 2008, p. 287, obs. É. LOQUIN. – Trib. arb. sport, 24 avr. 2007, *Galatasaray c/Ribéry*, et 30 janv. 2008, *Webster*, *Rev. arb.* 2008, p. 559, obs. M. MAISONNEUVE. – Trib. arb. sport, 3 déc. 2014, 2014/A/3505, *Al Khor SC c/C*, *JDI* 2015, chron. 3, obs. É. LOQUIN.

<sup>46</sup> Cf art. R.58 du règlement d'arbitrage TAS : « Droit applicable au fond - La Formation statue selon les règlements applicables et, subsidiairement, selon les règles de droit choisies par les parties (nous soulignons), ou à défaut de choix, selon le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile ou selon les règles de droit que la Formation estime appropriée. Dans ce dernier cas, la décision de la Formation doit être motivée ». Pour un exemple de sentence utilisant la possibilité : Trib. arb. sport, 3 déc. 2014, 2014/A/3505, *Al Khor SC c/C*, *JCP G* n° 19-20, 2015, p. 951, obs. n° 6, B. HAFTTEL.

<sup>47</sup> F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, 6<sup>e</sup> éd. LGDJ 2020, coll. Manuels, spéc. n° 23.

L'admission du caractère forcé de l'arbitrage en matière de sport. Philosophiquement, on pourrait s'étonner qu'une renonciation au juge étatique, ce qu'est le recours à l'arbitrage privé, puisse être imposée par une entité autre qu'étatique, ou au moins déléguée par l'État. Mais cette idéologie de l'arbitrage est surannée<sup>48</sup>. Il est des situations, les compétitions sportives internationales sont de celles-là, où les frontières des ordres juridiques étatiques doivent pouvoir être dépassées par un système dénationalisé de traitement des litiges, imposé *erga omnes* de sorte que les intéressés soient tous traités sur un pied d'égalité<sup>49</sup>. Ce n'était cela dit pas gagné d'avance et la question du consentement à l'arbitrage TAS a été plusieurs fois soulevée devant des juridictions étatiques sur ses deux déclinaisons les plus importantes : son existence même et son intégrité. Quant à son existence, mise à part une certaine réticence marquée par les juridictions belges<sup>50</sup> ou à un moindre degré espagnoles<sup>51</sup>, les clauses compromissaires TAS par référence sont plutôt bien admises<sup>52</sup>, à l'instar de leur réception en droit suisse. Quant à son intégrité, une même faveur internationale peut être relevée. En effet, outre la Cour fédérale allemande qui n'a pas estimé dans l'affaire *Pechstein* que la fédération internationale avait abusé de sa position dominante pour imposer le recours à l'arbitrage TAS à l'athlète sanctionnée<sup>53</sup>, on ne peut manquer de rappeler la mansuétude de la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Mutu et Pechstein*<sup>54</sup>, qui tout en réclamant l'application des garanties de l'article 6 § 1 de la Convention, reconnaissait la validité du caractère forcé de l'arbitrage TAS alors que ce n'est pas un « arbitrage imposé par la loi »<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Vol. 329, 2007.

<sup>49</sup> M. MAISONNEUVE, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », in F. LATTY, J.-M. MARMAYOU et J.-B. RACINE (dir.), *Sport et droit international (aspects choisis)*, PUAM, 2016, p. 305.

<sup>50</sup> Trib. com. Charleroi, 1<sup>re</sup> ch., 15 mai 2006, *SA Sporting du pays de Charleroi et G-14 c/ FIFA*, RG n° A/05/03843, *Rivista di diritto ed economica dello sport*, vol. 2, 2006, n° 2, p. 151. – Trib. com. du Hainaut, div. Charleroi, 19 janvier 2017, A/16/00141, *Lassana Diarra c/ URBSFA & FIFA*, *Rev. arb.*, 2017, n° 3, p. 1013, note M. MAISONNEUVE. – CA BRUXELLES, 29 août 2018, n° 2016/AR/2048, *Seraing FC et alii c/ URBSFA, FIFA et alii*, *Rev. arb.* 2018, p. 653, obs. S. BESSON ; *JDI* 2019, p. 298, obs. J. GUILLAUMÉ ; *LPA* n°242, 2019, note J.-M. MARMAYOU ; *Bull. TAS*, 2019, n° 1, p. 23, note S. DE DYCKER.

<sup>51</sup> Trib. supr. ch. contentieux adm., 5<sup>e</sup> sect., 25 avr. 2017, n° 708/2017, *Roberto Heras et Béjar & Barcycling Sports SL*, *Rev. arb.*, 2017, p. 1019, note J.-D. CRESPO PEREZ.

<sup>52</sup> Comme par exemple à Monaco, siège de l'IAAF : Trib. 1<sup>re</sup> instance, Monaco, 21 mars 2019, *Elvan Abeylegesse c/ IAAF*, *Rev. arb.* 2019-3, p. 903, note M. MAISONNEUVE. – Sur la question de l'admission des clauses TAS par référence, voir : C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, préc., spéc. n° 261.

<sup>53</sup> BGH, 7 juin 2016, *Pechstein c/ ISU*, KZR 6/15, *Cah. arb.* 2017/2, p. 367, obs. D. KÜHNER et A. CHAMIEH ; *Rev. arb.* 2016, n° 3, p. 908, note M. MAISONNEUVE.

<sup>54</sup> Cour EDH, 2 oct. 2018, n° 40575/10 et n° 67474/10, *Mutu et Pechstein c/ suisse*, *D. actu.* 16 oct. 2018, obs. N. NALEPA ; *JDI* 2019, comm. 8, p. 172, note J. GUILLAUMÉ ; *JCP G* 2018, 1391, note L. MILANO ; *RTD civ.* 2018, p. 850, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *LPA* n° 242, 2019, note J.-M. MARMAYOU ; *ASSER Research Paper* n° 192, 2018, p. 31, note F. LATTY ; *RTDH* 2019, p. 687, note M. MAISONNEUVE ; *JCP G* 2019, 32, n° 8, note F. SUDRE ; *D.* 2018, p. 2448, obs. T. CLAY ; *Bull. ASA*, 2019.117, obs. C. DOS SANTOS ; *Gaz. Pal.*, 19 mars 2019, p. 32, obs. D. BENSUADE ; *Rev. arb.* 2019, p. 914, note A. RIGOZZI.

<sup>55</sup> La Cour réservait auparavant la qualification d'arbitrage forcé (valable) aux seuls arbitrages imposés par la loi ce que n'est pas l'arbitrage TAS (Commission EDH, 12 oct. 1989, *Bramelid et Malmström c. Suède*, n° 8588/79 et 8589/79, Décisions et reports 29, p. 64. – Cour EDH, 28 oct. 2010, *Suda c. République Tchèque*, n° 1643/06, § 49. – Cour EDH, 1<sup>er</sup> mars 2016, *Tabbane c. Suisse* (déc.), n° 41069/12, § 26).

La primauté procédurale de l'arbitrage. Les règles de l'arbitrage international, issues de conventions internationales<sup>56</sup> et suivies par la quasi-totalité des États du monde, offrent une priorité, voire une exclusivité juridictionnelle à l'arbitrage. Le principe « compétence-compétence »<sup>57</sup> est en effet un des principes cardinaux de l'arbitrage international. C'est une règle permettant de résoudre le conflit de compétences entre la justice étatique et la justice privée qui donne *priorité* à l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence. Positivement, il autorise l'arbitre à statuer sur sa propre compétence. Négativement, il est censé interdire au juge étatique de juger de la compétence de l'arbitre si ce dernier a été au préalable saisi ou est saisi en parallèle. L'arbitre est donc l'autorité (privée) à qui est confié le soin, si la question se pose, de diriger le litige vers le système de justice, privé ou public, auquel il doit être soumis. Le juge étatique n'a qu'un rôle de contrôle *ex post*. Il n'interviendra, le cas échéant, qu'a posteriori pour vérifier si l'arbitre a correctement orienté le litige.

L'effet négatif du principe compétence-compétence n'est certes pas unanimement ni uniformément reçu dans le monde, les pays parties à la Convention de New York<sup>58</sup> n'ayant pas tous la même interprétation de son article II, alinéa 3<sup>59</sup>. Mais une grande majorité l'admet sans difficulté<sup>60</sup>, dont la France qui le consacre avec force à l'article 1448 du Code de procédure civile selon lequel : « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État,

<sup>56</sup> Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères signée à New York le 10 juin 1958. – Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Convention de Genève) 21 avril 1961. Loi type CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international.

