

LA GOUVERNANCE DU SPORT ET L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE : LE PRESENT ET L'AVENIR

Sur l'avenir des relations entre la gouvernance du sport européen et particulièrement celle du football professionnel et l'ordre juridique communautaire

Si le sport fait partie de l'hygiène de vie et permet aux amateurs de s'adonner au jeu et à la compétition, il est aussi devenu affaire de professionnels et un véritable secteur économique. Plus ou moins selon les disciplines, les transferts de sportifs, les infrastructures, les droits médias, la publicité et le sponsoring autour de grands événements nationaux ou internationaux atteignent des milliards d'euros ou de dollars.

Au moment où s'élabore un nouveau traité européen, où de nouvelles questions préjudicielles sont posées à la Cour de Justice des Communautés européennes à l'occasion de conflits opposant des sportifs à leur club ou des clubs à leur fédération nationale ou européenne, après la sortie le 11 juillet 2007 du « livre blanc sur le sport » de la Commission de l'UE ¹, il nous a paru opportun de faire le point, tant de *lege lata* que de *lege ferenda*, sur le droit européen applicable au sport professionnel et plus spécialement au football. Nous le ferons en partant du rapport dit Arnaut, du nom de son auteur José Luis Arnaut, ancien vice-premier ministre portugais et ministre des sports en charge de l'Euro 2004, intitulé « Independent European Sport Review » ² publié en octobre 2006 ainsi que de la Résolution du Parlement européen sur « l'avenir du football professionnel en Europe » ³ adoptée en mars 2007 pour en commenter les constats et les propositions ainsi qu'émettre à notre tour certaines réflexions et suggestions sur l'avenir des relations entre la gouvernance du sport européen et plus particulièrement celle du football, d'une part, et l'ordre juridique communautaire, d'autre part.

I. Introduction

Jusqu'à ce jour, l'organisation du sport relève exclusivement de la compétence des Etats membres, qui encadrent (souvent de manière

¹ Disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/sport/whitepaper/wp_on_sport_fr.pdf

² Disponible à l'adresse suivante : http://www.independentfootballreview.com/doc/Full_Report_EN.pdf (uniquement en anglais).

³ Disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0100+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR>

précise et rigoureuse) – par des législations appropriées – l'activité des différents acteurs du secteur sportif (fédérations, clubs, sportifs, etc.).

Ainsi à titre d'exemple :

- chaque Etat membre applique son droit national de la concurrence à la vente centralisée, par une fédération ou une ligue, ou individuelle de droits médias se rapportant à des événements sportifs ;
- chaque Etat membre applique son droit social aux contrats conclus entre des sportifs rémunérés et des employeurs sportifs (clubs de football, de basket, de volley-ball, équipes cyclistes, etc.) ;
- dans chaque Etat membre, il est habituel que les tribunaux ordinaires tranchent – sur base du droit national – les conflits qui peuvent opposer les différents acteurs du secteur du sport, ce qui a donné naissance à une jurisprudence nourrie et consolidée.

Aucune voix ne s'est jamais élevée afin de prétendre que cette application du droit national au secteur sportif allait à l'encontre de la « nécessaire autonomie » des fédérations et à la réalisation de leurs missions ou encore serait source « d'insécurité juridique ». Comme tous les autres secteurs de la société, le secteur du sport et ses acteurs se conforment – au niveau national – aux contraintes de l'Etat de droit.

L'Union européenne n'a pas de compétence attribuée en matière de sport.

Par conséquent, elle n'intervient dans ce secteur que par le biais de la mise en œuvre d'autres compétences qui lui ont été attribuées, particulièrement en matière de libre concurrence et de libre circulation des personnes, des services et des capitaux.

Par de nombreux jugements et décisions, la CJCE et la Commission européenne ont progressivement développé une jurisprudence :

- qui veille à ce que les différents acteurs du secteur du sport, y compris les fédérations internationales, respectent les libertés fondamentales de circulation et le droit de la concurrence ;

- qui comme pour tous les autres secteurs, y compris les professions libérales, refuse le concept d'exemption de principe au bénéfice des fédérations sportives mais, en revanche, tient compte des spécificités du sport (comme son rôle social, le besoin d'un certain équilibre sportif entre les participants à une compétition donnée, la nécessité de soutenir la formation, etc.) ;
- qui, par conséquent, tranche au cas par cas – au vu de toutes les circonstances du cas d'espèce – la question de savoir si les restrictions aux libertés fondamentales ou à la libre concurrence créées par une règle édictée par une fédération ou par le comportement d'un club ou d'une fédération sont justifiées par un objectif d'intérêt général et proportionnées à la poursuite de cet objectif. La synthèse de cette jurisprudence se trouve dans le récent arrêt MECA-MEDINA et MAJCEN du 17 juillet 2006 dont nous reparlerons.

En bref, l'UE se limite à un contrôle marginal (au nom du respect de la libre concurrence et des libertés fondamentales) des éventuels excès des acteurs du secteur du sport, y compris des fédérations nationales et internationales.

Les fédérations internationales (essentiellement l'UEFA et la FIFA) et subsidiairement le CIO, contestant la jurisprudence européenne, considèrent que cette approche au cas par cas de la CJCE et de la Commission génère une « incertitude et une insécurité juridique » intolérables et qu'afin d'y remédier, il conviendrait d'exempter le sport de l'application du droit communautaire (au nom de sa prétendue spécificité) et de consacrer l'autonomie réglementaire des fédérations (notamment internationales) par rapport au droit communautaire.

Cette thèse est clairement prônée par le dit « rapport ARNAUT » dont il faut souligner que s'il s'intitule « indépendant », il s'indique aussi clairement « commissioned » ou commandité par l'UEFA⁴. Pas étonnant dès lors que même s'il veut concerner le sport en général, il s'attache essentiellement au monde du football.

II. L'état du droit communautaire

⁴ Dans son rapport annuel 2006, la « Independent Football Commission », créée en 2001 à l'initiative du gouvernement britannique et des différents acteurs du football britannique en vue d'exercer une surveillance sur le monde du football, s'interroge également sur cette notion « d'indépendance » : « Arnaut Promotes the desire for UEFA to control all national leagues and FA's. It would be interesting to discover how much input and influence UEFA had over the compilation of the Arnaut report » (p. 18). Dans le livre blanc sur le sport, la Commission européenne indique que le rapport Arnaut a été financé par l'UEFA (Commission staff working document ; The EU and sport : background and context ; p.7).

Comme annoncé, nous essaierons de le décrire en partant des thèses qui nous paraissent être défendues par le rapport Arnaut.

A. Quelles seraient les règles adoptées par les fédérations sportives qui sur base de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes sont étrangères au champ d'application du droit communautaire ?

Parmi les règles qui selon le rapport Arnaut, tomberaient à coup sûr en dehors du champ d'application du droit communautaire et relèveraient donc de la « seule discrétion des autorités sportives », figureraient notamment les règles de jeu, les règles relatives à la structure des compétitions, les règles permettant aux fédérations d'établir les calendriers, la règle « home and away », les règles relatives à la lutte contre le dopage et enfin les règles relatives à l'obligation faite aux clubs de mettre gratuitement leurs employés à disposition des équipes nationales, cette règle étant « motivée par des considérations purement sportives » et devant donc être « considérée comme un exemple par excellence de la règle sportive qui devrait tomber en dehors du champ d'application du droit communautaire »⁵.

Les auteurs du rapport ont pu se fonder sur une phrase d'un arrêt déjà ancien de la Cour de Justice, l'arrêt WALRAVE⁶ où la Cour avait appliqué pour la première fois les règles relatives à la libre circulation des travailleurs au domaine du sport et avait précisé que le sport n'était soumis au droit communautaire que lorsqu'il constituait une activité économique au sens de l'article 2 du Traité CE, en tempérant ce raisonnement pour « les règles intéressant uniquement l'aspect sportif et qui n'ont donc rien à voir avec l'activité économique » (§ 4).

La jurisprudence postérieure aurait déjà dû convaincre les auteurs du rapport Arnaut de l'inexistence du principe d'une exemption large au bénéfice « des règles purement sportives ». En effet tant dans l'arrêt BOSMAN de 1995 (qui a décidé que le système de transfert payant à l'issue d'un contrat de travail était contraire au droit communautaire de même que la règle de quota, fixant le nombre maximum de joueurs provenant d'autres Etats membres pouvant participer à une rencontre entre clubs) (§ 76) que dans l'arrêt DELIEGE de 2000 (seul cas dans la jurisprudence où la Cour a reconnu le caractère de règle purement

⁵ P.42. C'est nous qui traduisons.

⁶ Arrêt du 12 décembre 1974, Walrave et Koch c. Association Union Cycliste Internationale, aff. c-36/74, Rec. p. 1405.

sportive à une réglementation ne concernant pas la composition des équipes nationales sportives, en l'occurrence les règles relatives à la sélection d'athlètes pour des compétitions internationales de haut niveau) (§ 43), la Cour avait déjà précisé que toute restriction du champ d'application des dispositions communautaires « devait rester limitée à son objet propre » et dès lors ne pouvait « être invoquée pour exclure toute une activité sportive » du champ d'application du traité ⁷.

