

Jean Marguerat

Indépendance et impartialité de l'arbitre : le devoir de révéler de l'arbitre éclipsé

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_110/2012 du 9 octobre 2012

Dans son arrêt du 9 octobre 2012, le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence extrêmement stricte en matière de récusation, en rappelant qu'une partie ne saurait attendre l'issue de la procédure arbitrale avant de faire valoir ses motifs de récusation et en estimant que la connaissance et le devoir de curiosité des parties l'emportent sur le devoir de révéler de l'arbitre. Les circonstances du cas d'espèce lui auraient pourtant laissé toute latitude de s'écarter de cette jurisprudence, tant il est vrai que les faits que l'arbitre a omis de révéler – ses nombreuses désignations par la même partie dans des arbitrages portant sur des questions identiques – étaient de nature à faire naître un doute légitime sur son indépendance et sur son impartialité.

Domaine(s) juridique(s) : Arbitrage ; Commentaires d'arrêts

Proposition de citation : Jean Marguerat, Indépendance et impartialité de l'arbitre : le devoir de révéler de l'arbitre éclipsé, in : Jusletter 15 avril 2013

Table des matières

- I. Les faits
- II. Les positions respectives
 1. La composition irrégulière du Tribunal arbitral
 2. La violation du droit d'être entendu
- III. La décision
 1. La composition irrégulière du Tribunal arbitral
 2. La violation du droit d'être entendu
- IV. Commentaire
 1. En général
 2. L'indépendance et l'impartialité des arbitres
 3. Le droit d'être entendu
 4. La personnalisation extrême
 5. Considérations pratiques
- V. Conclusion

I. Les faits

[Rz 1] Un cycliste convaincu de dopage est sanctionné par sa fédération nationale, qui lui inflige une suspension de deux ans, ainsi qu'une amende de 7'500 Euros, sur la base de l'art. 326 du Règlement Antidopage (RAD).

[Rz 2] L'Union Cycliste Internationale (UCI) fait appel de cette décision devant le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) en désignant un arbitre (Me Olivier Carrard) et en concluant à ce que le cycliste soit condamné à payer une amende de 104'432.30 Euros. Elle se base sur l'art. 326 al. 1 let. a RAD, lequel prévoit qu'un cycliste suspendu pour deux ans ou plus écope, en sus, d'une amende obligatoire dont le montant est calculé en fonction du revenu du cycliste.

[Rz 3] Au cours de l'audience de jugement, le conseil du cycliste (Me Antonio Rigozzi) interpelle l'arbitre désigné par l'UCI pour lui demander si, en dépit du fait qu'il a déjà siégé par deux fois en tant qu'arbitre désigné par l'UCI dans une formation ayant traité de la sanction financière prévue à l'art. 326 RAD¹, il s'estime capable de faire preuve d'une ouverture d'esprit suffisante pour entendre les arguments des parties à ce sujet et les discuter avec ses arbitres sans a priori. Suite à la réponse affirmative de l'arbitre, le conseil du cycliste déclare qu'« *il n'a aucun problème avec la constitution du panel* ».

[Rz 4] Par la suite, le conseil du cycliste, étonné du fait que le délai pour rendre la sentence soit prolongé à plusieurs reprises, invite l'UCI, puis sans réponse de sa part le TAS, à lui indiquer s'il existe d'autres affaires en cours au sujet de la validité des sanctions financières prévues par le RAD, et dans l'affirmative, quelle est la composition des formations appelées à en traiter, en particulier l'identité de l'arbitre désigné par l'UCI.

[Rz 5] L'UCI lui oppose une fin de non-recevoir; le TAS ne lui répond pas, mais, quelques jours suite à sa requête, rend sa sentence dans laquelle il admet partiellement l'appel de l'UCI en condamnant le cycliste à une amende de 20'800 Euros.

[Rz 6] La sentence du TAS se référant à deux sentences du TAS non publiées², le conseil du cycliste demande au TAS de lui en communiquer une copie, et le prie également de répondre à la question qu'il avait posée avant le prononcé de la sentence au sujet des affaires en cours. Sur quoi le TAS lui transmet copie des deux sentences en cause et répond qu'il lui est impossible de fournir les informations requises, étant donné le caractère confidentiel des procédures pendantes.

[Rz 7] Le conseil du cycliste demande alors au TAS de reconsidérer son refus de le renseigner sur les affaires pendantes, justifiant cette demande par le manque total de transparence dont l'arbitre désigné par l'UCI a fait preuve.

