

Chronique de jurisprudence arbitrale

en matière sportive

dirigée par

Mathieu MAISONNEUVE

*Professeur des universités en droit public
Détaché à l'Université Saint Joseph (Beyrouth)*

avec les contributions de

Sébastien BESSON

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

Franck LATTY

*Professeur à l'Université Paris Nanterre
Directeur du Centre de droit international (CEDIN)
Membre de la chambre arbitrale
et de la conférence des conciliateurs du CNOSF*

Marc PELTIER

*Maître de conférences à l'Université de Nice Sophia-Antipolis
Directeur du Master 2 « Juriste du sport »*

PLAN

Introduction

I. – La compétence arbitrale

— Cour fédérale de justice allemande (BGH), 7 juin 2016, *Claudia Pechstein c/ International Skating Union (ISU)*, KZR 6/15

— Cour d'appel de Grenoble, 2^e ch., 11 juillet 2016, *Fédération internationale de ski*, n^o 15/05522

II. – Le tribunal arbitral

— Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, *X. c/ Y.*, arrêt du 8 mars 2016, 4A_510/2015

III. – La procédure arbitrale

— Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2015/A/4059, *World Anti-Doping Agency v. Thomas Bellchambers & al., Australian Football League, Australian Sports Anti-Doping Authority*, sentence du 11 janvier 2016

— Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2014/A/3759, *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF)*, sentence partielle du 24 juillet 2015

IV. – Le droit applicable au fond

— Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2015/A/3874, *Football Association of Albania v. Union des associations européennes de football (UEFA)* et TAS 2015/A/3875, *Football Association of Serbia v. UEFA*, sentences du 10 juillet 2015

V. – La sentence arbitrale et les voies de recours

— Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt du 1^{er} avril 2016, *H. Ben Arfa c/ FIFA*, 4A_620/2015

— Tribunal fédéral suisse, 1^{re} Cour de droit civil, arrêt du 28 janvier 2016, *X. c/ United States Antidoping Agency (USADA) & Agence mondiale antidopage (AMA)*, 4A_222/2015

— Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2014/A/3498, *International Association of Athletics Federations (IAAF) v. Turkish Athletic Federation (TAS) & Ms. Asli Cakir-Alptekin*, sentence du 17 août 2015

INTRODUCTION

Premiers Jeux olympiques organisés en Amérique du sud, les Jeux de Rio de Janeiro ont été l'occasion de deux premières pour le Tribunal arbitral du sport (TAS) : une première institutionnelle et une première matérielle.

1. Première institutionnelle — Les Jeux de 2016 ont été les premiers d'une nouvelle chambre du TAS : la chambre anti-dopage. Aux termes de son règlement d'arbitrage adopté le 18 avril 2016 (disponible sur le site internet du TAS), la compétence matérielle de cette chambre est

— **Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2014/A/3759, Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & International Association of Athletics Federations (IAAF), sentence partielle du 24 juillet 2015 : hyperandrogénisme ; compétence ; preuve ; pouvoirs du tribunal arbitral.**

C'est à la présente sentence arbitrale que la jeune sprinteuse indienne Dutee Chand doit sa participation — remarquée de ce fait davantage qu'en raison de ses performances — aux Jeux olympiques de Rio de Janeiro. Dutee Chand présente une hyperandrogénie : son corps produit des hormones androgènes (testostérone) dans des quantités supérieures à la norme. Cette norme, justement, a été déterminée par la fédération internationale d'athlétisme (IAAF) dans son « règlement [...] régissant la qualification des femmes présentant une hyperandrogénie pour leur participation dans les compétitions féminines ». Le taux normal de testostérone chez les hommes y est fixé comme étant supérieur ou égal à 10 nanomoles par litre ; seules peuvent concourir les athlètes féminines qui présentent des taux hormonaux inférieurs à ces « normes masculines » (ou qui parviennent à prouver qu'elles présentent une résistance de sensibilité aux androgènes de telle sorte qu'elles ne tirent aucun avantage de leurs taux supérieurs). Par ce règlement adopté en 2011, l'IAAF entendait répondre aux « controverses » nées du fait que les personnes hyperandrogènes « *présentent souvent des traits masculins avec une capacité athlétique peu commune par rapport à leurs concurrentes* » (préambule du règlement, qui fait allusion à la victoire de l'athlète sud-africaine Caster Semenya lors de la finale du 800 mètres des championnats du monde d'athlétisme à Berlin en 2009, laquelle a d'ailleurs conquis l'or olympique à Rio en 2016). De plus, en organisant le retour à la compétition des athlètes ayant suivi un traitement médical pour faire baisser leurs taux d'androgènes, ce qui en pratique peut passer par des opérations chirurgicales, le règlement incite ces personnes à suivre un tel traitement.

Après lui avoir fait subir toute une série d'examens médicaux, conformément au règlement de l'IAAF qui « *recommand[e]* » aux associations membres d'en suivre les prescriptions, la fédération indienne d'athlétisme a décidé de suspendre de compétitions Dutee Chand, en raison de son hyperandrogénisme. Si le recours de l'athlète devant le TAS a été initialement dirigé contre cette décision, c'est finalement la question de la validité de la réglementation de l'IAAF qui a été l'objet de la sentence rendue par le Tribunal arbitral du sport, d'un commun accord entre les parties (§ 105). L'athlète faisait notamment valoir que le règlement de l'IAAF était discriminatoire ; qu'il reposait sur des données erronées corrélant le taux de testostérone endogène et la performance sportive ; et qu'il était disproportionné au regard des discriminations subies par les athlètes sur la base des caractéristiques physiques naturelles ou du sexe, et/ou au regard du préjudice qu'il cause aux athlètes féminines (v. § 32 de la sentence).