Même sur cette base à présent dépassée, il ne paraît certainement pas raisonnable de considérer que la fixation des calendriers, qui consiste en fait à répartir l'ensemble des capacités de production du « produit football » entre les clubs et les fédérations, ou l'obligation de mise à disposition des joueurs, qui permet par exemple à la FIFA d'organiser une Coupe du monde dont la valeur commerciale se chiffre en milliards d'euros (cet événement étant par nature en concurrence directe avec les produits offerts par les clubs) aurait pu échapper a priori à l'examen du juge communautaire.

Il est toutefois surtout très étonnant qu'aucune référence substantielle ne soit faite dans le rapport Arnaut à l'arrêt MECA-MEDINA et MAJCEN, pourtant antérieur à la publication du rapport en question et qui, relatif aux règles anti-dopage, a très clairement déplacé la frontière entre les réglementations sportives qui échappent à l'application du droit communautaire et celles qui tombent dans son champ d'application ⁸. Dès qu'elle a un effet économique, même accessoire, toute règle sportive tombera dans le champ d'application des grandes libertés de circulation et du droit de la concurrence. La Cour en effet précise que « la seule circonstance qu'une règle aurait un caractère purement sportif ne fait pas pour autant sortir la personne qui exerce l'activité régie par cette règle ou l'organisme qui a édicté celle-ci du champ d'application du traité » (point 27) et que « si l'activité sportive en cause entre dans le champ d'application du traité, les conditions de son exercice sont alors soumises à l'ensemble des obligations qui résultent des différentes dispositions du traité » (§ 28) ⁹.

⁷ Arrêt du 15 décembre 1995, Bosman, aff. c-415/93, Rec., p. I-4921 et arrêt du 11 avril 2000, Deliege, aff. c-51/96, Rec., p. I-2549.

⁸ Arrêt du 10 juillet 2006, aff. c-519/04, non encore publié. Cette absence de référence est d'autant plus surprenante que l'arrêt n'a pas manqué d'attirer l'attention de l'UEFA. En effet, le directeur des affaires juridiques de l'UEFA, Gianni Infantino, en a parlé comme d'un « pas en arrière pour le modèle sportif européen et la spécificité du sport », comme d'un « revirement pour le moins étrange », d'un arrêt « insatisfaisant au plan juridique » (article disponible à l'adresse suivante, <http://fr.uefa.com/uefa/keytopics/kind=2048/newsid=574250.html> sous la rubrique « Spécificité du sport – analyse de l'UEFA »).

⁹ Voir dans la Jurisprudence Liège Mons Bruxelles, 2006, p. 1792, « L'arrêt MECA-MEDINA et MAJCEN : plus qu'un coup dans l'eau », par Melchior Wathelet.

Rappelons que la Cour a cassé dans cette affaire un arrêt du Tribunal de première instance qui se fondait sur la prémisse que « la prohibition du dopage se fonde sur des considérations purement sportives et est donc étrangère à toute considération économique » (§ 47) en ayant conclu que les règles de la lutte anti-dopage, et plus particulièrement la réglementation anti-dopage litigieuse ne saurait entrer dans le champ d'application des dispositions du traité sur les libertés économiques et la libre concurrence, ne poursuivait aucun but discriminatoire et constituait dès lors une règle purement sportive, même si elle entraînait des répercussions économiques (§§ 49 et 52). Au contraire, la Cour de Justice va appliquer aux réglementations anti-dopage, la jurisprudence dite Wouters¹⁰ en rappelant que la compatibilité d'une réglementation avec le droit communautaire ne pouvait être appliquée de façon abstraite, qu'il fallait tenir compte du contexte global dans lequel la règle a été édictée ou déploie ses effets avant d'examiner si les effets restrictifs sur la concurrence qui en découlent sont ou non inhérents à la poursuite des objectifs légitimes qu'elle poursuit et proportionnés à ces derniers.

Rappelons que le fait qu'une réglementation tombe dans le champ d'application du droit communautaire, ne signifie pas qu'elle soit nécessairement incompatible avec celui-ci. La Cour a en effet précisé dans le même arrêt qu'une réglementation anti-dopage ne constitue pas « nécessairement une restriction de concurrence incompatible avec le marché commun au sens de l'article 81 CE, dès lors qu'elle est justifiée par un objectif légitime. En effet, une telle limitation est inhérente à l'organisation et au bon déroulement de la compétition sportive et vise précisément à assurer une saine émulation entre les athlètes » (point 45).

Ceci étant, une fois défini l'objectif légitime, il faudra encore déterminer si la réglementation est proportionnée, c'est-à-dire limitée à ce qui est nécessaire afin d'atteindre l'objectif en cause, en l'occurrence le bon déroulement de la compétition sportive.

En l'occurrence, selon la Cour, l'examen de la proportionnalité d'une règle anti-dopage doit porter à la fois sur la fixation du seuil de tolérance à partir duquel il y aura dopage punissable et sur la sévérité des sanctions prévues.

A cet égard, prenons deux autres exemples.

¹⁰ Arrêt du 19 février 2002, aff. c-309/99, Rec., p. I-1577.

En se revendiquant de la décision rendue par le Conseil belge de la concurrence (sur le système de licence mis en place par la fédération belge de football, l'URBSFA), les auteurs du rapport Arnaut estiment que les règles relatives au « club licensing » - destinées à favoriser la bonne gouvernance, la stabilité et la transparence financière au sein des clubs – devraient « *also fall within the legitimate autonomy of the football authorities* » (p.45).

Le Conseil belge de la concurrence, dans sa décision n° 2004-E/A-25 du 4 mars 2004 ¹¹, n'a pas consacré « l'autonomie » de l'URBSFA en matière de « club licensing system ».

Le Conseil de la concurrence a en effet jugé que : « *Les deux dispositions sont nécessaires à l'organisation de la compétition. Elles ont pour objectif d'assurer l'équilibre de la compétition sportive, l'incertitude des résultats, et d'assurer une saine gestion financière du secteur. Même si elles peuvent avoir des effets restrictifs, le Conseil constate qu'ils sont inhérents à la poursuite de l'objectif légitime poursuivi et sont proportionnels à cet objectif.*

En ce sens l'URBSFA a parfaitement joué son rôle régulateur.

Par conséquent, il y a lieu de considérer qu'elles échappent au champ d'application de l'article 2, § 1, de la loi ».

C'est donc en application du test d'inhérence, tel que formulé par la CJCE dans l'arrêt WOUTERS ¹² et - plus spécifiquement pour le sport – dans son récent arrêt MECA-MEDINA et MAJCEN, précité, et donc sur base d'un examen concret des dispositions litigieuses que le Conseil de la concurrence a conclu à l'absence de violation, en l'espèce, du droit belge de la concurrence.

En se fondant sur la sentence rendue par le Tribunal Arbitral du Sport dans l'affaire ENIC et sur les prises de position de la Commission européenne dans cette même affaire, les auteurs du rapport estiment, concernant les règles visant à éviter la multipropriété ou la mise sous influence de clubs par des tiers, que « *the discretion of the football authorities to take the necessary steps to safeguard the integrity of the competitions that they organised should also be respected as matters falling within their natural sphere of competence* ».

¹¹ Conseil de la concurrence, décision n° 2004-E/A-25 du 4 mars 2004, aff. CONC-E/A-01/0039, publiée dans la « Revue trimestrielle de jurisprudence du Conseil de la Concurrence » 2004/01, p.128.

¹² Cfr supra.

De nouveau, les auteurs du rapport Arnaut semblent confondre compatibilité avec le droit communautaire de la règle de l'UEFA interdisant – dans une certaine mesure – la multipropriété et non application du droit communautaire.

En effet, dans sa décision de rejet de plainte du 27 juin 2002 (dans l'affaire COMP/37806 :ENIC/UEFA)¹³, la Commission n'a nullement estimé que la règle de l'UEFA tombait en dehors du champ d'application du droit communautaire (et donc relèverait de la seule « discrétion » et de la « sphère de compétence naturelle » de l'UEFA).

Au contraire, invoquant l'arrêt WOUTERS, précité, la Commission décide que ladite règle tombe dans le champ d'application de l'article 81 CE mais que ses effets restrictifs de concurrence sont inhérents « *in the pursuit of the very existence of credible pan European football competitions* »¹⁴ et que « *la restriction de la liberté d'action des clubs et des investisseurs imposée par la règle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour en garantir l'objectif légitime, qui consiste à protéger l'incertitude des résultats dans l'intérêt public* »¹⁵.

Une fois de plus c'est donc après un examen in concreto de l'objectif de la règle et de ses effets, au sein du champ d'application du droit communautaire, qu'un constat de compatibilité de cette règle peut être dressé, sans qu'on puisse en déduire la compatibilité a priori avec le droit communautaire de toute règle en matière de multipropriété (et moins encore la non application de ce droit à de telles règles).