[Rz 8] Le TAS rejette la demande sur la base (i) de sa pratique, qui consiste à ne pas fournir d'informations sur les affaires en cours ; (ii) des déclarations que le conseil du cycliste a faites lors de l'audience de jugement au sujet de l'indépendance de l'arbitre de l'UCI ; (iii) du fait que les sentences non publiées citées dans la sentence ne traitent pas de la validité de l'art. 326 RAD.

[Rz 9] Le cycliste, représenté par son nouveau conseil (Me Sébastien Besson), forme un recours en matière civile au Tribunal fédéral en concluant à l'annulation de la sentence du TAS et à la récusation de l'arbitre désigné par l'UCI. Il soutient que la sentence a été rendue par un tribunal arbitral irrégulièrement constitué (art. 190 al. 2 let. a LDIP) et qu'elle viole son droit d'être entendu (art. 190 al. 2 let. d LDIP). A l'appui de son recours, il sollicite du Tribunal fédéral qu'il ordonne au TAS et à l'UCI de fournir des renseignements concernant la participation de l'arbitre désigné par l'UCI comme arbitre dans des affaires impliquant l'UCI ou l'art. 326 RAD. Il remarque qu'il a eu connaissance, par son nouveau conseil, d'une sentence arbitrale du TAS dans laquelle l'arbitre en cause a une fois de plus été désigné par l'UCI³.

[Rz 10] L'UCI et le TAS concluent au rejet du recours, le TAS produisant une attestation de l'arbitre en cause.

II. Les positions respectives

1. La composition irrégulière du Tribunal arbitral

[Rz 11] Pour le recourant, l'arbitre désigné par l'UCI ne répond pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité requises puisque :

- il n'a pas révélé certaines circonstances qu'il avait le devoir de révéler, à savoir qu'il avait été nommé par l'UCI dans cinq affaires au moins dans lesquelles l'UCI contestait l'application qui avait été faite par des

¹ Sentence *Redondo* du 4 octobre 2010 (TAS 2010/A/2063) et Sentence *Duval* du 18 février 2011 (TAS 2010/A/2101).

² Sentence *Larpe* du 24 mars 2011 (TAS 2010/A/2203) et Sentence *Giunti* du 30 mai 2011 (TAS 2010/A/2288).

³ Sentence *Sentjens* du 29 décembre 2011 (TAS 2011/A/2349).

fédérations nationales de l'art. 326 RAD. Or, l'art. 3.1.3 des lignes directrices sur les conflits d'intérêt dans l'arbitrage international édictées par l'International Bar Association (les lignes directrices de l'IBA) prévoit que le fait d'avoir été nommé à deux reprises ou plus comme arbitre par l'une des parties au cours des trois dernières années, figurant dans la liste orange, doit être révélé ;

- le fait même d'avoir été nommé cinq fois en tant qu'arbitre par l'UCI en moins d'une année constitue en soi une circonstance démontrant que l'arbitre incriminé ne présentait pas des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, d'autant plus que ces nominations répétées ont été faites dans des affaires portant sur la même question juridique.

[Rz 12] Pour l'UCI, le droit du cycliste d'invoquer l'art. 190 al. 2 let. a LDIP est périmé puisque son conseil a cité lors de l'audience deux sentences traitant de l'application de l'art. 326 RAD rendues par une formation comprenant l'arbitre en cause, et devait avoir connaissance d'une troisième sentence publiée sur le site internet du TAS environ un mois avant l'audience⁴, et a toutefois déclaré qu'il n'avait pas de problème avec la constitution de la formation.

[Rz 13] Pour le TAS également, le droit du cycliste est périmé, car celui-ci aurait dû immédiatement récuser l'arbitre en cause, sa participation aux sentences *Redondo* et *Duval* entraînant objectivement l'application de l'art. 3.1.3 des lignes directrices de l'IBA. Le TAS considère aussi qu'il conviendrait de faire une exception au critère formel des lignes directrices de l'IBA pour l'arbitrage sportif en raison de ses spécificités qui limitent le choix des arbitres à un groupe très restreint de spécialistes.

2. La violation du droit d'être entendu

[Rz 14] Pour le recourant, la sentence viole son droit d'être entendu puisque le TAS a fait usage à son insu de deux sentences non publiées concernant l'application de l'art. 326 RAD, violant l'égalité des armes entre plaideurs, et puisqu'il a méconnu son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents.