<sup>57</sup> Sur ce principe, *ex multis* : N. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, préf. J.-B. RACINE, thèse Nice, PUAM, coll. IDA, 2013.

<sup>58</sup> [www.newyorkconvention.org](http://www.newyorkconvention.org)

<sup>59</sup> Dans certains pays, il est soutenu que l'article II, al. 3 n'autorise le juge étatique qu'à pratiquer un examen « *prima facie* » de la validité de la clause d'arbitrage. Dans d'autres pays, il est à l'inverse considéré que le juge étatique a la faculté, voire l'obligation d'examiner en détails le bien-fondé et la validité de la clause d'arbitrage. Voir à ce sujet une étude un peu datée : J.-F. POUCRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, Schulthess, LGDJ 2002 et des études plus récentes : E. GAILLARD, « Actualité de l'effet négatif de la compétence-compétence », in *Mélanges B. Ancel*, LGDJ, Iprolex 2018, p. 679. – G. BORN, *International commercial arbitration*, 3<sup>e</sup> éd. Kluwer Law international, 2021, p. 1139 et s. – La Belgique a par exemple une conception peu favorable à l'effet négatif du principe compétence-compétence : ex : Trib. com. Charleroi, 1<sup>er</sup> ch., 15 mai 2006, *SA Sporting du pays de Charleroi et G-14 c/ FIFA*, RG n° A/05/03843, *Rivista di diritto ed economica dello sport*, vol. 2, 2006, n° 2, p. 151. – Trib. com. du Hainaut, div. Charleroi, 19 janvier 2017, A/16/00141, *Lassana Diarra c/ URBSFA & FIFA*, *Rev. arb.*, 2017, n° 3, p. 1013, note M. MAISONNEUVE.

<sup>60</sup> Pour l'heure et sauf erreur de notre part, nous ne connaissons qu'un seul juge étatique qui n'ait pas été « impressionné » ni par une clause TAS ni par la Convention de Lugano de 1988 et ait pris l'initiative de mettre en œuvre des mesures provisoires destinées à faire cesser un comportement dénoncé comme attentatoire au droit UE de la concurrence : Ju. mercantil n° 17 de Madrid, 11 mai 2021 et Ju. mercantil n°17 de Madrid, 2 juill. 2021, NIG : 28.079.00.2-2021/0091553, *A22 sports management SL european Super League company S.L. c/ UEFA et FIFA*. Dans d'autres pays, à moins que la clause compromissoire TAS soit écartée pour invalidité (par ex : CA Bruxelles, 29 août 2018, n° 2016/AR/2048, *Seraing FC et alii c/URBSFA, FIFA et alii*, *Rev. arb.* 2018, p. 653, obs. S. BESSON ; *JDI* 2019, p. 298, obs. J. GUILLAUMÉ ; *LPA* n°242, 2019, note J.-M. MARMAYOU), elle aura pour effet de motiver une décision d'incompétence de la part du juge étatique au profit de l'arbitre (Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 juill. 2016, n°15-19521, *D.* 2016, p. 2589, obs. T. CLAY ; *LPA* 2017, n° 159, p. 7, obs. J.-M. MARMAYOU ; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 90, note J. GUILLAUMÉ ; *Procédures* 2016, 330, note L. WEILLER ; *Gaz. Pal.* 15 nov. 2016, n° 35, obs. D. BENSUADE. – BGH, 7 juin 2016, *Pechstein c/ ISU*, KZR 6/15, *Cah. arb.* 2017/2, p. 367, obs. D. KÜHNER et A. CHAMIEH ; *Rev. arb.* 2016, n° 3, p. 908, note M. MAISONNEUVE).

celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». Soutenu par une application restrictive prônée par la Cour de cassation<sup>61</sup>, cet effet négatif désactive le pouvoir d'examen du juge étatique saisi puisque, pour mesurer le caractère manifestement nul ou inapplicable de la convention d'arbitrage, il lui est interdit de procéder à « un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage »<sup>62</sup> et de conduire « une analyse complexe en fait et en droit du litige »<sup>63</sup>.

Sans pouvoir affirmer que les clauses compromissaires TAS sont systématiquement validées par la Cour de cassation<sup>64</sup>, il résulte de cette jurisprudence que la priorité de l'article 1448, qui ne se présente que comme une primauté procédurale, agit en réalité comme une primauté de fond car elle rend illusoire tout recours parallèle devant un juge étatique qui ne pourra ainsi pas immédiatement imposer son ordre public à une situation de litige qui aurait été réglée à son aune s'il avait été saisi. La force « auto-exécutoire » des sanctions sportives fera le reste puisque l'inutilité de fait de toute procédure de reconnaissance pour l'application des sentences dans l'ordre sportif enlèvera au juge de l'État le soin d'effectuer a posteriori le contrôle (de toute façon restreint) de la conformité de la sentence à l'ordre étatique. Il n'y a finalement que dans les cas où l'inarbitrabilité<sup>65</sup> du litige crèvera les yeux que le juge étatique pourra, s'il est saisi, bloquer le processus d'arbitrage et imposer son ordre public<sup>66</sup>. On ne saurait évidemment, par ailleurs, balayer le risque qu'un plein contentieux en responsabilité soit introduit mais ce risque est minime au regard de l'inadéquation des délais de traitement d'un tel contentieux avec l'urgence qu'implique un litige relatif, par exemple, à une interdiction d'accès à une compétition.

Seul, l'effet négatif du principe compétence-compétence ne permettrait pas une mise à l'écart complète de l'ordre impératif de l'État. Associé à la force auto-exécutoire des sanctions sportives et au fait que les clauses attributives de la compétence TAS ont bien souvent un caractère obligatoire par référence<sup>67</sup>, cet effet

<sup>61</sup> Voir par exemple, pour une clause TAS : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 oct. 2017, n° 16-24590 ; *D.* 2017, p. 2559, obs. T. CLAY ; *Cah. dr. sport* n° 49, 2018, p. 115, note J.-M. MARMAYOU.

<sup>62</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2006, n° 03-12034 ; *Bull. civ. I*, n° 287 ; *Rev. arb.* 2006, p. 945, note E. GAILLARD ; *JCP G*, 2006, I, 187, n° 7, obs. C. SERAGLINI ; *JDI* 2006, p. 1384, note A. MOURRE ; *D.* 2006, 1701.

<sup>63</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 février 2009, n° 08-10341 ; *Rev. arb.* 2009, p. 155, note F.-X. TRAIN ; *JCP*, 2009, I, 148, n° 6, obs. C. SERAGLINI ; *D.* 2009, 557, obs. X. DELPECH ; *D.* 2009, p. 2559, obs. T. CLAY.

<sup>64</sup> Pour un autre exemple : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juill. 2016, n° 15-19521, *préc.*

<sup>65</sup> Pour bloquer la priorité de l'arbitre, la loi d'ordre public ou de police doit impliquer une inarbitrabilité du litige et pas seulement une application impérative au litige. Ainsi, l'effet négatif joue bien que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige, fussent-elles constitutives d'une loi de police (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2010, n°09-14280, *Rev. arb.* 2010, p. 513, note R. DUPEYRÉ ; *D.* 2010, Pan. 2933, obs. T. CLAY).

<sup>66</sup> L'ordre public de droit social rend inarbitrable tout litige relatif à un contrat de travail de sorte qu'en matière prudhomale, l'effet négatif du principe compétence-compétence ne joue pas : Cass. soc., 30 nov. 2011, n°11-12905, *Rev. arb.* 2012, p. 333, note M. BOUCARON-NARDETTO ; *D.* 2012, Pan. 2991, obs. T. CLAY ; *RTD com.* 2012, p. 528, obs. É. LOQUIN.

<sup>67</sup> Les clauses attributives de la compétence TAS sont bien souvent enfouies dans une gangue de documents d'origines diverses et dont l'ordonnement ne se fait que par référence (indirecte) et à l'insu des sportifs concernés. Concrètement, il suffit à l'institution sportive de présenter au juge une clause d'arbitrage TAS quelconque en prétendant qu'elle oblige l'athlète pour contraindre le juge français à se déporter sur le fondement de l'article 1448 du Code de procédure civile.

négatif permet d'éviter presque systématiquement l'application de l'ordre public étatique.

