



Dokument	4A_248/2019
Urteilsdatum	25.08.2020
Gericht	Bundesgericht
Betreff	Arbitrage international en matière de sport (*publié); causes jointes et recours rejetés
Publikation	Nicht publizierte Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes
Rechtsgebiete	Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal

[4A_248/2019](#)

4A_398/2019

Arrêt du 25 août 2020

Ire Cour de droit civil

Composition

Mmes et M. les Juges fédéraux

Kiss, présidente, Hohl, Niquille, Rüedi et May Canellas.

Greffier: M. O. Carruzzo.

Participants à la procédure

[4A_248/2019](#)

A. _____,

représentée par Mes Dorothee Schramm, David Roney, Laureen Moret et Sabine Schnyder,
ainsi que par Me Ken Daly, recourante,

contre

1. International Association of Athletics Federation s IAAF,

représentée par Mes Bernhard Berger, Ross Wenzel, Nicolas Zbinden et Sophie Roud,

2. Athletics South Africa ASA,

représentée par Me Alexandre Zen-Ruffinen, ainsi que par Me Dev Maharaj,

intimées.

et

4A_398/2019

Athletics South Africa ASA,

représentée par Me Alexandre Zen-Ruffinen, ainsi que par Me Dev Maharaj,

association recourante,

contre

1. International Association of Athletics Federations, IAAF,

représentée par Mes Bernhard Berger, Ross Wenzel, Nicolas Zbinden et Sophie Roud,

2. A. _____,



représentée par Mes Dorothee Schramm, David Roney, Laureen Moret et Sabine Schnyder, ainsi que par Me Ken Daly,

intimées.

Objet

arbitrage international en matière de sport,

recours en matière civile contre la sentence arbitrale rendue le 30 avril 2019 par le Tribunal Arbitral du Sport (CAS 2018/O/5794 et CAS 2018/O/5798).

Faits :

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.

A.c. En septembre 2014, Dutee Chand, une sprinteuse indienne hyperandrogène, c'est-à-dire secrétant 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.b. La section 1 du Règlement DSD, intitulée " Introduction ", prévoit notamment ce qui suit:

" 1.1 (...) Ce Règlement reflète les impératifs suivants:



(a) Afin de préserver l'égalité des chances au sein des compétitions d'athlétisme, celles-ci doivent être organisées en catégories qui favorisent l'égalité des chances et garantissent que la victoire soit le fruit du talent, de la détermination, du dépassement de soi et des autres valeurs et caractéristiques incarnées et honorées par le sport. En particulier:

(i) L'IAAF souhaite inciter les athlètes à s'engager au plus haut point et à faire les sacrifices nécessaires pour exceller dans leur discipline, de manière à motiver les générations futures à pratiquer ce sport et aspirer au même niveau d'excellence. Elle voudrait éviter que ces aspirations puissent être découragées en raison de conditions de compétition non équitables n'offrant pas aux athlètes des chances égales de remporter la victoire.

(ii) Étant donné qu'à partir de la puberté, les hommes sont, en moyenne, considérablement avantagés par rapport aux femmes en termes de taille, de force et de puissance, principalement du fait d'un taux largement supérieur de testostérone circulante, et au vu de l'incidence potentielle de ces différences sur les performances sportives, il est communément reconnu que la mise en compétition d'athlètes masculins et féminins ne serait pas juste et pertinente et risquerait de dissuader les femmes de participer aux épreuves. C'est pour cette raison qu'au-delà des différentes catégories d'âge, l'IAAF a également créé des catégories de compétition distinctes pour les athlètes masculins et féminins.

(b) L'IAAF reconnaît toutefois que:

(i) La notion de sexe biologique est un terme générique qui recouvre les différents aspects du sexe chromosomique, gonadique, hormonal et phénotypique, chacun étant fixe et l'ensemble de ces aspects étant généralement uniformisé dans le système conventionnel binaire homme-femme.

(ii) Il existe cependant des individus présentant des anomalies congénitales causant un développement atypique du sexe chromosomique, gonadique et/ou anatomique (dit différence du développement sexuel - DSD, et parfois désignés comme « intersexe »).

(iii) En conséquence, certains systèmes juridiques nationaux reconnaissent désormais des sexes officiels autres que masculin et féminin (par exemple, « intersexe », « X » ou « autre »).

(c) L'IAAF respecte la dignité de tous les individus, y compris ceux présentant une DSD. Elle souhaite en outre que l'athlétisme soit un sport aussi inclusif que possible et veut ouvrir la voie pour que chacun puisse y participer. Aussi, l'IAAF entend-elle poser des conditions de participation dans la mesure strictement nécessaire à la garantie d'une compétition juste et pertinente. C'est pour cette raison que l'IAAF a émis le présent règlement, qui vise à faciliter la participation des athlètes présentant une DSD.

(d) Il existe un large consensus médical et scientifique, étayé par les données revues par les pairs en la matière, selon lequel les taux sanguins élevés de testostérone endogène des athlètes ayant des DSD sont susceptibles d'améliorer significativement leurs performances sportives. De ce fait, le présent règlement permet à ces athlètes de participer à la compétition dans la catégorie féminine à condition, pour les épreuves dans lesquelles leur différence a la plus grande incidence au vu des données actuelles, de répondre aux Conditions de qualification définies ci-après.

(e) Le présent Règlement a pour unique finalité de garantir une compétition juste et pertinente au sein de la catégorie féminine, au profit de l'ensemble des athlètes féminines. Il n'a aucune visée de jugement ou de remise en question de l'identité sexuelle ou de genre d'une athlète, quelle qu'elle soit. Au contraire, l'IAAF considère essentiel de respecter et de préserver la dignité et la vie privée des athlètes présentant une DSD, c'est pourquoi toutes les situations visées par ce règlement doivent être examinées et résolues d'une manière juste, cohérente et confidentielle, dans le respect du caractère sensible de ces questions. Toute violation de la confidentialité, acte de discrimination et/ou de stigmatisation fondée sur l'identité sexuelle ou de genre sera considérée comme une violation grave du Code de conduite en matière d'intégrité de l'IAAF et entraînera l'application de mesures disciplinaires appropriées à l'encontre du fautif.

1.2 Ce Règlement s'applique à l'échelle mondiale et régit les conditions de participation aux Épreuves visées dans les Compétitions internationales. À cet égard, le Règlement doit être interprété et appliqué non pas au vu des législations nationales ou locales, mais en tant que texte indépendant et autonome et de manière à protéger et promouvoir les exigences précisées ci-dessus. Dans le cas où une question non prévue par le présent Règlement verrait le jour, il conviendra de la traiter de la même manière.

1.3 Toutes les situations visées par ce règlement seront traitées par le Département Santé et Sciences de l'IAAF et non par la Fédération nationale de l'athlète intéressée ou tout autre organisme d'athlétisme, qu'il s'agisse ou non de la première participation de l'athlète à une compétition internationale. Chaque Fédération nationale est liée par ce Règlement et doit coopérer avec l'IAAF et lui apporter son soutien dans la mise en application du Règlement, en respectant rigoureusement les obligations de confidentialité prévues ci-après.

1.4 (...)



1.5 (...) "

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

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. 23 de l'Annexe 3 du Règlement DSD).

Une " Athlète concernée " qui souhaite s'aligner, lors d'une compétition internationale, dans une " Épreuve 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 " Épreuves 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 " Épreuve 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 " Épreuves visées ", lors de compétitions non internationales;
- (ii) à toutes les épreuves, exception faite des " Épreuves 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 intersexe ou similaire: à toutes les épreuves, sans restriction, y compris au niveau international.

A.f.d. La section 3 du Règlement DSD détermine la procédure applicable aux fins de déterminer si une personne est une " Athlète concernée ".

La personne qui pense être une " Athlète concernée " doit en informer le Manager médical de l'IAAF, si elle souhaite participer à une " Épreuve visée " lors d'une compétition internationale dans la catégorie féminine, afin que sa situation puisse être examinée. Une obligation similaire pèse sur sa fédération nationale (art. 3.1 du Règlement DSD). En outre, le Manager médical de l'IAAF peut procéder en tout temps à des investigations en vue de vérifier si une personne est une " Athlète concernée ". Il ne peut initier une telle enquête que de bonne foi sur la base de motifs raisonnables fondés sur des informations issues de sources fiables (art. 3.2 et 3.3 du Règlement DSD), la dignité et la vie privée de chaque individu devant être respectées à tout moment (art. 3.4 du Règlement DSD). Le Manager médical de l'IAAF peut convenir avec l'athlète, dont la situation est examinée, de la nomination d'un médiateur indépendant qui assistera l'athlète (art. 3.6 du Règlement DSD).

La procédure standard se déroule de la manière suivante et selon les principes fixés à l'Annexe 3 du Règlement DSD: un médecin dûment qualifié réalise une première évaluation, comprenant un examen clinique initial de l'athlète, la collecte de ses données cliniques et anamnestiques ainsi qu'un bilan endocrinien préliminaire (art. 3.8 (a) du Règlement DSD). S'il apparaît que l'athlète peut être une " Athlète concernée ", le Manager médical de l'IAAF anonymise le dossier et le transmet au président d'une équipe d'experts médicaux nommés par l'IAAF (art. 3.8 (b) et liste à l'Annexe 2 du Règlement DSD). Le président, seul ou avec le concours d'autres experts médicaux désignés par ses soins, se prononce sur la nécessité d'effectuer une évaluation complémentaire en vue de déterminer le statut de l'athlète (art. 3.8 (b) du Règlement DSD en liaison avec l'art. 11 de l'Annexe 3). Lorsque de plus amples examens sont jugés



nécessaires, l'athlète est renvoyée vers l'un des centres de référence spécialisés mentionnés à l'Annexe 4 du Règlement DSD, afin d'établir l'origine de son taux élevé de testostérone sanguine et de déterminer, le cas échéant, son niveau d'insensibilité aux androgènes (art. 3.8 (c) du Règlement DSD). Le centre de référence spécialisé rédige un rapport et le transmet au Panel d'experts. Sur la base dudit rapport et des autres éléments du dossier, le Panel d'experts adresse ses recommandations écrites au Manager médical de l'IAAF, lequel les transmet à l'athlète et à son médecin, et le cas échéant, au médiateur indépendant (art. 3.9 du Règlement DSD). Le Manager médical de l'IAAF décide d'adopter ou non la recommandation relative au statut de l'athlète; cette décision peut faire l'objet d'un appel au TAS (art. 3.10 et 5.3 du Règlement DSD).

A.f.e. Le Manager médical de l'IAAF peut demander à une " Athlète concernée " de fournir des preuves scientifiques du maintien ininterrompu des conditions de qualification et procéder en tout temps, avec ou sans préavis, à des contrôles par tout moyen approprié, comme le prélèvement d'échantillons sanguins (art. 3.12 du Règlement DSD). S'il est établi qu'une " Athlète concernée " n'a pas maintenu en permanence son taux de testostérone sanguin à une concentration inférieure à 5 nmol/L, l'athlète ne sera pas autorisée à participer dans la catégorie féminine à une " Épreuve visée ", lors d'une compétition internationale, jusqu'à ce qu'elle établisse qu'elle satisfait à nouveau aux conditions de participation (art. 3.13 (c) du Règlement DSD). Lorsqu'une " Athlète concernée " a pris part à une " Épreuve visée ", alors qu'elle ne remplissait pas les conditions de participation, l'IAAF peut, à son entière discrétion, annuler les résultats obtenus par l'athlète (art. 3.14 du Règlement DSD).

Les coûts liés à l'évaluation et au diagnostic de l'athlète sont à la charge de l'IAAF (art. 3.15 du Règlement DSD). L'athlète supporte les honoraires de son propre médecin, les coûts du traitement nécessaire afin de remplir les conditions de participation ainsi que les frais liés à la production de preuves (au sens de l'art. 3.12 (a) du Règlement DSD) visant à démontrer le respect des conditions de qualification (art. 3.16 du Règlement DSD).

A.f.f. La section 4 du Règlement DSD règle la question de la confidentialité. Elle prévoit que toutes les investigations menées et les informations recueillies dans le cadre dudit règlement seront traitées dans le respect de la plus grande confidentialité (art. 4.1 du Règlement DSD). Par ailleurs, l'IAAF ne commentera pas publiquement les éléments d'une affaire sauf en réaction à des déclarations publiques d'une athlète ou de ses représentants (art. 4.2 du Règlement DSD).

Enfin, la section 5 du Règlement DSD contient des dispositions relatives au règlement des litiges et, notamment, une clause d'arbitrage en faveur du TAS libellée comme suit:

" Tout litige survenant entre l'IAAF et une Athlète concernée (et/ou sa Fédération membre) en lien avec le présent Règlement sera soumis à la compétence exclusive du TAS. En particulier (à titre non exhaustif), la validité, la légalité et/ou la bonne interprétation ou application du Règlement ne peut être contestée que (a) par voie d'action ordinaire intentée devant le TAS et/ou (b) dans le cadre d'un recours formé devant le TAS en vertu du paragraphe 5.3. "

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. ASA a contesté la nomination de deux arbitres, au motif que ceux-ci avaient déjà siégé en cette qualité dans la procédure arbitrale *Chand* susmentionnée (cf. let. A.c). La Commission de récusation du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (CIAS) a rejeté cette requête par décision du 20 septembre 2018.

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.

Par courrier du 5 mars 2019, l'IAAF a fait part à la Formation de son intention d'insérer un nouvel art. 3.15 dans le Règlement DSD " *that allows the IAAF to waive disqualification of results and suspension of eligibility where a Relevant Athlete's testosterone levels go above 5 nmol/L, if it is satisfied that that increase was temporary and inadvertent and is unlikely to have conferred any material advantage on the athlete.* "



(sentence, n. 44). Le 15 mars 2019, la Formation a été avisée que le Conseil de l'IAAF avait approuvé l'introduction d'une nouvelle clause 3.15. Les parties demanderessees se sont opposées à la prise en compte de cet amendement par la Formation, l'athlète soulignant au passage que le texte adopté par le Conseil ne correspondait matériellement pas à celui figurant dans le courrier de l'IAAF du 5 mars 2019.

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.

Les motifs de cette sentence, laquelle couvre pas moins de 165 pages (632 paragraphes), sont résumés ci-après.

B.b.a. La Formation commence par évoquer brièvement le contexte général dans lequel s'inscrit le présent litige (sentence, chap. III, n. 6-13), avant de résumer la procédure arbitrale, telle qu'elle a été conduite sous son autorité (sentence, chap. IV, n. 14-49). Après quoi, elle relate de façon détaillée les arguments qui ont été avancés par l'athlète, avant d'exposer, par le menu, ses déclarations (sentence, n. 73-87) et les preuves fournies par elle, comprenant notamment six témoignages (" *Fact witnesses*", sentence, n. 88-115) et quinze avis d'experts (" *Experts witnesses*", sentence, n. 116-222), puis de reproduire les conclusions de l'athlète (sentence, n. 223). La Formation procède ensuite de la même manière en détaillant, longuement, les thèses soutenues par ASA (sentence, n. 224-240) et par l'IAAF (sentence, n. 284-312), les moyens de preuve de chacune des parties (incluant huit témoignages et opinions d'experts pour ASA [sentence, n. 241-282] et huit pour l'IAAF [sentence, n. 313-414]) ainsi que leurs conclusions respectives (sentence, n. 283 et 415).

