



Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive

Mathieu Maisonneuve, Sébastien Besson, Marcel Peltier, Antonio Rigozzi

► To cite this version:

Mathieu Maisonneuve, Sébastien Besson, Marcel Peltier, Antonio Rigozzi. Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive : Tribunal arbitral du sport, 2018/O/5794 & 5798, Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c/ International Association of Athletics Federations (IAAF), sentence du 30 avril 2019 ; Tribunal fédéral suisse, ordonnance 4A_248/2019 du 29 juillet 2019, Mokgadi Caster Semenya c/ IAAF. Revue de l'arbitrage, 2019. hal-02496689

HAL Id: hal-02496689

<https://hal.science/hal-02496689>

Submitted on 3 Mar 2020

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.

Chronique de jurisprudence arbitrale

en matière sportive

dirigée par

Mathieu MAISONNEUVE

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

avec les contributions de

Sébastien BESSON

*Professeur à l'Université de Neuchâtel
Avocat associé, Lévy Kaufmann-Kohler*

Marc PELTIER

Maître de conférences à l'Université Côte d'Azur

Antonio RIGOZZI

*Professeur à l'Université de Neuchâtel
Avocat associé, Lévy Kaufmann-Kohler*

PLAN

Introduction

I. – La compétence arbitrale

— Tribunal de première instance de Monaco, 21 mars 2019, *Elvan Abeylegesse c/ International Association of Athletics Federations (IAAF)*

— Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5356, *South African Football Association c/ Fédération internationale de football association (FIFA)*, *Fédération burkinabé de football*, *Fédération sénégalaise de football & Federação caboverdiana de futebol*, et 2017/A/5324, *Fédération burkinabé de Football c/ FIFA*, *South African Football Association*, *Fédération sénégalaise de football & Federação caboverdiana de futebol*, sentences du 31 octobre 2018

II. – Le tribunal arbitral

— Cour européenne des droits de l'homme, 2 octobre 2018, *Adrian Mutu & Claudia Pechstein c/ Suisse*, n^{os} 40575/10 et 67474/10

III. – La procédure arbitrale

— Tribunal arbitral du sport, 2018/A/5808, *AC Milan c/ Union des associations européennes de football (UEFA)*, sentence du 1^{er} octobre 2018, et 2019/A/6083 & 2019/A/6261, *AC Milan c/ UEFA*, sentence du 28 juin 2019

— Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5003, *Jérôme Valcke c/ Fédération internationale de football association (FIFA)*, sentence du 27 juillet 2018, et Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A_540/2018 du 7 mai 2019, *J. Valcke c/ FIFA*

IV. – Le droit applicable au fond

— Tribunal arbitral du sport, 2018/O/5794 & 5798, *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c/ IAAF*, sentence du 30 avril 2019, et Tribunal fédéral suisse, ordonnance 4A_248/2019 du 29 juillet 2019, *Mokgadi Caster Semenya c/ IAAF*

— Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5299, *Olympique Lyonnais c/ Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, sentence du 10 août 2018

V. – La sentence arbitrale et les voies de recours

— Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A_238/2018 du 12 septembre 2018, *Club A. c/ B.*

I. – LA COMPÉTENCE ARBITRALE

— Tribunal de première instance de Monaco, 21 mars 2019, *Elvan Abeylegesse c/ Association internationale des fédérations d'athlétisme (IAAF)* : validité des clauses TAS ; droit monégasque ; arbitrage international ; autonomie de la clause compromissoire ; ordre public ; convention de New York ; commune volonté des parties ; langue de la convention d'arbitrage

Les décisions de justice autres que suisses sur la validité des clauses compromissoires en faveur du Tribunal arbitral du sport (TAS) sont suffisamment rares pour que le jugement rendu par le Tribunal de

IV. – LE DROIT APPLICABLE AU FOND

— Tribunal arbitral du sport, 2018/O/5794 & 5798, *Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa c/ International Association of Athletics Federations (IAAF)*, sentence du 30 avril 2019 ; Tribunal fédéral suisse, ordonnance 4A_248/2019 du 29 juillet 2019, *Mokgadi Caster Semenya c/ IAAF* : « sexe sportif » ; intersexuation ; hyperandrogénie ; principe d'égalité ; discrimination ; contrôle de proportionnalité ; standard de preuve ; preuve scientifique ; droit au respect de la vie privée ; droit à l'intégrité physique et morale ; droit à la confidentialité des données personnelles ; responsabilité objective ; test de féminité ; traités internationaux sur les droits de l'homme ; ONU ; *amicus curiae* ; recours en annulation ; convention européenne des droits de l'homme ; dignité de la personne humaine ; droits de la personnalité ; contrôle de la violation de l'ordre public matériel ; mesures provisionnelles

L'affaire « Semenya » est l'une des plus sensibles que le Tribunal arbitral du sport (TAS) ait jamais eu à trancher. La logique sportive est fondée, sauf dans quelques rares disciplines entièrement mixtes (l'équitation et la voile principalement), sur la bicatégorisation sexuée des compétitions (catégorie féminine – catégorie masculine). Si, dans la majorité des cas, assigner un « sexe sportif » à un individu ne pose aucune difficulté, il existe toutefois des situations plus complexes. La sentence rendue dans la présente affaire prend position sur la légalité de la « binarisation » d'une partie de cette complexité par la *lex sportiva* : celle concernant le « sexe sportif » de femmes biologiquement intersexuées (sur les aspects non strictement juridiques, v. A. Bohuon, *Catégorie « dames ». Le test de féminité dans les compétitions sportives*, Éditions iX, 2012).

Madame Caster Semenya est une athlète sud-africaine, triple championne du monde (2009, 2011 et 2017) et double championne olympique (2012 et 2016) du 800 mètres dans la catégorie féminine. Elle « est une femme. A la naissance, il a été décidé qu'elle était de sexe féminin, donc elle est née femme. Elle a été élevée en tant que femme. Elle a vécu en tant que femme. Elle a couru en tant que femme. Elle est — et a toujours été — reconnue en droit comme étant une femme et a toujours été identifiée comme étant une femme » (§ 454 de la sentence commentée (14)). A la suite de sa victoire aux Mondiaux de 2009 à l'âge de 18 ans, son droit de concourir avec les autres femmes a pourtant été limité par la Fédération internationale d'athlétisme (IAAF) au motif qu'elle présentait certaines caractéristiques biologiques la rapprochant des normes masculines (15). Sa participation à des

(14) Dans le cadre du présent commentaire, toutes les citations de la sentence sont des traductions libres de l'anglais.

(15) D'après les informations révélées par la presse, elle présenterait une ambiguïté sexuelle liée à un caryotype 46XY associé à un déficit en 5 α -réductase de type 2 avec présence de testicules intra-abdominaux et en conséquence une hyperandrogénie.

compétitions internationales sur ses distances de prédilection a ainsi été conditionnée par l'IAAF à une baisse de son taux sanguin de testostérone : d'abord sur la base de son règlement de 2006 sur « *la vérification de genre* » (*IAAF policy on gender verification*) ; puis sur le fondement de son règlement de 2011 « *régissant la qualification des femmes présentant une hyperandrogénie pour leur participation dans les compétitions de féminines* », jusqu'à ce qu'il soit suspendu par le TAS en 2015 (2014/A/3759, *Dutee Chand c/ IAAF*, sentence intérimaire du 24 juillet 2015 : *Rev. arb.*, 2016.31, note F. Latty ; « Le TAS et le principe de précaution normative », *LPA*, 4 juillet 2016, p. 9, note J.-M. Marmayou). Le 23 avril 2018, l'IAAF l'a finalement remplacé par un nouveau règlement « *régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel)* » qui devait initialement entrer en vigueur le 1^{er} novembre 2018. C'est sur la légalité de ce règlement que, sur requêtes de Madame Semenya (déposée le 18 juin) et de sa fédération nationale (le 25 juin), la formation arbitrale (16) a, en l'espèce, conjointement statué le 30 avril 2019.

Techniquement, le règlement contesté concerne les personnes intersexuées avec un chromosome 46XY (et non XX) qui, en conséquence, présentent un taux de testostérone supérieur à 5 nanomoles par litre de sang, à condition toutefois de posséder une sensibilité suffisante aux androgènes. Il vise la participation aux épreuves de course sur des distances comprises entre 400 mètres et un mile se déroulant dans le cadre de compétitions internationales, ainsi que l'homologation des records du monde sur ces épreuves dans le cadre de compétitions non internationales. Il prévoit que, pour pouvoir participer à ces épreuves ou pour voir un éventuel record du monde homologué sur ces distances, les personnes concernées doivent légalement être de sexe féminin ou intersexe, et, surtout, préalablement abaisser leur taux sanguin de testostérone en dessous d'un seuil autorisé pendant une période ininterrompue d'au moins six mois puis le maintenir ensuite constamment sous ce seuil. A défaut, ces personnes disposeraient, selon l'IAAF, d'un avantage physique par rapport aux autres athlètes qui aurait nécessairement pour effet de fausser la compétition.

