



La *Lex Sportiva* Face au Droit de l'Union
Européenne: Guerre et Paix dans l'Espace
Juridique Transnational

Antoine Duval

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Florence, août 2014, dépôt. Septembre 2015, soutenance.

European University Institute

Département des Sciences juridiques

La Lex Sportiva Face au Droit de l'Union

Européenne : Guerre et Paix dans l'Espace Juridique

Transnational

Antoine Duval

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de
l'obtention du grade de Docteur en Sciences juridiques
de l'European University Institute

Membres du jury

Prof. Marie-Ange Moreau (Directrice de thèse), Institut Universitaire Européen et
Université Lyon 2

Prof. Hans-Wolfgang Micklitz, Institut Universitaire Européen

Prof. Stephen Weatherill, University of Oxford

Prof. Stefaan Van den Bogaert, Universiteit Leiden

© Antoine Duval, 2015

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite ou distribuée
sans la permission préalable de l'auteur

Remerciements

Cette thèse est le produit de nombreuses rencontres auxquelles je ne saurais rendre que partiellement justice ici.

Je dois à Marie-Ange Moreau de m'avoir donné la chance inestimable de rejoindre la colline de Fiesole et je lui suis à jamais redevable pour m'avoir soutenu tout au long du processus de rédaction de ce livre. Les professeurs Hans Micklitz, Stefaan Van den Bogaert et Stephen Weatherill ont généreusement accepté de lire cette thèse, je les en remercie. De leur côté, les professeurs Loïc Azoulai, Dennis Patterson et Miguel Poiares Maduro ont joué un rôle important dans la formation de beaucoup des idées contenues dans ce livre, ce fut fascinant de suivre leurs enseignements. La République française et l'Institut ASSER ont généreusement financé mes recherches, ils ont rendu ce livre matériellement possible.

Les discussions infinies (parfois avinées) avec Sophie, Daniela, Aurélie et Lena à Pian de Mugnone ont rythmé ma première année champêtre à Florence. Tout comme les équipes de foot diaboliques montées avec Matteo, Marco, Mislav, Christophe et Tommaso pour la Coppa Pavone. Bannister m'a humilié à de nombreuses reprises à PES et j'en garde malgré tout de bons souvenirs (Duvalinho quel héros tragique). J'ai abandonné de nombreux amis à Paris qui ont eu la gentillesse de ne jamais m'en avoir tenu rigueur, je pense à William, Clément, Fatima, Deborah, Nathalie, Clémence, Jessica. A Bruxelles, mon expérience de terrain au cœur de la bulle européenne aurait été bien moins plaisante sans Milena, Akos, Stefanie et Lorent. Je survivis à la grisaille de La Haye grâce à la complicité de mes collègues Ben et Oskar (Claudio tu nous manques). Mon admiration pour Lukas, l'homme qui sait et fait tout, est sans borne, et j'ai hâte de repartir sur la route à ses côtés. Enfin, un trio de fidèles parmi les fidèles, Patrick, Leila et Michael, a généreusement sacrifié un week-end d'avril pour tenter de « traduire » cette thèse en bon français, je leur en sais gré à jamais.

Ma famille m'a toujours entouré et encouragé dans mes différentes aventures transnationales. J'ai la chance de pouvoir compter sur une ribambelle de cousins et cousines, oncles et tantes à l'amitié sans faille. Ma petite sœur, Elsa, m'émerveille par son intelligence et son courage, elle a trouvé en Six un pendant à la hauteur de son

talent. Enfin, mes parents (Martine et Guillaume), et mes grands-parents (Yvette et Noel, Jeannine et Claude), m'ont transmis le plaisir d'apprendre et de lire, la curiosité du (et l'ouverture au) différent, j'espère être un jour à la hauteur de leur confiance et de leurs attentions.

Tanja a été mon passager clandestin lors de ce (long) voyage, ce n'est que le début de notre odysée commune. Danke für dein Dasein.

'C'est le temps que tu as perdu pour ta rose qui rend ta rose importante.'

Résumé de la thèse

20 ans après l'arrêt Bosman de la Cour de Justice de l'UE, cette thèse analyse l'interaction entre le droit de l'UE et la *lex sportiva*, le droit transnational privé qui régit l'activité sportive internationale. Elle entend tout particulièrement éclairer la fonction de contre-pouvoir démocratique transnational que remplit le droit de l'UE dans ce contexte.

La première partie de la thèse retrace les modalités de l'intervention du droit de l'UE dans le domaine sportif et démontre que tant les libertés fondamentales que le droit de la concurrence de l'UE peuvent être efficacement invoqués afin de contrecarrer les normativités privées transnationales. Ce contre-pouvoir n'est cependant pas aveugle : le contrôle de proportionnalité couplé avec la notion émergente de spécificité sportive permettent de tenir compte des objectifs particuliers poursuivis par la *lex sportiva*. Dès lors, une forme de dialogue juridique transnational se met en place.

La seconde partie s'attache aux changements institutionnels et normatifs que cette intervention du droit de l'UE a pu engendrer tant au niveau des organes que du contenu de la *lex sportiva*. En effet, l'UE ne dispose d'aucune compétence (ni de capacité) législative pour se substituer à la *lex sportiva*. L'intervention du droit européen doit donc, pour être efficace, se traduire par un effet réflexif sur celle-ci. En pratique, cette intervention du droit de l'UE a donné lieu, d'une part, à de nouveaux modes de production de la *lex sportiva*, notamment en co-production avec la Commission européenne afin de se conformer au droit de la concurrence ou dans le cadre récent du dialogue social européen, et de l'autre, elle a contribué à faire naître les nouvelles fabriques de la *lex sportiva* que sont le Tribunal Arbitral du Sport et l'Agence Mondiale Anti-dopage.

Table des matières

Introduction Générale	1
I. Le contexte : mondialisation et transnationalisation.....	2
II. L'espace juridique transnational : le droit après, sans ou au-delà de l'Etat	4
III. La méthode : un positivisme critique, contextuel et transnational	8
IV. Le cas pratique : la <i>lex sportiva</i> face au droit de l'UE.....	10
a. La <i>lex sportiva</i>	10
b. Le droit de l'UE.....	15
c. Une rencontre juridique transnationale	17
Partie I : La Primauté Relative du Droit de l'UE Face à la Lex Sportiva	21
Introduction de la Partie	21
Titre 1 : La Saisie de la <i>Lex Sportiva</i> par le Droit de l'UE	23
Chapitre 1 : La <i>lex sportiva</i> entre les griffes des libertés fondamentales	23
I. Activité économique ou exception sportive : Définir le champ d'application du droit de l'UE dans le domaine sportif	26
a. L'activité économique, cheval de Troie du droit de l'UE	27
b. De l'exception sportive : ceci n'est pas une activité économique !	28
i. Les arrêts Walrave et Donà : naissance d'une ambiguïté.....	28
ii. L'arrêt <i>Bosman</i> : l'exception circonscrite	30
iii. L'arrêt <i>Meca-Medina</i> : la mort de l'exception ?.....	34
c. Le critère de l'activité économique, obsolète?	36
II. L'applicabilité rationae personae de la liberté de circulation	37
a. Le sportif : un travailleur comme les autres	38
b. Le sportif : prestataire de service	40
c. Le sportif en tant que citoyen européen : La liberté de circulation au-delà de l'activité économique ?	43
III. L'applicabilité des libertés fondamentales à la Lex Sportiva	44
a. <i>Walrave</i> : arrêt fondateur	45
b. L'effet « horizontal » dans la jurisprudence sportive de la Cour	48

IV.	De la discrimination à l'entrave.....	50
a.	De la discrimination.....	50
b.	...à l'entrave	51
i.	L'arrêt Bosman : L'origine du monde.....	51
ii.	L'entrave dans la jurisprudence ultérieure.....	54
iii.	L'entrave : le grand bond en avant du droit de l'UE	57
V.	L'effet « horizontal » : la force juridique transnationale des libertés fondamentales de l'UE.....	59
a.	Effet horizontal ou effet vertical : anatomie d'une confusion juridique..	59
i.	La fonction publique de la <i>lex sportiva</i> reconnue	60
ii.	De la réglementation privée à l'action privée : vers un effet horizontal pervers des libertés de circulation.....	62
1.	De la réglementation à l'action privée : vers un véritable effet horizontal.....	62
2.	L'effet horizontal pervers : l'exemple des arrêts Viking et Laval.....	66
b.	La force transnationale de la distinction public/privé fonctionnelle en droit de l'UE	70
i.	L'agnosticisme de l'effet utile comme moteur d'une distinction public/privé fonctionnalisée.....	70
iii.	Une distinction public/privé fonctionnelle : la force du droit de l'UE dans l'espace transnational.....	72
VI.	Conclusion du Chapitre 1	74
	Chapitre 2 : La <i>lex sportiva</i> saisie par le droit de la concurrence de l'UE	77
I.	La notion d'entreprise appliquée à la <i>lex sportiva</i>	78
a.	Les contours de la notion d'entreprise en droit de la concurrence de l'UE 79	
i.	L'interprétation fonctionnelle de la notion d'entreprise.....	79
ii.	Les frontières de la notion d'entreprise en droit de la concurrence de l'UE83	
b.	Les notions d'entreprise et d'association d'entreprise appliquées à la <i>lex sportiva</i>	85
i.	Ceci n'est pas une « entreprise ».....	85

ii.	Les organisations de la <i>lex sportiva</i> : des entreprises (ou associations d'entreprises) au sens de l'article 101 et 102 TFUE	88
iii.	Les organisations de la <i>lex sportiva</i> exclues du champ d'application du droit de la concurrence de l'UE	95
II.	Le caractère potentiellement anticoncurrentiel des règles de la <i>lex sportiva</i>	96
a.	La <i>Lex Sportiva</i> face à l'article 101 TFUE.....	96
i.	La <i>Lex sportiva</i> en tant que décision d'association ou accord d'entreprises.....	96
ii.	L'effet sur les échanges entre les Etats membres	98
iii.	L'objet ou l'effet restrictif de la concurrence.....	102
b.	La <i>Lex Sportiva</i> face à l'article 102 TFUE.....	106
i.	Définition du marché pertinent.....	107
ii.	Les organes de la <i>Lex Sportiva</i> en position dominante	108
iii.	La <i>Lex Sportiva</i> comme abus d'une position dominante.....	113
III.	Le droit de la concurrence de l'UE face à la <i>lex sportiva</i> : un contre-pouvoir efficace.....	118
a.	Un contre-pouvoir... ..	118
i.	Les racines ordo-libérales du droit de la concurrence de l'UE	118
ii.	Contre-pouvoir aux pouvoirs privés.....	120
b.	...Efficace face à la <i>lex sportiva</i>	122
i.	L'application extraterritoriale : la logique transnationale du droit de la concurrence	122
ii.	L'application extraterritoriale du droit de la concurrence de l'UE... ..	124
iii.	La <i>Lex Sportiva</i> prisonnière des griffes du droit de la concurrence de l'UE	127
IV.	Conclusion du chapitre	128
	Conclusion du Titre I.....	131
	Titre 2 : Le contrôle de la <i>lex sportiva</i> par le droit de l'UE : Vers un « Transnationalisme délibératif »?.....	135
	Chapitre 1 : Le contrôle de proportionnalité: justifier la <i>lex sportiva</i>	137
I.	L'application du contrôle de proportionnalité à la <i>lex sportiva</i>	139
a.	Les racines du contrôle de proportionnalité en droit de l'UE	139

b.	Le contrôle de proportionnalité dans l'application des libertés fondamentales à la <i>lex sportiva</i>	141
i.	Les objectifs légitimes reconnus par la Cour en faveur de la <i>lex sportiva</i>	142
ii.	Evaluer la proportionnalité de la <i>lex sportiva</i> visant à atteindre ces objectifs légitimes.....	147
1.	L'aptitude des règles de la <i>lex sportiva</i> à atteindre leur objectif ..	147
2.	La nécessité des règles de la <i>lex sportiva</i> afin d'atteindre l'objectif poursuivi.....	152
c.	Le contrôle de proportionnalité dans l'application du droit de la concurrence à la <i>lex sportiva</i>	156
i.	Les faux amis : Le test d'inhérence et la règle de raison.....	157
1.	La règle de raison du droit anti-trust américain	157
2.	La restriction accessoire ou inhérente	158
ii.	Le principe de proportionnalité des libertés fondamentales transposé au droit de la concurrence.....	160
1.	L'article 101 paragraphe 3 TFUE : un ersatz au contrôle de proportionnalité	161
2.	Le contrôle de proportionnalité transplanté au sein de l'article 101 paragraphe 1 TFUE.....	165
II.	De la justification au « pluralisme ordonné » : Quelle fonction pour le contrôle de proportionnalité imposé à la <i>lex sportiva</i> ?	177
a.	Le contrôle de proportionnalité comme obligation de justification de la <i>lex sportiva</i>	178
i.	Le contrôle de proportionnalité entre optimisation et justification	178
1.	Le contrôle de proportionnalité comme optimisation économique	178
2.	Le contrôle de proportionnalité comme « pratique de la justification »	180
ii.	L'obligation de justification de la <i>lex sportiva</i> : deux exemples.....	185
1.	Les conclusions de l'avocat général Lenz sous Bosman : questionner les moyens sans remettre en cause les fins	185
2.	L'arrêt Meca-Medina : questionner la lutte anti-dopage.....	188

b.	Le contrôle de proportionnalité : technique juridique du pluralisme ordonné ?	190
III.	Conclusion du chapitre	195
Chapitre 2: La spécificité sportive : un bouclier juridique et discursif efficace face à l'intervention du droit de l'UE?		197
I.	Les origines de la spécificité sportive.....	198
a.	Les origines françaises de la spécificité sportive	198
b.	La spécificité sportive contre le droit de l'UE.....	199
c.	La spécificité sportive intégrée	202
II.	L'adoption du discours de la spécificité sportive par le Conseil, le Parlement et la Commission	203
a.	Le Parlement européen et la spécificité sportive.....	203
b.	La Commission européenne et la spécificité sportive.....	206
c.	Le Conseil et la spécificité sportive.....	209
III.	La spécificité sportive au sein des traités : l'article 165 paragraphe 1 TFUE	211
a.	La Convention sur l'avenir de l'Europe et le sport	211
b.	La spécificité sportive imposée par la conférence intergouvernementale	213
c.	Le sauvetage par le traité de Lisbonne.....	214
IV.	Quelle portée juridique pour la spécificité sportive ?.....	215
a.	La portée du discours de la spécificité dans la jurisprudence de la Cour avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.....	215
b.	La portée juridique de l'article 165 TFUE dans la jurisprudence de la Cour.....	218
i.	La portée juridique de l'article 165 TFUE en débat.....	219
ii.	La portée juridique de l'article 165 TFUE n'est pas négligeable	220
V.	Quelle fonction pour la spécificité sportive dans l'espace juridique transnational ?.....	222
a.	La spécificité sportive n'est pas une exception.....	222
b.	La spécificité sportive : une obligation de bienveillance à l'égard de la <i>lex sportiva</i>	224

i. La spécificité sportive : le Cheval de Troie de la lex sportiva au sein du droit de l'UE.....	224
ii. La spécificité sportive et la spécificité nationale : même combat ?...	226
VI. Conclusion du Chapitre.....	228
Conclusion Titre 2.....	229
Conclusion de la Partie.....	231
Partie 2 : L'autonomie surveillée de la <i>Lex Sportiva</i>	235
Introduction de la Partie	235
Titre 1 : Les nouveaux modes de co-production de la lex sportiva.....	237
Chapitre 1 : Produire la lex sportiva à l'ombre du droit de la concurrence de l'UE	239
I. Le temps de la négociation dans la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE	240
a. L'espace de la négociation dans la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE avant le règlement 1/2003	240
i. Les attestations négatives et les notifications	240
ii. Les enquêtes.....	241
b. L'espace de négociation dans le nouveau droit de la concurrence de l'UE	242
i. La disparition des procédures de notifications.....	242
ii. La procédure d'engagements : un nouveau terrain de jeu pour la négociation transnationale ?	244
II. Le droit de la concurrence : un terrain privilégié pour la négociation législative de la lex sportiva	245
a. La saga des transferts et le nouveau règlement de la FIFA.....	246
i. Quel rôle pour le droit de la concurrence de l'UE dans l'élaboration du nouveau Règlement du Statut et du Transfert des Joueurs de la FIFA ? .	247
1. De la première plainte à la prise de conscience – 1997-2000.....	247
2. La négociation – 2000-2001.....	249
3. Le compromis : les principes fondamentaux.....	251
ii. La transposition par la FIFA de ces principes	254
iii. Le Règlement FIFA sur le Statut et les Transferts des joueurs est-il compatible avec le droit de l'UE ?.....	256

b.	Les agents de joueurs, le droit de la concurrence et le règlement FIFA	
	257	
i.	De la plainte au rejet : le règlement des agents de joueurs de la FIFA	
	face au droit de la concurrence de l'UE	257
ii.	Le nouveau règlement de la FIFA concernant les agents de joueurs...	259
iii.	La confirmation du rejet de la plainte par le Tribunal.....	260
c.	La Fédération Internationale de l'automobile confrontée à la	
	Commission européenne	261
i.	Notifications, plaintes et communication de griefs	261
ii.	La réforme de la structure institutionnelle de la FIA	263
III.	La politique transnationale du droit de la concurrence de l'UE.....	264
a.	La Commission européenne : co-législateur de la <i>lex sportiva</i>	265
b.	La <i>lex sportiva</i> une autonomie législative préservée.....	269
IV.	Conclusion du chapitre	271
Chapitre 2- Le dialogue social européen et le sport : Vers un nouveau processus		
	législatif pour la <i>lex sportiva</i> ?	275
I.	Le dialogue social européen en droit de l'UE	276
a.	Historique.....	276
b.	Les procédures : articles 154 et 155 TFUE.....	278
i.	Le dialogue social intégré	278
ii.	Le dialogue social autonome.....	280
c.	Les niveaux du dialogue social européen.....	283
i.	Interprofessionnel.....	283
ii.	Sectoriel	284
II.	Le dialogue social européen dans le domaine du sport	285
a.	Du dialogue structuré au dialogue social européen.....	286
i.	Du dialogue structuré.....	286
ii.	...au dialogue social européen	289
b.	Naissance du dialogue social européen dans le sport.....	291
i.	Vers un dialogue social européen dans le sport en général ?	292
ii.	La création du comité de dialogue social européen pour le secteur du	
	football	294

c.	L'aboutissement du dialogue européen sectoriel dans le domaine du football : l'accord relatif aux exigences minimales requises pour les contrats types de joueurs dans le secteur du football professionnel.....	298
i.	La substance de l'accord	298
ii.	La valeur juridique et la mise en œuvre de l'accord.....	301
III.	Le dialogue social : « démocratiser » la production du droit dans l'espace transnational.....	304
a.	Le dialogue social européen : insuffler de la « bonne gouvernance » au sein de la <i>lex sportiva</i>	305
b.	Le dialogue social: corriger les asymétries de pouvoir dans l'espace transnational	308
IV.	Conclusion du chapitre	311
	Conclusion du Titre 1.....	313
	Titre 2 : Les nouvelles « fabriques » de la <i>lex sportiva</i>	315
	Chapitre 1 : L'AMA : un nouveau législateur de la <i>lex sportiva</i> face à l'Union européenne.....	317
I.	L'AMA : l'émergence d'un OVNI institutionnel dans l'espace transnational	317
a.	L'AMA : une solution aux crises de la modernité sportive	318
i.	La crise du dopage.....	318
ii.	La crise de l'interventionnisme étatique et européen	321
iii.	L'AMA : une solution aux crises.....	323
b.	L'AMA : une structure institutionnelle « postmoderne ».....	325
i.	Un partenariat public-privé.....	325
ii.	Un Code Mondial antidopage vivant.....	328
1.	L'expérimentalisme législatif du premier Code mondial	329
2.	Les révisions ultérieures du Code	330
iii.	Un Code Mondial Antidopage en réseau	332
1.	Un réseau de législateurs.....	332
2.	Un réseau de contrôleurs.....	335
3.	Un réseau de juges.....	337
II.	L'Union européenne et l'AMA.....	338
a.	L'Union européenne : un partenaire historique de l'AMA.....	339

i.	L'UE et le dopage avant l'AMA	340
ii.	Quel rôle pour l'UE dans la fondation de l'AMA ?	342
iii.	L'UE et l'AMA : le jour d'après	345
b.	Le droit de l'UE comme limite à l'autonomie de l'AMA et de ses normes 348	
i.	Le droit de la protection des données une menace sérieuse pour l'AMA 348	
1.	L'Opinion 3/2008 du Groupe de Travail « article 29 »	349
2.	La mini-crise politique à l'AMA.....	352
3.	Le deuxième avis du G29	353
4.	Le standard de mai 2009 : l'ultime compromis	355
5.	La fin de l'histoire ?	356
ii.	Le droit de la concurrence : une menace potentielle pour l'AMA	358
1.	Les règles de lutte contre le dopage tombent-elles dans le champ d'application du droit de la concurrence l'UE ?	358
2.	Entreprises ou association d'entreprises	364
3.	Restrictions de la concurrence ou abus de position dominante.....	365
III.	Conclusion du chapitre	371
Chapitre 2 : Le TAS : Un pare-feu juridictionnel efficace de la <i>lex sportiva</i> face au droit de l'UE ?.....		
I.	L'émergence post-Bosman du TAS : isoler la <i>lex sportiva</i>	374
a.	Le TAS de la traversée du désert à la (re)naissance	375
i.	Un démarrage poussif...	375
ii.	...à la « Cour suprême mondiale du sport ».....	378
b.	Le TAS entre indépendance et dépendance.....	384
i.	Entre dépendance et indépendance institutionnelle du TAS	384
1.	La « chose » du CIO	385
2.	« Plus ça change, moins ça change » : L'indépendance institutionnelle du TAS après la réforme	386
ii.	Le TAS : bouche de la <i>lex sportiva</i> ?	391
1.	La <i>lex sportiva</i> : le droit applicable par le TAS	391
2.	Le TAS interprète et censeur de la <i>lex sportiva</i>	394

iii. L'indépendance du TAS reconnue par le Tribunal fédéral suisse : La fin de l'histoire?	399
c. La boucle est-elle bouclée ?.....	404
i. Le TAS et la clôture de la <i>lex sportiva</i>	404
ii. Les potentielles échappatoires au TAS	406
1. Les faiblesses de la clause d'arbitrage dans le domaine sportif.....	406
2. Le recours contre une sentence du TAS auprès du Tribunal fédéral suisse.....	410
3. La reconnaissance de la sentence.....	412
II. Le TAS prisonnier du droit de l'UE.....	416
a. Le TAS : bouche du droit de l'UE.....	416
i. Le droit de l'UE et l'arbitrage : une brève introduction	416
ii. Le droit de l'UE dans la jurisprudence du TAS	421
1. Le droit de la concurrence de l'UE devant le TAS.....	421
2. La liberté de circulation des travailleurs devant le TAS	425
b. Le TAS saisi par le droit de l'UE	431
III. Conclusion du chapitre	434
Conclusion du Titre 2.....	437
Conclusion de la Partie.....	439
Conclusion Générale.....	443
I. La force transnationale du droit de l'UE.....	443
II. Vers un « transnationalisme délibératif » entre le droit de l'UE et la <i>lex sportiva</i>	445
III. Les nouveaux modes de production de la <i>lex sportiva</i> à l'ombre du droit de l'UE	447
IV. Les nouvelles fabriques de la <i>lex sportiva</i>	448

INTRODUCTION GENERALE

« Voilà pourtant que cet univers s'est mis à bouger [...] Les juristes, gardiens du temple, ont-ils pris la mesure du séisme qui en ébranle les bases ? [...] voilà que les points de fuite se diversifient, chaque groupe de personnages commandant une nouvelle perspective ; les espaces se déterritorialisent, les frontières deviennent poreuses et réversibles, les séparations se brouillent, les distances se contractent ou s'allongent à volonté. »¹

Il y a vingt ans, l'arrêt *Bosman*² de la Cour de justice de l'Union européenne installée à Luxembourg causait un véritable tremblement de terre juridique qui ébranla la planète du football et du sport en général³. L'arrêt est bien connu et a donné lieu à de nombreux commentaires⁴. Mais près de vingt ans plus tard, nous proposons de l'exhumer à nouveau afin de l'étudier sous un nouvel angle. Il s'agit de ré-ouvrir son autopsie juridique pour la passer au crible d'une nouvelle perspective transnationale sur le droit.

Le droit est nécessairement happé par les transformations radicales que subissent nos sociétés sous les coups de butoir de la mondialisation⁵. Pourtant, l'étude du droit reste profondément ancrée dans une perspective nationale. Certes, ce déficit d'attention se

¹F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis 2002, p.11.

² CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165.

³ 'Is it a revolution, or isn't it?', se demandait le New York Times quelques jours après l'arrêt, C. Clarey, 'Free Agency Crosses the Atlantic, Anxiety on Board', New York Times, 20 décembre 1995.

⁴Voir principalement la thèse de Stefaan Van den Bogaert, *Practical Regulation of the Mobility of Sportsmen in the EU Post Bosman*, Kluwer Law International, 2005 et les très nombreux travaux de Stephen Weatherill cités tout au long de cette thèse.

⁵ Voir par exemple les travaux précurseurs de: F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau : Pour une théorie dialectique du droit* ; Presses de Saint Louis 2002; G. Teubner (éd), *Global Law Without the State*, Dartmouth 1997; W. Twining, *Globalization and Legal theory*, Cambridge University Press 2000 ; J-B. Auby, *La Globalisation le droit et l'Etat*, Montchrestien 2003 ; M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit (I)*, Seuil 2004 ; M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (II)*, Seuil 2006.

comble très rapidement⁶. Tandis que la place du droit dans un espace social en voie de transnationalisation pose de nombreuses questions fondamentales. Le droit est-il possible dans la société monde? Certains doutent ouvertement de son avenir⁷. Pour d'autres, il est en voie de « mutation »⁸, on assisterait à un changement de paradigme juridique. Dans ce contexte, nous proposons d'étudier la rencontre entre deux droits acteurs des changements à l'oeuvre: la *lex sportiva* et le droit de l'Union européenne.

