



HAL
open science

De l'indépendance des super-arbitres du TAS (Note sous Tribunal fédéral, arrêt 4A_520/2021 04.03.2022 du 4 mars 2022, A. c/ FIFA)

Jean-Michel Marmayou

► To cite this version:

Jean-Michel Marmayou. De l'indépendance des super-arbitres du TAS (Note sous Tribunal fédéral, arrêt 4A_520/2021 04.03.2022 du 4 mars 2022, A. c/ FIFA). *Revue de l'arbitrage*, 2022, 3, pp.1141. hal-04409826

HAL Id: hal-04409826

<https://amu.hal.science/hal-04409826>

Submitted on 22 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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

De l'indépendance des super-arbitres du TAS

Revue de l'arbitrage 2022, n°3, pp.1141-1150

Par Jean-Michel Marmayou

Note sous Tribunal fédéral, arrêt 4A_520/2021 04.03.2022 du 4 mars 2022, A. c/ FIFA

Mots clefs : Super-arbitres – Désignations d'habitude – Indépendance et impartialité des arbitres

La question des « super-arbitres » n'est pas propre à l'arbitrage TAS. Elle est presque consubstantielle à cette justice privée d'élite qu'est l'arbitrage où la réputation se construit de la répétition. Évidemment, dans un milieu aussi restreint que l'arbitrage sportif, enserré qu'il est par une liste fermée d'arbitres, la question des super-arbitres prend une importance considérable¹. L'arrêt du Tribunal fédéral suisse rendu le 4 mars 2022 à propos d'une des ramifications de l'affaire du FIFA-Gate permet de s'en rendre à nouveau compte et, à notre avis, de mesurer un peu mieux une des lacunes du Code de procédure TAS.

I – L'affaire

La sentence critiquée devant le Tribunal fédéral en l'espèce mettait aux prises, d'un côté, Monsieur A., un ancien cacique de la FIFA et de la *Confederación Sudamericana de Fútbol* (CONMEBOL) impliqué dans le système de corruption concernant la vente de droits relatifs à plusieurs compétitions de football et, de l'autre côté, la FIFA elle-même, dont la commission d'éthique avait reconnu le premier, coupable de plusieurs violations de son Code d'éthique, y compris de corruption, et l'avait condamné à une amende de 1 million de francs suisse et à une interdiction à vie et mondiale de toute activité liée au football.

Monsieur A. avait interjeté appel de cette décision auprès du TAS et dans son appel il avait nommé Martin Schimke comme arbitre. La FIFA avait pour sa part nommé Massimo Coccia. N'ayant finalement pas réussi à trouver un terrain d'entente s'agissant de la nomination du président du panel, c'est le TAS qui s'en était chargé conformément l'article R54 du Code TAS. Il avait ainsi avisé les parties que la Formation serait présidée par Mark Hovell. Il est à noter en passant que le Tribunal fédéral lui-même a décidé de rendre public le nom des arbitres concernés par cette procédure (voir déjà : Trib féd., arrêt 4A_234/2010 du 29 oct. 2010, BGE 136 III 605) alors qu'il suit pour l'arbitrage commercial une politique d'anonymat (par ex. : Trib féd., arrêt 4A_462/2021 du 7 févr. 2022).

Dans le cadre de sa désignation institutionnelle, Mark Hovell avait, le 23 juillet 2019, déposé une déclaration d'indépendance (déclaration n°1) dans laquelle il révélait qu'il était président d'une autre formation TAS traitant d'une affaire en cours impliquant la FIFA. Après une première audience durant laquelle furent requises des déclarations actualisées d'indépendance,

¹ Pour une analyse statistique, cf. J. Lindholm, *The Court of arbitration for sport and its jurisprudence. An empirical inquiry into Lex sportiva*, Springer – Asser Press, ASSER international sports law series, 2019, spéc. pp.240-250

le TAS avait, le 16 octobre 2020, transmis aux parties un document mis à jour par Mark Hovell (déclaration n°2) faisant état d'une liste de 10 procédures auxquelles la FIFA était partie et révélant que son cabinet d'avocats avait récemment conseillé la FIFA sur une question concernant le RGPD. Après une nouvelle demande d'actualisation et même un début de procédure de récusation, Mark Hovell révélait aux parties, le 27 octobre 2020, des informations complémentaires pour préciser (déclaration n°3) qu'il avait été nommé arbitre au cours des trois années précédentes dans 16 autres procédures auxquelles la FIFA était partie. Convaincu de la partialité du président du panel, Monsieur A. formula, le 3 novembre 2020, une demande de récusation, que la Commission de récusation du CIAS rejeta.

