

NOTE IMPORTANTE : *cette version est une traduction de la version originale anglaise.*

**CENTRE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS SPORTIFS DU CANADA (CRDSC)
SPORT DISPUTE RESOLUTION CENTRE OF CANADA (SDRCC)**

N° de dossier : SDRCC 21-0492

Entre :

Jon McKay
(Demandeur)

et

Swimming Natation Canada
(Intimé)

et

Eric Hedlin
(Partie affectée)

Présents à l'audience :

Pour le demandeur :

Amanda Fowler
Jordan Goldblatt
Margaret MacKinnon
Jon McKay

Pour l'intimé :

Benoît Girardin
Ahmed El-Awadi
John Atkinson
Mark Perry

Pour la partie affectée :

Eric Hedlin

Arbitre :

James C. Oakley, c.r.

MOTIFS DE DÉCISION

Contexte

1 Le demandeur, Jon McKay, conteste la décision de Swimming Natation Canada (« SNC »), l'intimé, de ne pas le sélectionner pour l'épreuve de qualification olympique de la FINA (marathon de natation) pour les Jeux olympiques de Tokyo et de sélectionner Eric Hedlin, la partie affectée. Le processus de sélection a été perturbé par la pandémie de COVID-19. Des épreuves de sélection ont été annulées et SNC a donc dû utiliser un processus de sélection différent. Le demandeur s'oppose à ce processus et à son résultat.

2 Le demandeur a déposé une demande, datée du 24 mars 2021, auprès du CRDSC afin de régler un différend sportif. Le demandeur conteste la décision de SNC, datée du 2 mars 2021, de ne pas le sélectionner pour participer à l'Épreuve de qualification pour le marathon olympique, la dernière épreuve de qualification pour participer au marathon de natation de 10 km en eau libre des Jeux olympiques de Tokyo. Le demandeur a demandé que la décision de SNC soit annulée et que lui-même soit sélectionné à la place d'Eric Hedlin, la partie affectée. À titre subsidiaire, le demandeur veut avoir la possibilité de se mesurer, en tête-à-tête, à la partie affectée dans une épreuve de 10 km en piscine. Dans des observations qu'il a déposées ensuite par écrit auprès du CRDSC, datées du 12 avril 2021, le demandeur a demandé qu'il soit ordonné à SNC de le nommer comme second athlète pour participer à l'épreuve de qualification du marathon de natation 2021 ou, à titre subsidiaire, il s'est dit ouvert à d'autres instructions du Tribunal.

3 Le demandeur avait déposé un avis d'appel interne auprès de SNC, daté du 15 mars 2021. L'avis d'appel demandait que les parties renoncent à l'obligation d'épuiser le processus d'appel interne de SNC et que les parties acceptent que le demandeur s'adresse directement au CRDSC pour régler le différend. Les parties ont accepté de saisir le CRDSC directement.

4 L'intimé a déposé une réponse, datée du 29 mars 2021. L'intimé a déclaré que, compte tenu des circonstances exceptionnelles liées à l'annulation d'épreuves de sélection, SNC avait agi raisonnablement et avec diligence en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour sélectionner Eric Hedlin, la partie affectée. L'intimé demande que sa décision soit confirmée.

5 La partie affectée, Eric Hedlin, a déposé une demande d'intervention auprès du CRDSC le 5 avril 2021, déclarant qu'il appuie la position de SNC.

6 La compétence du CRDSC pour connaître du différend n'a pas été contestée.

7 Les parties ont convenu de procéder par voie d'arbitrage sous le régime du *Code canadien de règlement des différends sportifs* 2021. L'audience d'arbitrage a été fixée au 13 avril 2021. Les parties ont demandé que soit rendue une décision courte au plus tard le 15 avril 2021, en raison de la date limite fixée à SNC pour soumettre les noms des athlètes sélectionnés pour l'épreuve de qualification du marathon de natation. Les parties ont participé à une séance de facilitation de règlement avant la date prévue de l'audience d'arbitrage, mais le différend n'a pas pu être réglé à ce moment-là. Le demandeur et l'intimé ont déposé des observations écrites, des documents et des cas jurisprudentiels. La séance d'arbitrage s'est déroulée par conférence téléphonique. Le demandeur et l'intimé ont assisté à l'audience, représentés par des avocats. La partie affectée a assisté à une partie de l'audience d'arbitrage, mais après avoir avisé qu'elle ne pourrait pas assister

au reste de l'audience, elle a accepté que l'audience se poursuive en son absence. L'intimé a appelé deux personnes à témoigner, soit John Atkinson, le directeur de la haute performance, et Mark Perry, l'entraîneur national de distance/eau libre. Le demandeur et l'intimé ont présenté des observations à l'arbitre lors de l'audience.

8 Une décision courte a été rendue le 15 avril 2021, avec motifs à suivre. Voici les motifs de ma décision.

Les faits

9 La décision de sélection concerne la seconde de deux places pour les nageurs en eau libre dans l'épreuve du marathon de natation de 10 km. La sélection du premier nageur n'a fait l'objet d'aucune contestation. La contestation vise la sélection du second nageur qui représentera le Canada à l'épreuve de qualification de la FINA pour le marathon olympique, qui devait au départ avoir lieu en mai 2021 au Japon et qui a ensuite été reporté à juin 2021 au Portugal. Le but de cette participation à cette épreuve de qualification est de se qualifier pour les Jeux olympiques d'été de Tokyo.

10 Les critères de nomination pour la sélection sont énoncés dans le document de SNC intitulé « Critères internes de nomination des nageurs et entraîneurs – Jeux olympiques de Tokyo 2020 – Marathon de natation », daté du 6 juin 2020 (les « Critères de nomination »). Les Critères de nomination prévoient, pour les nageurs en eau libre, sous « Priorité 2 – Nomination individuelle » :

B: Le nageur admissible le mieux classé et la nageuse admissible la mieux classée aux Championnats canadiens de natation en eau libre 2021, qui n'ont pas été sélectionnés en vertu du critère A (18^e Championnats du monde 2019 de la FINA), seront qualifiés en vue d'une participation à l'épreuve de qualification 2021 de la FINA pour le marathon olympique.

11 Les épreuves de sélection canadiennes de natation en eau libre 2021 devaient avoir lieu aux îles Caïmans en avril 2021. À cause de la pandémie et pour des raisons de santé et de sécurité, la compétition des îles Caïmans a été annulée. Les Critères de nomination font également référence à des circonstances imprévisibles dans les termes suivants :

IX. Modifications et circonstances imprévisibles

Circonstances imprévisibles

1. Si le comité de sélection de Natation Canada détermine que des circonstances inattendues ou inhabituelles se sont produites au cours de l'application de ces critères, le comité de sélection aura le pouvoir discrétionnaire de trouver une solution à la situation comme il le juge bon en tenant compte des éléments et des circonstances qu'il juge pertinents.

2. Tout exercice de ce pouvoir discrétionnaire sera soumis aux principes de justice du droit administratif canadien.

12 Le Comité de sélection de Swimming Natation Canada (le « Comité de sélection ») a décidé, le 7 décembre 2020, d'annuler la compétition aux îles Caïmans et a d'abord proposé de procéder à la sélection en vue de l'épreuve de qualification pour le marathon olympique lors des essais canadiens en piscine, qui devaient avoir lieu en avril 2021. Le Comité de sélection a décidé, lors de sa réunion du 20 janvier 2021, de reporter les essais en piscine à mai 2021. Le Comité de sélection a également décidé de ne pas tenir d'essais en piscine pour les épreuves en eau libre en raison de la date limite fixée pour soumettre les noms des nageurs qui participeront à l'épreuve de qualification pour le marathon olympique. Le 20 janvier 2021, le Comité de sélection a en outre décidé d'invoquer la clause des circonstances imprévisibles des Critères de nomination. Voici un extrait du procès-verbal de la réunion du 20 janvier 2021 :

[Traduction]

3 Révision des Critères de nomination 2021 pour les Jeux olympiques de Tokyo 2020

[...]

ii Jeux olympiques de Tokyo 2020 – Eau libre

John [Atkinson] met en contexte le processus de nomination pour le marathon de natation des Jeux olympiques de Tokyo. Aucun nageur canadien ne s'est qualifié pour être nommé lors de la Phase 1 du système de qualification.

