

Urteilkopf

147 III 49

5. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. et Athletics South Africa ASA contre International Association of Athletics Federation IAAF (recours en matière civile) 4A_248/2019 / 4A_398/2019 du 25 août 2020

Regeste (de):

Internationale Schiedsgerichtsbarkeit; "Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development)" (DSD-Reglement); materieller Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG).

Der Schiedsentscheid des Internationalen Sportschiedsgerichts, mit dem das DSD-Reglement für gültig erklärt wurde, verstösst nicht gegen den materiellen Ordre public (E. 9.4-9.6 und 9.8.3).

Regeste (fr):

Arbitrage international; "Règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel)" (Règlement DSD); ordre public matériel (art. 190 al. 2 let. e LDIP).

La sentence du Tribunal Arbitral du Sport déclarant le Règlement DSD valide n'est pas contraire à l'ordre public matériel (consid. 9.4-9.6 et 9.8.3).

Regesto (it):

Arbitrato internazionale; "Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development)" (Regolamento DSD); ordine pubblico materiale (art. 190 cpv. 2 lett. e LDIP).

Il lodo del Tribunale arbitrale dello Sport che dichiara valido il Regolamento DSD non è contrario all'ordine pubblico materiale (consid. 9.4-9.6 e 9.8.3).

Sachverhalt ab Seite 50

BGE 147 III 49 S. 50

A.

A.a A. (ci-après: Mme A., l'athlète ou la coureuse), athlète sud-africaine de niveau international, est une spécialiste des courses de demi-fond (800 à 3'000 mètres). Elle a notamment remporté la médaille d'or du 800 mètres féminin aux Jeux Olympiques de Londres 2012 et de Rio 2016. Elle est également triple championne du monde de la discipline (Championnats du monde d'athlétisme de Berlin 2009, Daegu 2011 et Londres 2017). International Association of Athletics Federations (ci-après: l'IAAF, selon son acronyme anglais; désormais World Athletics), association ayant son siège à Monaco, est l'instance dirigeante de l'athlétisme au niveau mondial. Athletics South Africa (ci-après: ASA) est la fédération sud-africaine d'athlétisme; son siège est à Johannesburg. Elle est membre de l'IAAF.

A.b Selon ses propres déclarations, reproduites dans la sentence attaquée (n. 73 ss), l'athlète a fait l'objet d'un test de vérification du genre après sa victoire dans l'épreuve du 800 mètres aux Championnats du monde féminin de Berlin 2009 en réalisant la meilleure performance de l'année en 1:55.45. L'IAAF l'a ensuite rendue attentive au fait qu'elle devrait dorénavant abaisser son taux de testostérone au-dessous d'un certain seuil si elle entendait s'aligner sur ses distances de prédilection lors des compétitions internationales d'athlétisme à venir. Afin de pouvoir poursuivre sa carrière, la coureuse s'est résolue, malgré elle, à suivre un traitement hormonal visant à réduire son taux de

testostérone (prise de pilules contraceptives). Lorsqu'elle a repris la compétition en 2010, elle courait moins vite qu'auparavant. L'athlète a attribué cette baisse de performance aux effets secondaires du traitement hormonal. En dépit des sérieux effets secondaires ressentis, elle s'est imposée dans l'épreuve du 800 mètres féminin lors des Championnats du Monde de Daegu 2011 et des Jeux Olympiques de Londres 2012, en franchissant la ligne d'arrivée respectivement en 1:56.35 et 1:57.23.

BGE 147 III 49 S. 51

A.c En septembre 2014, Dutee Chand, une sprinteuse indienne hyperandrogène, c'est-à-dire sécrétant naturellement des androgènes dans des quantités supérieures à la norme chez les femmes, a contesté devant le Tribunal Arbitral du Sport (TAS) la décision lui interdisant de prendre part aux épreuves d'athlétisme, rendue sur la base du règlement "régissant la qualification des femmes présentant une hyperandrogénie pour leur participation dans les compétitions féminines" adopté en 2011 par l'IAAF. Par sentence intérimaire du 24 juillet 2015, le TAS a admis partiellement l'appel et a suspendu ladite réglementation pour une durée de deux ans. Considérant que l'IAAF n'avait pas démontré que les athlètes hyperandrogènes possédaient un avantage significatif en termes de performance par rapport aux autres athlètes féminines, la Formation offrait la possibilité à l'IAAF de fournir de nouvelles preuves à cette fin durant le laps de temps de deux ans, faute de quoi le règlement serait déclaré nul.

A.d A la suite de la sentence intérimaire prononcée dans l'affaire précitée, l'athlète a cessé de suivre son traitement hormonal. En 2016, elle a été sacrée une nouvelle fois championne olympique dans l'épreuve du 800 mètres, en courant en 1:55.28.