Le panel présidé par Mark Hovell rendit ainsi sa sentence le 31 août 2021 aux termes de laquelle, reconnu coupable des violations alléguées, Monsieur A. obtint néanmoins une réduction à 20 ans de la durée de l'interdiction d'activité liée au football.

C'est dans ces conditions que Monsieur A. a formé un recours en matière civile aux fins d'obtenir du Tribunal fédéral l'annulation de ladite sentence en faisant valoir, notamment, que Mark Hovell, président du panel, manquait d'indépendance et d'impartialité et que de ce fait le tribunal arbitral avait été irrégulièrement constitué en violation de l'article 190 al. 2 let. a de la LDIP. Il reprochait plus précisément à l'arbitre président d'avoir enfreint volontairement et de manière répétée son devoir de révélation, en ne divulguant notamment pas une circonstance figurant dans la liste orange des lignes directrices de l'*International Bar Association* (IBA) (art. 3.1.3), à savoir le fait qu'il avait été nommé à deux reprises ou plus comme arbitre par la FIFA au cours des trois dernières années ce qui selon lui constituait en soi une circonstance de nature à justifier une récusation.

Le Tribunal fédéral, fidèle à la bienveillance qu'il accorde au TAS, rejette le recours au terme d'un raisonnement formellement convaincant mais dont le laconisme et la généralité suscitent la critique (qui se veut constructive).

Analysant dans un premier temps la recevabilité de la demande de récusation, le tribunal rappelle sa jurisprudence, désormais bien ancrée, selon laquelle, si les arbitres ont une obligation de révélation, les parties et leurs conseils ont un devoir de curiosité². Autrement dit, le contrôle de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres ne repose pas exclusivement sur leurs déclarations auxquelles les parties ne doivent pas se fier mais relève aussi des informations qu'elles peuvent trouver et qu'elles doivent chercher. Au titre des informations comprises dans ce devoir de curiosité, le Tribunal fédéral réitère sa position (Arrêt 4A_110/2012 du 9 oct. 2012, *X. c/ UCI et fédération Z.* : *Rev. arb.* 2013.802, note M. Peltier) pour dire que les connaissances du conseil mandaté par la partie sont attribuables à la partie elle-même. Et justement en l'espèce, il relève que « *le conseil qui représentait le recourant devant le TAS a eu connaissance, dès le 2 octobre 2020, du fait que l'arbitre incriminé avait été désigné dans d'autres procédures auxquelles était partie l'intimée et de la circonstance selon laquelle l'étude d'avocats dans lequel ce dernier exerce ses activités avait conseillé l'intimée en matière de protection des données, dès lors que ces informations avaient été divulguées par l'arbitre mis en cause dans le cadre d'autres procédures arbitrales impliquant le mandataire du recourant* ».

La connaissance par l'avocat du recourant d'un éventuel motif de récusation du président étant établie, le tribunal en déduit que le recourant aurait dû solliciter la récusation de celui-ci dans

² Sur ce dernier, on peut lire les développements récents de l'affaire Sun Yang : arrêt 4A_318/2020 du 22 décembre 2020, *Sun Yang c/ AMA & FINA* : *Cah. dr. sport* n°57, 2021, p. 104, note M. Maisonneuve ; *Rev. arb.* 2021.913 ; *Cah. dr. sport* n°60, 2022, p.131, note A. Da Silva ; D. 2021.2272, obs. T. Clay. – *Adde* : C. Debourg et E. Teynier, « *Exception de notoriété et obligation de curiosité* », *Rev. arb.* 2022.99.

le délai de sept jours fixé par l'article R34 du Code TAS ou « *à tout le moins, pour remplir son devoir de curiosité, qu'il demande formellement au TAS, dans le respect dudit délai, des précisions complémentaires au sujet des circonstances révélées par l'arbitre* ».

