

## **BGer 4A\_620/2009 vom 7. Mai 2010**

Bundesgericht, 2010-05-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_620\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_620_2009)

FR: TF 4A\_620/2009 du 7 mai 2010

IT: TF 4A\_620/2009 del 7 maggio 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

D'après l' art. 54 al. 1 LTF , le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision est rédigée dans une autre langue (ici l'anglais), il utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le TAS, celles-ci ont opté pour l'anglais. Le recours en matière civile interjeté par les deux biathlètes est rédigé en français, la réponse de l'intimée en allemand. Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral adoptera la langue du recours et rendra son arrêt en français.

#### **E. 2**

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions prévues par les art. 190 à 192 LDIP ( art. 77 al. 1 LTF ). Qu'il s'agisse de l'objet du recours, de la qualité pour recourir, du délai de recours, des conclusions prises par les recourantes ou encore des motifs invoqués dans le mémoire de recours, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Rien ne s'oppose donc à l'entrée en matière.

#### **E. 3**

Dans un premier moyen, les recourantes se plaignent de la violation de leur droit d'être entendues.

##### **E. 3.1**

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP, n'a en principe pas un contenu différent de celui consacré en droit constitutionnel ( ATF 127 III 576 consid. 2c; 119 II 386 consid. 1b; 117 II 346 consid. 1a p. 347). Ainsi, il a été admis, dans le domaine de l'arbitrage, que chaque partie avait le droit de s'exprimer sur les faits essentiels pour le jugement, de présenter son argumentation juridique, de proposer ses moyens de preuve sur des faits pertinents et de prendre part aux séances du tribunal arbitral ( ATF 127 III 576 consid. 2c; 116 II 639 consid. 4c p. 643).

La jurisprudence a également déduit du droit d'être entendu un devoir minimum pour l'autorité d'examiner et de traiter les problèmes pertinents. Ce devoir, qui a été étendu à l'arbitrage international, 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. Il incombe à la partie soi-disant lésée d'établir, d'une part, que le tribunal arbitral n'a pas examiné certains éléments de fait, de preuve ou de droit qu'elle avait régulièrement avancés à l'appui de ses conclusions et, d'autre part, que ces éléments étaient de nature à influencer sur le sort du litige. Si la sentence passe totalement sous silence des éléments apparemment importants pour la

solution du litige, c'est aux arbitres ou à la partie intimée qu'il appartiendra de justifier cette omission dans leurs observations sur le recours. Ils pourront le faire en démontrant que, contrairement aux affirmations du recourant, les éléments omis n'étaient pas pertinents pour résoudre le cas concret, ou, s'ils l'étaient, qu'ils ont été réfutés implicitement par le tribunal arbitral. Il sied de rappeler, dans ce contexte, qu'il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents. Aussi les arbitres n'ont-ils pas l'obligation de discuter tous les arguments invoqués par les parties, de sorte qu'ils ne sauraient se voir reprocher, au titre de la violation du droit d'être entendu en procédure contradictoire, de n'avoir pas réfuté, même implicitement, un moyen objectivement dénué de toute pertinence. ( ATF 133 III 235 consid. 5.2 et les arrêts cités).

Les recourantes reprochent au TAS d'avoir méconnu ces principes sur trois points. Il y a lieu d'examiner successivement les trois branches du moyen soulevé par elles.

### **E. 3.2.1**

En premier lieu, les recourantes font valoir que le TAS n'a examiné ni la question de la portée de l'art. 19.7 du règlement antidopage de l'IBU entré en vigueur le 1er janvier 2009 (IBU Anti-Doping Rules; ci-après: ADR), ni celle du principe de la non-rétroactivité des normes. A les en croire, s'il avait traité ces deux questions, le TAS aurait dû appliquer la version 5.0 du Standard International pour les Laboratoires (ci-après: SIL), mise en vigueur le 1er janvier 2008 par l'AMA, et non pas la version 6.0 entrée en force le 1er janvier 2009. Or, dans cette version-là, mais pas dans cette version-ci, le SIL imposait au laboratoire ayant analysé les échantillons "A" de confier la manipulation et l'examen des échantillons "B" à un analyste différent (art. 5.2.4.3.2.2; "règle des deux analystes", selon l'expression utilisée dans le mémoire de recours). Dès lors, à suivre les recourantes, si le TAS avait conclu, comme il aurait dû le faire, à l'applicabilité du SIL version 2008, il n'aurait pu qu'admettre leur appel et annuler la peine disciplinaire qui leur avait été infligée par le DHP, étant donné que celle-ci sanctionnait une infraction retenue sur la base des résultats d'analyses effectuées en violation de la règle des deux analystes.

### **E. 3.2.2**

Les critiques formulées dans cette première branche du moyen considéré sont dénuées de tout fondement.