Le nageur admissible le mieux classé (Hau-Li Fan) et la nageuse admissible la mieux classée (Kate Sanderson) dans l'épreuve de 10 km aux 18^e Championnats du monde de la FINA 2019 ont été sélectionnés en vertu de ces résultats pour concourir au nom de Natation Canada lors de la Phase 2 : l'épreuve de qualification de la FINA pour le marathon olympique, à Fukuoka, les 29-30 mai 2021.

La FINA n'a pas confirmé que cette épreuve de qualification pour le marathon olympique aura lieu comme prévu, ni diffusé ou affiché d'information à ce sujet.

Selon les Critères de nomination, le second nageur et la seconde nageuse devaient être sélectionnés lors de la Phase 2 aux Championnats canadiens de natation en eau libre 2021, qui ont été annulés.

Comme le Comité de sélection a invoqué l'article XI MODIFICATIONS ET CIRCONSTANCES IMPRÉVISIBLES, John présente les diverses options que lui-même et le personnel d'entraînement ont examinées pour sélectionner ces seconds nageur et nageuse. Chaque option a été évaluée en ayant à l'esprit la santé et la sécurité des nageurs et athlètes, ainsi que la fiabilité de l'option

et l'impact de toutes mesures de restriction ou de règles de quarantaine applicables aux voyages internationaux. John explique à quel moment les nominations doivent être décidées pour pouvoir respecter les dates limites et la logistique d'inscription de la FINA aux épreuves de qualification 2021 de la FINA pour le marathon olympique. Une discussion s'ensuit, qui porte sur la possibilité de voyager à l'étranger, pour aller participer à l'épreuve des Séries mondiales de la FINA en mars, les quarantaines à effectuer au retour ou dans le cas où un membre du groupe serait malade et sur l'impossibilité d'organiser une compétition en eau libre en toute sécurité au Canada avant mai 2021. Le Comité discute des diverses options du point de vue de la sécurité et de la fiabilité.

John et Mark Perry passent en revue les notes qui ont été distribuées auparavant, sur les principaux nageurs en eau libre, indiquant leurs performances passées, leur engagement actuel et leur situation en ce qui a trait à l'entraînement.

Le Comité pose des questions précises à propos des nageurs et des options de voyage, et fait part de ses commentaires à John.

Chris remet la poursuite de cette discussion à la prochaine réunion du Comité de sélection, car le temps prévu pour la présente réunion est presque écoulé.

13 John Atkinson explique qu'il a présenté le document intitulé « Key Open Water Swimmer Performances » (Performances des principaux nageurs en eau libre) au Comité de sélection lors de sa réunion du 20 janvier 2021. Le document donnait de l'information sur les performances passées, l'engagement actuel et la situation relative à l'entraînement. Il a confirmé que l'information relative aux critères indiqués dans le document a été présentée lors de cette réunion. Ce document n'a pas été déposé dans le cadre de cette procédure d'arbitrage. M. Atkinson a dit que le Comité a manqué de temps pour discuter de la décision de sélection le 20 janvier et que la discussion a été remise à la réunion suivante.

14 M. Atkinson a déclaré qu'après la réunion du Comité de sélection du 20 janvier 2021, les athlètes ont été informés qu'il y aurait une pause temporaire dans les essais en piscine. Une réunion par vidéoconférence a eu lieu avec les athlètes et les entraîneurs le 22 janvier 2021, pour les aviser que les essais en piscine seraient reportés à mai et que plus de détails leur seraient fournis concernant la sélection pour les épreuves en eau libre.

15 À la réunion du 22 janvier 2021, le Comité de sélection a discuté de la sélection pour les épreuves en eau libre et a demandé plus d'informations à M. Atkinson et M. Perry. Voici un extrait du procès-verbal de cette réunion :

[Traduction]

4 Jeux olympiques de Tokyo 2020 – Eau libre

Le Comité de sélection reprend la conversation de la réunion du mercredi 20 janvier 2021.

John passe en revue la fiabilité incertaine et les questions de sécurité des options pour la sélection des seconds nageurs qui disputeront l'épreuve de qualification de la FINA pour le marathon olympique, à Fukuoka, les 29-30 mai 2021.

Le Comité de sélection discute de son rôle en vertu de l'article XI MODIFICATIONS ET CIRCONSTANCES IMPRÉVISIBLES et chaque membre prend le temps d'exprimer sa compréhension et de préciser de quelle information il aura besoin pour remplir ce rôle.

Il est demandé à John et Mark Perry de fournir une évaluation et une analyse détaillées du document sur les Performances des principaux nageurs en eau libre. Il est décidé que l'analyse portera sur les deux nageurs admissibles les mieux classés et les deux nageuses admissibles les mieux classées. Une recommandation et des raisons seront fournies au Comité pour la sélection. Le Comité de sélection utilisera ces données supplémentaires pour prendre une décision informée.

Mark et John répondent aux questions des membres du Comité tout au long de la discussion.

Mark élaborera le document. Il sera distribué le lundi 25 janvier 2021, avant la prochaine réunion du Comité de sélection.

16 M. Perry et M. Atkinson ont préparé deux documents pour la réunion suivante du Comité de sélection, qui a eu lieu le 27 janvier 2021. Le document intitulé « Selecting the Second Swimmers to Represent Canada at the FINA Olympic Marathon Swim Qualifier 2021 (May 29-30, 2021, Fukuoka, Japan) » (Sélection des seconds nageurs qui représenteront le Canada à l'épreuve de qualification 2021 de la FINA pour le marathon olympique (29-30 mai 2021, Fukuoka, Japon)), ci-après le document sur la « Sélection des seconds nageurs », comprenait la déclaration suivante, à la page 1 :

[Traduction]

Les informations suivantes sur les quatre nageurs en eau libre qui ont le plus d'expérience et qui ont représenté le Canada aux tout derniers Championnats du monde ont été compilées pour servir à la discussion, avec les données et graphiques fournis en annexe, produits avec l'aide de l'équipe d'Analytique de Canadian Tire, qui a beaucoup travaillé avec Natation Canada et À nous le podium, pour développer des modèles de repérage des athlètes dans tous les sports et en natation, à la fois en piscine et en eau vive [...]

L'expérience en eau libre est un facteur à prendre en considération et ce document montre quels athlètes ont une expérience importante et pertinente, plus susceptible d'être répétée.

L'expérience en eau libre est un facteur et, en plus de l'expérience en eau libre, la vitesse en piscine sur 1 500 m s'est avérée être une donnée clé pour évaluer le potentiel des nageurs en eau libre; cela est clairement démontré dans les graphiques en annexe.

17 Le document sur la « Sélection des seconds nageurs » comprenait un tableau avec des informations concernant M. McKay et M. Hedlin, sous les rubriques suivantes : Podiums en eau libre, Expérience internationale en eau libre, Expérience internationale en piscine, Meilleur temps au 1 500 m, Entraînement actuel, et Autres. Le document avait exclu certains résultats pour M. McKay, pour des raisons que M. Atkinson et M. Perry ont expliquées lors de leur témoignage. Ils ont préparé un second document pour le Comité de sélection, intitulé « Open Water Athlete Pool Progression Age Curves » (Courbes de progression des performances en piscine des nageurs d'eau libre selon l'âge). Ce document contenait des analyses de la performance et incluait deux graphiques pour M. Hedlin et M. McKay indiquant les temps sur 1 500 m par rapport aux résultats en eau libre dans les catégories des médaillés, des 10 meilleurs et des participants. Sur la première page du document, il était indiqué :

[Traduction]

Au printemps 2020, l'équipe d'Analytique de Canadian Tire a suivi la progression des performances des nageurs en eau libre.

L'analyse portait sur tous les athlètes qui, entre 2008 et 2019, avaient représenté leur pays à l'épreuve du 10 km hommes et femmes lors de Jeux olympiques ou de Championnats du monde, et terminé la course à 3 minutes ou moins du médaillé d'or. Ce critère permettait de s'assurer que le groupe étudié comprenait fort probablement les meilleurs nageurs en eau libre au monde.