A.e Après avoir obtenu plusieurs prolongations du délai de deux ans imparti par le TAS, l'IAAF a indiqué à la Formation qu'elle entendait remplacer le règlement sur l'hyperandrogénie par de nouvelles règles censées entrer en vigueur le 1er novembre 2018.

A.f Le 23 avril 2018, l'IAAF a publié son nouveau règlement intitulé "Règlement régissant la qualification dans la catégorie féminine (pour les athlètes présentant des différences du développement sexuel)" (ci-après: Règlement DSD).

A.f.a La différence du développement sexuel (ci-après: DSD) y est définie comme une anomalie congénitale causant un développement atypique du sexe chromosomique, gonadique et/ou anatomique (art. 1.1 (b) (ii) en liaison avec l'Annexe 1 du Règlement DSD). (...)

A.f.c Le Règlement DSD fixe les conditions particulières que doit remplir une "Athlète concernée" afin de pouvoir prendre part à une "Epreuve visée" dans la catégorie féminine dans le cadre d'une compétition internationale ou d'établir un record du monde dans une compétition non internationale.

BGE 147 III 49 S. 52

Selon l'art. 2.2 (a) du Règlement DSD, une "Athlète concernée" est celle qui répond aux trois critères cumulatifs suivants: elle présente l'une des DSD énumérées par cette disposition (i); son taux de testostérone sanguin est supérieur ou égal à 5 nanomoles par litre de sang (nmol/L) (ii); elle possède une sensibilité aux androgènes suffisante pour présenter, à ces taux de testostérone, un effet androgénisant significatif (iii). En cas de doute concernant la réalisation des trois conditions précitées, celui-ci profite à l'athlète, qui peut dès lors concourir librement (art. 2.3 de l'Annexe 3 du Règlement DSD).

Une "Athlète concernée" qui souhaite s'aligner, lors d'une compétition internationale, dans une "Epreuve visée" au sens de l'art. 2.2 (b) du Règlement DSD, soit les courses du 400 mètres, 400 mètres haies, 800 mètres, 1'500 mètres et du mile (1,6 kilomètre) ainsi que toute autre course sur des distances comprises entre le 400 mètres et un mile, doit satisfaire aux conditions cumulatives suivantes, en vertu de l'art. 2.3 du Règlement DSD: - être reconnue officiellement en tant que femme ou intersexe (ou équivalent); - abaisser son taux de testostérone sanguine au-dessous de 5 nmol/L pendant une période ininterrompue d'au moins six mois (par exemple en utilisant une contraception hormonale); - maintenir son taux de testostérone sanguine au-dessous de 5 nmol/L en permanence (qu'elle soit ou non en compétition) aussi longtemps qu'elle souhaite pouvoir participer aux "Epreuves visées" dans la catégorie féminine lors d'une compétition internationale. Une "Athlète concernée" est seule responsable du maintien des conditions de qualification aussi longtemps qu'elle souhaite prendre part à une "Epreuve visée", dans la catégorie féminine, lors d'une compétition internationale (art. 3.11 du Règlement DSD). Elle ne doit remplir aucune condition supplémentaire, telles des modifications anatomiques chirurgicales (art. 2.4 du Règlement DSD), et elle ne peut pas être forcée à se soumettre à des analyses et/ou à suivre un traitement quelconque (art. 2.5 du Règlement DSD). Selon l'art. 2.6 du Règlement DSD, une "Athlète concernée" qui ne remplit pas les conditions de qualification prévues par le Règlement DSD peut prendre part: (a) dans la catégorie féminine:

(i) à toutes les épreuves, y compris les "Epreuves visées", lors de compétitions non internationales; BGE 147 III 49 S. 53

(ii) à toutes les épreuves, exception faite des "Epreuves visées", lors de compétitions internationales; (b) dans la catégorie masculine: à toutes les épreuves, sans restriction, y compris à l'échelon international; (c) dans toute catégorie intersexue ou similaire: à toutes les épreuves, sans restriction, y compris au niveau international. (...)

B.

B.a Mme A. est une "Athlète concernée" au sens de l'art. 2.2 (a) du Règlement DSD, ce qu'aucune partie ne conteste. Le 18 juin 2018, la coureuse a déposé une requête d'arbitrage devant le TAS en vue de contester la validité dudit règlement (CAS 2018/O/5794). Le 25 juin 2018, ASA a également saisi le TAS (CAS 2018/O/5798). Ce dernier a prononcé la jonction des causes en date du 29 juin 2018. La Formation a statué conformément aux dispositions applicables à la procédure ordinaire. L'anglais a été retenu comme langue de l'arbitrage. Le 23 juillet 2018, le TAS a informé les parties que la Formation serait constituée des arbitres Hugh L. Fraser, juge canadien, Hans Nater, avocat suisse, et Annabelle Bennett, juge australienne à la retraite, qui en assumerait la présidence. (...) En cours de procédure, l'IAAF a modifié la liste des DSD couvertes par le Règlement DSD, de telle sorte que celui-ci s'applique uniquement aux athlètes "46 XY DSD", c'est-à-dire aux personnes possédant des chromosomes XY et non des chromosomes XX. A l'issue de l'échange d'écritures, la Formation a siégé à Lausanne du 18 au 22 février 2019. Au cours de ces cinq jours d'audience, elle a entendu un nombre très important d'experts. (...)