En d'autres termes, à la lumière de l'arrêt MECA-MEDINA et MAJCEN, même la circonstance qu'une règle soit adoptée et mise en œuvre par une fédération ou le CIO en sa qualité de régulateur (les règles anti-dopage en étant certainement un exemple) et non pas en sa qualité d'agent économique n'a en aucun cas pour effet de faire échapper cette règle au champ d'application du droit communautaire en général et des articles 81 et 82 CE en particulier, dès lors qu'elle a des conséquences économiques et qu'elle affecte une ou des libertés que des tiers tirent du Traité CE.

B. Quels sont les critères à remplir pour qu'une règle édictée par une fédération sportive et tombant dans le champ d'application du droit communautaire, lui soit déclarée conforme ?

¹³ Disponible en anglais à l'adresse suivante :

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37806/en.pdf>

¹⁴ Points 31 et 32 de la décision.

¹⁵ Communiqué de presse CE du 27 juin 2002, réf ; IP/02/942.

Là aussi, l'analyse du rapport Arnaut nous paraît contestable dans la mesure où il néglige systématiquement le fait qu'une déclaration de compatibilité avec le droit communautaire n'intervient jamais qu'après une analyse dans chaque cas de l'adéquation de la règle avec l'objectif d'intérêt général poursuivi et sa proportionnalité.

Prenons quelques exemples :

1. L'organisation des compétitions

Seraient compatibles avec le droit communautaire les règles par lesquelles les fédérations imposeraient aux clubs une acceptation globale de l'organisation des compétitions au sein de la pyramide européenne.

Donc tant au niveau national qu'eupéen *"the football authorities may legitimately require their members to commit to participation in the pyramid or co-operative structure as a whole and not merely in one or other part of it"* ¹⁶.

Les auteurs du rapport invoquent à cet effet la jurisprudence de la CJCE selon laquelle il est légitime que les statuts d'une coopérative interdisent à ses membres de participer à d'autres organisations qui sont en concurrence directe avec elle.

A la lecture de l'arrêt GOTTRUP-KLIM invoqué ¹⁷, on discerne mal en quoi cette jurisprudence pourrait être invoquée afin de justifier le caractère impératif de l'organisation pyramidale. En effet, les points 32, 34 et 35 de cet arrêt disposent que :

32. Sur un marché où le prix des produits varie en fonction du volume des commandes, les opérations des associations coopératives d'achat peuvent, en fonction du nombre de leurs membres, constituer un contrepoids important à la puissance contractuelle des gros producteurs et facilitent une concurrence plus efficace.

34. Il en résulte qu'une double appartenance mettrait en péril à la fois le bon fonctionnement de la coopérative et sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs. Une interdiction de double appartenance ne constitue donc pas nécessairement une restriction de la concurrence au

¹⁶ Rapport Arnaut, p. 36.

¹⁷ Arrêt du 15 décembre 1994, aff. c-250/92, Rec. I, p. 5641.

sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, et peut même produire des effets positifs sur la concurrence.

35. Toutefois, il y a lieu d'admettre qu'une disposition statutaire d'une association coopérative d'achat, qui limite la possibilité pour ses membres de faire partie d'autres formes de coopération concurrentes, et qui, de cette façon, les décourage de s'approvisionner ailleurs, peut produire certains effets négatifs sur la concurrence. Il s'ensuit que, pour échapper à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité, les restrictions imposées aux membres par les statuts des associations coopératives d'achat doivent être limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement de la coopérative et de soutenir sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs.

On constate donc que la CJCE n'a pas autorisé, in abstracto, l'interdiction de double appartenance mais que c'est au terme d'un examen concret de l'objectif poursuivi et de la nécessité du moyen employé qu'elle juge – dans le cas d'espèce – qu'une telle interdiction ne viole pas le droit communautaire de la concurrence.

En outre, dans l'affaire GOTTRUP-KLIM, l'interdiction de double appartenance avait pour objectif de permettre la constitution d'un « *contrepoids à la puissance contractuelle des gros producteurs* » et donc de faciliter « *une concurrence plus efficace* ». Dans le sport professionnel, une interdiction d'exister partiellement en dehors de la pyramide aurait semble-t-il pour objet et pour effet d'empêcher l'apparition de producteurs concurrents. Ce sont là deux situations bien différentes.

En tout cas, il est évident qu'il serait abusif de tenter d'empêcher (a priori et au motif du caractère prétendument légitime de l'organisation pyramidale) les sportifs ou les clubs concernés de remettre en cause, par les recours appropriés, la légalité au regard du droit communautaire de certaines règles participant à la construction du modèle pyramidal.

2. Les transferts de joueurs

Le même raisonnement peut s'appliquer aux règles relatives aux transferts de joueurs.

En effet, tant dans l'arrêt BOSMAN¹⁸ que dans l'arrêt LEHTONEN¹⁹, la CJCE a jugé que les règles de transfert restreignaient la libre circulation

¹⁸ CJCE, 15 décembre 1995, Bosman, aff. c-415/93, Rec., p. I-4921, pts 99, 100 et 120.

¹⁹ CJCE, 13 avril 2000, Lehtonen, aff. c-176/96, Rec., p. I-2681, pts 49 et 50.

des joueurs et constituaient donc une entrave à ce droit fondamental conféré par le Traité CE. Ce n'est que dans un second temps que la Cour vérifie « *si celle-ci peut être objectivement justifiée* »²⁰, ce qui pourrait être le cas – par exemple – si la fixation de délais pour les transferts des joueurs était nécessaire pour « *assurer la régularité des compétitions sportives* »²¹.

Tant dans l'arrêt BOSMAN que dans l'arrêt LEHTONEN, la Cour a jugé que les réglementations visées allaient « *au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi* ».

C'est donc bien par le biais d'un examen au cas par cas et non de manière générale que certaines règles relatives à un système de transferts pourront éventuellement se voir déclarer conformes au droit communautaire. A fortiori, il est exclu que certaines de ces règles tombent en dehors du champ d'application du droit communautaire, comme le soutient pourtant le rapport Arnaut.²²

3. L'activité des agents de joueurs

Revendiquant un rôle plus important pour l'UEFA en cette matière (à l'heure actuelle gérée essentiellement par la FIFA), le rapport Arnaut considère que ces règles sont inhérentes « *to the proper regulation of sport and therefore compatible with community law* »²³.

Se référant au critère d'inhérence, les auteurs du rapport Arnaut s'inscrivent ici adéquatement dans le cadre tracé par la jurisprudence WOUTERS et MECA.

Cependant, on ne peut – comme ils semblent le faire – soutenir que toutes règles relatives à l'activité des agents de joueurs seraient inhérentes au bon fonctionnement du marché du football et donc compatibles avec le droit communautaire.

Une fois encore, c'est au cas par cas que le juge communautaire appréciera si les restrictions à la liberté d'action des agents de joueurs que crée une règle donnée sont inhérentes à la réalisation de l'objectif légitime poursuivi.

²⁰ CJCE, 13 avril 2000, Lehtonen, aff. c-176/96, Rec., p. I-2681, pt 51.

²¹ CJCE, 13 avril 2000, Lehtonen, aff. c-176/96, Rec., p. I-2681, pt 53.

²² Rapport Arnaut, p.105

²³ Rapport Arnaut, p.47.

Enfin, dans son arrêt PIAU ²⁴, amené à se prononcer sur la compatibilité du règlement de la FIFA sur l'activité des agents de joueurs avec les articles 81 et 82 CE, le TPI a jugé que : « *D'une part, le règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs a été adopté par la FIFA de sa propre autorité et non en vertu de pouvoirs normatifs qui lui auraient été délégués par des autorités publiques dans le cadre d'une mission reconnue d'intérêt général visant l'activité sportive (voir par analogie, arrêt de la Cour du 19 février 2002, Wouters e.a., C-309/99, Rec. p. I-1577, points 68 et 69). Ce règlement ne relève pas davantage de la liberté d'organisation interne des associations sportives (arrêts Bosman, précité, point 81, et Deliège, précité, point 47).*

D'autre part, obligatoire pour les associations nationales membres de la FIFA, qui sont tenues d'établir une réglementation analogue ensuite approuvée par la FIFA, ainsi que pour les clubs, les joueurs et les agents de joueurs, ce règlement traduit l'expression de la volonté de la FIFA de coordonner le comportement de ses membres à l'égard de l'activité des agents de joueurs. Il constitue par conséquent une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE (arrêt de la Cour du 27 janvier 1987, Verbrand der Sachversicherer/Commission, 45/85, Rec. p. 405, points 29 à 32, et Wouters e.a., précité, point 71) qui est soumise au respect des règles communautaires de concurrence dès lors qu'une telle décision a des effets dans la Communauté.

En ce qui concerne la légitimité, contestée par le requérant, de la FIFA pour édicter une telle réglementation, qui n'a pas un objet sportif mais régit une activité économique périphérique à l'activité sportive en cause et touche à des libertés fondamentales, on peut effectivement s'interroger sur le pouvoir normatif que s'attribue une organisation privée comme la FIFA dont le but statutaire premier est la promotion du football (voir point 2 ci-dessus) au regard des principes communs aux Etats membres sur lesquels l'Union européenne est fondée.