Seul le meilleur résultat obtenu chaque année au 1 500 m par chaque athlète était retenu. Tous les résultats ont ensuite été reportés sur un graphique en fonction de l'âge et une progression claire s'en est dégagée. Les athlètes ont ensuite été répartis en trois groupes distincts. Les athlètes qui avaient remporté des médailles dans l'épreuve du 10 km à des Championnats du monde ou des Jeux olympiques, ceux qui s'étaient classés dans les 10 premiers à un moment donné dans leur carrière et puis tous les autres qui avaient participé à ces épreuves et terminé à 3 minutes ou moins du gagnant. Les performances médianes par âge et groupe d'athlètes ont ensuite été reportées sur trois fonctions quadratiques avec contrainte, selon les travaux d'Allen et al. (Career performance trajectories of Olympic swimmers: Benchmarks for talent development, *European Journal of Sport Science*, 2014).

Constatation importante, le groupe des médaillés était celui dont les résultats médians étaient les plus rapides au 1 500 m, suivis de ceux qui avaient réussi à se classer parmi les 10 premiers et, enfin, du groupe de participants restant. On peut donc en conclure qu'il existe une forte corrélation entre la performance d'un athlète au 1 500 m et ses capacités à être compétitif en eau libre.

18 Le Comité de sélection s'est réuni le 27 janvier 2021. Voici un extrait du procès-verbal de cette réunion :

[Traduction]

4 Critères de nomination : Jeux olympiques de Tokyo 2020 - Marathon de natation – Épreuve de qualification finale de la FINA – Eau libre

Avant la réunion, les documents suivants ont été fournis aux membres du Comité :

- i. Réalisations des principaux nageurs en eau libre, 26 JAN
- ii. Courbes de progression des nageurs en eau libre selon l'âge

John commence par remercier les membres du Comité pour tout le temps qu'ils ont consacré aux mises à jour et révisions des Critères de sélection durant cette année particulière; 2020. La contribution et l'engagement de chaque personne ont été notés et grandement appréciés.

Lors de la Phase 1 du Système de qualification olympique CIO/FINA, deux nageurs ont été sélectionnés pour participer à l'épreuve de qualification de la FINA pour le marathon olympique, à Fukuoka, les 29-30 mai 2021. Ce sont Hau-Li Fan et Kate Sanderson.

John résume les options envisagées pour sélectionner les seconds nageurs admissibles. Compte tenu du niveau de fiabilité et de sécurité de chaque option, et en vertu de l'article XI : MODIFICATIONS ET CIRCONSTANCES IMPRÉVISIBLES des Critères de nomination, la sélection d'un nageur et d'une nageuse qui participeront à l'épreuve de qualification de la FINA pour le marathon olympique à Fukuoka, les 29-30 mai 2021 est laissée à l'entière discrétion du Comité de sélection.

John parle brièvement de la nécessité de rester en phase avec le niveau de haute performance défini dans le Plan stratégique actuel et les directives des partenaires de financement, À nous de podium et Sport Canada, en vue de sélectionner les athlètes qui ont les plus grandes chances de réussir sur la scène internationale. Pour l'aider à prendre sa décision, deux documents objectifs ont été fournis au Comité de sélection. John donne un aperçu de ces documents. Le contenu du document intitulé *Key OW Swimmer achievements, 26 Jan* (Réalisations des principaux nageurs en eau libre, 26 janvier) présente de façon objective les places sur le podium obtenues par chacun des nageurs en eau libre, leur expérience internationale en eau libre et en piscine, leur meilleur temps au 1 500 m nage libre et leur entraînement actuel. Le document intitulé *OW Athlète Pool Progression Age Curves Podium Pathways* (Courbes de progression des athlètes EL selon l'âge - Parcours vers le podium) a été élaboré en partenariat avec l'équipe d'Analytique de Canadian Tire et présente un examen analytique factuel qui

conclut qu'il existe une forte corrélation entre la performance d'un athlète au 1 500 m et ses capacités pour être compétitif en eau libre.

Mark parle du document sur les Réalisations des principaux nageurs en eau libre, du 26 janvier, en examinant chaque nageur. Il décrit les principaux facteurs déterminants des nageurs en eau libre de calibre mondial, leur expérience en courses en eau libre et leur vitesse de nage.

Mark et John répondent aux questions du Comité de sélection au sujet de nageurs en eau libre particuliers, leur expérience en compétition en eau libre, leur vitesse, leur entraînement, leur niveau de préparation à la compétition et le temps qui reste pour se préparer en vue de l'épreuve finale de qualification olympique.

Iain présente le document Courbes de progression des athlètes EL selon l'âge. Il décrit plus en détail le processus suivi par l'équipe d'Analytique de Canadian Tire pour créer objectivement le document, les données utilisées, les conclusions tirées, ainsi que la situation de chacun des nageurs examinés par rapport à ces données.

John décrit la démarche de Natation Canada pour obtenir plus d'information de la FINA et du CIO à propos de l'épreuve de qualification de la FINA pour le marathon olympique à Fukuoka, les 29-30 mai 2021. Ainsi, l'annonce des athlètes sélectionnés sera retardée jusqu'à la fin février 2021 au plus tard, pendant que Natation Canada épuise toutes les possibilités pour recevoir les informations nécessaires de la FINA concernant l'épreuve de qualification finale.

En principe, le Comité de sélection est prêt à exercer son pouvoir discrétionnaire en raison des circonstances imprévues entraînées par la pandémie de COVID-19 afin de sélectionner Eric Hedlin et Stephanie Horner pour l'épreuve de qualification de la FINA pour le marathon olympique, à Fukuoka, les 29 et 30 mai 2021, dans le cadre du processus de nomination pour les Jeux olympiques de Tokyo 2020, à condition que la FINA n'annonce aucun changement important au sujet de l'épreuve de qualification et sous réserve d'une résolution adoptée par le Comité.

Voir ci-joint : Résolutions certifiées du Comité de sélection

19 La résolution du Comité de sélection datée du 27 janvier 2021 est annexée au procès-verbal. En voici un extrait :

EN CONSÉQUENCE, le Comité a **RÉSOLU** à l'unanimité **QUE** :

1. Le Comité réitère qu'il a déterminé que des circonstances inattendues ou inhabituelles se sont produites à la suite de la pandémie mondiale de COVID-19, circonstances qui ont une incidence sur l'application des

Critères.

2. Le Comité a convenu d'exercer, et exerce par les présentes, son pouvoir discrétionnaire afin de résoudre la situation créée par des circonstances inattendues ou inhabituelles en décidant que le paragraphe « B » de la Priorité 2 des Critères est dorénavant sans effet et qu'à sa place, les nageurs suivants seront sélectionnés pour représenter le Canada à l'épreuve de qualification 2021 de la FINA pour le marathon olympique (29-30 mai 2021, Fukuoka, Japon) :

Eric Hedlin (h); et
Stephanie Horner (f).

3. La sélection des nageurs susmentionnés en vue de l'épreuve de qualification de la FINA 2021 pour le marathon olympique est soumise entièrement à tous changements que pourrait apporter la FINA à son « Système de qualification pour les Jeux de la XXXII^e Olympiade Tokyo 2020 - Épreuves du marathon de natation » et cette sélection sera laissée en suspens et ne sera annoncée par SNC qu'après le 1^{er} mars 2021.
4. En outre, la sélection des nageurs susmentionnés dépendra entièrement de la tenue de l'épreuve de qualification 2021 de la FINA pour le marathon olympique comme prévu en 2021. Dans le cas où l'épreuve de qualification 2021 de la FINA pour le marathon olympique n'aurait pas lieu en 2021 comme prévu, les sélections susmentionnées au paragraphe 2 seront considérées comme nulles et non avenues.
5. La sélection des nageurs au paragraphe 2 ci-dessus s'ajoute aux sélections précédentes (pour l'épreuve de qualification 2021 de la FINA pour le marathon olympique) selon le paragraphe « A » de la « Priorité 2 du Critère », à savoir celles de Hau Li Fan et Kate Sanderson.