Le TAS a partiellement donné raison à Dutee Chand : en l'absence de preuves suffisantes pour établir que les femmes hyperandrogènes sont avantagées par rapport à celles ayant un taux de testostérone sous le seuil de « masculinité » fixé, le TAS a décidé de suspendre la réglementation de l'IAAF et de permettre à l'athlète de reprendre normalement la compétition.

Cette sentence fait partie de celles à fort retentissement. Les médias n'ont pas manqué de s'en saisir, en simplifiant grossièrement — on ne s'en étonnera guère — une solution subtilement complexe (v. par ex. « Le TAS accepte l'hyperandrogénie », *L'Equipe*, 29 juillet 2015). L'affaire *Dutee Chand* nourrit déjà, par ailleurs, certaines analyses relevant des *Gender Studies* (v. par ex. l'article de la sociologue A. Bohuon, « Dutee Chand et le tribunal arbitral du sport : une décision historique ? », 30 juillet 2015, [<https://blogs.mediapart.fr/anais-bohuon/blog/300715/dutee-chand-et-le-tribunal-arbitral-du-sport-une-decision-historique>], consulté le 10 août 2016). Les spécialistes du droit du sport et ceux du droit de l'arbitrage y trouveront tout autant de quoi alimenter leur réflexion.

1) Force est de constater tout d'abord que la sentence *Dutee Chand* est particulièrement longue (160 pages) si on la compare à la plupart des autres décisions du TAS. On pourra la juger parfois bavarde, répétitive, mais on saluera l'effort de pédagogie des arbitres. Ces derniers n'ont pas hésité à rappeler certaines données, sur lesquelles les parties s'entendaient au demeurant, qu'il n'était sans doute pas superfétatoire de coucher sur le papier (§ 35) : que les compétitions d'athlétisme reposent sur la séparation hommes/femmes, ce au bénéfice de ces dernières qui, de manière générale moins rapides et moins puissantes en raison d'une masse musculaire moindre, concourent ainsi dans des conditions équitables ; mais aussi que « Mère Nature » est parfois moins catégorique que la réglementation sportive : « *There is no single determinant of sex. There are people with differences in sexual development ("DSDs") who do not biologically fall neatly into the traditional categories of women and men* ». Est ici évoquée la situation des personnes dites « intersexuées » — cas, par exemple, de femmes dotées de micro-testicules ; mais les situations inverses ne doivent pas être occultées : c'est ainsi que l'expert présenté par l'athlète a indiqué que certains hommes présentent un taux de testostérone inférieur au seuil de l'IAAF. Pour les arbitres, dès lors que persiste la « bicatégorisation sexuée » (A. Bohuon) dans le sport — ils ne la questionnent pas —, il appartient aux organisations sportives de fixer des critères de répartition de manière nécessaire, raisonnable et proportionnée. La sentence note à cet égard que les tests de féminité, l'examen des parties génitales externes ou les tests chromosomiques sont « *inappropriate* » (§ 35). La sentence fait par ailleurs une large place à la reproduction *in extenso* des expertises scientifiques et témoignages, y compris d'athlètes féminines ayant souffert de contrôles intrusifs et de stigmatisations traumatisantes, qui ont été présentés par les deux parties. On comprend

ces prévenances du tribunal eu égard au caractère sensible de l'affaire — les arbitres notent qu'elle soulève des problèmes complexes de nature juridique, scientifique, factuelle et éthique (§ 5) — et à l'absence de caractère confidentiel de la procédure souhaitée par l'athlète au vu des questions d'intérêt général soulevées (§ 77). En effet, la sentence était destinée à faire autorité au sein de l'ensemble du mouvement sportif — le CIO, notamment, avait adopté des règles similaires en matière d'hyperandrogénisme ; il a depuis tiré les conséquences de la sentence du TAS.

2) D'un point de vue plus technique, l'affaire a soulevé d'intéressantes questions de compétence (§§ 419 et s.). Il se trouve en effet — même si le tribunal ne le dit pas de manière explicite — qu'il n'y avait vraisemblablement pas de convention d'arbitrage entre les parties. Pourtant, le TAS est parvenu à établir sa compétence tant à l'égard de l'IAAF que de la fédération indienne. S'agissant de la première, la question a pu être aisément réglée, la fédération internationale ayant fait valoir « *that it wished to ensure that the Athlete received a fair hearing and that it wanted the validity of the Hyperandrogenism Regulations to be determined by an independent tribunal with the necessary sportspecific expertise* » (§ 424). C'est donc sur une base *ad hoc* que l'IAAF a accepté que le TAS examine l'affaire. On relèvera au passage que la disparition de la procédure consultative initialement prévue dans les statuts du TAS prive les fédérations internationales d'une voie non contentieuse leur permettant de s'assurer auprès d'un tribunal indépendant de la validité d'une réglementation douteuse (v. par ex. TAS, 2000/C/255, CONI). La présente affaire montre néanmoins que la procédure d'appel permet d'aboutir à un résultat comparable, au terme d'une sentence ayant autorité de la chose jugée, à l'inverse des avis du TAS qui n'étaient que consultatifs.