Dans son principe même, un tel règlement interpelle, voire dérange, quand bien même il constitue un certain « progrès » par rapport aux

(16) Deux des trois arbitres, dont la présidente du tribunal, formaient déjà le panel dans l'affaire *Dutee Chand* (A. Bennett et H. Nater). La fédération sud-africaine d'athlétisme a demandé en vain leur récusation pour ce motif. Certes, le cas où un arbitre « *est intervenu au cours des trois dernières années en tant qu'arbitre dans un autre arbitrage portant sur une question similaire et impliquant l'une des parties* » figure dans la « *liste orange* » des lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international. Néanmoins, ici, outre que le règlement contesté n'était pas tout à fait le même dans les deux affaires, la formation arbitrale n'avait pas eu à trancher au fond la requête de Madame Chand. Après avoir provisoirement suspendu le règlement contesté par une sentence partielle, dans l'attente d'éventuelles nouvelles preuves scientifiques, la formation arbitrale s'est finalement bornée à constater que l'IAAF avait abrogé le règlement contesté pour le remplacer par un autre.

textes qui l'ont précédés (sur ceux-ci, v. A. Bohuon, *Catégorie « dames », op. cit.*). L'autonomie normative reconnue aux institutions sportives peut-elle aller jusqu'à admettre qu'il puisse exister un « sexe sportif » qui ne soit pas totalement aligné sur le sexe légal comme on accepte qu'il puisse exister une nationalité sportive déconnectée de la nationalité étatique (17) ? Exclure *a priori* des catégories sportives féminines des personnes qui sont pourtant reconnues en droit comme étant de sexe féminin et qui s'identifient comme étant de genre féminin ne reviendrait-il pas, ne serait-ce qu'implicitement, à leur dénier le statut de « vraies » femmes (v. C. Louveau, « Qu'est-ce qu'une vraie femme pour le monde du sport », in L. Laufer et F. Rochefort (dir.), *Qu'est-ce que le genre ?*, Payot, 2014, p. 103) ? Les contrôles de « féminité sportive » n'étant ni systématiques ni totalement aléatoires, la décision de procéder à des investigations sur une athlète donnée, en dehors des cas de soupçons de dopage, ne laisse-t-elle pas trop de place aux stéréotypes de genre concernant le corps des femmes lorsque, comme c'est encore possible, cette décision repose sur des doutes visuels (v. J. Butler, « Athletic Genders : Hyperbolic Instance and/or the Overcoming of Sexual Binarism », *Stanford Humanities Review*, 1998, vol. 6.2, p. 103, trad. fr. M. Ploux, in *Cahiers du genre*, n° 29, 2000, p. 33) ? Moralement, est-il tout simplement acceptable de pointer du doigt une personne seulement pour ce qu'elle est et a toujours été ? Comme le souligne la formation arbitrale, « ce n'est pas une affaire de triche ou concernant un acte répréhensible d'aucune sorte » (sentence, § 468). Ce n'est même pas une question de changement sexe. Ce n'est pas plus moralement condamnable, mais c'est simplement l'objet d'un autre règlement (*IAAF regulations governing eligibility of athletes who have undergone sex reassignment to compete in women's competition 2011*).

A supposer que le prétendu avantage compétitif dont disposeraient les personnes concernées par le règlement contesté puisse être scientifiquement prouvé, n'y aurait-il pas en tout état de cause une forme d'injustice, ou même de sexisme (sur la question, v. B. Barbusse, *Du sexisme dans le sport*, Anamosa, 2016), à les en priver alors qu'il existerait bien d'autres avantages naturels qui ne seraient pas réglementés (la taille au basketball, le rythme cardiaque en cyclisme, etc.) ? Est-il éthiquement acceptable de forcer une personne à suivre un traitement médical que sa santé ne nécessite pas (18) ? Refuser un tel

(17) V. J.-P. Dubey, « Nationalité sportive : une notion autonome », in D. Oswald (dir.), *La nationalité dans le sport. Enjeux et problèmes*, CIES Éditions, Neuchâtel, 2006, p. 31 ; J. Guillaumé, « L'autonomie de la nationalité sportive », *JDI*, 2011, p. 313 ; P. Collomb, « Qu'est-ce qu'une équipe nationale ? », in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et coupe du monde*, Economica, 2011, p. 43 ; F. Marchadier, « Nationalité sportive du binational (I) : le choix s'impose », *Jurisport*, 2014, n° 140, p. 36, et « Nationalité sportive du binational (II) : des possibilités de changement limitées », *Ibid.*, n° 141, p. 39 ; Y. Hafner, « La nationalité sportive et les Jeux Olympiques », in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et olympisme*, PUAM, 2015, p. 81.

(18) L'Association médicale mondiale a ainsi recommandé aux médecins de ne pas appliquer les conditions de l'IAAF portant sur l'admissibilité des athlètes féminines (communiqué de presse du 2 mai 2019).

traitement, c'est en effet renoncer à toute carrière au plus haut niveau international, en tout cas sur les distances concernées. Si le règlement offre bien la possibilité de préférer prendre part aux épreuves équivalentes des compétitions internationales masculines plutôt que d'abaisser son taux de testostérone, il s'agit d'une alternative qui n'en est en réalité pas une. Une athlète qui ferait ce choix n'aurait aucune chance de victoire. Caster Semenya par exemple, qui est pourtant la 4^e meilleure performeuse mondiale de tous les temps sur 800 mètres dans la catégorie féminine (1 mn 54 s 25), serait ainsi très loin d'atteindre ne serait-ce que les minimas fixés par l'IAAF pour se qualifier aux Jeux olympiques de Tokyo en 2020 sur cette distance dans la catégorie masculine (1 mn 45 s 20).

La sentence rendue, longue de 163 pages, ne répond que partiellement à toutes ces interrogations ou, plus exactement, n'y répond que d'un point de vue que la formation arbitrale a voulu exclusivement juridictionnel : *« la formation est consciente qu'examiner ces questions, ne revient pas à agir comme un décideur politique ou une autorité réglementaire. Il n'est ni nécessaire ni approprié pour la formation de se mettre à la place de l'IAAF en déterminant comment elle aurait abordé les questions posées si elle avait été elle-même chargée d'élaborer une politique ou d'édicter des règles. Sa fonction est en effet uniquement une fonction judiciaire. La formation doit trancher les questions de droit litigieuses sur la base du test juridique applicable et par référence aux moyens et aux preuves recevables du dossier de cette instance. Même si cela suppose inévitablement de prendre en considération des arguments et des preuves d'ordre politique ou scientifique, la formation doit être consciente de son rôle judiciaire et des limites de ce rôle »* (sentence, § 469). Bien sûr, le raisonnement juridictionnel n'exclut pas toute subjectivité, mais il est heureux qu'elle soit au moins bornée par le cadre du procès. Si on peut parfaitement critiquer la sentence rendue, on ne saurait en revanche faire le reproche à la formation arbitrale d'avoir ainsi limité le débat. Les arbitres sont des juges, ni plus ni moins.

Les bornes auraient toutefois pu être déplacées si les demandeurs avaient accepté la proposition de la formation arbitrale de l'autoriser à statuer en équité. C'était une possibilité offerte par l'article R45 du règlement de procédure du TAS, applicable en l'espèce, dans la mesure où il s'agissait d'un arbitrage soumis à la procédure ordinaire du TAS, et non à sa procédure d'appel. Selon la jurisprudence de l'institution, seuls les recours contre des décisions individuelles, à l'exclusion donc de ceux contre des actes réglementaires, relèvent en effet de cette dernière (v. notamment TAS, 2007/A/1373, *FINA c/ R. Gusmão & al.*, sentence du 9 mai 2008, § 8.2 : *Rev. arb.*, 2008.555, note. C. Chaussard ; TAS, 2008/A/1564, *AMA c/ IHF & F. Bush*, sentence du 23 juin 2009 : *Rev. arb.*, 2009.609, note M. Peltier ; TAS, 2010/A/2401, *Fédération bulgare de boxe c/ Confédération européenne de boxe*, sentence du 7 juin 2011 : *Rev. arb.*, 2011.818, note M. Peltier). C'est donc uniquement en droit que la formation arbitrale a statué sur l'affaire *Semenya*.

Sur la base de quel(s) droit(s) ? Formellement, le droit applicable au fond choisi par les parties était, selon les arbitres, « *les statuts et règlements de l'IAAF en liaison avec la Charte olympique ainsi que subsidiairement, si nécessaire, le droit monégasque* » (sentence, § 424), l'IAAF ayant son siège à Monaco. Matériellement, c'est au seul principe général d'égalité de traitement que la formation arbitrale a directement confronté le règlement contesté. Elle en a conclu qu'il ne le méconnaissait pas, au terme d'un contrôle exigeant dans sa structure, à défaut de l'être nécessairement dans son intensité. En outre, si pour parvenir à cette conclusion, les arbitres ont aussi parfois pris en considération la prétendue violation d'autres droits fondamentaux, ce ne fut jamais que comme élément pour déterminer si le principe général d'égalité était méconnu ou non ; pas comme des violations potentiellement susceptibles d'invalider par elles-mêmes le règlement attaqué : en somme, le principe d'égalité, tout le principe général d'égalité, mais rien que le principe général d'égalité.

I. Le principe d'égalité, tout le principe général d'égalité. Au terme d'une analyse détaillée, la majorité des arbitres est parvenue à la conclusion suivante : le règlement de l'IAAF sur les athlètes présentant des différences de développement sexuel « *est discriminatoire mais [...], sur la base des preuves soumises à la formation, une telle discrimination constitue un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'atteindre l'objectif de ce qui est décrit comme l'intégrité de l'athlétisme féminin et la préservation de la "catégorie protégée" des athlètes féminines dans certaines épreuves* » (sentence, § 626). Cette formulation a pu être la source d'incompréhensions. En qualifiant la mesure contestée de « *discriminatoire* », la formation a pu donner l'impression qu'elle avait validé une mesure contraire au principe d'égalité et que, ce faisant, elle aurait fait peu de cas de ce dernier. S'il est vrai que la notion de discrimination est parfois utilisée pour désigner une différence de traitement illégale, elle l'a été ici au sens plus neutre de différence juridique de traitement basée sur une ou des « *caractéristiques protégées* » (v. sentence, §§ 547-548). Ainsi, loin d'indiquer que la formation arbitrale serait passée outre le principe d'égalité, la formule précitée traduit à l'inverse, non seulement que la mesure contestée a été jugée conforme au principe d'égalité, mais qu'en plus ce contrôle de conformité a été effectué selon une méthode conceptuellement rigoureuse. En droit, le principe d'égalité n'est en effet pas synonyme d'identité de traitement. Il peut classiquement s'accommoder de différences de traitement dès lors que celles-ci sont justifiées (19). C'est ce que les arbitres ont estimé. On peut éventuellement critiquer la

(19) Il existe même certaines lois nationales, à l'image de la loi australienne sur la discrimination sexuelle de 1984 modifiée, qui prennent spécialement soin de lever toute ambiguïté concernant les différences de traitement du type de celles instaurées par l'IAAF : « *rien dans la division 1 ou 2 [de la présente loi] ne rend illégal le fait de discriminer sur la base du sexe, de l'identité de genre ou du statut d'intersexe pour interdire à des personnes de participer à des compétitions sportives dans lesquelles la force, l'endurance ou le physique des compétiteurs est pertinent* » (art. 42, traduction libre de l'anglais).

conclusion à laquelle ils sont parvenus. On ne saurait en revanche leur reprocher d'y être parvenu au prix d'une mise à l'écart juridique du principe d'égalité. On saurait d'autant moins le leur reprocher que la rigueur de la méthode utilisée pour apprécier les justifications avancées tranche avec les incertitudes qui caractérisent d'ordinaire le test d'égalité dans la jurisprudence du TAS.