En l'occurrence, le Tribunal fédéral considère qu'il est établi que le recourant a attendu, sans raison valable, la fin de l'audience tenue le 13 octobre 2020, soit 11 jours plus tard, avant de demander aux membres de la Formation de compléter leurs déclarations d'indépendance. Dans ces conditions, il déclare le recourant forclos à remettre en cause la régularité de la composition de la Formation.

Il n'en décide pas moins d'analyser le caractère mal fondé du moyen qu'il vient de déclarer irrecevable. Pour asseoir sa décision, le tribunal rappelle que les garanties d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre s'apprécient par référence aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques en ayant égard, toutefois, aux spécificités de l'arbitrage, surtout dans le domaine de l'arbitrage international, lors de l'examen des circonstances du cas concret. Or justement, la garantie d'un tribunal indépendant et impartial découlant de l'article 30 al. 1 de la Constitution fédérale suisse permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à susciter des doutes quant à son impartialité. Selon le Tribunal fédéral, cette garantie « *n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du juge est établie, car une disposition relevant du for intérieur ne peut guère être prouvée ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Cependant, seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives* ».

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite le contenu des lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par l'IBA dans leur version de 2014. Sa présentation synthétique consiste surtout à mettre en avant les trois listes de cas visées par les lignes directrices. La liste rouge des situations dans lesquelles il existe un doute légitime quant à l'indépendance et l'impartialité ; certaines, les plus graves d'entre elles, n'étant pas susceptibles de renonciation par les parties. La liste orange des situations intermédiaires devant être révélées mais ne justifiant pas nécessairement une récusation. La liste verte des situations spécifiques n'engendrant objectivement pas de conflit d'intérêts et que les arbitres ne sont pas tenus de révéler. Reconnaisant explicitement, malgré leur origine privée, que ses lignes directrices méritent d'être prises en considération, il s'emploie à les désactiver en insistant sur le fait que les circonstances du cas concret resteront toujours décisives pour trancher la question du conflit d'intérêts.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral reconnaît que l'arbitre mis en cause n'avait pas correctement suivi les lignes directrices de l'IBA en ce qu'il n'avait révélé que ses nominations pour des affaires en cours et n'avait pas de lui-même actualisé sa déclaration de neutralité. Il le dédouane pourtant en deux temps. Premièrement, la pratique critiquée, « *certes inappropriée et contraire aux exigences liées au devoir de révélation* », n'était pas selon le tribunal le fruit d'une volonté délibérée de l'intéressé de dissimuler certaines informations aux parties qui ont au demeurant fini par obtenir toutes les précisions complémentaires demandées. Deuxièmement, les informations non révélées dans les premières déclarations ne pouvaient pas aux yeux du tribunal justifier une récusation. S'appuyant sur les faits constatés par la Commission de récusation du CIAS, le Tribunal fédéral estime que si l'arbitre incriminé a siégé dans 26 procédures auxquelles était partie la FIFA au cours des trois années précédant sa désignation en qualité de Président du panel arbitral litigieux, seules les procédures dans lesquelles l'arbitre mis en cause a été désigné par la FIFA et non par une partie adverse ou par le TAS devaient

être comptabilisées au titre des circonstances de nature à éveiller des doutes quant à son impartialité. Or en l'occurrence, Mark Hovell n'a été nommé qu'à trois reprises par la FIFA directement (ou par l'une de ses co-intimées) au cours des trois années précédant sa nomination par le TAS dans le panel en cause. Le Tribunal fédéral reconnaît que cette situation « *pourrait, à première vue, susciter certaines interrogations au regard de l'art. 3.1.3 des lignes directrices IBA* » mais il rappelle que « *l'arbitrage en matière de sport institué par le TAS présente des particularités qui ont déjà été mises en évidence par ailleurs (ATF 129 III 445 consid. 4.2.2.2), telle la liste fermée d'arbitres* » et que la « *note explicative 5 relative à l'art. 3.1.3 des lignes directrices IBA tient compte du reste de ces spécificités puisqu'elle mentionne qu'il peut être fait abstraction du critère formel relatif au nombre de nominations d'un arbitre dans certains domaines particuliers tel l'arbitrage sportif* ». Ayant par ailleurs précisé que la FIFA avait « *pris part à plus de quatre cents procédures devant le TAS au cours des trois années précédant la nomination de l'arbitre Hovell dans la présente cause, ce qui signifie qu'elle a nécessairement dû désigner à plusieurs reprises les mêmes arbitres* », le tribunal conclut « *eu égard aux spécificités de l'arbitrage sportif, force est ainsi d'admettre que la désignation de l'arbitre Hovell par l'intimée, au cours de la période considérée, dans trois affaires ne présentant aucun lien avec la présente procédure, n'est, en l'absence d'autres circonstances corroboratives, pas de nature à éveiller des doutes légitimes quant à l'impartialité ou à l'indépendance dudit arbitre* ».