Témoignages de SNC

20 M. Atkinson a expliqué que M. Perry et lui ont présenté les informations au Comité de sélection lors de sa réunion du 27 janvier 2021. Il a dit qu'il n'était pas possible d'organiser une compétition de natation pour sélectionner les nageurs avant la date limite fixée pour soumettre leurs noms, compte tenu des considérations relatives à la santé et à la sécurité. Au moment de la réunion du 27 janvier, il n'avait pas été confirmé que la dernière épreuve de qualification olympique aurait bien lieu.

21 En ce qui concerne les informations qu'il a soumises au Comité de sélection, M. Atkinson a expliqué que M. Hedlin était le meilleur choix, compte tenu de ses performances à des compétitions internationales au sein de l'équipe canadienne, de son temps au 1 500 m et des données analytiques montrant une relation entre le temps au 1 500 m et le succès en natation en eau libre. M. Atkinson ne pensait pas qu'une compétition en tête-à-tête entre M. McKay et M. Hedlin était pertinente, si la compétition ne se déroulait pas dans le cadre d'une épreuve

internationale où les athlètes représentent le Canada. Selon lui, il ne faudrait pas tenir compte des résultats de compétitions en tête-à-tête lorsque les athlètes participent pour l'expérience, sans s'être entraînés pour réaliser des performances optimales. Il a dit que sa présentation portait sur les compétitions internationales et non pas les compétitions nationales. Il a expliqué également que les compétitions internationales comme les séries mondiales de la FINA, les championnats d'Australie, de la Ligue européenne de natation (LEN) et des États-Unis sont de moindre importance, car les athlètes n'y participent pas au sein d'une équipe qui représente leur pays. M. Atkinson n'a pas donné d'informations complètes sur les performances réalisées lors de compétitions internationales de moindre niveau ou de compétitions nationales au Comité.

22 M. Atkinson a déclaré que les critères les plus pertinents étaient les compétitions internationales où les athlètes avaient représenté le Canada, en particulier les Championnats du monde, les Jeux olympiques, les Championnats panpacifiques et les Universiades de la FISU. M. McKay n'a pas obtenu de podium à de telles compétitions. M. Hedlin a eu deux résultats de niveau podium à de telles compétitions, soit l'argent au 10 km aux Jeux panpacifiques en 2018 et le bronze au 5 km aux Championnats du monde de 2019. M. Atkinson a convenu que plus le Comité avait d'informations, mieux c'était. Il a dit que les raisons qui ont mené à la sélection de M. Hedlin ont été discutées lors de la réunion du Comité du 27 janvier. Il y a eu une discussion également, lors de cette réunion, sur la pertinence des informations du tableau, dont les résultats de podium, l'expérience internationale et la vitesse au 1 500 m. M. Atkinson a déclaré que le temps au 1 500 m en piscine était pertinent pour la vitesse finale au 10 km en eau libre.

23 Mark Perry a déclaré qu'il est entraîneur depuis 37 ans. Il est entraîneur pour la natation en eau libre depuis 2006, l'année où il a été annoncé que la natation en eau libre deviendrait une discipline olympique. Il a expliqué que les données démontraient que la vitesse au 1 500 m était un facteur de succès sur le podium en natation en eau libre. M. Perry reconnaît que les graphiques dans le document ne comprennent pas les données de 2019. Il admet que selon leurs meilleurs temps au 1 500 m, M. McKay et M. Hedlin se classent tous les deux dans la catégorie des médaillés. M. Perry a expliqué que les performances antérieures aux quatre dernières années étaient pertinentes pour mesurer les progrès et ont été utilisées par le logiciel pour produire les courbes de progression en piscine selon l'âge.

24 M. Perry a ajouté que lorsqu'on compare l'historique des performances, les compétitions les plus importantes sont les Jeux olympiques, les Championnats du monde et les compétitions panpacifiques. Les rencontres préparatoires, comme les essais des îles Caïmans, les championnats d'Australie et la Coupe de la LEN servaient à acquérir de l'expérience et étaient moins pertinentes, a-t-il précisé. Selon leur entraînement, la préparation des athlètes n'est pas toujours optimale. Il a dit que le résultat de podium de M. Hedlin au 5 km en eau libre était un avantage pour lui, même si c'était une épreuve différente de 10 km en eau libre. M. Perry était d'accord avec la décision de sélectionner M. Hedlin, en raison de son temps au 1 500 m, son expérience au niveau mondial et son podium aux Championnats du monde.

25 M. Perry a déclaré que les résultats de performance de M. McKay n'ont pas tous été donnés au Comité de sélection, notamment les résultats des compétitions où il affrontait directement M. Hedlin. Cette information, a-t-il poursuivi, n'indiquait pas une performance optimale, selon le stade de l'entraînement de l'athlète au moment de la compétition. Il n'avait pas vérifié le stade de

l'entraînement des athlètes pour des compétitions particulières, mais il connaissait bien les deux athlètes. M. Perry a dit que le Comité de sélection n'a pas pris en considération les critères de la situation relative à l'entraînement et de l'engagement des athlètes. Il a dit qu'il ne savait pas que l'engagement pouvait être un critère et qu'il n'avait pas présenté d'informations à ce sujet au Comité de sélection. Pour ce qui est de la situation relative à l'entraînement, M. Perry a dit qu'il a inclus des informations à ce sujet dans le tableau qui a été présenté au Comité de sélection, mais qu'il n'était pas certain de pouvoir vérifier l'exactitude des informations. M. Perry croit comprendre que le Comité de sélection n'a pas tenu compte de la situation relative à l'entraînement pour prendre sa décision.

26 Des questions ont été posées à M. Atkinson et M. Perry lors de l'audience d'arbitrage à propos de l'historique des performances présenté au paragraphe 58 des observations écrites soumises par le demandeur, qui comprenait des informations qui n'avaient pas été présentées au Comité de sélection. Ils n'ont pas contesté l'exactitude des informations. Les informations indiquées au paragraphe 58 des observations écrites du demandeur étaient les suivantes :

Compétition	Jon McKay	Eric Hedlin
2020 Championnats d'Australie de natation en eau libre par âge	10 km – 5 ^e	N'a pas participé
2019 Essais canadiens Îles Caïmans	10 km – Or	10 km – Bronze
2019 Jeux panaméricains	10 km – 7 ^e	N'a pas participé
2019 Championnats du monde	10 km – 24 ^e	10 km - N'a pas participé 5 km - Bronze
2019 Coupe de natation en eau libre LEN – Brive, France	10 km – 13 ^e	10 km – 27 ^e
2019 Championnats de natation en eau libre – Australie	10 km – 14 ^e	10 km – 1 ^{er}
2018 Championnats panpacifiques		10 km – Argent
2017 Universiades de la FISU		N'a pas participé (S'est retiré du 10 km)
2017 Championnats du monde		5 km – 14 ^e

27 M. Atkinson et M. Perry ont dit que les données de l'historique des performances qu'ils n'ont pas présentées au Comité de sélection n'étaient pas pertinentes ou très peu.

28 M. Perry a témoigné à propos de ses échanges par courriel avec M. McKay en janvier 2021. Il estimait qu'il aurait été injuste de dire à ce moment-là à M. McKay quels critères le Comité de sélection pourrait utiliser pour prendre sa décision, alors que les critères n'avaient pas été décidés.

29 M. Atkinson a expliqué que le 2 mars 2021, un appel Zoom a eu lieu avec les nageurs et entraîneurs des épreuves en eau libre pour les informer que l'épreuve de qualification de la FINA pour le marathon olympique aurait lieu et qu'une annonce serait faite plus tard ce jour-là, à propos de la décision relative à la sélection. L'annonce a été faite le 2 mars 2021, dans un communiqué de presse de SNC, dont voici un extrait :

Après avoir précédemment invoqué la clause des circonstances inattendues de ses critères de nomination de l'équipe olympique, Natation Canada a sélectionné deux nageurs pour représenter le Canada à l'épreuve de qualification de la FINA pour le marathon olympique.

Stephanie Horner, du Centre de haute performance de Natation Canada de Vancouver et Éric Hedlin, de Victoria, rejoindront les nageurs du CHP de Vancouver Kate Sanderson et Hau-Li Fan qui ont déjà été sélectionnés. Ils participeront donc aux qualifications qui se dérouleront à Fukuoka au Japon, les 29 et 30 mai.