Abdication du devoir autonome de critique. La *favor arbitrandum* des ordres étatiques en dehors de Suisse se révèle également par une sorte d'abandon de leur devoir autonome de critique par les diverses juridictions suprêmes européennes. Le mouvement a commencé avec la Commission européenne, autorité de concurrence de l'Union, qui dans la célèbre affaire *Meca Medina* s'en est rapportée à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>68</sup> pour délivrer à l'arbitrage TAS un brevet d'impartialité<sup>69</sup>. Il s'est poursuivi plus récemment en Allemagne où la Cour fédérale, dans l'affaire *Pechstein*<sup>70</sup>, a considéré que les liens existants entre le CIAS et les institutions sportives mondiales n'étaient pas de nature à exclure la qualification de tribunal arbitral neutre et indépendant rendant de véritables sentences arbitrales susceptibles d'être reconnues dans les ordres juridiques étatiques<sup>71</sup>. Plus étonnant et plus critiquable encore<sup>72</sup>, la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même, en 2018 dans l'affaire *Mutu et Pechstein c/ suisse*<sup>73</sup>, s'est contentée du même type de contrôle que celui pratiqué par le Tribunal fédéral suisse ou la Cour fédérale allemande. Certainement animé d'une même crainte de faire vaciller le système TAS, le Tribunal de l'Union européenne, dans son arrêt *ISU* de décembre 2020<sup>74</sup>, a « pris son tour de reniement » pour justifier de la légitimité du recours à un tel système d'arbitrage en s'en remettant à l'analyse de la Cour EDH qui s'en était elle-même rapportée à la position du Tribunal fédéral.

Comme l'a très justement remarqué Antoine Duval dans sa thèse, « la reconnaissance de l'indépendance du TAS par le Tribunal fédéral suisse lui confère une légitimité universelle. [...] elle libère les autres ordres juridiques de leur devoir

<sup>68</sup> Sur cette position pleine de mansuétude, voir le B.

<sup>69</sup> Comm. eur., 1<sup>er</sup> août 2002, aff. COMP/38158, *Meca Medina et Majcen c/ CIO*, spéc. § 66, p. 14 ([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38158/38158\\_28\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf)).

<sup>70</sup> BGH, 7 juin 2016, KZR 6/15, (arrêt traduit en anglais par le TAS : [www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Pechstein\\_ISU\\_translation\\_ENG\\_final.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Pechstein_ISU_translation_ENG_final.pdf)), *Cah. arb.* 2017/2, p. 367, obs. D. KÜHNER et A. CHAMIEH ; *Rev. arb.* 2016/3, p. 908, note M. MAISONNEUVE. – Adde : D. MAVROMATI, « The legality of the arbitration agreement in favour of CAS under German civil and competition law », *Bull. TAS* 2016/1, p. 27. – A. DUVAL, « The BGH's Pechstein decision : a surrealist ruling », *Asser international sports law blog* ([www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-bgh-s-pechstein-decision-a-surrealist-ruling](http://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-bgh-s-pechstein-decision-a-surrealist-ruling)).

<sup>71</sup> La Cour d'appel de Munich avait considéré à l'inverse que les institutions sportives prises dans leur ensemble, avaient une influence décisive, condamnable, dans le fonctionnement du TAS dont les sentences ne pouvaient dès lors se voir reconnaître la qualité de véritables sentences arbitrales (OLG München, 15 janv. 2015, Az. U1110/14 Kart, *C. Pechstein c/Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft e.V.*, *ISU*, *Rev. arb.* 2015, p. 909, chron. M. MAISONNEUVE ; *LPA* 2016, n° 132, p. 10, obs. J.-M. MARMAYOU ; *Concurrences* 2016/2, p. 226, obs. F. BIEN. – Adde : X. FAVRE-BULLE, « Pechstein v. Court of arbitration for sport: How can we break the ice? », in C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI (eds), *New Developments in International Commercial Arbitration*, CEMAJ, Schulthess, 2015, p. 328).

<sup>72</sup> Voir : J.-M. MARMAYOU (*LPA* n° 242, 2019), F. LATTY (*ASSER Research Paper* n° 192, 2018, p. 31), M. MAISONNEUVE (*RTDH* 2019, p. 687), F. SUDRE (*JCP G* 2019, 32, n° 8) et S. CECCALDI (« Procès équitable dans l'arbitrage sportif – Affaire Mutu et Pechstein c. Suisse : satisfécit pour le TAS ou cheval de Troie ? », *LDDS* n° 57, nov. 2018, p. 1 : [www.droitdusport.com](http://www.droitdusport.com)).

<sup>73</sup> Cour EDH, 2 oct. 2018, n° 40575/10 et n° 67474/10, *Mutu et Pechstein c/ suisse*, préc.

<sup>74</sup> Trib. UE, 16 décembre 2020, aff. T-93/18, *International Skating Union*, Europe 2021, comm. 67, obs. L. IDOT ; *JDI* 2/2021, p. 698, obs. M. CHAGNY ; *Concurrences* 1-2021, p. 119, obs. M. DEBROUX ; *Rev. arb.* 2021-3, p. 904, note J.-M. MARMAYOU.

critique, en servant de point de référence pour juger de la nécessité ou non de respecter les sentences du TAS »<sup>75</sup>.

L'abdication des hautes juridictions européennes donne ainsi à une faveur proprement suisse un retentissement international<sup>76</sup> non négligeable au service de l'autonomie de la justice sportive mondiale.

La combinaison des faveurs faites au système TAS aurait pu laisser les instances mondiales du sport dans un confort mou. Mais l'habitude a été prise au CIAS d'être attentif aux critiques voilées, aux coups de semonce, aux messages subliminaux. Il n'en découle pas un mouvement d'évolutions spectaculaires mais plutôt des corrections pointillistes dont certains, toujours plus nombreux, regrettent la parcimonie.

## II - LA CORRECTION DES FAVEURS FAITES AU SYSTÈME TAS

« Institution perfectible »<sup>77</sup>, le (système) TAS n'est pas un système figé car il est l'instrument d'une stratégie continue d'évitement. Mais c'est aussi un système mature et, paradoxalement, il doit aujourd'hui, pour conserver ses spécificités, sa légitimité et son efficacité comme organe suprême de la justice sportive internationale, non plus chercher à s'immiscer dans les espaces libres des ordres juridiques étatiques mais plutôt à en intégrer les principes les plus structurants. C'est ainsi au prix de la reconnaissance d'une « relevance » plus marquée que le système TAS, et avec lui l'ordre normatif sportif, conservera une forme d'autonomie par rapport à l'ordre juridique étatique. C'est le prix d'une coordination meilleure et moderne<sup>78</sup>.

Garantir, sur l'ensemble de la planète, une justice sportive uniforme, rapide et spécialisée pour tous les acteurs des compétitions sportives est une prétention légitime qui implique certainement d'admettre une dé-contractualisation de

<sup>75</sup> A. DUVAL, *La Lex Sportiva face au droit de l'Union européenne : guerre et paix dans l'espace juridique transnational*, Thèse European University Institute 2015, spéc. p.403.

<sup>76</sup> La mansuétude des juridictions du monde anglo-saxon à l'égard de la justice sportive est pareillement remarquable : D. YI, « Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal », *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289. – M. J MITTEN et H. OPIE, « Sports Law : Implications for the development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution », *Tulane Law Review*, Volume 85, n°2, 2010, p.269. – J.A.R. NAFZIGER, « Dispute Resolution in the Arena of International Sports Competition? », *The American Journal of Comparative Law*, Volume 50, 2002, p.161.

<sup>77</sup> Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 27 mai 2003, *Lazutina et Danilova c/CIO, FIS & TAS*, ATF 129 III 445 ; Bull. ASA, 2003, p.601 ; *JDI* 2003, p.1096, note A. PLANTEY ; *Rev. arb.* 2005, p.181, chron. P.-Y. TSCHANZ et I. FELLRATH GAZZINI ; *Gaz. Pal.* 2006, n°288, p.30, note A. Rigozzi ; *Bull. Cour Internat. arb. CCI*, 2007, p.83, note D. HASCHER ; *Rec. Sentences TAS*, vol. III, 2001-2003, Kluwer Law International, p.649.