Plus délicate était la question du consentement de la fédération indienne, en raison de sa large passivité à l'instance : elle n'avait ni contesté l'arbitrage, ni consenti à celui-ci ; elle n'avait pas soumis de pièces écrites, pas plus qu'elle n'était représentée aux audiences. Elle n'était toutefois pas complètement absente de la procédure puisqu'elle avait assumé participer avec l'IAAF à la désignation conjointe d'un arbitre ; elle avait demandé au TAS que la fédération internationale prenne en charge sa part de l'avance sur frais ; elle avait suivi la mesure provisionnelle du TAS consistant à permettre à Dutee Chand de participer à des compétitions nationales ; elle avait fait savoir qu'elle n'objectait pas à une demande de prorogation de délais soumise par l'IAAF. De plus, le président de sa commission médicale était venu témoigner aux audiences (§§ 430-431). Ces éléments n'étaient pas suffisants pour que le TAS estime que le défendeur avait procédé au fond sans réserve (« *doctrine of unconditional appearance* »), ce qui selon le droit fédéral suisse — le tribunal n'est pas plus précis — aurait emporter renonciation à invoquer une exception d'incompétence (§ 432). Ils lui ont en revanche permis de déduire que les parties avaient

l'intention mutuelle de souscrire à l'arbitrage TAS : l'athlète à travers l'offre d'arbitrage contenue dans son argumentaire invoquant la compétence du tribunal à l'égard de la fédération indienne, et cette dernière par son comportement lors de la procédure, certes bien peu diligent mais incompatible avec un refus de l'offre d'arbitrage (§§ 435-436). Au vu du caractère fondamental, en matière d'arbitrage, du consentement des parties à être jugées, la motivation du tribunal sur ce point paraîtra sans doute un peu légère — à plus forte raison si on la compare à sa manière d'aborder les questions de fond — mais il était de toute façon fort improbable que la fédération indienne entreprenne de contester la validité de la sentence pour défaut de compétence du tribunal alors même que la fédération mère, l'IAAF, avait indiqué s'en remettre au TAS quant à la validité de son règlement.

3) La question de la preuve constitue la clef de cette affaire. Aussi, le tribunal a-t-il jugé utile d'indiquer au préalable les principes qu'il entendait appliquer au regard de la charge de la preuve et du standard de preuve. Selon lui, pesait sur l'athlète la charge de prouver que le règlement était invalide. Si elle établissait que le texte était *prima facie* discriminatoire, la charge de la preuve se déplaçait alors vers l'IAAF à qui revenait la responsabilité de justifier ces discriminations (§ 433). Si cette dernière y parvenait, l'athlète portait alors de nouveau le fardeau de réfuter ces justifications (§ 445). Le tribunal ajoute qu'à toutes ces étapes, le standard de preuve est celui de la prépondérance des probabilités (« *balance of probabilities* »), à l'exclusion des standards plus exigeants de la satisfaction du tribunal (« *comfortable satisfaction* ») ou du dépassement du doute raisonnable (« *beyond reasonable doubt* »). Il note toutefois que le standard de preuve concernant la justification d'une discrimination doit se situer à un niveau plus élevé que celui de la prépondérance des probabilités, sans toutefois atteindre celui de la « *comfortable satisfaction* » (§§ 444, 447).

L'approche de *Common Law* est ici flagrante — la personnalité d'au moins deux des arbitres, dont la présidente de la formation, juge au Tribunal fédéral australien, n'y est de toute évidence pas étrangère. Elle pourra susciter dans le for du juriste « romano-germanique » quelque irritation sinon réserve. La question du standard de preuve, qui varie d'ailleurs d'une affaire à l'autre au point qu'elle paraît empoisonner inutilement de nombreuses formations arbitrales du TAS (v. les sentences TAS citées au § 446 et *infra* le commentaire des sentences 2015/A/3874 et 3875) masque le fait que dans tous les cas, il s'agit pour chaque partie de convaincre le tribunal des faits qu'elle allègue et de son bon droit. La gradation de la conviction arbitrale selon les critères pour le moins imprécis de la prépondérance des probabilités, de la satisfaction ou du dépassement du doute raisonnable, et la modulation du standard requis selon les points à examiner (ici la prépondérance « renforcée » des probabilités en ce qui concerne la preuve de l'absence de discrimination) paraissent à cet égard très artificielles pour ne pas dire oiseuses.

Dans le même esprit, on pourrait discuter l'affirmation selon laquelle il revient à l'athlète de prouver l'invalidité du règlement. En application du principe *iura novit curia* (la cour connaît le droit), il reviendrait plutôt aux deux parties de fournir dans le respect du contradictoire tous les éléments factuels, scientifiques et les arguments juridiques au service de leur position, au vu desquels le tribunal se prononcerait en connaissance de cause sur la validité du texte. Cela étant, il n'en demeure pas moins qu'à partir du moment où l'athlète affirme que le règlement litigieux repose sur des données erronées corrélant le taux de testostérone endogène et la performance sportive, il lui revient d'en convaincre le tribunal. Mais il s'agit de prouver non le droit mais un fait allégué (le caractère erroné des données). En l'occurrence, les arbitres ont estimé que l'athlète ne s'était pas acquittée de ce fardeau (§§ 498-499). Il semble surtout que l'ensemble des arguments présentés par l'IAAF ont davantage emporté leur conviction que ceux de Dutee Chand ; aussi peut-on juger quelque peu fictive la conclusion fondée exclusivement sur une charge de la preuve non acquittée.