Dans la plupart des cas, qui, il est vrai, concerne moins la légalité d'actes réglementaires que de décisions individuelles d'application, les arbitres se contentent de faire application du principe d'égalité sans plus de précision sur les conditions de son respect : ni sur la charge de la preuve ; ni sur ce qui constitue un traitement juridique différent ; ni sur ce qui est susceptible de le justifier. Si, dans de rares sentences, il est arrivé qu'il soit fait mention des caractères raisonnable et/ou proportionné qu'une différence de traitement devrait présenter pour être considérée comme justifiée, ce n'était en tout état de cause ni dénué d'ambiguïté (v. TAS JO, 00/004, *Comité olympique congolais et Jesus Kibunde c/ Association internationale de boxe amateur (AIBA)*, sentence du 18 septembre 2000, *Rec. TAS*, II, p. 623, §§ 12-13, où la question de la proportionnalité de la mesure est moins posée sous l'angle du principe d'égalité que sous l'angle d'un principe distinct de proportionnalité), ni destiné à dégager un standard de contrôle (v. par exemple TAS, 2008/O/1455, *Boxing Australia c/ AIBA*, sentence du 16 avril 2008, § 41, où les caractères raisonnable et proportionné sont mentionnés en incise ; v. également TAS, 98/200, *AEK Athènes & SK Slavia Prague c/ UEFA*, sentence du 20 août 1999, § 66, où le caractère proportionné est abordé à titre surabondant). Lorsque, tout aussi rarement, la question de la charge de la preuve est abordée, c'est par référence à la règle générale selon laquelle celle-ci pèse sur le demandeur, sans distinguer entre la preuve de l'existence d'une différence juridique de traitement et la preuve que cette différence est justifiée ou ne l'est pas (v. TAS, 2013/A/3297, *Football Club Metalist c/ UEFA*, sentence du 29 novembre 2013, § 8.42 ; TAS, 2016/A/4692, *Kardemir Karabükspor Kulübü Dernegi c/ UEFA*, sentence du 26 janvier 2017, §§ 7.29-30).

Dans la lignée de la sentence *Dutee Chand* (préc.), la sentence commentée consacre l'usage d'une méthode de contrôle claire. Tout d'abord, existe-t-il à première vue une discrimination, c'est-à-dire une différence juridique de traitement ? C'est au demandeur d'en apporter la preuve. S'il y parvient, ce sera alors ensuite au défendeur de prouver que cette discrimination est justifiée, c'est-à-dire qu'elle répond cumulativement aux trois conditions suivantes : être nécessaire, raisonnable et proportionnée par rapport à un objectif légitime. Il s'agit d'une méthode que la formation présente comme « communément admise » (sentence, § 548), sans la rattacher au droit applicable au litige ni à un droit particulier. Tant sur la répartition de la charge de la preuve que sur l'appréciation de la justification, il est exact que la méthode exposée correspond peu ou prou aux standards jurisprudentiels en

matière de contrôle des discriminations, notamment à ceux de la Cour européenne des droits de l'homme (pour une synthèse, v. C. Gauthier, S. Platon et D. Szymczack, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, 2017, §§ 418 et s.). Néanmoins, que la méthode soit irréprochable dans sa structure ne suffit pas nécessairement à garantir que le contrôle exercé soit en réalité strict. Cela dépend aussi et surtout du niveau de preuve exigé ainsi que du degré de nécessité, de « raisonnabilité » et de proportionnalité à atteindre. Le débat sur le test d'égalité pratiqué dans la sentence *Semenya* se situe avant tout là.

1. S'agissant de l'existence *prima facie* d'une discrimination, alors qu'elle n'avait pas cherché à prétendre le contraire dans l'affaire *Dutee Chand* au sujet de son ancien règlement sur l'hyperandrogénisme, l'IAAF a cette fois tenté de nier que son nouveau règlement fût, même de prime abord, constitutif d'une discrimination. Selon elle, il n'aurait ni pour but ni pour effet de traiter différemment des situations similaires, mais de traiter différemment des situations différentes (sentence, § 545). L'idée qu'une différence juridique de traitement entre des personnes placées dans des situations différentes ne mérite pas la qualification de discrimination n'est pas absurde. Elle peut, dans une certaine mesure, se réclamer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (v. par ex. arrêt du 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, § 44 : le principe d'égalité « protège les individus ou groupements placés dans une situation comparable ») et du TAS lui-même (TAS JO, 00/004, *J. Kibunde & autre c/ AIBA*, préc., § 12 : « Le principe d'égalité de traitement commande que des situations similaires soient traitées de la même manière et, a contrario, que des situations différentes soient traitées de manière différente » ; TAS, 2013/A/3297, *Football Club Metalist c/ UEFA*, préc., § 8.39 : « le principe d'égalité de traitement n'est violé que lorsque deux situations similaires sont traitées de manière différente » (traduction libre de l'anglais)).

La formation arbitrale n'a toutefois pas eu besoin de s'engager sur le terrain de la « similarité » des situations concernées : celle des athlètes intersexuées visées par le règlement attaqué et celle des autres femmes athlètes. Traiter de manière différente des personnes placées dans des situations similaires n'est en effet pas la seule forme de discrimination. Une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle protégée mérite en effet également cette qualification sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur les situations concernées. En l'espèce, les arbitres ont estimé que tel était doublement le cas du traitement différencié consacré par le règlement contesté : d'une part parce qu'il distingue sur le fondement du « sexe légal » (§ 547(d)), les athlètes de sexe masculin n'entrant pas dans son champ d'application, à la différence des athlètes de sexe féminin ou neutre ; d'autre part parce qu'il distingue sur le fondement de « caractéristiques biologiques innées » (*id.*), le règlement n'imposant des conditions particulières de participation qu'aux seules athlètes intersexuées ayant un chromosome 46 XY associé à une hyperandrogénie en découlant.

Le fait que le sexe constitue une caractéristique personnelle protégée ne souffre pas la moindre contestation. Il s'agit d'un critère de distinction dont de nombreux textes nationaux et internationaux prohibent *a priori* expressément l'usage, y compris des textes sportifs, à commencer par le 6^e principe fondamental de la Charte olympique, au même titre, concernant ce dernier, que « *la race, la couleur, [...] la langue, l'orientation sexuelle, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance* ». C'était aussi le cas des statuts de l'IAAF au moment où le règlement contesté a été adopté (art. 4.4). Ce n'est en revanche plus le cas depuis le 1^{er} janvier 2019, ces statuts consacrant désormais le droit de chacun de participer à l'athlétisme « *sans discrimination aucune* » sans autre précision (art. 4.1j). Considérer également les caractéristiques biologiques innées comme une caractéristique personnelle protégée ne fait guère plus de doutes. Même si les textes la mentionnant expressément sont plus rares, ils sont loin d'être inexistantes (art. 6 de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme ; art. 11 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine ; art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; etc.) et il s'agit de toute façon d'un critère de distinction que l'esprit commande d'intégrer aux listes ouvertes de critère suspects que contiennent des textes plus généraux sur la non-discrimination. Il en va de même du handicap. Néanmoins, les deux fois où le TAS a été saisi de mesures prétendument discriminatoires sur ce fondement, les arbitres ont préféré apprécier leur légalité au regard de textes condamnant spécialement de telles discriminations (la section 1 du Code des droits humains de l'Ontario *in* TAS, 2007/A/1312, *Jeffrey Adams c/ Centre canadien pour l'éthique dans le sport*, sentence du 16 mai 2008, §§ 20 et s. ; la convention internationale relative aux droits des personnes handicapées *in* TAS, 2008/A/1480, *Pistorius c/ IAAF*, sentence du 16 mai 2008, §§ 24 et s.), plutôt qu'au regard du principe général d'égalité.

2. S'agissant du caractère nécessaire de la discrimination, la formation arbitrale l'a admis en suivant le raisonnement ci-après. Premièrement, « *assurer une concurrence loyale dans la catégorie féminine des compétitions d'athlétisme d'élite est un objectif légitime* » (sentence, § 556), ce qui n'était pas contesté. Deuxièmement, « *une fois que la légitimité d'avoir des catégories séparées de compétitions masculines et féminines est reconnue* », ce qui n'était pas non plus remis en cause par les parties, « *il s'ensuit inévitablement qu'il est nécessaire d'imaginer un moyen objectif, juste et effectif de déterminer quels individus peuvent ou non participer dans ces catégories* » (sentence, § 557). Troisièmement, « *le but de la division homme-femme dans les compétitions d'athlétisme n'est pas d'éviter aux athlètes de sexe légalement féminin d'avoir à concourir contre des athlètes de sexe légalement masculin. Ni d'éviter aux athlètes dont l'identité de genre est féminin d'avoir à concourir contre des athlètes dont l'identité de genre est masculin. Il est plutôt d'éviter aux individus dont les corps se sont développés d'une certaine façon après la puberté d'avoir à concourir* ».

contre des individus qui, du fait que leurs corps se sont développés d'une façon différente après la puberté, possèdent certains traits physiques leur donnant un avantage compétitif si significatif que toute compétition juste entre les deux groupes ne serait pas possible » (sentence, § 559). Quatrièmement, dans ces conditions, « *il peut être légitime de restreindre le droit de participer dans la catégorie féminine par référence à ces facteurs biologiques plutôt que par référence au sexe légal seul* » (sentence, § 560). Certes, « *dans la plupart des cas, le premier groupe comprend des individus avec un sexe légal féminin et une identité de genre féminine, tandis que le second groupe comprend des individus avec un sexe légal masculin et une identité de genre masculine. Néanmoins, ce n'est pas vrai dans tous les cas. La biologie humaine ne correspond pas parfaitement au statut légal et à l'identité de genre* » (sentence, § 559). En effet, « *le fait qu'une personne soit reconnue en droit comme une femme et s'identifie comme une femme ne signifie pas nécessairement qu'elle ne dispose pas [des] avantages compétitifs insurmontables associés à certaines caractéristiques biologiques qui prédominent chez les individus qui sont généralement (mais pas toujours) reconnus en droit comme des hommes et qui s'identifient comme des hommes. C'est la biologie humaine, pas le statut légal ou l'identité de genre, qui détermine fondamentalement quels individus possèdent les traits physiques qui confèrent cet avantage insurmontable et ceux qui ne les possèdent pas* » (sentence, § 558). Cinquièmement, le fait que les athlètes avec un chromosome 46 XY concernées par le règlement contesté aurait un avantage sportif suffisamment significatif sur les athlètes féminines ayant un chromosome 46 XX serait scientifiquement convaincant. Il existerait un lien de causalité entre, d'un côté, le taux de testostérone et, d'un autre côté, la puissance et la taille des muscles ainsi que le taux d'hémoglobine circulante, de nature à donner aux athlètes visées un avantage compétitif si grand sur les autres femmes qu'il serait justifié de restreindre le droit de ces athlètes de participer aux compétitions féminines. En conclusion, la majorité de la formation a estimé que l'IAAF s'était acquittée de la charge qui pesait sur elle de prouver que le règlement limitant le droit des athlètes en question de participer à certaines épreuves était nécessaire pour préserver la loyauté des compétitions féminines en garantissant que les athlètes féminines qui ne jouissent pas de l'avantage compétitif significatif causé par l'exposition à des niveaux de testostérone circulante entrant dans l'éventail de celui des hommes adultes n'aient pas à concourir contre des athlètes féminines qui ne jouissent pas de cet avantage (sentence, § 580).