<sup>78</sup> Sur les voies d'une coordination améliorée entre les ordres sportifs et étatiques, voir C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2020, spéc n°318 et s.

l'arbitrage TAS et de tolérer son caractère forcé<sup>79</sup>. L'ambition de l'ordre sportif à l'universalité, qui se concilie mal avec les exigences étriquées d'un droit national en particulier, nécessite évidemment d'admettre que les ordres publics étatiques ne soient pas pris en considération dans leur totalité. Que la justice sportive ne soit pas équivalente à celle offerte par les pouvoirs publics ; qu'elle souffre de quelques imperfections justifiées par ses particularités, tout le monde peut s'en accommoder. Mais il y a des limites. La combinaison des faveurs<sup>80</sup> faites à l'autonomie du système TAS paraîtra toujours excessive tant qu'elle ne sera pas compensée par une prise en compte et un contrôle plus intense des droits fondamentaux des justiciables du sport, par des garanties plus grandes offertes aux litigants.

Parmi toutes les imperfections du système TAS, certaines peuvent être aisément corrigées<sup>81</sup>. Quelques-unes, les plus techniques, peuvent l'être par le CIAS ; d'autres, plus fondamentales, par le Tribunal fédéral suisse dont on peut dire qu'il est un élément clef du système TAS.

## A – Les correctifs de la compétence du CIAS

Certaines des améliorations susceptibles d'être apportées au système TAS peuvent l'être directement par le CIAS. Il faut au demeurant lui reconnaître qu'il a lui-même, depuis quelques années maintenant, initié plusieurs évolutions intéressantes.

Il n'en reste pas moins que ces améliorations, louables, ont été faites à petits pas et souvent sous le feu de la critique. Elles donnent par ailleurs le sentiment d'avoir été concédées *a minima* alors que le rapprochement du système TAS des

<sup>79</sup> Presque unanimement reconnu en doctrine : 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. – A. PINNA, « The trials and tribulations of the court of arbitration for sport. Contributions to the study of the arbitration of disputes concerning disciplinary sanctions », in I. BLACKSHAW, R. SIEKMAN and J. SOE, *The Court of Arbitration for sport 1984-2004*, TMC Asser Press, 2006, p.399. – É. LOQUIN, *JDI* 2005, p.1310. – F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, préc., spéc. p.535 et s. – M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, spéc. p.208 et s. et p.292 et s. – F. BUY, « La clause compromissoire en matière sportive : un cas d'abus de dépendance », in *Mélanges J.-L. MOURALIS*, PUAM, 2011, p.69. – P. ZEN-RUFFINEN, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », in *Citius, Altius, Fortius, Mélanges D. Oswald*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2012, p.483, spéc. p.489 et s. – M. BOUCARON-NARDETTO et J.-B. RACINE, « L'apport du TAS au droit de l'arbitrage international », préc. – M. MAISONNEUVE, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », préc. – P. FRUMER, « L'arbitrage sportif, la lutte contre le dopage et le respect des droits fondamentaux des sportifs professionnels : une incertitude peu glorieuse », *RTDH* n°108, 2016, p.817. – La Cour EDH reconnaît ce caractère forcé (Cour EDH, 2 oct. 2018, n°40575/10 et n°67474/10, *Mutu et Pechstein c/Suisse*, préc.) et même le Tribunal fédéral suisse reconnaît le caractère contraint du consentement donné aux clauses compromissoire désignant le TAS : Trib. féd., 22 mars 2007, *Cañas*, ATF 133 III 235 ; *Gaz. Pal. (Cah. arb.)*, 17 juill. 2007, p.35, obs. A. PINNA.

<sup>80</sup> Plutôt que de faveurs Certains parlent d'excès : C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2020, spéc. n°177 et s.

<sup>81</sup> M. MAISONNEUVE, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », préc. – A. DUVAL, « Not in my name ! Claudia Pechstein and the post-consensual foundation of the Court of arbitration for sport », *Max Planck Institute Research Paper series*, n°2017-01.



standards d'une justice de qualité optimale impliquerait des transformations plus marquées<sup>82</sup>.

D'autant que la doctrine formule depuis longtemps des propositions pour améliorer le système TAS et en gommer les défauts les plus saillants, l'idée générale étant de donner aux compétiteurs justiciables, sportifs individuels comme clubs, des prérogatives supplémentaires propres à rétablir un peu d'équilibre face au poids des organisateurs institutionnels des compétitions quant à la composition des formations arbitrales, à la transparence du système et à son financement.

**Composition des formations arbitrales et défauts connexes.** – Dans le système TAS, les arbitres susceptibles d'être nommés par les parties dans les formations de jugement doivent nécessairement figurer sur une liste fermée établie par le CIAS<sup>83</sup>, étant précisé qu'il existe une liste spéciale d'arbitres pour le football ainsi qu'une liste spéciale pour la chambre anti-dopage et étant également précisé que le CIAS est majoritairement composé de personnes désignés par les instances gouvernementales du sport international<sup>84</sup>. Ajouté au fait que le président de la chambre d'appel du TAS, alors qu'il est membre du CIAS<sup>85</sup>, a un rôle considérable dans les procédures arbitrales et en particulier dans le choix du président de la formation de jugement<sup>86</sup>; que le directeur général du TAS qui dispose d'un pouvoir d'intervention significatif dans les procédures arbitrales<sup>87</sup> est nommé par le CIAS<sup>88</sup>; que le président de la chambre d'arbitrage ad hoc pour les Jeux olympiques est nécessairement choisi parmi les membres du CIAS<sup>89</sup>; que le CIAS conserve une forte influence pour trancher les questions de récusation et de révocation des arbitres<sup>90</sup>; qu'il peut créer des structures d'arbitrage régionales ou locales, permanentes ou *ad hoc*, y compris sur le site des centres d'audience alternatifs<sup>91</sup>; que le règlement du TAS rend irresponsables le TAS, ses arbitres, médiateurs et employés de même que le CIAS et ses membres des éventuels dommages subis par les utilisateurs<sup>92</sup>; tout cela peut légitimement nourrir dans l'esprit de sportifs ou de clubs opposés à des institutions fédérales ou olympiques un doute persistant quant à l'indépendance et l'impartialité des formations de jugement.

Ce n'est pas parce que le système de nomination des arbitres n'a pas été remis en cause par les diverses juridictions étatiques saisies qu'il demeure à l'abri des critiques. Bien au contraire, rares sont ceux en doctrine qui ont été convaincus par les décisions ayant considéré que le modèle adopté pour la justice arbitrale du sport

---

<sup>82</sup> Pourquoi ne pas aller, comme certains auteurs le proposent, vers une gestion paritaire du système TAS entre les organisations sportives et les Etats ? (M. MAISONNEUVE, « L'autonomie des ordres juridiques sportifs transnationaux. Le sport au cœur des rapports de systèmes », in *Traité des rapports entre ordres juridiques* (dir. B. BONNET), Lextenso Éditions 2016, p.1227. – C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2020, spéc. n°646 et s.)

<sup>83</sup> Art. R33, Code TAS.

<sup>84</sup> Art. S4, Code TAS.

<sup>85</sup> Art. S6, Code TAS.

<sup>86</sup> Art. R54, Code TAS.

<sup>87</sup> Art. R.32, R46 et R59, Code TAS.

<sup>88</sup> Art. S4, Code TAS.

<sup>89</sup> Art. 4, Règlement d'arbitrage pour les Jeux Olympiques.

<sup>90</sup> Art. S6, Code TAS.

<sup>91</sup> Art. S7, Code TAS.

<sup>92</sup> Art. R68, Code TAS.

garantissait suffisamment l'indépendance du TAS. Même si le CIAS a rénové son mode de composition sous l'impulsion d'une décision fort bien motivée de la Cour d'appel de Munich dans l'affaire *Pechstein*<sup>93</sup> ; même si la liste d'arbitres s'est considérablement élargie pour y accueillir désormais 382 personnes ; même si l'interdiction du « *double hating* » s'est renforcée pour englober les experts-arbitres au même rang que les avocats-arbitres<sup>94</sup> ; même si des commissions de nomination et de récusation ont été créées avec la volonté de diminuer l'influence des institutions sportives<sup>95</sup>, il reste des efforts à faire<sup>96</sup>.