I. Le contexte : mondialisation et transnationalisation

C'est un lieu commun, la mondialisation est en marche et les transformations qu'elle amène dans son sillage annoncent le « retournement du monde »⁹ et « la constellation post-nationale »¹⁰. Cette mondialisation est caractérisée par l'accélération, la réduction des distances et l'augmentation des flux transnationaux¹¹. Ces flux d'hommes, de marchandises, d'informations transpercent les frontières des Etats¹². Dans cet environnement, les multinationales dominent les échanges en s'appuyant sur des chaînes de production de plus en plus intégrées globalement et de moins en moins sensibles aux frontières. En bref, « les Etats ont des racines, et les investisseurs des

⁶ Voir par exemple les travaux récents de G. Teubner, *Constitutional Fragments*, Oxford University Press 2012 ; G-P. Callies et P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code : A theory of transnational private law*, Hart publishers 2010 ; H. Ruiz-Fabri & M. Rosenfeld (éd.), *Repenser le Constitutionnalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation*, Société de législation comparée 2011 ; W. Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global perspective*, Cambridge University Press 2009 ; P.S. Bermann, *Global Legal Pluralism : A jurisprudence of law beyond borders*, Cambridge University Press 2012 ; D. von Daniels, *The Concept of Law from a Transnational Perspective*, Ashgate 2010; N. Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press 2014.

⁷ On se réfère ici aux fameux derniers mots de N. Luhmann dans son ouvrage *Das Recht der Gesellschaft*, Surhkamp 1995, p.586: "Es kann daher durchaus sein, daß die gegenwärtige Prominenz des Rechtssystems und die Angewiesenheit der Gesellschaft selbst und der meisten ihrer Funktionssysteme auf ein Funktionieren des Rechtscodes nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird."

⁸ De « mutation génétique » selon G. Zagrebelsky cité par F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis 2002, p.13.

⁹ B. Badie et M-C Smouts, *Le retournement du monde : sociologie de la scène internationale*, Dalloz 1992.

¹⁰ J. Habermas, *Après l'Etat-Nation : Une nouvelle constellation politique*, Fayard 2000, p. 43-124.

¹¹ "We experience a high volume and ubiquity of transactions, we have also the feeling that things are happening faster and faster, virtually overwhelming us", F. Kratochwil, 'Globalization : What It Is and What It Is Not. Some critical reflections on the discursive formations dealing with transformative change' in D. Fuchs et F. Kratochwil (dir.), *Transformative Change and Global Order: Reflections on Theory and Practice*, Hamburg, Litt, 2002, pp. 25-43, p.26.

¹² Déjà R.O. Keohane and J.S. Nye (dir.) *Transnational Relations and World Politics*, Harvard University Press, Cambridge 1972; Voir aussi J. Laroche, *Politique Internationale*, LGDJ, 2^e édition 2000.

ails »¹³. Progressivement, c'est la terre qui devient plate aux yeux de l'observateur participant¹⁴. Cet effet d'optique peut être trompeur, car la mondialisation est dans le même temps caractérisée par le renforcement des différences et des particularités locales. Il n'y a pas une mondialisation, mais bien plusieurs mondialisations, chacune ancrée dans des réalités locales très différentes qui jouent un rôle fondamental dans la libération des énergies transnationales¹⁵. Cependant, il est certain qu'avec la mondialisation les « défis transnationaux »¹⁶ se multiplient et la transnationalisation des risques se fait sentir¹⁷.

La mondialisation est généralement perçue comme une menace pour l'Etat-nation et le contrat social moderne qu'il personnifie¹⁸. L'Etat « apparaît comme le représentant un peu vieillissant d'une grande compagnie classique, perdu au milieu d'une troupe d'amateurs exécutant un programme improvisé – le forçant ainsi à adapter son texte à une intrigue dont le sens général paraît parfois lui échapper »¹⁹. Les Etats doivent « faire face à de nombreux défis transnationaux qui rendent leur surface d'emprise chaque jour plus poreuse, leurs frontières plus incontrôlables et anachroniques, leurs monopoles plus contestés »²⁰. La fin de l'Etat-nation est annoncée, la « crise de l'Etat-providence »²¹ perçue à l'orée des années 80 se double d'un sentiment de perte de contrôle généralisé²². De son côté, l'Etat s'adapte, il devient « post-moderne »²³. Mais, la concurrence est rude, il est devenu « un acteur parmi d'autres »²⁴ et se voit condamné à « partager [...] sa souveraineté avec d'autres acteurs, opérant à une échelle supra- ou

¹³ U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.155.

¹⁴ T. Friedmann, *La terre est plate*, éditions Saint-Simon 2006.

¹⁵ Sur ces assemblages voir S. Sassen, *Territory, authority, rights : from medieval to global assemblages*, Princeton University Press, 2006. Voir aussi F. Kratochwil, 'Globalization : What It Is and What It Is Not. Some critical reflections on the discursive formations dealing with transformative change' in D. Fuchs et F. Kratochwil (Sous la direction de), *Transformative Change and Global Order: Reflections on Theory and Practice*, Hamburg, Litt, 2002, pp. 25-43.

¹⁶ J. Laroche, *Politique Internationale*, LGDJ, 2^e édition, 2000, p.89.

¹⁷ U. Beck, *World at Risk*, Polity, 2008.

¹⁸ S. Strange, *Le retrait de l'Etat : La dispersion du pouvoir dans l'économie mondiale*, édition du Temps présent, 2011 ; J. Habermas, *Après l'Etat-nation : Une Nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000.

¹⁹ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis 2002, p. 125.

²⁰ J. Laroche, *Politique internationale*, 2^e édition, 2000, p.72.

²¹ P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat-providence*, Le Seuil, 1981.

²² S. Sassen, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Columbia University Press, 1996.

²³ Sur cette dynamique voir J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2^e édition, 2009.

²⁴ U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.38.

transnationale »²⁵, ce sont les « nouveaux intervenants »²⁶. Dès lors, les pouvoirs privés font leur apparition sur la scène transnationale²⁷. La question principale qui se pose est la suivante : « [la] démocratie propre à l'Etat social peut-elle être préservée et développée au-delà des frontières nationales ? »²⁸. Car, nous sommes confrontés à « une autodestruction créatrice de l'ordre mondial légitime, dominé par les Etats-nations »²⁹.

Ce constat interroge la structure même de l'exercice du pouvoir politique et du droit dans un espace transnational en construction. Cependant, le nationalisme méthodologique, « [l]a science-zombie de l'optique nationale »³⁰ dénoncée par Ulrich Beck, bloque une véritable prise de conscience des mutations politiques et juridiques en cours. Car, « dans l'espace transnational des possibles, les frontières nationales sont caduques, sapées, redéterminées et effacées »³¹. Au contraire, on assiste à « l'apparition d'un (quasi-)Etat sans territoire, dont le pouvoir exerce certes une influence extérieure sur les Etats territoriaux toujours existants, mais qui crée au-delà de leurs frontières un nouvel espace politique »³². Ce contexte dont nous acceptons la validité empirique comme prémisses à notre travail, sert de toile de fond à cette étude. Elle vise à observer *in vivo* la « méta-transformation »³³ qu'il a pu entraîner sur la pratique juridique.

II. L'espace juridique transnational : le droit après, sans ou au-delà de l'Etat

Le droit, tout au long du 20^{ème} siècle, s'est presque exclusivement rapporté à la figure de l'Etat-nation. Le positivisme juridique classique fait jaillir sa source là où la volonté du législateur (ou du pouvoir constituant) étatique s'exprime, celui-ci devenant le

²⁵ F. Ost, "Mondialisation, Globalisation, Universalisation: S'arracher, encore et toujours, à l'Etat de nature", in C-A. Morand (dir.) *Le droit saisi par la mondialisation*, 2001, p.16.

²⁶ J. Laroche, *Politique internationale*, LGDJ, 2^e édition, 2000, p. 121.

²⁷ H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003 ; R. Bruce Hall et T. J. Biersteker (dir.) *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, 2002; C. Cutler, *Private power and global authority*, Cambridge University Press, 2003; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis 2002, pp.108-125.

²⁸ J. Habermas, *Après l'Etat-nation : Une Nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000, p.9

²⁹ U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.16.

³⁰ Ibid, p.65.

³¹ Ibid, p.277.

³² Ibid.

³³ Ibid, p.20.

monopoliste du droit légitime. Ce positivisme n'a pas été sans contradicteurs, le pluralisme juridique contemporain peut se prévaloir de la tradition pluraliste du début du 20^{ème} siècle incarnée par Santi Romano³⁴ et Eugen Ehrlich³⁵. Plus récemment, de nombreux juristes engagés dans l'étude du droit dans les sociétés coloniales et post-coloniales se sont aussi revendiqués d'un pluralisme juridique³⁶. Toutefois, leurs travaux restèrent marginaux. Pour la grande majorité des juristes le droit s'établissait exclusivement dans les constitutions nationales, les actes du législateur, des tribunaux et de l'administration étatique. De ce point de vue, le droit international n'existe que par la volonté des Etats, qui sont les seuls acteurs dignes de ce nom dans l'espace politique et juridique international³⁷. Cependant, la pression mise sur l'Etat par la mondialisation « brise ce cadre »³⁸ et aboutit à la conceptualisation d'un « droit global sans l'Etat »³⁹. Il « ne s'agit plus tant de collaborer à la production de la norme étatique que de développer, en marge du droit étatique, voire contre lui, une régulation privée, *sui generis* »⁴⁰. Ce droit, produit des acteurs privés, est de nature à créer un trouble conceptuel⁴¹. Parallèlement, l'émancipation progressive, à commencer par celle de l'Union européenne, des organisations supranationales de leurs supposés maîtres étatiques a aussi changé la donne juridique. Les théories du pluralisme juridique transnational reconnaissent qu'au sein de l'espace juridique transnational en formation

³⁴ S. Romano, *L'ordre Juridique*, traduit par L. François et P. Gothot, Dalloz, 1975.

³⁵ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker & Humblot, 4^e édition, 1989.

³⁶ S. Engle-Merry, 'Legal Pluralism', *Law and Society Review*, Volume 22, N°5, 1988, p. 869-896 ; B. De Sousa Santos, 'Law: A map of misreading: Toward a post-modern concept of law', *Journal of Law and Society*, Volume 14, 1987, p.279-302.

³⁷ Voir par exemple M. G. Kohen, 'Internationalisme et mondialisation', in C-A. Morand, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 107-130.

³⁸ G. Teubner, 'Breaking Frames : Economic Globalisation and the Emergence of lex mercatoria', in *European Journal of Social Theory*, Volume 5, 2002, pp. 199- 217.

³⁹ G. Teubner (dir.), *Global law without the state*, Dartmouth, 1997.

⁴⁰ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.109.

⁴¹ « La transnationalisation du droit se transforme en une déconstruction du droit dans sa dimension nationale. Dans l'optique nationale, c'est précisément ce qui met le monde à l'envers : ce qui n'a pas le droit d'exister, n'existe pas. On passe ainsi à côté de ce qui est finalement en jeu dans le méta-jeu : la désétatisation de la légitimité et la création d'un droit autonome, transnational, dont la fonction est de permettre au capital de s'autolégitimer. » U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.236. C. Scott, F. Cafaggi, et L. Senden, 'The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation', *Journal of law and Society*, Volume 38, N°1, March 2011, pp.12-17.

« « grouillent » de nombreux organismes différents »⁴². Ce « pluralisme juridique global »⁴³ pose la question du lien exclusif du droit avec l'Etat⁴⁴.

Si la « mondialisation du droit »⁴⁵ n'a pas échappé à la curiosité académique, l'étude des changements juridiques qu'elle a engendrés n'en est qu'à ses balbutiements. La pensée juridique demeure encore souvent enserrée dans ses carcans nationaux. Elle a du mal à saisir d'un point de vue véritablement transnational certains développements juridiques à l'oeuvre. Il n'est donc pas si étonnant que ce soit un sociologue qui se soit chargé d'annoncer que « [l'] enjeu du nouvel ordre juridique va bien au-delà de la réactualisation des règles juridiques qui encadrent l'activité économique, il touche à la redéfinition des règles de production des règles »⁴⁶.

C'est aussi en s'inspirant de la sociologie du droit de Niklas Luhmann que Gunther Teubner a lancé, avec fracas, le débat autour d'un droit global sans l'Etat⁴⁷. Celui-ci distingue s'élevant des ruines de l'Etat-nation des systèmes sociaux tels que l'économie, le sport, la culture, l'environnement s'émancipant au niveau transnational et auxquels seraient couplés des régimes juridiques transnationaux fonctionnels, déconnectés du droit étatique et capables d'imposer leur validité juridique à l'échelle de la société mondiale. La force sociale de la mondialisation briserait donc les cadres étatiques pour les remplacer par des cadres transnationaux et fonctionnels. Ce constat empirique est partagé sous des formes différentes par de nombreux auteurs⁴⁸. Que ce soit le sport,

⁴² F. Rigaux in H. Gherari et S. Szurek (éd.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003, p.327.

⁴³ P.S. Bermann, *Global Legal Pluralism : A jurisprudence of law beyond borders*, Cambridge University Press, 2012.

⁴⁴ Même par les héritiers du positivisme classique, voir récemment J. Raz, 'Why the State?', accessible à <http://ssrn.com/abstract=2339522>.

⁴⁵ E. Loquin et C. Kessedjan (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000; C-A. Morand, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001 ; J-B. Auby, *La Globalisation le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003.

⁴⁶ Y. Dezalay, *Marchands de droit: La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992, p. 22.

⁴⁷ G. Teubner, "Global Bukowina' : Legal pluralism in the World Society' in G. Teubner (ed.), *Global law without the state*, Dartmouth, 1997, pp.3-22. Voir récemment, G. Teubner, *Constitutional Fragments*, Oxford University Press, 2012.

⁴⁸ Pour Ulrich Beck : « [...] on observe l'apparition de nouvelles formes d'organisation d'un pouvoir non public, existant au-dessus des Etats souverains sans prétendre lui-même à une souveraineté étatique, mais ayant partiellement le pouvoir d'édicter le droit ». U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.156.

l'internet, le commerce, l'environnement ou la finance, les « mondes largement autorégulés »⁴⁹ prolifèrent.

Le développement de droits transnationaux pose de vastes questions liées à leur légitimité, à leur fonctionnement et aux conflits juridiques qu'ils engendrent. Comment juger la légitimité de normes développées en dehors du cadre démocratique traditionnel de l'Etat-nation? La question se pose d'autant plus urgemment que ces droits transnationaux ont pour beaucoup des effets pratiques non négligeables⁵⁰. Les solutions proposées à ce déficit de légitimité puisent souvent dans le vocabulaire constitutionnel⁵¹, ou dans celui du droit administratif⁵². Cette problématique ne fait pas directement l'objet de cette thèse, mais certains développements peuvent y faire allusion et pourraient servir de point de départ pour des réflexions futures à ce propos. La question du mode de fonctionnement du droit transnational revient à s'interroger sur les techniques juridiques du « désordre des ordres »⁵³. L'état de « pannomie »⁵⁴, conduit à de nombreuses rencontres, alors que « les phénomènes eschériens »⁵⁵ se multiplient. Il ne s'agit plus de coordonner uniquement les ordres juridiques étatiques, il y a une multitude de droits supra-, infra-, inter-étatiques à réconcilier, de multiples « conflits de souverainetés »⁵⁶ à pacifier. Il s'agit donc d'étudier la guerre et la paix entre les différents droits, ou normativités, circulant dans l'espace transnational. Quelles sont les méthodes juridiques utilisées dans la rencontre entre les différents ordres, systèmes ou régimes juridiques? Comment les conflits juridiques potentiels sont-ils amorcés et désamorcés par les différents droits? Peut-on encore parler de hiérarchie entre les

⁴⁹ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.174.

⁵⁰ C. Scott, F. Cafaggi, et L. Senden, "The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation", *Journal of Law and Society*, Volume 38, N°1, March 2011, pp.12-17.

⁵¹ H. Ruiz-Fabri et M. Rosenfeld (dir.), *Repenser le Constitutionnalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation*, Société de législation comparée, 2011.

⁵² S. Cassese, 'Le Droit administratif global : une introduction', *Droit Administratif*, n°5, Mai 2007, Etude 8.

⁵³ N. Walker, 'Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales : cartographie du désordre global des ordres normatifs', in H. Ruiz-Fabri et M. Rosenfeld (dir.), *Repenser le Constitutionnalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation*, Société de législation comparée, 2011, pp.45-73, p.45

⁵⁴ B. Frydman, 'Comment penser le droit global?' in J.Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la mondialisation*, Bruylant, 2012, pp.17-48, p.17.

⁵⁵ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.6

⁵⁶ F. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, R.C.A.D.I., 1989-I, vol.213, pp.13-407, p.382.

droits, ou faut-il les aborder en termes d'hétérarchie ? L'ambition de cette thèse est de contribuer à la compréhension de ce type de questionnements juridiques.

La prégnance du pluralisme juridique transnational, fortement perçue par les acteurs du droit, est un « phénomène extrêmement irritant »⁵⁷ pour les juristes habitués à penser le droit monolithique et rationnel. Ainsi, c'est l'étude et la compréhension de ce pluralisme qui sont l'essence même du droit transnational en tant que discipline⁵⁸.

III. La méthode : un positivisme critique, contextuel et transnational

Ce travail se veut positiviste, dans la mesure où il est axé sur la reconstruction fidèle d'une rencontre juridique et des techniques juridiques qui la sous-tendent.

On adopte, en effet, la position externe modérée telle qu'elle est définie par Hart, et théorisée par François Ost et Michel Van de Kerchove⁵⁹. Cette position permet « une articulation de type dialectique entre les points de vue interne et externe »⁶⁰, ouvrant la voie à l'oscillation entre la compréhension et l'explication du droit. Néanmoins, à la différence du réalisme cette approche permet de ne pas dédaigner le fil même du raisonnement juridique pour lui substituer des considérations purement contextuelles ou extérieures au droit. L'ambition générale est donc d'observer et d'expliciter le cheminement du raisonnement juridique, sans ignorer que cette observation aura potentiellement des effets de *feedback* sur le droit et sa pratique. L'observation n'est pas neutre et est structurellement affectée d'une « incertitude fondamentale relative à l'état réel »⁶¹ du droit.

⁵⁷ G. Teubner, 'Un droit spontané dans la société mondiale', in C-A. Morand, *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, pp.197-218, p.205.

⁵⁸ P. Zumbansen, 'Transnational Legal Pluralism', *Transnational Legal Theory*, Volume 1, n°2, 2010, p. 141-189.

⁵⁹ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau : Pour une théorie dialectique du droit* ; Presses de Saint Louis, 2002, p.454-466. Voir aussi F. Ost et M. van de Kerchove, 'Comment Concevoir aujourd'hui la science du droit ?', *Déviance et Société*, 1987, Volume 11, N°2, pp.183-193.

⁶⁰ Ibid, p.463.

⁶¹ Ibid, p.487.

Cependant, et en cela nous rejoignons aussi l'école pragmatique, le contexte ne saurait pas non plus être totalement passé sous silence, on ne peut réduire le droit au droit⁶². Certes, sa pratique et son passage, reposent sur des codes et des règles qui lui sont propres, mais, à nos yeux, il ne peut pas être séparé intégralement du contexte social dans lequel il est imbriqué⁶³. Cette imbrication, rend nécessaire le dialogue avec, mais non l'asservissement à, d'autres disciplines, autrement dit l'interdisciplinarité⁶⁴. A travers cette ouverture au contexte, on peut enrichir la compréhension des développements internes au droit. Cependant, ceux-ci ne peuvent être réduits, comme dans la tradition marxiste, à l'action unique de forces extérieures. De même, l'idée d'un droit constituant un système autopoïétique, clos sur lui même, telle qu'elle est prônée par Niklas Luhmann et ses héritiers nous semble trop isolationniste⁶⁵. Dès lors, nous pensons que le contexte social dans lequel le droit évolue n'est pas ignoré ni par ses techniques, ni par ses « fabriques »⁶⁶. Tout comme le droit est susceptible d'irriter en retour son environnement et d'influer sur son contexte social⁶⁷.

Enfin, ce positivisme est aussi transnational. Il rejette le nationalisme méthodologique pour adopter une « perspective cosmopolitique »⁶⁸. Selon laquelle, « la mondialisation signifie, si l'on va au bout de sa logique, que les sciences sociales doivent être refondées pour devenir *une science de la réalité du transnational*, et ce sur les plans conceptuel, théorique, méthodologique, et d'ailleurs aussi organisationnel »⁶⁹. Il ne s'agit pas de nier l'influence de l'Etat, mais de replacer cette influence sur un plateau de jeu,

⁶² Contra S. Gutwirth, 'Le contexte du droit se sont ses sources formelles et les faits et moyens qui exigent son intervention', *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 70, n°1, 2013, p.108-116.

⁶³ On peut y voir une relation dialectique : « Le droit ne peut se définir qu'en opposition et en lien avec son environnement, qui est à la fois son contraire et sa condition d'existence » A. Bailleux et F. Ost, 'Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche', *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 70, n°1, 2013, pp.25-44, p.34.

⁶⁴ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau : Pour une théorie dialectique du droit* ; Presses de Saint Louis, 2002, p.472 et A. Bailleux & F. Ost, 'Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche', *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 70, n°1, 2013, pp.25-44, p.35.

⁶⁵ N. Luhmann, 'Le droit comme système social', *Droit et Société*, Volume 11, n°12, 1994, pp. 53-67. Voir en général, N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1995. Voir la critique de B. Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La découverte, 2004, p.282.

⁶⁶ C'est le Conseil d'Etat que Bruno Latour qualifie de fabrique, dans cette thèse nous proposons d'étendre cette qualification au TAS et à l'AMA.

⁶⁷ Voir aussi B. Frydman, 'La rapport du droit au contexte selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles', *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 70, n°1, 2013, p.92-98, p.95.

⁶⁸ U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.107.

⁶⁹ Ibid, p.116.

qui ne le place pas nécessairement au centre. Notre point de départ est donc pluraliste et c'est le fonctionnement de ce pluralisme juridique transnational que nous souhaitons essayer d'« explorer à tâtons »⁷⁰. Ce parti-pris explique que nous ayons choisi un cas pratique duquel le droit national est largement, mais pas totalement, absent. En effet, c'est l'étude de la rencontre entre *lex sportiva* et droit de l'UE qui va nous servir de cobaye, de « chantier »⁷¹, pour tenter d'observer et de comprendre le fonctionnement du droit dans l'espace juridique transnational.

IV. Le cas pratique : la *lex sportiva* face au droit de l'UE

L'ensemble de cette thèse repose sur un cas pratique atypique. Le choix s'est porté sur cette rencontre juridique particulière parce qu'elle met en jeu deux espèces de droits transnationaux spécifiques, l'un d'origine privée et l'autre issu du droit international public. Par ailleurs, ce conflit s'inscrit dans un temps suffisamment long pour offrir une perspective dynamique et riche du jeu juridique entre ces deux droits.

a. La *lex sportiva*

Le sport est un objet d'étude souvent sous-estimé par la recherche en sciences sociales et ceci est tout particulièrement vrai dans le cadre de la science juridique. Le droit du sport est perçu comme secondaire, un cas particulier d'application du droit, ludique certes, mais, dont on ne saurait tirer d'enseignements généraux. Or, et nous nous inscrivons ici dans les pas d'autres chercheurs⁷², nous sommes convaincus qu'il y a d'importants enseignements juridiques à tirer de l'étude de la *lex sportiva*, une forme de

⁷⁰ B. Frydman, 'Comment penser le droit global ?' in J.Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la mondialisation*, Bruylant, 2012, pp.17-48, p.41.

⁷¹ Dans ce sens, B. Frydman, 'La rapport du droit au contexte selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles', *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 70, n°1, 2013, p.92-98, p.96 et B. Frydman, 'Comment penser le droit global ?' in J.Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la mondialisation*, Bruylant, 2012, pp.17-48.

⁷² Voir notamment N. Elias et E. Dunning, *Quest for excitement, Sport and Leisure in the civilising process*, Blackwell, Oxford, 1986. Mais aussi P. Bourdieu, 'Les Jeux Olympiques', *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 103, Juin 1994, pp.102-103.

droit international du sport produit par des acteurs privés. Dans cette optique, « la connaissance sur le sport [est] une connaissance sur la société »⁷³.

Le concept de *lex sportiva* a connu un développement récent⁷⁴, il a été conçu en référence à la notion de *lex mercatoria*, en vogue depuis les travaux de Berthold Goldman sur l'arbitrage international⁷⁵. Cependant, le parallèle est trompeur. En effet, la *lex sportiva* ne repose pas exclusivement sur le travail autonome de tribunaux arbitraux, bien que le rôle du Tribunal arbitral du sport soit extrêmement important au sein du système institutionnel qui la sous-tend⁷⁶. Au contraire, comme l'a démontré Franck Latty dans sa thèse⁷⁷, la *lex sportiva* est le produit de l'application d'un réseau plus ou moins hiérarchisé de règles privées issues des statuts et des règlements des organisations sportives internationales et nationales⁷⁸. On peut dès lors aisément assimiler celle-ci à un ordre juridique spécifique à la communauté sportive, reposant sur un ensemble de règles secondaires propres⁷⁹. En effet, le mouvement sportif représente un « monde de pouvoir », « une forme de domination sur les membres de cette communauté », qui entre « directement en concurrence avec l'Etat »⁸⁰. Au fur et à

⁷³ Norbert Elias cité et traduit par Alain Garrigou dans « Le "grand jeu" de la société », in A. Garrigou, J. Lacroix (dir.), *Norbert Élias, la politique et l'histoire*, Paris, La Découverte-Syros, p.100-127, p. 102.

⁷⁴ Voir sur le concept la thèse magistrale de Franck Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp.31-37.

⁷⁵ B. Goldman, 'Frontières du droit et *lex mercatoria*', *Archives de philosophie du droit*, 1964, p.177-186.

⁷⁶ L. Casini, 'The Making of a *Lex Sportiva* by the Court of Arbitration for Sport', *German Law Journal*, Volume 12, 2011, p. 1317-1340. Voir la Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

⁷⁷ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

⁷⁸ Voir aussi L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011 ; J-L. Chappelet, *L'autonomie du sport en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, 2010 ; P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques*, R.C.A.D.I., 2007, vol. 327, pp.72-73 ; J-L. Karaquillo, *Le droit international du sport*, R.C.A.D.I., 2004, vol. 309 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, pp.203-211 ; L. Silance, 'Les ordres juridiques dans le sport' in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, pp.107-119. Et déjà, F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, 1977, p.443 et F. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, R.C.A.D.I., 1989-I, vol.213, p.13-407.

⁷⁹ D'où le fait qu'un opposant virulent à l'existence de la *lex mercatoria* comme Pierre Mayer reconnaisse aisément l'existence d'une *lex sportiva*, P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques*, R.C.A.D.I., 2007, vol. 327, pp.72-73.