Si la logique de ce raisonnement peut apparaître implacable, sa pertinence dépend toutefois largement de la réponse à une question scientifique qui ne fait pas l'unanimité : celle de l'avantage compétitif significatif dont disposeraient les athlètes visées par le règlement attaqué par rapport aux autres athlètes féminines. Il n'entre ni dans l'objet de cette chronique ni dans les compétences de l'auteur de ces lignes de revenir en détail sur cette question et encore moins de prendre

position. On peut en revanche constater que la formation arbitrale n'a pas soumis l'IAAF à un niveau de preuve particulièrement exigeant.

Dans la sentence *Chand* (préc.), la formation avait opté pour un standard de preuve situé quelque part entre le plus bas des trois standards classiques de la *Common Law* – celui de la prépondérance des probabilités (*balance of probabilities*) – et le standard intermédiaire – celui de la satisfaction confortable du tribunal (*comfortable satisfaction*) : le standard de la prépondérance des probabilités avec la contrainte supplémentaire, au motif qu'il était en cause une discrimination concernant un droit présenté comme fondamental (le droit de participer à des compétitions sportives), de devoir prouver positivement ses dires (sentence, § 447). Dans la sentence commentée, en estimant que l'IAAF avait cette fois atteint le niveau de preuve attendu d'elle, la formation arbitrale a semble-t-il implicitement fait le même choix. Pour se décharger du fardeau de la preuve pesant sur elle, l'IAAF s'appuyait principalement sur deux études : l'une scientifique proprement dite (D. J. Handelsman et al. « *Circulating testosterone as the hormonal basis of sex differences in athletic performance* », *Endocrine Reviews*, 2018, vol. 39, n° 5, pp. 803-829), l'autre simplement observationnelle (S. Berman et P.-Y. Garnier, « *Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry and competition results in elite female athletes* », *British Journal of Sports Medicine*, 2017, vol. 51, n° 17, pp. 1309-1314). Compte tenu du nombre réduit d'études produites et des critiques dont elles ont fait l'objet de la part de certains experts, il paraît difficile de considérer que la formation a exigé plus qu'une prépondérance des probabilités favorable à la thèse de l'IAAF.

Au-delà du principe même du standard de preuve applicable, on peut même se demander si la formation arbitrale ne s'est pas montrée moins exigeante que dans l'affaire *Chand* concernant la mise en œuvre concrète de ce standard. Dans l'affaire *Chand*, elle semblait exiger que l'avantage compétitif dont disposeraient les athlètes visées par la réglementation contestée soit relativement proche de l'avantage naturel de l'ordre de 10-12 % dont disposeraient les athlètes d'élite de la catégorie masculine par rapport aux mêmes athlètes de la catégorie féminine. La formation avait en tout cas clairement exclu qu'un avantage de 1 % puisse constituer un avantage suffisamment significatif pour restreindre leur droit à participer aux compétitions féminines (sentence, § 527). Dans la sentence *Semenya*, elle s'est contentée d'exiger un avantage compétitif significatif par rapport aux autres femmes sans qu'il soit nécessaire qu'il se rapproche de l'avantage compétitif dont bénéficieraient les hommes. Elle a même semblé admettre qu'il puisse en être très loin, en laissant entendre que, pour le 800 mètres, un avantage de 1,6 % pourrait suffire à rendre nécessaire la réglementation attaquée (sentence, §§ 576-578).

3. S'agissant du caractère raisonnable de la discrimination, le critère commandait de déterminer si les restrictions imposées par le règlement contesté étaient « *rationnellement en lien avec leur objectif de garantir la*

loyauté des compétitions féminines dans l'athlétisme d'élite » (sentence, § 538). La majorité de la formation a succinctement estimé que tel était le cas, pour les mêmes raisons que celles développées au stade du critère de la nécessité. En somme, si les athlètes visées ont naturellement un avantage compétitif significatif par rapport aux autres femmes, la discrimination est autant nécessaire que raisonnable. Tout au plus la formation a-t-elle relevé, pour conclure plus spécifiquement à sa « *raisonnabilité* », qu'elle ne concernait pas toutes les épreuves d'athlétisme, mais seulement celles reliées à des preuves tendant à démontrer un avantage concret, ce qui n'est cette fois pas sans créer de la confusion avec le critère de la proportionnalité.

Il y avait en revanche un point qui pouvait poser problème sous l'angle spécifique de la « *raisonnabilité* » et que la formation arbitrale n'a pas abordé ici, mais seulement au stade de l'appréciation des preuves scientifiques. C'était celui de savoir s'il n'y avait pas d'autres différences naturelles que celle prise en compte par le règlement attaqué qui pourraient expliquer l'avantage compétitif dont bénéficieraient les athlètes masculins par rapport aux athlètes féminines. En effet, si cette différence n'est qu'une parmi d'autres, il y aurait quelque chose de déraisonnable, voire d'arbitraire, à se focaliser sur elle. Que diverses différences génétiques puissent constituer des facteurs déterminants du succès athlétique, comme le soutenait Madame Semenya (sentence, § 561), ne fait guère de doutes. La taille d'un athlète et/ou son type de fibres musculaires sont des exemples de caractéristiques innées susceptibles de l'avantager, de manière variable selon les disciplines sportives, par rapport à ses concurrents. La raison commanderait-elle, si l'on veut s'attaquer à l'avantage des femmes visées par le règlement contesté, de limiter aussi les avantages innés dont disposeraient d'autres athlètes ? Faudrait-il, lorsque c'est possible, soumettre leur participation aux compétitions à la réduction de cet avantage ou, à défaut, créer des sous-catégories de compétitions ?

La formation arbitrale a refusé de se laisser entraîner sur ce chemin glissant (J. Entine, *Taboo: Why Black Athletes Dominate Sports And Why We're Afraid To Talk About It*, New York, Public affairs, 2001). Elle s'est contentée de s'interroger sur l'existence d'une éventuelle autre différence que celle prise en compte par le règlement attaqué pouvant expliquer l'avantage athlétique dont disposeraient les hommes par rapport aux femmes. Elle a estimé, sur la base d'une opinion émise par 42 experts internationaux en science et en médecine du sport, que « *la testostérone était le principal facteur de l'avantage physique et, dès lors, de la différence sexuelle dans les performances sportives, entre les hommes et les femmes* » (sentence, § 492). A supposer que ce soit le bien le cas, la formation n'aurait-elle pas dû malgré tout s'interroger sur l'existence d'éventuelles différences innées entre femmes non prises en compte, elles, par l'IAAF, pour se prononcer sur le caractère raisonnable du règlement contesté ? Si l'objectif légitime de ce règlement est d'une manière générale de garantir la loyauté des

compétitions féminines d'athlétisme, comme l'a écrit la formation arbitrale lorsqu'elle a présenté le critère de « raisonnabilité », cela aurait été logique, quitte à écarter les autres prétendus avantages faute, le cas échéant, de preuve scientifique. En revanche, si l'objectif légitime de ce règlement est plus précisément, comme cela ressort notamment de la conclusion de la sentence (sentence, § 626), d'éviter que les participantes aux épreuves féminines d'athlétisme n'aient à affronter des concurrentes disposant d'un avantage compétitif caractéristique du sexe biologique masculin, comme cela semble ressortir de l'esprit général de la sentence, il était alors justifié de se contenter de vérifier si la différence prise en compte était la seule qui ne soit pas « également accessible aux hommes et aux femmes » (sentence, § 563), comme le soutenait l'IAAF.

4. S'agissant du caractère proportionné de la discrimination, la formation a classiquement mis en balance les divers intérêts en présence afin de vérifier que la mesure contestée opérait entre eux une conciliation acceptable. Les intérêts avancés par l'IAAF pour justifier la mesure et acceptés par les arbitres sont connus. Il s'agit de « *l'intégrité de l'athlétisme féminin* », plus précisément de la préservation d'une « *catégorie protégée* » d'athlètes féminines dans certaines épreuves » (sentence, § 626) destinée à leur éviter d'avoir à concourir contre des adversaires ayant un « *sexe sportif* » masculin (sentence, § 462). C'est un intérêt qui rejoint l'objectif général de la protection des droits et libertés d'autrui que l'on retrouve classiquement dans les textes sur les droits de l'homme. Il s'agit d'un intérêt général sectoriel. Madame Semenya a tenté de lui opposer un intérêt plus vaste : celui des femmes dans la « *société en général* » (sentence, § 587). Les arbitres ont refusé de le prendre en considération, estimant qu'il n'était pas approprié de se livrer à un examen d'un possible impact du règlement contesté en dehors du segment de la société dont l'IAAF est responsable (sentence, § 589). Le contrôle de proportionnalité qu'elle a exercé l'a ainsi été au regard des seuls intérêts individuels des athlètes concernées par le règlement contesté. Ceux qui ont été mis balance peuvent être regroupés en deux catégories : ceux qui se rattachent au droit au respect de la vie privée, au sens large, et ceux qui se rattachent au droit de participer à des compétitions sportives.