B.b Par sentence motivée du 30 avril 2019, la Formation a rejeté les deux requêtes d'arbitrage. Le TAS a adressé la sentence motivée aux parties par courrier électronique du 30 avril 2019, puis leur en a notifié la version originale signée par courrier du 20 juin 2019. (...)

C.

C.a Le 28 mai 2019, Mme A. (ci-après: la recourante) a adressé au Tribunal fédéral un recours en matière civile, assorti d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles ainsi que BGE 147 III 49 S. 54

d'une demande d'effet suspensif, en vue d'obtenir l'annulation de la sentence du 30 avril 2019 (cause 4A_248/2019). Par ordonnance du 31 mai 2019, la Présidente de la Ire Cour de droit civil a donné l'ordre à l'IAAF, à titre superprovisionnel, de suspendre immédiatement la mise en oeuvre du Règlement DSD à l'égard de la recourante afin de maintenir la situation inchangée jusqu'à décision sur la requête de mesures provisionnelles. (...) Par ordonnance du 29 juillet 2019, la Présidente de la Cour de céans a rejeté la requête de mesures provisionnelles et d'effet suspensif, ainsi que celle formée par ASA. En bref, elle a considéré qu'en l'état, la condition du caractère très vraisemblablement fondé du recours n'était pas réalisée. (...)

C.b Le 26 août 2019, ASA (ci-après: l'association recourante) a également interjeté un recours en matière civile, en tête duquel elle demande au Tribunal fédéral d'annuler la sentence du TAS (cause 4A_398/2019). (...) Le Tribunal fédéral a rejeté les deux recours.
(extrait)

Erwägungen

Extrait des considérants:

9. (...)

9.4 Dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 juillet 2019, la Présidente de la Cour de céans a souligné que la différenciation prétendument inadmissible repose en l'occurrence sur un règlement édicté par une association de droit privé. Elle a ajouté qu'il est 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.

Certes, le Tribunal fédéral a, de jurisprudence constante, souligné que l'interdiction de la discrimination fait partie de l'ordre public (cf. p. ex. ATF 144 III 120 consid. 5.1; ATF 138 III 322 consid. 4.1; ATF 132 III 389 consid. 2.2.1; ATF 128 III 191 consid. 6b), mais s'il l'a fait, c'est dans l'idée de protéger au premier chef la personne vis-à-vis de l'Etat. A cet égard, on peut relever que, sous l'angle du droit constitutionnel suisse, la jurisprudence considère que la garantie de l'interdiction

de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.) s'adresse à l'Etat et ne produit en principe pas d'effet horizontal direct sur les relations entre
BGE 147 III 49 S. 55

personnes privées (ATF 137 III 59 consid. 4.1; ATF 136 I 178 consid. 5.1; 133 III 167 consid. 4.2; arrêts 5D_76/2017 du 11 mai 2017 consid. 5; 5A_362/2016 du 20 février 2017 consid. 6.3; 5A_847/2015 du 2 mars 2016 consid. 4.1), ce qui rejoint l'avis de plusieurs auteurs (cf., parmi d'autres, GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e éd. 2017, n° 18 ad art. 8 Cst.; REGINA KIENER ET AL., Grundrechte, 3e éd. 2018, § 36 n. 63; BELSER/MOLINARI, in Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2013, n° 55 ad art. 8 Cst.; ELEONOR KLEBER, La discrimination multiple, 2015, p. 161; VINCENT MARTENET, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, RDS 125/2006 p. 421). Aussi est-il loin d'être évident de retenir que l'interdiction de discrimination émanant d'un sujet de droit privé fasse partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. La recourante fait cependant valoir, non sans pertinence, que les relations entre un athlète et une fédération sportive mondiale présentent certaines similitudes avec celles qui lient un particulier à l'Etat. Il est vrai que le Tribunal fédéral a relevé que le sport de compétition se caractérise par une structure très hiérarchisée, aussi bien au niveau international qu'au niveau national. Etablies 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 (ATF 133 III 235). Cela étant, il n'est pas certain que cela suffise pour admettre qu'un athlète puisse se prévaloir de l'interdiction de la discrimination dans le cadre d'un recours en matière civile dirigé contre une sentence arbitrale au titre de la violation de l'ordre public. La recourante se réfère aussi à deux décisions non publiées (arrêts 4P.12/2000 du 14 juin 2000 consid. 5 a) aa) et bb); 4A_370/2007 du 21 février 2008 consid. 5.4) dans lesquelles le Tribunal fédéral a contrôlé si la sentence arbitrale, rendue dans le cadre de litiges opposant des sujets de droit privé, révélait un élément discriminatoire. Cela étant, force est de constater que, dans les deux arrêts cités, la Cour de céans n'a pas véritablement examiné si l'interdiction de la discrimination entre privés fait partie de l'ordre public suisse, le moyen étant, dans ces deux affaires, manifestement infondé.