Loin d'ignorer les arguments développés par les recourantes en rapport avec la question de droit transitoire qui se posait en l'espèce, du fait que l'analyse des échantillons "B" n'avait pas été effectuée la même année que celle des échantillons "A", le TAS leur a consacré une grande partie du ch. 7 de sa sentence.

A titre liminaire, les arbitres ont constaté que les parties s'accordaient pour admettre que la date à laquelle les échantillons avaient été recueillis était décisive pour le choix du droit applicable *ratione temporis* (sentence, ch. 7.2), de sorte que l'appel devait être examiné à la lumière des dispositions pertinentes de l'ADR version 2006. Par cette constatation, que les recourantes ne sont pas recevables à contester devant le Tribunal fédéral, ils ont écarté implicitement, mais clairement, l'applicabilité de l'ADR version 2009 et, partant, celle de l'art. 19.7 dudit règlement invoqué devant eux par les recourantes.

Le TAS a ensuite exposé la raison pour laquelle il estimait que le SIL version 2009 régissait la procédure d'analyse des échantillons "B" (sentence, ch. 7.3 à 7.6). A cet égard, il a indiqué qu'en vertu de l'art. 6.1 de l'ADR version 2006, cette procédure devait obéir aux

règles en vigueur au moment où l'analyse était effectuée et non pas à celles d'une version précédente déjà abrogée.

Il suit de là que les arbitres ne se sont pas soustraits à leur devoir minimum d'examiner et de traiter les questions de droit transitoire pertinentes. Ce que les recourantes leur reprochent, en réalité, c'est de ne pas avoir répondu à ces questions de la manière qu'elles espéraient. Toutefois, il ne s'agit pas là d'une critique relevant de la violation du droit d'être entendu.

### **E. 3.3**

En deuxième lieu, les recourantes font grief au TAS de n'avoir pas examiné la question du caractère fondamental de la règle topique du SIL version 2008, ni celle du principe de la *lex mitior* ancré à l'art. 19.7 de l'ADR version 2009.

Ce grief n'est pas plus fondé que le précédent. En effet, après avoir indiqué que les recourantes soulevaient le problème de la *lex mitior* (sentence, ch. 7.2), les arbitres ont examiné ce problème de manière spécifique (sentence, ch. 8.10). Pour le résoudre, ils ont posé le principe voulant que la *lex mitior* s'applique à la sanction et non aux règles techniques qui régissent la procédure probatoire visant à permettre la découverte d'un cas de dopage. Dans une argumentation subsidiaire, ils ont toutefois exprimé l'avis que, même si le champ d'application de la *lex mitior* devait être étendu au-delà de la sanction, force leur serait alors de constater qu'il est impossible de dire, en l'espèce, laquelle des deux versions du SIL entrant en ligne de compte - i.e. les versions 2008 et 2009 - est la plus favorable aux recourantes. Selon eux, les analyses des échantillons "A" et "B" ont été effectuées conformément aux règles de procédure applicables au moment où elles l'ont été. Peu importait dès lors, à leurs yeux, que ces règles ne fussent pas les mêmes, car il ne saurait être question de permettre à une personne accusée de dopage de se prévaloir des règles techniques qui lui sont le plus favorables en invoquant le principe de la *lex mitior*. Raisonnant par l'absurde, les arbitres ont encore souligné que l'argument avancé par les recourantes, appliqué à une affaire pénale, aurait pour conséquence que la personne accusée d'un crime pourrait échapper à toute condamnation au seul motif que le test ADN qui lui en attribue formellement la paternité n'existait pas encore à l'époque où le crime a été commis.

En argumentant ainsi, le TAS n'a nullement violé, sur ce point, son devoir minimum d'examiner et de trancher la question controversée. Que les recourantes ne soient pas d'accord avec la manière dont il l'a fait n'y change rien.

### **E. 3.4.1**

Le TAS se voit reprocher, en troisième lieu, son absence de discussion et de détermination au sujet d'une erreur commise par le laboratoire de Vienne.

A cet égard, les recourantes exposent, à titre liminaire, que, pour détecter la présence éventuelle d'EPO exogène dans l'organisme d'un athlète, le laboratoire attribue à chaque échantillon un numéro. Les échantillons fournis par les athlètes ainsi que des échantillons de référence sont ensuite inclus dans un gel, chaque ligne du gel correspondant à un échantillon (voir le tableau reproduit sous ch. 8.18 de la sentence).