Sanderson et Fan avaient mérité leur place à titre de meilleurs nageurs canadiens au marathon de 10 km en eau libre aux Championnats du monde FINA 2019 à Gwangju. En raison de l'annulation des compétitions canadiennes de natation en eau libre à cause de la pandémie de COVID-19 et de l'incapacité à organiser une compétition de remplacement appropriée, le comité de sélection de Natation Canada a choisi Horner et Hedlin en se basant sur divers facteurs.

« Le comité de sélection a dû examiner l'historique des performances sur les quatre années du cycle quadriennal olympique afin de déterminer les deux nageurs les mieux positionnés pour connaître du succès aux côtés de Hau-Li et Kate à l'occasion de cette épreuve finale de qualification pour le marathon », explique le directeur de la haute performance et entraîneur national John Atkinson.

Hedlin est double médaillé de l'épreuve de 5 km aux Championnats du monde et il a aussi remporté l'argent à l'épreuve de 10 km aux championnats panpacifiques de 2018. Horner est une triple Olympienne et depuis qu'elle est passée de la piscine aux épreuves en eau libre elle a représenté le Canada aux Jeux olympiques de 2016 à Rio et aux Championnats panpacifiques en 2018.

[...]

« Nous reconnaissons que la pandémie est une situation très difficile. Ce n'est pas comme cela que nous aurions sélectionné les athlètes en temps normal, mais étant donné la situation dans laquelle nous nous trouvons, nous avons dû procéder à des

sélections basées sur une évaluation des performances passées des athlètes au niveau international », explique Atkinson.

Observations des parties

Observations de SNC

30 L'intimé, SNC, a fait valoir que sa décision de nommer Eric Hedlin, la partie affectée, et non pas le demandeur, était raisonnable et qu'elle était étayée par la preuve et conforme aux Critères de nomination de SNC. Les Critères de nomination, publiés sur le site Web de SNC, prévoient une méthode et des critères pour nommer les nageurs en eau libre. Dans le contexte de la pandémie, SNC a dû s'adapter pour prendre sa décision. SNC a appliqué de manière diligente et équitable ses critères de sélection. Les Critères de nomination avaient prévu au départ que les qualifications se feraient lors des Essais canadiens de natation en eau libre, qui devaient avoir lieu en avril 2021. Or, les essais de natation ont été annulés à cause de la pandémie. Le Comité de sélection a envisagé la possibilité de faire les essais en piscine en avril 2021. Par contre, il a été décidé ensuite que l'option des essais en piscine n'était pas possible.

31 Lors de sa réunion du 20 janvier 2021, le Comité de sélection a décidé qu'il y avait des circonstances inattendues ou inhabituelles dues à la pandémie. En vertu de l'article IX des Critères de nomination, le Comité a le pouvoir discrétionnaire de trouver une solution à la situation comme il le juge bon, en conformité avec les Critères de nomination. Le Comité de sélection a évalué la situation et exercé de façon appropriée son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a pris sa décision le 27 janvier 2021. Le Comité a pris en compte les facteurs qu'il estimait pertinents. Le Comité a pris en considération des critères objectifs en comparant les deux athlètes. Le Comité a suivi les avis d'expert de son personnel technique, M. Atkinson et M. Perry, et tenu compte de compétitions internationales uniquement.

32 L'intimé a fait valoir que les athlètes ont été tenus informés aux divers stades du processus. Rien n'indiquait que le Comité avait pris une décision partielle ou injuste. Le personnel technique a appuyé la décision. Le Comité a fait tout son possible dans les circonstances. Le demandeur n'a pas démontré que le Comité avait agi de façon déraisonnable à son détriment. L'historique des performances présenté dans les observations écrites du demandeur n'a pas été jugé pertinent par SNC, pour les raisons indiquées lors des témoignages.

33 L'intimé a fait valoir que la décision de sélection faisait partie des issues raisonnables possibles et devrait être confirmée, que l'arbitre estime qu'il prendrait une décision différente ou non. L'arbitre devrait faire preuve de déférence à l'égard de la décision prise par des experts. La décision se situait dans les limites des critères de sélection. En l'absence d'essais, le Comité de sélection a dû exercer son pouvoir discrétionnaire pour trouver une autre méthode et il a décidé de nommer l'athlète d'après l'historique des performances et des données liées à la performance. L'intimé a invoqué les décisions jurisprudentielles suivantes du CRDSC : *Weaver c. Nordiq Canada*, SDRCC 20-0481, *Lepage-Farrell c. Patinage de vitesse Canada*, SDRCC 20-0472, *Prediger c. Bobsleigh Canada Skeleton*, SDRCC 15-0284/5, *O'Neill c. Canoë Kayak Canada*,

SDRCC 19-0415 et *Palmer c. Athlétisme Canada*, SDRCC 08-0080. L'intimé a demandé que la demande soit rejetée.

Les observations du demandeur

34 Le demandeur a fait valoir que la décision de sélection a été prise de façon injuste et déraisonnable. Le processus décisionnel et son résultat étaient déraisonnables. Le tribunal ne devrait pas faire preuve d'une déférence aveugle envers SNC et devrait exercer son pouvoir discrétionnaire afin de sélectionner le demandeur pour représenter le Canada à l'épreuve de qualification du marathon olympique. Le processus manquait d'équité procédurale et de transparence. Le Comité de sélection avait d'abord décidé de prendre en considération la situation relative à l'entraînement, l'engagement et les résultats de performance, or lorsqu'il a pris la décision le 27 janvier 2021, il n'a pas tenu compte de la situation relative à l'entraînement et de l'engagement. Le dossier complet présenté au Comité de sélection n'a pas été communiqué au demandeur. Le procès-verbal de la réunion du 20 janvier 2021 indiquait que M. Atkinson était venu avec des informations écrites, mais ces informations n'ont pas été présentées au tribunal dans le cadre de cet arbitrage. Il y avait un décalage entre ce qui a été dit au demandeur dans les courriels du personnel technique et la discussion du Comité de sélection.

35 Le demandeur a fait valoir que la décision n'était pas intelligible, juste et transparente. Le Comité de sélection n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon appropriée. Le Comité n'avait pas toutes les informations pertinentes. Dans ses observations écrites, le demandeur a inclus une liste complète des compétitions auxquelles le demandeur et la partie avaient tous les deux participé au cours des trois dernières années. Depuis 2019, M. McKay a remporté toutes les compétitions où il rivalisait en tête-à-tête avec M. Hedlin. M. Atkinson a expliqué lors de son témoignage qu'il accordait moins de poids à une compétition donnée, selon le stade de l'entraînement de l'athlète à ce moment-là. Pourtant, il ne s'est pas renseigné auprès du demandeur au sujet de son entraînement. Le Comité s'est fié aux résultats des épreuves du 5 km en eau libre et du 1 500 m en piscine, qui étaient des épreuves différentes du 10 km en eau libre et n'étaient pas pertinentes. Le communiqué de presse de SNC indiquait que les résultats pris en considération étaient ceux du dernier cycle quadriennal olympique, mais les informations présentées au Comité remontaient jusqu'en 2008. Le résultat de M. Hedlin au 1 500 m en 2013 n'était pas pertinent. Les résultats de M. McKay démontrent qu'il a connu davantage de succès et a été plus régulier depuis 2018, lorsqu'il a commencé à nager en eau libre. La décision était fondée sur des informations qui n'étaient pas pertinentes. Si l'on devait accorder de l'importance aux Courbes de progression en piscine selon l'âge des athlètes en eau libre, les meilleurs temps au 1 500 m de M. McKay et M. Hedlin étaient dans la catégorie des médaillés, d'après le tableau.