En effet, le principe même de la réglementation d'une activité économique ne concernant ni la spécificité sportive ni la liberté d'organisation interne des associations sportives, par un organisme de droit privé dépourvu de toute délégation d'une autorité publique pour ce faire, tel que la FIFA, ne peut être tenu d'emblée pour compatible avec le droit communautaire, s'agissant en particulier du respect dû aux libertés civiles et économiques.

²⁴ Arrêt du TPI du 26 janvier 2005, aff. T-193/02, Rec., p. II-209 (points 74 à 78).

Une telle réglementation qui relève de la police d'une activité économique et touche à des libertés fondamentales, ressortit en principe à la compétence des autorités publiques. Néanmoins, dans le cadre du présent litige, la compétence normative exercée, en l'absence quasi générale de réglementations nationales, par la FIFA ne saurait être examinée qu'en tant qu'elle affecte les règles de concurrence au regard desquelles la légalité de la décision attaquée doit être appréciée, sans que les considérations relatives à la base juridique permettant à la FIFA d'exercer une activité réglementaire, pour importantes qu'elles soient, puissent ici faire l'objet d'un contrôle juridictionnel ».

Ces considérations du Tribunal sont des plus pertinentes et demeurent d'actualité.

4. Les règles UEFA sur les « homegrown players »

Là aussi, le rapport Arnaut considère que sont nécessairement compatibles avec le droit communautaire les règles imposant à chaque club qu'un certain nombre de ses joueurs sous contrat aient été formés soit au club soit au sein de la fédération nationale à laquelle appartient ce club²⁵.

De nouveau, il paraît risqué d'en faire une affirmation de principe, même si l'on reconnaît que dans certaines limites, ces règles puissent être justifiées par un objectif d'intérêt général et soient proportionnées²⁶.

Au point 106 de l'arrêt BOSMAN, la CJCE a jugé que : « Compte tenu de l'importance sociale considérable que revêtent l'activité sportive et plus particulièrement, le football dans la Communauté, il convient de reconnaître que les objectifs consistant à assurer le maintien d'un équilibre entre les clubs, en préservant une certaine égalité des chances et l'incertitude des résultats, ainsi qu'à encourager le recrutement et la formation des jeunes joueurs, sont légitimes » (c'est nous qui soulignons).

²⁵ Rapport Arnaut, p. 49 et 50.

²⁶ A la page 7 du « Livre blanc sur le sport » de juillet 2007, sur lequel nous reviendrons, la Commission ne dit pas autre chose. « Les règles imposant aux équipes un quota de joueurs formés au niveau local pourront être jugées compatibles avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes si elles n'entraînent aucune discrimination directe fondée sur la nationalité et si les éventuels effets discriminatoires indirects qui en résultent peuvent être considérés comme proportionnés à l'objectif légitime poursuivi, qui peut être, par exemple, d'encourager et de protéger la formation et l'épanouissement de jeunes joueurs talentueux. L'étude actuellement effectuée sur la formation des jeunes sportifs en Europe contiendra à cet égard des éléments d'appréciation précieux » .

L'UEFA invoque ces deux justifications mais soutient également que ce système assurerait « *a large reservoir of talent for national teams as a consequence* ».

Par là même, l'UEFA reconnaît que sa règle favorisera l'engagement de ressortissants nationaux au détriment des ressortissants des autres Etats membres, créant ainsi une entrave indirectement discriminatoire.

De plus, on peut douter que cette règle contribue à l'équilibre compétitif sur un plan transnational. En effet, rien n'empêchera – dans un Etat membre donné – le club le plus riche d'acquérir les meilleurs « *homegrown players* » avant formation. Cela a d'ailleurs été jugé explicitement par la CJCE, au point 135 de l'arrêt BOSMAN, à propos des clauses de nationalité (la clause de « *homegrown players* » ne constituant à notre sens qu'une version positivée et « *relookée* » de la clause de nationalité) ; « *quant au maintien de l'équilibre sportif, il convient d'observer que les clauses de nationalité qui empêcheraient les clubs les plus riches d'engager les meilleurs joueurs étrangers, ne sont pas aptes à atteindre cet objectif, dès lors qu'aucune règle ne limite la possibilité pour ces clubs de recruter les meilleurs joueurs nationaux, laquelle compromet tout autant cet équilibre* ».

Bien plus, cette règle pénalisera les clubs des petits Etats membres, qui seront désavantagés par l'étroitesse de leur marché national du travail.

5. La commercialisation centralisée des droits medias

Là encore, les auteurs du rapport Arnaut considèrent que le concept de vente ou de propriété individuelle des droits de télévision ne peut être accepté d'un point de vue intellectuel.

Invoquant les conclusions de l'Avocat général LENZ dans l'affaire BOSMAN (« *certain restrictions may be necessary to ensure the proper functioning of the sector* ») et invoquant la décision de la Commission européenne dans l'affaire UEFA Champions League Media rights, les auteurs du rapport concluent que « *It is both acceptable and necessary for the football authorities to require clubs to commit to a central marketing model as a condition of their participation in a sporting competition and compatible with European law* »²⁷.

Tout d'abord, lorsqu'il s'agit de droits medias, il faut éviter toute confusion entre la question de la propriété des droits, de leur titularité, et celle de leur mode de commercialisation.

²⁷ Rapport Arnaut, p. 52.

Contrairement à ce que soutiennent les auteurs du rapport Arnaut, le principe de la propriété individuelle de tels droits médias est non seulement intellectuellement concevable mais fait partie du droit positif.

En effet, il n'existe pas de régime de propriété unifié ou harmonisé au sein de l'Union européenne, l'organisation de ces régimes relevant de la compétence de chaque Etat membre. La question du régime de propriété (et donc notamment celle de savoir si tel droit appartient individuellement à un club ou fait l'objet d'une copropriété entre plusieurs clubs) est réglée par le droit national de chaque Etat membre. Ainsi que l'a relevé la Commission européenne dans sa décision du 23 juillet 2003, sur la vente centralisée des droits commerciaux de la UEFA Champions League ²⁸, dans un certain nombre d'Etats membres, c'est la formule de la propriété individuelle qui a été retenue ²⁹.

Ensuite, il convient d'examiner si la vente centralisée de ces droits, réunis par un accord entre les différents propriétaires ou copropriétaires, est compatible avec l'article 81.1 CE, ainsi que la Commission le précise aux points 122 à 124 de sa décision précitée :

122. (...) sur la base des renseignements qu'elle a fournis, l'UEFA peut au mieux être considérée comme un cotitulaire des droits, mais en aucun cas comme l'unique titulaire. La question de la propriété relève du droit national, et l'appréciation de cette question par la Commission dans la présente affaire ne préjuge en rien l'appréciation des juridictions nationales.

123. La Commission considère donc comme acquis qu'il existe une relation de copropriété entre les clubs et l'UEFA pour les différents matches, mais que cette relation ne concerne pas horizontalement l'ensemble des droits découlant d'une compétition de football. Il est inutile aux fins de la présente affaire de quantifier la «quote-part» de chacun.

124. Il suffit de constater qu'il existe plusieurs titulaires des droits médiatiques sur la Ligue des champions de l'UEFA. Un accord entre les trois titulaires (les deux clubs concernés et l'UEFA) qui sont indispensables pour produire une unité de production (la licence de retransmission d'un match) ne tomberait ni sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, du traité ni sous celui de l'article 53, paragraphe 1, de

²⁸ COMP/C.2-37.398, JO, UE, C291/25, 8.11.2003.

²⁹ Voir points 121 et s. de la décision et en particulier la note subpaginale 59.

l'accord EEE. Or, dans la mesure où l'accord de vente centralisée de l'UEFA va au delà de cela, ces deux articles lui sont applicables.

Au terme d'un examen détaillé, la Commission a considéré que cet accord de vente centralisée générait des restrictions de concurrence au sens de l'article 81.1. CE mais pouvait dans une certaine mesure bénéficier de l'exemption prévue par l'article 81.3 CE, en raison des améliorations de production et de distribution induites par ces restrictions et en raison du fait qu'une part adéquate des bénéfices engendrés revenait aux consommateurs.

Cependant, la Commission a décidé que : « *L'exemption (...) est subordonnée à la condition que la disposition interdisant aux clubs de football de vendre des droits de retransmission en direct aux chaînes de télévision à accès libre ne soit pas applicable lorsqu'aucune chaîne de télévision payante n'a fait d'offre raisonnable* ».

En conclusion, une fois encore, c'est au terme d'une analyse concrète que, dans une certaine mesure, certains accords de vente centralisée sont déclarés conformes au droit communautaire.

De plus, on notera que la Commission a fondé son analyse sur la prémisse selon laquelle cette vente centralisée résultait du libre consentement des clubs concernés. C'est donc de manière erronée que le rapport Arnaut veut déduire de cette décision qu'elle permettrait aux fédérations d'imposer aux clubs un « central marketing model » comme condition de leur participation à une compétition sportive.