Revenant ensuite au cas concret, les recourantes soutiennent, en se référant aux ch. 90 ss de leur appel brief, qu'elles ont démontré, par l'analyse du rapport produit par le laboratoire de Vienne pour les échantillons "B", l'existence d'un problème affectant l'attribution des numéros des lignes aux échantillons. En effet, les numéros des lignes attribués aux échantillons appartenant aux athlètes par le laboratoire de Vienne ne correspondraient pas

aux numéros attribués par le laboratoire de Lausanne aux mêmes échantillons, alors que ceux-ci étaient censés se référer à l'image du même gel. L'intimée elle-même aurait d'ailleurs reconnu qu'il y avait un problème, en tentant toutefois - à tort - d'en minimiser la portée. Or, selon les recourantes, le TAS n'a pas du tout examiné leur argument, se contentant de répondre, sous ch. 8.21 ss de sa sentence, aux arguments relatifs à d'autres erreurs touchant l'identification des échantillons par les laboratoires concernés. Pourtant, cette question était d'une importance fondamentale, à leur avis, car un problème d'identification des échantillons analysés est sans conteste de nature à modifier le résultat de l'analyse. En ne la traitant pas, le TAS aurait, dès lors, violé le droit d'être entendu des intéressées.

#### **E. 3.4.2**

La recevabilité du grief est sujette à caution. Aussi bien, les recourantes n'exposent que d'une manière générale le problème d'identification qu'elles ont soulevé devant le TAS, en renvoyant le Tribunal fédéral à la lecture d'un passage du mémoire d'appel versé au dossier de l'arbitrage pour le surplus, c'est-à-dire pour l'exposé concret et chiffré de l'erreur imputée au laboratoire de Vienne. Elles oublient, ce faisant, que la motivation doit être contenue dans l'acte de recours (cf. arrêt 4A\_25/2009 du 16 février 2009 consid. 3.1 et les références).

Quant au fondement du grief considéré, il est sans doute exact que le TAS n'a pas consacré un passage spécifique de sa sentence au traitement du problème soulevé par les recourantes. Force est, toutefois, d'admettre, sur le vu des explications fournies par l'intimée sous ch. 3.7 à 3.10 de sa réponse, d'une part, que la conclusion tirée par les recourantes en rapport avec ce problème a été réfutée par les arbitres, à tout le moins de façon implicite, et, d'autre part, que l'omission dénoncée par elles portait sur un élément qui n'était pas propre à modifier l'issue de la cause au fond.

Sur le premier point, en effet, il sied d'observer que les recourantes ont soulevé le problème litigieux, parmi d'autres, sous la rubrique intitulée: "Mixing-up of the samples in the laboratory documentation packages" (appeal brief, ch. 83 à 96). Or, dans les considérants de sa sentence relatifs à cette rubrique (ch. 8.21 à 8.24), le TAS, examinant l'un des problèmes soulevés, a posé, de façon toute générale, les deux constatations suivantes: "Firstly, the Panel finds ... there was no mixing up of the samples... Secondly, the Panel does not find that any other errors contributed to the overall reliability of the results" (ch. 8.24 p. 14; termes mis en évidence par la Cour de céans). Ainsi, de par leur généralité, ces constatations peuvent être regardées comme une motivation valant pour l'ensemble des griefs articulés par les recourantes sous la rubrique topique de leur appeal brief.

Sur le second point, l'intimée démontre de manière convaincante, sous ch. 3.9 de sa réponse, que l'erreur relevée par les recourantes, elle aussi de nature typographique à l'instar de celle dont il est question dans le passage précité de la sentence, n'affectait en rien le résultat de l'analyse des échantillons "B" effectuée par le laboratoire de Vienne ni la validité de la seconde opinion émise par ce laboratoire sur la base de cette analyse. En particulier, le rapport d'analyse établi par le laboratoire en question et reproduit sous ch. 8.18 de la sentence confirmait clairement la présence de rEPO dans les échantillons "B" fournis par les deux biathlètes, telle qu'elle avait déjà été mise en évidence par le laboratoire de Lausanne.

Cela étant, le moyen pris de la violation du droit d'être entendu se révèle infondé dans sa troisième branche également, si tant est qu'il soit recevable.

#### **E. 4**

Dans un second moyen, fondé sur l' art. 190 al. 2 let . e LDIP, les recourantes reprochent au TAS d'avoir rendu une sentence incompatible avec l'ordre public.

##### **E. 4.1**

L'examen matériel d'une sentence arbitrale internationale, par le Tribunal fédéral, est limité à la question de la compatibilité de la sentence avec l'ordre public ( ATF 121 III 331 consid. 3a).

Une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique ( ATF 132 III 389 consid. 2.2.3).

##### **E. 4.2**

Les recourantes font grief au TAS d'avoir méconnu les principes de la *lex mitior* et de la non-rétroactivité des normes qui constituent, à leurs yeux, des principes juridiques fondamentaux relevant de l'ordre public matériel.

