



HAL
open science

Les questions liées à la liste fermée d'arbitres du TAS, à leur indépendance et impartialité ainsi qu'à leur déontologie

Franck Latty

► To cite this version:

Franck Latty. Les questions liées à la liste fermée d'arbitres du TAS, à leur indépendance et impartialité ainsi qu'à leur déontologie. *Les cahiers de droit du sport*, 2022, 61. halshs-04178898

HAL Id: halshs-04178898

<https://shs.hal.science/halshs-04178898>

Submitted on 8 Aug 2023

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.

LES LITIGES DEVANT LE TAS : SPÉCIFICITÉ ET NORMALITÉ DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE SPORT

LE CHOIX DE L'ARBITRE

LES QUESTIONS LIÉES À LA LISTE FERMÉE D'ARBITRES DU TAS, À LEUR INDÉPENDANCE ET IMPARTIALITÉ AINSI QU'À LEUR DÉONTOLOGIE

Franck Latty
Professeur à l'Université Paris Nanterre
Membre du CEDIN
Arbitre au TAS

Deux¹ thèmes tirés plus ou moins immédiatement de l'article R33 du Code de l'arbitrage en matière de sport seront abordés successivement : la liste fermée des arbitres et les règles déontologiques ou éthique. La question, les concernant, de la « spécificité », ou inversement de la « normalité », du TAS sera traitée, entre autres, à la lumière particulière du contentieux arbitral d'investissement.

1) La liste fermée

Le principe de la liste fermée est simple : seules des personnes préalablement inscrites par le Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS) sur la liste (ou plutôt *les listes*²) d'arbitres du TAS peuvent officier comme arbitres dans les affaires soumises au Tribunal arbitral du sport. L'article R33 du Code dispose en ce sens que « [t]out arbitre doit figurer sur la liste établie par le CIAS en vertu du Statut faisant partie du présent Code ». Alors que les listes que fournissent de nombreux centres d'arbitrage ne sont qu'indicatives (ex. : CIRDI, Chambre arbitrale internationale de Paris etc.), devant le TAS les parties en litige sont ainsi contraintes dans le choix des arbitres qu'elles peuvent désigner.

Parmi ses avantages, le système de liste fermée apporte des garanties de compétence des arbitres appelés à trancher les litiges dans le domaine du sport : il doit s'agir de « personnalités ayant une formation juridique appropriée, une compétence reconnue en matière de droit du sport et/ou d'arbitrage international, une bonne connaissance du sport en général et la maîtrise d'au moins une des langues de travail du TAS » (art. S14 du Code). Certes, il n'y a là aucune garantie absolue de compétence, tandis qu'inversement, en matière extra-sportive le libre-choix des parties ne les empêche pas de faire en sorte de nommer, hors-liste, des arbitres aptes à répondre au mieux à leurs attentes. Mais de manière générale, la présélection par le CIAS de personnes aptes à arbitrer les litiges sportifs permet d'éviter les « mauvaises surprises ».

¹ [Cette contribution est la retranscription d'une intervention issue du colloque « Les litiges devant le TAS : spécificité et normalité de l'arbitrage en matière de sport », organisé le 3 septembre 2021, sous la direction scientifique de Cécile Chaussard, David Jacotot, Clotilde Joudain-Fortier et Gérald Simon – CREDIMI (Université de Bourgogne) et le Laboratoire de droit du sport].

² Le site internet du TAS mentionne les listes suivantes : liste générale, liste football, listes de la Chambre antidopage (liste des arbitres pouvant être désignés par les parties ; liste des arbitres pouvant agir comme président ou arbitre unique), liste des arbitres pour les différends concernant la non-conformité au code mondial antidopage, auxquelles s'ajoute la liste des médiateurs.

Franck Latty, « Les questions liées à la liste fermée d'arbitres du TAS, à leur indépendance et impartialité ainsi qu'à leur déontologie », *Les Cahiers de droit du sport*, n° 61, 2022, pp. 110-112.