Sans contester la conclusion à laquelle le tribunal est parvenu, on pourra adresser le même reproche à la démarche similaire qu'il a adoptée pour finalement invalider le règlement. Dès lors que le caractère discriminatoire des règles sur l'hyperandrogénie était acquis (il ne s'appliquait qu'aux femmes ; il restreignait l'accès à la compétition sur la base de caractéristiques physiques naturelles), il revenait à l'IAAF d'établir que les discriminations constituaient un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'atteindre l'objectif légitime de maintenir l'équité des compétitions féminines (§ 448-450). Pour le tribunal, le règlement reposait sur le postulat qu'un taux de testostérone se situant dans les « normes masculines » entraîne pour les femmes concernées un avantage compétitif comparable à celui qu'ont les hommes sur les femmes (§ 533). Or, comme l'a fait valoir l'athlète à travers ses experts, aucune donnée scientifique ne permet en l'état de parvenir à une telle conclusion. « *Where the evidence is unavailable, the onus of proof remains* », dit la sentence (§ 535). Plutôt que de faire reposer la conclusion sur un problème de fardeau de preuve non soulagé, une approche — sans doute plus « civiliste » — aurait consisté à juger qu'aux vu des arguments présentés par les parties, le caractère nécessaire et proportionné des discriminations n'était pas établi aux yeux du tribunal, ce qui devait emporter l'invalidité du règlement. Il y a là une légère différence d'approche, qui demeure pour l'essentiel culturelle. Mais force est de constater que nombreuses sont les sentences du TAS qui portent l'empreinte de la *Common Law*, ce qui relativise d'ailleurs la prépondérance dans l'arbitrage sportif du droit suisse en tant que droit du siège du TAS et de nombreuses organisations sportives (non pas l'IAAF, d'ailleurs, qui siège à Monaco).

4) La solution, enfin, donnée par le tribunal mérite commentaire. Plutôt que de déclarer le règlement définitivement invalide, le tribunal décide de le suspendre pendant une période maximale de deux ans,

pendant laquelle l'IAAF pourra lui soumettre des éléments de preuve relatifs à l'étendue des avantages compétitifs dont les athlètes hyperandrogènes bénéficieraient par rapport aux autres athlètes féminines. Dans ce cas de figure, la procédure arbitrale serait relancée — ce qui explique que la sentence rendue soit partielle (*interim arbitral award*). En revanche, si l'IAAF ne fournit aucune preuve pendant cette période ou si elle notifie au TAS qu'elle n'entend pas le faire, le règlement de l'IAAF sera déclaré nul (§ 548). En résumé, à la question qui lui était posée (le règlement est-il valide ?), le tribunal répond : « non en l'état, mais finalement peut-être que oui ; réponse au plus tard dans deux ans » !

Cette solution peu cartésienne pourra surprendre. Elle est certes motivée par le manque de données scientifiques probatoires au jour du prononcé de la sentence. Elle n'outrepasse sans doute pas la mission juridictionnelle confiée au TAS, tout en révélant les marges de manœuvre importantes dont bénéficient les arbitres des litiges sportifs, par ailleurs sensibles aux difficultés rencontrées par les régulateurs du sport mondial. Mais la fixation de la période de deux années interroge (pourquoi pas une, trois ou cinq ?). N'aurait-il pas suffi que la sentence invalide le règlement, tout en reconnaissant à l'IAAF la possibilité d'en adopter un nouveau au vu de l'évolution des données scientifiques. L'impression prévaut que la solution s'apparente à une mesure de conciliation : Dutee Chand a pu reprendre la compétition, mais l'IAAF conserve une fenêtre de tir pour sauver sa réglementation. L'on pourrait aussi y déceler une forme de mesure conservatoire destinée à préserver les droits de l'athlète en attendant la solution définitive au litige. Quoi qu'il en soit, la sentence n'a pas mis un point final à la délicate question de l'hyperandrogénisme. Lors d'une « *réunion de consensus sur le changement de sexe et l'hyperandrogénisme* » en novembre 2015, le CIO a encouragé l'IAAF « *à présenter au TAS des arguments et preuves pour soutenir la réintroduction de ses règles sur l'hyperandrogénie* ». Il ajoute : « *Pour éviter toute discrimination, s'il [sic] n'a pas le droit de participer à une compétition féminine, l'athlète devrait pouvoir concourir dans une compétition masculine* » (7). Demain, des athlètes de genre féminin seront-elles contraintes de participer aux épreuves réservées aux hommes ? Si ce « genre » de solution devait intégrer la réglementation sportive, nul doute que le TAS serait de nouveau conduit à mettre dans les balances de la justice sportive, d'une part, l'équité des compétitions, d'autre part, les droits des sportives hyperandrogènes, dont celui de ne pas être assimilées à des hommes.

Franck LATTY

(7) Document en ligne à l'adresse : [https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-fr.pdf], site consulté le 10 août 2016.