Le premier droit, tel que l'interprète par exemple la Cour européenne des droits de l'homme, inclut entre autres le droit à l'intégrité physique et morale, ainsi que le droit à la confidentialité des données personnelles (v. notamment C. Gauthier, S. Platon et D. Szymczack, *Droit européen des droits de l'Homme*, op. cit., §§ 291 et s.). Tous trois ont indirectement été pris en compte par la formation arbitrale.

Que le règlement contesté soit porteur d'une forme d'atteinte à l'intégrité physique des athlètes entrant dans son champ d'application n'était pas vraiment contesté. Si les athlètes concernées veulent pouvoir continuer leur carrière internationale au plus haut niveau, elles n'ont en réalité d'autre choix que d'abaisser leur taux de testostérone en dessous

d'un certain seuil. Ni choisir de concourir sur leurs distances de prédilection dans les compétitions masculines, faute de toute chance de figurer parmi les meilleurs, ni même s'aligner en compétitions féminines sur d'autres distances, compte tenu de leurs chances bien plus limitées de l'emporter (le record personnel de Madame Semenya sur 2000 mètres, par exemple, la situe au niveau du record féminin d'Océanie et à près de 13 secondes du record du monde), ne constituent en effet de réelles alternatives. A défaut d'être totalement forcé en droit, l'abaissement de leur taux de testostérone par les athlètes concernées est au moins largement contraint en fait.

Cette atteinte à leur intégrité physique est-elle excessive ? Pour répondre à cette interrogation, la formation est partie du principe qu'un traitement hormonal sous la forme de pilules contraceptives était de nature à permettre de passer en dessous du seuil autorisé. Elle a expressément précisé qu'une autre analyse de la proportionnalité mériterait d'être entreprise dans le cas où un traitement à base d'agonistes de l'hormone de libération des gonadotrophines (GnRH agonists) serait nécessaire, et plus encore s'il fallait chirurgicalement pratiquer une gonadectomie (sentence, § 592). Si la prise de pilules contraceptives porte incontestablement une atteinte moins importante à l'intégrité physique, elle n'est pas pour autant totalement sans incidence sur la santé des individus. Madame Semenya se plaignait d'effets secondaires expérimentés dans le passé et la formation arbitrale admet que de tels effets peuvent effectivement se produire. Néanmoins, sur la base d'avis d'experts scientifiques, la formation estime, outre qu'ils ne sont pas systématiques, qu'il n'y a aucune raison de penser que ces effets seraient dans leur nature différents chez les athlètes intersexuées avec un chromosome 46 XY que chez les millions de femmes à chromosome 46 XX qui prennent des pilules contraceptives (sentence, § 598). Pour cette raison, l'atteinte à l'intégrité physique des athlètes concernées, même non librement consentie et pourtant à leurs frais (l'art. 3.17 du règlement précise que le coût du traitement est à la charge de l'athlète), n'excéderait pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi par le règlement.

Porterait-il alors une atteinte excessive à leur intégrité morale ? Selon les demandeurs, l'obligation faite aux athlètes ayant un taux élevé de testostérone de se soumettre à des examens intimes afin de déterminer leur degré de virilisation reviendrait à réintroduire une forme de test de féminité, susceptible de causer des blessures psychologiques (sentence, § 660). Il ne suffit en effet pas d'être une athlète hyperandrogène pour voir son droit de participer aux compétitions féminines réduit par le règlement de l'IAAF. Il faut aussi présenter une sensibilité suffisante aux androgènes, ce qui suppose un examen clinique intrusif, voire plusieurs en cas de contestations. Les demandeurs soutenaient également que la mise en œuvre du règlement contesté pouvait causer des blessures psychologiques à une athlète en lui révélant sa condition d'intersexuée lorsqu'elle l'ignorait jusque-là.

La formation ne s'est pas réellement prononcée sur le premier point. Elle n'a en effet pas répondu sur le principe même de l'examen de virilisation, mais seulement sur son caractère prétendument arbitraire, faute de critères objectifs (sentence, § 602). Selon elle, le degré de sensibilité aux androgènes ne serait pas difficile à évaluer pour un expert et le règlement prévoit de toute façon qu'en cas de difficultés le doute doit profiter à l'athlète (sentence, § 603). Faut-il en déduire que le principe de l'examen de virilisation ne poserait pas de problème dans la mesure où, une athlète qui présenterait un taux élevé de testostérone endogène, ce qui peut être établi par des analyses de laboratoire, pourrait accepter l'application du règlement en renonçant à un examen clinique qui pourrait éventuellement l'en exonérer ?

Sur le second point — la découverte d'une intersexuation chez un athlète qui l'ignorait — la formation a conclu à l'absence de disproportion du règlement contesté en relevant que des examens non sollicités pouvaient avoir pour effet bénéfique, d'une part, de lui permettre d'accéder à des informations médicales susceptibles de l'aider à prendre une décision éclairée au sujet d'un éventuel traitement médical et, d'autre part, de lui permettre d'être exonérée d'une accusation erronée de dopage à la testostérone (sentence, § 601).

Quant au risque que le statut biologique des athlètes concernées ne reste pas confidentiel, la formation a relevé qu'il s'agissait d'un « *effet négatif inévitable* » du règlement de l'IAAF (sentence, § 605). Indépendamment de toutes les précautions qui pourraient être prises, il y a en effet des cas où il ne sera pas difficile pour un observateur averti de comprendre par déduction la raison de l'absence d'une athlète à une compétition internationale. Pour autant, cela n'a pas été jugé suffisant, y compris associé à d'autres effets négatifs, pour constituer un contrepoids suffisant à l'objectif légitime poursuivi.

Le deuxième droit atteint par le règlement attaqué — le droit des athlètes intersexuées à participer aux compétitions internationales féminines d'athlétisme — que la formation a pris en considération pour en contrôler la proportionnalité l'a été sur la base de trois éléments : l'étendue des épreuves visées ; le seuil de testostérone conditionnant leur participation ; et la capacité des athlètes à se maintenir sous ce seuil.

Sur le premier élément, les demandeurs soutenaient que la liste des épreuves, laquelle inclut les épreuves allant du 400 mètres au mile, avait été établie de manière arbitraire. En effet, certaines épreuves pour lesquelles l'étude utilisée par l'IAAF mettait en évidence un avantage compétitif pour les athlètes intersexuées — le lancer de marteau et le saut à la perche — ne sont pas incluses dans la liste, alors que d'autres hors du champ de l'étude (le 1500 mètres et le mile) le sont. Selon l'IAAF, la non inclusion des deux premières épreuves s'expliquerait par sa volonté de retenir l'approche la plus restrictive possible et l'inclusion des deux dernières distances par l'existence d'autres éléments laissant

penser à l'existence d'un avantage compétitif en faveur des athlètes intersexuées. La formation a exprimé des réserves au sujet du 1 500 mètres et du mile, estimant que le prétendu avantage compétitif reposait sur une base au moins pour une part « *spéculative* » (sentence, § 609). La majorité des arbitres a néanmoins considéré que, même si la liste allait sans doute au-delà de ce qui était nécessaire, cela ne suffisait pas à remettre en cause la proportionnalité globale de la discrimination instituée.

Il est pourtant troublant que l'IAAF ait, d'un côté, fait le choix d'inclure certaines épreuves (le 1 500 mètres et le mile) en se fondant sur des preuves que la formation qualifie de « lacunaires » (sentence, § 623), et, d'un autre côté, décidé de ne pas inclure d'autres épreuves (le lancer de marteau et le saut à la perche) pour lesquelles elle disposait d'éléments plus solides prouvant un avantage compétitif supérieur à celui dont jouirait les athlètes intersexuées sur le 400 mètres et le 800 mètres : respectivement 4,53 % et 2,94 % contre 2,73 % et 1,78 % (sentence, § 338). De là à conclure que la logique ayant présidé à la constitution de la liste s'expliquerait moins par des éléments objectifs que par une volonté de cibler les épreuves où Madame Semenya est susceptible d'exceller, il n'y a qu'un pas, pas si éloigné du détournement de pouvoir ou de l'abus de droit, que la majorité de la formation arbitrale a refusé de franchir et même de suggérer.

Sur le deuxième élément, à savoir le seuil de testostérone à ne pas dépasser, la question était de savoir si la réduction de ce seuil de 10 nanomoles par litre de sang, comme le prévoyait le règlement dans l'affaire *Chand*, à 5 nmol/L, comme le prévoit le règlement contesté, n'était pas excessive. Le seuil de 10 correspondait au bas de l'échelle normale de testostérone chez les hommes. Le seuil de 5 correspondrait à un niveau qu'aucune femme avec un chromosome 46 XX ne pourrait dépasser (le taux normal est compris entre 0,06 et 1,68 nmol/L), y compris une femme présentant un syndrome des ovaires polykystiques, sauf cas de prise exogène ou tumeur des glandes surrénales ou des ovaires. Dans la mesure où la preuve aurait été apportée que le taux de testostérone avait un effet significatif sur les muscles et le taux d'hémoglobine dès 5 nmol/L, la formation arbitrale a estimé que ce seuil n'était pas arbitraire (sentence, § 611).

Sur le troisième et dernier élément, c'est-à-dire la possibilité en pratique de maintenir constamment son taux en dessous du seuil autorisé, les arbitres ont exprimé des « *inquiétudes* » (sentence, § 617) quant à de possibles variations non-intentionnelles. Ils ont estimé qu'il y avait « *un risque réel qu'une athlète puisse être disqualifiée — avec toutes les conséquences négatives que cela implique — bien qu'elle ait fait de son mieux pour se conformer consciencieusement au règlement* » de l'IAAF (sentence, § 615) : non seulement personne n'est à l'abri d'un simple oubli de pilule ou d'un problème gastro-entérique en diminuant les effets, mais, surtout, il n'est pas garanti qu'un traitement hormonal suivi à la perfection suffise à empêcher des pics de testostérone, comme

ceux que peut causer une réduction de la charge d'entraînement avant une grande compétition, conduisant ainsi à un dépassement du seuil autorisé (sentence, § 614). Un risque de dépassement involontaire peut d'autant moins être exclu qu'il n'existe pas de moyens pour un athlète de vérifier son taux en temps réel.