II – Le problème des « repeat arbitrators »

Nul besoin de redire que l'impartialité et l'indépendance des tribunaux arbitraux est *La* grande question, presque ontologique, de l'arbitrage, et surtout qu'elle est et doit rester toujours ouverte (K. el Chazli, *L'impartialité de l'arbitre. Étude de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité de l'arbitre*, Bibl. dr. privé, tome 604, LGDJ, 2020). C'est une question à laquelle le système TAS est évidemment confronté sachant qu'elle se pose pour lui de deux manières : sur le plan structurel pour savoir si le système TAS est un système indépendant et impartial ; sur le plan individuel, pour savoir si chacun des arbitres nommés dans les panels TAS et chaque panel TAS sont ou non suffisamment neutres pour exercer légitimement un pouvoir juridictionnel privé. L'indépendance structurelle du TAS est un élément indispensable à la qualification d'arbitrage et c'est une question toujours ouverte quoiqu'on pense des décisions récentes de la Cour EDH³. La question de l'indépendance personnelle, ou individuelle, de la formation arbitrale est, elle, une condition de validité de la sentence rendue.

À ce titre, une discussion fréquente relative à la neutralité des arbitres concerne les désignations d'habitude ou ce que les anglais dénomment les « *repeat arbitrators* »⁴. Le système TAS étant

³ Cour EDH, 2 oct. 2018, n°40575/10 et n°67474/10, *Mutu et Pechstein c/ suisse* : JDI 2019, comm. 8, p.172, note J. Guillaumé ; JCP G 2018, 1391, note L. Milano ; RTD civ. 2018, p.850, obs. J.-P. Marguénaud ; LPA n°242, 2019, note J.-M. Marmayou ; Jurisport n°192, 2018, p.31, note F. Latty ; RTDH 2019, p.687, note M. Maisonneuve ; JCP G 2019, 32, n°8, note F. Sudre ; Rev. arb., 2019.914, note A. Rigozzi) ou de la Cour fédérale allemande (BGH, 7 juin 2016, *Pechstein c/ ISU*, KZR 6/15 : Cah. arb. 2017/2, p.367, obs. D. Kühner et A. Chamieh ; Rev. arb. 2016.908, note M. Maisonneuve).

⁴ F.-Z. Slaoui, « *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. Kapeliuk, « *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*

un arbitrage institutionnel sectoriel, construit sur la base d'une liste fermée d'arbitres, il est même étonnant que cette discussion ne soit pas plus fréquente devant le Tribunal fédéral. On se souvient cela dit que le cycliste Floyd Landis avait soulevé, devant la *California Central District Court* (California Central District Court, Case No. 2:08-cv-06330. – Cf. : www.espn.com/olympics/cycling/news/story?id=3611019), un moyen aux termes duquel il reprochait aux arbitres d'un panel TAS l'ayant condamné pour dopage (TAS 2007/A/1394, *Floyd Landis c/ USADA*, sentence du 30 juin 2008) de n'avoir pas révélé les conflits d'intérêts liés à leurs nominations répétées par l'Union cycliste internationale (UCI) et l'Agence antidopage américaine (USADA).

Le thème mériterait à notre avis une vraie mise à plat de sorte que les spécificités de l'arbitrage TAS soient effectivement définies et que les hypothèses impliquant une obligation de révélation ainsi que celles justifiant une récusation soient clairement fixées en tenant compte justement des spécificités reconnues de l'arbitrage international dans le sport.