IV. – LE DROIT APPLICABLE AU FOND

— **Tribunal Arbitral du Sport (TAS), 2015/A/3874, *Football Association of Albania v. Union des associations européennes de football (UEFA) & Football Association of Serbia*, et TAS, 2015/A/3875, *Football Association of Serbia v. UEFA*, sentences du 10 juillet 2015 : sanction disciplinaire ; responsabilité objective ; procédures parallèles ; droit applicable ; preuve (standards, charge) ; coûts de l'arbitrage.**

Les rencontres internationales de football servent-elles la paix et l'amitié entre les peuples ou ne sont-elles finalement, pour paraphraser Clausewitz, qu'une continuation de la guerre par d'autres moyens ? Les événements affligeants qui ont donné lieu aux deux sentences commentées font assurément pencher la balance du mauvais côté. Le match de qualification pour l'Euro 2016 tenu à Belgrade le 14 octobre 2014 entre les équipes « nationales » serbe et albanaise (à vrai dire il s'agit des équipes représentant chacune des deux fédérations et non leur Etat) n'aura pas contribué — c'est le moins que l'on puisse dire — à un rapprochement entre les deux peuples que l'histoire a longtemps opposés. En effet, la rencontre s'est déroulée sous les bannières nationalistes et les chants xénophobes (« *Ubi Shiptara* », ce qui signifie peu ou prou « Tuez les Albanais »...) de supporters serbes déchaînés. Ces derniers ont lancé de nombreux projectiles de diverses natures dont un engin pyrotechnique qui atteint le terrain à la 41^e minute, au point que l'arbitre dut interrompre le match. C'est à ce moment qu'un drone portant un drapeau représentant le projet nationaliste de « Grande Albanie » fit irruption dans le stade et survola la pelouse, entraînant des heurts directs entre les joueurs des deux équipes puis l'envahissement du terrain par les supporters serbes qui s'en prirent aux joueurs albanais avant qu'ils ne regagnent leur vestiaire sur ordre de l'arbitre. Le match sera finalement abandonné après que le capitaine albanais aura déclaré que son équipe ne pouvait retourner sur le terrain au vu de ce qui s'était produit. L'UEFA ne tarda pas à sanctionner les deux associations : la fédération albanaise d'un forfait 0:3 pour l'abandon du match et d'une amende de 100000 € à raison du survol du drone ; la fédération serbe d'une déduction de trois points dans la phase qualificative de l'Euro, d'une sanction de deux matchs à huis-clos et d'une amende de 100000 €, à raison du comportement de ses supporters et de ses propres défaillances dans l'organisation du match. Ces sanctions ont été contestées par chacune des deux fédérations devant le Tribunal arbitral du sport (TAS). Dans une première sentence, le TAS a admis partiellement l'appel de la fédération albanaise en estimant que la responsabilité pour l'abandon de match pesait non pas sur elle mais sur la fédération serbe à laquelle il a imposé le forfait 0:3. Il a néanmoins confirmé l'amende sanctionnant le survol du drone. Dans la deuxième sentence, le recours de la fédération serbe (qui reposait sur l'absence alléguée de négligence dans l'organisation de la rencontre et sur la disproportion des sanctions prononcées par l'UEFA) a été rejeté dans son intégralité.

Ces deux sentences appellent un certain nombre de commentaires qui touchent moins à la solution du litige — les deux affaires ont été tranchées de manière juste, semble-t-il, et juridiquement convaincante, dans l'ensemble — qu'aux techniques de l'arbitrage sportif en ce qui concerne la gestion de deux affaires connexes (1), le droit appliqué par les formations arbitrales (2), les questions touchant à la preuve (3) et, enfin, les coûts de l'arbitrage (4).

1) Si les sanctions prononcées par l'UEFA relevaient formellement d'une décision unique de son organe d'appel, le recours devant le TAS par les fédérations albanaise et serbe a donné lieu à l'ouverture de deux procédures séparées, qui n'ont pas été jointes. L'article R50 du Code de l'arbitrage en matière de sport permet que « *deux ou plusieurs affaires* [ayant] *le même objet* » soient confiées à une même formation arbitrale. Mais en l'occurrence seul l'*instrumentum* (la décision de l'UEFA) était commun ; les sanctions prononcées étaient distinctes et individualisées, si bien que les affaires partageaient le même contexte plus que « *le même objet* ». Dès lors, deux formations arbitrales ont été constituées, dans lesquelles seul l'arbitre nommé par la fédération requérante a varié (Ph. Sands pour la fédération albanaise, E. Barak pour la fédération serbe), l'UEFA ayant désigné le même arbitre dans les deux instances (M. Schimke) et le président de la chambre d'appel du TAS ayant investi le même président (M. Coccia).

Cette composition partiellement commune a sans doute œuvré à la cohérence des deux décisions — certains passages y sont d'ailleurs identiques. Il n'est toutefois pas exclu qu'elle fasse naître des risques affectant la validité des sentences, dans la mesure où les deux arbitres communs avaient connaissance de preuves et d'arguments présentés dans chacune des deux instances, tandis que les arbitres nommés par les requérantes n'avaient accès qu'aux pièces de « leur » arbitrage — argument évoqué par la fédération albanaise, qui demandait que lui soient communiquées les pièces produites dans l'affaire parallèle. La sentence 3874 s'y opposera en faisant valoir la qualité de tiers à l'instance de la fédération albanaise, qui au surplus avait choisi de ne pas se prévaloir du statut de partie intervenante dans l'affaire 3875 ; en s'appuyant sur l'obligation de confidentialité des arbitres (art. S19 du code) et en invoquant le caractère tardif de la demande (§ 168). Afin de prévenir toute contestation future de l'impartialité des deux arbitres communs, la sentence note enfin que la fédération albanaise n'a jamais remis en cause la composition du tribunal alors qu'elle aurait dû savoir « *in the exercise of reasonable diligence — as required by the Swiss Supreme Court (see judgments 4P.105/2006 of 4 August 2006, 4A_528/2007 of 4 April 2008 and 4A_110/2012 of 9 October 2012)* » que les deux arbitres officiaient également dans l'affaire parallèle. Qui plus est, après avoir s'être réservée le droit de contester la composition du tribunal, l'association albanaise s'est dit confiante dans les assurances de son président « *that the arbitrators in the present case would decide the dispute between the Parties based exclusively on the evidence and*

arguments submitted in the present case » (§ 90). Les risques d'annulation de la sentence sur ces moyens semblent dès lors couverts.