La formation arbitrale n'en a pourtant pas conclu au caractère disproportionné du règlement attaqué. En droit, elle a justifié sa position par le fait qu'elle avait à juger d'un texte qui n'était pas encore entré en vigueur et que ses potentielles difficultés pratiques de mise en œuvre, quoique probables, était pour le moment hypothétiques (sentence, § 619). Il est toutefois clair qu'une considération d'opportunité a joué. Quelques semaines avant que la sentence ne soit rendue, l'IAAF avait en effet amendé la version initiale de son règlement afin de limiter, voire de supprimer, le principe de responsabilité objective sur lequel il reposait jusque-là. Désormais, en cas de dépassement du seuil autorisé, « *l'athlète aura l'occasion de fournir toute explication ou tout commentaire qu'elle juge nécessaire avant qu'une mesure ne soit prise* » et, si le manager médical de l'IAAF est convaincu que ce dépassement était « *temporaire et involontaire* », l'IAAF n'imposera aucune période de suspension ni aucune annulation de résultats (art. 3.15). Sera-ce suffisant pour que des fédérations ou des entraîneurs, voulant éviter tout risque, n'incitent des athlètes, voire les contraignent, à subir des interventions chirurgicales ? L'enquête administrative décidée en octobre 2019 par les ministres français des sports et de la santé sur des cas de possibles mutilations sexuelles d'athlètes hyperandrogènes africaines datant de 2012 à la suite d'un reportage diffusé fin septembre par la chaîne de télévision allemande ARD et d'une lettre ouverte demandant des explications signée par 25 athlètes françaises, notamment parce qu'une consultation médicale aurait eu lieu à Nice, laisse à penser que de telles interventions non librement consenties pourraient ne pas relever du pur fantasme.

En définitive, le contrôle de la conformité du règlement attaqué au principe général d'égalité de traitement donne le sentiment que la formation a fait preuve de retenue. Une discrimination n'est certes pas nécessairement illégale du seul fait qu'elle repose sur une caractéristique protégée. C'est unanimement admis pour le critère du sexe. Même dans les quelques droits qui prohibent purement et simplement l'usage de certains critères, y compris pour créer des discriminations positives, celui du sexe n'en fait pas partie. La liste française se limite ainsi à la race, à la religion et à l'origine (art. 1^{er} de la Constitution). C'est vraisemblablement aussi le cas pour le critère biologique, physique ou génétique. Dans la plupart des droits, aucun critère n'est par avance condamné. Néanmoins, lorsque le critère en cause est par lui-même suspect, la légalité de la discrimination instaurée est soumise à un contrôle plus exigeant que lorsque le critère utilisé est un critère ordinaire. Aux États-Unis, par exemple, l'usage du critère racial est ainsi soumis à un contrôle strict (*strict scrutiny test*), et celui du critère du sexe à un contrôle intermédiaire (*intermediate scrutiny test*).

Ce n'est pas le choix qu'a fait la formation arbitrale dans l'affaire commentée. La nécessité de la discrimination a été acceptée sur la base d'un standard de preuve que l'on ne saurait qualifier de très élevé et le contrôle de proportionnalité exercé n'est pas allé jusqu'à un contrôle maximum. Ni la potentielle obligation de se soumettre à des examens de virilisation que la formation qualifie elle-même de « *gênant* » (sentence, § 601), ni la contrainte de suivre un traitement médicamenteux sans que la santé des athlètes concernées ne l'exige, ni le fait que le coût de ce traitement et de la preuve subséquente qu'elles respectent bien les conditions posées pèsent sur elles, ni les possibles effets secondaires de ce traitement, ni l'inévitable publicité donnée à leur statut biologique, ni le contenu *a minima* très discutable de la liste des épreuves qui leur sont *a priori* interdites, ni ces éléments pris ensemble, n'ont effet suffi à condamner la discrimination instaurée. Une absence de disproportion manifeste, voire une proportionnalité globalement satisfaisante, a été préférée à une proportionnalité étroite. Ce n'est pas forcément indéfendable. La formation s'en est expliquée à plusieurs reprises en rappelant ce qu'elle estimait être les limites de son rôle judiciaire. Il est vrai qu'entre un contrôle de proportionnalité exigeant et un contrôle d'opportunité, la frontière est parfois ténue. Il n'en reste pas moins qu'un autre choix aurait pu être fait. Il n'a pas été fait.

II. Le principe d'égalité, rien que le principe général d'égalité. La seule norme juridique à laquelle la formation arbitrale a directement et substantiellement confronté le règlement de l'IAAF sur les athlètes intersexués est le principe général d'égalité de traitement. Les moyens tirés de la violation d'autres normes juridiques (sentence, § 227) ont été examinés, soit de manière directe, mais sans se prononcer sur le fond, soit en se prononçant sur le fond, mais au terme d'un examen indirect, voire plus qu'indirect concernant l'atteinte à la dignité de la personne humaine.

1. Au nombre des moyens examinés directement, mais écartés sans examen au fond, et ainsi implicitement jugés irrecevables, figurait tout d'abord la violation des principes de non-discrimination prévus par divers instruments internationaux (notamment, d'après le § 227 de la sentence, l'article 1^{er} de la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes) et lois nationales (sans que la sentence ne permette de savoir exactement lesquelles). Le moyen avait reçu le soutien de l'Organisation des Nations Unies (ONU) agissant à titre d'*amicus curiae*. L'article R41.4 du Code TAS le permet désormais expressément et les formations arbitrales acceptent sans difficulté les mémoires déposés à ce titre lorsque l'affaire met en cause des intérêts publics (TAS, 2013/A/3393, *Genoa Cricket and Football Club c/ Juan Aisa Blanco*, sentence du 23 juin 2014, § 45). Si le dépôt d'un tel mémoire par l'ONU devant le TAS constitue à notre connaissance une première, ce n'était toutefois pas une surprise. Le

29 mars 2019, quelques semaines avant que le TAS ne statue, le conseil des droits de l'homme de l'Assemblée générale des Nations Unies avait en effet adopté une résolution relative à l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et des filles dans le sport portant une appréciation négative sur le règlement en l'espèce contesté : « *Constatant avec préoccupation [...] que le règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine, publié par l'Association internationale des fédérations d'athlétisme et entré en vigueur le 1^{er} novembre 2018, n'est pas compatible avec les normes et règles internationales relatives aux droits de l'homme, y compris les droits des femmes présentant un développement sexuel différent, et préoccupé par le fait que, pour autant qu'il soit raisonnable et objectif, le règlement ne repose sur aucun élément probant légitime et justifié, et que le rapport de proportionnalité entre le but visé par le règlement et les moyens proposés et leurs incidences n'est pas clairement établi* » (résolution A/HRC/40/L.10/Rev.1).

La formation arbitrale a rejeté le moyen au motif qu'il n'était pas assorti de précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé. Elle « *n'a pas trouvé que les opinions exprimées étaient particulièrement utiles pour résoudre la question juridique particulière qu'elle avait à trancher en l'espèce* » (sentence, § 554). Qu'il y ait une discrimination est une chose quasi-évidente ; que cette discrimination soit illégale en est une autre, qui supposait de s'intéresser à ses éventuelles justifications et à la conciliation opérée entre divers intérêts contradictoires. A en croire la formation, le mémoire d'*amicus curiae* et la plupart des opinions des experts censés soutenir le moyen ne seraient pas descendus à ce niveau d'analyse.

Elle a en outre affirmé, pour ce qui concerne le volet « national » du moyen, que ce n'était de toute façon pas sa mission de se prononcer sur la conformité du règlement contesté de l'IAAF aux différents droits nationaux. Selon elle, c'est une question qui relève de l'IAAF et des juridictions des pays concernés (sentence, § 555). Cela inclut-il le droit monégasque applicable en l'espèce au fond du litige ? Bien que la sentence ne le précise pas, l'applicabilité seulement « *subsidaire* » (sentence, § 424) de ce droit ne commande pas nécessairement une réponse positive. Ainsi qu'a pu le juger une autre formation arbitrale, si le droit sportif traite expressément d'une question, ce qui était le cas de la Charte olympique et des statuts de l'IAAF concernant la non-discrimination, il n'y pas lieu de rechercher une autre solution éventuelle dans un droit étatique subsidiairement applicable (v. TAS, 2005/A/983&984, *Club Atlético Peñarol c/ Paris Saint-Germain et al.*, sentence du 12 juillet 2006, § 49). Dans le cas présent, cela n'avait toutefois guère d'importance, en tout cas au regard du droit de la non-discrimination, compte tenu du caractère faiblement développé de celui-ci à Monaco. La Constitution de la Principauté ne pose que le principe d'égalité devant la loi des citoyens monégasques (art. 17) et la proposition de loi n° 198 relative à la protection contre la discrimination et le harcèlement, et en faveur de l'égalité entre les

hommes femmes, destinée à la compléter, s'est finalement transformée en loi relative au harcèlement et à la violence au travail (loi n° 1.457 du 12 décembre 2017).

En revanche, la formation arbitrale n'a pas formellement nié l'applicabilité des traités internationaux au cas d'espèce, comme c'est pourtant généralement la tendance dans la jurisprudence du TAS (v. M. Maisonneuve, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *RDLF*, 2017, chron. n° 09 (www.revuedlf.com) et *Cah. dr. sport*, 2017, n° 47, p. 45, spéc. pp. 48-49). Elle a préféré se contenter d'écarter le moyen de la prétendue contrariété du règlement contesté à certains de ces traités pour irrecevabilité plutôt que pour inopérance. Il ne faudrait toutefois pas en tirer de conclusions hâtives. Autant il est compréhensible que le TAS, juridiction d'un ordre transnational, refuse de se prononcer sur la violation de lois nationales les plus diverses, y compris de police ; autant il aurait pu être mal compris, dans une affaire aussi sensible que l'affaire *Semenya*, que le TAS exonère l'IAAF du respect de traités internationaux sur les droits de l'homme.