⁸⁰ J. Barave, 'Les prérogatives de puissance sportive', *Petites affiches*, 22 juillet 1994 n° 87. Voir aussi: "Tout d'abord, le monde sportif est un centre de pouvoirs incarné par la fédération sportive, institution au sein de laquelle sont concentrés les pouvoirs de réglementation, de contrôle et de sanction pour tout ce qui concerne l'organisation et le déroulement des compétitions." G. Simon, 'Les fondements du droit du sport', in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, pp.93-106, p.93 et « Véritables promoteurs du développement de leur discipline sportive au niveau mondial, les fédérations sportives internationales (FSI) se sont dotées d'un pouvoir normatif à portée universelle qui au fil du temps est devenu considérable », C. Miège, 'Le droit autonome du sport existe-t-il encore ?', in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, pp.121-133, p.122.

mesure, « [...] c'est un véritable système juridique sportif qui s'est ainsi dégagé, mis en place: un ensemble coordonné de pratiques qui dans la plupart des cas a fait l'objet d'une codification sous forme de statuts, de chartes et de règlements divers, qui s'imposent aux différentes composantes du mouvement »⁸¹. Cette particularité en a fait un exemple souvent cité, mais rarement étudié, au soutien des différentes théories du droit sans l'Etat⁸². Certes, les statuts associatifs sur lesquels repose l'existence de la *lex sportiva* sont ancrés dans le droit privé national (en général suisse⁸³), mais la hiérarchie originelle est aisément renversée par la force pratique que les normes issues de ces contrats prennent ensuite face aux droits étatiques⁸⁴, elle réussit dans les faits « à tirer profit de la pluralité des souverainetés étatiques pour s'en émanciper »⁸⁵. La soumission de l'une à l'autre est à tout le moins « imparfaite »⁸⁶. Du point de vue du mouvement sportif, « les règles de la fédération internationale sportive ou du CIO sont applicables dans toute la communauté sportive, c'est-à-dire dans tous les pays où tel sport est pratiqué ou dans les pays où les Jeux Olympiques sont organisés »⁸⁷. Ainsi, la *lex sportiva* impose, par exemple, certaines conditions aux Etats souhaitant organiser des événements sportifs internationaux comme les jeux olympiques⁸⁸. Certes, certaines

⁸¹ E. Bournazel, 'Le sport et le droit: antiquité, modernité' in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, pp.35-39, p.37.

⁸² Voir par exemple : G. Teubner, 'Global Bukowina' : Legal pluralism in the World Society' in G. Teubner (dir.), *Global law without the state*, Dartmouth, 1997, pp.3-22, p.4; G. Teubner, 'Breaking Frames : Economic Globalisation and the Emergence of *lex mercatoria*', *European Journal of Social Theory* 5, 2002, pp. 199-217, p.206; A. Fischer-Lescano, 'Themis Sapiens: Comments on Inger-Johanne Sand' in C.Joerges, I-J. Sand et G. Teubner (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, 2004, pp.67-80, p.73; H. Lindahl, 'Legal Order and the 'Globality' of Global Law', *Tilburg Law Review*, Volume 17, 2012, pp. 168-176, p.169, 173 et 174; K-H. Ladeur, 'Ein Recht der Netzwerke für die Weltgesellschaft oder Konstitutionalisierung der Völkergemeinschaft?', *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 49, 2011, pp. 246-275, p.253.

⁸³ M. Baddeley, *L'association sportive face au droit: les limites de son autonomie*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1994.

⁸⁴ Sur cette forme de boucle étrange voir T. Schultz, 'La *lex sportiva* se manifeste aux Jeux olympiques de Turin: suprématie du droit non étatique et boucles étranges', *JusLetter*, 2006.

⁸⁵ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.420.

⁸⁶ Voir le chapitre consacré par Franck Latty à la « soumission imparfaite » de la *lex sportiva* aux droits étatiques, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp.423-515.

⁸⁷ L. Silance, 'Les ordres juridiques dans le sport' in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, pp.107-119, p.113.

⁸⁸ « L'organisation des jeux olympiques fournit un exemple d'un effacement explicite. Tout pays désirant organiser les J.O. doit ainsi faire acte d'allégeance au « droit olympique » et affirmer, le plus souvent par une « lettre » de son chef de l'Etat que ce « droit olympique » prendra le pas sur l'ordre juridique interne pour la durée des jeux. Bien que dénuée de force juridique, une telle affirmation constitue une reconnaissance importante de la puissance sportive. C'est dans cette perspective que s'inscrivent les décisions si souvent citées de juridictions américaines à la veille des jeux de Los Angeles et refusant « d'appliquer une loi nationale qui pourrait altérer une épreuve à laquelle participent des athlètes du

juridictions étatiques refusent de reconnaître la validité juridique de la *lex sportiva* dans l'ordre juridique national⁸⁹, voire son existence même⁹⁰. Cependant, bien souvent la *lex sportiva* prime en pratique tant elle est capable d'imposer ses vues et ses normes par la voie politique ou économique⁹¹. Cette logique de soumission à l'impératif des organisations sportives internationales est clairement illustrée par les propos du Ministre des sports français lorsqu'il affirme que « [d]ans un contexte de concurrence très vive entre les nations, la France doit se doter des meilleurs atouts pour renforcer sa compétitivité et ainsi obtenir l'organisation de compétitions sportives internationales »⁹², afin de justifier une loi exonérant l'UEFA d'impôts sur les bénéfices tirés de l'organisation de l'Euro 2016. Ainsi, les juridictions étatiques ont beau ne pas reconnaître formellement ces normes, elles sont « mal outillé [es] pour régenter individuellement la *lex sportiva* »⁹³ et *in fine* c'est souvent « la norme [qui] traduit les attentes du mouvement sportif »⁹⁴. La faiblesse du droit étatique est à la mesure de l'asymétrie de pouvoir qui ressort de l'ancrage territorial du droit national et de la flexibilité transnationale de la *lex sportiva*. La *lex sportiva*, tout comme les multinationales, tire sa force politique de l'« exit option »⁹⁵ : sa capacité à exclure un Etat du champ des compétitions organisées par les organisations sportives internationales. Selon ce mécanisme, « tandis que le pouvoir des Etats s'accroît (dans la logique nationale) par la conquête de territoires étrangers, le pouvoir des acteurs de l'économie mondiale [ou des organisations sportives internationales] est quant à lui

monde entier suivant les règles de la charte olympique » J. Barave, 'Les prérogatives de puissance sportive', *Petites affiches*, 22 juillet 1994 n° 87. Voir aussi plus récemment, M. James et G. Osborn, 'London 2012 and the impact of the UK's Olympic and Paralympic legislation: protecting commerce or preserving culture?', *Modern Law Review*, Volume 74, n°3, 2011, p.410-429.

⁸⁹ G. Simon, 'Les sources du droit du sport', *Gazette du Palais*, 8 Novembre 2007, n°312, p.13. Voir par exemple la décision du Conseil d'état, C.E., 2 février 2006, n° 289701.

⁹⁰ On pense ici au retentissant, « eine von jedem staatlichen Recht unabhängige *lex sportiva* gibt es nicht » (« il n'existe pas de *lex sportiva* indépendante de tout droit national » (notre traduction)) du tribunal régional de Francfort. Voir OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 18. April 2001, Az. 13 U 66/01, para.56.

⁹¹ Ce que l'on a pu nommer pudiquement un « particularisme » ou plus ouvertement la « puissance » de la *lex sportiva*. Voir, J. Barave, 'Les prérogatives de puissance sportive', *Petites affiches*, 22 juillet 1994 n° 87; G. Auneau et P. Jacq, 'Les particularismes des contentieux sportifs', *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 28, 10 Juillet 1996, I 3947 et G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, 1990. Un constat partagé par F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.763-764.

⁹² Libération, 'Euro-2016: l'UEFA et les sociétés organisatrices exonérées d'impôt', 3 Novembre 2014.

⁹³ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 765.

⁹⁴ F. Mandin, 'La libre circulation des sportifs en formation professionnelle', *La semaine juridique*, Edition sociale, n°44-45, 28 octobre 2008, 1560, n°10.

⁹⁵ U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.248.

décuplé lorsque ceux-ci se mettent en situation de *quitter* le territoire national qui est le « leur » »⁹⁶.

Dans ce contexte, le recours systématique à l'arbitrage dans le domaine sportif est un voile qui cache la faiblesse juridique des Etats. Il permet, en effet, de rendre plus facile, au sein des ordres juridiques étatiques, la reconnaissance des décisions fondées sur la *lex sportiva*⁹⁷. Ceci n'est possible qu'au prix d'un véritable dévoiement de la notion d'arbitrage, car ce n'est que grâce à une pirouette juridique que le Tribunal fédéral suisse a reconnu à la fois l'indépendance du TAS vis-à-vis des organisations sportives internationales et la validité d'une clause arbitrale imposée de force par les organisations sportives à leurs « sujets » (tout particulièrement les athlètes)⁹⁸. L'asymétrie de pouvoir au sein même de la *lex sportiva*, entre les acteurs dominants (les administrateurs sportifs) et les acteurs dominés (principalement les athlètes et les supporters), est saillante. On est, *de facto*, dans une situation proche de ce qu'Ulrich Beck a nommé la « dictature d'un Etat mondial privé »⁹⁹. Or, c'est en partie cette tendance autoritaire qui a poussé les acteurs affectés par la *lex sportiva*, et les choix distributifs qu'elle opère, à contester ces règles. Simultanément, l'intensification de la commercialisation du sport et l'augmentation des profits afférents ont servi de moteur économique à cette contestation. La *lex sportiva* a tenté d'étouffer les voix discordantes en son sein, c'était l'objet de la création du TAS, mais celles-ci ont tout de même débordé le cadre de la « famille sportive ». Toutefois, les recours devant les tribunaux étatiques se sont avérés largement inopérants, les organisations sportives internationales ayant fait efficacement usage de leur puissance politique¹⁰⁰. La *lex sportiva* symbolise, ainsi, et à notre sens plus encore que la *lex mercatoria*, la naissance d'un « droit sans l'Etat », plus puissant dans une certaine mesure que le droit étatique. Cependant, un autre droit, transnational lui aussi, s'est dressé face à elle: le droit de l'UE.

⁹⁶ Ibid, p.269.

⁹⁷ Sur les caractéristiques propres à l'arbitrage dans le domaine sportif, voir A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005 et M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, L.G.D.J., 2011.

⁹⁸ Voir ci-dessous Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

⁹⁹ U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.274.

¹⁰⁰ Voir G. Auneau et P. Jacq, 'Les particularismes des contentieux sportifs', *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 28, 10 Juillet 1996, I 3947 et J. Barave, 'Les prérogatives de puissance sportive', *Petites affiches*, 22 juillet 1994 n° 87.

b. Le droit de l'UE

Le droit de l'UE, c'est bien connu, « constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants »¹⁰¹. Par conséquent, « [...] il crée des charges dans le chef des particuliers, [et] est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique »¹⁰². Ce « constitutionalisme transnational »¹⁰³ s'est poursuivi sous l'égide de la Cour de Justice au point de transformer en profondeur l'Europe¹⁰⁴. Il partage le même objectif que le constitutionalisme national : « combattre l'absolutisme et l'arbitraire en soumettant les actes des gouvernants à l'empire du droit »¹⁰⁵. De nos jours, le droit de l'UE n'a eu de cesse de prendre une place prépondérante dans la vie quotidienne des européens, jusqu'à son paroxysme actuel incarné par l'omniprésence de la crise de l'Euro dans notre vie publique.

Pour de nombreux auteurs, la faiblesse de l'Etat-nation dans un environnement transnational appelle un nouvel « empire européen »¹⁰⁶, ou une nouvelle forme d'Etat fédéral qui pourrait être incarnée par l'Union européenne. Les travaux récents de Jürgen Habermas, notamment, visent à convaincre de l'urgence de « l'évolution de l'Union européenne vers le fédéralisme, seul capable de mettre en œuvre une politique sociale et économique et de travailler à l'institution d'un ordre cosmopolitique sensible aux différences et cherchant à corriger les inégalités sociales »¹⁰⁷. Selon lui, cette constellation postnationale est « l'avenir de la démocratie »¹⁰⁸. L'échec du *Traité*

¹⁰¹ CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, Aff. 26/62, Rec. p.23.

¹⁰² Ibid .

¹⁰³ R. Dehousse, 'Naissance d'un constitutionnalisme transnational', *Pouvoirs*, 2001/1 n° 96, p. 19-30. Voir aussi E. Stein, 'Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution', *American Journal of International Law*, Volume 75, 1981, pp.1-27.

¹⁰⁴ J.H.H. Weiler, 'The Transformation of Europe', *Yale Law Journal*, Volume 100, n°8, 1991, pp.2403-2483.

¹⁰⁵ R. Dehousse, 'Naissance d'un constitutionnalisme transnational', *Pouvoirs*, 2001/1 n° 96, p. 19-30, p.22.

¹⁰⁶ U. Beck et E. Grande, *Pour un empire européen*, Flammarion, 2007 et U. Beck, 'Réinventer l'Europe. Une vision cosmopolite', *Cultures & Conflits*, Volume 68, 2007, p.21-27.

¹⁰⁷ J. Habermas, *Après l'Etat-nation : Une Nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000, p.10

¹⁰⁸ Ibid, p.44

*établissant une Constitution pour l'Europe*¹⁰⁹ et la crise de l'Euro qui fait rage aujourd'hui ont mis à mal cette ambition, même si elle demeure pour ses partisans plus que jamais nécessaire¹¹⁰. De plus, cet idéal entre en contradiction avec le rôle joué par l'UE dans la libéralisation et la transnationalisation des échanges économiques. Il est, en effet, indéniable que « l'intégration négative »¹¹¹ encouragée par le droit de l'UE a contribué à la déconstruction de nombreux acquis sociaux de l'Etat providence¹¹². Il est aussi certainement légitime de douter de la capacité de l'Union européenne à reconstituer ces acquis au niveau européen¹¹³. Toutefois, et c'est là une de nos thèses principales, le droit de l'UE n'est pas seulement un moteur de la déconstruction de l'Etat-nation. Il offre aussi, dans sa forme actuelle, un contrepoids efficace aux pouvoirs des autorités privées qui se déploient juridiquement dans l'espace transnational. Ainsi, comme nous le verrons plus loin, tant les libertés fondamentales que le droit de la concurrence de l'UE constituent un terrain juridique fertile pour contrarier la *lex sportiva*.

En tant que « construction juridique transnationale »¹¹⁴, l'Union européenne et son droit ont certainement un rôle clé à jouer dans un espace transnational. En effet, l'« Europe nouvelle » comme l'appelle Bertrand Badie, est porteuse d'une « philosophie nouvelle de l'espace [...] dans laquelle euro-régions, territoires stato-nationaux, réseaux d'intégration et « espace européen » se conjuguent de façon plus ou moins harmonieuse, mais inédite, brisant bien des carcans, surmontant bien des tensions liées à l'immobilité du principe de territorialité, sanctionnant à sa façon et sans drame majeur la fin des

¹⁰⁹ *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, publié au JO C 310 du 16 décembre 2004.

¹¹⁰ J. Habermas, *Zur Vefassung Europas*, Suhrkamp, 2011. Voir aussi dernièrement J. Habermas, 'Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible', *European Law Journal*, 2015, en attente de publication (accessible en early view à <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/eulj.12128/abstract>).

¹¹¹ F. Scharpf, 'Negative and positive integration in the political economy of European welfare states', in G. Marks, F. Scharpf, P. Schmitter et W. Streeck (dir.), *Governance in the European Union*, Sage 1996, p.15-39.

¹¹²A. Supiot, 'Voilà l'"économie communiste de marché"', *Le Monde*, 24 Janvier 2008. Voir aussi A. Somek, 'The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement', *European Law Journal*, Volume 16, n°3, 2010, pp.315-344 et A. Somek, 'The Argument from Transnational Effects II: Establishing Transnational Democracy', *European Law Journal*, Volume 16, n°4, 2010, pp. 375-394.

¹¹³Voir K-H. Ladeur, 'We, the European People . . .'—Relâche?', *European Law Journal*, Volume 14, n°2, 2008, p. 147–167.

¹¹⁴ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presse de Saint Louis, 2002, p.65.

territoires »¹¹⁵. C'est à l'expression juridique de cette nouvelle philosophie de l'espace que nous souhaitons tourner notre attention dans cette thèse.

c. Une rencontre juridique transnationale

Le dialogue entre *lex sportiva* et droit de l'UE est intéressant à plusieurs égards. Tout d'abord, il est ancien, le premier arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne en la matière, l'arrêt *Walrave*¹¹⁶, remonte à 1974, bien avant la mondialisation telle que nous la connaissons aujourd'hui au temps de l'internet. Cette ancienneté est principalement due à la transnationalisation précoce de la *lex sportiva*. En effet, les compétitions sportives se déroulant au niveau international depuis la fin du 19^{ème} siècle, de nombreuses organisations sportives transnationales se sont progressivement formées et institutionnalisées dans le courant du 20^{ème} siècle. Celles-ci ont développé les règles qu'elles jugeaient nécessaires à la bonne tenue de leurs compétitions internationales¹¹⁷. Ce sont ces règles qui se sont heurtées au droit de l'UE à une époque où la dimension économique du sport n'était pas encore aussi prégnante qu'aujourd'hui. On dispose donc d'un recul d'une quarantaine d'années pour analyser les soubresauts et l'évolution de cette rencontre juridique. Dès lors, l'étude de ce conflit permet d'appréhender le temps long de l'interaction juridique entre la *lex sportiva* et le droit de l'UE. En effet, au lieu de dresser un tableau statique du droit en vigueur à un instant précis, notre regard se porte sur la dynamique juridique et sur les répercussions qu'a pu avoir cette rencontre tant sur la *lex sportiva* que sur le droit de l'UE. Ce focus interactif et dynamique nous permet aussi d'éviter tout « ethnocentrisme » juridique qui nous mènerait à observer cette rencontre du point de vue exclusif du droit de l'UE ou de la *lex sportiva*, sans percevoir l'importance du jeu entre les deux. Car, ce sont les modalités juridiques de ce jeu qui sont au cœur même de ce travail¹¹⁸. Quelles sont les règles de ce nouveau jeu juridique transnational ? Quelles sont les stratégies juridiques utilisées par les différents joueurs ?

¹¹⁵ B. Badie, *La fin des territoires*, CNRS éditions, 2013, p.216.

¹¹⁶CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p.1405.

¹¹⁷ Pour certains: « Les premières réglementations jamais adoptées volontairement par les hommes, issus d'une grande variété de cultures et d'origines sont des règles du sport » Ali Mazrui cité par E. Dunning, 'Civilisation, formation de l'Etat et premier développement du sport moderne', in A. Garrigou et B. Lacroix (dir.), *Norbert Elias, la politique et l'histoire*, Edition Armillaire, 1997, p. 135.

¹¹⁸ Nous empruntons la métaphore du jeu juridique à F. Ost et M. van de Kerchove, 'Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit ?', *Droit et Société*, Volume 17/18, 1991, p.173-205.

Cette rencontre n'a jamais été appréhendée comme nous le proposons ici. Il s'agit, en effet, de l'étudier sous la forme d'un double mouvement, d'un côté celui de la saisie et du contrôle par le droit de l'UE, de l'autre la reconfiguration institutionnelle et normative de la *lex sportiva*. Du point de vue du droit de l'UE, on a en général réduit cette rencontre avec la *lex sportiva* à un exemple, certes spécifique et distrayant, mais néanmoins classique d'application du droit de l'UE, sans percevoir sa saveur toute particulière du fait de la structure même de la *lex sportiva*. Une grande majorité des auteurs ne discerne pas la dimension transnationale de cette rencontre, alors que nous proposons d'y voir l'élément central permettant de comprendre le développement de certaines techniques juridiques atypiques (l'« effet horizontal » des libertés fondamentales ou la transposition du contrôle de proportionnalité dans le cadre du droit de la concurrence). Par ailleurs, le caractère vertical et hiérarchique de la relation du droit de l'UE avec la *lex sportiva* est souvent postulé, on y voit une forme de « monisme »¹¹⁹ alors qu'au contraire, nous préférons mettre aussi l'accent sur les techniques juridiques utilisées par le droit de l'UE pour relativiser, voire horizontaliser, sa relation avec la *lex sportiva*.

Mais, ce qui manque le plus cruellement dans l'étude de cette rencontre juridique, c'est un regard porté sur les mutations qu'elle a engendrées au sein de la *lex sportiva*. Ce point de vue est presque intégralement absent des travaux existants. La trajectoire récente suivie par la *lex sportiva* est étudiée de manière isolée, alors que nous la croyons fondamentalement entremêlée à l'intervention du droit de l'UE. A titre d'exemple, lorsque le conflit entre la *lex sportiva* et le droit de l'UE est évoqué par Franck Latty dans sa thèse, le lien entre celui-ci et certains développements institutionnels au sein même de la *lex sportiva* n'est pas évoqué. Or, nous pensons, qu'autant les choix interprétatifs de la Cour de Justice de l'UE ne peuvent être dissociés du fait que la *lex sportiva* est en jeu, autant l'évolution institutionnelle et normative de la *lex sportiva* ne peut être comprise indépendamment de l'intervention du droit de l'UE. Ces deux contextes juridiques sont devenus interdépendants. Nous proposons, donc, d'étudier les conséquences juridiques

¹¹⁹Pour Franck Latty, « Le droit communautaire affirme sa suprématie ; il « postule monisme », ce qui est finalement le propre de tout ordre juridique. » *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.701.

(et politiques) que l'intervention du droit de l'UE a eues sur les modes de production et la fabrique institutionnelle de la *lex sportiva*.

Cette thèse se construit autour de deux grands axes. Le premier est consacré à la saisie et à l'intensité du contrôle de la *lex sportiva* par le droit de l'UE. Autrement dit, à l'étude de la primauté relative du droit de l'UE face à la *lex sportiva* et des mécanismes juridiques sur lesquelles elle repose (Partie 1). Le second porte sur les nouveaux modes de production, et les nouvelles fabriques, de la *lex sportiva* engendrés par cette intervention du droit de l'UE. Il s'agit donc d'observer l'adaptation de la *lex sportiva* à sa saisie par le droit de l'UE. En bref, de portée notre regard sur l'effet réflexif de l'un sur l'autre (Partie 2).

PARTIE I : LA PRIMAUTE RELATIVE DU DROIT DE L'UE FACE A LA LEX SPORTIVA

« La révolte n'est nullement une revendication de liberté totale. Au contraire, la révolte fait le procès de la liberté totale. Elle conteste justement le pouvoir illimité qui autorise un supérieur à violer la frontière interdite. » A. Camus¹²⁰.

INTRODUCTION DE LA PARTIE

L'Union européenne et la *lex sportiva* se sont rencontrées pour la première fois il y a de ça quarante ans, à l'occasion de l'arrêt *Walrave*¹²¹ de la Cour de Justice de l'UE. Mais cette première rencontre a été véritablement perçue que 20 ans plus tard lorsque la Cour rendit son arrêt *Bosman*¹²². L'arrêt *Bosman* est probablement le seul arrêt qu'un citoyen européen lambda est susceptible de connaître et de citer si on l'interroge sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg¹²³. Dans un autre registre, une étude récente des citations de la jurisprudence de la Cour utilisant l'analyse des réseaux place l'arrêt *Bosman* parmi les plus importants de la Cour¹²⁴. Or, cette saisie va déclencher les passions politiques contre l'Union européenne. Elle sera perçue par les organisations sportives comme une déclaration de guerre et rimera aussi rapidement dans l'inconscient collectif avec la dérégulation du football. Vingt ans après l'arrêt, le temps est venu, à froid, de se pencher à nouveau sur l'arrêt et ses suites, en s'intéressant tout particulièrement aux techniques juridiques qui ont rendu possible la saisie de la *lex sportiva* par le droit de l'UE et à l'intensité du contrôle qu'il exerce sur celle-ci.

¹²⁰ A. Camus, *L'homme révolté*, Gallimard, 1951, p.355

¹²¹ CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p.1405.

¹²² CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165.

¹²³ Une courte recherche google news sur « arrêt Bosman » ou « Bosman ruling » est susceptible de confirmer d'un clic son omniprésence continue dans le débat public européen.

¹²⁴ M. Derlén et J. Lindholm, 'Goodbye *van Gend en Loos*, Hello *Bosman*? Using Network Analysis to Measure the Importance of Individual CJEU Judgments.' *European Law Journal*, Volume 20, 2014, pp. 667-687.

La saisie de la *lex sportiva* par le droit de l'UE ne relève pas de l'évidence juridique. Des décisions interprétatives cruciales ont permis d'opposer les libertés fondamentales et le droit de la concurrence à la *lex sportiva*. Il s'agit d'éclairer la teneur de ces décisions et de montrer qu'elles offrent un contre-pouvoir face au développement de l'autorité privée transnationale (Titre 1). D'un autre côté, cette saisie a été souvent assimilée à une volonté de déréguler, voire de détruire la *lex sportiva*. Au contraire, nous mettons l'accent sur les modalités pratiques d'application du droit de l'UE par la Cour et la Commission dans le contexte de la *lex sportiva*, afin de démontrer que celle-ci dispose d'une marge d'appréciation conséquente conférée par l'utilisation du contrôle de proportionnalité conjugué à la notion de spécificité sportive. On voit naître une forme de « transnationalisme délibératif » qui vise à imposer à la *lex sportiva* une obligation de justification et au droit de l'UE une obligation de bienveillance (Titre 2).

TITRE 1 : LA SAISIE DE LA *LEX SPORTIVA* PAR LE DROIT DE L'UE

Cette première sous-partie est consacrée à la saisie de la *lex sportiva* par le droit de l'UE. On se place donc dans l'optique du droit de l'UE pour observer les déplacements juridiques qui ont abouti à la sujétion de la *lex sportiva* aux libertés fondamentales¹²⁵ (Chapitre 1) et au droit de la concurrence de l'UE (Chapitre 2). L'étude de l'exercice de qualification juridique constitue le cœur de ces deux chapitres. Elle vise à illustrer la manière dont les catégories juridiques du droit de l'UE ont été plus ou moins dilatées pour accommoder la *lex sportiva* dans son champ d'application. Cette dilatation ne s'est pas faite pacifiquement, au contraire, plusieurs « zones conflictuelles »¹²⁶ sont apparues. L'arrêt *Bosman*, arrêt « retentissant »¹²⁷, a fait l'effet d'une « bombe »¹²⁸, d'un « électrochoc »¹²⁹, car « le choc entre deux logiques totalement opposées fut brutal »¹³⁰. Il nous faut retracer le cheminement juridique qui a mené à ce choc, pour en comprendre la portée transnationale. En effet, si la montée vers l'application du droit de l'UE a été souvent décrite et commentée en doctrine, elle ne l'a que fort rarement été du point de vue du conflit juridique transnational que nous choisissons d'adopter dans ce travail. C'est ce point de vue qui va nous permettre de proposer une interprétation particulière de la fonction des déplacements juridiques fondamentaux sur lesquels repose la saisie de la *lex sportiva*.