Il n'est pas nécessaire de trancher ici la question de savoir si les deux principes invoqués par les recourantes ressortissent l'un et l'autre à l'ordre public, au sens de l' art. 190 al. 2 let . e LDIP, ni de rechercher, en cas de réponse affirmative, s'ils font partie intégrante de l'ordre public matériel ou de l'ordre public formel. En effet, pour les motifs indiqués ci-après, le reproche fait au TAS d'avoir méconnu ces deux principes tombe à faux.

##### **E. 4.3.1**

Les recourantes relèvent, tout d'abord, que le TAS a appliqué le SIL version 2009 à une procédure d'analyse ayant débuté en 2008. A les en croire, il aurait, ce faisant, attribué à une règle entrée en vigueur en 2009 un effet non seulement rétroactif, mais aussi défavorable à leurs intérêts, dans la mesure où l'application de cette règle aboutit à leur condamnation, alors que l'application, seule correcte, du SIL version 2008, qui prévoyait la règle - méconnue en l'espèce - des deux analystes, aurait conduit à leur libération.

##### **E. 4.3.2**

D'une manière générale, le principe de la non-rétroactivité des normes ne s'applique pas au droit de procédure (cf. ATF 117 IV 369 consid. 4e p. 375; 113 Ia 412 consid. 6 p. 425 et les références), lequel obéit normalement à la règle *tempus regit actum* (cf. l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Scoppola contre Italie* (No 2) du 17 septembre 2009, § 110; Frowein/Peukert, *EMRK-Kommentar*, 3e éd. 2009, n° 8 ad art. 7; Stefan Trechsel, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 6e éd. 2004, p. 55; Franz Riklin, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3e éd. 2007, p. 115 n° 11). Il en va de même, sauf exceptions, en ce qui concerne le principe de la *lex mitior*, en vertu duquel, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'un jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu. Ce principe s'applique aux normes définissant les infractions et les peines qui les répriment, mais pas aux dispositions réglementant la procédure à suivre pour poursuivre et juger les infractions (cf. l'arrêt *Scoppola*, précité, *ibid.* et les précédents cités).

Dans la présente espèce, rien ne s'opposait donc à ce que le TAS - après avoir exclu l'applicabilité de la règle de droit transitoire énoncée à l'art. 19.7 de l'ADR version 2009 (cf.

consid. 3.2.2, 3e §, ci-dessus) - appliquât les dispositions pertinentes du SIL version 2009 à la procédure disciplinaire ouverte à la fin de l'année 2008 contre les recourantes. L'objectif principal du SIL est d'assurer la production de résultats d'analyse de laboratoire valides et de données ayant valeur de preuve, ainsi que l'harmonisation des modalités d'obtention et de rendu des résultats pour l'ensemble des laboratoires (art. 1.0, 1er §, du SIL version 2009). Il appert ainsi de la définition de son objectif, que le SIL règle un aspect de la procédure destinée à sanctionner d'éventuels cas de dopage dans le sport. Relevant du droit de procédure, ses dispositions ne commandaient, dès lors, ni l'application du principe de la non-rétroactivité des normes ni celle du principe de la lex mitior.

#### **E. 4.4**

Les recourantes observent, en outre, que le TAS a appliqué plusieurs règles différentes au même complexe de faits, soit le SIL version 2008 à l'analyse des échantillons "A" et le SIL version 2009 à l'analyse des échantillons "B". Elles constatent, enfin, que les arbitres ont fait application de l'ADR version 2006 (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008) en conjonction avec le SIL version 2009 (en vigueur dès le 1er janvier 2009), combinant ainsi l'ancien droit avec le nouveau, chacun d'eux étant appliqué pour partie. Elles y voient une violation du principe de la lex mitior.

Le moyen n'est pas plus fondé que le précédent. Comme celui-ci, il repose sur une prémisse erronée consistant à donner audit principe un sens extensif qui n'est pas le sien. Au demeurant, le TAS a retenu, de manière à lier le Tribunal fédéral, d'une part, que les recourantes et l'intimée étaient tombées d'accord pour appliquer l'ADR version 2006 in casu et, d'autre part, que l'art. 6.1 de ce règlement devait être interprété en ce sens que la version du SIL entrant en ligne de compte était celle qui était en vigueur à la date de l'analyse des échantillons, autrement dit la version 2008 pour les échantillons "A" et la version 2009 pour les échantillons "B" (sentence, ch. 7.5).

Le moyen pris de la violation de l'ordre public ne peut, dès lors, qu'être rejeté.

#### **E. 5**

Comme elles succombent, les recourantes seront condamnées solidairement à payer les frais de la procédure fédérale ( art. 66 al. 1 et 5 LTF ) et à verser des dépens à l'intimée ( art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.