Premièrement, les mécanismes de nomination des membres du CIAS pourraient encore être modifiés. Deux directions peuvent être prises à cet égard. En effet, des places supplémentaires pourraient être réservées à des membres nommés par les athlètes et une plus grande place encore pourrait être laissée à des personnalités totalement indépendantes, dont le renouvellement pourrait être plus fréquent<sup>97</sup>.

Deuxièmement, la question du rôle du président de la chambre d'appel du TAS (membre du CIAS) dans la désignation des présidents de formations et des arbitres uniques, mériterait aussi d'être abordée<sup>98</sup>. Mathieu MAISONNEUVE a par exemple émis l'idée, très intéressante, d'ouvrir la liste des arbitres et de composer une liste fermée de présidents « *au sein de laquelle seraient choisis les présidents de formation arbitrale, non pas librement mais à tour de rôle, sous réserve de leur disponibilité et de la langue de l'arbitrage* »<sup>99</sup>. Une autre idée pourrait être proposée qui serait de garder la liste fermée des arbitres tout en mettant en place un système de constitution des formations arbitrales piloté par une intelligence artificielle ?<sup>100</sup>

<sup>93</sup> OLG München, 15 janv. 2015, Az. U1110/14 Kart, *C. Pechstein c/ Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft e.V.*, *ISU, Rev. arb.* 2015, p.909, chron. M. MAISONNEUVE ; *LPA* 2016, n°132, p.10, obs. J.-M. MARMAYOU ; *Concurrences* 2016/2, p.226, obs. F. BIEN. – Adde : X. FAVRE-BULLE, « *Pechstein v. Court of arbitration for sport: How can we break the ice?* », in C. MÜLLER, S. BESSON et A. RIGOZZI (eds), *New Developments in International Commercial Arbitration*, CEMAJ, Schulthess, 2015, p.328.

<sup>94</sup> Art. S18, Code TAS modifié depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021 : « Les arbitres et médiateurs(-rices) du TAS ne peuvent pas agir comme conseil ou expert d'une partie devant le TAS ».

<sup>95</sup> Article S7, Code TAS modifié depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019 : « [...] La Commission de récusation, constituée d'un membre du CIAS ne faisant pas partie de la sélection effectuée par le CIO, les FI et l'ACNO et n'étant pas membre de l'un de ces organismes, qui exerce la fonction de Président(e) de la Commission, ainsi que des trois Président(e)s de Chambre et leurs suppléant(e)s, moins le/la Président(e) de la Chambre concernée par la procédure spécifique de récusation et son/sa suppléant(e), qui sont automatiquement disqualifié(s).[...] »

<sup>96</sup> A. PINNA, « Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport », préc. – M. Peltier, « Un arbitrage particulier : l'arbitrage des litiges sportifs », in *L'arbitrage. Questions contemporaines*, Y. STRICKLER et J.-B. RACINE (dir.), L'Harmattan, 2012, p.115. – P. ZEN-RUFFINEN, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », préc. – F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, préc. – M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, préc. – C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, préc.

<sup>97</sup> Ce n'est pas le choix fait lors de la dernière modification du code (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2022). En effet, si le nombre de membres du CIAS a été porté de 20 à 22, les deux membres supplémentaires doivent être nommés par l'Association des FI olympiques d'été (art. S4, Code TAS).

<sup>98</sup> M. MAISONNEUVE, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », préc. – A. DUVAL, « Not in my name ! Claudia Pechstein and the post-consensual foundation of the Court of arbitration for sport », *Max Planck Institute Research Paper series*, n°2017-01. – M. MAISONNEUVE, *RTDH* 2019, p.687, spec. p.703.

<sup>99</sup> M. MAISONNEUVE, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », préc.

<sup>100</sup> M.-A. SCHWING, « Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments », *Arbitration International* 2020, Issue 4, p.491.

Cela permettrait de régler le sort des « super-arbitres »<sup>101</sup> en empêchant qu'ils ne statuent dans des affaires où sont impliquées des institutions sportives qui avaient l'habitude de les nommer<sup>102</sup>. Autre voie, il pourrait être envisagé de laisser les parties choisir librement « leurs » arbitres<sup>103</sup>, charge à ces derniers de désigner sur une liste fermée la personne qui présidera la formation arbitrale. On rajoutera, que la publication et le maintien à jour par le CIAS d'une liste des arbitres mentionnant dans quelles affaires ils sont intervenus et par qui ils ont été nommés participerait d'une plus grande transparence du système et rendrait plus effectif le droit de récusation offert, pour l'heure a minima, aux parties.

Troisièmement, le rôle et la responsabilité du directeur général devraient être établis de manière plus claire et transparente. S'agissant de son rôle, le Code du TAS prévoit qu'avant la signature de la sentence, celle-ci lui soit transmise afin qu'il puisse le cas échéant « *procéder à des rectifications de pure forme et attirer l'attention de la Formation sur des questions de principe fondamentales* ». Cela nous a toujours paru problématique car aucune instance ne contrôle que sa relecture se limite à « des rectifications de pure forme » et on imagine mal qu'un désaccord profond entre un arbitre et le directeur général du TAS à propos du contenu d'une sentence puisse rester sans conséquence pour l'arbitre<sup>104</sup>. Sur le plan matériel, et à l'analyse du « rôle » du TAS, on conçoit que les délais toujours plus longs de restitution des sentences s'expliquent, en partie au moins, par cette étape de relecture. Comment le directeur général peut-il relire la masse toujours plus grande de sentences rendues sous l'égide du TAS, et ce désormais dans 3 langues au moins ? Les délais qui se rallongent seront-ils de nature à saper un des fondements justificatifs du recours à l'arbitrage dont on dit que sa célérité convient mieux au monde du sport ?<sup>105</sup> S'agissant de la responsabilité du directeur général du TAS, le changement est passé un peu inaperçu mais à la faveur d'une refonte du Code de

---

<sup>101</sup> F.-Z. SLAOUÏ, « The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification », *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration* 2009, Vol. 25, issue 1, p.103. – D. KAPELJUK, « The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Treaty Arbitrations », *Cornell Law Review* 2010, Vol. 96, Issue 1, p.47. – R. de VIETRI et K. DHARMANANDA, « Impartiality and the Issue of Repeat Arbitrators », *Journal of International Arbitration* 2011, Vol. 28, Issue 3, p.187. – M. RIVERA-LUPU et B. TIMMINS, « Repeat Appointment of Arbitrators by the Same Party or Counsel: A Brief Survey of Institutional Approaches and Decisions », *Revista del Club Español del Arbitraje* 2012, Vol. 2012, Issue 15, p.103. – W. KOH, « Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges », *Journal of International Arbitration* 2017, Vol. 34, Issue 4, p.711

<sup>102</sup> En l'état, ni le système de récusation prévu par le Code TAS (art. R34, Code TAS), ni la récente (nov. 2022) modification des règles de confirmation et de nominations des arbitres uniques et des présidents de panels qui incitent désormais le Président de la chambre à « prendre en compte les critères d'expertise, de disponibilité, de diversité, d'égalité et de rotation entre arbitres », ne semblent pouvoir régler cette difficulté. Sur cette question, voir J.-M. MARMAYOU, *in Rev. arb.* 2022/3, p.1141.

<sup>103</sup> Sans être limitées par une liste.

<sup>104</sup> Rappelons que Le Directeur Général du TAS « participe à la prise de décisions avec voix consultative et fonctionne comme Secrétaire du CIAS et exerce la haute surveillance sur les activités du Greffe du TAS » (art. S8, Code TAS), qu'il « participe à la prise de décisions avec voix consultative et fonctionne comme Secrétaire du Bureau [du CIAS] » (art. S10) et qu'il « statue sur toute requête visant à obtenir une première prolongation de délai n'excédant pas dix jours » (art. R.32).

<sup>105</sup> La rapidité était un des éléments du raisonnement de la Cour EDH dans l'affaire Pechstein et Mutu : Cour EDH, 2 oct. 2018, n°40575/10 et n°67474/10, *Mutu et Pechstein c/suisse, préc.*, spéc §78.

l'arbitrage en matière de sport le 1<sup>er</sup> juillet 2020<sup>106</sup>, le « *secrétaire général* », qui était un simple élément du Greffe du TAS sur lequel le CIAS exerçait sa « *haute surveillance* », est devenu « directeur général » et c'est lui qui exerce désormais « *la haute surveillance sur les activités du Greffe du TAS* ».