La liste fermée favorise le sentiment d'appartenance des arbitres à une même institution. Il contribue à faire émerger une forme d'« esprit de corps » qui est susceptible d'avoir des effets positifs au niveau de la cohérence des décisions rendues : « a CAS Panel will obviously try, if the evidence permits, to come to the same conclusion on matters of law as a previous CAS Panel. Whether that is considered a matter of comity, or an attempt to build a coherent corpus of law, matters not »³. Participe également de la cohérence de la jurisprudence la récurrence des nominations des arbitres induite par le système de liste fermée.

Interdire aux parties de désigner un arbitre hors liste du TAS permet en outre de prévenir « le risque qu'il y ait, au sein du tribunal, un ou plusieurs arbitres non spécialisés et enclins à agir comme s'ils étaient les avocats des parties qui les ont désignés »⁴. Le risque n'est pas feint si on examine les pratiques arbitrales dans certains contentieux extra-sportifs, notamment le contentieux d'investissement où il n'est pas exceptionnel que l'arbitre apparaisse comme un mandataire au sein du tribunal arbitral de la partie l'ayant nommé.

Ce système de liste fermée a néanmoins pu susciter des critiques⁵. L'une d'entre elles serait l'endogamie ou l'entre-soi. S'agissant du TAS, force est néanmoins de constater ***III*** que la liste d'arbitres est suffisamment longue (382 arbitres au 10 avril 2022) pour échapper à ce reproche, même s'il est vrai que la très nette majorité (197) des arbitres provient du seul continent européen – ce qui ne jure pas, plus généralement, avec la surreprésentation des Européens au sein du mouvement sportif international. Qui plus est, les efforts perceptibles accomplis par le CIAS en faveur d'une meilleure diversité de genre ou d'origine ne se reflètent pas nécessairement dans les nominations faites par les parties. Si endogamie il y a – et il est vrai qu'un petit nombre de « *super-arbitrators* »⁶, ayant chacun officié dans plusieurs dizaines d'affaires, a pu être identifié – elle provient moins du système de liste fermée que des choix opérés par les parties.

Le système de liste fermée est aussi présenté comme un « outil de verrouillage du système »⁷ en ce qu'il assure le contrôle de l'institution sur les arbitres. Il est vrai que seules des personnes présélectionnées par le CIAS, dont la majorité des membres sont désignés par les organisations sportives, pourront agir comme arbitres. Le CIAS est aussi susceptible d'exercer une forme de pouvoir, de type quasi-disciplinaire, sur « ses » arbitres : l'arbitre qui manquerait à ses devoirs, par exemple en raison d'un comportement inadapté, pourra être sanctionné par un retrait de la liste (art. S6.4 du Code de l'arbitrage en matière de sport) ou de manière plus subtile par un non renouvellement de son inscription sur la liste.

Ces éléments ne sont néanmoins pas suffisants pour remettre en cause l'impartialité et l'indépendance du TAS, comme l'ont successivement jugé le Tribunal fédéral suisse et la Cour

³ CAS 2004/A/628, IAAF / USATF & J. Young, 28 juin 2004, § 73. V. G. Kaufmann-Kohler, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse. The 2006 Freshfields Lecture », *Arbitration International*, vol. 23, n° 3, p. 365.

⁴ ATF 129 III 445 cons. 3.3.3.2.

⁵ V. par exemple M. Boucaron, J.-B. Racine, « L'apport du Tribunal arbitral du sport au droit de l'arbitrage international », in F. Latty, J.-M. Marmayou, J.-B. Racine (dir.), *Sport et droit international*, Aix-en-Provence, PUAM, 2016, pp. 292 et s. ; A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bruylant-LGDJ-Helbing & Lichtenhahn, 2005, pp. 293 et s.