Chapitre 1 : La *lex sportiva* entre les griffes des libertés fondamentales

¹²⁵ Nous choisissons d'utiliser tout le long de ce travail la notion générale de libertés fondamentales qui couvre à la fois la liberté de circulation des travailleurs (article 45 TFUE) et la libre prestation des services (Article 56 TFUE).

¹²⁶ Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.324.

¹²⁷ J.-Ph. Dubey et J.-L. Dupont, 'Droit européen et sport : Portrait d'une cohabitation', *Journal des tribunaux*, n°85, Janvier 2002, p.1-16, p.2.

¹²⁸ J.G. Irving, 'Red Card: The Battle Over European Football's Transfer System', *University of Miami Law Review*, Volume 56, 2002, pp.667-725, p.676.

¹²⁹ G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Spécificité des pratiques sportives compétitives', *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 604, n°1.

¹³⁰ Ibid, n°6.

« Celui qui échapperait à l'arbitraire de l'État que pour tomber sous la domination des puissances privées ne ferait que changer de servitude ; encore la seconde aurait-elle toute chance de se révéler plus intolérable que la première, tempérée, malgré tout, par un minimum de sens du bien commun. »¹³¹

La libre circulation est particulièrement estimée par les citoyens européens, qui la considèrent comme la réussite principale de l'Union européenne¹³². La Cour a conféré aux libertés de circulation dans leur ensemble un statut de libertés fondamentales et c'est donc, presque naturellement, sur elles qu'elle s'est appuyée pour servir de moteur au développement de l'Union européenne. L'effet direct qui a été conféré aux libertés de circulation et la « subjectivation »¹³³ du droit de l'UE qui l'a accompagné ont joué un rôle fondamental à cet égard. Il n'est, dès lors, pas surprenant que l'UE se soit saisie de la *lex sportiva* par leur intermédiaire. L'arrêt *Walrave*¹³⁴, rapidement suivi de l'arrêt *Donà*¹³⁵, marque l'entrée de la *lex sportiva* dans le champ de vision du droit de l'UE. Le début d'une histoire commune, qui vivra de nombreux rebondissements. A l'époque, ces deux arrêts sont perçus comme ambigus et n'auront pas de conséquence immédiate sur le contenu ou la structure de la *lex sportiva*. Cependant, l'arrêt *Walrave* va durablement définir les termes de l'échange juridique entre *lex sportiva* et droit de l'UE. En effet, « les fondements de l'analyse juridique avaient été établis »¹³⁶ et cet arrêt porte en lui les « germes »¹³⁷ des interventions à venir. D'un point de vue doctrinal, les évolutions subséquentes peuvent être rattachées aux attendus de cet arrêt. Il a ouvert la voie juridique à la capture de la *lex sportiva* dans les filets du droit de l'UE. Une capture qui a fait l'objet de luttes politiques intenses et d'une résistance farouche de la part d'un

¹³¹ O. Beaud, 'Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande', *Jus Politicum*, n°10, 2013 (accessible à <http://www.juspoliticum.com/Les-obligations-imposees-aux.html>)

¹³² 55% des citoyens européens considèrent qu'il s'agit là d'un des résultats de l'UE les plus positifs (second derrière les 56% qui considèrent que la paix en Europe est le principal acquis communautaire). Voir *Eurobaromètre Standard 82/ Automne 2014* (accessible à http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb82/eb82_first_fr.pdf).

¹³³ "By "subjectivation" it is meant here the move from a state-based interpretation of the Treaties into an individual-based interpretation. The Treaties are not simply to be interpreted as an agreement between States, but as having been created for the "peoples of Europe": Community rules are directed towards individuals and can be invoked by them." M. Poiars Maduro, *We The Court. The European Court of Justice and The European Economic Constitution*, Hart, 1999, p.9.

¹³⁴ CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p.1405.

¹³⁵ CJUE, 14 Juillet 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, aff.13/76, Rec. p.1333.

¹³⁶ G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Spécificité des pratiques sportives compétitives', *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 604, n°2.

¹³⁷ J.-Ph. Dubey et J.-L. Dupont, 'Droit européen et sport : Portrait d'une cohabitation', *Journal des tribunaux*, n°85, Janvier 2002, p.1-16, p.1.

mouvement sportif, qui s'est longtemps refusé¹³⁸, et parfois se refuse encore¹³⁹, à en reconnaître la légitimité. Longtemps, « [l]es organisations sportives ont pu avoir le sentiment d'évoluer dans un environnement particulier, dans une sphère protégée considérée comme saine, propre, idéale en quelque sorte car sans but lucratif »¹⁴⁰. Que cette incompréhension repose sur un « malentendu »¹⁴¹, une négligence¹⁴² ou la mauvaise foi de certains, cette saisie juridique était pourtant loin d'être imprévisible¹⁴³. C'est donc l'histoire juridique de la saisie de la *lex sportiva* par les libertés fondamentales que nous proposons de reconstruire ici. Dans le domaine sportif, comme dans bien d'autres « [...] l'imposition de contraintes au champ d'intervention communautaire n'a pas suffi à empêcher une double extension, sous la poussée du vécu, touchant la catégorie des personnes concernées et la teneur des droits consentis »¹⁴⁴. Mais, ce « dépassement n'est pas le fait d'un choix politique déclaré, et donc volontariste », au contraire « [i]l procède plutôt à tâtons, par étapes successives et très ponctuelles, chacune se présentant comme la conséquence logique, et donc nécessaire, de la précédente »¹⁴⁵. En effet, l'extension du champ d'application du droit de l'UE à la *lex sportiva* s'est faite pas-à-pas. Il s'agira donc de déterminer : comment la *lex sportiva* est tombée dans le champ d'application du droit de l'UE (I) ; comment l'activité des sportifs a pu être assimilée à une relation de travail ou de prestation de service (II) ; comment l'applicabilité du droit de l'UE a été étendue à une forme de réglementation privée (III) ; et enfin comment la *lex sportiva* a été considérée comme discriminatoire et/ou restrictive des libertés fondamentales (IV). Ces différentes étapes du raisonnement juridique sont toutes cruciales pour assurer la plénitude de la saisie de la *lex sportiva* par les libertés fondamentales. Cependant, d'un point de vue transnational, c'est l'extension

¹³⁸ « Dans le domaine du sport la règle fondamentale est l'autonomie d'une « contre-société » qui s'organise selon un droit propre d'origine non politique. » A. Manzella, 'La dérégulation du football par l'Europe', *Pouvoirs*, 2002/2, n°101, pp. 39-47, p.39.

¹³⁹G. Infantino, 'Meca-Medina: a step backwards for the European Sports Model and the Specificity of Sport?', INF, 02.10.2006 (accessible à http://www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/uefa/KeyTopics/480391_DOWNLOAD.pdf).

¹⁴⁰ Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.324

¹⁴¹ Ibid, p.324

¹⁴² G. Auneau, 'Note de Jurisprudence Bosman', *La semaine Juridique*, Edition Générale, 1996, n°22660-22661, pp. 273-276, p.274.

¹⁴³ S. Weatherill, 'Discrimination on grounds of nationality in sport', *Yearbook of European Law*, Volume 9, 1989, pp. 55-92.

¹⁴⁴M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, RCADI, 1995, t. 253, pp. 9-282, p.38.

¹⁴⁵ Ibid, p.41.

de l'applicabilité du droit de l'UE aux formes de réglementations privées qui s'avère décisive dans la transformation du droit de l'UE en contre-pouvoir transnational (V).

I. Activité économique ou exception sportive : Définir le champ d'application du droit de l'UE dans le domaine sportif

La première question qui s'est posée à la Cour quant à la saisie de la *lex sportiva*, est celle de l'étendue du champ d'application du droit de l'UE. En effet, comment celui-ci pouvait-il couvrir le champ sportif, alors qu'aucune compétence spécifique ne lui est attribuée à cet égard dans les traités ? Le principe d'attribution des compétences semble s'opposer, *a priori*, à ce que l'activité sportive tombe dans l'escarcelle juridique de l'UE. Seulement, c'est sans compter sur la force d'aspiration que le droit de l'UE tire de ses compétences économiques. En effet, le critère économique joue un rôle crucial pour définir les frontières de la compétence de l'UE¹⁴⁶. Ainsi, c'est en qualifiant l'activité sportive d'activité économique, que la Cour va ouvrir la voie à une appréhension de la *lex sportiva*, déclenchant alors un « frisson d'excitation intellectuelle »¹⁴⁷ chez le juriste passionné. Cependant, prise d'un doute face aux possibilités presque infinies qu'ouvre une telle qualification, la Cour va introduire un *caveat* en excluant du champ d'application du droit de l'UE les questions « intéressant uniquement le sport et, en tant que telle[s], étrangère[s] à l'activité économique »¹⁴⁸. Dès lors, c'est sur cette formulation ambiguë que vont s'appuyer les organisations sportives pour refuser l'application du droit de l'UE à la *lex sportiva*¹⁴⁹. Mise en difficulté par le flou de la formule, la Cour va progressivement la délaissier. Surtout, qu'entre-temps, le sport est

¹⁴⁶ Voir en général sur cette question l'étude très fouillée de O. Odudu, 'Economic Activity as a Limit to Community Law', in C. Barnard et O. Odudu (dir.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, 2009, pp.225-243.

¹⁴⁷ "When, in *Walrave and Koch v Union cycliste Internationale*, the first case involving sport to reach the European Court, the Court stated that the practice of sport is subject to Community law 'in so far as it constitutes an economic activity within the meaning of Article 2 of the Treaty' it was impossible to avoid a frisson of intellectual excitement." S. Weatherill, 'Bosman changed everything: The Rise of EC sports Law' in M. Poares Maduro et L. Azoulai (dir.), *The Past and Future of EU law*, Hart Publishing, 2010, pp.480-487, p.480.

¹⁴⁸ CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p.1405, pt.8.

¹⁴⁹ S. Weatherill, 'Do sporting associations make "law" or are they merely subject to it?', *European Business Law Review*, july/August 1998, pp. 217-220.

devenu une activité économique florissante, incomparable avec l'activité sportive des années 70¹⁵⁰.

a. L'activité économique, cheval de Troie du droit de l'UE

Dans l'affaire *Walrave*, la Commission avait soulevé la question de l'activité économique. Elle prétendait qu'« [u]ne activité purement récréative, sans objectif économique, ne tomberait pas sous l'application du droit communautaire »¹⁵¹, forçant ainsi la Cour à ce prononcer à ce sujet. La Cour considéra « que, compte tenu des objectifs de la Communauté, l'exercice des sports ne relève du droit communautaire que dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 du traité »¹⁵². Cette formule ritualisée dans la jurisprudence sportive de la CJUE deviendra la suivante dans l'arrêt *Donà* : « attendu que, compte tenu des objectifs de la Communauté, l'exercice des sports relève du droit communautaire dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 du traité »¹⁵³. On retrouve cette seconde version de la formule dans l'arrêt *Bosman*¹⁵⁴, l'arrêt *Deliège*¹⁵⁵, l'arrêt *Lehtonen*¹⁵⁶, et l'arrêt *Olympique Lyonnais*¹⁵⁷.

L'existence d'une activité économique peut être caractérisée, comme nous le verrons ci-dessous, par l'existence d'une relation de travail ou par l'établissement d'une prestation de service. Dans tous les cas, c'est l'argent que brasse le sport qui constitue « l'aspérité sur laquelle le droit de l'Union prend appui pour déployer ses effets »¹⁵⁸. Mais, où finit l'activité économique ? Comment délimiter la frontière entre l'économique et le non-

¹⁵⁰ D. O'Keefe et P. Osborne, 'L'affaire Bosman : Un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen', *Revue du Marché Unique Européen*, n°1, 1996, p. 17-44, p.33.

¹⁵¹ CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p.1416.

¹⁵² Ibid, pt.4.

¹⁵³ CJUE, 14 Juillet 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, aff.13/76, pt.12.

¹⁵⁴ CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt.73.

¹⁵⁵ CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.41.

¹⁵⁶ CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt.32.

¹⁵⁷ CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. I-02177, pt. 27.

¹⁵⁸ F. Martucci, 'Coupe du Monde et droit de l'Union européenne', in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, pp.357-391, p.374.

économique dans le domaine sportif? Cette question va devenir centrale¹⁵⁹ et a notamment été abordée par la Cour, et de manière encore plus approfondie par l'avocat général¹⁶⁰, dans l'arrêt *Deliège*¹⁶¹. L'appréciation du caractère économique de l'activité en cause se fait *in concreto* et ne saurait dépendre de la qualification retenue par les organisations sportives pour leurs activités¹⁶². En pratique, cette condition nécessaire à l'applicabilité du droit de l'UE est impossible à définir *in abstracto*. Au regard de la difficulté de la tâche, la Cour semble peu encline à consacrer de longs développements à la nature économique ou non de l'activité en cause¹⁶³, ce qui a pu être ouvertement regretté¹⁶⁴.

Le mythe de l'exclusion du champ d'application du droit de l'UE de pans entier de la *lex sportiva* a longtemps perduré. Ce mythe, la Cour n'y est pas étrangère puisque ce sont les considérants ambigus de l'arrêt *Walrave* qui lui ont donné une certaine crédibilité, même si cette crédibilité s'est estompée au fil des arrêts.

b. De l'exception sportive : ceci n'est pas une activité économique !

i. Les arrêts Walrave et Donà : naissance d'une ambiguïté

¹⁵⁹ Une problématique de délimitation territoriale très clairement identifiée par R. Parrish, 'The Birth of European Union Sports Law', *Entertainment Law*, Volume.2, N°2, Summer 2003, pp. 20-39, p.29.

¹⁶⁰ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, Rec. p.I-02549, pt.18-60.

¹⁶¹ CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.46-49.

¹⁶² « À cet égard, il importe de relever que la simple circonstance qu'une association ou fédération sportive qualifie unilatéralement d'amateurs les athlètes qui en sont membres n'est pas par elle-même de nature à exclure que ceux-ci exercent des activités économiques au sens de l'article 2 du traité. » CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.46.

¹⁶³ "In view of the fluidity of the above distinctions, and of their political salience, the Court in the vast majority of cases where it is called to decide on the applicability of the EU rules on the various activities, does not engage at all the slippery slope of distinguishing between the economic and the non-economic. Instead, it uses several other, more technical criteria, in order to determine the extent to which EU law shall apply – if at all – to any given activity." V. Hatzopoulos, 'The Economic Constitution of the EU Treaty and the Limits between Economic and Non-economic Activities', *European Business Law Review*, Volume 23, n°6, 2012, pp.973-1007, pp. 985.

¹⁶⁴ "The greatest danger is that provisions limited to economic activity may be applied, and the autonomy of the Member States further curtailed, without sufficient consideration being given to the question of whether economic activity exists." O. Odudu, 'Economic Activity as a Limit to Community Law', in C. Barnard et O. Odudu (dir.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, 2009, pp.225-243, p.242.

Dès l'arrêt *Walrave*, la question de la délimitation de la frontière entre activité économique et activité non-économique se pose. En effet, comme le traduisent les conclusions de l'avocat général, il est contre-intuitif de soumettre à l'interdiction des discriminations les rencontres entre équipes nationales, dans la mesure où la composition de ces équipes repose nécessairement sur une discrimination en faveur des citoyens nationaux¹⁶⁵. L'avocat général Warner recommande alors ce qu'il appelle le « test du spectateur trop curieux ». Il en déduit que confronté à la question de l'applicabilité du droit de l'UE aux rencontres entre équipes nationales, « [l]e bon sens veut que les signataires auraient tous, la plume à la main répondu d'un ton d'impatience : « Bien sûr que non » ; peut-être auraient-ils ajouté qu'à leur avis, cela était si évident qu'il n'était pas nécessaire de le dire »¹⁶⁶. De ces réflexions, la Cour n'adoptera pas la méthode, mais elle en préservera à tout le moins l'esprit, en affirmant que l'interdiction des discriminations sur le fondement de la nationalité « ne concerne pas la composition d'équipes sportives, en particulier sous forme d'équipes nationales, la formation de ces équipes étant une question intéressant uniquement le sport et, en tant que telle, étrangère à l'activité économique »¹⁶⁷. Dans le même temps, elle affirme aussi « que cette restriction du champ d'application des dispositions en cause doit cependant rester limitée à son objet propre »¹⁶⁸. Ces deux phrases vont donner lieu à une lutte interprétative intense, afin de déterminer le champ des questions qui intéressent uniquement le sport¹⁶⁹. On a pu en déduire que « quand l'activité apparaît plus sportive qu'économique, le droit de la Communauté s'efface »¹⁷⁰.

Quelques années plus tard, l'arrêt *Donà* viendra obscurcir encore plus la situation. Dans cette affaire, qui concernait les quotas de joueurs étrangers dans le football italien, l'avocat général considéra « que même des activités sportives de caractère économique peuvent toutefois échapper à l'application des règles fondamentales antidiscriminatoires du traité, lorsque les limitations fondées sur la nationalité du

¹⁶⁵ CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p.1428.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid, pt.8.

¹⁶⁸ CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p. 1418, pt.9

¹⁶⁹ Une lutte retracée en détails par A. Rincon, 'EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, pp.224-237.

¹⁷⁰ L. Gard, 'Le sport dans le droit de l'Union européenne - Exception, dérogations, spécificités et droit commun', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, pp. 288-304, p. 289.

joueur ont des finalités purement sportives et lorsqu'elles sont appropriées et proportionnées au but poursuivi »¹⁷¹. La Cour, elle, est d'avis que les libertés fondamentales « ne s'opposent pas, cependant, à une réglementation ou pratique excluant les joueurs étrangers de la participation à certaines rencontres pour des motifs non économiques, tenant au caractère et au cadre spécifiques de ces rencontres et intéressant donc uniquement le sport en tant que tel, comme il en est, par exemple, de rencontres entre équipes nationales de différents pays »¹⁷², tout en rappelant « que cette restriction du champ d'application des dispositions en cause doit cependant rester limitée à son objet propre »¹⁷³, elle confie finalement aux juridictions nationales le soin de déterminer si l'activité en cause doit être qualifiée d'économique ou non¹⁷⁴. A cet instant, les fédérations sportives pensent triompher¹⁷⁵, elles lisent dans les termes de l'arrêt la volonté de la Cour d'interpréter largement l'exception sportive esquissée dans l'arrêt *Walrave* et notamment d'inclure dans son champ les rencontres jouées entre clubs¹⁷⁶. Dès lors une « ambiguïté »¹⁷⁷ réelle prend forme. Les conclusions de l'avocat général vont dans ce sens en faisant dépendre l'applicabilité du droit de l'UE des finalités que la règle de *la lex sportiva* poursuit. Mais, cette interprétation favorable à une large exception sportive s'effondrera avec l'arrêt *Bosman*.

ii. L'arrêt *Bosman* : l'exception circonscrite

L'arrêt *Bosman* marque une première rupture, à la fois minime et gigantesque, dans l'approche de la Cour quant à la question de l'exception sportive¹⁷⁸. L'avocat général Lenz se faisait dans ses conclusions l'écho des incertitudes qu'avaient fait naître les arrêts *Walrave* et *Donà*¹⁷⁹. Dans sa décision, la Cour rappelle que l'arrêt *Donà* a reconnu

¹⁷¹ Conclusions du 6 juillet 1976, aff.13/76, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, Rec. p.1333, pt. 139

¹⁷² CJUE, 14 Juillet 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, aff.13/76, Rec. p.1333, pt. 13.

¹⁷³ Ibid, pt. 14.

¹⁷⁴ Ibid, pt. 15.

¹⁷⁵ G. Auneau, 'Note de Jurisprudence Bosman', *La semaine Juridique*, Edition Générale, 1996, n°22660-22661, pp. 273-276, p.274

¹⁷⁶ Une lecture cohérente de l'arrêt selon G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Principes fondamentaux', *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 603, n°39-40.

¹⁷⁷ G. Auneau et P. Jacq, 'Les particularismes des contentieux sportifs', *La Semaine Juridique* Edition Générale n° 28, 10 Juillet 1996, I 3947, n°13.

¹⁷⁸ R. Parrish et S. Miettinen, *The Sporting Exception in European Union Law*, ASSER Press, 2008, pp.87-88 et D. O'Keeffe et P. Osborne, 'The European Court Scores a Goal', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Summer 1996, pp.111-130, p.121.

¹⁷⁹ Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165.

« que les dispositions communautaires en matière de libre circulation des personnes et des services ne s'opposent pas à des réglementations ou pratiques justifiées par des motifs non économiques, tenant au caractère et au cadre spécifiques de certaines rencontres », mais « cette restriction du champ d'application des dispositions en cause doit rester limitée à son objet propre », par conséquent « elle ne peut être invoquée pour exclure toute une activité sportive du champ d'application du Traité »¹⁸⁰. Or, sans modifier véritablement la formulation de sa jurisprudence, la Cour a mis un coup d'arrêt à l'interprétation extensive de l'exception défendue par les organisations sportives. En effet, la CJUE interprète strictement le fait que cette exception soit limitée à son objet et exclut de son champ les quotas de joueurs étrangers pour les matchs entre clubs. Il s'agit là d'un véritable coup d'arrêt pour ceux qui voulaient exclure des pans entiers de l'activité sportive du regard du droit de l'UE¹⁸¹.

Les arrêts *Deliège* et *Lehtonen* ne vont pas modifier l'approche de la Cour à cet égard, puisqu'elle fait clairement référence dans leur corps, à l'arrêt *Bosman*¹⁸². La Cour semble vouloir renier discrètement l'exception sportive qu'elle avait dégagée dans ses arrêts *Walrave* et *Donà*¹⁸³. Et cela, malgré un plaidoyer de l'avocat général Cosmas dans ses conclusions sous l'arrêt *Deliège*, favorable à une plus large exception pour la *lex sportiva*. En effet, il considérait que « la formation des équipes nationales européennes qui auraient l'honneur d'être présentes au plus grand événement sportif mondial, les jeux olympiques, est une question d'ordre purement sportif, qui n'a en principe aucune dimension économique »¹⁸⁴. Tout en précisant que « cette restriction apportée au champ d'application de l'article 59 n'excède pas son objet propre, à savoir préserver l'idéal

¹⁸⁰ CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 76.

¹⁸¹ A. Rincon, 'EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, pp.224-237, p.228.

¹⁸² CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt.34 et CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt. 41 et 44.

¹⁸³ "What is, however, unmistakable in the wording of the judgments is that the ECJ was trying to hide its own findings. It seems that the Court wanted Walrave and Dona not to be taken into account. It tried to contain the use of the exemption. Lehtonen is a clear example of this behaviour. The Court did not even consider the application of the sporting exemption to the case." A. Rincon, 'EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.224-237, p.229.

¹⁸⁴ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.70.

sportif d'une noble émulation entre les États »¹⁸⁵. Plus largement, selon l'avocat général Cosmas « le droit communautaire reconnaît aux autorités en matière sportive un pouvoir limité d'autogestion et d'auto-réglementation des questions non économiques qui se rattachent à la nature spécifique du sport »¹⁸⁶. Il ne sera pas suivi par la Cour qui considère que « les règles de sélection en cause au principal ne portent pas sur des rencontres opposant des équipes ou sélections nationales de différents pays, ne comprenant que des ressortissants ayant la nationalité de l'État dont relève la fédération qui les a sélectionnés, tels les jeux olympiques ou certains championnats du monde ou d'Europe, mais réservent la participation, par fédération nationale, à certaines autres rencontres internationales de haut niveau aux athlètes qui sont affiliés à la fédération en cause, indépendamment de leur nationalité »¹⁸⁷. Elle fait donc une distinction entre les règles applicables aux compétitions entre équipes nationales et celles concernant les compétitions individuelles ou interclubs. L'exception sportive étant, à la suite de cette décision, à première vue limitée aux premières nommées¹⁸⁸.

Peu de temps après, c'est le Tribunal de l'UE qui va faire renaître de ses cendres le débat autour de l'exception sportive. Les juges du Tribunal, s'appuyant sur les arrêts *Walrave* et *Donà*¹⁸⁹, mais aussi sur la *Déclaration n°29 relative au sport* figurant en annexe du traité d'Amsterdam¹⁹⁰, rappellent que « les interdictions qu'édictent ces dispositions du traité ne concernent pas les règles purement sportives, c'est-à-dire les règles qui concernent des questions intéressant uniquement le sport et, en tant que telles, étrangères à l'activité économique »¹⁹¹. Les juges considèrent qu'il a été décidé « que constituent des règles purement sportives, donc échappant, par nature, au champ d'application des articles 39 CE et 49 CE, les règles relatives à la composition des équipes nationales (arrêts *Walrave*, point 8, et *Donà*, point 14), ou encore les règles relatives à la sélection par les fédérations sportives de ceux de leurs affiliés qui peuvent

¹⁸⁵Ibid, pt.74.

¹⁸⁶Ibid. pt.76.

¹⁸⁷ CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.44.

¹⁸⁸ Sur l'arrêt *Deliège* et l'exception sportive voir R. Parrish et S. Miettinen, *The Sporting Exception in European Union Law*, ASSER Press, 2008, pp.88-91; *contra*, F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 751.

¹⁸⁹ Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291, pt.37.

¹⁹⁰ Ibid, pt.38.