**Les règles de transparence.** – Le principe d'égalité des armes, principe central des garanties du procès équitable, postule la transparence de la *juris dictio*. Non seulement la transparence des règles applicables, mais encore la transparence des raisonnements suivis et la tenue publique des audiences. Si le TAS veut conserver sa légitimité, il doit se rapprocher de cette conception exigeante de la justice.

À cet égard, la publication des sentences rendues, dont on rappelle qu'elles contiennent une partie des règles de la *Lex sportiva*, représente un véritable point noir<sup>107</sup>. Certains répondront que le secret est consubstantiel à l'arbitrage mais ce serait un réflexe de commercialistes. Le système TAS est un arbitrage « institutionnel »<sup>108</sup> et il n'est pas acceptable que des parties d'habitude puissent avoir à disposition une collection de sentences non publiées tandis que leurs adversaires d'occasion ne peuvent les connaître, même après dépouillement du site internet du TAS, dont on regrette qu'il ne contienne même pas toutes les sentences « publiables ». Le faible taux de publication est un véritable problème, qui a certes ses implications financières, mais la fin mérite justement des moyens. Le Code d'arbitrage devrait à notre sens être modifié de sorte qu'un plus grand volet de sentences soient obligatoirement et rapidement rendues publiques<sup>109</sup>.

Une amélioration capitale à notre sens devrait toucher à la motivation des sentences. L'exercice d'écriture consubstantiel à l'expression d'une décision de justice n'est certes pas aisé et on peut comprendre la tentation d'user d'artifices rhétoriques pour se simplifier la tâche. Il ne faut pas que cela soit au prix d'un renoncement à la réflexion. Souvent, les sentences rendues par les formations TAS reprennent comme des mantras indiscutables les énoncés de sentences passées. Parfois, une citation de la sentence précédente suffit à poser le principe sans plus d'explications ni même de description. Il y a là un double défaut. Cela ne permet pas aux parties de comprendre les nuances du raisonnement suivi. Cela peut les laisser penser que leur cause n'a pas reçu l'attention intellectuelle qu'elle méritait. Quand il s'agit de sentence non publiée et inconnue d'une des parties, cela confine à la rupture d'égalité.

Une autre amélioration nécessaire concerne la publicité des audiences. On sait que depuis l'arrêt *Pechstein* de la Cour EDH ayant considéré que le refus d'une

<sup>106</sup> Pour le mesurer, lire les articles S6, 8° ; S8, 4° et S22 sur le document mettant en valeur les modifications apportées au 1<sup>er</sup> juillet 2020 : [www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Code\\_du\\_TAS\\_2020\\_FR\\_-\\_modifications\\_visibles.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_du_TAS_2020_FR_-_modifications_visibles.pdf).

<sup>107</sup> P. ZEN-RUFFINEN, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », *op. cit.*, spéc. pp.503, 504 et 536. – J. LINDHOLM, *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence. An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*, ASSER International Sports Law Series. T.M.C. Asser Press, 2019, spéc. p.119 et s. – A. DUVAL, « Time to go public ? The need for transparency at the Court of Arbitration for Sport », *ASSER Research Paper* 2020-07 ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3688340](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3688340)), aussi publié in *Yearbook of International Sports Arbitration* 2017, TMC Asser Press, Springer 2020, p.3.

<sup>108</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011.

<sup>109</sup> M. MAISONNEUVE, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », *préc.* – P. ZEN-RUFFINEN, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », *op. cit.*, spéc. pp.503, 504 et 536.

audience publique opposé à l'athlète dans une affaire où était en cause « *son honorabilité professionnelle et [...] son crédit* », constituait une violation de l'article 6§1 de la Convention EDH, le Code de l'arbitrage TAS a été corrigé. Mais la correction est minimale car le principe devant le TAS reste le huis-clos et la possibilité d'obtenir une audience publique est réservée aux seules personnes physiques pour des procédures de nature exclusivement disciplinaire et sous des conditions ouvertement restrictives<sup>110</sup>.

Enfin, dernière amélioration substantielle qui pourrait donner beaucoup d'oxygène à la justice internationale du sport : la publication des opinions dissidentes. Pour l'heure, les articles R46 et R59 du règlement d'arbitrage TAS disposent que « Les éventuelles opinions dissidentes ne sont pas reconnues par le TAS et ne sont pas notifiées ». C'est dommage ! Rendre justice est le fruit d'une dialectique ; le droit n'est pas une science exacte, la publication des opinions dissidentes ne diminue pas l'autorité des décisions, elle fortifie les esprits. Beaucoup parmi les plus grandes juridictions étatiques à travers le monde suivent cette pratique de transparence et leur crédit n'en est pas affecté, alors même que certaines évoluent dans un environnement de *stare decisis*.

**Les règles financières.** – L'arbitrage est un mode privé de justice ce qui pose la question de son financement et corrélativement de son coût pour les justiciables. Le système d'arbitrage TAS n'y fait pas exception, d'autant moins que les frais de procédures ont très sensiblement augmenté ces dix dernières années. Il faut rappeler à ce propos que la Cour EDH a reconnu le principe du recours à l'arbitrage TAS en pointant le fait que cette forme de justice était « économique »<sup>111</sup>. C'est un argument qui pourrait devenir clef pour contester le système à l'aune du droit d'accès au juge<sup>112</sup>.

S'agissant de son coût, on doit reconnaître que l'article 22 du règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques prévoit la gratuité de la procédure, hors « *frais d'avocats, d'experts, de témoins et d'interprètes* » et que l'article R65 du Code TAS prévoit un principe de gratuité pour les « *Appels contre des décisions rendues par des fédérations internationales dans le cadre d'affaires disciplinaires* »<sup>113</sup>. Mais ce dernier principe a un champ d'application minimaliste. En effet, outre le droit incompressible de greffe de 1000 CHF<sup>114</sup>, le principe de gratuité ne concerne que les procédures d'appel disciplinaire, catégorie dont sont explicitement exclues

<sup>110</sup> Encore est-il précisé que la « demande peut toutefois être refusée dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, lorsque la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice, lorsque la procédure ne porte que sur des questions de droit ou lorsqu'une audience publique a déjà eu lieu en première instance ».

<sup>111</sup> Cour EDH, 2 oct. 2018, n°40575/10 et n°67474/10, *Mutu et Pechstein c/suisse*, préc., spéc. §78.

<sup>112</sup> Saisi récemment par un cycliste professionnel condamné pour dopage d'un recours sur la base de l'insuffisance de l'assistance judiciaire prévue par le système TAS au regard du droit d'accès au juge, le Tribunal fédéral (Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 22 sept. 2021, 4A\_166/2021, *x c/ UCI*) a fait une nouvelle fois preuve d'une grande mansuétude pour considérer notamment que « *Auch mit seiner allgemeinen Kritik hinsichtlich der Finanzierung von Sachverständigengutachten im Rahmen des Schiedsverfahrens vor dem TAS vermag der Beschwerdeführer keine konkrete Verletzung des Gleichbehandlungs- und Gehörsanspruchs aufzuzeigen* ».

<sup>113</sup> L'article 22 du règlement d'arbitrage pour les Jeux olympiques prévoit la gratuité de la procédure, hors « *frais d'avocats, d'experts, de témoins et d'interprètes* ».

<sup>114</sup> Art. R65.2, Code TAS.

depuis une réforme du 1<sup>er</sup> janvier 2019 toutes les procédures d'appel « *contre des décisions relatives à des sanctions imposées conséquemment à un litige de nature économique* ». Or, la gratuité devrait être prévue pour toutes les hypothèses d'arbitrage forcé afin de protéger les sportifs présumés vulnérables<sup>115</sup>. Et le principe devrait aussi couvrir certains frais tels ceux d'interprétariat pour des parties qui n'auraient ni l'anglais, ni le français, ni l'espagnol en partage<sup>116</sup>. A tout le moins, il pourrait être prévu un barème financier relatifs aux frais d'arbitrage et aux honoraires des arbitres indexé sur les ressources des parties.