[Rz 15] Les positions de l'UCI et du TAS ne sont pas résumées en détail dans l'arrêt. Tout au plus sait-on que l'UCI a fait valoir que les sentences *Larpe* et *Giunti* ne traitaient pas de la validité de l'art. 326 RAD au regard de l'art. 163 du Code des obligations suisse (CO).

III. La décision

1. La composition irrégulière du Tribunal arbitral

[Rz 16] Le Tribunal fédéral rappelle les principes généraux qui s'appliquent en matière d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre, relevant qu'il faut se référer aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques, mais qu'il faut toutefois également tenir compte des spécificités de l'arbitrage, et singulièrement de l'arbitrage international, lors de l'examen des circonstances du cas concret.

[Rz 17] Il rappelle également que la partie qui entend récuser un arbitre doit invoquer le motif de récusation aussitôt qu'elle en a connaissance – soit dans les 7 jours suivant la connaissance de la cause de récusation en application de l'art. R34 du Code de l'Arbitrage en matière de sport –, précisant :

- que ce principe s'applique tant au motif de récusation que la partie intéressée connaissait effectivement qu'à ceux qu'elle aurait pu connaître en faisant preuve de l'attention voulue, en application du principe de la bonne foi (choisir de rester dans l'ignorance pouvant être considéré comme une manœuvre abusive) ;
- qu'à défaut, le droit de récuser se périmé, car une partie ne saurait garder ce moyen en réserve pour ne l'invoquer qu'en cas d'issue défavorable de la procédure arbitrale ;
- qu'il a déjà eu l'occasion d'appliquer ces principes dans un cas où l'art. 3.1.3 des directives de l'IBA était susceptible d'entrer en ligne de compte, en considérant forclosé une partie qui n'avait pas demandé la récusation d'un arbitre au moment de sa confirmation, bien qu'elle sût que cet arbitre avait été nommé à deux reprises au moins par son adverse partie au cours des trois dernières années⁵.

[Rz 18] Appliquant ces principes jurisprudentiels au cas d'espèce, le Tribunal fédéral considère :

- i. que le recourant connaissait à tout le moins les sentences *Redondo* et *Duval*, qui avaient abordé la question de la sanction financière prévue à l'art. 326 RAD et qui avaient été rendues par des formations dans lesquelles l'UCI avait désigné l'arbitre en cause, et qu'il avait citées lors de l'audience de jugement ;
- ii. que le recourant était également censé connaître la sentence *Pellizotti*, publiée un mois avant l'audience de jugement sur le site internet du TAS, d'autant plus qu'il y a fait allusion lors de l'audience ;
- iii. que le conseil du cycliste avait connaissance de la

⁴ Sentence *Pellizotti* du 8 mars 2011 (TAS 2010/A/2038 et 2011/A/2335).

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_256/2009 du 11 janvier 2010 consid. 3.1.2.

propension de l'UCI à désigner l'arbitre en cause, ce qu'il avait d'ailleurs écrit dans un ouvrage en 2005 ;

- iv. que par conséquent, le recourant aurait dû soit récuser l'arbitre en cause dans les sept jours après avoir pris connaissance de la deuxième des sentences susmentionnées, soit à tout le moins, pour remplir son devoir de curiosité, demander formellement et sans ambiguïté possible à cet arbitre au cours de l'audience de jugement combien de fois il avait été nommé par l'UCI pour intégrer une formation du TAS traitant de la question de l'art. 326 RAD. Le conseil avait demandé à l'arbitre « *s'il y avait quelque chose de nouveau à la suite de la sentence Duval* ». Pour le Tribunal fédéral, il n'est pas étonnant que cette question soit demeurée sans réponse, étant donné son manque de clarté manifeste ;
- v. que le devoir de révélation n'existe qu'à l'égard des faits dont l'arbitre a des raisons de penser qu'ils ne sont pas connus de la partie qui pourrait s'en prévaloir. En raison de la personne du conseil du recourant, l'arbitre en cause pouvait admettre de bonne foi que cette exception trouvait à s'appliquer en l'espèce, et il n'a donc pas violé son devoir de révéler ;
- vi. que, le recourant étant forclos, il n'y a pas lieu d'examiner les mérites de son grief ni de donner suite à ses requêtes procédurales.