Toute personne ayant participé de près ou de loin à la désignation d'un arbitre, et corrélativement à l'éventuelle récusation des autres arbitres, sait que ce choix, même contraint par une liste fermée est déterminé par la capacité (supposée) de la personne choisie à admettre les arguments fondant la position défendue par la partie litigante voire à soutenir cette position pour la faire primer contre une solution différente. Dans un monde idéal, on peut vouloir nommer un arbitre pour sa stricte indépendance et son impartialité sans faille mais on fera toujours bien attention à ce que la partie adverse en fasse de même. Sans parler de soupçon, la prudence commande le doute et implique un biais. Ce qu'espère la partie qui désigne est au moins une prédisposition à admettre un point de vue sans que cela ne soit forcément un préjugé contre la partie adverse. Le rapport de la CCI sur la neutralité des arbitres établi en 1991 montrait déjà que « *in many circumstances the parties do not expect their appointee to act neutrally and impartially* » (The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators, ICC Publishing, Paris 1991). La formule de Martin Hunter est restée célèbre et mérite d'être rappelée à ce propos : « *When I am representing a client in arbitration, what I am really looking for in a party nominated arbitrator is someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias* » (M. Hunter, « *Ethics of the International Arbitrator* », Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, Vol. 53, Issue 4, 1987, p.219).

L'acte de volonté qui fonde la désignation d'un arbitre lui enlève déjà, par principe, une part de sa neutralité. Même si ce n'est concrètement pas le cas, on peut au moins présumer (présomption réfragable évidemment) que son jugement est biaisé. Mais ce biais est compensé par la règle d'imparité et la présence d'un autre arbitre, dont le jugement est présumé biaisé mais dans le sens inverse, et la présence d'un président de panel qui lui n'est pas censé souffrir de la moindre présomption.

Cet équilibre des présomptions (dont on comprend qu'il est au premier niveau un équilibre d'apparences) doit être préservé du début jusqu'à la fin de l'arbitrage.

La répétition des désignations bouscule cependant cet équilibre. Que signifie en effet pour une partie de désigner plusieurs fois un même arbitre dans des litiges différends. Qu'elle a apprécié sa neutralité ? Qu'elle a apprécié sa façon de recevoir ses argumentations ? Qu'elle a une

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.

opinion positive sur cet arbitre ? Les nominations multiples d'un arbitre ne seraient-elle pas la preuve objective de l'opinion de la partie et de ses conseils qui estiment que le différend sera plus susceptible d'être réglé dans un sens favorable avec la nomination d'un arbitre bien connu plutôt qu'avec une autre personne ?

On peut soutenir et croire qu'un arbitre exerce la même fonction arbitrale indépendante et impartiale dans chaque cas qu'il est appelé à trancher mais la répétition des désignations par une même partie multiplie les présomptions de biais et à force, cette accumulation peut faire naître un doute raisonnable, objectif, quant à la neutralité du juge privé. C'est pourquoi l'équilibre des présomptions est aussi garanti par les obligations de révélations qui pèsent sur les arbitres. Elles permettent de créer le lien de confiance entre les arbitres, pris individuellement et collectivement, et les parties qui ont décidé de leur confier la résolution de leur litige.

III – Des solutions pour le CIAS

Ces révélations devraient justement être mieux encadrées dans le système TAS qui pourrait, plutôt que de s'en remettre aux Lignes directrices IBA, établir son propre code de bonnes conduites, comme le font par exemple la CCI⁵ ou le CIRDI⁶ pour ses arbitres, et la *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA) pour ses « *hearing officers* »⁷. Aujourd'hui, au titre des documents publiés par le CIAS et mis à dispositions des parties, seul l'article R34 est pertinent sur le sujet et il se contente de fixer un délai (artificiellement) rigide de 7 jours dans lequel les contestations relatives à la neutralité des arbitres doivent être introduites. Les arbitres du TAS, eux, disposent certes de Guidelines régulièrement mises à jour mais, outre qu'elles ne sont pas publiées, elles sont particulièrement laconiques sur la question des désignations répétées : « *Arbitrators are advised generally not to accept several consecutive nominations by the same party/counsel/law firm and, more generally, not to accept too many nominations within a short time frame* ».