B.b.b. Dans le chapitre intitulé " *Jurisdiction*" de la sentence attaquée (n. 416-420), la Formation constate d'une part sa compétence, qu'elle déduit de l'art. R27 du Code de l'arbitrage en matière de sport en liaison avec l'art. 5.2 du Règlement DSD, et d'autre part la qualité pour agir de la coureuse, celle-ci étant une " Athlète concernée " au regard dudit Règlement, et de ASA, la fédération nationale à laquelle l'athlète est affiliée. Elle souligne qu'elle ne tiendra pas compte des amendements au Règlement DSD mentionnés par l'IAAF dans son courrier du 5 mars 2019 (cf. let. B.a in fine).

S'agissant du droit applicable (sentence, chap. VII, n. 421-424), la Formation précise que, faute d'accord entre les parties, elle n'est pas autorisée à statuer en équité. Elle appliquera, dès lors, en premier lieu, la réglementation interne de l'IAAF (" *IAAF's Constitution and Rules*") et la Charte Olympique; à titre subsidiaire, elle se référera au droit monégasque (sentence, n. 424).

Dans le chapitre suivant, la Formation reproduit le contenu des principales dispositions du Règlement DSD (sentence, chap. VIII, n. 425-453).

B.c. Ces questions liminaires réglées, la Formation en vient à l'examen des mérites des requêtes jointes (sentence, n. 454-632). L'argumentation développée par le TAS sur ce point sera résumée ci-après dans la mesure utile à la compréhension du litige et au traitement des griefs invoqués par les recourantes. Par souci de simplification, la relation du raisonnement tenu par la Formation prendra la forme du discours direct autant que faire se pourra.

B.c.a. A. _____ est une femme. Elle est née femme et a été élevée en tant que telle. Elle a vécu et couru en tant que femme. Elle est - et a de tout temps été - reconnue légalement comme une femme et s'est toujours identifiée comme telle (sentence, n. 454).

L'IAAF est chargée d'édicter des règlements visant à faciliter et garantir une compétition équitable au profit de tous les athlètes (sentence, n. 456). Après la puberté, les hommes surclassent les femmes en termes de performance athlétique et l'écart qui les sépare est insurmontable. C'est pourquoi, l'IAAF a jugé indispensable de créer une " classe protégée " d'athlètes féminines (sentence, n. 456). La nécessité d'une telle séparation entre les compétitions féminine et masculine n'est pas remise en cause (sentence, n. 461).

Une fois que l'on reconnaît qu'il est légitime d'avoir des catégories séparées hommes/femmes, il est impératif de concevoir un moyen objectif, équitable et effectif de déterminer quelles personnes peuvent accéder à la " classe protégée " (sentence, n. 456 et 462). A priori, la solution semble aisée. Réserver l'accès à la " classe protégée " aux athlètes de sexe féminin, à l'exclusion des personnes de sexe masculin. Cependant, cela suppose que le sexe est une notion forcément binaire. Tel n'est pas le cas. La situation est plus complexe. Alors que les épreuves d'athlétisme ont été divisées en deux catégories (hommes/femmes), une distinction nette entre les hommes et les femmes n'existe pas en réalité. La classification binaire dans le domaine de l'athlétisme ne coïncide dès lors pas parfaitement avec les diverses caractéristiques sexuelles de la biologie humaine (sentence, n. 457). A cet égard, il est important de garder à l'esprit que les termes hommes/femmes peuvent avoir plusieurs significations suivant le contexte: ils peuvent faire référence au sexe légal d'une personne (i. e. son sexe au regard de la loi), à son identité subjective de genre (i.e. la façon dont une personne s'identifie) ou à d'autres aspects relevant de la physiologie (par exemple les



caractéristiques gonadiques ou le profil hormonal). Une règle qui cherche à définir le concept de masculinité ou de féminité dans un certain but peut aisément être perçue (à tort ou à raison) comme une tentative de remettre en cause la masculinité ou la féminité d'un individu à d'autres fins ou dans d'autres contextes (sentence, n. 463).

Au cours des dernières années, la situation s'est encore complexifiée. La question du sexe légal a évolué à maints endroits dans le monde entier. Aux yeux de la loi, le sexe n'est plus nécessairement binaire. Divers États reconnaissent d'autres statuts légaux, comme celui d'intersexe. De plus, certaines lois nationales autorisent un individu à changer de sexe (sentence, n. 458).

Le Règlement DSD représente la dernière tentative de l'IAAF de concilier la division binaire hommes/femmes dans les épreuves d'athlétisme avec le spectre hétéroclite des caractéristiques sexuelles biologiques et les lois nationales de plus en plus complexes et différentes régissant le sexe (sentence, n. 459).

La présente cause soulève différentes questions scientifiques, juridiques et éthiques. Des intérêts divergents s'affrontent. Il est impossible de mettre en oeuvre certains droits sans en restreindre d'autres. D'une part, chaque athlète a le droit de concourir, de voir son sexe légal et son identité de genre respectés et de ne pas subir une quelconque forme de discrimination. D'autre part, les athlètes féminines, qui sont biologiquement désavantagées par rapport aux sportifs masculins, ont le droit de pouvoir se mesurer à d'autres athlètes féminines et de bénéficier des avantages de la réussite sportive, tels que les places sur le podium et les gains qui en résultent (sentence, n. 460).

La Formation admet que les questions soulevées dans la procédure arbitrale n'ont pas été faciles à trancher. Elle est consciente qu'au moment d'examiner ces problèmes, elle n'agit pas en qualité de décideur politique ou d'autorité réglementaire. Il n'est ni nécessaire ni approprié pour elle de se mettre à la place de l'IAAF en précisant la manière dont elle aurait abordé ces questions si elle avait été elle-même chargée d'édicter des règles. Sa fonction est purement judiciaire. La Formation doit être consciente de cela et des limites qui en découlent (sentence, n. 469).

B.c.b. La Formation ne reviendra pas sur l'analyse effectuée dans le cadre de l'affaire *Chand* mais admet que certaines considérations qui y ont été faites sont pertinentes pour la présente cause (sentence, n. 470). Il est important de souligner que les constatations opérées dans l'affaire *Chand* ne la lient pas, car l'appel formé par l'athlète indienne visait une autre réglementation et la sentence a été rendue par une autre Formation sur la base des arguments et preuves propres à ladite procédure (sentence, n. 471).

B.c.c. Plusieurs questions factuelles et scientifiques complexes sont apparues au cours de la procédure. Au vu de l'incidence directe de ces éléments sur les concepts juridiques que la Formation doit appliquer, il est nécessaire de mettre en évidence les circonstances de fait pertinentes avant d'aborder les problèmes juridiques auxquels la Formation est confrontée (sentence, n. 473).

Un certain nombre d'éminents experts se sont exprimés sur les différents points litigieux. Beaucoup d'opinions professées dans leurs rapports écrits ont été affinées par le mécanisme d'une série de " *hot tubs* ", au cours desquels les experts ont été entendus simultanément par la Formation. Les critiques émises au sujet du manque d'indépendance de certains experts sont rejetées. La Formation est convaincue que chaque expert s'est efforcé d'exprimer fidèlement son propre point de vue (sentence, n. 475).

B.c.c.a. Les parties admettent toutes qu'au moment de la puberté, la testostérone en circulation dans l'organisme augmente la taille et la puissance des os et des muscles ainsi que le niveau du taux d'hémoglobine. A partir de cette période, les testicules produisent en moyenne 7 milligrammes (mg) de testostérone par jour, alors que la production quotidienne de testostérone n'est que de 0,25 mg chez les femmes. La concentration ordinaire de testostérone chez une femme ne présentant pas de DSD, produite essentiellement par les ovaires et les glandes surrénales, est comprise entre 0,06 et 1,68 nmol/L (exception faite des femmes affectées d'un syndrome des ovaires polykystiques [SOPK]). Le taux habituel de testostérone chez un homme se situe lui entre 7,7 et 29,4 nmol/L (sentence, n. 489).

Il n'est pas contesté que le taux de testostérone de 5 nmol/L, prévu par le Règlement DSD, constitue un seuil qu'aucune personne de caryotype XX ne pourrait dépasser, sous réserve éventuellement d'une petite fraction de personnes atteintes du SOPK (sentence, n. 490).

La testostérone, si elle n'est peut-être pas le seul élément expliquant l'augmentation de la masse corporelle maigre (" *lean body mass* ") et du taux d'hémoglobine ainsi que l'amélioration des capacités sportives, représente néanmoins le facteur principal à l'origine des avantages physiques susmentionnés. L'IAAF a produit une déclaration, approuvée par 42 experts internationaux de premier plan, qui prévoit notamment ce qui suit:

" Based on our collective expertise and experience, the undersigned specialists in the sports science and sports medicine communities consider the following to be indisputable scientific facts:



1. *The main physical attributes that contribute to elite athletic performance are:*

power generation (speed and strength), which is based on muscle mass, muscle fiber type, and biomechanics;

aerobic power (VO₂ max), which is based on hemoglobin concentration, total blood volume, maximal stroke volume, cardiac size/mass/compliance, skeletal muscle blood flow, capillary density, and mitochondrial content;

body composition, i.e. lean body mass and fat mass;

fuel utilization, i.e. glycogen and anaerobic capacity; and

economy of motion.

2. *Biological males and biological females are materially different with respect to these attributes.*

Compared to biological females, biological males have greater lean body mass (more skeletal muscle and less fat), larger hearts (both in absolute terms and scaled to lean body mass), higher cardiac outputs, larger hemoglobin mass, larger VO₂ max (also both in absolute terms and scaled to lean body mass), greater glycogen utilization, higher anaerobic capacity, and different economy of motion.

3. The primary reason for these sex differences in the physical attributes that contribute to elite (> 99th percentile) athletic performance is exposure in gonadal males with functional androgen receptors to much higher levels of testosterone during growth and development (puberty), and throughout the athletic career.

No other endogenous physical or physiological factors have been identified as contributing substantially and predominantly to these differences. As a policy matter, the exogenous factors that influence elite athletic performance - nutrition, training, sports psychology, environmental manipulation, sports medicine techniques, etc. - should be equally accessible to biological male and biological female athletes.

4. *Therefore, the primary driver of the sex difference in elite athletic performance is exposure in biological males to much higher levels of testosterone during growth, development, and throughout the athletic career.* " (sentence, n. 491).

La majorité écrasante des experts cités par les parties estime que la testostérone est le facteur principal des avantages physiques et donc de la différence entre les sexes au niveau de la performance athlétique. La Formation accepte cette conclusion (sentence, n. 492 s.).

B.c.c.b. Procédant à l'examen des caractéristiques principales des athlètes possédant un caryotype XY et présentant une DSD (ci-après: les athlètes 46 XY DSD), la Formation commence par rappeler que toutes les DSD, comme le déficit en 5 -réductase (5-ARD, selon son abréviation anglaise), sont susceptibles d'affecter le taux de testostérone. Les personnes présentant un 5-ARD possèdent des chromosomes masculins (XY), des gonades mâles (c'est-à-dire des testicules et non des ovaires) et un taux de testostérone comparable à celui des hommes (sentence, n. 497).

B.c.c.c. La Formation estime qu'il convient de déterminer si les femmes 46 XY DSD sont avantagées, sur le plan athlétique, par rapport aux autres athlètes féminines et, dans l'affirmative, si l'ampleur de cet avantage est susceptible de compromettre l'équité de la compétition dans certaines épreuves d'athlétisme (sentence, n. 507).

La Formation aborde cette dernière question, après avoir conclu, au préalable, que les preuves produites par l'IAAF, fondées sur l'analyse des données récoltées lors des Championnats du monde d'athlétisme de Daegu et de Moscou (en particulier l'étude conduite par Stéphane Bermon et Pierre-Yves Garnier [" Serum androgen levels and their relation to performance in track and field: mass spectrometry results from 2127 observations in male and female athletes ", in British Journal of Sports Medicine 2017, 0:1-7]; ci-après: l'étude BG 17), sont admissibles (sentence, n. 516).

Afin d'établir que les athlètes 46 XY DSD sont avantagées par rapport aux autres athlètes féminines, l'IAAF a fourni une série d'éléments de sources diverses, soit des preuves scientifiques relatives aux effets physiologiques de certaines conditions, comme le 5-ARD, et à la relation entre la testostérone endogène et la performance athlétique (notamment l'étude réalisée par David Joshua Handelsman et al. " Circulating testosterone as the Hormonal Basis of Sex Differences in Athletic Performance ", in Endocrine Reviews 2018, vol. 39, n° 5, 1er octobre 2018, p. 803-829), des données d'observation de la corrélation entre les taux de testostérone endogène et les performances réalisées lors des Championnats du Monde d'athlétisme de Daegu et de Moscou, ainsi que des statistiques concernant la prévalence des athlètes 46 XY DSD dans certaines épreuves d'athlétisme (sentence, n. 517).

Après avoir examiné soigneusement l'ensemble des preuves scientifiques produites par les parties, la majorité des membres de la Formation (ci-après: la majorité) accepte que, selon la prépondérance des preuves, les athlètes présentant un 5-ARD, ou d'autres formes de DSD, ont un taux de testostérone



équivalant à la concentration ordinaire présente chez un homme. Il en résulte une importante amélioration de la capacité de performance sportive, qui se traduit, par exemple, par une augmentation de la masse et de la taille des muscles ainsi que du niveau du taux d'hémoglobine (sentence, n. 535). Elle conclut que cela entraîne en pratique un avantage significatif en termes de performance dans certaines disciplines d'athlétisme visées par le Règlement DSD. Pour aboutir à cette conclusion, elle relève que si l'étude BG 17 ne peut certes pas, à elle seule, établir une telle relation de causalité, et présente en outre un certain nombre de défauts identifiés par les experts des demanderesse, cela ne suffit pas encore à réfuter la thèse défendue par l'IAAF d'une relation entre les DSD, la testostérone et la performance athlétique. L'étude BG 17 (même s'il s'agit d'une étude observationnelle) fournit au contraire des données empiriques démontrant que les effets physiologiques d'un taux de testostérone élevé procurent, dans le domaine du sport de compétition, un avantage en termes de performance significatif et souvent déterminant (sentence, n. 536).

Pour parvenir à cette conclusion, la majorité souligne notamment la surreprésentation statistique frappante des athlètes présentant un 5-ARD sur les podiums d'une " Épreuve visée " au niveau international. Selon les preuves produites par l'IAAF, les DSD affectent une personne sur 20'000 dans la population; dans les compétitions féminines de l'athlétisme d'élite, 7 athlètes sur 1'000 présentent une DSD, soit une prévalence 140 fois plus importante. La déficience en 5-ARD touche moins d'une personne sur 100'000 (<0.001 %), pourcentage sans commune mesure avec le nombre considérable de médailles remportées lors de compétitions internationales majeures (Jeux Olympiques, Championnats du monde, etc.) et les innombrables victoires obtenues ces dernières années dans une " Épreuve visée " lors des meetings de la Ligue de diamant (" *Diamond League series* ") par les athlètes présentant une telle caractéristique (sentence, n. 533).

La majorité considère que la rareté du 5-ARD au sein de la population globale contraste avec le succès écrasant obtenu dans une " Épreuve visée " par les femmes présentant une telle caractéristique et constitue un élément probant important pour démontrer que les athlètes présentant un 5-ARD bénéficient d'un avantage significatif en termes de performance (sentence, n. 537). Elle ne prétend pas quantifier précisément le degré exact de cet avantage. Après avoir pris en considération l'ensemble des éléments, la majorité conclut que les preuves recueillies étayent la thèse selon laquelle les athlètes 46 XY DSD possèdent un avantage significatif par rapport aux autres athlètes féminines, avantage d'une ampleur telle qu'il est susceptible de compromettre l'équité des compétitions (sentence, n. 538).