2. La violation du droit d'être entendu

[Rz 19] Le Tribunal fédéral rappelle que le droit d'être entendu est un droit de nature formelle, qui se rapporte surtout à la constatation des faits et seulement de manière restreinte à l'appréciation du droit, soit lorsque le tribunal arbitral envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n'a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence. Il rappelle aussi que le droit d'être entendu impose aux arbitres un devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents, et que ce devoir est violé lorsque, par inadvertance ou malentendu, le tribunal arbitral ne prend pas en considération des allégués, arguments, preuves et offres de preuve présentés par l'une des parties et importants pour la décision à rendre.

[Rz 20] Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral considère que le droit d'être entendu n'a pas été violé puisque :

- i. le tribunal arbitral ne s'est pas basé sur les sentences *Larpe* et *Giunti* pour rendre sa décision sur le point controversé ; en tout état de cause, ces sentences, dont l'UCI ne s'est pas prévaluée, ne constituent pas des principes juridiques ou des sources de droit ;
- ii. l'argument tiré de l'inégalité de traitement est dénué de toute pertinence ;

- iii. le tribunal arbitral a implicitement traité de l'argument relatif à la nullité de l'art. 326 RAD au regard de l'art. 163 CO.

IV. Commentaire

1. En général

[Rz 21] Cet arrêt est en ligne avec la jurisprudence du Tribunal fédéral décrite par Pierre Lalive comme ultra restrictive voire « *restrictiviste* » concernant l'admission de recours contre des sentences arbitrales et qui a donné lieu à plusieurs critiques récentes, notamment en matière de récusation d'arbitres⁶, certains auteurs considérant que le manque de contrôle effectif du Tribunal fédéral saisi d'un recours contre des sentences arbitrales viciées est susceptible de nuire à la place d'arbitrage suisse⁷. Cet arrêt démontre que malgré ces critiques, le Tribunal fédéral entend conserver une ligne restrictive, à tout le moins en matière de récusation d'arbitres.

2. L'indépendance et l'impartialité des arbitres

[Rz 22] Le problème de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres se pose de manière particulièrement aiguë dans le cadre de l'arbitrage sportif, qui prévoit une liste fermée de personnes au bénéfice d'une formation juridique et ayant une compétence reconnue en matière de sport⁸, ce qui entraîne par définition un cercle restreint d'arbitres appelés à agir de manière répétée dans des arbitrages impliquant souvent les mêmes parties et les mêmes questions juridiques. Le problème est donc systémique et d'autant plus sérieux que les athlètes n'ont pas le choix quant au principe du recours à l'arbitrage⁹. Il est à cet égard symptomatique que la majorité des affaires qui ont récemment donné lieu à des critiques concernant l'indépendance et l'impartialité des arbitres concerne l'arbitrage sportif¹⁰.

[Rz 23] Dans le cas d'espèce, il est patent que l'arbitre n'a pas révélé des circonstances qui sont à même de faire naître un doute sur son indépendance et son impartialité : l'impartialité recouvrant l'indépendance d'esprit, on a en effet

⁶ LUCA BEFFA, « *Challenge of international arbitration awards in Switzerland for lack of independence and/or impartiality of an arbitrator – Is it time to change the approach?* », ASA Bull. 3/2011, pp. 598-606.

⁷ PIERRE LALIVE, « *L'article 190 al. 2 LDIP a-t-il une utilité?* », ASA Bull. 4/2010, pp. 726-734 ; SÉBASTIEN BESSON, « *Réflexions sur la jurisprudence suisse récente en matière d'arbitrage international* », ASA Bull. 3/2003, pp. 463-485.

⁸ ATF 136 III 605, consid. 3.4.4 ; ATF 129 III 445 consid. 4.2.2.2.

⁹ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, « *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP* », 2ème éd., n. 368, p. 204.

¹⁰ LUCA BEFFA, « *Challenge of international arbitration awards in Switzerland for lack of independence and/or impartiality of an arbitrator – Is it time to change the approach?* », ASA Bull. 3/2011, pp. 598-606.

peine à imaginer qu'un arbitre désigné cinq fois par la même fédération sportive au cours d'une même année, pour traiter de la même question juridique, ait l'ouverture d'esprit nécessaire pour changer d'avis sur cette question. A tout le moins une partie peut-elle légitimement avoir des doutes à ce sujet. Quant à l'indépendance, soit l'absence de relation particulière entre la partie et l'arbitre, on peut également sérieusement se demander si le fait d'être si régulièrement désigné comme arbitre par une même partie n'est pas susceptible d'entraîner une certaine dépendance, notamment économique, pour l'arbitre en question (même s'il est vrai que les montants en jeu en général sont moindres dans l'arbitrage sportif que dans l'arbitrage commercial).