36 Le demandeur a fait valoir que l'évaluation de l'ensemble des informations mène à la conclusion que le demandeur aurait dû être sélectionné. Il ne serait pas approprié de renvoyer la décision au Comité de sélection ou à SNC. Les informations qui auraient dû être soumises au Comité de sélection sont maintenant entre les mains de l'arbitre. L'arbitre est en mesure de prendre la décision. Le demandeur a invoqué *Li c. Badminton Alberta*, SDRCC 11-0140, *Dutton c. Patinage de vitesse Canada*, SDRCC 18-0344, *Christ c. Patinage de vitesse Canada*, SDRCC 16-0298, *Blais-Dufour c. Patinage de vitesse Canada*, SDRCC 11-0145, et *Beaulieu c. Patinage de*

vitesse Canada, SDRCC 13-0199. Le demandeur a demandé que l'arbitre substitue la décision appropriée à la décision du Comité de sélection, et sélectionne le demandeur.

Analyse

Questions à trancher

37 Je me suis penché sur les questions suivantes : 1) les résultats de compétitions en tête-à-tête sont-ils un critère de sélection pertinent, 2) quels critères de sélection ont été établis et appliqués par le Comité de sélection, 3) SNC a-t-elle respecté les principes d'équité procédurale, 4) la décision de sélection était-elle fondée sur des critères établis de façon appropriée, 5) la décision de sélection était-elle fondée sur les critères approuvés, 6) la décision de sélection faisait-elle partie des issues possibles acceptables, et 7) dans le cas où la décision de sélection serait annulée, quelle est la mesure de réparation appropriée?

38 Dans mon analyse des questions à trancher, je tiendrai compte du *Code canadien de règlement des différends sportifs 2021* (le « Code »). Le Code prévoit notamment :

Article 6 Règles d'arbitrage particulières du Tribunal ordinaire

6.10 Fardeau de la preuve lors de différends sur la sélection d'équipes et l'octroi de brevets

Si un athlète est un Demandeur dans un différend sur la sélection des membres d'une équipe ou l'octroi de brevets, le fardeau de la preuve incombe à l'Intimé, qui devra démontrer que les critères ont été établis de façon appropriée et que la décision contestée a été prise en conformité avec ces critères. Une fois cela établi, le fardeau incombera au Demandeur, qui devra démontrer qu'il aurait dû être sélectionné ou nommé pour recevoir un brevet selon les critères approuvés. Dans tous les cas, la norme applicable au fardeau de la preuve est celle de la prépondérance des probabilités.

6.11 Portée du pouvoir d'examen de la Formation

(a) Une fois qu'elle a été désignée, la Formation a plein pouvoir de passer en revue les faits et d'appliquer le droit. La Formation peut notamment substituer sa décision à la décision qui est à l'origine du différend ou substituer une mesure à une autre et accorder les recours ou les mesures de réparation qu'elle juge justes et équitables dans les circonstances.

Pertinence des résultats de compétitions en tête-à-tête comme critère de sélection

39 Dans ma décision courte rendue le 15 avril 2021, j'ai décidé d'annuler la décision de sélection et de la renvoyer à SNC qui devra la réexaminer. Dans ma décision courte, j'ai

notamment invoqué, parmi les raisons qui m'ont conduit à annuler la décision de sélection, ma conclusion selon laquelle le Comité de sélection de SNC n'avait pas pris en considération des facteurs pertinents, dont les performances passées lors de compétitions auxquelles le demandeur et la partie affectée avaient tous deux participé. J'estime que les résultats de compétitions en tête-à-tête sont un critère pertinent au vu de la preuve et des observations présentées par les parties. Les Critères de nomination avaient prévu au départ que la sélection serait fondée sur les résultats des Essais canadiens d'eau libre 2021, qui devaient avoir lieu aux îles Caïmans, en avril 2021. Les essais des îles Caïmans ont été annulés en raison de la pandémie. Si ces essais avaient eu lieu, la sélection aurait été fondée sur une compétition en tête-à-tête. Le Comité de sélection a envisagé la possibilité de tenir les essais dans la piscine. Cette option aurait également donné lieu à une sélection fondée sur une compétition en tête-à-tête. Or, il a été décidé par la suite que les essais en piscine n'étaient pas une option réalisable. La méthode de sélection privilégiée par les Critères de nomination et l'option des essais en piscine auraient donné lieu à une sélection fondée sur une compétition en tête-à-tête. En conséquence, les résultats de compétitions directes antérieures sont un facteur pertinent dans la prise en considération de l'historique des performances comme critère de sélection.

40 Les résultats de compétitions en tête-à-tête n'ont pas été présentés au Comité de sélection par le personnel technique de SNC, John Atkinson et Mark Perry, pour des raisons qu'ils ont expliquées lors de leur témoignage. Toutefois, ils ont concédé qu'il valait mieux pour le Comité de sélection d'avoir plus d'informations, plutôt que moins d'informations. Ils croyaient que les résultats des compétitions en tête-à-tête de niveau national ou de niveau international de moindre importance, ainsi que d'autres résultats de compétitions internationales de moindre importance n'étaient pas pertinents, ou très peu. Ils ont expliqué que la performance dépend de l'intensité de l'entraînement et de la mesure dans laquelle l'athlète s'est entraîné pour réaliser une performance optimale lors de la compétition. Or il n'y avait aucun document faisant état de l'intensité de l'entraînement et aucune question n'a été posée au demandeur à cet égard. Il est significatif que les résultats de compétitions en tête-à-tête n'ont pas été présentés au Comité de sélection. Le Comité de sélection n'a pas pu prendre cette information en considération et décider quel poids il convenait d'accorder à ces résultats. Je conclus qu'il est raisonnablement probable que le Comité de sélection aurait accordé un certain poids aux résultats des compétitions en tête-à-tête, comme facteur pertinent, compte tenu de la méthode de sélection privilégiée des Critères de nomination. Cette conclusion sera prise en compte par rapport aux questions à trancher par l'arbitre.

Critères de sélection établis et appliqués par le Comité de sélection

41 Je conclus que le Comité de sélection n'a pas énoncé clairement les critères de sélection et comparé ensuite les athlètes en fonction de critères appropriés. Divers critères de sélection ont été discutés lors de trois réunions du Comité de sélection, d'après les procès-verbaux des réunions. La décision du 27 janvier 2021 semblait fondée sur des critères différents, d'après le procès-verbal, des critères énoncés dans l'annonce publique de SNC. La décision a été prise le 27 janvier 2021, mais elle n'a été communiquée au demandeur que le 2 mars 2021. Les critères de sélection n'ont pas été communiqués au demandeur avant l'annonce de la décision du 2 mars 2021.

42 Les Critères de nomination de SNC prévoient, sous le titre « IX. Modifications et circonstances imprévisibles », qu'en cas de circonstances inattendues ou inhabituelles, le Comité

de sélection « aura le pouvoir discrétionnaire de trouver une solution à la situation comme il le juge bon en tenant compte des éléments et circonstances qu'il juge pertinents ». Les Critères de nomination prévoient également que « [t]out exercice de ce pouvoir discrétionnaire sera soumis aux principes de justice du droit administratif canadien ». Il n'a pas été contesté que les circonstances de la pandémie et l'annulation des Essais canadiens d'eau libre constituaient des circonstances inattendues ou inhabituelles, et que l'article IX des Critères de nomination s'appliquaient. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et compte tenu des principes de justice du droit administratif, le Comité de sélection était tenu d'agir de manière raisonnable et non pas arbitraire, de prendre en considération les facteurs pertinents et de ne pas tenir compte de facteurs qui n'étaient pas pertinents. Conformément aux principes de justice, le Comité de sélection était tenu d'établir des critères clairs pour la décision de sélection et d'appliquer ensuite les critères aux athlètes. Le Comité de sélection était également tenu de suivre un processus ouvert et transparent, et de donner aux athlètes la possibilité de faire des observations, dans la mesure du possible compte tenu des circonstances.

43 J'ai examiné la preuve relative aux critères de sélection qui ont été établis et appliqués par le Comité de sélection, et annoncés par SNC. Le procès-verbal de la réunion du Comité de sélection du 20 janvier 2021 indique que M. Atkinson et M. Perry ont examiné le document sur les Performances des principaux nageurs en eau libre et que ce document faisait état des performances passées, de l'engagement actuel et de la situation relative à l'entraînement. Ce document n'a pas été soumis dans cette procédure d'arbitrage. La discussion a été reportée à la prochaine réunion, car le temps prévu pour la réunion était presque écoulé. Les trois critères des performances passées, de l'engagement actuel et de la situation relative à l'entraînement semblent être les critères qui ont été pris en considération lors de la réunion du 20 janvier 2021. À la réunion du 22 janvier 2021, le Comité a demandé à M. Atkinson et M. Perry de fournir une évaluation et une analyse détaillées en plus du document sur les Performances des principaux nageurs en eau libre. Le Comité a demandé de lui faire une recommandation et de lui donner des raisons pour la sélection. Le procès-verbal de la réunion du 22 janvier 2021 n'indiquait pas que le Comité a pris une décision au sujet des critères de sélection, mais indiquait que la décision concernant les critères et l'application des critères aux athlètes serait prise à la prochaine réunion du Comité.