B.c.d. Procédant à l'examen de la validité du Règlement DSD, la Formation constate tout d'abord que celui-ci est *prima facie* discriminatoire puisqu'il crée une différenciation fondée sur le sexe légal et certaines caractéristiques biologiques innées. En effet, les règles d'éligibilité ne visent que les personnes qui ne sont pas de sexe masculin, ayant un taux de testostérone supérieur à 5 nmol/L et présentant une sensibilité suffisante aux androgènes (sentence, n. 547). Il appartient dès lors à l'IAAF de démontrer que le Règlement DSD constitue un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'atteindre l'objectif qu'elle poursuit (sentence, n. 548).

B.c.e. S'agissant de la nécessité de la réglementation édictée, la Formation rappelle que vouloir assurer une compétition équitable dans les épreuves féminines d'athlétisme est un objectif légitime (sentence, n. 556). Une fois que l'on reconnaît la légitimité de la division en deux catégories séparées hommes/femmes, il s'impose de fixer les critères permettant de ranger les athlètes dans l'une de ces catégories. La Formation admet que la seule référence au sexe légal d'une personne ne constitue pas toujours un moyen de distinction juste et effectif. L'institution de catégories séparées a pour but de protéger les personnes dont le corps a évolué d'une certaine manière après la puberté, en évitant que celles-ci ne doivent affronter des individus qui, en raison du fait que leur corps s'est développé d'une autre façon, possèdent certaines caractéristiques physiques leur conférant un avantage compétitif tel que toute compétition équitable entre les deux groupes est impossible. Dans la plupart des cas, le premier groupe se compose des personnes ayant un sexe légal et une identité de genre féminins, tandis que le second comprend des individus ayant un sexe légal et une identité de genre masculins. Cela n'est toutefois pas toujours vrai. La biologie humaine ne coïncide pas parfaitement avec le statut légal et l'identité de genre. Cet alignement imparfait entre la nature, le droit et l'identité est à l'origine du casse-tête au cœur de cette affaire. Qu'une personne soit légalement reconnue femme et s'identifie ainsi ne signifie pas nécessairement qu'elle ne dispose pas des avantages compétitifs insurmontables associés à certains traits biologiques prédominant chez les personnes qui sont généralement (mais pas toujours) reconnues légalement hommes et s'identifient de cette manière. C'est la biologie humaine, et non le statut légal ou l'identité de genre, qui détermine quels individus possèdent les traits physiques leur procurant cet avantage insurmontable (sentence, n. 558 s.).

Ainsi, il peut être légitime de régler le droit de participer à une compétition dans la catégorie féminine par référence aux facteurs biologiques plutôt qu'au seul sexe légal. La Formation souligne cependant que le critère de nécessité n'est satisfait que si les preuves établissent, au degré requis, que le facteur biologique procure un avantage compétitif suffisamment significatif dans chaque épreuve couverte par la réglementation. Si une caractéristique biologique confère un avantage substantiel dans la discipline A, mais



pas dans la discipline B, un règlement faisant référence à ce critère biologique pour autoriser l'accès à l'événement B ne répondra pas à l'exigence de nécessité (sentence, n. 560).

Selon l'IAAF, tous les différents facteurs qui contribuent à la performance sportive (entraînement, encadrement, nutrition, soutien médical, etc.) sont accessibles de la même manière aux hommes et aux femmes. En revanche, seuls les hommes peuvent profiter de l'exposition à des niveaux de testostérone supérieurs qui leur procure des avantages physiques vis-à-vis des femmes dans le cadre de la performance sportive. L'IAAF soutient que si l'objectif visé par la création d'une catégorie féminine est d'éviter que les athlètes ne possédant pas cet avantage lié au taux de testostérone doivent affronter des athlètes jouissant d'un tel avantage, la catégorie féminine perd sa raison d'être si l'on permet aux individus ayant un tel avantage de participer à une compétition dans cette catégorie (sentence, n. 563 " *it is necessarily "category defeating" to permit any individuals who possess that testosterone-derived advantage to compete in that category.* ").

La majorité accepte la logique de l'argumentation de l'IAAF selon laquelle le degré de l'avantage compétitif lié à un taux de testostérone élevé est si important qu'il nécessite de protéger les athlètes qui n'en bénéficient pas. La Formation reconnaît 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'être inclus dans cette " classe protégée " par référence à ces traits biologiques (sentence, n. 564).

Selon la Formation, décider de la nécessité du Règlement DSD suppose que l'on détermine si le degré d'avantage compétitif dont jouissent certaines athlètes, en raison de leur taux de testostérone élevé, est à ce point significatif qu'il commande d'imposer à ces athlètes des restrictions si elles entendent concourir dans la catégorie féminine. La réponse à cette question implique la résolution d'un problème scientifique litigieux (l'existence et l'importance de l'avantage compétitif) et une appréciation (savoir si l'avantage est si important qu'il commande d'instaurer des conditions d'éligibilité; sentence, n. 569). Cet avantage peut ne pas être de l'ordre de 10-12 % mais il est suffisant pour permettre aux athlètes ayant un 5-ARD de battre systématiquement les athlètes féminines ne présentant pas de DSD (sentence, n. 574). Sur la base des éléments avancés par les parties et de l'audition des différents experts, la majorité conclut 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 (sentence, n. 575). Elle estime que le taux élevé de testostérone des athlètes 46 XY DSD peut leur conférer un avantage insurmontable par rapport aux autres athlètes féminines ne présentant aucune DSD (sentence, n. 579). La majorité reconnaît aussi que l'IAAF a démontré le caractère nécessaire des dispositions régissant les conditions d'éligibilité des athlètes 46 XY DSD à certaines épreuves afin de préserver l'équité des compétitions féminines d'athlétisme (sentence, n. 580).

Par identité de motifs, la majorité considère que le Règlement DSD est également raisonnable (sentence, n. 583).

B.c.f. Examinant la validité du Règlement DSD au regard du principe de la proportionnalité, la majorité observe, tout d'abord, qu'il n'est ni nécessaire ni approprié d'examiner l'éventuel impact plus large du règlement litigieux en dehors du monde de l'athlétisme, dont l'IAAF est l'organe dirigeant (sentence, n. 589).

B.c.f.a. Les parties demanderesse soutiennent que les " Athlètes concernées ", si elles souhaitent pouvoir s'aligner dans une " Épreuve visée ", doivent se soumettre à un traitement qui n'est à la fois pas nécessaire sous l'angle médical et présente des effets secondaires sérieux et potentiellement dangereux. L'IAAF rétorque que le Règlement DSD n'exige pas d'une athlète qu'elle subisse la moindre opération chirurgicale. De plus, fait-elle valoir, la prise d'hormones est un traitement reconnu pour les personnes présentant certaines DSD et pour les patients transgenres. Les effets secondaires d'un tel traitement sont généralement limités et le statu quo ante revient rapidement lorsque le traitement prend fin (sentence, n. 590 s.).

A l'instar des parties, la Formation part du principe que la validité du Règlement DSD peut être appréciée dans le contexte de la prise de pilules contraceptives, en reconnaissant qu'un tel traitement n'est pas aussi efficace pour réduire le taux de testostérone que l'utilisation d'agonistes de l'hormone de libération des gonadotrophines (GnRH), l'interruption de ce dernier traitement étant probablement susceptible de provoquer des effets secondaires plus importants. Si les contraceptifs oraux ne permettaient pas de maintenir le taux de testostérone au-dessous du plafond de 5 nmol/L prévu par le Règlement DSD - requérant ainsi de l'athlète qu'elle se soumette à un traitement à base d'agonistes de la GnRH ou qu'elle subisse une gonadectomie (ablation chirurgicale des gonades) -, une analyse différente devrait être effectuée au regard du principe de la proportionnalité (sentence, n. 592).

Selon les preuves fournies par des personnes qui traitent des individus présentant une DSD, les doses ordinaires de contraceptifs oraux sont efficaces pour réduire la testostérone à des niveaux normaux chez les femmes. La Prof. Gomez-Lobo a fait part de ses expériences cliniques en général plutôt qu'avec des



athlètes, tandis que la Prof. Hirschberg a parlé de son expérience s'agissant de la réduction du taux de testostérone de 20 à 1 nmol/L. Toutefois, les preuves relatives aux effets d'un tel traitement sur les athlètes d'élite sont extrêmement limitées; il s'agit principalement de la prise de pilules contraceptives par Mme A._____ en vue d'abaisser son taux de testostérone. Il n'existe aucune directive actuelle concernant la manière dont un clinicien devrait utiliser des pilules contraceptives afin de réduire le taux de testostérone d'une femme 46 XY DSD au-dessous de 5 nmol/L et de le maintenir à ce niveau, même si certains experts cliniques l'ont fait (sentence, n. 593).

La Formation reconnaît que l'usage de pilules contraceptives visant à réduire le taux de testostérone peut provoquer une série d'effets secondaires indésirables. Elle note que les expertises produites par les parties demanderesse décrivent différents effets indésirables pouvant résulter des diverses méthodes pharmacologiques et chirurgicales visant à réduire le taux de testostérone. Ces preuves corroborent les déclarations de Mme A._____ s'agissant des effets secondaires qu'elle dit avoir rencontrés (sentence, n. 595). Les preuves des effets secondaires ressentis par Mme A._____ concerne les réactions lors de l'abaissement de son taux de testostérone à moins de 10 nmol/L (soit le taux de testostérone maximal autorisé sous l'empire de la précédente réglementation édictée par l'IAAF). Il n'existe pas de preuves (suffisantes) permettant à la Formation de déterminer si les effets secondaires augmenteraient en cas d'abaissement du taux de testostérone maximal autorisé à 5 nmol/L. La Formation part du principe, à tout le moins, que les effets secondaires seraient aussi importants que ceux subis par Mme A._____ (sentence, n. 596). Il n'est pas possible de conclure que tous les effets secondaires rencontrés par Mme A._____, lorsqu'elle essayait de réduire son taux de testostérone, étaient dus au traitement hormonal, qu'ils ne pourraient pas être contrôlés autrement, qu'ils perdureraient, que d'autres athlètes 46 XY DSD subirait les mêmes effets secondaires (les femmes réagissent différemment aux divers types de pilules contraceptives), ni qu'une autre forme de pilules contraceptives, si elle était prescrite, entraînerait des effets secondaires similaires (sentence, n. 597). Quoi qu'il en soit, certains cliniciens indiquent que les effets secondaires ne sont pas différents, par leur nature, de ceux ressentis par des milliers, voire des millions, d'autres femmes de caryotype XX qui prennent des contraceptifs oraux. Ces cliniciens affirment également que des précautions seraient prises en vue d'individualiser le traitement de manière à minimiser les effets secondaires lors de la prise de contraceptifs oraux destinée à abaisser les niveaux de testostérone des athlètes 46 XY DSD. S'agissant des problèmes sociaux, mentaux et psychologiques, il n'a pas été démontré que ceux-ci sont simplement et exclusivement imputables à l'usage de contraceptifs oraux. De plus, les éléments de preuve n'ont permis ni d'établir la période au cours de laquelle se manifestent les symptômes, ni si ceux-ci peuvent tous être directement attribués à l'utilisation de la pilule contraceptive (sentence, n. 598). La majorité considère que le fait de requérir des athlètes 46 XY DSD qu'elles prennent des pilules contraceptives pour réduire leur taux de testostérone, afin de pouvoir participer aux " Épreuves visées " lors de compétitions féminines internationales, n'est pas, en soi, disproportionné. Dans ces circonstances, elle estime, sur la base des preuves actuelles, que les effets secondaires que pourraient rencontrer ces athlètes à la suite de la prise de contraceptifs oraux ne l'emportent pas sur le besoin d'appliquer le Règlement DSD en vue d'atteindre l'objectif légitime poursuivi qui est de protéger et de faciliter une compétition équitable dans la catégorie féminine (sentence, n. 599).

B.c.f.b. Les parties demanderesse soutiennent que l'obligation, faite aux athlètes ayant un taux de testostérone élevé, de se soumettre à des examens très intrusifs pour déterminer leur degré de virilisation, serait une forme de test de féminité à la fois subjectif et inapproprié, portant atteinte à l'intégrité physique. Le fait, pour une athlète, de découvrir qu'elle présente une DSD et d'être qualifiée d'athlète 46 XY DSD peut provoquer des souffrances psychologiques (sentence, n. 600). La Formation reconnaît les conséquences potentielles décrites et note que subir un examen de virilisation peut être malvenu et angoissant, même si cet examen est effectué avec le soin et la sensibilité nécessaires. Dans le même temps, elle relève aussi que le niveau de testostérone de tous les athlètes est contrôlé à des fins de lutte antidopage, laquelle implique d'identifier l'existence éventuelle de testostérone exogène. Si les résultats des contrôles antidopage font apparaître un taux de testostérone élevé dans l'échantillon fourni par une athlète 46 XY DSD, qui n'est pas au courant de sa condition, de plus amples examens se révéleront probablement nécessaires afin d'exclure tout soupçon de dopage et d'établir que l'athlète présente une DSD. Ces mesures d'investigation auront probablement pour effet d'informer l'athlète de sa condition, que le Règlement DSD soit ou non en vigueur. Par conséquent, au moment d'apprécier la proportionnalité du Règlement DSD, la Formation tient compte à la fois de la probabilité que les " Athlètes concernées " subiront des examens non désirés et de la possibilité que ceux-ci puissent, dans certains cas, permettre de révéler des informations médicales susceptibles d'aider les athlètes à prendre des décisions éclairées sur d'éventuels traitements médicaux nécessaires et de les prémunir contre d'éventuelles suspicions de dopage (sentence, n. 601).

Mme A._____ fait encore valoir que le Règlement DSD sera inévitablement appliqué de façon arbitraire, puisqu'il n'existe aucun test objectif permettant d'évaluer le degré de virilisation. L'examen de la virilisation dépendrait ainsi de l'appréciation subjective des cliniciens en charge de celui-ci. La Formation relève que les conditions d'éligibilité prévues par le Règlement DSD s'appliquent uniquement aux athlètes possédant un



taux de testostérone supérieur à 5 nmol/L et présentant une sensibilité suffisante aux androgènes. L'examen de cette seconde condition incombe au Manager médical de l'IAAF et au Panel d'experts, composé de médecins indépendants dûment qualifiés et expérimentés dans ce genre d'évaluations. Il existe une échelle reconnue de virilisation. Les Prof. Auchus et Hirschberg ont indiqué qu'il n'est pas difficile, pour un expert, d'apprécier le degré de sensibilité aux androgènes, en procédant à un examen physique et à une évaluation en laboratoire. De plus, le Règlement DSD prévoit que le bénéfice du doute profitera à l'athlète. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, la majorité considère que l'exigence liée à l'examen du degré de virilisation ne rend pas le Règlement DSD disproportionné (sentence, n. 603 s.).

B.c.f.c. A propos du risque de voir le statut des " Athlètes concernées " rendu public, la Formation admet que l'IAAF a su, avec succès, maintenir confidentielles les informations relatives aux athlètes visées par sa précédente réglementation. Néanmoins, la confidentialité sera probablement vidée de son sens, dans les cas où, par exemple, une " Athlète concernée ", qui s'est qualifiée à l'échelon national, ne s'aligne pas ensuite dans une " Épreuve visée " lors des compétitions féminines internationales. Dans une telle situation, il ne serait en effet pas difficile pour un observateur avisé d'en inférer qu'il s'agit d'une athlète 46 XY DSD ayant refusé (ou n'ayant pas été en mesure) de réduire son taux de testostérone au-dessous de la limite autorisée. La Formation estime qu'il s'agit probablement d'un effet préjudiciable inévitable du Règlement DSD. Elle considère que cet élément ne rend pas le Règlement DSD disproportionné compte tenu des intérêts légitimes poursuivis par cette réglementation. Pour aboutir à sa conclusion générale quant à la proportionnalité du Règlement DSD, elle tient néanmoins compte de la probabilité qu'un certain préjudice puisse découler de la divulgation (sentence, n. 605).