Quoi qu'il en soit, point n'est besoin de pousser ici plus avant l'examen de cette question, dès lors que, comme on le démontrera
BGE 147 III 49 S. 56

ci-après, la sentence attaquée ne consacre nullement une discrimination qui serait contraire à l'ordre public.

9.5 Selon la définition jurisprudentielle, il y a discrimination, au sens de l'art. 8 al. 2 Cst., lorsqu'une personne est traitée différemment en raison de son appartenance à un groupe particulier qui, historiquement ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de dépréciation (ATF 140 I 2 consid. 6.4.2; ATF 138 I 205 consid. 5.4; ATF 137 V 334 consid. 6.2.1). Le principe de non-discrimination n'interdit pas pour autant toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst., mais fonde plutôt le soupçon d'une différenciation inadmissible (ATF 140 I 2 consid. 6.4.2; ATF 137 V 334 consid. 6.2.1). En d'autres termes, distinguer ne signifie pas nécessairement discriminer. Les inégalités qui résultent d'une telle distinction doivent cependant faire l'objet d'une justification particulière (ATF 137 V 334 consid. 6.2.1 p. 348; ATF 135 I 49 consid. 4.1 p. 53). En matière d'égalité entre les sexes, un traitement distinct est possible s'il repose sur des différences biologiques excluant catégoriquement un traitement identique (ATF 126 I 1 consid. 2 et les arrêts cités).

9.6

9.6.1 En l'occurrence, le TAS a considéré, au terme d'un examen approfondi et circonstancié, que les conditions d'éligibilité fixées par le Règlement DSD étaient *prima facie* discriminatoires, puisqu'elles créaient une différenciation fondée sur le sexe légal et les caractéristiques biologiques innées, mais qu'elles constituaient une mesure nécessaire, raisonnable et proportionnée en vue d'assurer l'équité et la défense de la "classe protégée" et de garantir une compétition équitable.

9.6.2 S'agissant de la nécessité de la réglementation édictée, la Formation a tenu le raisonnement suivant, tel qu'il a été résumé plus avant dans la partie "Faits" du présent arrêt (cf. let. B.c.e non publiée): elle a rappelé tout d'abord que vouloir assurer une compétition équitable dans les épreuves féminines d'athlétisme est un objectif légitime et qu'une fois la légitimité de la division en deux catégories séparées hommes/femmes admise, il est indispensable de fixer des critères permettant

de déterminer quels athlètes peuvent participer à ces épreuves-là. A ce titre, elle a reconnu que la seule référence au sexe légal d'une personne ne constitue pas toujours un moyen de distinction juste et efficace, raison pour laquelle il peut être légitime de régler le droit de participer à une compétition dans

BGE 147 III 49 S. 57

la catégorie féminine par référence aux facteurs biologiques plutôt qu'au seul sexe légal. En effet, qu'une personne soit légalement reconnue femme et s'identifie ainsi ne signifie pas nécessairement qu'elle ne dispose pas de l'avantage compétitif insurmontable associé à certains traits biologiques qui prédominent chez les personnes généralement (mais pas toujours) reconnues hommes au point de vue du droit et s'identifiant de cette manière. C'est la biologie humaine, et non le statut légal ou l'identité de genre, qui détermine finalement quels individus possèdent les traits physiques leur procurant cet avantage insurmontable.

La Formation a admis que le critère qui détermine le droit de concourir au sein de la "classe protégée" doit s'aligner sur la raison à l'origine de la création de la catégorie féminine. Si l'existence de cette "classe protégée" est fondée sur l'impact significatif de certaines caractéristiques biologiques sur la performance dans diverses disciplines sportives, alors il est légitime de régler le droit d'appartenir à cette "classe protégée" par référence à ces caractéristiques biologiques. La Formation a aussi reconnu que la testostérone est le facteur principal des avantages physiques et donc de la différence entre les sexes au niveau de la performance athlétique. Sur la base des éléments avancés par les parties et de l'audition des différents experts, elle a estimé que les athlètes féminines 46 XY DSD, sensibles aux androgènes, jouissent d'un avantage compétitif significatif et que celui-ci résulte de leur exposition à un taux de testostérone équivalant à la concentration ordinaire présente chez un homme. Elle a enfin considéré que les dispositions régissant les conditions d'éligibilité des athlètes 46 XY DSD à certaines épreuves sont nécessaires si l'on veut que les compétitions féminines d'athlétisme puissent se dérouler de manière équitable. Pour les mêmes raisons, la Formation a considéré que le Règlement DSD est raisonnable.