⁶ J. Lindholm, *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence. An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*, Asser International Sports Law Series, La Haye, Springer, 2019, p. 223, qui au terme d'une étude empirique de l'activité de TAS est parvenu à dresser une liste de 17 « *super-arbitrators* » ainsi nommés car ils collectionnent à eux-seuls 45 % des désignations au sein des formations arbitrales du TAS (la majorité d'entre eux ayant siégé plus de 50 fois), par opposition aux autres membres du TAS, dont certains n'ont jamais œuvré en tant qu'arbitres.

⁷ M. Boucaron, J.-B. Racine, *loc. cit.*, p. 295.

européenne des droits de l'homme – alors même que le système de désignation des arbitres sur la liste alors en vigueur, aligné sur celui du choix des membres du CIAS⁸, assurait une certaine représentation catégorielle : 3/5^e d'arbitres sélectionnés parmi les personnes proposées par les organisations sportives (CIO, fédérations internationales, comités nationaux olympiques) ; 1/5^e choisis « en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes » et 1/5^e choisis « parmi des personnes indépendantes des organismes chargés de proposer des arbitres ».

Ce système complexe, dont le manque de lisibilité avait été relevé⁹, a disparu¹⁰. Néanmoins, au vu des débats qui ont entouré certaines affaires (*Pechstein, Semenya* etc.) et considérant la tendance à la multiplication des listes d'arbitres au sein du TAS (v. *supra*), la question de l'établissement d'une liste d'arbitres « en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes », composée de personnes ayant des compétences reconnues en matière de droits fondamentaux, notamment, pourrait se poser.

Une telle réforme n'est pas nécessairement souhaitable en ce qu'elle aboutirait à une forme de *polarisation* du corps arbitral. De même que dans le contentieux transnational d'investissement, des arbitres sont identifiés comme étant pro-investisseur ou pro-Etat, un risque important émergerait d'apparition de groupes d'arbitres pro-athlètes (ou pro-club) ou à l'inverse pro-organisations sportives, travers dont le TAS est jusqu'à présent préservé. Pour cette même raison, l'absence de reconnaissance et de diffusion des opinions dissidentes par le TAS (art. R46), autre spécificité, doit être maintenue : on sait que dans le contentieux transnational d'investissement, les opinions individuelles s'apparentent un peu trop à des offres de services auprès d'un certain type de parties.

2) Les règles concernant la déontologie/l'éthique des arbitres

Le Code de l'arbitrage en matière de sport n'aborde pas de front l'éthique des arbitres, si ce n'est sous l'angle (déterminant mais non exhaustif) de l'indépendance et de l'impartialité. De manière fonctionnelle, l'article R33 du Code se contente de rappeler que « [t]out arbitre doit être et demeurer impartial(e) et indépendant(e) des parties et a l'obligation de révéler immédiatement toute circonstance susceptible de compromettre son indépendance à l'égard des parties ou de l'une d'elles ». L'article S18 du Code prévoit aussi qu'au moment de leur désignation, les arbitres « signent une déclaration officielle selon laquelle ils/elles exerceront leurs fonctions à titre personnel, en toute objectivité, indépendance et impartialité ». Sur cette base, les arbitres doivent déclarer les éléments susceptibles de les placer en situation de conflit d'intérêts et s'abstenir de siéger si une telle situation se matérialise, les *Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international* constituant un texte de référence aussi dans l'arbitrage sportif.

Le deuxième alinéa de l'article R33 précise que l'arbitre doit « avoir la disponibilité nécessaire pour mener l'arbitrage à son terme dans les meilleurs délais », obligation qui pourrait être rattachée à la déontologie arbitrale. Il faut par ailleurs relever le fait que les arbitres du TAS

⁸ Art. S4 du Code.

⁹ ATF 129 III 445 cons. 3.3.3.2.