B.c.f.d. Les parties demanderesses soutiennent que les " Épreuves visées " au sens du Règlement DSD ont été sélectionnées de façon arbitraire. Elles soulignent que certaines disciplines, pour lesquelles l'existence d'un avantage compétitif ressort de l'étude BG 17 (tels le lancer du marteau et le saut à la perche), ne figurent pas dans le Règlement DSD, tandis que d'autres, comme le 1'500 mètres et le mile, où la preuve d'un tel avantage était moins évidente, ont été incluses dans la liste des " Épreuves visées " (sentence, n. 606). L'IAAF a fourni des éléments de preuve concernant toutes les " Épreuves visées ". Selon elle, la décision de ne pas inclure d'autres épreuves dans le cadre du Règlement DSD s'explique par le fait que les preuves disponibles établissent que le nombre d'athlètes 46 XY DSD pratiquant, au niveau international, certaines disciplines d'athlétisme, est insuffisant pour justifier l'inclusion de celles-ci dans la liste des " Épreuves visées ". L'IAAF affirme que cette approche prudente et conservatrice vise à garantir que le Règlement DSD impose le moins possible de restrictions afin d'assurer l'équité des compétitions au sein de la catégorie féminine (sentence, n. 607). Sur la base des preuves présentées à la Formation, la décision d'inclure les disciplines du 1'500 mètres et du mile dans les " Épreuves visées " semble être fondée, au moins en partie, sur le présupposé que les athlètes qui courent le 800 mètres le font aussi avec succès dans le 1'500 mètres et le mile. Les demanderesses n'ont toutefois présenté aucune observation portant spécifiquement sur l'inclusion de ces deux disciplines dans la liste des " Épreuves visées " (sentence, n. 608). La Formation a certaines préoccupations concernant ces deux épreuves, dont l'inclusion dans le Règlement DSD repose sur une base (au moins en partie) spéculative. La majorité considère néanmoins que l'IAAF a apporté une explication globale rationnelle sur la manière dont les " Épreuves visées " ont été définies. Bien qu'elle ait des préoccupations au sujet du 1'500 mètres et du mile, la Formation est consciente qu'elle n'a pas le pouvoir de réécrire le Règlement DSD ni d'amender la liste des " Épreuves visées ". Il lui appartient plutôt d'apprécier, dans sa globalité, la proportionnalité du Règlement DSD. Sur le vu des preuves produites par les parties, la majorité n'estime pas que le choix des " Épreuves visées " considéré dans sa globalité (" *in toto* "), serait de nature à rendre ce règlement disproportionné (sentence, n. 609).

B.c.f.e. S'agissant du taux de testostérone maximal autorisé, celui-ci était de 10 nmol/L sous l'empire de la précédente réglementation édictée par l'IAAF, examinée dans l'affaire *Chand*. L'IAAF a abaissé cette limite à 5 nmol/L dans le Règlement DSD. Il ressort de certains éléments fournis par l'IAAF qu'il existe un avantage en termes de performance, qui se traduit par une augmentation de la masse et de la taille des muscles ainsi que du taux d'hémoglobine, lorsque le taux de testostérone dépasse 5 nmol/L tout en restant inférieur à 10 nmol/L. La Formation considère donc que la décision de réduire la limite autorisée de 10 à 5 nmol/L n'est pas arbitraire (sentence, n. 610 s.).

B.c.f.f. Une autre question se pose, que les parties n'ont mise en évidence, dans leurs conclusions finales, qu'après l'achèvement de la phase probatoire et des " *hot tubs* ". Il s'agit des fluctuations involontaires des niveaux de testostérone et de la capacité d'une athlète à maintenir son taux de testostérone au-dessous de la limite de 5 nmol/L, en dépit de celles-ci. Des pics de testostérone ont été enregistrés chez Mme A._____ lorsqu'elle suivait régulièrement son traitement hormonal. Des preuves établissent, en particulier, qu'au cours de la période durant laquelle Mme A._____ prenait régulièrement la pilule contraceptive, son taux de testostérone, bien que toujours inférieur à la valeur de 10 nmol/L alors autorisée, a subi des fluctuations importantes, oscillant entre 0,5 et 7,85 nmol/L. Mme A._____ suggère qu'une



athlète pourrait, en raison de ces pics, dépasser involontairement le taux de testostérone maximal autorisé de 5 nmol/L, même en suivant consciencieusement le traitement hormonal (sentence, n. 612).

La Formation est d'avis que pareille circonstance soulève une question très importante sous l'angle du principe de la proportionnalité, eu égard à la nouvelle limite autorisée de 5 nmol/L. Si une " Athlète concernée " suit scrupuleusement le traitement prescrit en vue d'abaisser son taux de testostérone, mais que celui-ci subit des fluctuations qui l'entraînent au-dessus du maximum admis, elle sera malgré tout inéligible selon le Règlement DSD, dans sa teneur à la date de l'audience. Il lui sera impossible de démontrer que les fluctuations involontaires de son taux de testostérone n'ont eu aucun impact sur sa performance. De plus, afin de surveiller de telles fluctuations, elle devra en assurer elle-même le contrôle continu, vraisemblablement à ses frais, durant les phases d'entraînement et de repos. Il semble inévitable que l'athlète ne connaisse pas les résultats de ces tests avant plusieurs jours. Partant, il est probable qu'elle puisse participer à une épreuve sans être à même de savoir si son taux de testostérone est inférieur à la limite réglementaire le jour de la compétition. Il est sérieusement à craindre dès lors qu'une athlète puisse être disqualifiée - avec toutes les conséquences préjudiciables que cela implique - bien qu'elle ait fait tout son possible pour se conformer au Règlement DSD (sentence, n. 614).

Pour apprécier la proportionnalité du Règlement DSD, une pesée des différents intérêts antagonistes en présence est nécessaire. D'un côté, il y a la fixation d'une nouvelle limite du taux de testostérone, arrêtée à 5 nmol/L, laquelle correspond au plus haut niveau de testostérone présent ordinairement chez la femme; de l'autre, il y a les effets secondaires liés aux médicaments utilisés afin de réduire le taux de testostérone ainsi que le risque de fluctuations de celui-ci au-delà du maximum autorisé, sans parler des difficultés pour une athlète à maintenir constamment son taux de testostérone dans les limites réglementaires, à vérifier de façon adéquate et en temps réel son niveau de testostérone et à supporter le coût de ces contrôles (sentence, n. 615).

Les questions de conformité (" *compliance* ") sont très importantes. Si le Règlement DSD ne peut être appliqué de façon équitable en pratique, il pourrait s'avérer ultérieurement disproportionné, puisqu'une réglementation qui est impossible ou excessivement difficile à mettre en oeuvre ne constitue pas une atteinte proportionnée aux droits des athlètes 46 XY DSD. La Formation n'a, par la force des choses, aucune preuve directe de la conformité au Règlement DSD, dès lors que celui-ci n'est pas encore entré en vigueur. Néanmoins, le taux maximal de 5 nmol/L et la capacité des athlètes 46 XY DSD à s'assurer, en pratique, que leur niveau de testostérone n'excédera pas cette limite la préoccupent. Cela devra nécessairement faire l'objet d'une surveillance de la part de l'IAAF, qui devra s'assurer que l'application de cette exigence est praticable (sentence, n. 617). En ce qui concerne la mise en oeuvre concrète du Règlement DSD par l'IAAF, la Formation dispose uniquement du texte de la réglementation et des opinions émises par les différents experts. Certains experts médicaux, qui doivent déterminer la sensibilité aux androgènes de leurs patients dans le cadre de leur pratique clinique régulière, et qui figurent dans la liste des médecins appelés à procéder aux examens prévus par le Règlement DSD, se sont exprimés devant la Formation, témoignant d'un niveau de soins élevé et d'une approche bienveillante s'agissant du traitement des femmes présentant une DSD. Cet élément, le fait que le bénéfice du doute profite à l'athlète, ainsi qu'une approche pratique lors du contrôle du respect du maintien du taux de testostérone à un niveau n'excédant pas 5 nmol/L, sont d'une importance cruciale pour la Formation dans la pesée des intérêts effectuée sous l'angle du principe de la proportionnalité (sentence, n. 618). Quoi qu'il en soit, les problèmes relatifs aux difficultés potentielles de mise en oeuvre pratique du Règlement DSD sont de nature spéculative (exception faite de la difficulté possible de prendre la pilule contraceptive pour une athlète lorsqu'elle souffre d'une infection gastro-intestinale) et les preuves font défaut en ce qui concerne la possibilité de respecter concrètement l'exigence liée au taux maximal de testostérone de 5 nmol/L. La tâche de la Formation consiste à examiner le Règlement DSD tel qu'édicte, et non encore mis en oeuvre. Les conséquences hypothétiques de la façon dont pourrait être appliquée ladite réglementation ne permettent pas d'en conclure que le Règlement DSD est actuellement et à première vue disproportionné (sentence, n. 619).

B.c.g. Sur la base des preuves recueillies, il apparaît à la majorité que l'IAAF a démontré le caractère nécessaire, raisonnable et proportionné du Règlement DSD. La Formation n'en reste pas moins sérieusement préoccupée quant à l'application future du Règlement DSD. Quoique les éléments de preuve à sa disposition n'aient pas établi que ces inquiétudes seraient justifiées ou infirmeraient la conclusion tirée, il pourrait en aller autrement à l'avenir, si une attention constante n'était pas portée au caractère équitable de la mise en oeuvre des dispositions réglementaires (sentence, n. 620). Mme A. _____ a soulevé des questions concernant la difficulté à se conformer aux exigences du Règlement DSD qui, si elles étaient avérées, pourraient permettre de tirer une conclusion différente sous l'angle de la proportionnalité. Cependant, en l'état actuel, ces éléments n'ont pas été prouvés, et la majorité considère que les effets secondaires du traitement hormonal, même s'ils sont significatifs, ne l'emportent pas sur les intérêts poursuivis par l'IAAF (sentence, n. 621).



La Formation ne peut statuer en équité, faute d'une autorisation des parties. Elle considère toutefois comme approprié de faire part de ses préoccupations sur plusieurs aspects du Règlement DSD et de réitérer ses inquiétudes quant à la potentielle incapacité d'une athlète, suivant scrupuleusement le traitement hormonal qui lui a été prescrit, de satisfaire aux exigences prévues par le Règlement DSD, et, plus spécifiquement, quant aux conséquences d'un dépassement involontaire et inévitable de la limite de 5 nmol/L (sentence, n. 622). En outre, les preuves d'un avantage athlétique concret en faveur des athlètes 46 XY DSD dans les disciplines du 1'500 mètres et du mile peuvent être décrites comme peu nombreuses (rares, faibles, " *sparse* "). L'IAAF pourrait envisager de différer l'application du Règlement DSD à ces deux épreuves jusqu'à ce que des preuves supplémentaires soient disponibles (sentence, n. 623). La Formation encourage fortement l'IAAF à tenir compte de ses préoccupations lors de l'application du Règlement DSD. A cet égard, elle prend note de l'affirmation de l'IAAF selon laquelle le Règlement DSD est un instrument vivant (" *living instrument* "). Dans le même temps, la majorité n'exclut pas que, à l'usage, l'application de la réglementation litigieuse fasse ressortir des éléments, dûment étayés, susceptibles d'influer globalement sur la proportionnalité du Règlement DSD, en ce sens qu'ils établiraient la nécessité de modifier certaines dispositions de celui-ci afin d'en garantir une application conforme au principe de la proportionnalité ou qu'ils fourniraient de nouveaux arguments pour ou contre l'inclusion de certaines disciplines dans la liste des " Épreuves visées " (sentence, n. 624).

En définitive, la Formation, à la majorité de ses membres, arrive à la conclusion que le Règlement DSD, s'il est certes discriminatoire, n'en constitue pas moins un moyen nécessaire, raisonnable et proportionné d'atteindre les buts poursuivis par l'IAAF (sentence, n. 626).

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 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 présidentielle du 12 juin 2019, la demande de reconsidération des mesures superprovisionnelles formée par l'IAAF a été rejetée.

Au terme de ses déterminations du 25 juin 2019, l'IAAF a conclu à la levée des mesures superprovisionnelles et au rejet, dans la mesure de leur recevabilité, des requêtes de mesures provisionnelles et de restitution de l'effet suspensif.

Dans son écriture du 25 juin 2019, ASA a requis la suspension du Règlement DSD à l'égard de toutes les " Athlètes concernées ".

Par la suite, les parties ont encore déposé des écritures spontanées.

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.

Invitée à se déterminer sur le recours, ASA a déclaré y acquiescer.

Dans sa réponse du 24 octobre 2019, l'IAAF a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

Les parties ont déposé d'autres observations en date des 12 novembre, 2 et 9 décembre 2019.

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](#)).

Dans ses déterminations datées du 4 octobre 2019, la recourante a proposé l'admission du recours.

Au pied de sa réponse, l'IAAF a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

Les parties se sont encore déterminées les 12 et 26 novembre, 2 et 9 décembre 2019, persistant en substance dans leurs conclusions.

Le TAS, qui a produit le dossier de la cause, a renoncé à déposer des observations sur les deux recours.

C.c. Dans son mémoire du 28 mai 2019, la recourante a requis du Tribunal fédéral qu'il s'abstienne de divulguer certaines informations qu'elle a pris le soin d'énumérer.

Avec l'accord des parties, le TAS a publié sur son site internet, en date du 19 juin 2019, une version de la sentence du 30 avril 2019, dont certains passages ont été caviardés.



Dans son écriture du 25 juin 2019, l'IAAF a indiqué, sans être contredite par les recourantes, que toute information figurant dans la version publiée de ladite sentence ne saurait être qualifiée de confidentielle.

Dans ces circonstances, la Cour de céans ne fera pas mention des données qui ont été caviardées par le TAS et se référera uniquement aux éléments rendus publics avec l'accord des parties.

Considérant en droit :

1.

Les recours en matière civile adressés au Tribunal fédéral visent tous deux la sentence rendue le 30 avril 2019 par le TAS. Ils concernent la même affaire et opposent les mêmes parties. Les réponses à apporter aux questions soulevées par les recourantes ne varient pas d'un recours à l'autre. Aussi l'économie de la procédure commande-t-elle d'admettre la requête de jonction présentée par l'association recourante. Par conséquent, les causes [4A_248/2019](#) et [4A_398/2019](#) sont jointes pour être traitées dans un seul et même arrêt.

2.

D'après l'art. 54 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ([LTF](#); RS 173.110), le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision a été rendue dans une autre langue, le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le TAS, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans leurs recours adressés au Tribunal fédéral, les recourantes ont employé le français, respectant ainsi l'[art. 42 al. 1 LTF](#) en liaison avec l'[art. 70 al. 1 Cst.](#) ([ATF 142 III 521 consid. 1](#)). Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral rendra, par conséquent, son arrêt en français.

3.

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 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 ([LDIP](#); RS 291), conformément à l'[art. 77 al. 1 let. a LTF](#).