¹⁹¹ Ibid, pt.41.

participer à des compétitions internationales de haut niveau (arrêt *Deliège*, point 64) » et « les « règles du jeu » au sens étroit, telles que, par exemple, les règles fixant la durée des matchs ou le nombre de joueurs sur le terrain, étant donné que le sport ne peut exister et fonctionner que dans le cadre de règles déterminées »¹⁹². Bien que les arrêts invoqués se situent sur le terrain des libertés fondamentales, le Tribunal considère que leur teneur peut être transposée au droit de la concurrence¹⁹³. Il va ensuite procéder à l'analyse du caractère économique des règles anti-dopage. A cet égard, les juges affirment que « s'il est certes vrai que le sport de haut niveau est devenu, dans une large mesure, une activité économique, il n'en demeure pas moins que la lutte antidopage ne poursuit aucun objectif économique »¹⁹⁴, au contraire elle viserait à préserver le Fair Play et la santé des athlètes. Par ailleurs, le Tribunal souligne « que le geste sportif est, dans son essence même, un acte gratuit, non économique, et cela alors même que l'athlète l'accomplit dans le cadre d'une activité sportive professionnelle » et en déduit que « l'interdiction du dopage et la réglementation antidopage s'intéressent exclusivement, et ce alors même que l'acte sportif est accompli par un professionnel, à une dimension non économique de cet acte sportif, qui en constitue l'essence même »¹⁹⁵. Avant de conclure que, « [c]ompte tenu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la prohibition du dopage se fonde sur des considérations purement sportives et est donc étrangère à toute considération économique », par conséquent, « les règles de la lutte antidopage ne sauraient, pas plus que les réglementations examinées par la Cour dans les arrêts *Walrave*, *Donà* et *Deliège*, entrer dans le champ d'application des dispositions du traité sur les libertés économiques et, en particulier, des articles 49 CE, 81 CE et 82 CE »¹⁹⁶. En bref, « les règles antidopage sont intimement liées au sport en tant que tel »¹⁹⁷. L'exception sportive revit et s'étend aux réglementations anti-dopage, est-ce le début d'une renaissance espérée par certains¹⁹⁸ ? Mais, l'arrêt est aussi fortement

¹⁹² Ibid, pt.41.

¹⁹³ Ibid, pt.42.

¹⁹⁴ Ibid, pt.44.

¹⁹⁵ Ibid, pt.45.

¹⁹⁶ Ibid, pt.47.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 748-758.

critiqué en doctrine¹⁹⁹ et la décision sera renversée par la CJUE quelques années plus tard.

iii. L'arrêt Meca-Medina : la mort de l'exception ?

Dans son arrêt *Meca-Medina*, la Cour, bien qu'encouragée par son avocat général à adopter le raisonnement du tribunal, va fortement s'en démarquer. En effet, l'avocat général Léger, était d'avis « que la Cour a dégagé une exception de portée générale qui ne saurait être limitée, comme les requérants le soutiennent, à la composition et à la formation d'équipes sportives »²⁰⁰. Il considère également que l'intérêt économique lié aux réglementations antidopage « est purement accessoire » et « ne peut priver les réglementations antidopage de leur nature purement sportive »²⁰¹.

La Cour, tout en rappelant son attachement au fait que le droit de l'UE ne s'applique au sport que dans la mesure où il constitue une activité économique²⁰², va contredire son avocat général. L'arrêt fait ouvertement référence à « la difficulté de scinder les aspects économiques et les aspects sportifs d'une activité sportive »²⁰³. Toutefois, c'est pour une autre raison que les juges vont rejeter la solution proposée par le Tribunal. Selon eux « il ressort 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 »²⁰⁴. En effet, « [s]i 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 »²⁰⁵. Les juges reprochent donc au Tribunal d'avoir

¹⁹⁹ "The judgment of the Court of First Instance in Meca Medina could be considered, thus far, as the apex of the misleading analysis of the behaviour of sporting bodies under EC law." A. Rincon, 'EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.224-237, p.233. Voir aussi S. Weatherill, 'Anti-doping rules and EC law', *European Competition Law Review*, Volume 26, n°7, 2005, p 416-421.

²⁰⁰ Conclusions du 23 mars 2006, aff. C-519/04 P, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, Rec. I-06991, pt.28.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991, pt. 22.

²⁰³ Ibid, pt.26.

²⁰⁴ Ibid, pt.27.

²⁰⁵ Ibid, pt.28.

« considéré que le fait qu'une réglementation purement sportive soit étrangère à l'activité économique, avec pour conséquence que ladite réglementation n'entre pas dans le champ d'application des articles 39 CE et 49 CE, signifie, également, qu'elle est étrangère aux rapports économiques de concurrence, avec pour conséquence qu'elle n'entre pas non plus dans le champ d'application des articles 81 CE et 82 CE »²⁰⁶. En clair, la Cour refuse que soit transposée au droit de la concurrence l'exception sportive dégagée dans le cadre des libertés fondamentales par l'arrêt *Walrave*. L'arrêt *Meca-Medina* ne met donc pas un point final au débat sur l'existence et l'étendue de cette exception dans le cadre des libertés fondamentales²⁰⁷. Cependant, en laissant grande ouverte la porte de l'applicabilité du droit de la concurrence à toutes les règles sportives ayant des effets économiques, la Cour a probablement signé l'arrêt de mort de l'exception sportive²⁰⁸. Une mort espérée par certains et vigoureusement combattue par d'autres²⁰⁹. L'identification des règles purement sportives était une mission impossible, tant celles-ci sont intrinsèquement mêlées à des effets économiques²¹⁰. D'autant que le recours à la pureté du sport pour justifier l'adoption d'une exception sportive semble bien souvent de nos jours être en porte-à-faux avec le réel²¹¹. Dès lors, la contradiction entre l'impact économique de la *lex sportiva* et la fiction juridique lui retirant ce

²⁰⁶ Ibid, pt.32.

²⁰⁷ Regrettant cette incertitude, A. Rincon, 'EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.224-237, p.235. Voir aussi, S. Weatherill, 'The Influence of EU law on sports governance', in S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy - Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, p.79-100, p.85.

²⁰⁸ "The judgment of the European Court of Justice in Meca-Medina could reasonably be thought of as striking a final blow against the notion of a broader sporting exception from the application of EC law." R. Parrish et S. Miettinen, *The Sporting Exception in European Union Law*, TMC ASSER Press, 2008, p.95; "And more profoundly still, its judgment is capable of being read as having extinguished the notion that EC law recognises and therefore leaves untouched the 'purely sporting rule', at least where such a rule has economic consequence." S. Weatherill, 'Anti-Doping Revisited – The Demise of the Rule of 'Purely Sporting Interest'?', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2008, p.335-353, p.345.

²⁰⁹ Favorables à la fin de l'exception, S. Weatherill, 'Anti-Doping Revisited – The Demise of the Rule of 'Purely Sporting Interest'?', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2008, p.335-353, p.345 et B. Pfister, 'Meca-Medina, kein Schritt zurück!', *Sport und Recht*, 2/2007, p. 58-59. *Contra* G. Infantino, 'Meca-Medina: a step backwards for the European Sports Model and the Specificity of Sport?', INF, 02.10.2006 et J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237.

²¹⁰ Voir à ce propos, A. Rincon, 'EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.224-237, p.228 et 234 et S. Weatherill, 'Resisting the pressures of "Americanization": The influence of European community law on the 'European sport model'', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.155-176, p.170.

²¹¹ S. Weatherill, 'Sport as culture in EC law', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.215-248, p.216.

caractère économique était trop forte²¹². Il existe, comme nous le verrons plus tard, d'autres moyens juridiques pour préserver l'esprit et la teneur des règles de la *lex sportiva* face au droit de l'UE²¹³.

c. Le critère de l'activité économique, obsolète?

Le critère de l'activité économique est-il abandonné pour autant? Loin s'en faut! En effet, que ce soit en ce qui concerne les libertés fondamentales ou le droit de la concurrence, l'existence d'une activité économique transnationale (par une entreprise, un travailleur ou un prestataire de service) demeure nécessaire pour fonder l'applicabilité du droit de l'UE. Il faut donc soigneusement distinguer le critère de l'activité économique et la notion d'exception sportive²¹⁴. Cependant, le sport brassant des montants financiers de plus en plus importants²¹⁵, il devient aussi de plus en plus difficile d'échapper au droit de l'UE. En effet, « [s]i cette frontière est quelquefois repoussée fort loin, au point que ce qui échappe au droit communautaire apparaît dérogatoire, c'est tout simplement parce que l'activité des hommes – même sportifs professionnels – est rarement désintéressée, et naturellement « économique » »²¹⁶. Ceci est d'autant plus vrai que « [l]a glorieuse incertitude du sport cède à la recherche de la rentabilité du spectacle sportif »²¹⁷. C'est le sport professionnel qui s'est engagé dans la voie du sport-business, conduisant de ce fait les institutions européennes à s'y intéresser²¹⁸. Certes, on peut débattre du sens de cette causalité²¹⁹, mais il nous semble

²¹² Une fiction reconnue par certains de ses partisans : « Il en résulte que l'immunité des règles purement sportives résulte moins du caractère intrinsèquement non économique de ces règles que d'une construction jurisprudentielle créant une « lacune » dans le domaine d'application du droit communautaire afin de prendre en compte les spécificités du sport. » F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 756.

²¹³ Voir chapitre 1 et 2 du Titre 2.

²¹⁴ A. Rincon, 'EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.224-237, p.227.

²¹⁵ W. Andreff, *Économie internationale du sport*, Presses Universitaires de Grenoble, 2010.

²¹⁶ G. Parléani, 'Un an après l'arrêt Bosman : que faire du « foot » en droit communautaire?', *La Semaine juridique, Europe*, n°30, 1997, p.318-321.

²¹⁷ *Le Sport de haut niveau et l'argent*, Rapport du Conseil économique et social, 2002, p.3.

²¹⁸ "To end where this paper began, in so far as capital has burned off the nuance in sporting culture, it is professional sport that has embraced commercial growth and the institutions of the European community have done no more than respond." S. Weatherill, 'Sport as culture in EC law', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.215-248, p.247.

²¹⁹ Nombreux sont ceux en France qui soutiennent que l'arrêt *Bosman* et la jurisprudence de la Cour de justice ont fortement encouragé la commercialisation et la libéralisation du sport, voir récemment, J-F.

difficilement contestable que « l'énorme succès du sport a entraîné avec lui ses propres difficultés dont la moindre ne réside pas dans le contexte actuel lorsqu'il s'agit de décider où finissent les considérations sportives et où commencent les motivations économiques »²²⁰. L'hypocrisie de l'exception sportive n'a pas résisté à la réalité économique, le sport n'est plus un espace amateur et désintéressé. Au contraire, il fait vivre des individus et leurs familles, la *lex sportiva* redistribue du capital et des chances au sein de la famille sportive et ne saurait échapper à sa responsabilité juridique et politique. Cette transformation interne au monde sportif s'accompagne d'une tendance plus générale du droit de l'UE, qui veut que de moins en moins de situations soient susceptibles d'échapper *a priori* au droit du marché intérieur²²¹.

II. L'applicabilité rationae personae de la liberté de circulation

On a pu « constater que le footballeur n'est pas un simple travailleur, il est aussi une marchandise »²²². Pourtant, c'est bien en tant que travailleur ou prestataire de services, et non comme marchandise, que le droit de l'UE va ouvrir un recours aux sportifs contre la *lex sportiva*²²³. En effet, ce qui déclenche l'applicabilité des libertés fondamentales à la *lex sportiva*, c'est en premier lieu l'existence d'une relation de travail ou d'une prestation de service. L'arrêt *Walrave* l'avait affirmé avec force, « lorsqu'une telle activité [sportive] a le caractère d'une prestation de travail salarié ou d'une prestation de service rémunérée, elle tombe, plus particulièrement, dans le champ d'application, [...], des articles 48 à 51 ou 59 à 66 du traité »²²⁴. On pourrait aussi envisager l'applicabilité des

Humbert, *Rapport d'information sur l'Union européenne et le sport professionnel*, Sénat, 2013 ou J. Guillaumé, 'L'autonomie de la nationalité sportive', *JDI (Clunet)*, n°2, Avril 2011, Doctr.5, p.313-336.

²²⁰ D. O'Keeffe et P. Osborne, 'L'affaire Bosman : Un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen', *Revue du Marché Unique Européen*, n°1, 1996, p. 17-44, p.33

²²¹ "In EU trade law the principal arguments tend to surround the question whether a particular practice is justified or not. There is little scope for arguing that EU law does not apply *at all*." S. Weatherill, 'The Constitutional Context of (Ever-Wider) Policy-Making', in *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, 2012, p.570-582, p.577.

²²² R. Poli, 'Transferts de footballeurs : La dérive de la marchandisation', *Finance & Bien Commun*, 2007/1 N°26, p.40-47, p.40.

²²³ Voir pour une première discussion en français de la problématique : L. Chabaud, C. Dudognon, D. Primault, *Le sportif et la communauté européenne : Le « statut social » du sportif de haut niveau*, Paris, Dalloz, 1993.

²²⁴ CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p. 1418, pt. 5.

libertés fondamentales en dehors de toute activité économique, sur la base de la citoyenneté européenne.

a. Le sportif : un travailleur comme les autres

La notion de travailleur est polysémique en droit de l'UE. En effet, plusieurs définitions cohabitent en fonction du domaine concerné²²⁵. Dans le cadre de la liberté de circulation, la Cour s'est appuyée sur une interprétation autonome de la notion²²⁶. Elle a ainsi développé *via* sa jurisprudence une interprétation large du concept de travailleur. Il s'agit donc de déterminer si le champ de ce concept s'étend à la personne du sportif professionnel ou semi-professionnel.

Depuis les arrêts *Walrave* et *Donà*, on sait que l'activité des joueurs de football professionnels et semi-professionnels constitue une activité économique au sens du droit de l'UE, « ceux-ci exerçant une activité salariée ou effectuant des prestations de services rémunérées »²²⁷. L'arrêt *Bosman* confirme que l'activité des joueurs professionnels ou semi-professionnels de football est une activité économique « dès lors qu'ils exercent une activité salariée ou effectuent des prestations de services rémunérées »²²⁸. Du fait de l'effet similaire des libertés de circulation des travailleurs et des prestataires de services, la Cour n'a pas eu à trancher clairement entre le statut de travailleur ou celui de prestataire de services des footballeurs. Cependant, dans l'arrêt *Bosman* l'analyse juridique se fait sur le fondement de la liberté de circulation des travailleurs. La Cour assimile donc implicitement M. Bosman à un travailleur au sens du traité.

²²⁵ G. Cavalier et R. Upex, 'The Concept Of Employment Contract In European Union Private Law', *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 55, 2006, p. 587-608.

²²⁶CJUE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, aff. 75/63, Rec. p.362 ; CJUE, 23 Mars 1982, *D.M. Levin c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. 53/81, Rec. p.1035, pt.11 et CJUE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, aff.66/85, Rec. p. 2121, pt.16.

²²⁷CJUE, 14 Juillet 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, aff.13/76, pt. 12.

²²⁸CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 73.

L'arrêt *Lehtonen* analyse plus spécifiquement l'application de la qualification de travailleur à un sportif²²⁹. En effet, cette clarification était rendue nécessaire par le fait que l'Italie avait pointé le peu d'éléments indiquant la qualité de travailleur de *Lehtonen*²³⁰. La Cour rappelle que « [s]'agissant ensuite des notions d'activité économique et de travailleur au sens respectivement des articles 2 et 48 du traité, il y a lieu de relever qu'elles définissent le champ d'application de l'une des libertés fondamentales garanties par le traité et, à ce titre, elles ne peuvent être interprétées restrictivement »²³¹. Ainsi, la notion de travailleur « doit être définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et des devoirs des personnes concernées ». Par conséquent « la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle reçoit une rémunération »²³². Dès lors, la Cour conclut lapidairement qu'il « ressort des constatations de fait effectuées par la juridiction de renvoi ainsi que des documents produits devant la Cour que M. Lehtonen avait conclu un contrat de travail avec un club d'un autre État membre en vue d'exercer un emploi salarié sur le territoire de cet État ». On peut donc en déduire qu'il « a ainsi répondu à un emploi effectivement offert au sens de l'article 48, paragraphe 3, sous a), du traité »²³³. Tout sportif disposant d'un contrat de travail, au sens du droit national, est donc considéré comme un travailleur au sens de l'article 45 TFUE. Cette qualification s'étend aussi au sportif en formation²³⁴. En effet, dans son arrêt *Olympique Lyonnais* la Cour juge qu'« il est constant que l'activité salariée de M. Bernard relève du champ d'application de l'article 45 TFUE »²³⁵. Finalement, on peut en déduire que le sportif disposant d'un

²²⁹CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt.39-58 ; voir aussi G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Spécificité des pratiques sportives compétitives', *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 604, n°97-98.

²³⁰ Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.41-43.

²³¹CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt.42. Citant CJUE, 23 Mars 1982, *D.M. Levin c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. 53/81, Rec. p.1035.

²³²Ibid, pt.45.

²³³Ibid, pt.46.

²³⁴F. Mandin, 'La libre circulation des sportifs en formation professionnelle', *La semaine juridique, Edition Sociale*, n°44-45, 28 octobre 2008, p.1560.

²³⁵ CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. I-02177, pt.29.

contrat avec un club incluant une compensation pécuniaire et fixant les conditions d'entraînement ainsi que de participation aux compétitions sportives peut se prévaloir du droit à la libre circulation des travailleurs. Ainsi, le travailleur sportif est considéré « comme un citoyen relevant du droit commun »²³⁶. La jurisprudence de la Cour prend acte de l'évolution économique du secteur, les joueurs sont devenus « la plaque tournante »²³⁷ d'un football qui s'est transformé en « activité économique ordinaire »²³⁸. L'interprétation large de la notion de travailleur en droit de l'UE couvre les sportifs professionnels. Lorsqu'en l'absence d'une relation de subordination ceux-ci échappent à l'article 45 TFUE, ils sont couverts par la liberté de circulation des prestataires de service aménagée par l'article 49 TFUE.

b. Le sportif : prestataire de service

C'est une judoka amatrice belge, Mlle Deliège, qui a contraint la Cour à se pencher sur le champ d'application de la notion de prestataire de service dans le contexte sportif. En effet, confronté à la question de l'existence d'une activité économique, l'avocat général Cosmas consacre une longue partie de ses conclusions à cette question²³⁹. Il rappelle en préalable « que le caractère en principe amateur du judo, invoqué par les fédérations belges et par la plupart des États membres, ne suffit pas pour exclure le cas de Mlle Deliège du champ d'application des articles 59 et suivants du traité » et que par conséquent « [l]e caractère économique ou non de l'activité de cette athlète devra être recherché dans les éléments concrets définissant cette activité et non pas dans les proclamations des fédérations sportives relatives à l'image du judo aujourd'hui »²⁴⁰. L'avocat général passe en revue la jurisprudence existante et en déduit qu'« [i]l est des cas où la Cour manifeste une certaine souplesse même en ce qui concerne le lien qui doit rattacher le prestataire du service au destinataire et la rémunération aux services

²³⁶G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Principes fondamentaux, *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 603, pt.16.

²³⁷D. Jacotot, 'Les différents modes de rupture du contrat de travail', in G. Simon (dir.), *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p.197.

²³⁸F. Vandamme, 'La Communauté européenne et le sportif professionnel', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°398, mai 1996, p.353-357, p.354.

²³⁹Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.18-60.

²⁴⁰*Ibid*, pt.26.

prestés »²⁴¹. Dès lors, il considère «[...] que, pour bien comprendre le problème, il faut l'aborder avant tout sous l'angle des gains que la partie demanderesse aurait perçus ou qu'elle pourrait percevoir pour sa participation à des tournois internationaux de judo », et pose la question suivante, « [c]es gains, s'ils existent, constituent-ils la contrepartie de certaines prestations fournies par Mlle Deliège dans le cadre de ses activités sportives? »²⁴² Concrètement, Mlle Deliège percevait de la part de la fédération belge une indemnité de formation sans qu'elle soit liée par un contrat avec celle-ci. Par conséquent, « [l]e fait que, dans un sport considéré comme «amateur», un athlète obtient, précisément en raison de la qualité de ses résultats, systématiquement des aides sous diverses formes de la part d'institutions responsables de l'organisation de ce sport, et que ces aides lui permettent de se consacrer à sa carrière sportive d'une manière et à des conditions équivalant à celles d'un professionnel - en d'autres termes, lui permettent de gagner sa vie en poursuivant son activité sportive - plaide en faveur d'une distinction entre cet athlète et les autres (purement amateurs) pratiquant la même activité »²⁴³. Pour l'avocat général, « [u]n sportif est un «non amateur» relevant du régime des articles 59 et suivants du traité lorsque la pratique du sport, considérée objectivement, doit être assimilée dans son cas à celle d'une profession, et constitue donc une poursuite systématique des ressources nécessaires à sa subsistance »²⁴⁴. Il poursuit en relevant que « [...]dans certains cas, un groupe de sportifs que nous avons qualifiés de «non amateurs» fournit aux organisations d'encadrement d'un sport prétendument «amateur» des services donnant lieu à une contrepartie prenant la forme de diverses aides matérielles ou financières versées de façon régulière »²⁴⁵. Il va ensuite s'attacher à analyser *in concreto* la nature de l'activité économique de Mlle Deliège. Selon lui, « il n'est pas juste de séparer complètement la performance et l'activité sportive de l'athlète du service à caractère publicitaire qu'il fournit à ses sponsors ». En effet « [s]on avenir en tant qu'«idole publicitaire» va de pair avec le succès de sa carrière sportive »²⁴⁶. Ainsi, dans le cas de Mlle Deliège, l'avocat général considère que le caractère économique de l'activité repose sur le fait que « [l]a sportive dispose de ses propres

²⁴¹Ibid, pt.31.

²⁴²Ibid, pt.34.

²⁴³Ibid, pt.41.

²⁴⁴Ibid, pt.43.

²⁴⁵Ibid, pt.46.

²⁴⁶Ibid, pt.51.

sponsors et souhaite participer à des compétitions qui, outre que des manifestations sportives, sont un spectacle, un produit ou un service présentant un certain intérêt économique »²⁴⁷. En conclusion, « la participation d'une «sportive non amateur de haut niveau» ayant ses propres sponsors, à des tournois internationaux qui n'intéressent pas seulement le sport, mais constituent également une manifestation à caractère économique, équivaut à exercer une activité ayant «normalement» un caractère économique »²⁴⁸.

La Cour va suivre son avocat général sans toutefois réaliser une analyse aussi minutieuse de la question. Les juges considèrent qu' « il convient de constater que les activités sportives et, notamment, la participation d'un athlète de haut niveau à une compétition internationale sont susceptibles d'impliquer la prestation de plusieurs services distincts, mais étroitement imbriqués, qui peuvent relever de l'article 59 du traité même si certains de ces services ne sont pas payés par ceux qui en bénéficient »²⁴⁹. Ils remarquent plus particulièrement que « l'organisateur d'une telle compétition offre à l'athlète la possibilité d'exercer son activité sportive en se mesurant à d'autres compétiteurs et, corrélativement, les athlètes, par leur participation à la compétition, permettent à l'organisateur de produire un spectacle sportif auquel le public peut assister, que des émetteurs de programmes télévisés peuvent retransmettre et qui peut intéresser des annonceurs publicitaires et des sponsors », d'autant que « l'athlète fournit à ses propres sponsors une prestation publicitaire qui trouve son support dans l'activité sportive elle-même »²⁵⁰. Même si les juges « partagent implicitement l'opinion de l'avocat général »²⁵¹, ils choisissent de s'en remettre *in fine* au juge national pour apprécier si en l'espèce les activités de Mlle Deliège constituent une activité économique²⁵².

L'arrêt *Deliège* a pour effet immédiat d'étendre potentiellement le champ d'application de la libre circulation des prestataires de services à un vaste éventail de sportifs ne

²⁴⁷Ibid, pt.56.

²⁴⁸ Ibid, pt.60.

²⁴⁹CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.56.

²⁵⁰Ibid, pt.57.

²⁵¹ G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Spécificité des pratiques sportives compétitives', *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 604, n°81.

²⁵²CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549.

disposant pas d'un contrat de travail avec un club. En effet, sur la base de cet arrêt, un athlète ayant reçu des fonds de la part d'un sponsor ou étant indemnisé, même de manière modeste, pour son activité sportive peut se prévaloir de la libre circulation des prestations de service. Il est dès lors particulièrement difficile (voire impossible) pour un athlète professionnel ou semi-professionnel de se voir refuser la possibilité de se prévaloir des libertés fondamentales.

c. Le sportif en tant que citoyen européen : La liberté de circulation au-delà de l'activité économique ?

Serait-il possible d'envisager que la liberté de circulation soit applicable en l'absence de toute activité économique lorsqu'un citoyen européen est concerné? La Cour a reconnu que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »²⁵³. Depuis l'introduction de la citoyenneté européenne au sein du traité de Maastricht, celle-ci a été activement utilisée pour étendre le champ d'application du droit de l'UE²⁵⁴. En effet, il semblerait que le statut de citoyen ait pris le relai du marché intérieur comme moteur de la construction européenne²⁵⁵. Ainsi, on a pu considérer que “[d]éterminant un nouveau champ d'application personnel, la citoyenneté notamment lorsqu'elle est liée aux droits fondamentaux est un ferment de l'«explosion» [du champ d'application du droit de l'UE]”²⁵⁶. Dans ce contexte, un citoyen européen pourrait probablement se fonder sur son droit à la liberté de circulation pour contester une règle de la *lex sportiva* (en particulier si elle est discriminatoire) appliquée dans un contexte amateur, sans qu'aucun revenu ne soit tiré de son activité sportive. Cette configuration ne s'est pas

²⁵³ CJUE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale*, aff. C-184/99, Rec. p. I-06193, pt.31.

²⁵⁴ P. Caro de Souza, 'Quest for the Holy Grail—Is a Unified Approach to the Market Freedoms and European Citizenship Justified?', *European law Journal*, Volume 20, 2014, p. 499–519.

²⁵⁵ L. Azoulai, 'Constitution économique et citoyenneté de l'union européenne', *Revue internationale de droit économique*, 2011/4, t.XXV, p. 543-557.

²⁵⁶ H. Gaudin, 'Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire', *Revue des affaires européennes*, 2003-2004/1, p.7-20, p.19.

encore présentée à la Cour, mais elle n'a pas échappé aux commentateurs²⁵⁷. Aussi, certaines fédérations nationales ont anticipé ce développement et levé toutes les règles discriminatoires pesant sur les citoyens de l'Union européenne²⁵⁸.

III. L'applicabilité des libertés fondamentales à la Lex Sportiva

Les sportifs sont, certes, des travailleurs (ou des prestataires de services), mais la *lex sportiva* n'est pas édictée par les Etats membres. Dès lors, peut-on opposer les libertés fondamentales à des règles privées?²⁵⁹ Les traités ne s'adressent-ils pas uniquement (en dehors du droit de la concurrence) aux Etats membres? Ce questionnement fondamental lié à la nature de la *lex sportiva* a été la source de problèmes juridiques similaires dans le cadre national. Ainsi, par exemple, les tribunaux anglais ont développé des doctrines particulièrement complexes pour distinguer les situations dans lesquelles les règlements sportifs ressortent du droit administratif²⁶⁰ de celles dans lesquelles les

²⁵⁷G. Rasquin, 'Sport et droit communautaire', in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, pp.387-395, p.395 ; R. Parrish et S. Miettinen, *The Sporting Exception in European Union Law*, TMC ASSER Press, 2008, p.99-100; F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.713.