9.6.3 S'agissant du contrôle sous l'angle de la proportionnalité, la Formation, comme on l'a indiqué plus haut (cf. let. B.c.f non publiée), a ensuite procédé à un examen complet du Règlement DSD, analysant, dans ce cadre-là, toute une série d'aspects, à savoir les effets liés à la prise de contraceptifs oraux, le devoir des athlètes 46 XY DSD de se soumettre à des examens physiques intrusifs, le problème de la confidentialité, le cercle des "Epreuves visées", la

BGE 147 III 49 S. 58

limite autorisée du taux de testostérone ainsi que la capacité des athlètes à pouvoir maintenir leur taux de testostérone au-dessous de 5 nmol/L. Pour apprécier la proportionnalité du Règlement DSD, elle a estimé qu'une pesée des différents intérêts en présence était nécessaire. Elle a en particulier souligné que les effets secondaires du traitement hormonal, même s'ils sont significatifs, ne sont pas suffisants pour l'emporter sur les intérêts poursuivis par l'IAAF. Au terme de cet examen, elle a considéré que le Règlement DSD constituait une mesure appropriée. (...)

9.8 (...)

9.8.3.1 S'agissant de l'examen effectué par le TAS sous l'angle du principe de la proportionnalité, la Cour de céans tient tout d'abord à relever que la Formation, à l'issue d'une procédure arbitrale au cours de laquelle elle a tenu audience durant cinq jours et entendu un nombre très important d'experts, a rendu une sentence circonstanciée, comportant pas moins de 165 pages, traitant non seulement des questions scientifiques fort complexes mais aussi des problèmes juridiques extrêmement délicats. Dans ce cadre-là, le TAS a procédé à un examen complet des griefs soulevés par les parties. En outre, les arbitres ont tenu compte de tous les éléments et n'ont négligé aucune circonstance importante. Certes, la Formation n'a pas été en mesure, sur la base des preuves recueillies, d'apporter une réponse à toutes les nombreuses questions que soulève la présente affaire. Cela étant, on ne saurait lui reprocher d'avoir omis d'examiner certains aspects décisifs concernant le Règlement DSD. Elle a en effet procédé à une pesée soigneuse des différents intérêts en présence. D'un côté, le TAS a tenu compte de l'intérêt à garantir une compétition équitable au sein de l'athlétisme féminin et à assurer la défense de la "classe protégée", en vue de permettre aux athlètes féminines ne présentant pas de DSD de pouvoir exceller au plus haut niveau. De l'autre, il a pris en considération les effets des contraceptifs oraux sur la santé des athlètes 46 XY DSD, les atteintes liées aux examens physiques intrusifs visant à apprécier la sensibilité aux androgènes, les problèmes relatifs à la confidentialité et la possibilité pour les athlètes 46 XY DSD de réussir à maintenir leur taux de testostérone au-dessous de la limite réglementaire.

9.8.3.2 Il reste à déterminer si le résultat auquel a abouti la Formation est contraire à l'ordre public,

c'est-à-dire aux valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en BGE 147 III 49 S. 59

Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. La question doit être résolue par la négative. En effet, le résultat auquel aboutit la sentence attaquée n'est ni insoutenable ni même déraisonnable.

9.8.3.3 A cet égard, il y a lieu d'insister sur le fait que le souci d'assurer, autant que faire se peut, un sport équitable constitue un intérêt tout à fait légitime. Certes, comme le relève la recourante, il n'existe pas, selon la jurisprudence, un ordre public propre au sport, une "lex sportiva" (arrêt 4A_312/2017 du 27 novembre 2017 consid. 3.3.2). Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne faille pas tenir compte du contexte particulier dans lequel s'inscrit la présente cause, c'est-à-dire le sport de compétition, s'agissant d'apprécier la pondération des intérêts opérée par la Formation et le résultat auquel celle-ci a abouti. Il est important de relever que la CourEDH elle-même attache un poids particulier à l'équité sportive. Dans un arrêt rendu le 18 janvier 2018, la CourEDH a reconnu que "la recherche d'un sport égalitaire et authentique se rattache au but légitime que constitue la protection des droits d'autrui"(Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs [FNASS] et autres contre France, § 166). Dans cette affaire, les requérants alléguaient que l'obligation de localisation imposée aux sportifs d'un "groupe cible" en vue de la réalisation de contrôles antidopage inopinés portait atteinte à l'art. 8 CEDH. Ils dénonçaient en particulier un système de contrôle "particulièrement intrusif", commandant aux sportifs appartenant au groupe cible de communiquer des informations sur leurs lieux de résidence, d'entraînement et de compétition de façon à pouvoir être localisés à tout moment et de se soumettre sur le champ aux divers contrôles ordonnés de façon discrétionnaire et sans préavis. Ils se plaignaient de la possibilité de réaliser des contrôles hors des manifestations sportives et hors des périodes d'entraînement, c'est-à-dire même lorsqu'un sportif est en congé, en repos ou malade. Selon eux, cette mesure portait atteinte à leur liberté d'aller et de venir, du fait de l'obligation de localisation permanente, à leur droit à une vie familiale normale et à la liberté individuelle du sportif. Elle faisait encore planer en permanence, entre 6 et 21 heures, la perspective de contrôles physiquement intrusifs pour les sportifs ciblés, une telle perspective imposant la déclaration préalable et systématique de leur emploi du temps, en violation du droit de nouer des relations avec ses semblables et du droit à la jouissance tranquille de sa vie privée.