A l'inverse de la fédération albanaise dans l'affaire 3875, la fédération serbe a participé en tant que partie intervenante à l'affaire 3874, conformément à l'article R41 du code. Son objectif n'était pas seulement de défendre les sanctions prises par l'UEFA à l'encontre de la fédération albanaise ; il s'agissait aussi de contester la partie de l'appel de cette dernière dirigé contre l'abandon par l'UEFA des charges fondées sur l'article 14 de son règlement disciplinaire relatif à la sanction des comportements racistes des supporters (§§ 138 et s.). Sur ce point, la fédération serbe a obtenu gain de cause. Même si le tribunal note que *prima facie* les chants haineux des supporters serbes portaient atteinte à la dignité d'un groupe de personnes à raison de leur origine ethnique (ce qui constituait l'infraction autonome de l'art. 14) (§ 172), il a rejeté le recours albanaise en tant qu'il émanait d'une partie non directement affectée par la décision. En d'autres termes, la fédération albanaise était privée d'intérêt pour agir, ce que le tribunal s'est employé à établir avec soin (§§ 174 et s.). Une construction juridique plus audacieuse aurait pu consister à établir que le racisme porte atteinte à l'ordre public transnational du sport, en vertu de quoi toute personne appartenant à la famille du football est débitrice envers toutes les autres d'une obligation de ne pas commettre ce genre de transgressions. Partant, la fédération albanaise, touchée dans ses droits et non dans ses simples intérêts, aurait dans le cadre de son appel intérêt à contester le manquement de l'UEFA à sanctionner ces comportements. En tout état de cause, la mise en cause d'une norme d'ordre public transnational (la prohibition du racisme), alliée au pouvoir d'examen *de novo* de l'affaire qui permet au TAS de substituer sa décision à celle de l'organe disciplinaire, aurait pu justifier que le tribunal se saisisse d'office de la question.

La qualité de partie intervenante de la fédération serbe a cependant eu pour celle-ci un effet « boomerang ». D'une part en effet, après l'analyse des faits, le tribunal lui a imputé la responsabilité de l'abandon du match, en raison des failles de son organisation et du comportement de ses supporters — et même d'un stadier qui s'en est pris aux joueurs albains alors qu'il était censé contribuer au maintien de la sécurité (§ 248). En vertu de son pouvoir d'examen *de novo*, et au vu de la sanction automatique prévue par le règlement de l'UEFA en cas d'abandon de match, le TAS a en effet imposé à la partie intervenante la sanction du forfait 0:3 (§§ 250-251). D'autre part, il l'a condamnée à rembourser une partie des frais de procédure engagés par la fédération albanaise (v. *infra* 4). Cette solution et, plus généralement, les différents problèmes soulevés par l'existence de procédures parallèles, ne manqueront pas d'interroger sur l'opportunité qu'il y aurait à regrouper, par souci d'efficacité procédurale et d'une bonne administration de la justice sportive, des instances arbitrales concernant des affaires connexes, de sorte à ce qu'un même tribunal puisse juger dans leur globalité des litiges de ce type.

2) Concernant le droit appliqué par les formations arbitrales, force est de constater que les deux sentences mettent en œuvre de manière quasi-exclusive le droit transnational sportif, composé en premier lieu de la « *lex uefa* » mais également de la jurisprudence du TAS. Le droit étatique — le droit suisse en l'occurrence — n'occupe dans les deux sentences qu'une place à peine perceptible, ce qui n'a rien d'exceptionnel dans la terre d'élection de la *lex sportiva* qu'est l'arbitrage du TAS.

A titre principal c'est en effet le règlement disciplinaire de l'UEFA qui est appliqué par les arbitres, conformément au Code de l'arbitrage en matière de sport (l'art. R58 prévoit qu'en matière d'appel « [l]a Formation statue selon les règlements applicables [...] »), lui-même visé par les Statuts de l'UEFA. Au cœur du litige se trouve l'article 16 de ce règlement qui prévoit la responsabilité de la fédération organisatrice d'un match en cas d'incident, sauf si elle n'a commis aucune négligence dans l'organisation du match (§ 1), mais également la responsabilité « objective » des associations nationales pour le comportement de leurs supporters (envahissement de terrain, jet de projectiles, etc.), et ce indépendamment de l'absence de toute négligence (§ 2). Ce dernier mécanisme est redoutable en ce que sa mise en œuvre entraîne régulièrement des sanctions lourdes pour des fédérations (ou des clubs) à raison de comportements qui ne leur sont factuellement pas imputables, et ce quels que soient les efforts de prévention accomplis. Mais la sentence 3875 note que cette forme de *strict liability* « *is a fundamental facet of the current football regulatory framework and one of the few legal tools that football authorities have at their disposal to deter hooliganism and, more in general, supporter's improper conduct* » (§ 130). Cela n'empêche que la question de la légalité de cette forme de responsabilité pour fait d'autrui se pose (en France, voir l'avis du Conseil d'Etat n° 307736 du 29 octobre 2007, qui juge légal le règlement de la FFF prévoyant la responsabilité des clubs pour les comportements de leur supporters). Aucune des deux associations requérantes n'a toutefois entrepris de contester la règle, la question ayant déjà été tranchée à plusieurs reprises par le TAS. Ce type de norme vise en effet à influencer le comportement des supporters *via* l'entité qu'ils soutiennent. Partant, la responsabilité objective ne sanctionnerait pas une faute de l'association, ce dont le TAS a déduit qu'elle demeurerait compatible avec l'ordre public suisse (TAS, 2013/A/3094, *Hungarian Football Federation v. FIFA*) — le droit suisse, droit du siège de la FIFA comme de l'UEFA, était applicable subsidiairement (« *à défaut de choix* » des parties) selon l'article R58 du code de l'arbitrage en matière de sport. Auparavant, une sentence du TAS avait déjà établi que le système de responsabilité objective constituait un système de sanction efficace pour lutter contre les actions fautives de supporters à l'égard desquels l'UEFA ne dispose d'aucune autorité directe (TAS, 2002/A/423, *PSV Eindhoven c/ UEFA*). Le tribunal de l'affaire 3874 ajoute en *obiter dictum* que « *strict liability is widely used by many legal systems to deter activity that is seen as being particularly harmful to social values and interests in circumstances in which it would be very difficult to prove the*