²⁵⁸ Notamment les championnats amateurs de football allemand et français, voir G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Spécificité des pratiques sportives compétitives', *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 604, n°45.

²⁵⁹ Voir en général sur la question de l'application horizontale des libertés fondamentales : P. Oliver et W-H. Roth, 'The Internal Market and the Four Freedoms', *Common Market Law Review*, Volume 41, N°2, 2004, p.407-441, pp.421-441; S. Van den Bogaert, 'Horizontalité: The Court Attacks?', C. Barnard & J. Scott (dir.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart, 2002, p.123-153; J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002, p.105-125; H. Schepel, 'Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law', *European Law Journal*, Volume 18, n°2, March 2012, p. 177-200; A. Hartkamp, 'The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law', *European Review of Private Law*, n°3, 2010, p.527-548; L. Azoulai, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p.842-860; G. Davies, 'Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law', in S. Weatherill et D. Leczykiewicz (dir.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Hart, 2013, p.53-70; G. Davies, 'Freedom of Movement, Horizontal Effect, and Freedom of Contract', *European Review of Private Law*, n°3, 2012, p.805-828; O. Cherednychenko, 'EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law', *European Review of Private Law*, n°1, 2006, p.23-61; G. Low et E. Muir, 'Editorial: The Privatization of European Law and Constitutionalization of Private Law: Two Sides of the Same Coin', *European Review of Private Law*, n°5 et 6, 2013, p.1159-1164; H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, p.661-673; P. Caro de Sousa, 'Horizontal Expressions of Vertical Desires: Horizontal effect and the scope of the EU fundamental freedoms', *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Volume 2, n°3, 2013, p.1-27.

²⁶⁰ J. Black, 'Constitutionalising Self-Regulation', *The Modern Law Review*, Volume 59, n°1, 1996, p.24-55, p.32-43.

règlements sportifs relèvent de la doctrine du « *restraint of trade* »²⁶¹. En France, la question a été résolue en conférant aux fédérations sportives des prérogatives de puissance publique, bien qu'elles conservent une dose non négligeable d'autonomie vis-à-vis de l'administration étatique²⁶². Aux Etats-Unis, c'est la doctrine du *state action* qui est au cœur des débats²⁶³. Dès lors, il est naturel que l'UE se soit elle aussi heurtée à ces questions ; l'applicabilité des libertés fondamentales à la *lex sportiva* n'allant *a priori* pas de soi²⁶⁴. A cet égard, l'arrêt *Walrave* est une innovation juridique majeure dans l'histoire du droit de l'UE. Il affirme pour la première fois que les libertés fondamentales s'appliquent au-delà du droit étatique, en l'espèce, justement, à la *lex sportiva*.

a. Walrave : arrêt fondateur

L'arrêt *Walrave* va marquer le point de départ d'une série jurisprudentielle dont les ramifications s'étendent jusqu'à aujourd'hui et dont le potentiel juridique est loin d'être épuisé. L'arrêt affirme l'applicabilité des libertés fondamentales au-delà du droit étatique à la *lex sportiva*, et ce, nonobstant, l'opposition de la Commission européenne²⁶⁵.

L'avocat général dans ses conclusions était favorable à cette extension, il ne percevait pas de raisons qui pourraient s'y opposer, « [p]ersonne ne doute non plus que cette disposition [la libre circulation] lie non seulement les États membres et les autorités publiques des États membres, mais également les particuliers à l'intérieur de la

²⁶¹ S. Gardiner et al, *Sports Law*, Cavendish Publishing, Second Edition, 2001, p.198-238.

²⁶² Voir la thèse de Gérald Simon sur l'interaction entre pouvoir sportif et pouvoir public en France, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, L.G.D.J., 1990.

²⁶³ M. Straubel, 'The International Convention against doping in sport: Is it the Missing Link to USADA being a State Actor and WADC coverage of U.S. Pro-Athletes', *Marquette Sports Law Review*, Volume 19, 2008-2009, p.63-86.

²⁶⁴ "Whilst Articles 34, 45, 49, and 56 TFEU are silent as to whom they are addressed, the text of the formerly applicable standstill provisions invariably addressed *Member States*." O. Odudu, 'The public/private distinction in EU Internal Market Law', *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p. 826-841, p.829. *Contra* Fabrice Picod qui considère que « les termes des articles 39, 43 et 49 du traité CE sont suffisamment neutres pour ne pas exclure les particuliers du champ des destinataires de telles obligations de ne pas entraver la liberté » F. Picod, 'Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ?', in A. De Walsche et L. Levi (dirs.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, p.635-651, p.638.

²⁶⁵ J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002, p.108.

Communauté » et il ajoutait, « [l]a raison pour laquelle l'article 48 lie quiconque est que ses dispositions sont formulées en termes généraux »²⁶⁶. La Cour va donc se pencher sur la question cruciale de « [...] l'applicabilité des dispositions citées [les article 48 et 59 du Traité CE] à des rapports juridiques ne relevant pas du droit public [...]»²⁶⁷ et en particulier déterminer «si les dispositions d'un règlement d'une fédération sportive internationale peuvent être considérées comme incompatibles avec le traité »²⁶⁸. Les juges s'appuient sur l'objectif commun des articles 7, 48 et 59 du traité CE, qui est de prohiber « toutes discriminations exercées en raison de la nationalité »²⁶⁹, pour affirmer « que la prohibition de ces discriminations s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de service »²⁷⁰. La Cour justifie cette interprétation du champ d'application des articles 48 et 59 par le fait que « l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes et à la libre prestation des services, objectifs fondamentaux de la Communauté, énoncés à l'article 3, lettre c), du traité, serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public »²⁷¹. Mais aussi, parce que « [...] Les conditions de travail étant dans les différents Etats Membres régies tantôt par la voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions et autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées, une limitation des interdictions en cause aux actes de l'autorité publique risquerait de créer des inégalités quant à leur application »²⁷². Enfin, cette interprétation est compatible avec la lettre du traité CE, car l'article 59 « [...] ne fait aucune distinction en ce qui concerne l'origine des entraves à éliminer »²⁷³. Enfin, la Cour considère qu'il est « constant que l'article 48, relatif à l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne les activités salariées, s'étend

²⁶⁶ CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p.1426

²⁶⁷ Ibid, pt.13.

²⁶⁸ Ibid, pt.14.

²⁶⁹ Ibid, pt. 16.

²⁷⁰Ibid, pt. 17.

²⁷¹ Ibid, pt.18.

²⁷² Ibid, pt. 19.

²⁷³ Ibid, pt. 20.

également aux conventions et règlements n'émanant pas des autorités publiques »²⁷⁴, ce qui se matérialise dans le fait que « [...] l'article 7, paragraphe 4, du règlement No 1612/68 prévoit que l'interdiction de discrimination s'applique aux conventions et autres réglementations collectives du travail »²⁷⁵. Or, selon la Cour « les activités visées à l'article 59 ne se distinguent pas de celles visées à l'article 48 par leur nature mais seulement par la circonstance qu'elles sont exercées en dehors des liens d'un contrat de travail »²⁷⁶. Dès lors « cette seule différence ne saurait justifier une interprétation plus restrictive du champ d'application de la liberté qu'il s'agit d'assurer »²⁷⁷. Par conséquent, la liberté de circulation du travailleur et du prestataire de service peut être opposée à une « une disposition insérée dans le règlement d'une organisation sportive »²⁷⁸.

Sous le faux-air d'évidence qui caractérise le style juridique, la Cour vient de semer les graines d'une potentielle révolution juridique. Certes, il semble alors que cette application horizontale soit limitée uniquement aux réglementations collectives du travail salarié et des prestations de service²⁷⁹, mais il s'agit déjà d'une extension remarquable du champ d'application des libertés fondamentales, dont l'impact sur la *lex sportiva* ne sera pleinement compris qu'avec l'arrêt *Bosman*. De plus, il faut remarquer que les règles en cause de l'Union cycliste internationale ne constituaient pas des conventions collectives, mais des règles associatives, que l'arrêt assimile à des « réglementations [...] visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de service ». La nature collective des règlements n'est donc pas directement liée dans l'esprit des juges à l'idée d'une négociation collective²⁸⁰. On a pu y voir une volonté d'imposer un effet vertical étendu aux situations dans lesquelles l'Etat délègue

²⁷⁴ Ibid, pt. 21.

²⁷⁵ Ibid, pt. 22.

²⁷⁶ Ibid, pt. 23.

²⁷⁷ Ibid, pt. 24.

²⁷⁸ Ibid, pt. 25.

²⁷⁹ J-C. Sèché, 'Free Movement of Workers under Community Law', 14 *Common Market Law Review*, Volume 14, 1977, p.385-410, p.388. La question de l'application horizontale de la libre circulation des marchandises n'est toujours pas clairement tranchée, voir E. Dubout, 'Libertés de circulation et situations horizontales La personne privée comme destinataire commun?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 103-137.

²⁸⁰ S. Van den Bogaert, 'Bosman : The genesis of European Sports Law' in L. Azoulai et M. Maduro (dir.), *The past and future of EU law*, Hart, 2010, p.488-497, p.492.

ses pouvoirs aux personnes privées²⁸¹, mais cette théorie se heurte à l'absence de délégation dans le cas de la *lex sportiva*²⁸². Cette décision repose sur un raisonnement « explosif »²⁸³, conjuguant effet utile, fonctionnalisme et approche téléologique. Elle fournit assez logiquement le point de référence pour toutes les décisions ultérieures de la Cour dans le contexte de la *lex sportiva*.

b. L'effet « horizontal » dans la jurisprudence sportive de la Cour

L'arrêt *Donà* a donné lieu à des réflexions intéressantes de la part de l'avocat général qui a exclu que les autorités nationales soient tenues pour co-responsables de la réglementation sportive²⁸⁴. La Cour se borne à rappeler l'attendu de l'arrêt *Walrave* : « [...]l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services »²⁸⁵. Cette même formule sera « ressuscitée »²⁸⁶ au point 82 de l'arrêt *Bosman*, qui se fera aussi l'écho des justifications qui l'accompagnaient dans l'arrêt *Walrave* aux points 83 et 84. L'argument tiré de la nécessité de garantir l'application égale du droit de l'UE dans les différents Etats membres est notamment mis en avant car « [...] les règles relatives aux transferts ont été édictées par des entités ou selon des techniques différentes selon les États membres »²⁸⁷. Par ailleurs, la Cour balaye la thèse de l'UEFA, qui prétendait « [...] que cette interprétation aboutit à rendre l'article 48 du traité plus contraignant pour les particuliers que pour les États membres, ces derniers pouvant

²⁸¹ C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2004, p.262.

²⁸² H. Schepel, 'Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law', *European Law Journal*, Volume 18, n°2, March 2012, p.177-200, pp.182-185.

²⁸³ "Walrave's rationale is a highly explosive mix of functionalism, effet utile and teleology." W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, p.101.

²⁸⁴ « Ajoutons donc que, dans un secteur privé où le droit communautaire s'applique directement, nous ne voyons pas quelle place il y aurait pour une intervention des autorités nationales en-dehors des organes juridictionnels. Comme il s'agit d'une activité de particuliers, qui se situe entièrement dans le cadre du droit privé, on pourrait difficilement concevoir une intervention de l'autorité administrative. » Conclusions du 6 juillet 1976, aff.13/76, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, Rec. p.1333, p. 1345.

²⁸⁵ CJUE, 14 Juillet 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, aff.13/76, pt. 17.

²⁸⁶ "The judgment remained strangely isolated for two decades until it was notoriously resurrected in *Bosman* to bring UEFA's transfer system within the scope of Article 39 EC concerning the freedom of movement for workers." W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, p.101

²⁸⁷ CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 84.

seuls se prévaloir des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique »²⁸⁸. Au contraire, selon les juges, « [r]ien ne s'oppose en effet à ce que les justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique soient invoquées par des particuliers », dès lors « «[l]a nature publique ou privée de la réglementation en cause n'a aucune incidence sur la portée ou sur le contenu desdites justifications »²⁸⁹. L'arrêt *Bosman* va consolider définitivement l'arrêt *Walrave*²⁹⁰, ce qui lui vaudra d'ailleurs des critiques acerbes en particulier de la doctrine privatiste allemande qui considère que l'application des libertés fondamentales est redondante au vu du droit de la concurrence et constitue une menace pour l'autonomie privée²⁹¹. L'arrêt *Deliège* est à cet égard, au point 47, dans la droite ligne de cette jurisprudence. Il invoque à la fois l'arrêt *Bosman* et son prédécesseur l'arrêt *Walrave*. De même, l'arrêt *Lehtonen* reprend à son point 35 la référence faite par l'arrêt *Deliège* aux arrêts précités. Enfin, dernier en date, l'arrêt *Olympique Lyonnais* fait lui aussi référence aux formules de rigueur à ses points 30 et 31.

L'arrêt *Walrave* a ouvert une voie juridique qui a ensuite été empruntée à plusieurs reprises pour affirmer l'application des libertés fondamentales aux règles de la *lex sportiva*. Cette formule semble capturer toute norme privée réglementant « collectivement »²⁹² l'exercice d'un travail ou d'une prestation de service. La Cour n'a jamais pris le soin de définir « ce qui, au regard des libertés de circulation, constitue l'exercice d'un pouvoir de réglementation de « façon collective » »²⁹³. Ainsi, le champ d'application de l'effet horizontal demeure encore flou et disputé. Serait-il limité au contexte particulier mettant en jeu la *lex sportiva*²⁹⁴ ? Cependant, on prédira dès l'arrêt

²⁸⁸ Ibid, pt. 85.

²⁸⁹ Ibid, pt. 86.

²⁹⁰D. O'Keeffe et P. Osborne, 'The European Court Scores a Goal', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Summer 1996, p.111-130, p.130

²⁹¹ C. Weber, 'Die Freizügigkeit für Arbeitnehmer in der EG nach der Entscheidung « Bosman »', *Recht der Arbeit*, Volume 2, 1996, p. 107-110, p.108.

²⁹² "There is nothing in the ruling which suggests that the Court would apply Article 48 in situations lacking the collective dimension present in cases such as *Walrave and Koch* and *Bosman*." S. Weatherill, 'European Football law', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2008, p.53-86, p.60.

²⁹³ E. Dubout, 'Libertés de circulation et situations horizontales La personne privée comme destinataire commun?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 103-137, p.116.

²⁹⁴ S. Van den Bogaert, 'Horizontality: The Court Attacks?', C. Barnard & J. Scott (dir.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart, 2002, p.123-153, p. 125

Bosman l'extension de l'applicabilité des libertés fondamentales à d'autres types d'activités privées²⁹⁵. La jurisprudence subséquente de la Cour semble en partie confirmer cette intuition²⁹⁶. Cette dynamique extensive du champ d'application des libertés de circulation se retrouve aussi avec la saisie des entraves non-discriminatoires.

IV. De la discrimination à l'entrave

Enfin, dernier déplacement dans le domaine des libertés fondamentales qui a permis de capturer intégralement la *lex sportiva* : le passage de la nécessité d'une discrimination à l'existence d'une simple entrave pour ouvrir le contrôle sur le fondement des libertés fondamentales. Bien que cette évolution n'ait pas été amorcée dans le domaine sportif, cette transformation exprimera toute sa puissance juridique dans l'arrêt *Bosman*.

a. De la discrimination...

Les libertés fondamentales étaient à l'origine destinées à lever les discriminations, directes ou indirectes, qui s'opposaient à la libre circulation des marchandises, des travailleurs, des prestataires de service, du capital et des entreprises au sein du marché intérieur. Ainsi, dans l'arrêt *Walrave*, la Cour considère « que ces dispositions [Article 48 à 51 et 59 à 66 CE,], qui mettent en œuvre la règle générale de l'article 7 du traité, interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité dans l'exercice des activités qu'elles visent »²⁹⁷. Dans cet arrêt on avait bien affaire à une discrimination, car c'est sur le fondement de leur nationalité que les entraîneurs étaient privés du droit d'exercer leur activité avec des coureurs d'une nationalité différente. L'arrêt *Donà* affirme « qu'en ce qui concerne plus particulièrement les travailleurs, l'article 48 dispose que la libre circulation implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les

²⁹⁵D. O'Keeffe et P. Osborne, 'The European Court Scores a Goal', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Summer 1996, p.111-130, p.116.

²⁹⁶Voir les arrêts : CJUE, 6 juin 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, Rec. I-04139, pt.36 ; CJUE, 17 juillet 2008, *Andrea Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft*, aff. C-94/07, Rec. I-05939, pt.45-46 ; CJUE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, aff. C-438/05, Rec. I-10779, pt.36-37 et CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, Rec. I-11767, pt.97-98.

²⁹⁷CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p. 1418, pt.6.

autres conditions de travail »²⁹⁸. Les règles visées, dans un premier temps, par l'arrêt *Donà et Walrave* sont donc uniquement celles qui discriminent sur le fondement de la nationalité, directement ou indirectement, les sportifs étrangers. Or, bien que l'avocat général ait estimé « qu'il ne fait pas l'ombre d'un doute que l'application des règles de transfert dans la Communauté peut aboutir *en principe* à des discriminations »²⁹⁹, ce n'est pas sur le champ de la discrimination que l'arrêt *Bosman* va se fonder mais sur celui de l'entrave.

b. ...à l'entrave

La notion d'entrave a émergé dans le cadre de la liberté de circulation des marchandises, puis a progressivement été transposée aux autres libertés fondamentales³⁰⁰. Elle marque une rupture dans l'histoire du droit de l'UE en étendant massivement le champ des règles étatiques potentiellement soumises à un contrôle au visa des libertés fondamentales³⁰¹.

i. L'arrêt *Bosman* : L'origine du monde

Le raisonnement juridique, qui a vu transposer, dans l'arrêt *Bosman*, la figure de l'entrave à la libre circulation des travailleurs est crucial. En effet, il modifie l'espace des possibles juridiques et justifie à lui seul la notoriété de l'arrêt.

Ce tournant a été amorcé par le tour de force que constituent les conclusions exceptionnelles –« roboratives »³⁰² - de l'avocat général Lenz³⁰³. Ainsi, il va affirmer

²⁹⁸CJUE, 14 Juillet 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, aff.13/76, pt.7.

²⁹⁹Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.154.

³⁰⁰ Pour une discussion générale sur la notion d'entrave en droit de l'UE voir L. Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011. Voir aussi, E. Spaventa, 'From Gebhard to Carpenter : Towards a (non-) economic european constitution', *Common Market Law Review*, Volume 41, 2004, p.743-773, et D. Ritleng, 'L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 159-183.

³⁰¹ Voir par exemple leur impact sur les réglementations sociales des Etats membres : S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution – A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, 2005, p.169-183.

³⁰² G. Simon, 'Les transferts: Table ronde', in G. Simon (dir.), *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p.216.

franchement que, selon lui, « l'article 48 interdit fondamentalement toutes les restrictions à la libre circulation »³⁰⁴. Dès lors, il va s'attacher à détailler avec minutie le raisonnement juridique qui lui permet d'aboutir à une telle interprétation³⁰⁵. Il rappelle la jurisprudence en vigueur dans les domaines de la libre circulation des marchandises, interprétant, depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*, une entrave comme potentiellement contraire à cette liberté³⁰⁶. Il ajoute que « [s]i la Cour n'adoptait pas la même approche pour interpréter l'article 48 (et l'article 52) elle se livrerait à notre avis à une appréciation antinomique difficilement acceptable »³⁰⁷. En effet, les libertés fondamentales constituent « un tronc commun qui doit être traité le plus largement possible selon des critères identiques »³⁰⁸. Il affirme, « [...] que l'interprétation que nous défendons est la seule qui puisse traduire de manière conforme la nature du droit à la libre circulation des personnes qui est un « droit fondamental conféré par le traité individuellement à tout travailleur de la Communauté » »³⁰⁹. Dès lors, « [...] un obstacle à l'exercice du droit à la libre circulation des personnes doit toujours s'apprécier au regard de l'article 48 »³¹⁰. Or, les règles des transferts restreignent « [...] directement l'accès au marché du travail dans les autres Etats membres »³¹¹. Ces règles ne sauraient donc échapper au contrôle exercé par le droit de l'UE. La doctrine se débat encore aujourd'hui avec cette notion d'entrave à l'accès au marché et ses limites³¹².

La Cour va suivre son avocat général et affirmer que « la libre circulation des travailleurs constitue un des principes fondamentaux de la Communauté »³¹³. Par conséquent, « [d]es dispositions qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un État membre de quitter son pays d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituent, dès

³⁰³ Sur le rôle fondamental de ces conclusions voir D. O'Keeffe et P. Osborne, 'L'affaire Bosman : Un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen', *Revue du Marché Unique Européen*, n°1, 1996, p. 17-44, p.20-26.

³⁰⁴ Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.164.

³⁰⁵ Ibid, pt.193-211.

³⁰⁶ Ibid, pt.197.

³⁰⁷ Ibid, pt.198.

³⁰⁸ Ibid, pt.200.

³⁰⁹ Ibid, pt.203.

³¹⁰ Ibid, pt.207.

³¹¹ Ibid, pt.210.

³¹² Voir récemment, J. Snell, 'The notion of market access : A concept or a slogan', *Common Market Law Review*, Volume 47, 2010, p.437-472 et D. Ritleng, 'L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p.159-183.

³¹³ CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 94.

lors, des entraves à cette liberté même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés »³¹⁴. Ainsi, les libertés fondamentales « s'opposent également à ce que l'État d'origine entrave l'établissement dans un autre État membre d'un de ses ressortissants »³¹⁵. La Cour porte donc son attention sur les règles en cause et recherche si elles constituent ou non une entrave à la libre circulation³¹⁶. Elle considère que « ces règles sont susceptibles de restreindre la libre circulation des joueurs qui souhaitent exercer leur activité dans un autre État membre en les empêchant ou en les dissuadant de quitter leurs clubs d'appartenance même après l'expiration des contrats de travail qui les lient à ces derniers »³¹⁷. Car, « dès lors qu'elles prévoient qu'un joueur professionnel de football ne peut exercer son activité au sein d'un nouveau club établi dans un autre État membre si ce club n'a pas payé à l'ancien l'indemnité de transfert dont le montant a été convenu par les deux clubs ou déterminé conformément aux règlements des associations sportives, lesdites règles constituent une entrave à la libre circulation des travailleurs »³¹⁸. En conclusion, « les règles relatives aux transferts constituent des entraves à la libre circulation des travailleurs interdites, en principe, par l'article 48 du traité »³¹⁹. Concernant les quotas de joueurs étrangers, la Cour va aussi, malgré leur caractère discriminatoire³²⁰, les traiter comme des entraves susceptibles d'être justifiées³²¹. On peut y voir la volonté de la Cour de donner à tout prix la possibilité aux organisations sportives de justifier leurs règles³²².

La véritable innovation juridique de l'arrêt *Bosman*, la voici. A partir de cet instant, il n'est plus seulement question d'évaluer la compatibilité de la *lex sportiva* avec les libertés fondamentales lorsqu'elle impose des règles discriminatoires. Toutes les règles issues de la *lex sportiva* peuvent, dans la mesure où elles sont construites comme des

³¹⁴ Ibid, pt. 96.

³¹⁵ Ibid, pt. 97.

³¹⁶ Ibid, pt. 98-104.

³¹⁷ Ibid, pt. 99.

³¹⁸ Ibid, pt. 100.

³¹⁹ Ibid, pt. 104.

³²⁰ Une particularité relevée par D. O'Keeffe et P. Osborne, 'The European Court Scores a Goal', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Summer 1996, pp.111-130, p.119; G. Parléani, 'Un an après l'arrêt Bosman : que faire du « foot » en droit communautaire?', *La Semaine juridique, Europe*, n°30, 1997, p.318-321, p.319.

³²¹ CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 120.

³²² J.-Ph. Dubey et J.-L. Dupont, 'Droit européen et sport : Portrait d'une cohabitation', *Journal des tribunaux*, n°85, Janvier 2002, p.1-16, p.9.

entraves à la liberté de circulation, être attaquées sur le fondement du droit de l'UE. Or, les règles de la *lex sportiva* conditionnent, directement ou indirectement, l'accès au marché sportif en Europe et au-delà. Elles constituent donc l'objet idéal pour l'application de la figure de l'entrave. On comprend mieux pourquoi, « [...] le droit communautaire a dû attendre l'arrêt Bosman pour s'imposer effectivement à la *lex sportiva* »³²³, pour qu'il affirme enfin en pratique son autorité³²⁴. Mais, cette décision s'inscrit aussi dans une lignée d'arrêts³²⁵ illustrant le passage d'un test axé sur la nature discriminatoire à un test centré sur l'effet restrictif d'une mesure pour déterminer l'applicabilité des libertés de circulation³²⁶. Il s'agit là d'« un retournement radical de perspective »³²⁷. Ce retournement achève de couronner l'édifice juridique entamé avec l'arrêt *Walrave* et visant à capturer la *lex sportiva* dans les filets des libertés fondamentales. Il est donc tout naturel qu'il ait causé « un certain émoi dans les milieux sportifs »³²⁸. Cette solution « laisse percevoir une évolution de son [au droit de l'UE] emprise sur le droit sportif »³²⁹ et met véritablement à l'ouvrage le cadre juridique « latent »³³⁰ constitué par les arrêts *Donà* et *Walrave*.

ii. L'entrave dans la jurisprudence ultérieure

³²³ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 723.

³²⁴ "Walrave and Koch and Donà v. Mantero mattered on paper. Bosman mattered on turf." S. Weatherill, 'Is the Pyramid compatible with EC law?', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.259-271, p.260.

³²⁵ S. Van den Bogaert, 'Bosman : The genesis of European Sports Law' in L. Azoulai et M. Maduro (dir.), *The past and future of EU law*, Hart, 2010, p.488-497, p.490

³²⁶ « Bosman stands with cases such as Alpine Investments in demonstrating adjustment towards a functional test, which takes account not only of factual and legal inequality of application as a basis for triggering the law of free movement but also of the imposition of a direct or substantial hindrance to the access of imported goods or services to the market of the regulating Member State as sufficient, separate trigger for a measure to fall within the scope of application of Articles 30 and 59. » S. Weatherill, 'European Football law', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2008, p.53-86, p.72. Voir aussi le remarquable article de Loïc Azoulai sur la « formule de l'entrave », L. Azoulai, 'La formule de l'entrave', L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.1-21.