BGE 147 III 49 S. 60

Sur ce point, l'un des requérants soutenait notamment que l'obligation de localisation soumettait les athlètes à un stress permanent destructeur de la santé physique et psychique. En outre, les prélèvements à répétition endommageaient les veines et la capacité du bras, mettant en danger la santé des sportifs. Les requérants dénonçaient enfin une atteinte au principe d'égalité, l'obligation de localisation en vue de la réalisation du contrôle antidopage étant réservée aux sportifs appartenant au groupe cible. De son côté, l'Etat défendeur faisait valoir que l'obligation de localisation répondait à deux buts légitimes, soit la protection de la santé publique et de la morale. La CourEDH a jugé que l'obligation de localisation entendait répondre à des impératifs de santé. Après avoir expressément reconnu que le fair play et l'égalité des chances constituent l'un des fondements de la lutte antidopage, elle a vu dans la recherche d'un sport égalitaire et authentique, un but légitime, soit la protection des droits et libertés d'autrui (§ 166). En effet, l'usage de produits dopants écarte injustement les compétiteurs de même niveau et prive les spectateurs d'une compétition loyale à laquelle ils sont légitimement attachés. La CourEDH a conclu, au final, à l'absence de violation de l'art. 8 CEDH. Cet arrêt confirme ainsi que la recherche d'un sport équitable constitue un objectif important susceptible de justifier de sérieuses atteintes aux droits des sportifs. La présente cause soulève certes une question différente de celle du dopage. Nul ne conteste en effet que les athlètes 46 XY DSD n'ont jamais triché. Cela étant, il ne faut pas perdre de vue que l'avantage naturel qu'elles possèdent est d'une ampleur telle qu'il leur permet, sur les distances comprises entre le 400 mètres et le mile, de battre systématiquement les athlètes féminines ne présentant pas de DSD.

A cet égard, quoi que soutienne la recourante, dans une critique largement appellatoire, en invoquant de surcroît un moyen qu'elle n'a apparemment jamais soulevé devant le TAS, la loyauté et l'équité des compétitions ne concernent pas uniquement les problématiques liées au dopage, à la corruption et autres manipulations externes. Des caractéristiques innées propres aux athlètes d'un groupe déterminé peuvent aussi fausser l'équité des compétitions. Lorsqu'elles édictent des règlements, les fédérations sportives ont pour objectif d'assurer une compétition loyale et équitable (JÉRÔME JAQUIER, La

BGE 147 III 49 S. 61

qualification juridique des règles autonomes des organisations sportives, 2004, p. 78). Ainsi, l'instauration de catégories séparées a pour but de réduire la différence entre les athlètes. C'est pourquoi, dans certains sports, plusieurs catégories ont été créées sur la base de critères biométriques. Par exemple, les boxeurs sont répartis en plusieurs catégories en fonction de leur poids. De même, dans la plupart des sports, dont l'athlétisme, les femmes et les hommes concourent dans deux catégories séparées, ces derniers étant naturellement avantagés du point de vue physique. La séparation en deux catégories féminine et masculine implique cependant de devoir fixer une limite et des critères de distinction. Or, toute division binaire entre les hommes et les femmes, comme c'est le cas dans le domaine de l'athlétisme, soulève nécessairement certaines difficultés de classification. La présente affaire en est la parfaite illustration. A cet égard, il est intéressant de relever, au passage, que le droit australien, auquel se réfère l'IAAF dans sa réponse, prévoit expressément que le fait d'interdire à des personnes intersexes de participer à certaines compétitions sportives n'est pas illégal (voir aussi sur ce point, MATHIEU MAISONNEUVE, Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive, Revue de l'arbitrage 2019 n. 3 p. 945, note infrapaginale 19; cet auteur note que certains droits nationaux, à l'image de la loi australienne, règlent expressément la question des différences de traitement du type de celles instaurées par l'IAAF). Il est évident que les athlètes ne disposeront jamais des mêmes chances de succès dans les faits. Ainsi, par exemple, un athlète de grande taille sera certainement avantagé s'il joue au basketball, à l'instar d'un sportif aux grands pieds qui pratique la natation. Cela étant, il n'appartient pas au Tribunal fédéral d'opérer, abstraitement, des comparaisons entre les différentes disciplines pour apprécier si tel ou tel sportif dispose d'un avantage rendant la compétition sportive vide de sens. C'est avant tout aux fédérations sportives de déterminer dans quelle mesure tel ou tel avantage physique est susceptible de fausser la compétition (MARTIN KAISER, Sportrecht - Berücksichtigung der Interessen des Sports in der Rechtsordnung, 2011, p. 34 s.) et, cas échéant, d'instaurer des règles d'éligibilité, juridiquement admissibles, de nature à remédier à cet état des choses. Aussi la recourante tente-t-elle en vain de tirer des parallèles entre la situation de sportifs pratiquant d'autres sports ou d'autres disciplines d'athlétisme et la sienne.