Le siège du TAS se trouve à Lausanne. L'une des parties au moins (en l'occurrence, les trois) n'avait pas son domicile resp. son siège, au sens de l'art. 20 al. 1 let. a resp. de l'[art. 21 al. 1 LDIP](#), en Suisse au moment déterminant. Les dispositions du chapitre 12 de la [LDIP](#) sont donc applicables ([art. 176 al. 1 LDIP](#)).

4.

4.1.

4.1.1. Selon l'[art. 76 al. 1 LTF](#), applicable à l'arbitrage tant interne qu'international en vertu de l'[art. 77 al. 2 LTF](#) a contrario, a qualité pour former un recours en matière civile quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), pour autant qu'il soit particulièrement touché par la décision attaquée et ait un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (let. b). La qualité pour recourir se détermine exclusivement selon l'[art. 76 LTF](#) (arrêt [4A_560/2018 du 16 novembre 2018 consid. 2.1](#)).

Conformément à l'[art. 76 al. 1 let. b LTF](#), le recourant doit notamment avoir un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée. L'intérêt digne de protection consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait à son auteur, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision entreprise lui occasionnerait ([ATF 137 II 40 consid. 2.3 p. 43](#)). L'intérêt doit être actuel (arrêt [4A_426/2017 du 17 avril 2018 consid. 3.1](#) et les arrêts cités). Au demeurant, le recourant doit avoir un intérêt personnel à recourir. Selon l'adage "nul ne plaide par procureur", il n'est en principe pas admis d'agir en justice en faisant valoir non pas son intérêt, mais l'intérêt d'autrui (arrêt [4A_560/2018](#), précité, consid. 2.1; BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la [LTF](#), 2^e éd. 2014, n° 22 ad [art. 76 LTF](#)).

4.1.2. La recourante, qui a pris part à la procédure devant le TAS, est particulièrement touchée par la décision attaquée, puisque le Règlement DSD, validé par le TAS, lui impose de remplir certaines exigences si elle entend s'aligner dans certaines épreuves lors des compétitions internationales d'athlétisme. Elle a ainsi un intérêt personnel, actuel et digne de protection à ce que la sentence soit annulée, ce qui lui confère la qualité pour recourir ([art. 76 al. 1 LTF](#)).

4.1.3. L'IAAF met en doute la qualité pour recourir de l'association recourante qui, selon elle, n'aurait aucun intérêt direct à l'annulation de la sentence attaquée et se limiterait à plaider dans l'intérêt de la recourante. A l'en croire, la position de l'association recourante serait identique à celle de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) dans une autre cause jugée par le Tribunal fédéral (arrêt [4A_560/2018](#) précité). Dans cette affaire de dopage, la Cour de céans a considéré que la FIFA n'avait aucun intérêt personnel à l'admission du recours. En effet, la FIFA, qui avait joué, dans le cadre de la procédure arbitrale conduite devant le TAS, le même rôle, *mutatis mutandis*, que celui qui est dévolu d'ordinaire, dans une procédure



étatique, à un tribunal de première instance dont le jugement est soumis à la juridiction d'appel compétente, entendait simplement, par son propre recours, soutenir l'un ou l'autre des arguments avancés par l'athlète dans son propre recours (arrêt cité consid. 2.2).

Quoi que soutienne l'IAAF, le cas particulier n'est pas comparable à celui qui a fait l'objet de l'arrêt rendu dans la cause précitée. Tout d'abord, l'association recourante ne saurait être assimilée à une autorité de première instance, puisqu'elle a elle-même initié la procédure arbitrale en saisissant de son propre chef le TAS. Ensuite, force est de constater que le Règlement DSD, entériné par le TAS, impose certaines obligations à l'association recourante. En sa qualité de fédération membre, celle-ci est non seulement liée par le Règlement DSD mais elle doit aussi coopérer avec l'IAAF et lui apporter son soutien dans la mise en oeuvre de cette réglementation (art. 1.3 du Règlement DSD). Elle a en outre l'obligation d'avertir le Manager médical de l'IAAF lorsqu'elle sait ou pense qu'une sportive est une " Athlète concernée " (art. 3.1 du Règlement DSD). Dans ces conditions, il y a lieu de reconnaître à l'association recourante un intérêt digne de protection distinct de celui de l'athlète.

Les parties recourantes ont donc qualité pour recourir.

4.2.

La recevabilité du présent recours suppose, entre autres conditions, que les parties n'aient pas exclu la possibilité d'interjeter un recours.

4.2.1. Aux termes de l'[art. 192 LDIP](#), si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'[art. 190 al. 2 LDIP](#).

4.2.2. La jurisprudence fédérale a dégagé progressivement les principes découlant de la disposition examinée. Il en ressort, en substance, que la pratique n'admet que de manière restrictive les conventions d'exclusion et qu'elle juge insuffisante une renonciation indirecte. On entend par là une renonciation qui ne résulte pas directement de la convention d'arbitrage ou d'un accord écrit ultérieur, mais qui figure dans un document distinct et préexistant auquel les parties renvoient. Ainsi, l'exigence du caractère exprès de la déclaration de renonciation exclut la soumission à un règlement d'arbitrage prévoyant pareille renonciation ([ATF 133 III 235 consid. 4.3.1; 116 II 639 consid. 2c](#)). Quant à la renonciation directe, elle ne doit pas forcément comporter la mention de l'[art. 190 LDIP](#) et/ou de l'[art. 192 LDIP](#). Il suffit que la déclaration expresse des parties fasse ressortir de manière claire et nette leur volonté commune de renoncer à tout recours. Savoir si tel est bien le cas est affaire d'interprétation ([ATF 143 III 589 consid. 2.1.1](#)).

En matière d'arbitrage sportif, le Tribunal fédéral a également considéré qu'une renonciation au recours n'est en principe pas opposable à l'athlète, même si elle satisfait aux exigences formelles de l'[art. 192 al. 1 LDIP](#) ([ATF 133 III 235 consid. 4](#)).

4.2.3. L'art. 5.5 du Règlement DSD a la teneur suivante:

" La décision du TAS sera définitive et contraignante pour toutes les parties, et ne pourra faire l'objet d'aucun recours. Toutes les parties renoncent irrévocablement à tout droit de recours, de réexamen ou d'appel quel qu'il soit, mené par ou devant tout tribunal ou autorité judiciaire à l'égard de cette décision, dans la mesure où ce renoncement peut être légitimement prononcé. "

4.2.4. Considérée à la lumière des principes jurisprudentiels rappelés plus haut et, plus particulièrement, au regard de l'arrêt paru aux [ATF 133 III 235](#), pareille renonciation au recours n'est pas opposable à la recourante.

Quant à l'association recourante, celle-ci soutient, sans être contredite par l'IAAF, que la clause d'exclusion ne serait pas valable au motif qu'il s'agirait d'une renonciation indirecte. Une telle affirmation est toutefois erronée, dès lors que la clause arbitrale et la disposition prévoyant la renonciation à recourir figurent dans un seul et même document. Cela étant, il ne faut pas perdre de vue que la renonciation au recours suppose nécessairement l'accord des parties, comme cela ressort du texte même de l'[art. 192 al. 1 LDIP](#). Cet accord, à l'égal de tout contrat, ne vient à chef que si les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté de renoncer au recours. La liberté de contracter, en tant qu'élément constitutif de l'autonomie de la volonté, requiert qu'une telle manifestation n'émane pas d'une volonté bridée par quelque entrave que ce soit. Que l'expression de la volonté de renoncer au recours ne soit viciée par aucune forme de contrainte est d'autant plus impérieux qu'une telle renonciation prive son auteur de la possibilité d'attaquer toute sentence future, quand bien même elle violerait des principes fondamentaux propres à un État de droit, comme l'ordre public, ou des garanties de procédure essentielles comme la composition régulière du tribunal arbitral, sa compétence de jugement, l'égalité des parties ou encore le droit de celles-ci d'être entendues en procédure contradictoire ([ATF 133 III 235 consid. 4.3.2.2](#)). Or, en l'occurrence, le Règlement DSD adopté par l'IAAF, qui est l'instance dirigeante de l'athlétisme au niveau mondial, s'impose à



toutes les fédérations membres, dont l'association recourante fait partie, et ce, indépendamment de leur volonté. Aussi y a-t-il lieu d'admettre que la renonciation au recours, figurant à l'art. 5.5 du Règlement DSD, n'est pas le fruit d'un consentement exprimé librement par l'association recourante et qu'elle est, partant, inopérante.

4.3.

Pour le reste, qu'il s'agisse de l'objet du recours, du délai de recours, des conclusions prises par les recourantes ou encore des motifs invoqués par celles-ci dans leurs mémoires, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Rien ne s'oppose, dès lors, à l'entrée en matière. Demeure réservé l'examen, sous l'angle de leur motivation, des griefs invoqués par les recourantes.

5.

Avant d'examiner les griefs soulevés par les recourantes, il convient de préciser le cadre juridique dans lequel s'inscrit le présent litige, le rôle du Tribunal fédéral lorsqu'il connaît d'un recours en matière d'arbitrage international et l'étendue de son pouvoir d'examen.

5.1.

5.1.1. Le Règlement DSD a été édicté par l'IAAF, une association de droit privé monégasque. Une athlète domiciliée en Afrique du Sud et sa fédération nationale, constituée elle aussi sous la forme d'une association de droit privé, ont contesté la validité dudit règlement, en initiant une procédure arbitrale contre l'IAAF devant le TAS. Ce dernier n'est ni un tribunal étatique ni une autre institution de droit public suisse, mais une entité, dépourvue de la personnalité juridique, émanant du CIAS, c'est-à-dire d'une fondation de droit privé suisse (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Mutu et Pechstein contre Suisse* du 2 octobre 2018, § 65). Dans le cadre de la procédure conduite devant elle, la Formation du TAS n'a pas examiné la validité du Règlement DSD au regard du droit suisse puisqu'elle a appliqué la réglementation interne de l'IAAF ("*IAAF's Constitution and Rules*"), la Charte Olympique ainsi que le droit monégasque (sentence, n. 424). Le siège du TAS constitue ainsi l'unique point de rattachement avec la Suisse.

5.1.2. Dans l'arrêt de principe *Lazutina* du 27 mai 2003, le Tribunal fédéral, après avoir examiné la question par le menu, est arrivé à la conclusion que le TAS est suffisamment indépendant pour que les décisions qu'il rend dans les causes intéressant cet organisme puissent être considérées comme de véritables sentences, assimilables aux jugements d'un tribunal étatique ([ATF 129 III 445 consid. 3.3.4](#)). Depuis lors, cette jurisprudence a été confirmée à maintes reprises (cf. parmi d'autres: [ATF 144 III 120 consid. 3.4.2](#); [133 III 235 consid. 4.3.2.3](#); arrêts [4P.149/2003 du 31 octobre 2003 consid. 1.1](#); [4A 612/2009 du 10 février 2010 consid. 3.1.3](#); [4A 428/2011 du 13 février 2012 consid. 3.2.3](#) et [4A_102/2016 du 27 septembre 2016 consid. 3.2.3](#)).

Dans l'affaire *Mutu et Pechstein contre Suisse* (arrêt précité du 2 octobre 2018), la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: la CourEDH) a été amenée elle aussi à se prononcer sur la question de l'indépendance et de l'impartialité du TAS. Elle a tout d'abord rappelé que le droit d'accès à un tribunal, garanti par l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après: [CEDH](#)), n'implique pas nécessairement le droit de pouvoir saisir une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires d'un État. L'[art. 6 par. 1 CEDH](#) ne s'oppose ainsi pas à ce que des tribunaux arbitraux soient créés afin de juger certains différends de nature patrimoniale opposant des particuliers (arrêt *Mutu et Pechstein*, précité, § 93 s.).

Comme la patineuse de vitesse professionnelle Claudia Pechstein n'avait pas eu d'autre choix que d'accepter la clause arbitrale, la CourEDH en a conclu qu'il s'agissait d'un arbitrage forcé, en ce sens qu'il n'existait aucune possibilité pour l'intéressée de soustraire le litige au tribunal arbitral. Si une telle forme d'arbitrage n'est certes pas prohibée, le tribunal arbitral doit cependant offrir les garanties prévues par l'[art. 6 par. 1 CEDH](#), en particulier celles d'indépendance et d'impartialité (arrêt *Mutu et Pechstein*, précité, § 95 et 114 s.). Examinant si le TAS peut passer pour un tribunal " indépendant et impartial, établi par la loi " au sens de cette disposition, la CourEDH a jugé qu'il a les apparences d'un tribunal établi par la loi et qu'il est véritablement indépendant et impartial (arrêt *Mutu et Pechstein*, précité, § 149 et 159), ce qu'elle a du reste confirmé encore récemment (arrêt *Michel Platini contre Suisse* du 11 février 2020, § 65).

5.1.3. Ces précisions étant faites, il y a lieu de garder à l'esprit que les recourantes ont pu porter le litige qui les oppose à l'IAAF devant le TAS, lequel est non seulement un tribunal indépendant et impartial, jouissant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, mais aussi une juridiction spécialisée.

5.2.

Il convient à présent de rappeler quel est le rôle du Tribunal fédéral lorsqu'il statue sur un recours dirigé contre une sentence arbitrale internationale et quelle est l'étendue de son pouvoir d'examen.

5.2.1. Le recours en matière d'arbitrage international ne peut être formé que pour l'un des motifs énumérés de manière exhaustive à l'[art. 190 al. 2 LDIP \(art. 77 al. 1 let. a LTF\)](#). Sont inapplicables à ce recours les art. 90 à 98 [LTF](#), entre autres dispositions ([art. 77 al. 2 LTF](#)), ce qui exclut, notamment, la possibilité d'invoquer le moyen pris de l'application arbitraire du droit. 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](#)).

Un mémoire de recours visant une sentence arbitrale doit satisfaire à l'exigence de motivation telle qu'elle découle de l'[art. 77 al. 3 LTF](#) en liaison avec l'[art. 42 al. 2 LTF](#) et la jurisprudence relative à cette dernière disposition ([ATF 140 III 86 consid. 2](#) et les références). Cela suppose que le recourant discute les motifs de la sentence entreprise et indique précisément en quoi il estime que l'auteur de celle-ci a méconnu le droit (arrêt [4A 522/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.1](#)). Il ne pourra le faire, cela va sans dire, que dans les limites des moyens admissibles contre ladite sentence, à savoir au regard des seuls griefs énumérés à l'[art. 190 al. 2 LDIP](#) lorsque l'arbitrage revêt un caractère international. Au demeurant, comme cette motivation doit être contenue dans l'acte de recours, le recourant ne saurait user du procédé consistant à prier le Tribunal fédéral de bien vouloir se référer aux allégués, preuves et offres de preuve contenus dans les écritures versées au dossier de l'arbitrage. De même se servirait-il en vain de la réplique pour invoquer des moyens, de fait ou de droit, qu'il n'avait pas présentés en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de recours non prolongeable ([art. 100 al. 1 LTF](#) en liaison avec l'[art. 47 al. 1 LTF](#)), ou pour compléter, hors délai, une motivation insuffisante (arrêt [4A 34/2016 du 25 avril 2017 consid. 2.2](#)).

5.2.2. Le Tribunal fédéral, faut-il le rappeler, statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. [art. 105 al. 1 LTF](#)). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'[art. 77 al. 2 LTF](#) qui exclut l'application de l'[art. 105 al. 2 LTF](#)). Les constatations du tribunal arbitral quant au déroulement de la procédure lient aussi le Tribunal fédéral, qu'elles aient trait aux conclusions des parties, aux faits allégués ou aux explications juridiques données par ces dernières, aux déclarations faites en cours de procès, aux réquisitions de preuves, voire au contenu d'un témoignage ou d'une expertise ou encore aux informations recueillies lors d'une inspection oculaire (arrêt [4A 322/2015 du 27 juin 2016 consid. 3](#) et les précédents cités).