[Rz 24] C'est pourquoi, dans de telles circonstances, l'art. 3.1.3 des directives de l'IBA impose à l'arbitre de révéler s'il a été nommé deux fois ou plus par la même partie dans les trois dernières années. Libre ensuite aux parties de demander sa récusation ou de ne pas le faire. En cas de demande de récusation, il appartient finalement à l'institution arbitrale ou au juge de déterminer son bien-fondé. Il convient encore de préciser que le devoir de révéler prévu par les lignes directrices de l'IBA prend en compte le critère subjectif des parties, l'arbitre devant ainsi révéler les circonstances qui peuvent faire naître des doutes sur son indépendance et son impartialité aux yeux des parties (voir note explicative au standard général 3). Le devoir de révélation de l'arbitre constitue donc la pierre angulaire du système, qui permet aux parties de se déterminer librement une fois qu'elles ont été informées de manière complète de ces circonstances¹¹.

[Rz 25] Or, la jurisprudence du Tribunal fédéral tend à substituer le devoir de révélation de l'arbitre par la connaissance et par le « devoir de curiosité » des parties¹². Cette affaire en est une bonne illustration : au lieu de requérir de l'arbitre de révéler spontanément les faits susceptibles de faire naître un doute sur son indépendance et son impartialité, le Tribunal fédéral en appelle aux connaissances – réelles ou présumées – de la partie, et exige de celle-ci qu'elle investigue en détail les circonstances de l'arbitre, notamment en l'interrogeant de manière très directe, en insistant « *afin d'obtenir une réponse claire et nette* » de sa part, soit comme elle interrogerait un témoin (ce qui est délicat en pratique eu égard à la position et à l'autorité de l'arbitre). Le Tribunal fédéral reproche à cet égard au recourant de ne pas avoir posé une question claire à l'arbitre ou à l'UCI, en précisant que si tel avait été le cas, il aurait soit reçu la réponse à sa question, soit – à supposer que l'arbitre ou l'UCI se soient retranchés derrière le caractère confidentiel des informations requises – il ne pourrait pas se voir opposer la thèse de la forclusion.

[Rz 26] Lors de l'audience de jugement, le conseil du cycliste a demandé à l'arbitre « *s'il y avait eu du nouveau depuis l'affaire Duval* ». L'arbitre n'a semble-t-il pas répondu à cette question ou en tout cas pas de manière claire. Il est vrai que le conseil du recourant avait connaissance de'en tout cas deux affaires récentes dans lesquelles l'arbitre en cause avait été nommé par l'UCI concernant des questions semblables, et qu'après que sa question soit restée sans réponse claire, il n'a pas insisté et a déclaré ne pas avoir d'objection à l'égard de la formation. Pour le Tribunal fédéral, le recourant est donc forclus, car il ne ne pouvait pas garder en réserve un moyen dont il avait connaissance pour l'invoquer en cas d'issue défavorable de la procédure d'arbitrage¹³.

[Rz 27] Ce que le Tribunal fédéral omet – à notre avis à tort – de relever, c'est que l'arbitre aurait dû, au plus tard suite à la question du conseil du recourant, révéler les autres cas dans lesquels il avait été désigné comme arbitre par l'UCI, et en tous les cas ceux impliquant la question de l'application de l'art. 326 RAD. Un arbitre ne saurait en effet se contenter de simplement répondre aux questions posées de manière purement passive ou de ne pas répondre de manière claire, son devoir de révélation l'obligeant à adopter une attitude active en révélant toute circonstance propre à faire naître un doute sur son indépendance et son impartialité¹⁴. Que l'arbitre ait été nommé deux ou cinq fois par une même partie n'est en effet pas indifférent, et on ne saurait exclure que la connaissance de ces circonstances eût pu amener le recourant à demander la récusation de l'arbitre lors de l'audience ou dans le délai de 7 jours suite à l'audience s'il en avait été informé. Seule une révélation complète permet en effet aux parties, pleinement éclairées, de se déterminer en connaissance de cause, la révélation devant être comprise comme étant le « *corollaire nécessaire* » au régime de récusation¹⁵.