44 M. Atkinson et M. Perry ont préparé le document sur la « Sélection des seconds nageurs » pour le Comité de sélection. La première page du document indiquait que l'expérience en eau libre était un facteur à prendre en considération et que la vitesse au 1 500 m en piscine était une donnée clé pour évaluer le potentiel des nageurs en eau libre. Les informations pour M. Hedlin et M. McKay étaient présentées dans un tableau sous les rubriques suivantes : Historique des podiums en eau libre, Expérience internationale en eau libre, Expérience internationale en piscine, Meilleurs temps au 1 500 m et Autres. La rubrique Historique des podiums n'est pas limitée aux compétitions internationales. Il n'y avait pas de rubrique présentant l'expérience nationale en eau libre ou les performances lors de compétitions en tête-à-tête. La rubrique Expérience internationale en eau libre ne précise pas qu'elle se limite aux Championnats du monde ou aux Jeux internationaux auxquels les athlètes ont représenté le Canada. Les informations concernant le demandeur précisent qu'il y a eu d'autres compétitions internationales, mais les résultats ne sont pas indiqués. L'historique des performances au tableau n'inclut pas l'épreuve du 10 km des Essais canadiens 2019 aux îles Caïman, où M. McKay a remporté l'Or et M. Hedlin le Bronze.

45 Le second document que M. Atkinson et M. Perry ont préparé pour le Comité de sélection était intitulé « Courbes de progression des athlètes en piscine selon l'âge ». Ce document contenait des graphiques comparant les temps au 1 500 m et les résultats en eau libre. Ce document présente des analyses de la performance fondées sur les temps au 1 500 m. Je suis convaincu, d'après les explications données lors des témoignages de M. Atkinson et M. Perry, que ce document contient des informations pertinentes à propos des performances passées à prendre en considération par le Comité de sélection. Il n'est pas approprié que l'arbitre substitue sa décision à celle des experts techniques du sport concernant une mesure technique des probabilités de succès. Voir *Prediger c. Bobsleigh Canada Skeleton*, SDRCC 15-0284/5.

46 M. Atkinson et M. Perry ont présenté les deux documents à la réunion du Comité de sélection du 27 janvier 2021. Le Comité a discuté des facteurs de l'historique des podiums en eau libre, de l'expérience internationale en eau libre, de l'expérience en piscine, des meilleurs temps au 1 500 m et de l'entraînement actuel. Le Comité a pris en considération une présentation sur les analyses établissant une corrélation entre les temps au 1 500 m et la compétitivité en eau libre. Le procès-verbal indique que M. Perry et M. Atkinson ont répondu à des questions au sujet des facteurs de l'expérience internationale à des compétitions en eau libre, de la vitesse, des situations relatives à l'entraînement et du niveau de préparation à la compétition. Le procès-verbal indique que M. Hedlin a été sélectionné, mais ne précise pas clairement quels critères ont été utilisés ni comment les critères ont été appliqués à M. Hedlin et M. McKay.

47 L'annonce publique de SNC du 2 mars 2021 indiquait que le Comité de sélection avait choisi M. Hedlin « en se basant sur divers facteurs ». L'annonce citait également M. Atkinson, qui expliquait que les sélections étaient « basées sur une évaluation des performances passées des athlètes au niveau international » et que le Comité de sélection avait examiné « l'historique des performances sur les quatre années du cycle quadriennal olympique ». L'annonce publique ne précisait pas que les performances passées au niveau international étaient limitées aux Championnats du monde et aux Jeux internationaux où les athlètes avaient représenté leur pays ni que l'historique des performances ne comprenait pas les compétitions de niveau national ni les compétitions où M. Hedlin et M. McKay avaient rivalisé directement.

48 Dans leurs témoignages lors de la séance d'arbitrage, M. Atkinson et M. Perry ont déclaré avoir accordé davantage de poids aux performances réalisées à des Championnats du monde et à des Jeux internationaux où les athlètes ont représenté leur pays qu'aux résultats obtenus à d'autres compétitions internationales de moindre importance. Ils n'ont pas pris en compte les compétitions nationales. C'est pour cette raison qu'ils n'ont pas présenté au Comité de sélection l'ensemble des résultats des performances passées, obtenus à toutes les compétitions internationales et nationales.

49 D'après les procès-verbaux des réunions du Comité de sélection, l'annonce publique de SNC du 2 mars 2021, les témoignages et les observations, il n'est pas possible de savoir quels critères de sélection exactement le Comité de sélection a appliqués lorsqu'il a sélectionné M. Hedlin. Les procès-verbaux indiquent que l'engagement était l'un des critères, mais aucune information à ce sujet n'a été présentée au Comité. Si le Comité de sélection a établi que l'engagement constituait un critère de sélection, il n'est pas dit clairement comment ce critère a pu être appliqué sans information. L'annonce publique ne faisait pas référence à l'engagement. Les procès-verbaux indiquent que la situation relative à l'entraînement était un des critères, mais

M. Perry a expliqué que si des informations ont été présentées au Comité de sélection concernant l'entraînement, il n'était pas convaincu de l'exactitude des informations soumises au Comité de sélection à la réunion du 27 janvier 2021. La manière dont le Comité de sélection a appliqué le critère de la situation relative à l'entraînement n'est pas claire. L'annonce publique ne faisait pas référence à l'entraînement. Il est difficile de savoir quels critères exactement ont été établis pour l'historique des performances. Le procès-verbal du 20 janvier 2021 fait mention de l'historique des performances, mais ne fixe pas de limites au type de compétition à inclure. Si le critère incluait toutes les performances passées, il fallait inclure toutes les compétitions, en particulier les compétitions internationales de tous les niveaux, les compétitions nationales et les compétitions en tête-à-tête. Le Comité de sélection n'a pas pu appliquer le critère de l'historique des performances, incluant toutes les compétitions, car l'information présentée au Comité ne comprenait pas toutes les compétitions. L'annonce publique indiquait que les sélections étaient basées sur une évaluation des performances passées au niveau international. Si tel était le critère de sélection établi, il serait incompatible avec l'historique des performances dans toutes les compétitions, car il excluait les compétitions au niveau national. Si le critère établi était celui des performances passées au niveau international, il n'a pas été appliqué correctement, car l'information présentée ne comprenait pas tous les résultats de compétitions internationales de moindre importance. Il est donc impossible, d'après la preuve présentée, de savoir clairement quels critères ont été établis et appliqués par le Comité de sélection.

Équité procédurale

50 L'obligation de respecter l'équité procédurale découle des principes juridiques et également des directives spécifiques données à l'article IX « Circonstances imprévues » des Critères de nomination. Le Comité de sélection n'a pas déterminé clairement les critères appropriés et appliqué ensuite les critères aux athlètes. Le Comité de sélection a pris en considération l'information présentée et pris la décision au regard de cette information, mais il est difficile de savoir quels critères exactement ont été appliqués à cette information. L'annonce de la décision énonce des critères de sélection qui ne correspondent pas aux critères dont il est fait mention dans le procès-verbal du Comité de sélection. L'annonce de SNC indique que l'expérience internationale a été prise en considération, mais l'information présentée au Comité de sélection ne comprenait pas tous les résultats de M. McKay à des compétitions internationales.