Les règles relatives au paiement de la provision pour frais constituent dans le système TAS un véritable obstacle à l'accès au juge. En effet, l'article R.64-2 prévoit que « L'avance de frais est versée à parts égales par la/les partie(s) demanderesse(s)/appelante(s) et la/les partie(s) défenderesse(s)/intimée(s). Si une partie ne verse pas sa part, une autre peut le faire à sa place ; en cas de non-paiement de la totalité de l'avance de frais dans le délai fixé par le TAS, la demande/déclaration d'appel est réputée retirée et le TAS met un terme à l'arbitrage ; cette disposition s'applique également mutatis mutandis aux éventuelles demandes reconventionnelles ». Or, la plupart des institutions sportives, au premier rang desquelles la FIFA, ont pris l'habitude, lorsqu'elles étaient intimées, de ne pas régler l'avance de frais, laissant à l'appelant le soin de la payer à sa place au risque de voir son recours irrecevable. Il y a là le germe, déjà bien développé, d'une justice censitaire à rebours de l'universalité brandie par les concepteurs du TAS.

Pour garantir encore mieux l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, les mécanismes d'assistance judiciaire mis en place par le CIAS<sup>117</sup> mériteraient d'être singulièrement élargis<sup>118</sup>. Comment peut-on se satisfaire qu'une telle assistance ne soit accordée qu'aux personnes physiques<sup>119</sup>, et encore sous des conditions terriblement drastiques, et somme toute assez opaques<sup>120</sup>, alors que le recours à l'arbitrage TAS ne relève pas toujours du consentement des litigants et qu'il est bien

<sup>115</sup> Proposition faite par F. LATTY, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport* n°192, 2018, p.31.

<sup>116</sup> L'article R65-3 du Code TAS prévoit que « Chaque partie paie les frais de ses propres témoins, expert(e)s ou interprètes ».

<sup>117</sup> Directives sur l'assistance judiciaire au TAS ([www.tas-cas.org/fr/arbitrage/assistance-judiciaire.html](http://www.tas-cas.org/fr/arbitrage/assistance-judiciaire.html)). Cette assistance peut avoir pour effet de « dispenser le requérant de payer les frais de la procédure ou une avance de frais » ; de permettre au requérant de « choisir un avocat pro bono » référencé par le TAS ; d'accorder au requérant un montant forfaitaire « afin de couvrir ses frais de voyage et de logement, ainsi que ceux de ses témoins, experts et interprètes [...] ainsi que les frais de voyage et de logement de l'avocat pro bono ».

<sup>118</sup> J.-M. MARMAYOU, note sous Trib. féd. Suisse, 1<sup>e</sup> cour de droit civil, arrêt 4A\_166/2021, 22 sept. 2021, in *Rev. arb.* 2022/3, p.1157. – M. MAISONNEUVE, « L'arbitrage TAS est-il menacé ? », *préc.*

<sup>119</sup> Pour une extension aux personnes morales, voir déjà M. PELTIER, note sous TAS, 11 avril 2014, 2012/A/2720, *FC Italia Nyon & D. c/ LA de l'ASF & ASF & FC Crans*, *Rev. arb.* 2014, p.681. Sur ce point, on doit toutefois noter que la Cour EDH n'a pas de position fixée, au prétexte « qu'au plan européen il n'existe pas de consensus ou du moins une tendance affirmée en matière d'octroi d'aide juridictionnelle. La législation d'un grand nombre d'Etats ne prévo[yant] pas le bénéfice de cette aide aux personnes morales, quel que soit leur but, commercial ou non lucratif » (voir not. Cour EDH, 5<sup>e</sup> sect., 26 août 2008, req. n°14565/04, *VP Diffusion Sarl c. France*. – Cour EDH, 5<sup>e</sup> sect., 22 mars 2012, req. n°19508/07, *Granos organicos nacionales c. Allemagne*).

<sup>120</sup> Selon l'article 5 des directives TAS « L'assistance judiciaire peut être accordée, sur requête motivée et accompagnée de toutes pièces justificatives utiles, à toute personne physique ne pouvant pas assumer les frais liés à la procédure sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et celui de sa famille ».

plus couteux que le recours aux juridictions ordinaires ?<sup>121</sup> A ce propos, on ne souligne pas assez que l'obtention d'une assistance judiciaire implique pour son attributaire, s'il est demandeur à l'instance, de prendre « *toutes les mesures nécessaires pour réduire ces frais, y compris en faisant la demande d'un arbitre unique* ». Autrement dit, la justice privée des indigents est une justice indigente d'où la collégialité est concrètement bannie. Sans parler du fait que le requérant est obligé de « choisir » un avocat *pro bono* sur une liste établie par le TAS.

Évidemment, ces mesures posent la question du financement du système. Malgré le brevet de conventionnalité donné par la Cour EDH<sup>122</sup> et le blanc-seing régulièrement donné par le Tribunal fédéral<sup>123</sup>, on peut légitimement penser que le financement du TAS mériterait d'être radicalement repensé pour éviter que le budget du CIAS-TAS ne dépende d'institutions sportives litigantes d'habitude<sup>124</sup>, telles la FIFA<sup>125</sup>, qui contribuent non seulement par une participation aux frais généraux du TAS mais qui règlent aussi les frais liés aux nombreuses procédures payantes auxquelles elles sont parties. Il pourrait par exemple être abondé par une redevance assise sur les revenus des droits audiovisuels de toutes les compétitions internationales dont les organisateurs et les participants sont soumis à la juridiction du TAS<sup>126</sup>. En tout état de cause, il nous paraît au moins indispensable que le budget et les comptes du CIAS soient publiés. Il fut longtemps opposé à cette position que le CIAS est une fondation à qui la loi suisse de son siège n'impose pas une telle publication. Mais si la loi suisse ne lui impose pas de publier ses comptes, elle ne lui interdit pas de faire œuvre de transparence ! C'est la moindre des choses pour une institution de justice et cela permet justement que ne prospère pas insidieusement un doute quant à son indépendance. Cette considération a enfin convaincu le CIAS qui a profité d'une refonte du Code de l'arbitrage en matière de sport pour s'engager à publier « *son rapport annuel tous les ans, incluant les états financiers révisés et son rapport de gestion détaillé* »<sup>127</sup>.

<sup>121</sup> A. RIGOZZI et F. ROBERT-TISSOT, « La pertinence du "consentement" dans l'arbitrage du Tribunal Arbitral du Sport », *Jusletter* 16 juillet 2012, n°16. – P. ZEN-RUFFINEN, « La nécessaire réforme du Tribunal arbitral du sport », *op. cit.*, spéc. p.487.

<sup>122</sup> Cour EDH, 2 oct. 2018, n°40575/10 et n°67474/10, *Mutu et Pechstein c/suisse*, préc.

<sup>123</sup> Voir par exemple, à propos de la FIFA : Trib. féd., 20 févr. 2018, 4A\_260/2017, *RFC Seraing c/ FIFA*, *Rev. arb.* 2018, p.653, n°3, spéc. p.668, obs. M. MAISONNEUVE

<sup>124</sup> Comme l'écrit M. MAISONNEUVE « Pour le Tribunal fédéral, la volonté prêtée aux arbitres et employés du TAS de chercher à favoriser un important contributeur afin de ne pas le perdre ne se déduit pas budgétairement ; elle doit se prouver concrètement » (*Rev. arb.* 2018, p.653, n°3, spéc. p.670). Mais rien n'oblige à suivre le raisonnement du Tribunal fédéral. Dans le cadre d'un arbitrage forcé, les apparences doivent compter et le doute qu'elles peuvent faire naître dans l'esprit d'une partie doit être levé avec la participation active de l'institution et non sur la base d'un simple déni.

<sup>125</sup> G. PALERMO et A. SOKOLOVSKAYA, « Independence of CAS vis-à-vis its Funders and Repeat Users of its Services », *Kluwer Arbitration Blog*, 25 mai 2018 (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/05/25/independence-cas-vis-vis-fundersrepeat-users-services/>).

<sup>126</sup> A. VAITIEKUNAS, *The Court of Arbitration for sport : Law-making and the question of independence*, Thèse Melbourne Law school 2013, publiée par Stämpfli, 2014.

<sup>127</sup> Art. S6, §6.4 nouveau, Code TAS.