Les particularités de l'arbitrage international dans le sport légitiment des assouplissements quant aux grands principes de l'arbitrage. Une vague note de bas de page des directives IBA le confirme en indiquant que l'arbitrage sportif fait partie de ces secteurs où les directives IBA ne doivent justement pas être suivies à la lettre (note 5 du 3.13. relatif à la liste orange). Mais en compensation, ces particularités devraient aussi impliquer quelques renforcements sur certains points clefs tels que les « désignations d'habitude ». Trop souvent les spécificités de l'arbitrage dans le sport justifient des exonérations au bénéfice des plus importants utilisateurs du système TAS, les institutions sportives. Elles ne sont que très rarement construites dans le sens des utilisateurs ponctuels. Or toutes les questions relatives à l'impartialité et l'indépendance des arbitres relèvent non pas que des faits établis mais aussi des apparences, c'est à dire des perceptions, et à ce titre les perceptions des utilisateurs ponctuels méritent d'être considérées. D'autant plus que pour ces utilisateurs le doute lié aux désignations répétées s'ajoute à celui lié au financement du système TAS dont le budget dépend d'institutions sportives litigantes d'habitude, telles la FIFA, qui contribuent non seulement par une participation aux frais généraux du TAS mais qui règlent aussi les frais liés aux nombreuses procédures payantes

⁵ <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>

⁶ <https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct>

⁷ www.finra.org/rules-guidance/adjudication-decisions/office-hearing-officers-oho/about

auxquelles elles sont parties⁸. Certes, 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.* 2018.653, 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.

Quelques voix en doctrine considèrent qu'une approche exclusivement quantitative devrait être suivie pour que la récusation d'un arbitre soit automatique au-delà d'un seuil de désignations⁹. Nous n'inclinons pas vers cette solution extrême s'agissant du TAS et il nous paraît évident que l'on ne saurait traiter la totalité de la question de manière purement quantitative comme le font les lignes IBA ou certaines places d'arbitrage qui prônent une comptabilité radicale des désignations d'habitude en fixant un seuil de récusation automatique afin de conserver leur crédibilité d'institution d'arbitrage incontestable¹⁰. Un peu de subtilités, qu'il s'agit en revanche et justement de rendre publiques, permettrait de mieux fixer la légitimité des arbitrages TAS.

À cet égard, une chose est d'être itérativement nommé arbitre par une partie d'habitude devant le TAS. Une autre est, une fois cet usage installé, d'être désigné président du panel qui traitera d'un litige où le litigant d'habitude sera partie. Autrement dit, on peut ne pas être un forcené de l'approche quantitative des nominations surtout lorsque l'on a affaire à un arbitrage institutionnel tel celui du TAS où les professionnels sont peu nombreux et où en tout état de cause, il existe une liste fermée d'arbitres. Mais on peut considérer que la question de l'impartialité mérite d'être envisagée de manière plus stricte quand il s'agit du président du panel que lorsqu'il s'agit de contrôler la situation de ses co-arbitres. Un arbitre régulièrement désigné par une même partie voit son apparente partialité contrebalancée par la présence de ses co-arbitres et notamment celle du président. Dans cette situation, l'obligation de révélation suffit pour que l'autre partie soit correctement informée et fasse le cas échéant des investigations supplémentaires. En revanche, un arbitre fréquemment désigné par une personne et qui devient président d'un panel ayant à traiter une affaire où cette personne est litigante nous paraît relever d'une situation de partialité plus prononcée, susceptible de justifier, plus que des révélations, une récusation. On objectera que le Tribunal fédéral a une position bien ancrée selon laquelle « *l'indépendance et l'impartialité requises des membres d'un tribunal arbitral s'imposent aussi bien aux arbitres désignés par les parties qu'au président du tribunal arbitral* » (Trib féd., arrêt 4A_234/2010 du 29 oct. 2010, BGE 136 III 605, consid. 3.3.1). Il nous paraît pour autant qu'il y a une différence fondamentale entre considérer que les co-arbitres ne peuvent pas être contrôlés moins sévèrement que le président par rapport à un référentiel qui n'est somme toute qu'un minimum, et considérer que la neutralité du président mérite dans certains cas d'être contrôlée plus strictement par rapport à ce même minimum. L'idée n'est donc pas d'être moins exigeant à l'égard des co-arbitres qu'à l'égard du président de panel mis d'être plus vigilant à l'égard de ce dernier sur qui repose l'équilibre des présomptions dans la constitution d'une formation arbitrale indépendante et impartiale.