51 Le Comité de sélection n'a pas donné à M. McKay la possibilité d'exprimer son opinion à propos des critères de sélection appropriés. Le Comité de sélection n'a pas révélé à M. McKay quels critères étaient pris en considération. M. McKay a posé des questions à M. Perry à propos des critères, mais il n'a pas reçu l'information. M. McKay n'a pas eu la possibilité de présenter des arguments en appui à sa sélection. À aucun moment le document sur les Performances des principaux nageurs en eau libre, présenté au Comité de sélection lors de sa réunion du 20 janvier 2021, n'a été communiqué. Le processus de sélection n'a pas été ouvert et transparent. Je conclus que SNC n'a pas respecté les principes d'équité procédurale.

Les critères ont-ils été établis de façon appropriée?

52 La décision de sélection était-elle fondée sur des critères établis de façon appropriée? Compte tenu des témoignages présentés à l'audience, les procès-verbaux des réunions et les autres

documents soumis, je conclus que les critères n'ont jamais été établis clairement avant la décision prise lors de la réunion du 27 janvier 2021. Les critères examinés à la réunion ne concordaient pas avec les critères énoncés dans l'annonce publique de SNC du 2 mars 2021. Les Critères de nomination prévoyaient certes l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le Comité de sélection, mais le Comité était tenu d'établir les critères de sélection qu'il appliquerait dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Les critères que le Comité a pris en considération étaient différents des critères annoncés. Les critères n'ont pas été établis de façon appropriée, car les résultats de toutes les compétitions internationales, les résultats des compétitions nationales et les résultats obtenus lors de compétitions où M. McKay et M. Hedlin participaient en tête-à-tête n'ont pas tous été pris en considération.

La sélection était-elle fondée sur les critères approuvés?

53 La décision de sélection était-elle fondée sur les critères approuvés? La preuve ne permet pas d'établir que la décision était fondée sur les critères approuvés d'avance, car la preuve ne démontre pas clairement quels critères ont été approuvés. Les critères discutés lors des différentes réunions du Comité ne concordent pas avec les critères annoncés. La décision a peut-être été fondée, en partie, sur le critère de la situation relative à l'entraînement, toutefois, M. Perry a déclaré lors de son témoignage qu'il n'était pas convaincu de l'exactitude des informations sur l'entraînement présentées au Comité de sélection lors de sa réunion du 27 janvier. M. Perry pensait que le Comité de sélection n'avait pas tenu compte des informations relatives à l'entraînement, or les procès-verbaux des réunions indiquent que la situation relative à l'entraînement a été prise en considération. L'annonce indiquait que la sélection était fondée sur une évaluation des performances passées au niveau international, or d'après les témoignages, les résultats des compétitions internationales de moindre niveau n'ont pas été pris en considération et ainsi les détails des résultats de performance de toutes les compétitions internationales n'ont pas été présentés au Comité de sélection. L'annonce précisait que la décision était fondée sur l'historique des performances du cycle quadriennal olympique précédent, or l'information présentée au Comité de sélection comprenait des résultats de performance pour M. Hedlin de compétitions antérieures, remontant jusqu'à 2008. La décision a peut-être été fondée, en partie, sur un document qui n'a pas été produit dans cette procédure d'arbitrage. En conséquence, la preuve ne permet pas d'établir que la décision était fondée sur les critères approuvés.

La décision faisait-elle partie des issues possibles acceptables?

54 J'ai examiné la question de savoir si la décision faisait partie des issues possibles acceptables. La jurisprudence a établi qu'un arbitre n'intervient pas dans une décision de sélection qui fait partie des issues possibles acceptables et qui peut se justifier au regard des critères de sélection (*O'Neill c. Canoë Kayak Canada*, SDRCC 19-0415, *Weaver c. Nordiq Canada*, SDRCC 20-0481 et *Palmer c. Athlétisme Canada*, SDRCC 08-0080). En l'espèce, je ne pense pas que la décision faisait partie des issues possibles acceptables, car la décision n'était pas fondée sur des critères établis de façon appropriée ou sur des critères approuvés. Le Comité de sélection n'a pas pris en considération non plus tous les facteurs pertinents. Les facteurs pertinents qui n'ont pas été pris en considération par le Comité de sélection sont les performances passées réalisées lors de compétitions en tête-à-tête, de compétitions nationales et de compétitions internationales autres que les Championnats du monde ou les Jeux internationaux auxquels les athlètes ont représenté

leur pays.

Mesure de réparation

55 Quelle est la mesure de réparation appropriée? Pour les motifs exposés, j'ai décidé d'annuler la décision de SNC. Je me suis penché sur la mesure de réparation qui serait appropriée, en plus de l'annulation de la décision, au regard de la jurisprudence et de la preuve. Les arbitres sont généralement réticents à imposer leur propre jugement dans des affaires de sélection d'équipes, pour le motif que les arbitres ne sont pas des experts du sport (*Blais-Dufour c. PVC*, SDRCC 11-0145 et *Prediger c. Bobsleigh Canada Skeleton*, SDRCC 15-0284/5).

56 Dans *Dutton c. Patinage de vitesse Canada*, SDRCC 18-0344, l'arbitre Bennett a annulé la décision après avoir conclu que des erreurs de procédure avaient été commises, que les politiques approuvées n'avaient pas été suivies et que des informations pertinentes n'avaient pas été prises en considération. Dans ce dossier, l'arbitre a renvoyé la décision de sélection à Patinage de Vitesse Canada afin qu'il la réexamine, en lui indiquant quels critères particuliers devraient être pris en considération lors du processus de sélection et en ordonnant également à l'intimé de communiquer ses motifs par écrit. Dans *Christ c. Patinage de vitesse Canada*, SDRCC 16-0298 (l'affaire « *Christ* »), l'arbitre Palamar a rendu une décision dans laquelle il prenait la décision de sélection à la place de la décision originale. Toutefois, les faits de l'affaire *Christ* étaient différents des faits de l'espèce. Dans l'affaire *Christ*, l'arbitre a conclu que si les critères avaient été appliqués de façon appropriée, le demandeur aurait été sélectionné, et que cette conclusion était inéluctable d'après la preuve. En l'espèce, il est difficile de dire avec certitude quelle décision sera prise lorsque tous les critères pertinents seront appliqués de façon appropriée à M. McKay et M. Hedlin.

57 Je fais remarquer également que rien n'indique que SNC ou le Comité de sélection n'ont pas agi de bonne foi en prenant la décision de sélection ou que la décision était partielle de quelque manière que ce soit. Il n'y a aucune raison, ayant trait à l'équité, de ne pas renvoyer la décision à SNC.

58 Pour les motifs exposés ci-dessus, il était approprié de renvoyer la décision de sélection à SNC, qui devra la réexaminer conformément aux instructions données. Les instructions données à SNC dans ma décision étaient les suivantes :

- (1) Les critères de sélection à prendre en considération sont l'historique de performances et les analyses de la progression de la performance en piscine. L'historique de performances inclura toutes les compétitions en eau libre internationales et nationales, y compris toutes les compétitions en tête-à-tête auxquelles le demandeur et la partie affectée ont tous les deux participé.
- (2) Swimming Natation Canada ou ses représentants communiqueront au demandeur et à la partie affectée la décision de sélection, assortie de motifs confirmant les critères de sélection pris en considération, dans les 24 heures de la décision.

Conclusion

59 Pour les motifs exposés, je conclus que la décision de SNC de sélectionner Eric Hedlin, la partie affectée, et de ne pas sélectionner Jon McKay, le plaignant, pour participer à l'épreuve de qualification 2021 de la FINA pour le marathon olympique des Jeux olympiques de Tokyo, n'a pas été prise en conformité avec les principes d'équité procédurale, n'était pas fondée sur des critères établis de façon appropriée et n'était pas fondée sur les critères approuvés. La mesure de réparation appropriée consiste à annuler la décision et à renvoyer la décision à SNC, qui devra la réexaminer en tenant compte des instructions données au sujet des critères de sélection et de l'application des critères. Je n'ai pas rendu d'ordonnance relativement aux dépens pour l'instant. Si une demande de dépens doit m'être soumise, elle devra m'être présentée au plus tard le 14 mai 2021 et la réponse devra me parvenir au plus tard le 21 mai 2021.

60 J'aimerais remercier les parties et leurs représentants pour leur coopération et leur participation dans cette procédure d'arbitrage.

Daté le 29 avril 2021.

James C. Oakley, Q.C.
Arbitre