[Rz 28] En outre, dans cet arrêt, comme déjà dans un arrêt antérieur¹⁶, le Tribunal fédéral érige en règle une exception au devoir de révélation. En effet, lorsqu'il précise que l'arbitre pouvait admettre de bonne foi que le recourant connaissait les faits incriminés pour des raisons tenant à la personne de son ancien mandataire qualifié de « *spécialiste de l'arbitrage sportif, et singulièrement de la jurisprudence du TAS et des arcanes de cette institution* », le Tribunal fédéral rejette le principe que c'est avant tout à l'arbitre qu'il incombe de révéler les faits qui sont de nature à faire naître un doute sur

¹³ ATF 126 III 249, consid. 3c ; ATF 136 III 605, consid. 3.2.2.

¹⁴ EMMANUEL GAILLARD, Regain de sévérité dans l'appréciation de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, note sous Cass. Civ. 2e, 6 décembre 2001 ; Paris, 1re Ch. C, 16 mai 2002 et 2 avril 2003. Rev. Arb. 2003, pp. 1240-1247.

¹⁵ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2ème éd., n. 368, p. 222 ; EMMANUEL GAILLARD, Regain de sévérité dans l'appréciation de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre, note sous Cass. Civ. 2e, 6 décembre 2001 ; Paris, 1re Ch. C, 16 mai 2002 et 2 avril 2003. Rev. Arb. 2003, pp. 1240-1247.

¹⁶ ATF 111 Ia 72, consid. 2c.

¹¹ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2ème éd., n. 368, p. 222 ; THOMAS CLAY, L'arbitre, 2001, p. 318 ss et pp. 602-603.

¹² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_506/2007 du 20 mars 2008, consid. 3.2 ; ATF 136 III 605, c. 3.4.2.

son indépendance ou son impartialité. L'auteur soussigné ainsi que d'autres auteurs ont déjà critiqué cette tendance du Tribunal fédéral à reporter le fardeau de la révélation de l'arbitre sur le conseil¹⁷. A notre avis, cette tâche revient à l'arbitre en premier lieu, et le critère subjectif de l'arbitre sur d'hypothétiques connaissances de certains faits par la partie ou son conseil ne saurait être érigé en tant que règle.

[Rz 29] Il est vrai que la violation de l'obligation de révélation ne constitue pas en droit suisse un motif suffisant de récusation. Encore faut-il que les circonstances qui n'ont pas été révélées justifient en tant que telle la récusation de l'arbitre. Mais en l'espèce, le fait même que l'arbitre n'ait pas révélé ses multiples nominations alors même qu'il était interrogé à ce sujet démontre un malaise certain. En outre, les circonstances non révélées – soit la nomination de l'arbitre cinq fois en une année par la même partie dans des litiges impliquant les mêmes questions – sont à même de faire naître un doute sur son indépendance et son impartialité, non seulement du point de vue subjectif du recourant, mais également d'un point de vue objectif.

3. Le droit d'être entendu

[Rz 30] Il est intéressant de remarquer que le Tribunal fédéral, tout en relevant la nature formelle du droit d'être entendu (en vertu duquel la violation du droit d'être entendu doit entraîner l'annulation de la sentence arbitrale indépendamment des chances de succès du recours au fond), procède toutefois à une analyse des chances de succès au fond, lorsqu'il considère que l'argument tiré de l'inégalité de traitement est dénué de toute pertinence, que le recourant ne peut plus faire valoir d'intérêt à participer à une compétition qui a pris fin, et surtout que, contrairement aux arguments du recourant relatifs à la nullité de l'art. 326 RAD au regard de l'art. 163 CO (en vertu duquel le montant d'une clause pénale doit être déterminée ou à tous le moins déterminable), la sanction financière prévue par l'art. 326 RAD est à tout le moins déterminable.

[Rz 31] Le Tribunal fédéral semble ainsi vouloir « sauver » la sentence arbitrale en se substituant au TAS, lequel n'a pas explicitement traité certains arguments du recourant. Une décision qui est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral et justifiée dans son résultat, le fait pour un tribunal arbitral d'omettre de traiter des arguments non pertinents et de traiter certains arguments de manière implicite ne violant en principe pas le droit d'être entendu des parties.