Parmi les moyens que la formation arbitrale a directement examinés mais qu'elle a rejetés sans examen au fond, figurait ensuite un moyen tiré de l'inadmissibilité d'une des deux principales études fournies par l'IAAF pour justifier son règlement : l'étude observationnelle, basée sur des données collectées lors de contrôles antidopage pratiqués lors des championnats du monde d'athlétisme de Daegu (2011) et de Moscou (2013), visant à quantifier l'éventuelle influence des taux de testostérone sur les performances réalisées en les mettant en corrélation les unes avec les autres (S. Bermon et P.-Y. Garnier, « *Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry and competition results in elite female athlete* », *préc.*). Selon la Fédération sud-africaine d'athlétisme, l'utilisation de ces données personnelles pour les besoins d'une recherche sans le consentement éclairé des intéressés violait les lois monégasque, sud-coréenne et russe, ainsi que la Convention d'Oviedo. La formation arbitrale a rejeté ce moyen au motif qu'il n'était pas accompagné d'éléments suffisants pour conclure à l'applicabilité formelle de la convention, compte tenu de son absence de ratification par la Principauté de Monaco (sentence, § 515), et à l'applicabilité matérielle des lois nationales visées, en raison des doutes entourant la qualification de « recherche » ou de « recherche biomédicale » de l'étude concernée au sens de ces lois (sentence, § 516).

Le dernier moyen directement rejeté sans examen au fond était tiré de l'illégalité de la procédure suivie par l'IAAF pour édicter le règlement contesté. Il ne lui était toutefois pas reproché d'avoir méconnu son propre processus « législatif », ce qui aurait été recevable (v. par ex TAS, 2008/O/1455, *Boxing Australia c/ AIBA*, sentence du 16 avril 2008, § 35), mais de ne pas avoir respecté certaines règles procédurales supérieures qui s'appliqueraient à l'édition de règlements du type de celui en cause : qu'ils reposent sur des considérations

scientifiques et non politiques ; qu'il repose sur des avis scientifiques exempts, y compris en apparence, de conflits d'intérêts ; que les études l'appuyant soient transparentes ; et qu'elles aient été soumises à une évaluation par les pairs (sentence, § 549). La formation arbitrale n'y a vu que des « *objectifs louables* » (sentence, § 551), dont il ne lui appartenait pas de contrôler le respect (sentence, § 552). Elle a ainsi refusé de consacrer une sorte de justice ou d'équité procédurale propre aux règlements à fondement scientifique.

2. Au nombre des moyens apparemment soulevés que la formation a, à l'inverse, examinés au fond mais indirectement, figure, en premier lieu, le moyen tiré de la violation du droit au respect de la vie privée dans ses dimensions « droit à l'intégrité physique et morale » et « droit à la confidentialité des informations personnelles ». Si les arbitres ont examiné les atteintes portées à ce droit dans ces deux dimensions, ce ne fut toutefois pas pour déterminer si le règlement contesté lui portait une atteinte illégale ; ce fut seulement, dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la discrimination instituée, pour apprécier si ces atteintes étaient de nature à invalider le règlement attaqué au regard du principe d'égalité. Ils en ont conclu, comme on le sait, que ce n'était pas le cas.

Faut-il s'étonner que la légalité du règlement de l'IAAF n'ait pas été appréciée de manière autonome par rapport au droit au respect de la vie privée ? Par rapport à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme expressément invoqué par la Fédération sud-africaine d'athlétisme (§ 227), c'est plutôt le contraire qui aurait été étonnant. Selon la jurisprudence du TAS (v. TAS, 2011/A/2433, *Amadou Diakite c/ FIFA*, sentence du 8 mars 2012, § 23 : *Rev. arb.*, 2012.662, note M. Peltier ; *JDI*, 2013.299, note E. Loquin. V. aussi TAS, 2012/A/2862 FC, *Girondins de Bordeaux c/ FIFA*, sentence du 11 janvier 2013, § 105 : *Rev. arb.*, 2013.795, note F. Latty ; *JDI*, 2014.366, note J. Guillaumé), les droits matériels consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas formellement invocables, au motif que des institutions privées comme les institutions sportives n'auraient pas directement l'obligation de les respecter, y compris lorsqu'est applicable au fond du litige le droit d'un État partie à la Convention (comme Monaco), et sauf bien sûr dans l'hypothèse où les parties auraient expressément choisi cette dernière à titre de *lex causae*. Tout au plus certaines sentences, sans être allées jusqu'à admettre l'invocabilité de tels droits, peuvent-elles être interprétées *a contrario* comme ne l'excluant pas totalement par principe (TAS 2016/A/4490 *RFC Seraing c/ FIFA*, sentence du 9 mars 2017, § 147 : *Rev. arb.*, 2017.1046, note M. Peltier ; *JDI*, 2018.322, note J. Guillaumé ; *Jurisport*, 2018, n° 183, p. 28, note F. Latty. V. également TAS 2016/A/4474 *Platini c/ FIFA*, sentence du 16 septembre 2016, § 364 : *Rev. arb.*, 2017.1049, note M. Peltier ; *JDI*, 2018.306, note J. Guillaumé).

A défaut d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme, la formation n'aurait-elle pas pu au moins profiter de l'affaire *Semenya* pour consacrer un principe général du droit au respect de la vie privée qui

aurait pu opportunément compléter la liste des principes généraux du droit applicables devant le TAS ? Dans l'absolu, peut-être. Dans le cas d'espèce, cela n'aurait sans doute rien changé : il paraît en effet improbable qu'une même formation arbitrale ait une appréciation différente de la nécessité et de la proportionnalité d'un même règlement selon qu'il s'agit de le confronter au principe général d'égalité ou à un potentiel principe général du droit au respect de la vie privée.

En second lieu, la Fédération sud-africaine d'athlétisme a évoqué le droit à la dignité (sentence, § 227), sans, là encore, que le moyen soit directement examiné. Peut-on en faire le reproche à la formation ? Ce n'est pas évident. Certes, le droit d'être entendu en procédure contradictoire consacré par l'article 190 al. 2 let. d de la loi suisse sur le droit international privé (LDIP) « *est violé lorsque, par inadvertance ou malentendu, le tribunal arbitral ne prend pas en considération des allégués, arguments, preuves ou offres de preuve présentés par l'une des parties et importants pour la décision à rendre* » (arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, ATF 133 III 235, spéc. p. 248 : *Gaz. Pal.*, 13-17 juillet 2007, p. 35, note A. Pinna ; *Gaz. Pal.*, 28-29 mars 2008, p. 45, note P.-Y. Gunter ; *Rev. arb.*, 2008.570, note M. Maisonneuve). Le risque de violation pourrait de prime abord paraître d'autant plus important que le moyen tiré du non-respect par le règlement de l'IAAF du droit au respect de la dignité de la personne humaine ne pouvait être tenu d'emblée comme non pertinent en l'espèce et qu'il est difficile de prétendre que la formation arbitrale, à défaut de réponse expresse, y aurait implicitement répondu. A la différence du principe d'égalité ou du droit à la vie privée, le droit à la dignité est un droit intangible. Il est porté atteinte à la dignité humaine ou il n'y est pas porté atteinte. Des atteintes, mêmes justifiées, ne sont pas admissibles. Dans ces conditions, la prise en compte par la formation arbitrale, au stade du contrôle de proportionnalité du règlement contesté, de la stigmatisation individuelle induite par le règlement, compte tenu de l'inévitable publicité donnée au statut biologique des athlètes privées de compétition sur son fondement, ou des blessures psychologiques susceptibles de résulter d'un examen de virilisation, ne saurait valoir rejet d'une atteinte à la dignité humaine.

Néanmoins, pour que le droit à être entendu soit violé, encore faut-il que l'élément de fait, de preuve ou de droit non pris en considération par le tribunal arbitral ait été « *régulièrement avancé* » (arrêt du 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, préc., p. 248). Était-ce le cas ici du non-respect de la dignité humaine ? A s'en tenir à l'exposé des moyens des parties, telles qu'ils sont résumés dans la sentence, il semble plus s'agir d'une simple affirmation que d'un moyen énoncé de manière suffisamment précise pour permettre d'en apprécier le bien-fondé. Il faudrait avoir accès aux conclusions des parties pour s'en assurer. Dans tous les cas, seule Madame Semenya ayant introduit un recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse, il faudrait de toute façon qu'elle ait, elle aussi, soulevé ce moyen, ce dont ne fait pas état la sentence rendue.

A défaut de risquer d'être annulée pour cette raison, la sentence pourrait-elle l'être sur le fondement de la violation de l'ordre public matériel, qui constitue le seul motif dont se plaint la recourante ? C'est peu probable, si l'on en juge par l'ordonnance qu'a rendue la présidente du Tribunal fédéral le 29 juillet 2019 sur la requête de Madame Semenya visant à l'octroi de mesures provisionnelles (ordonnance 4A_248/2019, *Semenya c/ IAAF*). Dans l'attente qu'il soit statué sur son recours en annulation, elle souhaitait en effet pouvoir participer aux 400 et 800 mètres féminins des championnats du monde d'athlétisme de Doha (27 septembre – 6 octobre 2019). Après avoir ordonné à titre superprovisionnel la suspension du règlement contesté à l'égard de Madame Semenya, dans l'attente qu'il statue sur la demande de mesures provisionnelles, le Tribunal fédéral a finalement levé cette suspension en concluant que la condition du caractère très vraisemblablement fondé du recours n'était pas réalisée.