C'est au contraire le libre consentement des clubs concernés qui permet à ce modèle de naître et, dans une certaine mesure, de bénéficier de l'exemption prévue à l'article 81.3 CE.

III. La spécificité du sport

Outre qu'ils n'ont jamais été pris en compte ou acceptés par la Cour de Justice, certains arguments présentés dans le rapport Arnaut tentent à démontrer que le sport mériterait un traitement différent de celui réservé aux autres secteurs de la vie économique.

Admettons que sur base d'un tel raisonnement, de nombreux secteurs de l'activité socio-économique pourraient exciper de leur exceptionnalité afin d'échapper à l'application du droit communautaire. N'y a-t-il pas une spécificité du secteur aéronautique, du secteur forestier, du secteur de la santé, de celui de l'énergie, des déchets ou des télécommunications ?

De toute façon, la jurisprudence tant de la Cour de Justice que de la Commission retient à titre de justification des restrictions aux libertés fondamentales ou à la libre concurrence des objectifs d'intérêt légitime qui peuvent être différents selon les secteurs et le secteur du sport en a d'ailleurs bénéficié.

On ne peut évidemment comme le fait le rapport Arnaut justifier une quelconque exemption du droit communautaire pour les réglementations sportives par la nécessité de donner à celles-ci la garantie de pouvoir agir « sans crainte que leurs décisions soient mises à mal par l'application du droit communautaire » (page 31 du rapport Arnaut). Des conflits juridiques naissent et des décisions de justice sont rendues dans tous les secteurs de la vie sociale et économique. Il n'y a pas plus d'insécurité juridique dans le domaine du sport que dans les autres secteurs, tant par rapport aux libertés fondamentales que par rapport au droit de la concurrence et seules la législation et la jurisprudence peuvent réduire cette insécurité, qui résulte également du comportement changeant des acteurs d'un secteur donné. De toute façon, la solution à l'insécurité juridique n'est jamais d'instaurer le non droit ou de laisser le droit à des acteurs privés, et ce même si l'UEFA et les fédérations nationales pouvaient être considérées comme de purs régulateurs, ce qu'elles ne sont pas. Elles sont aussi des agents économiques de premier plan d'un marché qu'elles sont par ailleurs appelées à réguler. A de rares exceptions près, elles sont appelées à adopter des normes et des décisions de nature mixte qui contribuent à la fois à la régulation du marché du football professionnel et à la promotion de leurs propres intérêts économiques et commerciaux. Ainsi lorsque l'UEFA fixe les dates de la phase finale de l'Euro qui se tient en juin, elle se réserve cette période de production et la rend indisponible pour les clubs, avec les conséquences économiques positives ou négatives que cela peut entraîner pour les uns ou les autres.

Il n'y a donc aucune raison pour qu'au nom de la spécificité du secteur du sport, les fédérations sportives soient exemptées de l'application d'un droit qui s'applique par exemple aux ordres des professions libérales, l'arrêt WOUTERS concernant d'ailleurs un ordre national des avocats.

Le rapport Arnaut évoque aussi longuement le « modèle européen du sport » dont les principes seraient pleinement respectés par l'UEFA. Ce modèle reposerait sur le fonctionnement démocratique, la séparation des pouvoirs, la représentation des différents acteurs (joueurs, supporters, clubs, fédérations) au sein d'organes consultatifs, le principe de promotion-relégation (avec la structure pyramidale qui en résulte), de

solidarité financière assurant un certain degré d'équilibre des forces sportives en présence et le recours à l'arbitrage.

Avant de commenter certains de ces points, qu'il nous soit d'abord permis d'estimer qu'à même à les supposer tous établis, on ne voit pas en quoi ils justifieraient que le sport échappe au droit communautaire et plus spécialement aux dispositions relatives aux libertés de circulation et au droit de la concurrence.

Même si l'image que donnent les fédérations sportives les fait parfois ressembler à des pouvoirs publics, elles n'en restent pas moins des entités privées engagées sur le terrain économique et commercial, par ailleurs généralement constituées sur base du droit suisse.

Dans l'arrêt PIAU, précité, le TPI a mis en évidence la nature purement privée d'une fédération internationale, agissant de « *sa propre autorité et non en vertu de pouvoirs normatifs qui lui auraient été délégués par des autorités publiques dans le cadre d'une mission reconnue d'intérêt général visant l'activité sportive* ». Alors même qu'un ordre des avocats reçoit ce genre de missions du législateur national, ses décisions n'en restent pas moins soumises au droit de la concurrence³⁰. A fortiori pour les fédérations sportives.

Il apparaît dès lors inapproprié de comparer la division des tâches mise en place au sein de l'UEFA, entité purement privée, à une séparation des pouvoirs, telle que pratiquée par les Etats de droit et qui relève du droit public.

Par ailleurs, il est de notoriété publique que certains clubs, notamment ceux regroupés au sein de G-14³¹, ne partagent pas l'analyse des auteurs du rapport Arnaut, quant au caractère pleinement satisfaisant, au regard notamment des exigences de démocratie, des mécanismes de « représentativité » des clubs au sein de l'UEFA.

A cet égard, les auteurs du rapport Arnaut estiment qu'une représentation purement consultative est suffisante. A notre sens, tel n'est pas le cas puisque le degré de participation des clubs à la prise de décision doit nécessairement varier en fonction des matières en jeu.

Ainsi, à titre exemplatif, la qualité avérée de co-propriétaires des clubs participant à la UEFA Champions League appelle nécessairement une co-gestion des droits commerciaux sur lesquels porte cette co-propriété.

³⁰ Voir l'arrêt Wouters, supra.

³¹ Pour plus d'information, voir www.g14.com

En effet, au vu des principes généraux de droit en matière de gestion de la chose commune, la prétention de l'UEFA d'exclure de la gestion l'ensemble des autres co-proprétaires n'est pas raisonnablement justifiable et, partant, abusive ³².

Même si le principe de promotion-relégation qui signifie que les clubs installés au sommet de la pyramide sportive n'ont jamais la garantie juridique que cette situation perdurera peut être accepté, il ne peut être question d'obliger les clubs à renoncer à tout droit de critique au besoin par la voie contentieuse de ces modalités, qu'elles concernent le format des différentes compétitions ou le calendrier et d'exiger le contrôle du respect du principe de proportionnalité.

Si la solidarité financière et le partage des revenus sont certes un moyen au service d'un objectif jugé digne de protection, à savoir le maintien d'un degré d'équilibre des forces sportives en présence, il ne peut être question de considérer que tout partage des revenus serait nécessairement conforme au droit communautaire. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler qu'au point 228 de ses conclusions, déposées dans l'affaire BOSMAN, l'avocat général LENZ s'est prudemment exprimé comme suit : « *M. BOSMAN a produit un ensemble d'études économiques qui montrent que la répartition des recettes est un moyen approprié de soutenir l'équilibre souhaité. La façon dont un tel système sera concrètement conçu dépendra évidemment des particularités de la division en question et d'autres considérations. Il devrait en particulier être clair qu'une répartition de cette nature ne peut être judicieuse et adéquate que si elle reste limitée à une petite partie des recettes. Si l'on distribue en effet aux autres clubs par exemple la moitié des recettes ou même davantage, on entamerait trop fortement la stimulation des clubs à accomplir de bonnes performances* ».

Par ailleurs, il existe un certain degré de contradiction, voire d'incompatibilité, entre les principes de « promotion-relegation » et de « competitive balance » (mis en œuvre par le partage des revenus).

En effet, le partage des revenus, le « revenue sharing », est un concept issu des sports professionnels américains, qui se caractérisent par des ligues fermées (NBA, NFL, etc.) ; aux Etats-Unis, s'il y a partage des revenus, c'est uniquement entre membres d'une même élite, assurés de ne pas être relégués dans une catégorie inférieure.

³² En ce sens, voir Stephen Weatherill, « Is the pyramid compatible with EC Law ? », the International Sports Law Journal, 2005/3-4, p. 3 et s.

En d'autres termes, c'est l'absence de « promotion-relegation » qui rend acceptable la pratique intensive du « revenue sharing ».

De plus, la réticence des grands clubs de chaque championnat à renforcer le partage des revenus est accentuée par leur souci d'être compétitif sur la scène européenne.

Enfin si l'arbitrage est une méthode acceptable de résolution des conflits, il ne peut être accepté que les différents acteurs du secteur du sport professionnel doivent renoncer aux juridictions ordinaires, notamment pour y contester la légalité de certaines décisions des fédérations au regard du droit communautaire.

Cette obligation de permettre aux justiciables de s'adresser aux juridictions ordinaires était l'une des conditions imposées par la Commission européenne à la FIFA afin de mettre un terme à la procédure d'infraction relative aux règles de transferts qu'elle avait lancée contre la FIFA³³.

L'absence de caractère contraignant et exclusif du recours à l'arbitrage ne nuit en rien à l'efficacité comme l'illustre le règlement FIFA « gouvernant le statut et le transfert des joueurs », tel que modifié suite à l'intervention de la Commission européenne, qui prévoit à son article 22 que le recours à l'arbitrage est facultatif, tout joueur ou club conservant le droit de « *demander réparation devant un tribunal* ».