¹⁷ JEAN MARGUERAT, *Swiss Rules of International Arbitration Commentary* (ZUBERBÜHLER/MÜLLER/HABEGGER, Eds.), n. 32 ad art. 9, p. 100 ; FRANÇOIS KNOEPFLER, in : KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Arbitrage international, Jurisprudence suisse commentée depuis l'entrée en vigueur de la LDIP*, 2003, p. 614 ; ALEXANDRA JOHNSON, *Recent case law of the Swiss Federal Tribunal in International Arbitration*, in : *New Developments in International Commercial Arbitration 2010* (MÜLLER/RIGOZZI, Eds.), p. 106.

4. La personnalisation extrême

[Rz 32] Cet arrêt fait de nombreuses références au conseil du cycliste, à sa connaissance de certains faits – attribuée au recourant –, ainsi qu'à ses publications. Cette personnalisation extrême ne laisse de surprendre : en effet, on ne saurait perdre de vue que ce sont les parties qui agissent et plaident, non leurs conseils.

[Rz 33] Cet arrêt engendre le sentiment dérangeant que le recourant, s'il avait été représenté dans l'arbitrage par un conseil moins spécialisé, moins introduit ou qui n'aurait pas publié en droit du sport, aurait peut-être vu les chances de sa demande de récusation augmentées, car les connaissances spécifiques de son conseil ne lui auraient sans doute pas été opposées de manière si flagrante. Si tel devait être le cas, on peut craindre que les avocats cessent de publier de peur que la défense de leurs clients ne soit préteritée par leurs écrits, voire qu'ils préfèrent dans certaines circonstances agir en sous-main, soit sans apparaître dans la procédure, deux conséquences qui seraient regrettables.

5. Considérations pratiques

[Rz 34] Cet arrêt est motivé par une raison principale, constante dans la jurisprudence du Tribunal fédéral : une partie ne peut garder en réserve le moyen de la composition irrégulière du tribunal arbitral pour ne l'invoquer qu'en cas d'issue défavorable de la procédure arbitrale¹⁸. En l'espèce, il est reproché au recourant d'avoir connu les circonstances justifiant la récusation de l'arbitre avant que le tribunal arbitral ne rende sa sentence.

[Rz 35] S'il faut donc retenir une conséquence pratique de cet arrêt, c'est qu'une partie doit dans un premier temps satisfaire son « devoir de curiosité » à l'égard d'un arbitre, en procédant immédiatement aux investigations nécessaires et en lui demandant des informations complémentaires, pour dans un deuxième temps demander sa récusation dès qu'elle est en mesure d'étayer ses doutes concernant son indépendance et son impartialité. A défaut, son droit de récuser sera périmé. Ou en d'autres termes, la partie qui n'a pas tenté de récuser l'arbitre dans le cadre de la procédure arbitrale n'a pratiquement aucune chance de voir sa demande de récusation aboutir dans le cadre d'un recours contre la sentence arbitrale au Tribunal fédéral.

[Rz 36] D'un point de vue procédural, Il est intéressant de remarquer que les mesures d'instruction requises du Tribunal fédéral par le recourant n'ont pas été rejetées dans leur principe, ce qui offre certaines perspectives au plaideur qui recourt contre une sentence arbitrale au Tribunal fédéral.

[Rz 37] Il convient de préciser que cet arrêt a été rendu par trois juges du Tribunal fédéral, et qu'il n'est pas destiné à publication au recueil des ATF, ce qui s'explique sans doute

¹⁸ ATF 136 III 605, consid. 3.2.2.

par le fait que le Tribunal fédéral ne fait que confirmer sa jurisprudence extrêmement stricte en matière de récusation d'arbitres dans cet arrêt.

V. Conclusion

[Rz 38] Cet arrêt constitue sans doute une occasion manquée pour le Tribunal fédéral de renforcer les exigences d'indépendance et d'impartialité des arbitres. Il faut espérer que cette jurisprudence n'incite pas les arbitres à adopter une attitude restrictive concernant leur devoir de révéler.

[Rz 39] Le devoir de révéler constitue en effet le fondement sur lequel repose l'édifice de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, en permettant le contrôle de ces exigences par les parties. Si ce fondement est remis en cause, il est à craindre que l'édifice se lézarde et que la confiance dans les arbitres et dans l'arbitrage s'amenuise.

Jean Marguerat, Avocat, LL.M. (Cambridge), est associé de l'étude Frierp Renggli à Genève et pratique l'arbitrage international.

* * *