⁸ 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/>

⁹ L. A. Sobota, « *Repeat Arbitrator Appointments in International Investment Disputes* », in *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, (dir. C. Giorgetti), éditions Brill Nijhoff 2015, p.293.

¹⁰ Cf. : W. Koh, « *Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges* », *préc.*

Le Tribunal fédéral aurait pu par ailleurs se prononcer plus directement sur les moyens de défense développés par le TAS et par l'arbitre mis en cause car cela aurait permis de fixer quelques éléments pertinents dans la comptabilité des répétitions susceptibles « *de faire naître aux yeux des parties des doutes* »¹¹ et de celles « *donnant lieu à des doutes légitimes quant à l'impartialité et à l'indépendance des arbitres* »¹².

Le TAS avait par exemple soutenu devant le Tribunal fédéral que la FIFA joue souvent le rôle dévolu à une autorité de première instance appelée à trancher divers litiges en matière de football et qu'elle est ainsi souvent atraite devant le TAS, non comme partie directement intimée, mais aux côtés de l'intimé principal, par précaution, afin que la sentence arbitrale lui soit opposable. Or dans ces hypothèses, « *l'intimée ne participe généralement pas activement à de telles procédures et laisse souvent l'intimé principal désigner un arbitre de son choix* ». Pour autant que cela soit effectivement le cas, cette distinction entre co-intimés « passif » et « actif » dans la désignation de l'arbitre nous semblerait pouvoir être retenue plus explicitement et même consacrée dans les règles de procédures du TAS.

L'arbitre Hovell avait de son côté insisté sur le fait que nombre des affaires pour lesquelles la FIFA l'avait désigné avaient été jointes « *afin qu'une seule formation arbitrale tranche l'intégralité du litige* ». Il souligna à ce propos « *que si l'on devait suivre l'approche préconisée par le recourant consistant à comptabiliser séparément chaque nomination d'un arbitre, en faisant totalement abstraction des jonctions de causes, il ne faudrait pas longtemps pour que tous les arbitres figurant sur la liste des arbitres du TAS en matière de football dépassent le nombre visé par l'art. 3.1.3 des lignes directrices IBA* ». Prendre en considération les jonctions de procédures nous paraît pertinente dans un contexte de liste fermée et de litiges répétitifs mais encore faut-il que soient bien distingués les cas où les désignations de l'arbitre ont été faites avant la jonction et ceux où la désignation a été faite après. La première série de cas méritant à notre avis d'être comptabilisés comme plusieurs désignations autonomes. En l'espèce, le Tribunal fédéral semble implicitement reprendre les calculs de la Commission de récusation du CIAS pour laquelle les procédures jointes ne doivent compter que pour une nomination, sans considération du moment de la désignation.

Pour élargir et conclure notre propos, il ne paraît pas inutile de répéter que les modalités de désignations des présidents de formation (et corrélativement des arbitres uniques) devraient être repensées¹³. 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* » (M. Maisonneuve, « *L'arbitrage TAS est-il menacé ?* », *préc.*). 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 (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 notamment le sort des « super-arbitres » en empêchant qu'ils ne statuent comme président dans des affaires où sont impliquées des

¹¹ Expression utilisée pour la liste orange des Lignes IBA et déterminant l'obligation de révélation. Le doute y est envisagé de manière subjective.

¹² Expression utilisée pour la liste rouge des Lignes IBA et déterminante de la récusation. Le doute y est envisagé de manière objective.

¹³ M. Maisonneuve, « *L'arbitrage TAS est-il menacé ?* », in *Sport et droit international (aspects choisis)*, (dir. F. Latty, J.-M. Marmayou et J.-B. Racine), PUAM, 2016, p.305 ; 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.

institutions sportives qui avaient l'habitude de les nommer. Autre voie, il pourrait être envisagé de laisser les parties choisir librement « leurs » arbitres, sans être limitées par une liste, 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.