5.2.3. Aussi bien, la mission du Tribunal fédéral, lorsqu'il est saisi d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale, ne consiste-t-elle pas à statuer avec une pleine cognition, à l'instar d'une juridiction d'appel, mais uniquement à examiner si les griefs recevables formulés à l'encontre de ladite sentence sont fondés ou non. Permettre aux parties d'alléguer d'autres faits que ceux qui ont été constatés par le tribunal arbitral, en dehors des cas exceptionnels réservés par la jurisprudence, ne serait plus compatible avec une telle mission, ces faits fussent-ils établis par les éléments de preuve figurant au dossier de l'arbitrage (arrêt [4A 386/2010 du 3 janvier 2011 consid. 3.2](#)).

5.2.4. Selon la jurisprudence de la CourEDH, les États membres ne sont pas tenus de créer des juridictions d'appel ou de cassation. Le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises en ce qui concerne les conditions de recevabilité du recours. Néanmoins, les limitations appliquées ne sont conciliables avec l'[art. 6 par. 1 CEDH](#) que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé (arrêt *Erwin Bakker contre Suisse* du 3 septembre 2019, § 30 et les arrêts cités). Le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir son litige tranché au fond par la juridiction compétente. L'application par les juridictions internes de formalités à respecter pour former un recours est ainsi susceptible de violer le droit d'accès à un tribunal lorsque l'interprétation par trop formaliste des règles applicables faite par une juridiction empêche, de fait, l'examen au fond du recours exercé par l'intéressé (arrêt *Bakker*, précité, § 31).

En matière d'arbitrage, la CourEDH a reconnu que les États membres jouissent d'une marge d'appréciation considérable pour déterminer les motifs d'annulation d'une sentence (arrêt *Suovaniemi et autres contre Finlande* du 23 février 1999). Elle a aussi souligné que la [LDIP](#) - dont l'[art. 190](#) règle les motifs d'annulation d'une sentence arbitrale internationale - reflète un choix de politique législative répondant au souhait du législateur suisse d'augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international en Suisse et que la mise en valeur de la place arbitrale suisse peut constituer un but légitime (arrêts *Mutu et Pechstein*, précité, § 97 et *Tabbane contre Suisse* du 1er mars 2016, § 33 et 36).

S'agissant du recours à l'arbitrage dans le domaine du sport, la CourEDH a souligné qu'il y a un intérêt certain à ce que les différends qui naissent dans le cadre du sport professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, puissent être soumis à une juridiction spécialisée qui soit à même de statuer de manière rapide et économique. En effet, les manifestations sportives internationales de haut niveau sont organisées dans différents pays par des organisations ayant leur siège dans des États différents,

et elles sont souvent ouvertes à des athlètes du monde entier. Le recours à un tribunal arbitral international unique et spécialisé facilite une certaine uniformité procédurale et renforce la sécurité juridique (arrêt *Mutu et Pechstein*, précité, § 98; cf. aussi l'arrêt *Ali Riza et autres contre Turquie* du 28 janvier 2020, § 179). Cela est d'autant plus vrai lorsque les sentences de ce tribunal arbitral peuvent faire l'objet de recours devant la juridiction suprême d'un seul pays, en l'occurrence le Tribunal fédéral suisse, qui statue définitivement. La CourEDH a ainsi considéré qu'un système prévoyant le recours à une juridiction spécialisée, comme le TAS, en première instance, doublé d'une possibilité de recours, bien que limitée, devant un tribunal étatique, en dernière instance, pouvait représenter une solution appropriée au regard des exigences de l'[art. 6 par. 1 CEDH](#) (arrêt *Mutu et Pechstein*, précité, § 98).

Dans un autre arrêt récent, la CourEDH a dû examiner la requête formée par un cycliste professionnel, qui dénonçait en particulier la violation de l'[art. 6 par. 1 CEDH](#), dès lors que le Tribunal fédéral ne bénéficie pas d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Dans cette affaire, présentant manifestement les caractéristiques d'un arbitrage forcé au sens de la jurisprudence de la CourEDH, le TAS avait infligé à l'athlète, convaincu de dopage, une interdiction à vie de participer à une compétition sportive. Saisi d'un recours formé par le coureur cycliste dans lequel celui-ci soutenait notamment que la sentence arbitrale était incompatible avec l'ordre public ([art. 190 al. 2 let. e LDIP](#)), le Tribunal fédéral l'a déclaré irrecevable, considérant notamment que le recours était d'emblée voué à l'échec. Après avoir rappelé le principe selon lequel c'est aux autorités nationales qu'il appartient d'interpréter et d'appliquer le droit interne, la CourEDH a jugé que la conclusion du Tribunal fédéral selon laquelle le recours était d'emblée voué à l'échec n'était ni arbitraire ni manifestement déraisonnable. A cet égard, elle a insisté sur le fait que, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la notion d'ordre public est très restreinte (arrêt *Bakker*, précité, § 38). La CourEDH a enfin souligné que, eu égard à la spécificité de la procédure devant le TAS et le Tribunal fédéral, la restriction au droit d'accès à un tribunal n'était ni arbitraire ni disproportionnée au but poursuivi, à savoir la bonne administration de la justice (arrêt *Bakker*, précité, § 40). Quant au grief tiré du pouvoir d'examen restreint du Tribunal fédéral, elle l'a considéré comme infondé, puisque le requérant avait bénéficié d'un contrôle complet devant le TAS, portant aussi bien sur des questions de droit que des constatations de fait (arrêt *Bakker*, précité, § 47).

5.2.5. On soulignera encore que, dans l'arrêt *Platini* précité, la CourEDH a reconnu à l'État défendeur une marge d'appréciation considérable lors de l'examen, effectué dans le cadre d'un recours en annulation d'une sentence émanant du TAS, de la violation, dénoncée par le requérant, de l'un des droits matériels garantis par la [CEDH](#) (§ 70). Invoquant notamment l'[art. 8 CEDH](#), le requérant faisait valoir que l'interdiction d'exercer toute activité liée au football pour une période de huit ans qui lui avait été infligée par la FIFA, interdiction réduite à un total de quatre ans par le TAS dont la sentence avait été confirmée par le Tribunal fédéral, violait la liberté d'exercer une activité professionnelle, protégée par cette disposition. La CourEDH a souligné que l'association sportive, en tant qu'acteur privé, n'était pas directement soumise à la [CEDH](#) (§ 63). Aussi, en l'absence d'une mesure étatique, le grief tiré de la violation de l'[art. 8 CEDH](#) devait-il être appréhendé sous l'angle de la théorie de l'ingérence (§ 59). A cet égard, la CourEDH a rappelé que des obligations positives à charge de l'État, déduites notamment de l'[art. 8 CEDH](#), peuvent nécessiter l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux (§ 60). Dans certaines circonstances, l'État ne s'acquitte de manière adéquate de ces obligations positives que s'il assure le respect de la vie privée dans les relations entre individus en établissant un cadre normatif qui prenne en considération les divers intérêts à protéger dans un contexte donné (§ 61). Selon la CourEDH, la question principale qui se posait en l'espèce était de savoir si la Suisse était tenue et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, de protéger le droit du requérant au respect de sa vie privée contre la mesure infligée par la FIFA et confirmée in parte par le TAS (§ 62). La CourEDH a estimé que le TAS avait, de manière exhaustive et détaillée, dans le cadre d'une sentence de 63 pages, effectué un examen complet des griefs soulevés par le requérant, rendu une sentence suffisamment circonstanciée et procédé à une balance convaincante des intérêts en jeu en tenant compte de la spécificité de la procédure d'arbitrage sportif (§ 66). Quant au Tribunal fédéral, il avait entériné avec un raisonnement plausible et convaincant la sentence du TAS (§ 69). Dans ces conditions, le requérant, selon la CourEDH, avait pu bénéficier de garanties institutionnelles et procédurales suffisantes, soit un système de juridictions privée (TAS) et étatique (Tribunal fédéral) devant lesquelles il avait pu faire valoir ses griefs. Ces juridictions avaient en outre procédé à une véritable pesée des intérêts pertinents en jeu dans le cadre de décisions dûment motivées. La CourEDH en a conclu que la Suisse, compte tenu notamment de la marge d'appréciation considérable dont elle jouissait, n'avait pas manqué à ses obligations en vertu de l'[art. 8 CEDH](#) (§ 70).

5.2.6. A la lumière des principes qui viennent d'être rappelés, il y a lieu d'admettre que les règles particulières qui régissent le recours dirigé contre une sentence arbitrale internationale - soit notamment la limitation des griefs admissibles (liste exhaustive de l'[art. 190 al. 2 LDIP](#)), un contrôle matériel de la sentence uniquement sous l'angle de la notion restrictive d'ordre public ([art. 190 al. 2 let. e LDIP](#)), des exigences strictes en matière d'allégation et de motivation des griefs et, de façon générale, un pouvoir d'examen restreint du Tribunal fédéral - sont compatibles avec les garanties de la [CEDH](#). Il découle de ce qui précède que le



Tribunal fédéral 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.

6.

Avant d'examiner le mérite des griefs soulevés par les recourantes, il sied de préciser que toutes les parties ont cru bon de présenter un résumé des faits pertinents et de s'arrêter longuement sur certaines questions factuelles. Il ne sera pas tenu compte de leurs versions des faits dans la mesure où elles s'écartent des faits constatés par la Formation, voire chercheraient à compléter ceux-ci.

7.

Dans un premier grief de nature formelle, l'association recourante, dénonçant la violation de [l'art. 190 al. 2 let. a LDIP](#), soutient que le TAS aurait restreint indûment son pouvoir d'examen. A l'en croire, cette restriction injustifiée du pouvoir d'examen aurait pour conséquence que la Formation ne pourrait plus être considérée comme un tribunal arbitral régulièrement composé. A l'appui de ce moyen, l'association recourante fait valoir que la Formation a indiqué qu'elle n'avait pas le pouvoir de réécrire le Règlement DSD ou d'amender la liste des " Épreuves visées ", mais qu'il lui appartenait bien plutôt d'apprécier, dans sa globalité, la proportionnalité du Règlement DSD (sentence, n. 609). Selon elle, la Formation, en s'estimant liée par le Règlement DSD et en refusant d'examiner, séparément, la nécessité d'inclure chaque discipline dans la liste des " Épreuves visées ", et ce alors même qu'elle avait exprimé des inquiétudes concernant les épreuves du 1'500 mètres et du mile, aurait restreint indûment son pouvoir d'examen en droit.

Semblable argumentation n'emporte pas la conviction de la Cour de céans.

Il sied de relever d'emblée que la recevabilité du moyen examiné apparaît sujette à caution, et ce à deux égards. Tout d'abord, il est douteux qu'un tribunal, qui aurait par hypothèse restreint son pouvoir d'examen, puisse, de ce seul fait, être qualifié de " tribunal irrégulièrement composé " au sens de [l'art. 190 al. 2 let. a LDIP](#). Le Tribunal fédéral a, du reste, déjà souligné qu'une limitation inadmissible du pouvoir d'examen pouvait tout au plus constituer une atteinte au droit d'être entendu (arrêt [4A 474/2018 du 27 novembre 2018 consid. 3.2](#)). Ensuite, l'association recourante, sous couvert de la violation de [l'art. 190 al. 2 let. a LDIP](#), critique en réalité la façon dont la Formation a interprété le concept de la proportionnalité et les conséquences qu'elle en a tirées lors de sa mise en oeuvre, soit des éléments ressortissant à l'application du droit matériel que le Tribunal fédéral ne peut revoir que sous l'angle très restreint de l'ordre public.

Cela étant, on ne saurait, en tout état de cause, reprocher à la Formation d'avoir restreint indûment son pouvoir d'examen. En effet, le fait que le TAS ait indiqué qu'il n'avait pas le pouvoir de réécrire le Règlement DSD ni d'amender la liste des " Épreuves visées " et qu'il lui incombait d'apprécier, dans sa globalité, la proportionnalité du Règlement DSD ne signifie pas qu'il aurait, concrètement, négligé d'examiner avec une pleine cognition, tant en fait qu'en droit, la validité juridique de ladite réglementation, notamment sous l'angle du principe de la proportionnalité.

En l'occurrence, la Formation a souligné que le critère de nécessité n'est satisfait que si les preuves établissent, au degré requis, que le facteur biologique procure aux " Athlètes concernées " un avantage compétitif suffisamment significatif dans chaque épreuve couverte par la réglementation (sentence, n. 560). Sur ce point, elle a relevé que l'IAAF avait fourni des éléments de preuve concernant toutes les " Épreuves visées " (sentence, n. 607). Elle a en outre considéré que l'IAAF avait fourni une explication globale rationnelle sur la manière dont les " Épreuves visées " avaient été définies (sentence, n. 609). Alors même que les recourantes avaient conclu à l'annulation totale du Règlement DSD et qu'elles n'avaient pas critiqué spécifiquement l'inclusion des disciplines du 1'500 mètres et du mile dans la liste des " Épreuves visées " (sentence, n. 608), la Formation a examiné attentivement cette question. A cet égard, elle a fait part de ses préoccupations concernant la décision d'inclure les disciplines du 1'500 mètres et du mile, qui reposait, au moins en partie, sur une base spéculative. Estimant que la preuve d'un avantage compétitif était faible, elle a indiqué que l'IAAF pourrait envisager (" *may consider* ") de différer l'application du Règlement à ces deux épreuves jusqu'à ce que davantage de preuves soient disponibles (sentence, n. 623). Cela étant, contrairement à ce que laisse entendre l'association recourante, on ne saurait déduire de ces seuls doutes et de la possibilité évoquée de différer l'application du Règlement DSD que la Formation considérait qu'il y avait lieu de rayer immédiatement les disciplines du 1'500 mètres et du mile de la liste des " Épreuves visées " et qu'elle se serait abstenue de le faire, limitant ainsi indûment son pouvoir d'examen. Les termes utilisés par le TAS (" *The IAAF may consider deferring the application of the DSD Regulations to these events until more evidence is available* "; sentence, n. 623) incitent plutôt à retenir la conclusion inverse.

A la lecture de la sentence, force est ainsi d'admettre que la Formation n'a pas restreint son pouvoir d'examen. Au contraire, elle a même examiné, avec une pleine cognition, des éléments que les parties n'avaient pas formellement remis en cause. Elle en a conclu que la liste des " Épreuves visées ", telle que définie par l'IAAF, n'était pas, *ex toto*, contraire au principe de la proportionnalité, nonobstant certaines inquiétudes qu'elle a tenu à exprimer.



Sur le vu de ce qui précède, le grief soulevé par l'association recourante se révèle infondé.

8.

Dans un deuxième moyen, l'association recourante revient à la charge sur la question de l'inclusion des disciplines du 1'500 mètres et du mile dans la liste des " Épreuves visées ", mais, cette fois-ci, au titre de la violation du droit d'être entendu garanti par l'[art. 190 al. 2 let. d LDIP](#). Selon elle, la Formation aurait restreint son pouvoir d'examen en ne tranchant pas la question de savoir si ces deux disciplines devaient figurer parmi les " Épreuves visées ".

8.1.