negligence of the responsible party ». On croit reconnaître la technique consistant à tirer de la comparaison des droits nationaux un principe général de droit (v. F. Latty, *La lex sportiva — Recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 305 et s.), ce qui viendrait consolider, dans l'ordre juridique sportif du moins, le principe de responsabilité objective du fait des supporters. Toutefois l'interprétation du droit suisse par le TAS n'est pas immune. En vertu de la loi suisse sur le droit international privé, applicable à l'arbitrage TAS, il n'est pas complètement exclu que le Tribunal fédéral suisse prononce l'annulation d'une sentence mettant en œuvre la responsabilité objective, par exemple s'il devait estimer que ce système auquel les fédérations comme les clubs n'ont aucun moyen d'échapper, fût-ce en ayant fait montre de la meilleure diligence, porte atteinte à l'ordre public matériel suisse au sens de l'article 190 de la loi suisse sur le droit international privé.

Toujours est-il que le droit suisse reste discret dans les deux sentences — hormis sur la question de la responsabilité objective *via* la jurisprudence du TAS, il est sollicité en ce qui concerne la notion de diligence raisonnable des parties à l'arbitrage (v. *supra*) et pour justifier le recours à des présomptions non irréfragables fondées sur des critères raisonnables et objectifs (sentence 3874, § 196 — v. *infra*). La jurisprudence du Tribunal arbitral du sport occupe, à l'inverse une part importante des deux sentences, pour ce qui touche à l'indétermination de la notion de supporter (sentence 3874, §§ 190 et s.), l'autolimitation des arbitres en ce qui concerne le choix des sanctions par l'organe disciplinaire (sentence 3874, § 202 ; sentence 3875, §§ 96, 108 et s.) et le contrôle des décisions de terrain prises par l'arbitre (sentence 3874, §§ 213, 238), etc. Toutes ces normes d'origine prétorienne sont devenues des règles sportives transnationales à part entière, qui irriguent l'ordre sportif. Il n'est dès lors guère surprenant d'en trouver la trace non seulement dans l'argumentation des parties (v. par ex. sentence 3874, § 129), mais également dans les décisions des organes disciplinaires de l'UEFA qui n'hésitent pas à fonder leurs sanctions sur la jurisprudence du TAS, bel et bien devenu la « cour suprême » de l'ordre juridique sportif (v. les §§ 60 et 67 de la sentence 3874).

3) Plusieurs questions délicates de preuve se sont posées à l'occasion de l'examen des deux affaires : preuve que le drone était piloté par un supporter serbe ; preuve que l'arbitre avait ordonné la reprise du match ; preuve que la fédération serbe avait pris toutes les mesures pour assurer la sécurité du match, etc.

Les moyens de preuve soumis aux arbitres ont consisté pour l'essentiel en des vidéos et des témoignages. Il ressort par ailleurs des deux sentences que le standard de preuve employé par le tribunal est généralement celui de l'établissement des éléments constitutifs de l'infraction à sa « satisfaction » (« *comfortable satisfaction* ») (sentence 3874, §§ 199, 215, 219, 222, 226, 229). Ce standard déjà ancien dans la jurisprudence du TAS (v. par ex. TAS, 98/208, *N., J., Y.*,

W. v. FINA ; TAS, 2002/A/403 & TAS 2002/A/408, *Pantani c/ UCI et FCI c/ UCI*, §§ 167-168), quoiqu'appliqué de manière aléatoire (v. *supra* le commentaire de la sentence *Dutee Chan*), est censé se situer entre les standards de *Common Law* du « *balance of probabilities* » (en matière civile) et de la conviction « *beyond reasonable doubt* » (en matière criminelle). Si ces distinctions ne sont pas sur le papier dénuées de tout attrait, il s'avère à l'usage que leur caractère opérationnel reste douteux (v. not. TAS, 2004/O/649, *USADA v. Gaines*, où le TAS estime que « *there is no practical distinction between the standards of proof advocated by USADA and the Respondents. It makes little, if indeed any, difference whether a "beyond reasonable doubt" or "comfortable satisfaction" standard is applied to determine the claims against the Respondents* », § 36). La confusion des standards se manifeste d'une autre manière dans la partie de la sentence 3874 qui retient la responsabilité de la fédération albanaise pour l'incident du drone. En l'absence de toute preuve que l'engin était piloté par un supporter albanaise, la majorité du tribunal s'est contentée d'ériger une présomption en ce sens, tirée du fait qu'aux yeux d'un observateur raisonnable et objectif, il devait être hautement probable (*highly likely*) que le drone fut piloté par un supporter albanaise (§ 195). Même si le tribunal s'est dit « *comfortably satisfied* » de cette conclusion (§ 199), on peinera ici à distinguer ce standard de celui de la prépondérance des probabilités (« *balance of probabilities* »)... mais cela ne présente qu'un faible intérêt : il s'agit dans tous les cas d'emporter la conviction du tribunal — du moins de sa majorité.