D'ailleurs, en pratique, il semble que seul un faible pourcentage des litiges relatifs à ce règlement soit soumis aux juridictions civiles, l'essentiel du contentieux aboutissant au Tribunal arbitral du sport.

Sans doute, la circonstance que ce règlement ait fait l'objet d'amendements exigés par la Commission européenne, préalablement à son entrée en vigueur, et que sa légalité communautaire ait été ainsi assurée n'est-elle pas étrangère à cet état de choses.

Dans son jugement du 15 mai 2006, tranchant en première instance le litige opposant le Sporting de Charleroi et le G-14 à la FIFA et à l'UEFA, le Tribunal de commerce de Charleroi a jugé que : « ... *il est évident que l'interdiction édictée par le second paragraphe de l'article 51 (des statuts de la FIFA) de recourir aux tribunaux ordinaires, n'est d'application que*

³³Communiqué de presse de la CE. IP/01/314, disponible à l'adresse suivante ; <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/314> , dans lequel la Commission rappelle que : « *l'arbitrage est volontaire et n'empêche pas le recours aux juridictions nationales* ».

dans l'hypothèse où une convention d'arbitrage en bonne et due forme viendrait à soustraire le litige à ces juridictions.

Toute disposition qui prescrirait une interdiction générale de s'adresser aux juridictions ordinaires serait en effet contraire à l'Ordre public et, en conséquence, devrait être écartée par notre tribunal »³⁴.

On peut s'interroger sur les véritables motifs qui poussent l'UEFA et la FIFA, relayés par l'IESR, à désirer avec tant d'ardeur que l'arbitrage soit la seule voie de recours ouverte contre leurs décisions.

La réponse ne réside-t-elle pas, une fois encore, dans la volonté revendiquée de ces organisations d'échapper à l'application du droit communautaire ?

Et dans cette optique, c'est – moins l'arbitrage qui recueille les faveurs de la FIFA et de l'UEFA que la circonstance – non fortuite – que le lieu de l'arbitrage soit la Suisse.

En effet, le Tribunal arbitral du sport, établi à Lausanne, est un tribunal arbitral international au sens de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987.

Dès lors, les sentences rendues par le Tribunal arbitral du sport ne sont susceptibles de recours que devant le Tribunal Fédéral suisse, dont le contrôle de légalité se limite pour l'essentiel à la violation grave de l'ordre public procédural international.

Or, ce concept n'inclut pas le droit communautaire, notamment de la concurrence, ainsi que l'a explicitement jugé le Tribunal Fédéral suisse, dans un arrêt du 8 mars 2006³⁵.

Ainsi, l'arbitrage, dès lors qu'il est exclusivement mis en œuvre par un tribunal arbitral établi en Suisse, permet incidemment d'échapper à l'ordre juridique communautaire.

Selon l'article 1704 du Code judiciaire belge, les sentences rendues par un tribunal arbitral siégeant en Belgique ne peuvent faire l'objet d'un recours que devant le Tribunal de première instance territorialement compétent, dont le contrôle portera pour l'essentiel sur la conformité à l'ordre public.

³⁴ Ce jugement est disponible sur le site du Tribunal de commerce de Charleroi : www.tcch.be .

³⁵ Affaire 4P.278/2005. Voir notamment l'adresse suivante :

http://www.semainejudiciaire.ch/DATI/DATI_JUR/2006/06_31.htm

Or, l'ordre public belge inclut bien entendu l'ordre public communautaire (donc notamment les articles 81 et 82 CE). Le cas échéant, le juge belge pourra réformer la sentence arbitrale rendue en violation du droit communautaire, voire adresser à la CJCE toute question préjudicielle qu'il jugerait nécessaire.

Le Tribunal arbitral du sport dispose déjà de chambres décentralisées à Sidney, en Australie, et à New York, aux Etats-Unis. L'établissement d'un siège au sein de l'Union européenne, par exemple à Bruxelles, permettrait de réconcilier arbitrage et ordre juridique communautaire.

Cela permettrait également de ne plus avoir à s'interroger sur la sincérité de l'attrait que l'arbitrage exerce sur la FIFA et l'UEFA.

En conclusion, même si certaines mesures à droit constant peuvent être envisagées (par exemple certaines des pratiques mentionnées par le rapport Arnaut pourraient faire l'objet d'une exemption par catégorie au sens du droit de la concurrence) aucun argument ne permet d'appliquer au secteur sportif le droit communautaire autrement qu'aux autres secteurs, en dehors des spécificités déjà reconnues dans certaines décisions de la Commission ou arrêts de la Cour de Justice ³⁶.

IV. Vers une modification du droit communautaire ?

Comme on vient de le voir, la relation entre le droit communautaire et le sport professionnel se situe au niveau du Traité CE lui-même. Si donc modification du droit il devait y avoir en cette matière, notamment pour institutionnaliser ou consolider le pouvoir des fédérations sportives, il ne suffirait pas d'adopter un nouveau règlement ou une nouvelle directive mais de modifier radicalement le droit communautaire primaire, c'est-à-dire le traité lui-même, dans certains de ses principes les plus essentiels.

Aucun élément juridique ou politique ne laisse actuellement prévoir pareille modification radicale. Faisons le tour des textes actuellement en circulation.

³⁶ Il ne pourrait être question selon nous de faire bénéficier les fédérations sportives de l'exception prévue par l'article 86 § 2 du Traité CE qui stipule que les entreprises qui se sont vu conférer par un Etat membre une mission d'intérêt économique général, ne se verront appliquer les règles du traité et en particulier celles du droit de la concurrence que dans la mesure où leur application ne fait pas obstacle à la bonne exécution de ladite mission. Outre que ce genre de mission est généralement confiée à des entreprises publiques, on ne voit pas très bien qu'elle serait « la mission d'intérêt économique générale » confiée aux fédérations sportives. Rappelons de plus que l'article 86 § 2 n'a pas pour effet de soustraire les entreprises en question à l'application du droit communautaire et qu'elle reste soumise au contrôle du juge administratif ou du juge civil et bien entendu des juridictions communautaires.

a. *La déclaration du Conseil européen de Nice des 7-10 décembre 2000*

Les auteurs du rapport Arnaut font grand cas de cette déclaration « relative aux caractéristiques spécifiques du sport et à ses fonctions sociales en Europe devant être prises en compte dans la mise en œuvre des politiques communes ».

Les auteurs conviennent que cette déclaration n'a aucun effet juridique obligatoire puisqu'ils en revendiquent la transformation en droit positif³⁷ mais il faut en plus souligner qu'elle n'est même pas annexée au Traité de Nice, qu'elle ne contient aucune proposition de modification du traité sur laquelle les Etats membres auraient été d'accord, même si sur certains points, le texte se fait l'écho du point de vue des fédérations sportives.

b. *La résolution du Parlement européen du 29 mars 2007 sur l'avenir du football professionnel en Europe*

Cette résolution trouve clairement sa source dans le rapport Arnaut, posant des constats et suggérant des remèdes similaires.

Ceci dit, la résolution ne propose pas formellement de modification du traité ; elle émet le souhait que l'application du droit communautaire au football professionnel « ne porte pas atteinte à ses fonctions sociales et culturelles, en développement un cadre juridique approprié, qui respecte pleinement les principes fondamentaux de la spécificité du football professionnel, de l'autonomie de ses instances et de la subsidiarité ». C'est oublier que la jurisprudence de la Cour de Justice et de la Commission tiennent compte de ces spécificités, lorsqu'elles intègrent dans leurs appréciations, les objectifs d'intérêt général qui, sous réserve de proportionnalité, peuvent inspirer les réglementations des fédérations sportives et justifier le fait qu'elles restreignent les libertés fondamentales ou la libre concurrence.

C'est oublier que la même jurisprudence ne porte nullement atteinte à l'autonomie des instances du sport professionnel, lorsque ces dernières agissent comme régulateurs mais il est normal que comme agent économique présent sur un marché qui représente des milliards d'euros,

³⁷ Voir rapport Arnaut, p.21 : « *In plain terms, the aim of the current project is to support and give practical effect to the principles set out in the Nice Declaration, in other words, to implement the Declaration in sport and more particularly in the specific case of football* ».

les règles du marché intérieur et de la concurrence leur soient applicables.

Le Parlement se fait aussi l'écho du problème de l'insécurité juridique résultant d'une approche basée sur une étude au cas par cas. Nous avons déjà répondu à cet argument qui vaut pour tous les secteurs économiques et il est d'ailleurs intéressant de constater que selon le Parlement européen, il n'est pas du tout sûr « que la Cour de Justice des Communautés européennes juge compatible avec l'article 12 du Traité la règle de l'UEFA, particulièrement importante pour promouvoir les jeunes joueurs, qui fixe un nombre minimal de « joueurs formés localement » ». Nous pensons qu'il n'est nullement impossible aujourd'hui d'édicter des règles conformes au droit communautaire.