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les [art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP](#), un devoir minimum pour le tribunal arbitral d'examiner et de traiter les problèmes pertinents. 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 sentence à rendre. Il incombe à la partie soi-disant lésée de démontrer, dans son recours dirigé contre la sentence, en quoi une inadvertance des arbitres l'a empêchée de se faire entendre sur un point important. C'est à elle d'établir, d'une part, que le tribunal arbitral n'a pas examiné certains des 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 ([ATF 142 III 360 consid. 4.1.1 et 4.1.3](#); arrêt [4A 478/2017 du 2 mai 2018 consid. 3.2.1](#)). 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 ([ATF 133 III 235 consid. 5.2 p. 249](#); arrêt [4A 478/2017](#), précité, consid. 3.2.1).

8.2.

On ne discerne pas, dans les développements de l'association recourante censés étayer le grief tiré d'une violation du droit d'être entendu, quoi que ce soit qui justifierait d'aboutir à une autre solution que celle qui a été retenue à l'égard du moyen similaire examiné plus haut (cf. consid. 7). Il suffit de rappeler ici les éléments suivants: la Formation a examiné la compatibilité de la liste des " Épreuves visées " avec le principe de la proportionnalité dans une rubrique spécifique (" *The application of the DSD Regulations to only the Restricted Events* "; sentence, n. 606-609). Alors même que les parties n'avaient pas fait valoir d'arguments spécifiques à propos de l'inclusion des disciplines du 1'500 mètres et du mile dans la catégorie des " Épreuves visées ", le TAS a examiné attentivement cette question. S'il a certes exprimé certaines préoccupations dans ce cadre-là, il n'en a pas moins considéré que l'IAAF avait fourni des preuves pour toutes les " Épreuves visées ", qu'elle avait apporté une explication globale rationnelle sur la manière dont les " Épreuves visées " avaient été définies et que la catégorie des " Épreuves visées ", telle que définie par elle, n'était pas, *ex toto*, disproportionnée. Ce faisant, la Formation a admis, ne serait-ce qu'implicitement, que les disciplines du 1'500 mètres et du mile pouvaient, en l'état actuel, figurer dans la liste des " Épreuves visées ".

Par conséquent, le moyen pris d'une violation du droit d'être entendu tombe, lui aussi, à faux.

9.

Dans un troisième moyen, divisé en plusieurs branches, la recourante soutient que la sentence attaquée viole l'ordre public matériel, au sens de l'[art. 190 al. 2 let. e LDIP](#), à maints égards.

A l'appui de son grief de violation de l'ordre public matériel, la recourante, invoquant notamment plusieurs garanties de rang constitutionnel, fait valoir, en premier lieu, que la sentence attaquée est contraire au principe de l'interdiction de la discrimination. En deuxième lieu, elle se dit victime d'une atteinte aux droits de sa personnalité, dès lors que la sentence consacre une violation de plusieurs droits fondamentaux. En dernier lieu, elle dénonce une atteinte à la dignité humaine.

Avant d'examiner le mérite des critiques formulées au soutien de ce moyen, il convient de rappeler ce que recouvre la notion d'ordre public visée par la disposition susmentionnée.

9.1.

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 144 III 120 consid. 5.1](#); [132 III 389 consid. 2.2.3](#)). Tel est le cas lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants ([ATF 144 III 120 consid. 5.1](#)). Qu'un motif retenu par un tribunal arbitral heurte l'ordre public n'est pas suffisant; c'est le résultat auquel la sentence aboutit qui doit être incompatible avec l'ordre

public ([ATF 144 III 120 consid. 5.1](#)). L'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public, visée à l'[art. 190 al. 2 let. e LDIP](#), est une notion plus restrictive que celle d'arbitraire ([ATF 144 III 120 consid. 5.1](#); arrêts [4A 318/2018 du 4 mars 2019 consid. 4.3.1](#); [4A 600/2016 du 29 juin 2017 consid. 1.1.4](#)). Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable ([ATF 137 I 1 consid. 2.4](#); [136 I 316 consid. 2.2.2](#) et les références citées). Pour qu'il y ait incompatibilité avec l'ordre public, il ne suffit pas que les preuves aient été mal appréciées, qu'une constatation de fait soit manifestement fausse ou encore qu'une règle de droit ait été clairement violée (arrêts [4A 116/2016 du 13 décembre 2016 consid. 4.1](#); [4A 304/2013 du 3 mars 2014 consid. 5.1.1](#); [4A 458/2009 du 10 juin 2010 consid. 4.1](#)). L'annulation d'une sentence arbitrale internationale pour ce motif de recours est chose rarissime ([ATF 132 III 389 consid. 2.1](#)).

Pour juger si la sentence est compatible avec l'ordre public, le Tribunal fédéral ne revoit pas à sa guise l'appréciation juridique à laquelle le tribunal arbitral s'est livré sur la base des faits constatés dans sa sentence. Seul importe, en effet, pour la décision à rendre sous l'angle de l'[art. 190 al. 2 let. e LDIP](#), le point de savoir si le résultat de cette appréciation juridique faite souverainement par les arbitres est compatible ou non avec la définition jurisprudentielle de l'ordre public matériel (arrêt [4A 157/2017 du 14 décembre 2017 consid. 3.3.3](#)).

Il ne faut pas oublier que même lorsque le Tribunal fédéral est appelé à statuer sur un recours dirigé contre une sentence rendue par un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse et autorisé à appliquer le droit suisse à titre supplétif, il est tenu d'observer, quant à la manière dont ce droit a été mis en oeuvre, la même distance que celle qu'il s'imposerait vis-à-vis de l'application faite de tout autre droit et qu'il ne doit pas céder à la tentation d'examiner avec une pleine cognition si les règles topiques du droit suisse ont été interprétées et/ou appliquées correctement, comme il le ferait s'il était saisi d'un recours en matière civile dirigé contre un arrêt étatique (arrêts [4A 318/2018](#), précité, consid. 4.5.1; [4A 312/2017 du 27 novembre 2017 consid. 3.3.4.2](#); [4A 32/2016 du 20 décembre 2016 consid. 4.3](#)). Ceci vaut à plus forte raison, lorsque, comme en l'espèce, le droit suisse n'était même pas applicable à titre de droit supplétif dans le cadre de la procédure arbitrale.

9.2.

C'est le lieu de préciser encore que la violation des dispositions de la [CEDH](#) ou de la Constitution ne compte pas au nombre des griefs limitativement énumérés par l'[art. 190 al. 2 LDIP](#). Il n'est dès lors pas possible d'invoquer directement une telle violation. Les principes qui sous-tendent les dispositions de la [CEDH](#) ou de la Constitution peuvent cependant être pris en compte dans le cadre de l'ordre public afin de concrétiser cette notion ([ATF 142 III 360 consid. 4.1.2](#); arrêts [4A 114/2018 du 14 août 2018 consid. 2.2](#); [4A 384/2017 du 4 octobre 2017 consid. 4.2.1](#); [4A 80/2017 du 25 juillet 2017 consid. 2.2](#); [4A 178/2014 du 11 juin 2014 consid. 2.4](#); [4A 43/2010 du 29 juillet 2010 consid. 3.6.1](#); [4A 370/2007 du 21 février 2008 consid. 5.3.2](#)).

Aussi le moyen tiré d'une violation de l'ordre public n'est-il pas recevable dans la mesure où il tend simplement à établir que la sentence incriminée serait contraire aux différentes garanties, tirées de la [CEDH](#) et de la Constitution, que la recourante invoque, ce d'autant moins que le droit suisse n'était pas applicable à la procédure arbitrale conduite par le TAS.

9.3.

Dans la première branche du moyen pris de l'incompatibilité avec l'ordre public, la recourante dénonce une violation du principe de l'interdiction de la discrimination (recours, n. 117 ss). Avant d'examiner les mérites des critiques formulées par l'intéressée dans ce cadre-là, il convient de vérifier la recevabilité du grief au regard de l'[art. 190 al. 2 let. e LDIP](#).

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. par ex. [ATF 144 III 120 consid. 5.1](#); [138 III 322 consid. 4.1](#); [132 III 389 consid. 2.2.1](#); [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'État.

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'État et ne produit en principe pas d'effet horizontal direct sur les relations entre personnes privées ([ATF 137 III 59 consid. 4.1; 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, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd. 2017, n^o 18 ad [art. 8 Cst.](#); REGINA KIENER ET AL., *Grundrechte*, 3^e éd. 2018, § 36 n. 63; BELSER/MOLINARI, in *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, 2013, n^o 55 ad [art. 8 Cst.](#); ELEONOR KLEBER, *La discrimination multiple*, 2015, p. 161; VINCENT MARTENET, *La protection contre les discriminations émanant de particuliers*, RDS 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'État. 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. 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 ([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](#), précité, 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 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; 138 I 205 consid. 5.4; 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; 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; 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) : 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 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), 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 " Épreuves visées ", la 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.

9.7.

Selon la recourante, la conclusion de la Formation, d'après laquelle la différenciation de traitement litigieuse se justifie, méconnaîtrait le contenu et l'importance du principe de non-discrimination au sens de l'ordre public suisse (recours, n. 124 ss). À son avis, le critère appliqué par le TAS pour justifier cette discrimination serait insuffisant au regard des principes dégagés par la jurisprudence relative à l'[art. 8 al. 2 Cst.](#) (recours, n. 126). Au demeurant, une différence de traitement fondée sur le critère du sexe nécessiterait de solides justifications. Du reste, en droit suisse seul un intérêt public important et légitime pourrait justifier un tel traitement différencié (recours, n. 128 s.). Les intérêts poursuivis par l'IAAF ne sauraient ainsi rendre licite le traitement réservé aux athlètes 46 XY DSD, d'autant moins que celles-ci sont particulièrement vulnérables. La recourante soutient encore que l'examen réalisé par la Formation sous l'angle du principe de la proportionnalité serait " incompatible avec les droits fondamentaux ", aux motifs que les arbitres auraient omis de procéder à une pesée complète de tous les intérêts en présence, que les intérêts poursuivis par l'IAAF ne seraient pas propres à justifier certaines atteintes et que celles-ci non seulement excéderaient ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé mais seraient de surcroît clairement disproportionnées par rapport aux buts poursuivis par l'IAAF (recours, n. 199 ss). Dans ce contexte, elle expose notamment que le TAS n'a pas été en mesure de se prononcer sur le point de savoir si les athlètes 46 XY DSD pourront concrètement maintenir leur taux de testostérone au-dessous de la limite autorisée, ni de déterminer l'intensité exacte et la gravité des effets secondaires liés à la prise de contraceptifs oraux. Elle s'emploie ensuite à démontrer que les intérêts poursuivis par l'IAAF - elle les qualifie de publics (recours, n. 94) - en vue de garantir l'intégrité de l'athlétisme féminin et l'équité des compétitions se rapporteraient uniquement à l'absence de manipulations externes (dopage, corruption et autres comportements déloyaux) et ne viseraient pas les différences physiques naturelles (recours, n. 211). En outre, la prétendue défense de la " classe protégée ", avancée par l'IAAF comme autre objectif, ne reviendrait en réalité qu'à protéger la liberté économique des autres athlètes féminines et serait, partant, impropre à justifier les atteintes aux droits des athlètes 46 XY DSD. Sous l'angle de la nécessité, la recourante s'en prend au raisonnement sur la base duquel le TAS a conclu que la liste des " Épreuves visées " n'est pas disproportionnée, en dépit de ses préoccupations concernant l'inclusion du 1'500 mètres et du mile. Enfin, elle soutient, en opposant le résultat de sa propre pesée d'intérêts, que ceux des athlètes féminines ne présentant pas de DSD ne sauraient l'emporter sur ceux des athlètes 46 XY DSD.

9.8.



9.8.1. L'argumentation de la recourante, ainsi résumée, appelle une remarque préalable de la Cour de céans. Force est, en effet, de rappeler ici que le moyen pris de l'incompatibilité avec l'ordre public matériel, au sens de l'[art. 190 al. 2 let. e LDIP](#) et de la jurisprudence y afférente, n'est pas recevable dans la mesure où il tend uniquement à établir la contrariété entre la sentence attaquée et une norme du droit suisse, fût-elle de rang constitutionnel. Dès lors, toutes les considérations relatives à la portée de l'[art. 8 al. 2 Cst.](#) et aux exigences qui en découlent sur le plan du droit interne suisse sont dénuées de pertinence. Aussi ne saurait-on suivre la recourante lorsqu'elle se borne à transposer la jurisprudence rendue sur la base de l'[art. 8 al. 2 Cst.](#) à l'arbitrage international. En effet, ce faisant, elle se place sur le terrain du droit constitutionnel suisse, alors que celui-ci n'était pas applicable à la procédure conduite devant le TAS. La seule question à résoudre consiste en réalité à savoir si le résultat auquel a abouti le TAS rend ou non la sentence déférée incompatible avec l'ordre public matériel.

9.8.2. Ces précisions faites, il convient de rappeler que la Formation a procédé notamment aux constatations suivantes:

- la testostérone est le facteur principal des avantages physiques et donc de la différence entre les sexes au niveau de la performance athlétique (sentence, n. 492 s.);
- les athlètes féminines 46 XY DSD possèdent des chromosomes masculins (XY), des gonades mâles (c'est-à-dire des testicules et non des ovaires) et un taux de testostérone comparable à celui des hommes (sentence, n. 497);
- les athlètes féminines 46 XY DSD, sensibles aux androgènes, jouissent d'un avantage compétitif significatif résultant de leur exposition à un taux de testostérone équivalant à la concentration ordinaire présente chez un homme (sentence, n. 575);
- cet avantage peut ne pas être de l'ordre de 10-12 % mais il est suffisant pour permettre aux athlètes ayant un 5-ARD de battre systématiquement les athlètes féminines ne présentant pas de DSD (sentence, n. 574).

Ces constatations de fait lient le Tribunal fédéral. Sur la base des faits souverainement constatés par elle, le raisonnement tenu par la Formation sous l'angle de la nécessité, n'apparaît nullement critiquable. A cet égard, la recourante ne peut être suivie lorsqu'elle tente de relativiser le caractère insurmontable de l'avantage dont jouissent les athlètes 46 XY DSD.

La recourante ne peut pas davantage être suivie lorsqu'elle fait valoir que la sentence attaquée serait contraire à l'ordre public au motif que la liste des " Épreuves visées ", entérinée par la Formation, créerait une atteinte disproportionnée aux droits des athlètes 46 XY DSD. Tout d'abord, il est très douteux que cet élément, pris isolément, puisse suffire à retenir une contrariété avec l'ordre public. Ensuite, il est erroné de soutenir, comme le fait la recourante, que la Formation a constaté que les preuves relatives à l'avantage compétitif des athlètes 46 XY DSD dans les disciplines du 1'500 mètres et du mile sont " insuffisantes " (recours, n. 221). Bien que le TAS ait fait part de ses préoccupations quant à l'inclusion de ces deux épreuves dans le Règlement DSD et ait indiqué que l'IAAF pourrait envisager de différer l'application de ce règlement auxdites épreuves, il n'en a pas moins considéré que l'IAAF avait fourni des preuves pour toutes les " Épreuves visées " ainsi qu'une explication générale rationnelle sur la façon dont a été définie cette catégorie. Dans ces conditions, on ne saurait qualifier ce résultat de contraire à l'ordre public.

9.8.3.

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 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](#), précité, 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. 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'État 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 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, in *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.

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 (recours, n. 214), 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 (" Épreuves 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 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 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 suspicions 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.