Dans ce prolongement, se pose la question de la charge de la preuve. Cette dernière n'a guère donné lieu à discussion : chaque partie a présenté des éléments au soutien de ses allégations. A deux occasions pourtant, une inversion de la charge de la preuve est intervenue. L'une découle directement du règlement disciplinaire de l'UEFA en matière de responsabilité des associations ou clubs organisateurs de match : « *Ils sont responsables de tout incident et sont passibles de mesures et de directives disciplinaires, sauf s'ils peuvent prouver qu'ils n'ont commis aucune forme de négligence dans l'organisation du match* » (art. 16, § 1). Les preuves présentées par la fédération serbe ont été jugées, à cet égard, insuffisantes pour l'exonérer de sa responsabilité (sentence 3875, §§ 100 et s.). L'autre, plus discutable, intervient dans le cadre de la responsabilité du fait des supporters (art. 16, § 2). Elle résulte de la présomption dérogée par la majorité du tribunal selon laquelle le drone était piloté par un supporter albanaise, ce dont la majorité du tribunal a déduit qu'il revenait à la fédération albanaise d'apporter la preuve contraire, par exemple en établissant de manière plausible que des supporters serbes machiavéliques avaient pu fomenter l'opération (§ 197). En l'absence de tout élément en ce sens, la responsabilité de la fédération albanaise était établie. On perçoit plus encore l'extrême rigueur du système de responsabilité objective de la fédération pour le comportement de ses supporters (v. *supra* 3) : non seulement la diligence de la fédération à l'égard de ses supporters est sans impact sur sa

responsabilité, mais qui plus est, en amont, ces derniers sont définis de manière très large et des comportements dont les auteurs ne sont pas identifiés peuvent leur être rapportés par simple présomption, engageant alors automatiquement la responsabilité de la fédération.

4) Un dernier point mérite d'être rapidement évoqué, qui concerne les coûts de la procédure arbitrale. L'arbitrage sportif étant devenu la voie de recours contre les décisions des organisations sportives internationales — à l'exclusion des juges étatiques — il n'était pas concevable qu'il ne fût accessible qu'à ceux qui ont les moyens de s'offrir cette forme de justice privée habituellement onéreuse (v. A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, Bruylant/LGDJ/Helbing&Lichtenhahn, 2005, pp. 562 et s.). Dès lors, la procédure d'appel devant le TAS a été organisée sur le fondement de la gratuité (v. sentence 3874, § 254), sous réserve du versement d'un droit de greffe relativement modeste (1000 francs suisses selon l'art. R.65.2 du Code de l'arbitrage en matière de sport). Cela ne signifie pas que les arbitres travaillent « pour la gloire ». Seulement, leurs émoluments — au demeurant bien plus modestes que ceux des arbitres du commerce international ou de l'arbitrage d'investissement — ne pèsent pas sur les parties mais sur le Conseil de l'arbitrage en matière de sport, lui-même financé par le mouvement olympique. Il n'est donc pas envisageable, comme cela est fréquent dans l'arbitrage d'investissement comme commercial, d'imputer tout ou partie des coûts de l'arbitrage à la partie perdante selon le principe « *the costs follow the event* ». Ce dernier trouve cependant à s'appliquer de manière assourdie, lorsqu'est examinée la question des frais procéduraux. L'article 65.3 du Code de l'arbitrage en matière de sport indique que

« [1]a Formation peut librement ordonner à la partie qui succombe de verser une contribution aux frais d'avocat de l'autre partie, ainsi qu'aux frais encourus par cette dernière pour les besoins de la procédure, notamment les frais de témoins et d'interprète. Lors de la condamnation aux frais d'arbitrage et d'avocat, la Formation tient compte de la complexité et du résultat de la procédure, du comportement et des ressources financières des parties ».

Sur ce fondement, la sentence 3874 a condamné l'UEFA et la fédération serbe à verser chacune une somme de 10 000 francs suisses à la fédération albanaise, dont le recours a partiellement prospéré. A l'inverse, la sentence 3875 qui a rejeté l'appel de la fédération serbe a condamné celle-ci à indemniser l'UEFA à hauteur de 1000 francs suisses à titre de contribution aux dépenses engagées — l'association européenne, défendue par un des ses juristes, n'avait pas eu recours aux services d'un avocat. Force est ainsi de constater, par comparaison à d'autres formes d'arbitrage, que les coûts entourant l'arbitrage TAS d'appel demeurent peu élevés. Si l'argent a tristement envahi le football au point de le corrompre, on ne peut pas dire, et c'est heureux, qu'il soit le nerf de l'arbitrage sportif.

Franck LATTY