BGE 147 III 49 S. 62

9.8.3.4 L'objectif poursuivi par l'IAAF à savoir garantir l'équité de la compétition, que la recourante qualifie elle-même d'intérêt public, n'est pas le seul qui entre en ligne de compte. En effet, comme l'a souligné la Formation, la présente affaire se caractérise par le fait que des intérêts privés sont en conflit, puisque les intérêts des athlètes 46 XY DSD s'opposent à ceux des autres athlètes féminines ne présentant pas de DSD. Sur ce point, il convient de rappeler que celles-ci sont désavantagées et privées de chances de succès lorsqu'elles doivent affronter des athlètes 46 XY DSD. Les statistiques sont à cet égard particulièrement éloquentes. On ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle soutient que la défense de la "classe protégée" tendrait uniquement à défendre les intérêts économiques des autres athlètes féminines. Une telle affirmation est par trop réductrice. En effet, la raison d'être de cette "classe protégée" est de permettre aux athlètes féminines de pouvoir bénéficier des mêmes opportunités que celles dont jouissent les athlètes masculins, afin de les inciter à faire les sacrifices nécessaires pour atteindre le plus haut niveau en matière d'athlétisme. Le triomphe au sein de l'élite internationale permet aux athlètes d'acquérir une notoriété certaine et de devenir des modèles auxquels s'identifient les jeunes sportives de leur pays et du monde entier. La volonté d'exceller au niveau de l'élite sportive n'est ainsi pas mue uniquement par des intérêts financiers. Le sport ne se réduit pas à un simple spectacle commercial; il n'a pas été créé pour générer des flux monétaires (FRANK LATTY, La lex sportiva, Recherche sur le droit transnational, 2007, p. 731). Lorsqu'une athlète s'avance sur la ligne de départ, elle recherche, avant toutes choses, sa satisfaction personnelle en tentant de battre ses adversaires (LATTY, *ibid.*).

9.8.3.5 Pour tenter de concilier les intérêts des athlètes 46 XY DSD, ceux des autres athlètes féminines et les impératifs liés au sport de compétition, l'IAAF a édicté le Règlement DSD. Ce faisant, elle n'a pas opté pour la solution retenue en droit australien, lequel admet l'exclusion des personnes intersexes de toute activité sportive de compétition dans laquelle la force, l'endurance ou le physique des compétiteurs joue un rôle. Elle a choisi une solution moins drastique, en conditionnant la participation des athlètes 46 XY DSD, à diverses épreuves d'athlétisme ("Epreuves visées"), dans le cadre des compétitions internationales, au respect de certaines exigences. La Formation n'a pas manqué d'exprimer, à plusieurs reprises, certaines préoccupations. Cela étant, après avoir examiné le Règlement

BGE 147 III 49 S. 63

DSD sous toutes ses coutures, elle a conclu que celui-ci constitue une mesure proportionnée. Dans ce cadre-là, elle n'a négligé aucune circonstance importante, puisqu'elle a notamment tenu compte des effets des contraceptifs oraux sur la santé des athlètes, des atteintes liées aux examens