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 " Épreuve visée " dans la catégorie féminine lors d'une compétition internationale. Par conséquent, la solution retenue par la Formation, au terme d'une pesée soignée des différents intérêts en présence, n'est ni insoutenable, c'est-à-dire arbitraire, ni, *a fortiori*, contraire à l'ordre public.

10.

Toujours au titre de la violation de l'ordre public, la recourante se plaint encore d'une violation de ses droits de la personnalité en raison des atteintes injustifiées portées à son intégrité corporelle, à son identité, à sa sphère intime et à sa liberté économique.

10.1.

En matière de sport de haut niveau, le Tribunal fédéral reconnaît que les droits de la personnalité (art. 27 s. du Code civil suisse [[CC](#); RS 210]) incluent le droit à la santé, à l'intégrité corporelle, à l'honneur, à la considération professionnelle, à l'activité sportive et, s'agissant de sport professionnel, le droit au développement et à l'épanouissement économique ([ATF 134 III 193 consid. 4.5](#)). Suivant les circonstances, une atteinte aux droits de la personnalité du sportif peut être contraire à l'ordre public matériel ([ATF 138 III 322 consid. 4.3.1 et 4.3.2](#)). Selon la jurisprudence, la violation de l'[art. 27 al. 2 CC](#) n'est toutefois pas automatiquement contraire à l'ordre public matériel; encore faut-il que l'on ait affaire à un cas grave et net de violation d'un droit fondamental ([ATF 144 III 120 consid. 5.4.2](#)).

10.2.

S'agissant des atteintes à son intégrité physique et psychique, la recourante dénonce à la fois le devoir de subir des examens intrusifs humiliants visant à déterminer la sensibilité d'une athlète aux androgènes et l'obligation qui lui est imposée de prendre des contraceptifs oraux afin d'abaisser son taux de testostérone au-dessous de la limite réglementaire. Il est clair que de telles mesures portent sérieusement atteinte au



droit à l'intégrité physique des athlètes 46 XY DSD. Cela étant, on ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle soutient que ces atteintes sont telles qu'elles affecteraient l'essence même du droit à l'intégrité physique, rendant toute justification impossible.

Pour ce qui est des examens intrusifs, il faut relever que ceux-ci seront menés par des médecins dûment qualifiés et ne seront en aucun cas effectués si une athlète s'y oppose. Aussi, le parallèle que tente de tirer l'intéressée entre une fouille corporelle effectuée par un agent de sécurité et la présente espèce n'est pas pertinent, dès lors que les types d'examens, le contexte dans lequel ceux-ci s'inscrivent, et les personnes chargées de les pratiquer, ne sont nullement comparables. En outre, la Formation a évoqué la possibilité que ces examens puissent, dans certains cas, avoir des effets bénéfiques en permettant de révéler des informations médicales susceptibles d'aider les athlètes, ignorant qu'elles présentent une DSD, à prendre des décisions éclairées sur d'éventuels traitements médicaux nécessaires et en prémunissant ces athlètes contre d'éventuelles suspicions de dopage. Enfin, on relèvera qu'indépendamment de l'existence ou non du Règlement DSD, le corps d'une sportive professionnelle est déjà passablement scruté aux fins de la lutte antidopage. Tous ces éléments conduisent à relativiser l'ampleur de l'atteinte au droit à l'intégrité physique et psychique, quand bien même celle-ci demeure importante.

Quant à la prise de contraceptifs oraux, il est exact qu'elle ne répond, dans le présent contexte, à aucune nécessité médicale. Ni le TAS ni les parties ne le contestent. Cependant, on ne saurait suivre la recourante, lorsqu'elle soutient que la présente cause est " similaire " aux cas de traitements forcés ou quand elle se borne à y transposer la jurisprudence fédérale, rendue sous l'angle du droit constitutionnel suisse, en rapport avec le traitement des personnes schizo-phrènes contre leur gré. Qu'une athlète décide, fût-ce de mauvaise grâce, de se plier aux exigences fixées par l'IAAF pour pouvoir participer à certaines compétitions et, partant, accepte de prendre des contraceptifs oraux pour réduire son taux de testostérone sur la base d'un consentement qu'elle n'a pas exprimé de façon entièrement libre est une chose. Qu'un traitement soit imposé de force à une personne à son corps défendant en est une autre. S'il est vrai que le consentement de l'athlète, faute d'être complètement libre, ne saurait, en l'occurrence, justifier à lui seul l'atteinte à l'intégrité physique, cela ne signifie pas pour autant que des intérêts publics prépondérants ou la nécessité de protéger les droits de tiers ne puissent pas légitimer une telle atteinte.

En ce qui concerne les effets liés à la prise de contraceptifs oraux, tels qu'ils ont été rappelés plus haut (cf. consid. 9.8.3.5), la recourante, par une critique de type purement appellatoire, s'en prend à l'appréciation de la Formation quant à la gravité de l'intervention hormonale. Il ne sera dès lors pas tenu compte d'une telle critique qui méconnaît la nature du recours en matière d'arbitrage international.

Il résulte de ce qui précède que si la prise de contraceptifs oraux implique des effets secondaires significatifs et ne repose pas sur un consentement complètement libre et éclairé, au point de constituer une atteinte sérieuse au droit à l'intégrité physique des athlètes concernées, on ne saurait en revanche admettre qu'une telle mesure affecte l'essence même de ce droit, excluant toute justification.

Ceci étant précisé, on rappellera, encore une fois, que le Règlement DSD constitue une mesure nécessaire et proportionnée pour atteindre les buts visés par l'IAAF. A cet égard, les considérations émises par la Cour de céans sur la nécessité et la proportionnalité de la mesure contestée, au regard du principe de l'interdiction de la discrimination, valent ici *mutatis mutandis*. Par conséquent, la sentence attaquée n'apparaît pas non plus contraire à l'ordre public sous l'angle du droit à l'intégrité physique.

10.3.

L'argumentation développée par la recourante sous l'angle du droit au respect de l'identité sociale et de genre tombe à faux. En effet, le Règlement DSD ne vise nullement à " redéfinir ", voire à remettre en cause l'identité sexuelle ou de genre des athlètes féminines 46 XY DSD. Il instaure seulement des règles d'éligibilité destinées à garantir l'équité sportive et l'égalité des chances entre toutes les athlètes féminines. En tout état de cause, il ne s'agit nullement d'un cas grave et net de violation.

10.4.

S'agissant de la protection de la sphère intime, la Formation a reconnu qu'il ne sera pas difficile pour un observateur averti de déterminer si une athlète est concernée par le Règlement DSD. A cet égard, elle a conclu qu'il s'agit probablement d'un effet préjudiciable du Règlement DSD. Elle a néanmoins considéré que celui-ci constituait une mesure nécessaire et proportionnée. Un tel résultat n'est pas contraire à l'ordre public. Sur ce point, on peut reprendre *mutatis mutandis* les considérations déjà émises en lien avec le principe d'interdiction de la discrimination.

10.5.

Sous l'angle de la liberté économique, on relèvera que les nouvelles règles d'éligibilité restreignent la possibilité pour la recourante de s'aligner dans les " Épreuves visées " lors des compétitions internationales, alors qu'elle était, jusqu'à présent, totalement libre d'y participer. Ce faisant, le Règlement DSD, validé par le

TAS, porte atteinte à sa liberté économique. Cependant, pour qu'une restriction de la liberté économique puisse être considérée comme excessive au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut qu'elle livre celui qui s'est obligé à l'arbitraire de son cocontractant, supprime sa liberté économique ou la limite dans une mesure telle que les bases de son existence économique sont mises en danger (arrêt [4A 312/2017](#), précité, consid. 3.1 et les précédents cités). Or, force est de constater que les conditions d'éligibilité ne rendent pas la participation de la recourante aux " Épreuves visées " impossible. En outre, l'intéressée peut s'aligner dans d'autres disciplines non visées par le Règlement DSD, et ce, même à l'échelon international. Il n'est ainsi pas évident de retenir que son existence économique serait réellement mise en péril. Quoi qu'il en soit, le Règlement DSD constitue, de toute manière, une mesure apte, nécessaire et proportionnée aux buts visés justifiant ainsi l'atteinte à la liberté économique. Les considérations faites ci-dessus au sujet de la nécessité et la proportionnalité de la mesure, sous l'angle du principe de l'interdiction de la discrimination, peuvent être reprises ici.

Pour le surplus, quoi que soutienne la recourante, sa situation n'est pas comparable à celle du footballeur brésilien *Matuzalem*, lequel s'était vu menacer d'une suspension illimitée de toute activité footballistique pour le cas où il ne paierait pas une indemnité supérieure à 11 millions d'euros, intérêts en sus, à son ancien club à bref délai ([ATF 138 III 322](#)). Dans cette affaire, la FIFA cherchait à faciliter l'exécution forcée d'une sentence arbitrale. Cette mesure visait à protéger directement les intérêts du club afin qu'il puisse obtenir le paiement de dommages-intérêts de la part du joueur défaillant et, indirectement, l'intérêt de l'association sportive à ce que les footballeurs respectent le principe de la fidélité contractuelle. Examinant la question de sa proportionnalité sous l'angle de l'ordre public, le Tribunal fédéral a mis en doute que pareille mesure permette de favoriser le recouvrement de la créance en dommages-intérêts lorsque le joueur ne dispose pas des fonds nécessaires au paiement de celle-ci, étant donné que la suspension de toute activité footballistique prive le joueur de la possibilité de percevoir un salaire, en exerçant son métier, en vue de désintéresser son créancier. Il a considéré que la sanction n'était pas nécessaire pour atteindre le but visé, puisque le créancier pouvait obtenir l'exécution forcée de la sentence par le biais de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12). Enfin, il a estimé que l'intérêt, abstrait, de la FIFA à ce que les footballeurs respectent le principe de la fidélité contractuelle vis-à-vis de leur employeur était clairement moins important (" *eindeutig weniger gewichtig* ") que celui du joueur à ne pas devoir subir une suspension illimitée dans le temps et l'espace.

La situation est sensiblement différente en l'espèce puisque le Règlement DSD, entériné par le TAS, constitue une mesure apte, nécessaire et proportionnée aux buts légitimes que sont l'équité sportive et le maintien de la " classe protégée ". On ne saurait qualifier d'ailleurs de tels intérêts de " clairement moins importants " par rapport aux droits des athlètes 46 XY DSD.

10.6.

Les critiques émises par l'association recourante, dans son propre mémoire, sous l'angle de la violation des droits de la personnalité des athlètes, si tant est qu'elles soient recevables, n'établissent pas davantage une incompatibilité avec l'ordre public. Par ailleurs, lorsque l'association recourante évoque incidemment, sans respecter les exigences de motivation accrues applicables en l'espèce, que la prise de contraceptifs oraux peut être contraire aux convictions morales et religieuses d'une " Athlète concernée ", elle raisonne dans l'abstrait en faisant de surcroît valoir un moyen qu'elle n'a semble-t-il jamais soulevé devant le TAS. Partant, sa critique est irrecevable.

10.7.

En définitive, l'argumentation développée par les recourantes ne démontre nullement l'existence d'une contrariété à l'ordre public découlant d'une violation grave et nette des droits de la personnalité. Partant, le moyen est lui aussi rejeté.

11.

En dernier lieu, la recourante soutient que la sentence attaquée porte atteinte à sa dignité humaine, laquelle entre sans conteste dans la notion d'ordre public.

11.1.

Dans une première branche de ce moyen, la recourante fait valoir que la sentence véhiculerait des stéréotypes de genre. Selon elle, le raisonnement du TAS négligerait sa dignité humaine, puisque seules les femmes possédant des caractéristiques biologiques correspondant au stéréotype de la femme seraient autorisées à concourir librement dans la " classe protégée ", c'est-à-dire comme des vraies femmes (recours, n. 189). Il faut toutefois préciser que la sentence ne cherche nullement à remettre en cause le sexe féminin des athlètes 46 XY DSD ou à déterminer si celles-ci sont suffisamment " femmes ". La question n'est pas de savoir ce qu'est une femme ou une personne intersexuée. Le seul problème à résoudre est de déterminer si le fait de créer certaines règles d'éligibilité, à des fins d'équité sportive et d'égalité des



chances, applicables uniquement à certaines femmes jouissant d'un avantage insurmontable, découlant de certaines caractéristiques biologiques innées, est contraire à la dignité humaine.

On ne saurait admettre que le résultat auquel a abouti le TAS, sur la base du raisonnement critiqué par la recourante, serait, *per se*, incompatible avec la garantie de la dignité humaine. Dans certains contextes aussi particuliers que celui du sport de compétition, on peut admettre que les caractéristiques biologiques puissent, exceptionnellement et à des fins d'équité et d'égalité des chances, éclipser le sexe légal ou l'identité de genre d'une personne. A ce défaut, l'idée même d'une division binaire hommes/femmes, présente dans l'immense majorité des sports, perdrait sa raison d'être. Dans ces conditions, le fait de restreindre l'accès des athlètes féminines 46 XY DSD, qui possèdent naturellement un avantage insurmontable par rapport aux autres femmes, à certaines compétitions, n'apparaît pas contraire à la dignité humaine de ces athlètes.

11.2.

Dans la seconde branche du même moyen, la recourante se plaint de ce que les athlètes féminines 46 XY DSD serviraient de " cobayes humains ".

Le Tribunal fédéral a certes reconnu qu'un traitement médicamenteux administré contre la volonté d'un individu constitue une atteinte grave à la liberté personnelle et touche au coeur même de la dignité ([ATF 130 I 16 consid. 3](#)). Cela étant, il ne faut pas perdre de vue que les pilules contraceptives ne sont, ici, pas prescrites de force aux athlètes féminines 46 XY DSD. Celles-ci conservent en effet toujours la possibilité de refuser de suivre un tel " traitement ". S'il est vrai que pareil refus débouchera sur l'impossibilité de prendre part à certaines compétitions d'athlétisme, on ne saurait admettre qu'une telle conséquence puisse, à elle seule, porter atteinte à la dignité humaine d'une personne.

Par ailleurs, il ne s'agit pas, en l'occurrence, de tester les effets d'un nouveau médicament, totalement inconnu, sur un groupe de personnes. Aussi, la référence à des " expériences pharmacologiques humiliantes " ou à la notion de " cobaye humain " apparaît-elle déplacée.

11.3.

Par conséquent, le moyen pris d'une atteinte à la dignité humaine doit être écarté.

12.

Il résulte de l'examen qui précède auquel la Cour de céans a procédé dans les limites que la jurisprudence impose à sa cognition que la sentence attaquée n'est pas incompatible avec l'ordre public matériel au sens de l'[art. 190 al. 2 let. e LDIP](#), de quelque côté qu'on l'aborde.

13.

Cela étant, les présents recours doivent être rejetés. Les recourantes, qui succombent, supporteront, à raison d'une moitié chacune, les frais judiciaires afférents aux deux causes jointes ([art. 66 al. 1 et 5 LTF](#)). Chacune versera en outre à l'IAAF une indemnité à titre de dépens ([art. 68 al. 1 et 2 LTF](#)).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Les causes [4A_248/2019](#) et [4A_398/2019](#) sont jointes.

2.

Les recours sont rejetés.

3.

Les frais judiciaires relatifs aux deux causes jointes, arrêtés à 14'000 fr., sont mis à la charge des recourantes, à raison d'une moitié chacune.

4.

Les recourantes verseront chacune à l'IAAF une indemnité de 8'000 fr. à titre de dépens.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et au Tribunal Arbitral du Sport.

Lausanne, le 25 août 2020

Au nom de la Ire Cour de droit civil

du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Kiss



Le Greffier : O. Carruzzo