³²⁷ D. O'Keeffe et P. Osborne, 'L'affaire Bosman : Un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen', *Revue du Marché Unique Européen*, n°1, 1996, p. 17-44, p.30.

³²⁸ K. Van Miert, 'L'arrêt « Bosman » : la suppression des frontières sportives dans le Marché unique européen', *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1996, p. 5-9, p.5.

³²⁹ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 704.

³³⁰ "In this period the EU merely sought to establish that football was subject to EU law without fully enforcing the implications of this link. As such the regulatory environment was latent. The Bosman ruling of 1995 changed the environment to one of active regulation." R. Parrish, 'Football's Place in the Single European Market', *Soccer & Society*, Volume 3, n°1, 2002, p.1-21, p.14.

L'arrêt *Deliège*, cinq ans plus tard, a semblé faire un bond en arrière. En effet, les juges ont considéré que « si des règles de sélection telles que celles en cause au principal ont inévitablement pour effet de limiter le nombre de participants à un tournoi, une telle limitation est inhérente au déroulement d'une compétition sportive internationale de haut niveau, qui implique forcément l'adoption de certaines règles ou de certains critères de sélection ». Par conséquent, « [d]e telles règles ne peuvent [...] en elles-mêmes être regardées comme constitutives d'une restriction à la libre prestation des services interdite par l'article 59 du traité »³³¹. Cette solution semble écarter le fait que les règles sportives au caractère restrictif inhérent « au déroulement d'une compétition sportive internationale de haut niveau » puissent constituer une entrave. En bref, les entraves inhérentes ne sont pas des entraves. Cependant, cet arrêt demeure isolé et la Cour n'a jamais précisé, ni même réutilisé, cette notion de limitation inhérente dans le cadre des libertés fondamentales. D'ailleurs dans un arrêt concomitant, l'arrêt *Lehtonen*, la Cour avait considéré comme dans l'arrêt *Bosman* que les règles en cause « sont susceptibles de restreindre la libre circulation des joueurs qui souhaitent exercer leur activité dans un autre État membre en empêchant les clubs belges d'aligner, lors des matchs du championnat, les joueurs de basket-ball en provenance d'autres États membres lorsque ceux-ci ont été engagés après une date déterminée »³³².

Enfin, dans l'affaire *Olympique Lyonnais*, l'avocate générale et la Cour s'inscrivent dans la continuité de l'arrêt *Bosman*. L'avocate générale rappelle, en effet, que « [d]es règles sont susceptibles d'entraver la libre circulation des travailleurs si elles empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un État membre d'exercer son droit à la libre circulation dans un autre État membre, même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs, à moins que l'entrave potentielle à la libre circulation soit trop aléatoire et indirecte »³³³. Dès lors, « [d]es règles qui exigent le paiement d'une indemnité de transfert, de formation ou de promotion entre clubs à l'occasion du transfert d'un joueur de football professionnel constituent, en principe, un obstacle à la

³³¹CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.64.

³³² CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt.49.

³³³ Conclusions du 16 juillet 2009, aff. C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, Rec. I-02177, pt.39.

libre circulation des travailleurs »³³⁴. En effet, « [m]ême si elles s’appliquent également aux transferts entre clubs d’un même État membre, elles sont susceptibles de restreindre la libre circulation des joueurs qui souhaitent exercer leur activité dans un autre État membre »³³⁵. Alors que, « [d]es règles qui prévoient qu’un joueur de football professionnel ne peut exercer son activité au sein d’un nouveau club établi dans un autre État membre si ce club n’a pas payé une indemnité de transfert à l’ancien constituent une entrave à la libre circulation des travailleurs »³³⁶. L’avocate générale ajoute que « [s]i une règle qui exige que le nouvel employeur paie une somme d’argent à l’ancien constitue, donc, en principe, une entrave à la libre circulation des travailleurs, cela doit être également ou d’autant plus vrai si le salarié lui-même est, dans une certaine mesure, redevable d’une telle indemnité »³³⁷. En effet celui-ci « doit soit persuader son nouvel employeur de régler sa dette, soit s’acquitter de celle-ci en puisant dans ses propres ressources, qui sont vraisemblablement moins importantes que celles d’un employeur »³³⁸. La Cour, sans entrer dans de tels détails considère simplement que « [f]orce est de constater qu’un régime tel que celui en cause au principal, selon lequel un joueur «espoir», à l’issue de sa période de formation, est obligé de conclure, sous peine de dommages-intérêts, son premier contrat de joueur professionnel avec le club qui l’a formé, est susceptible de dissuader ce joueur d’exercer son droit à la libre circulation »³³⁹. En effet, « [m]ême s’il est vrai qu’un tel régime n’empêche pas formellement ce joueur de signer, ainsi que le relève *Olympique Lyonnais*, un contrat de joueur professionnel avec un club d’un autre État membre, il rend néanmoins moins attrayant l’exercice dudit droit »³⁴⁰ et constitue donc une restriction à la libre circulation des travailleurs³⁴¹. L’arrêt *Olympique Lyonnais* est fidèle à la logique de

³³⁴Ibid, pt.40.

³³⁵Ibid.

³³⁶Ibid.

³³⁷Ibid, pt.41.

³³⁸Ibid.

³³⁹ CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. I-02177, pt. 35.

³⁴⁰ Ibid, pt. 36.

³⁴¹ Ibid, pt. 37.

l'entrave introduite par l'arrêt *Bosman*³⁴². Sous certains angles, il est même difficile de discerner une quelconque différence juridique entre les deux arrêts³⁴³.

iii. L'entrave : le grand bond en avant du droit de l'UE

Ce passage de la discrimination à l'entrave joue un rôle clé dans la dynamique historique du droit des libertés fondamentales³⁴⁴. Ceci est dû au fait que « le concept reçoit une portée fonctionnelle plutôt qu'une définition liée à la nature — ou essence — de la mesure étatique en cause », impliquant « [...] qu'il appartient à l'autorité administrative ou juridictionnelle d'apprécier, en chaque cas d'espèce, si la mesure a pour effet de gêner, de quelque manière que ce soit, la circulation de biens ou de personnes »³⁴⁵. Cela tient également au fait que « la configuration des droits subjectifs liés à la liberté de circulation ne cesse de s'étendre »³⁴⁶. Or, l'arrêt *Keck* n'a pas marqué le coup d'arrêt attendu à cette dynamique extensive, le « changement radical d'orientation »³⁴⁷ n'a pas eu lieu³⁴⁸. On a pu critiquer le recours à la logique de l'entrave à l'accès au marché comme un « slogan »³⁴⁹, dont les limites conceptuelles sont particulièrement floues et dont l'objet est de masquer le choix potentiel entre plusieurs paradigmes concurrents dans l'application des libertés fondamentales³⁵⁰. Il est de fait extrêmement difficile de déterminer, *a priori*, si une règle constitue une entrave. Réduite à la question de l'« accès au marché »³⁵¹, l'entrave offre à la Cour une « large marge d'appréciation dans

³⁴² C. Chenevière, 'Indemnités de formation des footballeurs : l'arrêt *Olympique Lyonnais* confirme-t-il la jurisprudence *Bosman*?' *Journal des Tribunaux*, Volume 23, n°6399, 2010, p.405-406.

³⁴³ "It is understandable if you, the reader, think that this is a description of the *Bosman* case". J. Lindholm, 'Bernard Case C-325/08', *Common Market Law Review*, Volume 47, n°4, 2010, p.1187-1197, p.1187.

³⁴⁴ M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, RCADI, 1995, t. 253, p. 9-282, pp.51-56. Voir aussi P. Oliver et W-H. Roth, 'The Internal Market and the Four Freedoms', *Common Market Law Review*, Volume 41, N°2, 2004, p. 407-441, p.407 et L. Azoulay, 'La formule de l'entrave', L. Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.1-21.

³⁴⁵ M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, RCADI, 1995, t. 253, p. 9-282, p.52.

³⁴⁶ Ibid, p.53.

³⁴⁷ Ibid, p.55.

³⁴⁸ F. Picod, 'La jurisprudence *Keck* et *Mithouard* a-t-elle un avenir ?' in L. Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.47-72. Voir aussi I. Lianos, 'In Memoriam *Keck*: The Reformation of the EU Law on the Free Movement of Goods', *CLES Research Paper series 5/2014*.

³⁴⁹ J. Snell, 'The notion of market access : A concept or a slogan', *Common Market Law Review*, Volume 47, 2010, p.437-472.

³⁵⁰ "It may be that the notion of market access simply conceals the need to choose between the competing paradigms of free movement law." Ibid, p.471.

³⁵¹ E. Spaventa, 'From *Gebhard* to *Carpenter* : Towards a (non-) economic european constitution', *Common Market Law Review*, Volume 41, 2004, p.743-773; J. Snell, 'The notion of market access : A

l'analyse de chaque cas d'espèce »³⁵². La notion d'entrave, de part sa définition vague et flexible, permet ainsi à la Cour de se saisir d'un pan entier des règles de la *lex sportiva* si elle le désire³⁵³.

La jurisprudence sportive de la Cour a épousé cette dynamique. Cette extension peut être interprétée comme une stratégie juridique permettant à la Cour d'agir comme une Cour constitutionnelle visant à protéger les individus face à des lois injustes et inutiles³⁵⁴. C'est ce vaste contrôle constitutionnel qui est étendu à la *lex sportiva* par l'arrêt *Bosman*. La Cour s'engage alors en quelque sorte dans « la transformation du monde sportif »³⁵⁵. En effet, ce qu'elle a accompli vis-à-vis des droits nationaux³⁵⁶, elle le reproduit, avec pas moins de succès, dans le contexte sportif, en fournissant à certains acteurs les armes juridiques nécessaires pour agir face à la *lex sportiva*. La force du droit de l'UE se trouve exactement là, dans cette capacité à incarner un contre-pouvoir.

concept or a slogan', *Common Market Law Review*, Volume 47, 2010, p.437-472; D. Ritleng, 'L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 159-183.

³⁵² L. Azoulai, 'La formule de l'entrave', L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.1-21, p.7.

³⁵³ "In other words, the reference to market access may allow the Court to avoid difficult choices concerning the reach of the free movement law; it grants it the maximum freedom of manoeuvre. As the term lacks a clear content, the Court may use it freely either to approve or to condemn measures that it happens to like or dislike." J. Snell, "The notion of market access : A concept or a slogan", *Common Market Law Review*, Volume 47, 2010, p.437-472, p.469. D'où les appels à une interprétation stricte du critère de l'entrave, D. Ritleng, 'L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 159-183, pp.181-183.

³⁵⁴ "I have argued that the *Gebhard* developments suggest that the Court is ready to scrutinize national rules in terms of proportionality even in cases in which there seems not to be any hindrance to movement. By so doing, the Court is acting as a constitutional court willing to protect the individual from unnecessary or unjust regulation." E. Spaventa, 'From *Gebhard* to *Carpenter* : Towards a (non-) economic european constitution', *Common Market Law Review*, Volume 41, 2004, p.743-773, p.766.

³⁵⁵ En référence à J.H.H. Weiler, 'The Transformation of Europe', *Yale Law Journal*, Volume 100, n°8, 1991, p.2403-2483.

³⁵⁶ R. Dehousse, 'Integration Through Law Revisited: Some Thoughts on the Juridification of the European Political Process' in F. Snyder (dir.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart, 2000.

V. L'effet « horizontal » : la force juridique transnationale des libertés fondamentales de l'UE

Le déplacement juridique crucial d'un point de vue transnational est celui réalisé à l'origine par l'arrêt *Walrave*, et qui est qualifié généralement d'effet horizontal des libertés fondamentales. Or, selon nous, cette qualification est source de confusion, car elle ne correspond pas véritablement à la nature du déplacement opéré par la Cour (a.). Au contraire, ce déplacement traduit la volonté de la Cour, en se fondant sur l'effet utile du droit de l'UE, d'imposer une nouvelle distinction public/privé, assise sur un critère fonctionnel, particulièrement adaptée à la réalité juridique transnationale (b.).

a. Effet horizontal ou effet vertical : anatomie d'une confusion juridique

L'effet horizontal des libertés fondamentales a donné lieu à pléthore d'écrits et de débats enflammés sur sa légitimité³⁵⁷. La question clé est toujours: à partir de quand l'activité privée entre-t-elle dans le champ des libertés fondamentales?³⁵⁸ Cependant, ces débats ont souvent méconnu la particularité du contexte dans lequel cet effet horizontal a émergé : celui de la *lex sportiva*. En effet, du fait de la fonction publique de la *lex sportiva*, il s'agit plutôt d'un effet direct étendu aux règles privées fonctionnellement

³⁵⁷ Sur la question de l'effet horizontal en droit de l'UE voir S. van den Bogaert, 'Horizontality: The Court Attacks?' in C. Barnard et J. Scott (dir.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart, 2002, pp.123-153; H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, pp.661-673; H. Schepel, 'The new approach to the new approach: The juridification of harmonized standards in EU law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 20, n°4, 2013, p.521-533; P. Oliver et W-H. Roth, 'The Internal Market and the Four Freedoms', *Common Market Law Review*, Volume 41, n°2, 2004, p. 407-441, p.425-426; H. Schepel, 'Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law', *European Law Journal*, Volume 18, n°2, March 2012, p. 177-200, pp.186-188; G. Davies, 'Freedom of Movement, Horizontal Effect, and Freedom of Contract', *European Review of Private Law*, n°3, 2012, p.805-828; D. Wyatt, 'Horizontal effect of fundamental freedoms and the right to equality after Viking and Mangold, and the implications for community competence', *Croatian Yearbook on European law and Policy*, Volume 4, 2008, p. 1-48; K. Preedy, 'Fundamental Rights and Private Acts - Horizontal Direct or Indirect Effect? - A Comment', *European Review of Private Law*, Volume 8, n°1, 2000, p.125-133; E. Dubout, 'Libertés de circulation et situations horizontales La personne privée comme destinataire commun?' in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 103-137.

³⁵⁸ «[...] the relevant question is not so much whether the fundamental freedoms can have horizontal effect but in what circumstances private actions will fall within the freedoms' scope. » P. Caro de Sousa, 'Horizontal Expressions of Vertical Desires: Horizontal effect and the scope of the EU fundamental freedoms', *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Volume 2, n°3, 2013, p.1-27, p.4.

équivalentes à celle d'un Etat. La confusion juridique subséquente qui a mené à la reconnaissance d'un véritable effet horizontal est largement due à cette méprise.

i. La fonction publique de la *lex sportiva* reconnue

L'arrêt *Walrave* doit être interprété comme reconnaissant la fonction publique, de la *lex sportiva*³⁵⁹. En effet, nous pensons que l'extension du champ d'application des libertés fondamentales à celle-ci est due, non pas à l'extension de leur champ d'application au domaine privé, mais à l'extension du domaine public à la *lex sportiva*. L'arrêt *Walrave*, lorsqu'il énonce que la prohibition des discriminations « s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à régler, de façon collective, le travail salarié et les prestations de services »³⁶⁰, vise cette équivalence fonctionnelle et non pas un effet horizontal des libertés de circulation. Quelques rares auteurs ont pointé du doigt le contexte particulier qui a vu naître l'effet horizontal au contact de la « gouvernance privée »³⁶¹. Il serait plus juste, selon nous, de considérer qu'il s'agit là d'une extension de l'effet direct des libertés fondamentales aux « réglementations d'une autre nature », autrement dit aux droits transnationaux privés. La différence est de taille, notamment en ce qui concerne l'étendue potentielle du champ d'application des libertés fondamentales³⁶². En ce sens la distinction public/privé n'est pas ignorée³⁶³, mais détachée du sens formel (ou institutionnel) qu'elle peut prendre dans le cadre étatique³⁶⁴, pour adopter une forme

³⁵⁹ Voir, similairement, H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, p.661-673, p.665.

³⁶⁰ CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p. 1418, pt. 17.

³⁶¹ S. Wernicke, 'Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens', *European Law Journal*, Volume 13, n°3, May 2007, p. 380-407, pp. 401-405.

³⁶² Voir ci-dessous.

³⁶³ Contra : « I submit that the ECJ is currently developing a jurisprudence under which citizens, mainly Union citizens as private actors, as well as their organisations and corporate private actors, are gradually being included in the matrix of rights and—this is a crucial point—obligations of the treaties. Put in a different way, the ECJ is framing the European Constitution, at least as regards aspects other than institutional or organisational, in almost complete disregard of the public/private distinction.” S. Wernicke, 'Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens', *European Law Journal*, Volume 13, n°3, May 2007, p. 380-407, p.381; O. Cherednychenko, 'EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law', *European Review of Private Law*, n°1, 2006, p.23-61.

³⁶⁴ L. Azoulai, 'Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne', *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p.842-860. Au contraire, "the implication is that hard- and-fast versions of the private/public dualism within the 'constitutional order' of the Community need to be reconceptualised. What is needed is a legal understanding of the public/private divide that is

fonctionnelle³⁶⁵. On assiste alors à une forme de « reverticalisation »³⁶⁶ des libertés fondamentales, la Cour redessine la « délimitation de la frontière entre l'autonomie privée et l'autonomie publique »³⁶⁷. Dès lors, la « Privatrechtsgesellschaft » vénérée par de nombreux juristes allemands, n'est pas véritablement menacée par cette application verticale. Les critiques³⁶⁸ à l'encontre de la jurisprudence de la Cour, sur le fondement de la menace qu'elle ferait peser sur l'autonomie privée, manquent leur cible. Car en pratique, celle-ci s'attaque au contraire à la menace que certaines formes de normativités privées peuvent faire peser sur la « Privatrechtsgesellschaft » et la liberté des individus.

Du point de vue de la *lex sportiva*, cette jurisprudence aurait dû être perçue comme une consécration. En effet, « les actes adoptés par les associations sportives sont pratiquement rangés dans la catégorie des règles étatiques »³⁶⁹. Il s'agit d'une reconnaissance, précoce et passée inaperçue, de la fonction publique exercée par la *lex sportiva*. Cette reconnaissance ayant pour corollaire, au stade de la justification, que celle-ci soit autorisée à s'appuyer sur des objectifs légitimes qui lui sont propres. Cependant, les organisations sportives y ont surtout perçu la réduction de leur autonomie d'action. C'est le paradoxe, une fois reconnue digne d'être l'égale d'une réglementation étatique, la *lex sportiva* doit aussi en assumer les contraintes³⁷⁰. Ainsi, la

much more dynamic, permeable and co-constituting." S. Wernicke, 'Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens', *European Law Journal*, Volume 13, n°3, May 2007, p. 380-407, p.406.

³⁶⁵ E. Dubout, 'Libertés de circulation et situations horizontales La personne privée comme destinataire commun?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 103-137, pp.112-116.

³⁶⁶ Ibid, p.112.

³⁶⁷ Ibid, p.113.

³⁶⁸ Par exemple : « Zwar ist gegen eine Bindung der Handlungen Privater an die Ziele der Gemeinschaft und insbesondere die Grundfreiheiten nichts einzuwenden; jedoch sollte die Entscheidung darüber, welche Maßnahmen am besten zum erforderlichen Ausgleich zwischen der Privatautonomie und den Grundfreiheiten geeignet sind, nicht der Judikative, sondern der Legislative überlassen bleiben. » S. Streinz et R. Leible, 'Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten Überlegungen aus Anlass von EuGH', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, p.459-468, p.467.

³⁶⁹ L. Azoulai, 'Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne', *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p.842-860, p.848.

³⁷⁰ "There is a recognition that the substantive obligations owed by a sports governing body, which occupies a monopoly position in relation to the regulation of that particular sport, are not materially different from those owed by a public body." A. Cygan, 'Are All Sports Special? Legal Issues in the Regulation of Formula One Motor Racing', *European Business law Review*, Volume 18, n°6, 2007, p.1327-1352, p.1349.

« substitution » fonctionnelle des pouvoirs publics par des pouvoirs privés justifie cette forme de constitutionnalisation³⁷¹.

Il est difficile de saisir la particularité de cet effet direct, du fait même de la difficulté pour de nombreux juristes de concevoir un droit transnational privé comme la *lex sportiva*, ce qui a pu ensuite engendrer une grande confusion quant à la portée de cet effet horizontal.

ii. De la réglementation privée à l'action privée : vers un effet horizontal pervers des libertés de circulation

La confusion, nourrie par la formulation utilisée par la Cour, a eu pour conséquence de favoriser une lecture tronquée de l'arrêt *Walrave*. Cette lecture a transformé ce qui était un effet direct étendu à un droit transnational en véritable effet horizontal opposable aux actions de certaines personnes privées. Or, cet effet horizontal mal maîtrisé a donné lieu à des effets pervers visibles notamment dans les arrêts *Viking* et *Laval*.

1. De la réglementation à l'action privée : vers un véritable effet horizontal

L'arrêt *Walrave* concernait expressément les « réglementations d'une autre nature » et non pas les actes privés. Or, la Cour, encouragée en cela par ses avocats généraux et une partie de la doctrine³⁷², va progressivement étendre cette jurisprudence à l'action privée³⁷³.

³⁷¹ "If it is accepted that there is a widespread withdrawal of the State from matters of economic regulation under the combined pressures of globalization and privatization, it would seem to follow that the province of private law is expanding to take over at least some of the regulatory functions traditionally exercised by public law. And if that much is accepted, the natural impulse in a social democracy is to imbue private law structures with public law values." H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, p.661-673, p.664.

³⁷² J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002, p.116

³⁷³ Une dynamique entrevue et déjà critiquée dans, H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, p.661-673.

Ainsi, bien que l'avocat général Cosmas s'opposait dans ses conclusions sous l'arrêt *Ferlini* à une telle extension³⁷⁴, la Cour va affirmer qu'« il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'article 6, premier alinéa, du traité, s'applique également dans des cas dans lesquels un groupe ou une organisation tels que l'EHL exerce un certain pouvoir sur les particuliers et est en mesure de leur imposer des conditions qui nuisent à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité »³⁷⁵. Elle cite en soutien de cette interprétation les arrêts *Walrave* et *Bosman*, mais en pratique elle amorce un changement de cap en s'attachant à l'exercice d'un certain pouvoir et non pas à l'existence d'une « réglementation ». Cette évolution va se voir renforcer par la reconnaissance d'un véritable effet horizontal de la liberté de circulation des travailleurs, pour ce qui concerne les actes privés discriminatoires, par les arrêts *Angonese*³⁷⁶ et *Raccanalli*³⁷⁷. Cependant, la distinction entre mesures discriminatoires et entraves non discriminatoires est peut être susceptible d'expliquer et de justifier une telle extension. Selon une analyse proposée par Loïc Azoulay, à laquelle nous adhérons, cette branche de la jurisprudence de la Cour sur l'effet horizontal doit être dissociée de celle issue de l'arrêt *Walrave*³⁷⁸. En effet, elle ne serait « qu'une application spécifique de l'interdiction générale de discrimination »³⁷⁹, interdiction dont la « fonction transformative »³⁸⁰ est depuis longtemps à l'œuvre à l'encontre des acteurs privés.

³⁷⁴Conclusions du 21 Septembre, aff. C-411/98, *Angelo Ferlini contre Centre hospitalier de Luxembourg*, Rec. p.I-08081, pt.75.

³⁷⁵CJUE, *Angelo Ferlini contre Centre hospitalier de Luxembourg*, aff. C-411/98, Rec. p.I-08081, pt.50.

³⁷⁶CJUE, 6 juin 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, Rec. I-04139. Voir S. Van den Bogaert, 'Horizontalité: The Court Attacks?', C. Barnard & J. Scott (dir.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart, 2002, p.123-153, p.129; L. Idot, 'Accès à l'emploi: CJCE, 6 juin 2000, R. Angonese, aff. C-281/98', *Europe* n° 8, Août 2000, comm. 258; R. Lane et N. Nic Shuibhne, 'Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Judgment of 6 June 2000, not yet reported', *Common Market Law Review, Volume 37*, n°5, 2000, pp.1237-1247. Très critique, H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, pp.661-673.

³⁷⁷CJUE, 17 juillet 2008, *Andrea Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft*, aff. C-94/07, Rec. I-05939.

³⁷⁸L. Azoulay, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p.842-860, pp.849-851.

³⁷⁹Ibid, p.850.

³⁸⁰"The principle of non-discrimination has thus evolved from an international law principle primarily designed to structure relationships among states to one capable of directly governing private relationships in a vast set of circumstances. It has become one of the central objectives of the European integration project, turning into one of the cornerstones of a Europe of values and blurring the boundaries between political and judicial lawmaking." E. Muir, "The transformative function of EU Equality Law", *European Review of Private Law*, Volume 21, n°5 et 6, 2013, p.1231-1254, p.1245.

Cependant, avec les arrêts *Viking*³⁸¹ et *Laval*³⁸² c'est l'action privée non discriminatoire qui va être saisie par les libertés fondamentales. En effet, ces arrêts concernent des actions collectives menées par des syndicats pour s'opposer, dans deux contextes différents, à ce qui était perçu comme du dumping social. L'avocat général Maduro avait orienté une partie de ses conclusions sous l'arrêt *Viking* sur la question suivante: « Le traité implique-t-il que, pour assurer le bon fonctionnement du marché commun, les dispositions sur la libre circulation protègent les droits des acteurs du marché, non seulement en limitant les pouvoirs des autorités étatiques, mais en limitant aussi l'autonomie d'autres personnes? »³⁸³. Il s'appuie alors sur la jurisprudence de la Cour dans les arrêts *Commission c. France*³⁸⁴ et *Schmidberger*³⁸⁵, car « [l]es deux affaires reposent fondamentalement sur le raisonnement selon lequel une action privée peut compromettre les objectifs poursuivis par les dispositions sur la libre circulation »³⁸⁶. Mais, « [à] quel type d'action privée les règles sur la libre circulation s'appliquent-elles? »³⁸⁷. Car, « dans de nombreuses circonstances, les acteurs privés ne réussissent simplement pas à exercer une influence suffisante pour empêcher d'autres acteurs de jouir de leurs droits à la libre circulation » et « [d]ans ces conditions, rien ne justifie l'intervention du droit communautaire »³⁸⁸. Cela implique « que les règles sur la libre circulation s'appliquent directement à toute action privée susceptible de restreindre effectivement d'autres personnes dans l'exercice de leur droit à la libre circulation »³⁸⁹. Il fait alors référence aux arrêts relatifs à la *lex sportiva*³⁹⁰ et en déduit « que les dispositions sur la libre circulation s'appliquent à une action privée qui, en raison de son effet général sur les titulaires de droits à la libre circulation, est susceptible de les restreindre dans l'exercice de ces droits, en soulevant un obstacle qu'ils ne peuvent

³⁸¹CJUE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, aff. C-438/05, Rec. I-10779.