## B – Les correctifs de la compétence du Tribunal fédéral

On sait le Tribunal fédéral suisse soucieux de l'attractivité de la place arbitrale suisse et singulièrement de la place lausannoise qui en fait la capitale mondiale du sport, au moins olympique. Il reflète l'expression, à travers les solutions juridiques qu'il porte, d'une prise de position politique<sup>128</sup> et économique de la Confédération helvétique<sup>129</sup>. C'est une position légitime. Mais s'il est légitime pour un État de rendre attractive sa place arbitrale, cela ne devrait pas être au prix d'une diminution des garanties du procès équitable et de la prééminence de droits jugés fondamentaux dans la grande majorité des États de droit. Que les spécificités d'un secteur comme le sport justifient quelques entorses aux principes de droit commun, comme le recours forcé à un mode arbitral de règlement des litiges, cela peut se concevoir et cela a été finalement admis. Mais aussi légitime soit-elle, cette position ne peut être sans limite pour un État partie à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ; la Suisse l'est. En effet, le respect des engagements pris au titre de la ratification de la Convention ne devrait pas permettre que la simple satisfaction des besoins économiques d'un État se fasse par la pérennisation d'un système d'arbitrage concrètement hors du contrôle étatique. Cela ouvrirait la porte à un dumping délétère pour les justiciables. C'est pourtant le résultat auquel aboutit l'organisation du système TAS, par le rôle qu'y tient le Tribunal fédéral, avec la complicité regrettable de la Cour EDH<sup>130</sup> et du TUE qui, alors que toutes les conditions d'un contrôle approfondi de leur part étaient réunies, ont abandonné leur pouvoir autonome d'examen pour s'en remettre à l'analyse, que l'on peut qualifier de « partielle », du Tribunal fédéral suisse.

On peut comprendre que l'universalité de la justice des compétitions sportives implique de mettre à l'écart des dispositions d'ordre public étatique trop marquée par un caractère spécifique à tel ou et Etat. La justice internationale du sport doit être mise à l'abri des divergences territoriales. Mais justement, lorsque se pose la question de l'application de corpus étatiques transnationaux, de dispositions reflétant un ordre public supra-étatique, l'argument d'universalité perd de sa légitimité. Par exemple, l'ordre public de l'Union européenne (qu'il vise la libre concurrence ou les libertés de circulation) constitue un ordre public applicable au titre de la *lex causae* à tous les litiges mettant aux prises des parties ayant leurs intérêts sur le territoire de l'Union. De même, l'ordre public du conseil de l'Europe, exprimé dans la Convention EDH<sup>131</sup>, mérite d'être appliqué par les arbitres du TAS au titre de la *lex causae* à tous les litiges mettant aux prises des parties ayant leurs intérêts sur le territoire d'un Etat partie à ladite convention.

La quasi-absence de contrôle au fond des sentences arbitrales rendues sous l'égide du TAS est critiquable et fréquemment critiquée, d'autant que la justification

<sup>128</sup> F. LATTY, « Les politiques des États à l'égard des tribunaux arbitraux : le cas du Tribunal arbitral du sport », in *Les États face aux juridictions internationales – Une analyse des politiques étatiques relatives aux juges internationaux* (dir. F. COUVEINHES et R. NOLLEZ-GOLDBACH), Pedone 2019, p.239.

<sup>129</sup> S. BESSON, « Le recours contre la sentence en droit suisse », *Rev. arb.* 2018-1, p.99 et spéc. n°14 et s. p.103.

<sup>130</sup> Cour EDH, 2 oct. 2018, n°40575/10 et n°67474/10, *Mutu et Pechstein c/ suisse*, préc.

<sup>131</sup> M. MAISONNEUVE, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *RLDF* 2017, chron. 9 et *Cah. dr. sport* n°47, 2017, p.45.



du contrôle minimal de la justice arbitrale internationale ne repose que sur le fondement d'une renonciation volontaire des parties litigantes à recourir à la justice des juridictions étatiques ordinaires. Or, en matière sportive, le recours à la justice arbitrale a un caractère institutionnel plus qu'un fondement contractuel<sup>132</sup>. Il est forcé et non pas consenti.

Cela convaincra-t-il le Tribunal fédéral d'opérer un contrôle moins superficiel, un contrôle à l'aune d'une conception plus dense de l'ordre public, suisse et éventuellement européen<sup>133</sup>, un contrôle plus sensible des sentences rendues par les formations du TAS ? Nous le souhaitons, comme tant d'autres nous l'espérons<sup>134</sup>, afin que les athlètes et clubs aient au moins le sentiment que leurs droits fondamentaux ne sont pas ignorés dans leur sphère d'activité sportive. Malheureusement, cet espoir, qui avait été un peu renforcé avec la décision *Pechstein* de la Cour EDH<sup>135</sup>, a été froidement douché par le Tribunal fédéral qui n'a pas hésité, quelques mois à peine après la décision européenne, à réaffirmer à propos de l'affaire *Caster Semenya*, sa jurisprudence selon laquelle « *la Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique pas directement à l'arbitrage. En effet, la violation des dispositions de cette convention ne compte pas au nombre des griefs limitativement énumérés par l'art. 190 al. 2 LDIP* »<sup>136</sup>.

C'est d'autant plus regrettable que le Tribunal fédéral a déjà pu montrer qu'il savait contrebalancer le caractère forcé de l'arbitrage sportif par un renforcement de ses positions libérales habituelles. Le meilleur exemple en est qu'il prend soin depuis longtemps d'interdire que les clauses d'arbitrage TAS par référence ne soient associées à une clause de non-recours<sup>137</sup>.

On ne peut donc qu'encourager à nouveau le Tribunal fédéral suisse à évoluer pour élever sa conception de l'ordre public tout en diminuant le niveau d'atteinte permettant de conclure à une violation de l'ordre public<sup>138</sup>. Il pourrait, comme il l'a fait sur d'autres points, inciter le TAS et ses formations à intégrer au cœur même de la *Lex sportiva* un corpus de règles inspirées des libertés et droits considérés comme les plus fondamentaux dans les ordres juridiques étatiques, en faisant en sorte de ne pas choisir le plus petit dénominateur commun, mais en adoptant une conception

<sup>132</sup> Les participants n'ont factuellement pas le choix de refuser une clause d'arbitrage TAS et dans certains cas, ils ont juridiquement l'obligation d'y souscrire. Voir M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs, préc.*, n°732.

<sup>133</sup> A. DUVAL, « The court of arbitration for sport and EU law. Chronicle of an encounter », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, Issue 2, 2015, p.224. – G. SIMON, « Arbitrage et ordre public sportif », in *Ordre public et arbitrage*, trav. CREDIMI, n°42, (dir. É. LOQUIN et S. MANCIAUX), LexisNexis, 2014, p.129.

<sup>134</sup> A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport, préc.*, p.732. – M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs, préc.*, n°1083 et s. – M. MAISONNEUVE, *Rev. arb.* 2017-3, p.1056. – C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques, op. cit.*, spéc. n°456.

<sup>135</sup> Rappelons qu'elle a affirmé que les garanties du procès équitable de l'article 6§1 de la Convention EDH étaient applicables aux procédures TAS ; applicabilité des garanties procédurales qui laisse augurer d'une applicabilité corrélatrice des garanties substantielles de la Convention.

<sup>136</sup> Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 29 juillet 2019, 4A\_248/2019, *Rev. arb.* 2019/3, p.941

<sup>137</sup> Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour dr. civil, 22 mars 2007, *G. Cañas c/ATP Tour et TAS*, 4P.172/2006, ATF 133 III 235 ; *Bull ASA* 2007, p.592 ; *Gaz. Pal.* 13-17 juill. 2007, p.35, obs. A. PINNA ; *Gaz. Pal.* 28-29 mars 2008, p.45, note P.-Y. GUNTER ; *Cah. dr. sport* n°8, 2007, p.43, note F. BUY ; *Rev. arb.* 2008, p.570, obs. M. MAISONNEUVE ; *LPA*, 1<sup>er</sup> oct. 2007, p.7, obs. J.-M. MARMAYOU.

<sup>138</sup> M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, spéc. n°1089 et s.

élevée. La charte olympique elle-même pourrait en constituer le fondement de ce renforcement :

« [...] *l'Olympisme se veut créateur d'un style de vie fondé sur la joie dans l'effort, la valeur éducative du bon exemple, la responsabilité sociale et le respect des principes éthiques fondamentaux universels* ».

L'arbitrage est une faveur que les États concèdent. Il est logique que cette faveur ne soit pas dévoyée au service d'un comportement contraire aux intérêts des justiciables quand ces derniers n'ont pas exprimé de manière univoque le choix de renoncer aux droits qu'ils tirent de l'ordre juridique ordinaire étatique.