physiques intrusifs et des problèmes de confidentialité. S'agissant de ces différents points, la Cour de céans considère qu'il est important de mettre en exergue certains éléments retenus par le TAS. Concernant les effets secondaires liés à l'utilisation de contraceptifs oraux, la Formation a admis que ceux-ci sont significatifs et que la recourante en a subi certains lorsqu'elle prenait la pilule contraceptive. Toutefois, elle s'est aussi refusée à conclure que tous les effets secondaires rencontrés par la recourante lorsqu'elle essayait de réduire son taux de testostérone étaient dus au traitement hormonal, que de tels effets ne pourraient pas être contrôlés autrement, qu'ils perdureraient, que d'autres athlètes 46 XY DSD les subiraient de la même façon (les femmes réagissant différemment aux divers types de pilules contraceptives) ou qu'un autre type de pilules contraceptives, s'il était prescrit, entraînerait des effets secondaires similaires. Elle a ajouté que ces effets-là ne diffèrent pas, par leur nature, des effets secondaires que ressentent des milliers, voire des millions d'autres femmes de caryotype XX qui prennent des contraceptifs oraux. La Formation a en outre indiqué qu'il n'existe pas de preuves (suffisantes) lui permettant d'admettre que les effets secondaires augmenteraient en cas de réduction du taux de testostérone maximal admissible de 10 à 5 nmol/L. Ainsi, la Cour de céans est liée par la constatation du TAS selon laquelle l'augmentation de tels effets n'est pas démontrée. Lorsque la recourante reproche au TAS de ne pas avoir établi si les symptômes de sevrage provoqués par l'intervention hormonale sont uniquement temporaires, si les athlètes 46 XY DSD vont devoir prendre des doses plus élevées de contraceptifs oraux que celles normalement prescrites, si certains effets secondaires sont plus importants lorsque la dose de contraceptifs est importante ou encore si les contraceptifs ont une autre incidence sur la performance athlétique, elle formule une critique de type purement appellatoire et, partant, irrecevable. Au demeurant, quand elle argumente sur la base des règles du fardeau de la preuve, la recourante perd de vue que cette question est soustraite à l'examen du Tribunal fédéral appelé à connaître d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale, car de telles règles ne

BGE 147 III 49 S. 64

font pas partie de l'ordre public matériel au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP (arrêt 4A_616/2015 du 20 septembre 2016 consid. 4.3.1 et les précédents cités). S'agissant des examens visant à déterminer le degré de virilisation, la Formation a reconnu que ceux-ci présentent un caractère très intrusif et que le fait de subir un tel examen peut être malvenu et angoissant, même si cet examen est effectué avec soin. Dans le même temps, elle a toutefois évoqué la possibilité que pareils examens puissent, dans certains cas, avoir des effets bénéfiques en permettant de révéler des informations médicales susceptibles d'aider les athlètes qui ignorent présenter une DSD à prendre des décisions éclairées sur d'éventuels traitements médicaux nécessaires, mais également de les prémunir contre d'éventuelles suspensions de dopage. La Formation a encore admis que l'IAAF avait réussi à maintenir confidentielles les informations relatives aux athlètes visées par sa précédente réglementation. Cela étant, elle a relevé qu'il ne serait pas difficile pour un "observateur averti" de déduire de l'absence d'une athlète lors d'une compétition internationale qu'elle présente une DSD, estimant ainsi qu'il s'agissait là d'un effet préjudiciable inévitable du Règlement DSD. Quant à la possibilité concrète pour les athlètes 46 XY DSD de pouvoir maintenir leur taux de testostérone au-dessous de 5 nmol/L, la Formation a fait part de ses préoccupations. Elle a néanmoins considéré que les difficultés potentielles d'application du Règlement DSD étaient, essentiellement, de nature spéculative. Elle a ajouté que sa mission consistait à examiner le Règlement DSD tel qu'édicte et non encore mis en oeuvre. Cela étant, le TAS a souligné que le Règlement DSD pourrait s'avérer, ultérieurement, disproportionné au cas où il serait impossible ou excessivement difficile de l'appliquer. Force est dès lors d'admettre que le TAS n'a pas validé, une fois pour toutes, le Règlement DSD mais a, au contraire, expressément réservé la possibilité d'effectuer, cas échéant, un nouvel examen sous l'angle de la proportionnalité lors de l'application de cette réglementation dans un cas particulier. A cet égard, on relèvera que la recourante mentionne elle-même dans ses écritures que l'IAAF a tenu compte des préoccupations émises par la Formation puisqu'elle a décidé de réviser le Règlement DSD afin de permettre, à certaines conditions, de renoncer à la disqualification d'une athlète dont le taux de testostérone dépasserait involontairement la limite autorisée.

BGE 147 III 49 S. 65

9.8.3.6 A l'issue de l'examen des différents intérêts en présence, on ne saurait affirmer que certains d'entre eux l'emporteraient clairement sur d'autres. C'est le lieu de rappeler que les athlètes 46 XY DSD n'ont pas l'obligation de réduire leur taux de testostérone en suivant un traitement hormonal, sauf si elles désirent prendre part à une "Epreuve visée" dans la catégorie féminine lors d'une compétition internationale. Par conséquent, la solution retenue par la Formation, au terme d'une pesée soigneuse des différents intérêts en présence, n'est ni insoutenable, c'est-à-dire arbitraire, ni, a

fortiori, contraire à l'ordre public.