Ajoutons encore que le Parlement européen se garde bien de proposer une dérogation automatique aux règles de concurrence et qu'il fait d'ailleurs preuve de plus d'exigences à l'égard de l'UEFA et surtout de la FIFA, en ce qui concerne la nécessité d'un renforcement de leur démocratie interne.

Last but not least, une résolution du Parlement européen n'a évidemment aucun effet juridique obligatoire et le Parlement européen n'a aucun pouvoir de décision ou de co-décision pour modifier les traités fondateurs.

3. L'article III-282 du Traité constitutionnel

Le Traité constitutionnel (dont on sait aujourd'hui qu'il ne sera jamais ratifié comme tel par les 27 Etats membres) comprend un article III-282 visant spécifiquement le sport.

Il n'est pas exagéré d'indiquer que cet article ne proposait aucune modification du droit communautaire allant dans le sens des conclusions du rapport Arnaut.

Si l'article prévoit que l'action de l'Union européenne en matière de sport tiendra compte « de ses spécificités, de ses structures fondées sur le volontariat ainsi que de sa fonction sociale et éducative » cette phrase ne confère aucune compétence particulière à l'Union européenne et concerne d'ailleurs tant le sport amateur que le sport professionnel.

Quand le même article indique que l'action de l'Union vise « à développer la dimension européenne du sport en promouvant l'équité et l'ouverture dans les compétitions sportives et la coopération entre les

organismes responsables du sport ainsi qu'en protégeant l'intégrité physique et morale des sportifs, notamment des jeunes sportifs », cela ne signifie nullement que cette action puisse déroger aux dispositions d'effet direct du Traité, relatives aux libertés de circulation et à la libre concurrence.

Enfin, au niveau de instruments juridiques qui peuvent être utilisés pour mettre en œuvre cet article III-282, le paragraphe 3 ne permet à l'Union européenne que d'adopter des recommandations (sans effet juridique obligatoire) ou des lois ou lois-cadres qui établissent des actions d'encouragement à l'exclusion de toute harmonisation des droits nationaux. Cela implique évidemment qu'aucune exception ne pourrait être faite aux dispositions sur les libertés de circulation et la libre concurrence.

L'on sait que depuis la signature de ce Traité constitutionnel en 2004, il est apparu que malgré 18 ratifications sur 27 Etats membres, le texte de ce Traité n'avait aucune chance d'obtenir l'assentiment de tous les Etats membres, condition indispensable à son entrée en vigueur. Après une période de réflexion, à l'instigation d'une présidence allemande très dynamique, le Conseil européen de juin 2007 s'est mis d'accord sur un texte de traité dit « simplifié », qui devrait reprendre du Traité constitutionnel les éléments sur lesquels les 27 Etats membres pourraient être d'accord. Le grand principe adopté en juin 2007 est que sauf exception expresse, les propositions contenues dans le Traité constitutionnel seront intégrées dans le nouveau traité.

Il n'est donc pas étonnant de retrouver dans le premier projet de traité modificatif, rédigé par la présidence portugaise sur base du mandat donné par le Conseil européen de juin 2007, le texte pratiquement inchangé de l'article III-282 du Traité constitutionnel qui deviendrait l'article 176 B du Traité CE. Rien d'autre sur le sport et ce malgré la publication entre la signature de 2004 et le Conseil européen de juin 2007, tant du rapport Arnaut que de la résolution du Parlement européen.

4. Le « livre blanc sur le sport » de la Commission européenne publié le 11 juillet 2007

Loin des propositions du rapport Arnaut, la Commission européenne a rappelé la pertinence de la jurisprudence existante, insistant sur le fait

que l'arrêt MECA-MEDINA et MAJCEN apportait une clarification légale importante en rejetant la thèse de l'existence de « règles purement sportives » qui échapperaient a priori au Traité CE (et donc à ses articles 81 et 82) et en affirmant au contraire que chaque règle sportive devait – au cas par cas – être examinée à la lumière des exigences des articles 81 et 82 CE.

Dans ce contexte, invoquant le principe de subsidiarité, la Commission européenne refuse de développer une approche interventionniste et – pour l'essentiel – entend se limiter à veiller au respect des libertés fondamentales, lorsque c'est nécessaire. Il s'indique ici de citer le passage que la Commission réserve à la « spécificité du sport » :

« L'activité sportive est soumise au droit communautaire. Le droit de la concurrence et les dispositions relatives au marché intérieur s'appliquent au sport dans la mesure où il constitue une activité économique. Le sport entre également dans le champ d'application d'autres principes importants du droit communautaire, comme l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité, la citoyenneté de l'Union et l'égalité entre les hommes et les femmes en matière d'emploi.

Dans le même temps, le sport présente certaines spécificités. Ces dernières peuvent être examinées sous deux perspectives :

- la spécificité des activités sportives et des règles qui s'y appliquent, comme l'organisation de compétitions distinctes pour les hommes et les femmes, la limitation du nombre de participants aux compétitions ou la nécessité d'assurer l'incertitude des résultats et de préserver l'équilibre compétitif entre les clubs participant à une même compétition ;*
- la spécificité des structures sportives, notamment l'autonomie et la diversité des organisations sportives, la structure pyramidale des compétitions du sport de loisir au sport de haut niveau, les mécanismes de solidarité structurée entre les différents niveaux et les différents intervenants, l'organisation du sport sur une base nationale et le principe d'une fédération unique par sport.*

La jurisprudence des juridictions européennes et les décisions de la Commission montrent que la spécificité du sport a été reconnue et prise en considération. Elles donnent également des points de repère sur la façon dont le droit communautaire s'applique au sport. Conformément à la jurisprudence établie, la spécificité du sport continuera d'être

reconnue, mais elle ne saurait être interprétée de sorte à justifier une dérogation générale à l'application du droit communautaire.

Tel qu'expliqué en détail dans le document de travail des services de la Commission et ses annexes, il est possible que certaines règles relevant de l'organisation du sport ne constituent pas – eu égard à leurs objectifs légitimes – une violation des dispositions du traité interdisant les ententes, sous réserve que leur incidence négative sur la concurrence, le cas échéant, soit inhérente et proportionnée aux objectifs poursuivis. On citera, à titre d'exemple, les « règles du jeu » (comme les règles fixant la durée d'un match ou le nombre de joueurs sur le terrain), les règles concernant les critères de sélection pour les compétitions sportives, les règles applicables selon que l'on joue à domicile ou à l'extérieur, les règles interdisant la multipropriété de clubs en compétition, les règles relatives à la composition d'équipes nationales, l'interdiction du dopage et les règles concernant les périodes de transfert.

Cela étant, en ce qui concerne les aspects réglementaires du sport, la détermination de la compatibilité d'une règle sportive donnée avec le droit communautaire de la concurrence ne peut se faire qu'au cas par cas, comme l'a récemment confirmé la Cour de Justice dans l'arrêt MECA-MEDINA.. La Cour a apporté une clarification concernant l'incidence du droit communautaire sur les règles sportives. Elle a rejeté la notion de « règles purement sportives » comme n'étant pas pertinente eu égard à la question de l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence au sport.

La Cour reconnaît qu'il convient de tenir compte de la spécificité du sport dans le sens où les règles qui ont pour effet de restreindre la concurrence et qui sont inhérentes à l'organisation et au bon déroulement d'un sport de compétition ne constituent pas une violation du droit communautaire de la concurrence pour autant que ces effets soient proportionnés au véritable intérêt sportif légitime poursuivi. Cette nécessité de vérifier la proportionnalité implique la nécessité de tenir compte des caractéristiques de chaque cas. Cette nécessité ne permet pas de formuler des principes généraux sur l'application du droit de la concurrence au secteur du sport »³⁸.

La Commission ne propose donc pas non plus une modification du traité telle qu'elle puisse répondre à l'objectif central du rapport Arnaut, à savoir l'institutionnalisation et la consolidation du pouvoir des fédérations sportives.

³⁸ P. 14 et 15. C'est nous qui soulignons.

Enfin, la Commission :

- prône résolument le développement du « Dialogue social européen », constatant que *« au regard du nombre croissant de difficultés que présente la gouvernance du sport, le dialogue social au niveau européen peut contribuer à répondre aux préoccupations des employeurs et des athlètes »* et que *« un dialogue social européen dans le secteur du sport en général ou dans un domaine particulier (le football, par exemple) est un outil qui permettrait aux partenaires sociaux de contribuer activement au modelage des relations professionnelles et des conditions de travail. Ce dialogue social pourrait également déboucher sur l'élaboration de codes de conduite communs ou de chartes qui pourraient aborder des questions liées à la formation, aux conditions de travail ou à la protection des jeunes »*. Dès lors, *« la Commission encourage et approuve tous les efforts visant à instaurer des comités de dialogue social européen dans le secteur du sport »*, en rappelant que doivent y siéger les véritables représentants des employés et des employeurs³⁹ ;

- précise que : *« Le livre blanc tire pleinement parti des possibilités offertes par les traités en vigueur. Le Conseil européen de juin 2007 a défini le mandat de la Conférence intergouvernementale et celui-ci prévoit qu'une disposition du traité soit consacrée au sport. Si nécessaire, la Commission pourrait revenir sur cette question et proposer des initiatives supplémentaires dans le contexte d'une nouvelle disposition du traité »*⁴⁰.