¹⁰ V. l'art. S14 du Code : « En constituant la liste d'arbitres du TAS, le CIAS devra faire appel à des personnalités ayant une formation juridique appropriée, une compétence reconnue en matière de droit du sport et/ou d'arbitrage international, une bonne connaissance du sport en général et la maîtrise d'au moins une des langues de travail du TAS, dont les noms et qualifications sont portés à l'attention du CIAS, notamment par le CIO, les FI, les CNO, ainsi que par les commissions d'athlètes du CIO, des FI et des CNO. Le CIAS peut identifier les arbitres ayant une spécialisation particulière pour traiter certains types de litiges ».

Franck Latty, « Les questions liées à la liste fermée d'arbitres du TAS, à leur indépendance et impartialité ainsi qu'à leur déontologie », *Les Cahiers de droit du sport*, n° 61, 2022, pp. 110-112.

« ne peuvent pas agir comme conseil ou expert d'une partie devant le TAS » (S18), disposition exemplaire, de nature à tuer dans l'œuf un certain *****112***** nombre de conflits d'intérêts qui ne manquent pas de surgir du fait des « double-casquettes » par ailleurs très fréquentes dans l'arbitrage international¹¹. Mais en dehors de ces dispositions explicites du Code de l'arbitrage, l'encadrement de l'éthique des arbitres relève de pratiques internes au TAS qui ne sont pas l'objet d'une communication au public.

Dans la mesure où les projecteurs se trouvent régulièrement braqués sur le TAS en raison des affaires médiatiques qu'il a à connaître, et considérant l'adage *Justice must not only be done but must seem to be done*, il pourrait être opportun que le CIAS adopte un Code d'éthique TAS codifiant – voire clarifiant ou approfondissant – les normes et pratiques existantes, dans un instrument unique à la disposition du public. Dans sa déclaration d'acceptation, les arbitres nommés reconnaîtraient avoir connaissance du Code et s'y conformer.

Au niveau international, nombreuses sont les instances juridictionnelles permanentes (Cour pénale internationale, Cour européenne des droits de l'homme) ou arbitrales¹² à s'être dotées d'instruments de ce type. D'importants travaux sont en cours sous l'égide de la CNUDCI et du CIRDI en vue d'un *Code de conduite pour les personnes appelées à trancher des différends entre Etats et investisseurs*¹³, dont l'ambition est de répondre aux nombreuses critiques qui sont adressées à cette forme de justice. Si le projet de texte n'est pas parfait, sa structure pourrait à tout le moins constituer une source d'inspiration. Y sont successivement abordés : l'indépendance et l'impartialité des arbitres (une série de comportements interdits sont mentionnés, par exemple l'utilisation d'une position pour la promotion d'intérêts privés), la limitation des rôles multiples, le devoir de diligence, d'autres obligations telles que le maintien de niveau, la courtoisie etc., les questions relatives à la communication avec les parties, la confidentialité, les obligations d'information, les honoraires et frais etc.

L'adoption d'un tel Code au niveau du TAS pourrait certes avoir pour conséquence la multiplication, sur son fondement, des demandes de récusation d'arbitres par des parties ainsi indirectement incitées à invoquer, à tort ou à raison, ce document. Mais, avec des standards élevés, et publics, en matière d'éthique arbitrale, cet instrument pourrait par ailleurs contribuer à la légitimité de l'arbitrage sportif et à la confiance des parties prenantes en cette justice dont la Cour européenne des droits de l'homme a établi qu'elle échappe dans de nombreux cas au libre-consentement de ses assujettis¹⁴.

¹¹ V. le document « Code of conduct – Background Paper : Double-hatting » établi par le CIRDI : [[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Double-Hatting_\(final\)_2021.02.25.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Double-Hatting_(final)_2021.02.25.pdf)].

¹² J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis, Paris, PUF, 2016, pp. 79-80.

¹³ Tous les documents relatifs au projet de Code sont disponibles sur le site de la CNUDCI : [<https://uncitral.un.org/fr/codeofconduct>].

¹⁴ CEDH, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, arrêt du 2 octobre 2018, §§ 115.