Sur la violation de ses droits de la personnalité et de sa dignité humaine, à laquelle une sentence ne saurait porter atteinte, sous l'angle de l'ordre public, que le moyen ait été ou non soulevé devant la formation arbitrale, la présidente du Tribunal affirme peiner à discerner en quoi les critiques émises par l'intéressée à l'encontre de la sentence pourraient *prima facie* conduire à son annulation (consid. 3.2). Sur la violation du principe de l'interdiction de la discrimination dénoncée par la recourante, elle estime « douteux que la prohibition des mesures discriminatoires entre dans le champ d'application de la notion restrictive d'ordre public lorsque la discrimination est le fait d'une personne privée et survient dans des relations entre particuliers » (consid. 3.1). C'est encore plus restrictif que ce que l'on savait déjà et c'est une restriction qui, en matière sportive, n'est pas exempte de toute critique. Assimiler les relations entre les fédérations sportives internationales et les athlètes à des relations entre particuliers apparaît ainsi en contradiction avec l'affirmation, par le même Tribunal, selon laquelle « le sport de compétition se caractérise par une structure très hiérarchisée, aussi bien au niveau international qu'au niveau national. Établies sur un axe vertical, les relations entre les athlètes et les organisations qui s'occupent des diverses disciplines sportives se distinguent en cela des relations horizontales que nouent les parties à un rapport contractuel » (arrêt du 22 mars 2007, *G. Cañas c/ ATP Tour*, préc., p. 243). De toute manière, ajoute la présidente du Tribunal dans son ordonnance, à supposer que la prohibition des mesures discriminatoires soit applicable au cas d'espèce, « le grief n'apparaît pas [...], à première vue, très vraisemblablement fondé, dès lors que le TAS a considéré, au terme d'un examen approfondi, que les règles d'éligibilité instaurées par le Règlement DDS créaient certes une différenciation fondée sur le sexe légal et les caractéristiques biologiques innées mais constituaient une mesure nécessaire, raisonnable et proportionnée en vue de garantir l'intégrité de l'athlétisme féminin et la défense de la "classe" protégée et d'assurer une compétition équitable » (consid. 3.1). Même si l'on pourrait éventuellement discuter du caractère véritablement approfondi de

l'examen auquel s'est livré la formation du TAS, en tout cas du degré d'approfondissement, c'est cette fois parfaitement cohérent avec la conception que le Tribunal fédéral se fait de son rôle. Ainsi que l'avait au préalable rappelé sa présidente : celui-ci « ne saurait être assimilé à une cour d'appel qui chapeauterait le TAS et vérifierait librement le bien-fondé des sentences en matière d'arbitrage international rendues par cet organe juridictionnel — véritable tribunal arbitral indépendant et impartial (arrêt de la Cour EDH, *Mutu et Pechstein c/ Suisse* du 2 octobre 2018) — spécialisé dans le règlement des différends relevant du sport et jouissant d'un plein pouvoir d'examen » (consid. 2 al. 3).

Sans aller jusque-là, ne serait-il pas opportun que les sentences du TAS soient soumises à un contrôle de la violation de l'ordre public matériel qui aille néanmoins au-delà de l'habituel contrôle minimaliste exercé en droit suisse de l'arbitrage international ? Citant la jurisprudence du Tribunal fédéral sur cette question, l'ordonnance y répond une nouvelle fois négativement : « Si les particularités de l'arbitrage sportif ont certes été prises en considération par la jurisprudence fédérale dans le traitement de certaines questions de procédure spécifiques, telle la renonciation à recourir (ATF 133 III 235 consid. 4.3.2.2 p. 244), il ne s'ensuit pas pour autant qu'il faille en faire de même à l'égard du moyen de caractère général tiré de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public matériel, sauf à créer une véritable *lex sportiva* par la voie prétorienne, ce qui pourrait soulever des problèmes du point de vue de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire de la Confédération, puisque le législateur n'a pas adopté de règles spécifiques en matière d'arbitrage sportif (arrêts 4A_312/2017 du 27 novembre 2017 consid. 3.3.2 ; 4A_116/2016 du 13 décembre 2016 consid. 4.2.3 ; 4A_488/2011 du 18 juin 2012 consid. 6.2) » (consid. 2. al. 4). Ce n'est pas imparable. Tant le degré de contrôle que le contenu de la notion d'ordre public sont largement déterminés par la jurisprudence et il n'est pas contraire à la séparation des pouvoirs d'adapter au mieux le contrôle de la violation de l'ordre public à la diversité des différents types d'arbitrage entrant dans le champ d'application de la LDIP. L'arbitrage en matière sportive *stricto sensu* n'est pas un arbitrage comme un autre. Il est un arbitrage forcé, ainsi que l'a expressément qualifié la Cour européenne des droits de l'homme (20), et dans lequel des droits fondamentaux matériels sont

(20) Arrêt du 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c/ Suisse*. Sur cet arrêt, outre la présente chronique, v. F. Latty, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport*, n° 192, décembre 2018, p. 31 ; L. Milano, « Arbitrage et garanties du procès équitable », *JCP G*, 2018, 1391 ; J.-P. Marguenaud, « La « *lex sportiva* » rattrapée par la patrouille européenne ? », *RTD civ.*, 2018.850 ; Duval, « The “Victory” of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS », *Asser International Sports Law Blog*, 10 octobre 2018 ; J. Guillaumé, *JDI*, 2019, comm. 8 ; C. Dos Santos, « European Court of Human Rights upon Sports-Related Decision ; Switzerland condemned », *Bull. ASA*, 2019.117 ; D. Bensauade, « Arbitrage sportif forcé et convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 19 mars 2019, p. 32 ; M. Maisonnewe, « Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable : l'arbitrage bienveillant de la CEDH », *RTDH*, 2019.687. Ainsi que, *supra*, le commentaire d'A. Rigozzi dans la présente chronique.

fréquemment en jeu (en ce sens, v. A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 732 ; M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, n^{os} 1083 et s).

Le Tribunal fédéral pourrait-il être contraint de faire évoluer sa jurisprudence ? La décision d'irrecevabilité qu'a rendue la Cour européenne des droits de l'homme le 26 septembre 2019 dans l'affaire *Erwin Bakker c/ Suisse* (req. 7198/07) pourrait de prime abord permettre d'en douter. Dans sa décision, la Cour en effet jugé que le pouvoir d'examen restreint dont dispose le Tribunal fédéral au stade du recours en annulation contre les sentences du TAS, y compris dans le domaine du dopage, ne méconnaît pas l'article 6 § 1 de la Convention. Dès lors que le requérant a pu avoir recours à un tribunal de première instance offrant les garanties de cet article, dont un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, ce qui est en principe le cas du TAS, le droit européen au procès équitable est satisfait. Pour autant, que l'article 6 § 1 n'exige ni un double degré de juridiction, ni même un véritable contrôle de cassation, est une chose ; que la Suisse n'ait pas une obligation positive de veiller à ce que les droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme n'aient pas été méconnus devant le TAS, en exerçant un contrôle similaire à celui qu'exerce la Cour EDH sur de prétendues violations de cette convention, en est une autre, qui n'est pas encore totalement tranchée.

A la lettre, l'arrêt *Mutu et Pechstein* précité lui impose certes seulement de contrôler que les sentences du TAS, en tout cas certaines d'entre elles, ont été rendues dans le respect du droit au procès équitable tel que garanti par l'article 6 § 1. La logique de cet arrêt ne pourrait-elle toutefois pas conduire à une extension aux autres droits de la Convention ? C'est possible (en ce sens, v. aussi F. Latty, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *préc.*, p. 35 ; J. Guillaumé, *JDI*, 2019, comm. 8). Si, dans le volet *Pechstein* de son arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le TAS devait offrir les garanties de l'article 6 § 1, c'est parce qu'elle a considéré que l'arbitrage TAS était un arbitrage forcé (§ 115 de l'arrêt). Autrement dit, l'arrêt repose fondamentalement sur l'idée que, lorsque la compétence du TAS est imposée aux athlètes, ils doivent bénéficier d'un procès aussi équitable que s'ils avaient saisi une juridiction d'un État partie à la Convention. De là à en déduire que, en cas d'arbitrage forcé, ils devraient aussi pouvoir faire valoir devant le TAS les mêmes droits et libertés conventionnels qu'ils auraient pu invoquer devant une telle juridiction étatique, il n'y a qu'un pas. Pour qu'il soit franchi, il faudrait toutefois qu'un effet horizontal dans les relations entre athlètes et institutions sportives soit reconnu aux droits substantiels garantis par la Convention (en ce sens, v., d'une manière générale, J. Rivero, « La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », *Mélanges René Cassin*, t. III, 1969, p. 311). Compte tenu du fait que ces athlètes sont soumis à une puissance sportive qui n'est pas sans point commun avec la puissance publique (v. G. Simon, *Puissance*

sportive et ordre juridique étatique, LGDJ, 1990), il pourrait être justifié que les États parties vérifient que les fédérations sportives et autres comités olympiques ne violent pas les droits que les athlètes tiennent de la Convention et, partant, que pèse sur la Suisse la charge de veiller, via son Tribunal fédéral, à ce que les sentences du TAS ne valident pas des actes sportifs contraires à ces droits.

Actuellement, le Tribunal fédéral suisse s'y refuse : « *il sied de rappeler* », peut-on ainsi lire dans l'ordonnance précitée du 29 juillet 2019, « *que, dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a considéré que la Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique pas directement à l'arbitrage. En effet, la violation des dispositions de cette convention ne compte pas au nombre des griefs limitativement énumérés par l'art. 190 al. 2 LDIP (arrêts 4A_178/2014 du 11 juin 2014 consid. 2.4 ; 4A_370/2007 du 21 février 2008 consid. 5.3.2)* » (consid. 3.2). En l'état de sa jurisprudence, il refuse également d'imposer indirectement le respect de la Convention européenne des droits de l'homme dans les arbitrages TAS via la violation de l'ordre public matériel au sens de la LDIP. Tout au plus consent-il à ne pas exclure d'emblée « *la prise en considération des principes sous-tendant [l]es dispositions* » de la Convention lors de l'examen de ce grief (arrêt 4A_370/2007 du 21 février 2008, *X. c/ Association A et al.*, consid. 5.3.2. V. également arrêt 4A_178/2014 du 11 juin 2014, *A. c/ Nationale Anti-Doping Agentur Deutschland*, consid. 2.4). L'affaire « *Semenya* », qui a été soumise au TAS sur le fondement d'une clause compromissoire figurant dans le règlement contesté, pourrait peut-être donner l'occasion à la Cour européenne des droits de l'homme de prendre position.

Mathieu MAISONNEUVE

— **Tribunal arbitral du sport, 2017/A/5299, Olympique Lyonnais c/ Union des associations européennes de football (UEFA), sentence du 10 août 2018 : responsabilité stricte des clubs pour le fait des supporters – pouvoir d'examen du TAS – principe de proportionnalité – notion de « supporter »**

La violence et les débordements dans les stades sont un sujet de préoccupation constant pour les clubs et les organisations sportives, en particulier l'UEFA. Pour tenter de combattre ces comportements, l'UEFA a édicté des règles sévères visant les clubs et attribuant à ceux-ci le comportement de leurs « supporters ». La présente affaire illustre plusieurs questions liées à la mise en œuvre de ces règles.

Les faits avaient pour toile de fond les violences commises à l'occasion d'un match entre l'Olympique Lyonnais SAS (« OL ») et le club turc Beşiktaş JK (« Beşiktaş »). Le match a eu lieu à Lyon le 13 avril 2017 et constituait le quart de finale de l'*UEFA Europa League* 2016/2017.