³⁹ P. 21 du « Livre blanc sur le sport »

⁴⁰ P.21 du « Livre blanc sur le sport »

V. Conclusion

La revendication de fond de l'UEFA, association de droit suisse, est donc de se voir confier le monopole de la gestion du football en Europe et donc pas seulement de sa régulation et d'exercer cette gestion à l'abri du contrôle du juge communautaire, étant entendu que l'UEFA n'est pas un pur régulateur mais très clairement un agent économique majeur sur le marché du football professionnel.

L'aversion de l'UEFA et de la FIFA à l'encontre de toute forme de concurrence organisée, fût-ce de façon embryonnaire, s'est récemment manifestée avec clarté au travers des appels lancés publiquement par les présidents de l'UEFA et de la FIFA, lors de leur dernier congrès respectif, à l'adresse des 18 clubs membres du G-14 afin qu'ils dissolvent leur G.E.I.E. et qu'ils se désistent des actions juridiques en cours, la FIFA et l'UEFA promettant en retour l'ouverture d'un dialogue avec les clubs ⁴¹.

Au passage, on soulignera le paradoxe consistant à poser la dissolution d'un G.E.I.E. de clubs en précondition d'un dialogue avec ceux-ci. En effet, un tel dialogue, au vu de la complexité et de la diversité des sujets à traiter, nécessite l'existence d'un interlocuteur structuré, suffisamment représentatif des intérêts qu'il défend et doté de la personnalité juridique.

Tel est d'ailleurs le cas en ce qui concerne le dialogue entre d'une part la FIFA et l'UEFA et, d'autre part, la FIFPRO qui représente les joueurs. La difficulté qu'éprouvent ces fédérations internationales à reproduire ce modèle dans leurs relations avec les clubs est – à notre sens – le reflet de la réalité économique évoquée ci-dessus, à savoir que les clubs actifs dans la sphère transnationale sont perçus par la FIFA et l'UEFA comme des concurrents sur le marché du football international, ce qui n'est pas le cas des joueurs, même lorsqu'ils sont organisés internationalement, au sein de la FIFPRO.

Par ailleurs, rappelons que les fédérations internationales, sans attendre d'éventuellement obtenir le statut privilégié prôné par le rapport Arnaut s'efforcent d'atteindre le résultat similaire par un biais procédural, à savoir en rendant strictement obligatoire le recours à l'arbitrage du T.A.S., avec pour objet ou à tout le moins pour effet de soustraire tout

⁴¹ Voir journal Le Monde, du 2 juin 2007, p. 15 où l'on peut notamment lire que « Michel Platini, nouveau président de l'UEFA, a ainsi, lundi 28 mai, tancé le G-14, association qui réunit les 18 clubs les plus puissants d'Europe, qu'il a qualifié de « regroupement élitiste ». Il a demandé « officiellement » sa dissolution et appelé ses adhérents à « engager un dialogue fructueux avec les autres membres du football européen ». « Je rejoins Platini, a indiqué Sepp Blatter, jeudi 31 mai, lors de sa réélection à la tête de la Fédération internationale de football (FIFA), et je dis aux clubs : revenez dans la famille et retirez vos plaintes ».

litige opposant les acteurs du secteur du football (dont elles-mêmes) à l'ordre juridique communautaire.

Or, le respect par ces fédérations internationales du droit communautaire, en son état actuel, ainsi que la bonne exécution de leurs missions régulatrices dans le cadre juridique communautaire existant ne relèvent aucunement de l'utopie.

Par ailleurs, le « Modèle européen du sport » tel que postulé par le rapport Arnaut n'est pas du tout un patrimoine commun partagé par tous les sports.

A titre exemplatif :

- dans le cyclisme, le rôle de l'Union Cycliste Internationale (UCI) est proche de celui d'un pur régulateur, les organisateurs (qui sont des entités privées) et les équipes se partageant la gestion et l'exploitation des activités commerciales générées par ce sport ;
- en basket-ball, après une brève période de breakaway, les principales ligues professionnelles, réunies au sein de l'Euroleague Basket-ball ⁴², ont réussi à contenir la Fédération Internationale de Basket-ball (FIBA) dans un rôle de régulateur et ont obtenu de gérer l'organisation et l'exploitation des compétitions européennes interclubs.

Enfin, la vision du football promue par l'UEFA et la FIFA (et relayée par le rapport Arnaut) est intrinsèquement nationale. Organisées sur une base nationale (une fédération par Etat), dotées d'organes directeurs résultant de cette structure, la FIFA et l'UEFA entendent pérenniser ce modèle d'organisation, non seulement pour les compétitions entre équipes nationales (ce qui est légitime) mais également pour le football de clubs.

En d'autres termes, le « modèle européen du sport » non seulement hiérarchisé mais compartimenté promu par ces fédérations est en fait un « modèle national du sport européen » ⁴³. Ce modèle, s'il est adapté aux besoins des compétitions entre équipes nationales, a également pour effet – en ce qui concerne le football de clubs – de faire dépendre en

⁴² Site web : www.deloitte.com

⁴³ Notons que l'UEFA, dans l'exploitation de ses propres activités commerciales, ne s'astreint pas au respect d'une telle logique territoriale. A titre d'exemple, le 21 mai 2007, à l'occasion du lancement de la version chinoise du site de l'UEFA – <http://cn.uefa.com> – le CEO de UEFA Media Technologies SA déclarait : « *This is a major step forward in our efforts to bring the passion of European football to the football fans around the world. With SINA, we have found a partner that can help us bring our vision of the world's biggest game to the world's biggest audience* », ce site offrant notamment des services de pay-per-view.

bonne partie le sort économique des clubs de la taille de leur marché national respectif, avec notamment pour conséquence une paupérisation relative des clubs situés dans de « petits Etats ».

Ceci dit, notre analyse du droit communautaire actuel et notre opinion selon laquelle le droit communautaire primaire ne devrait pas être modifié dans le sens voulu par le rapport Arnaut n'empêche pas une modernisation du modèle actuel de gouvernance du sport professionnel. S'il s'indique de réaffirmer la légitimité de principe au regard du droit communautaire du rôle prépondérant des fédérations nationales et internationales en ce qui concerne l'organisation et la gestion des compétitions entre équipes nationales, cela ne doit pas signifier que les mêmes fédérations disposent en cela d'une liberté absolue, dès lors que ces compétitions affectent les droits et intérêts de tiers, à savoir les clubs, qui se voient privés de leurs employés qu'ils continuent à payer et donc de la possibilité de disputer des rencontres chaque fois que se déroulent des compétitions entre équipes nationales.

Les questions du calendrier et de la mise à disposition des joueurs constituent les deux points de contact les plus frictionnels entre le « club football » et le « national team football ».

En effet, le calendrier international n'est ni plus ni moins que le calendrier de production du « produit football ». En d'autres termes, en fixant le calendrier et en soumettant à autorisation préalable la possibilité pour quiconque d'organiser une rencontre de football, la FIFA détermine les périodes de production réservées pour elle-même et pour ses membres et celles laissées aux clubs.

Quant à la mise à disposition des joueurs, elle est le moyen par lequel la FIFA et ses membres s'approprient d'autorité la « matière première » (les services des joueurs) qui permettra l'organisation des compétitions entre équipes nationales, dans les plages de calendrier que la FIFA fixe à cette fin, cette appropriation ayant pour effet de soustraire cette « matière première » aux clubs, qui pourtant – par le biais du contrat de travail – en ont acquis les services.

Un autre dialogue avec les clubs n'empêcherait d'ailleurs nullement les fédérations nationales et internationales de conserver leurs fonctions de gardiennes de l'éthique sportive, de responsables de l'ensemble des questions liées à l'arbitrage des rencontres ainsi que du régime disciplinaire visant à garantir le respect des différentes règles de jeu se rapportant à l'éthique sportive sur et en dehors du terrain de jeu.

Le droit communautaire n'empêche nullement que s'organise un véritable dialogue social européen, qui doit dépasser la pure consultation et concerner l'ensemble des acteurs qui pourront ensemble aborder des sujets importants pour l'avenir du football professionnel.

On le voit, l'avenir du sport professionnel ne doit pas s'inscrire en dehors du droit communautaire qui, tel qu'interprété par la Cour et la Commission européenne, est probablement la meilleure garantie d'un maintien de compétitions prospères entre équipes nationales, d'une part, et de l'essor d'un football de club véritablement européen, d'autre part.

Lorsque la nécessité s'en fera vraiment sentir, comme c'est le cas en ce qui concerne les questions connexes du calendrier et de la mise à disposition des joueurs, nul doute que les contours de l'application du droit communautaire au secteur du sport seront affinés par la CJCE, à l'occasion notamment de procédures préjudicielles. Loin d'être source d'insécurité juridique, cette activité jurisprudentielle contribuera à consolider et à préciser les droits et les obligations communautaires des différents acteurs du secteur.