³⁸²CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, Rec. I-11767.

³⁸³ Conclusions du 23 mai 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, Rec. I-10779, pt.36.

³⁸⁴CJUE, 9 décembre 1997, *Commission contre République française*, aff. C-265/95, Rec. I-06959.

³⁸⁵ CJUE, 12 Juin 2003, *Eugen Schmidberger contre Republik Österreich*, aff. C-112/00, Rec. I-05659.

³⁸⁶Conclusions du 23 mai 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, Rec. I-10779, pt.38.

³⁸⁷Ibid, pt.41.

³⁸⁸Ibid, pt.42.

³⁸⁹Ibid, pt.43.

³⁹⁰ Ibid, pt.45-47.

raisonnablement pas contourner »³⁹¹. Du caractère de « réglementation d'une autre nature » équivalent fonctionnel du droit étatique, comme critère de l'application des libertés fondamentales à la *lex sportiva* dans l'arrêt *Walrave*, on a glissé par un « collage »³⁹² juridique subtil au simple effet restrictif de l'action privée. Il s'agit là d'un bon en avant juridique formidable³⁹³. La Cour dans son arrêt va se montrer moins audacieuse. Elle estime que « des actions collectives telles que celles en cause au principal, qui peuvent constituer l'ultime recours des organisations syndicales pour faire aboutir leur revendication visant à régler de façon collective le travail des salariés de Viking, doivent être considérées comme étant inextricablement liées à la convention collective dont FSU poursuit la conclusion »³⁹⁴. Les conclusions de l'avocat général avaient le mérite de l'honnêteté, alors que la Cour atteint un résultat identique, à savoir l'application des libertés fondamentales à l'action collective engagée par le syndicat, en masquant la transformation fondamentale de son raisonnement par une référence trompeuse au texte même de l'arrêt *Walrave*. En pratique, il y a bien eu « transformation dialectique »³⁹⁵, la Cour s'appuie formellement sur l'arrêt *Walrave*, tout en transformant fondamentalement son champ d'application. Ce sont les conclusions de l'avocat général Mengozzi sous l'arrêt *Laval* qui ont probablement inspiré la Cour. Dans ses conclusions, celui-ci reconnaît en effet « que la présente affaire diffère des situations en cause dans les arrêts où la Cour a jusqu'ici constaté que l'article 49 CE était applicable aux actions de personnes privées », car « c'est l'exercice par les organisations syndicales de leur droit d'engager une action collective à l'encontre d'un prestataire de services étranger,

³⁹¹ Ibid, pt.48.

³⁹² « Reading them as a whole, these two judgments give a strange impression: everything takes place as if the solutions found were the result of a complex kind of "collage" of judicial formulas. » L. Azoulay, 'The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization', *Common Market Law Review*, Volume 45, n°5, 2008, p.1335-1356, p.1339.

³⁹³ « Maduro's Opinion, however, may be accused of many things⁹¹ but not of being reluctant to throw caution to the wind. » H. Schepel, 'Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law', *European Law Journal*, Volume 18, n°2, March 2012, p.177-200, p.191

³⁹⁴ CJUE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, aff. C-438/05, Rec. I-10779, pt.36.

³⁹⁵ « In *Viking*, the Court has made a dialectic transformation of this case law. Formally, the Court maintains and applies its case law based on the recognition of a power to regulate in a collective manner enjoyed by the leadership of a professional organization. But, in fact, the Court makes a double shift: in this case, there is a power recognized not for a professional organization of employers, but an organization of workers; moreover, this power consists not in the competence to regulate a branch of the economy, but in the power to start collective industrial action. » L. Azoulay, 'The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization', *Common Market Law Review*, Volume 45, n°5, 2008, p.1335-1356, p.1344.

en vue de le contraindre à souscrire une convention collective suédoise qui est en cause »³⁹⁶. Mais, il considère que cette distinction « est indifférente quant à la question de savoir si les organisations syndicales sont en principe obligées de respecter les interdictions énoncées à l'article 49 CE »³⁹⁷. En effet, « [l]e déclenchement d'une action collective constitue, en définitive, une forme de l'exercice, par les organisations syndicales, de leur autonomie juridique dans le but de régler les prestations de services, au sens de la jurisprudence susmentionnée »³⁹⁸. La différence fondamentale de situation entre une *lex sportiva* incontournable, quasi-souveraine, imposée aux sportifs et aux clubs, et un rapport de force entre employeurs et salariés visant à négocier les termes d'une convention collective, échappe à l'avocat général et à la Cour. Or, cette différence est essentielle, il n'y a pas de rapport d'autorité continu (et à sens unique) entre les syndicats de travailleurs et les employeurs. La *lex sportiva* a force de loi transnationale pour ses sujets, même si cet état de fait est très difficile à comprendre et à reconnaître pour un juriste emprisonné dans son nationalisme méthodologique³⁹⁹. C'est cette autorité quasi-absolue des normes de la *lex sportiva* qui justifie l'applicabilité des libertés fondamentales et c'est cette différence de contexte qui aurait dû amener la Cour à plus de prudence dans le maniement du collage juridique dans le cadre des arrêts *Viking* et *Laval*. Or, une telle extension ne tient pas compte de la difficulté que pose ce type de conflits horizontaux au juge européen

2. L'effet horizontal pervers : l'exemple des arrêts *Viking* et *Laval*

L'effet horizontal ne peut être déployé de la même manière que l'effet direct imposé à l'Etat ou à la *lex sportiva*. Ici, la Cour quitte le domaine du contrôle de l'autorité publique pour entrer dans celui de la réconciliation d'intérêts privés contradictoires⁴⁰⁰. A cet

³⁹⁶ Conclusions du 23 mai 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Rec. p.I-11767, pt.158.

³⁹⁷ Ibid, pt.159.

³⁹⁸ Ibid, pt.160.

³⁹⁹ Dès lors, le droit risque de devenir une « catégorie zombie », une catégorie qui selon Ulrich Beck n'est « pas en mesure de rendre compte de la nouvelle situation, ni de la comprendre – avec ses nouveaux acteurs et leurs stratégies nouvelles, la nouvelle nature des luttes pour le pouvoir, leurs ravages sociaux et politiques, leurs paradoxes et leurs perspectives ambivalentes. » U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.140.

⁴⁰⁰ « This change of context is significant: it corresponds to an evolution in the Community legal order, oriented towards a new type of "constitutionalization". The classic type of constitutionalization consisted in establishing the primacy of Community rules in all situations threatening the aims of the Community. It

égard elle se devait de tenir soigneusement compte de la nature du rapport de force qui sous-tend ce conflit d'intérêts. Car, il n'est pas aussi univoque et déséquilibré que celui entre un souverain (serait-il transnational et privé) et ses sujets. Il y a une différence de situations entre d'un côté les sportifs subordonnés contre leur gré à la *lex sportiva* (ou les citoyens européens au droit des Etats membres) et les chefs d'entreprise plus rarement subordonnés aux travailleurs qu'à l'inverse. Dans l'arrêt *Viking*, la Cour s'est montrée incapable de traduire de manière convaincante cette différence de situation dans la mise en œuvre de son contrôle de proportionnalité. Ce n'est pas faute d'avoir reconnu qu'elle était face à une situation où deux droits fondamentaux s'opposaient. Mais, elle n'a pas su en tirer les conséquences dans l'application du contrôle de proportionnalité⁴⁰¹. En effet, elle a appliqué une technique de contrôle opposée habituellement aux règles étatiques ou à celle de la *lex sportiva*⁴⁰². Là où, au contraire, il aurait fallu s'engager dans une véritable réconciliation des intérêts privés en conflit⁴⁰³. En effet, si l'on devait accepter une application véritablement horizontale des libertés fondamentales, autrement dit l'« imposition »⁴⁰⁴ d'une « constitution totale »⁴⁰⁵, celle-ci impliquerait un test de proportionnalité d'une toute autre nature, centré sur la mise en balance et non sur le contrôle de la nécessité d'une restriction. Une telle extension

has been hierarchical in nature. Now, the Court uses constitutional techniques based on the idea of antinomy, of conflict between principles of a similar nature, and on the need to find coherence between these principles." L. Azoulay, 'The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization', *Common Market Law Review*, Volume 45, n°5, 2008, p.1335-1356, p.1336.

⁴⁰¹Voir pour ce reproche, E. Dubout, 'Libertés de circulation et situations horizontales La personne privée comme destinataire commun?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 103-137, pp.129-131.

⁴⁰²"It seems that the Court transposes to trade unions the limits which it imposes on Member States as far as the market freedoms are concerned (proportionality, judicial review) but without offering these organizations the counterpart recognized for the State: a broad margin of discretion in defining the social objectives to be protected and in the means of ensuring this protection. In other words, it refuses to consider the system of social relations as a "constitutional order" enjoying the capacity of self-determination." L. Azoulay, 'The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization', *Common Market Law Review*, Volume 45, n°5, 2008, p.1335-1356.

⁴⁰³ Sur ce « conciliation model » voir Ibid, p.1347-1349

⁴⁰⁴ Dans sa discussion de la constitutionnalisation par le droit de l'UE du droit privé, Harm Schepel distingue entre l'effet de substitution discuté ci-dessus et l'imposition des valeurs constitutionnelles, H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, p.661-673.

⁴⁰⁵ M. Kumm, 'Who is afraid of the Total Constitution ? Constitutional Right as Principles and the constitutionalization of Private Law', *German Law Journal*, Volume 7, n°4, 2006, p.341-370.

impliquerait une modification du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour⁴⁰⁶. Par ailleurs, il y a une différence profonde entre l'UE et un Etat-nation⁴⁰⁷, une telle application horizontale ne peut dans le cadre européen s'appuyer sur l'existence d'un espace public européen, ni sur l'embryon d'une compréhension partagée de la portée des droits fondamentaux⁴⁰⁸. La Cour s'expose alors inévitablement la « au soupçon d'idéologie »⁴⁰⁹. Il ne s'agit donc pas tant de protéger à tout prix l'autonomie privée⁴¹⁰, que de garantir que la légitimité des restrictions qui lui sont imposées soit reconnue. Le risque étant qu'« [é]rigée en droit *privé* subjectif, la portée de la liberté en devient absolutiste »⁴¹¹. En l'espèce, la reconnaissance par les arrêts *Viking* et *Laval* du caractère fondamental du droit de grève est rapidement passée au second plan et la légitimité de la décision de la Cour a été brutalement, et quasi-unanimement, contestée⁴¹².

⁴⁰⁶ H. Collins, 'The Impact of Human Rights Law on Contract Law In Europe', *European Business Law Review*, Volume 4, 2011, p. 425-435, p.434; O. Cherednychenko, 'EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law', *European Review of Private Law*, n°1, 2006, p.23-61, p.58.

⁴⁰⁷ Sur l'application horizontale des droits fondamentaux au niveau étatique voir : S. Gardbaum, 'The « horizontal effect » of constitutional rights', *Michigan Law Review*, Volume 102, 2003, pp.387-459; A. Barak, 'Constitutional Human Rights and Private Law', *Review of Constitutional Studies*, Volume 3, 1996, p.218-281; D. Oliver et J. Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere -A Comparative Study*, Routledge, 2007; O. Beaud, 'Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande', *Jus Politicum*, n°10, 2013 (accessible à <http://www.juspoliticum.com/Les-obligations-imposees-aux.html>).

⁴⁰⁸ "Hier trennen sich die Geister schon innerhalb Europas, umso schwieriger wäre es, sich innerhalb der Konstitutionalisierung des EG-Rechts – wenngleich es in der Rechtsprechung des EuGH schon einige Ansatzpunkte gibt – und insbesondere aber des Völkerrechts ein Pendant zu einer solchen Drittwirkung der Grund- und Menschenrechte in der internationalen Gemeinschaft vorzustellen." K-H. Ladeur et L. Viellechner, 'Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte. Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes', *Archiv des Völkerrechts*, Volume 46, 2008, p.42–73, p.49.

⁴⁰⁹ L. Azoulai, 'L'autonomie de l'individu européen et la question du statut', in C. Kessedjan (dir.), *Autonomie en droit européen*, Bruylant 2013, p.187-205, p.198.

⁴¹⁰ L'anxiété des privatistes face à l'effet horizontal des libertés fondamentales est exprimée notamment par : O. Cherednychenko, 'EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law', *European Review of Private Law*, n°1, 2006, p.23-61, p.42; K. Preedy, 'Fundamental Rights and Private Acts - Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment', *European Review of Private Law*, Volume 8, n°1, 2000, p.125-133; J-S. Bergé, 'La summa divisio droit privé / Droit public et le droit européen', *CEJEC Working Paper*, 2009/9, (accessible à <http://cejec.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2009/12/cejec-wp-colloque-st-etienne-oct-2009-contribution-jsberge.pdf> p.7; S. Robin-Olivier, 'Revisiter la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne : une invitation au débat', *CEJEC Working Paper*, 2010/7 (accessible à <http://cejec.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2010/07/loic-oke3.pdf>) ; M. Schillig, 'The Interpretation of European Private Law in the Light of Market Freedoms and EU fundamental rights', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 15, n°3, 2008, p.285-321, pp.292-293; P. Oliver et W-H. Roth, 'The Internal Market and the Four Freedoms', *Common Market Law Review*, Volume 41, n°2, 2004, p. 407–441, pp.426-428.

⁴¹¹ E. Dubout, 'Libertés de circulation et situations horizontales La personne privée comme destinataire commun?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 103-137, p.127.

⁴¹² Les critiques plus influents sont probablement : A. Supiot, 'Voilà l'"économie communiste de marché"', *Le Monde*, 24 Janvier 2008 et F. Scharpf, 'Legitimacy in the Multilevel European Polity', *MPIfG Working Paper* 09/1 (accessible à <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp09-1.pdf>).

Enfin, la distinction entre l'effet direct des libertés fondamentales à la *lex sportiva* et leur application horizontale est clairement visible au stade de la justification. Ainsi, aux yeux de la Cour, la *lex sportiva* vise en général à atteindre des objectifs politiques indépendants de toute connexion avec des droits fondamentaux (malgré l'invocation répétée de la liberté d'association)⁴¹³. Alors que dans le cadre des arrêts *Viking* et *Laval*, elle a tenté d'opposer dans son raisonnement les libertés fondamentales à un droit fondamental. Aux yeux de la Cour, les syndicats ne poursuivaient pas d'objectif légitime au delà de l'exercice de leur droit fondamental à l'action collective. Elle refuse ainsi à l'action syndicale, la marge d'appréciation qu'elle garantit à l'Etat ou à la *lex sportiva*⁴¹⁴. Ces arrêts révèlent l'effet horizontal pervers des libertés de circulation, qui diffère fondamentalement de l'effet horizontal indirect reconnu préalablement par la Cour et invoqué par l'avocat général Maduro au soutien de cette extension⁴¹⁵. Si cet effet horizontal peut se justifier dans le cadre du principe de non-discrimination car il vise « à protéger l'autonomie des particuliers menacés par le pouvoir reconnu à d'autres personnes privées »⁴¹⁶, il devient démesurément intrusif dans le cadre de simples restrictions aux libertés fondamentales⁴¹⁷ et menace les modes d'expression de l'autonomie privée et de la solidarité au niveau local⁴¹⁸.

⁴¹³ Voir ci-dessous Partie 2, Chapitre 1.

⁴¹⁴ "It seems that the Court transposes to trade unions the limits which it imposes on Member States as far as the market freedoms are concerned (proportionality, judicial review) but without offering these organizations the counterpart recognized for the State: a broad margin of discretion in defining the social objectives to be protected and in the means of ensuring this protection. In other words, it refuses to consider the system of social relations as a "constitutional order" enjoying the capacity of self-determination." L. Azoulay, 'The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization', *Common Market Law Review*, Volume 45, n°5, 2008, p.1335-1356, pp.1347-1349.

⁴¹⁵ Voir aussi la contre-proposition pour une « invocabilité horizontale indirecte » formulée par E. Dubout, 'Libertés de circulation et situations horizontales La personne privée comme destinataire commun?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 103-137, pp.131-137.

⁴¹⁶ L. Azoulay, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p.842-860, p.850. Voir aussi sur l'application horizontale de ce principe : E. Muir, 'The transformative function of EU Equality Law', *European Review of Private Law*, Volume 5 et 6, 2013, p.1231-1254; B. de Witte, 'The crumbling public/private divide: horizontality in European anti-discrimination law', *Citizenship Studies*, Volume 13, n°5, 2009, p.515-525.

⁴¹⁷ Voir H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, p.661-673.

⁴¹⁸ A. Somek, 'The Social Question in a Transnational context', *LEQS Paper* No. 39/2011 (accessible à <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPaper39.pdf>).

Cette jurisprudence repose sur un malentendu. L'idée que l'application véritablement horizontale des libertés fondamentales puisse être justifiée en se fondant sur les arrêts *Walrave* et *Bosman* est erronée. Ces situations ne sont pas analogues. Dans ces conditions, il eut été plus prudent de reconnaître cette différence et d'en tirer les conséquences nécessaires au stade du raisonnement juridique. Car, c'est l'ignorance de la nature de droit transnational de la *lex sportiva* et du contexte très particulier qui a donné lieu à l'arrêt *Walrave*, qui a rendu crédible juridiquement les raisonnements suivis au fil des arrêts *Viking* et *Laval*.

b. La force transnationale de la distinction public/privé fonctionnelle en droit de l'UE

Le droit de l'UE n'a pas effacé la distinction public/privé⁴¹⁹, il l'a fonctionnalisé. Cette fonctionnalisation repose sur la doctrine de l'effet utile qui en est le moteur (i). Or, c'est cet agnosticisme institutionnel quant au caractère privé ou public d'une règle qui rend le droit de l'UE capable de saisir les nouvelles règles privées qui émergent dans l'espace juridique transnational (ii).

i. **L'agnosticisme de l'effet utile comme moteur d'une distinction public/privé fonctionnalisée**

La distinction public/privé n'a pas disparu en droit l'UE, seulement « dans le droit de l'Union, cette distinction relève de considérations fonctionnelles bien plus que de critères organiques »⁴²⁰. Cette approche de la distinction public/privé est justifiée principalement sur le fondement de la doctrine de l'effet utile. Nombre des déplacements juridiques effectués par la Cour, notamment dans sa phase d'affirmation de la primauté du droit de l'UE, reposent sur ce type de raisonnement téléologique⁴²¹. Il

⁴¹⁹Pour une étude comparée de la distinction en droit français et anglais voir M. Freedland and J-B. Auby (dir.), *The Public Law/Private Law Divide : Une entente assez cordiale*, Hart Publishing, 2006 et pour les Etats-Unis M. J. Horwitz, 'The history of the public/private distinction', *University Pennsylvania Law Review*, Volume 130, n°6, 1982, p.1423-1428.

⁴²⁰ L. Azoulay, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p.842-860, p.843.

⁴²¹ L. Azoulay, 'Un nouveau téléologue'in S. Besson, N. Levrat et E. Clerc (dir.), *L'interprétation en droit européen/Interpretation in European Law*, Zurich/Bale, Schulthess Verlag, 2011, p.139-148. Voir aussi sur

est dès lors peu surprenant que ce soit aussi en son nom que la Cour ait fait le saut interprétatif la menant à l'application du droit de l'UE à la *lex sportiva*. L'effet utile exprime la mission téléologique (une *berufung*) qui guide la Cour dans son travail de renforcement de l'ordre juridique de l'UE. Cet effet utile justifie une audace juridique inaccessible aux droits nationaux encore fortement ancrés dans leurs traditions multiséculaires. Le droit national est nécessairement aveugle, et en partie dans le déni, quant au développement des normes privées⁴²². Or, «[l]e clivage somme toute très formel droit privé /droit public s'efface en droit européen pour laisser place à une analyse fonctionnelle des libertés de circulation »⁴²³. L'héritage du « westphalisme »⁴²⁴ juridique qui pèse fortement sur le droit étatique est donc plus aisément mis de côté par le droit de l'UE.

La force transnationale de l'Union européenne et de son droit, c'est leur faiblesse : ils ne reposent pas sur les mythes du monopole de la violence légitime et de la souveraineté territoriale⁴²⁵. Ils sont donc disposés à reconnaître l'existence d'un pluralisme juridique qui ne menace pas directement leur raison d'être. Le but final n'est pas le gouvernement souverain légitime d'un territoire, mais la construction européenne. Dès lors, l'UE est prête à reconnaître pragmatiquement les obstacles posés à cette construction par des règles transnationales privées. Celles-ci apparaissent plus aisément sur son radar juridique. Ainsi, si « les libertés de circulation sont applicables à un rapport entre personnes privées, c'est que l'une d'entre elles dispose d'un pouvoir de gouvernement

le rôle de la Cour dans la dynamique de l'intégration européenne K. Alter, *Establishing the Supremacy of European law : The Making of an International Rule of law in Europe*, Oxford University Press, 2003.

⁴²²Mais, pour une proposition analogue dans le cadre national voir K-H. Ladeur et L. Viellechner, 'Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte. Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes', *Archiv des Völkerrechts*, Volume 46, 2008, p. 42-73.

⁴²³J-S. Bergé, 'La summa divisio droit privé / Droit public et le droit européen', CEJEC-wp, 2009/9, (accessible à <http://cejec.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2009/12/cejec-wp-colloque-st-etienne-oct-2009-contribution-jsberge.pdf>, p.7.

⁴²⁴ "It may be that the exclusive focus of public law processes on the state is simply a hangover from the Westphalian state model and to the extent that such a model is rendered obsolete by governance changes, then public law oversight should be reconceived." C. Scott, F. Cafaggi, et L. Senden, 'The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation', *Journal of law and Society*, Volume 38, n°1, 2011, p.1-19, p.16.

⁴²⁵ "What makes law central, namely the weakness of its cultural supports and political steering mechanisms, also makes law precarious. What makes law a window of change and a key to innovation, namely the unfinished and shifting nature of the European journey, also exposes law to overreach and disappointment." N. Walker, 'Legal Theory and The European Union : A 25TH Anniversary Essay', *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 25, n°4, 2005, p.581-601, p.590.

sur les conduites individuelles »⁴²⁶. La personne (ou plutôt l'institution) « est visée en tant qu'elle exerce une autorité, en tant qu'elle se comporte comme une autorité publique engagée dans un rapport vertical avec des particuliers »⁴²⁷. En effet, « le véritable esprit du droit européen est qu'un acte étatique [ou de la *lex sportiva*] ne saurait forcer la souveraineté transnationale de l'individu, pour y faire naître des obligations envers la collectivité ou des devoirs envers ses semblables »⁴²⁸. Ce pragmatisme du droit de l'UE, quant à la fonction des règles transnationales privées, est une force juridique insoupçonnée dans l'espace transnational.

iii. Une distinction public/privé fonctionnelle : la force du droit de l'UE dans l'espace transnational

La souplesse et l'adaptation du droit de l'UE à l'émergence de normativités privées sont de nature à renforcer sa légitimité et sa position dans l'espace juridique transnational. En effet, comme évoqué précédemment, une des caractéristiques centrales de cet espace est le développement de normes privées transnationales qui concurrencent le droit des Etats et le droit interétatique. Toutefois, dans la sphère transnationale, les institutions politiques médiatrices de l'Etat nation ont disparu⁴²⁹. Ainsi, pour Gunther Teubner, il est nécessaire d'« horizontaliser »⁴³⁰ les droits fondamentaux pour (auto-)limiter ces systèmes transnationaux privés.

Là où l'Etat a toute les difficultés du monde à imposer ses normes, du fait de conceptions juridiques dépassées, mais aussi à cause de l'asymétrie fondamentale entre pouvoirs

⁴²⁶ L. Azoulay, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p.842-860, p.847. Similairement J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002, p.124.

⁴²⁷ L. Azoulay, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », p.848.

⁴²⁸ L. Azoulay, 'L'autonomie de l'individu européen et la question du statut', in C. Kessedjan (dir.), *Autonomie en droit européen*, Bruylant 2013, p.187-205, p.193.

⁴²⁹ G. Teubner, 'The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors', *Modern Law Review*, Volume 69, n°3, 2006, p.327-346, p.328

⁴³⁰ "We should again consider the concept of generalization and respecification and now use it to horizontalize fundamental rights. The first step is to generalize the narrow application of fundamental rights in state contexts —only understandable in the historical context—and to transform it into a general principle with society-wide validity. In a second step the concrete content of fundamental rights, their addressees and beneficiaries, their legal structures and their implementation, must be carefully tailored to the independent logic and independent normativity of different social contexts." G. Teubner, *Constitutional Fragments*, Oxford University Press, 2012, p.132.

privés transnationaux déterritorialisés et souveraineté nationale ancrée dans un territoire, l'Union européenne est à la fois en position politique de briser l'asymétrie de pouvoir et son droit est disposé à développer l'armature conceptuelle nécessaire afin de se saisir des réglementations privées transnationales. Le paradoxe étant que c'est en les publicisant, c'est-à-dire en reconnaissant la fonction publique de ces réglementations transnationales, que le droit de l'UE les soumet à un contrôle renforcé et en limite donc l'autonomie (ou la souveraineté)⁴³¹. L'UE perçoit, même si c'est pour une raison égoïste, à savoir celle de garantir l'effectivité de son droit et la dynamique de la construction européenne, le fait que, tout en exerçant un pouvoir quasi-public, les organisations privées risquent d'échapper aux procédures mises en place pour discipliner et même civiliser ce pouvoir⁴³². Or, c'est souvent sous prétexte d'un refus de reconnaître la légitimité publique à des règles privées que l'on s'oppose à cette qualification, sans percevoir que cette reconnaissance permet aussi l'application des contre-pouvoirs juridiques développés pour contrôler le pouvoir étatique. Par conséquent, il s'agit de prendre au sérieux le fait que ces organisations privées sont devenues dans certains domaines de véritables gouvernements transnationaux, pour mieux les encadrer⁴³³. Les travaux de Niklas Luhmann sur la fonction des droits fondamentaux en Allemagne⁴³⁴, peuvent éclairer cette interprétation fonctionnelle des libertés fondamentales dans l'espace juridique transnational. Celles-ci peuvent être pensées, non comme valeurs absolues à imposer, mais plutôt comme des outils rendant possible la différenciation sociale⁴³⁵. Les libertés fondamentales entreraient en jeu comme médiateur entre

⁴³¹ W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, p.20-21.

⁴³² Sur la nécessité de discipliner les pouvoirs privés émergents et leurs droits voir S. Palmer, 'Public functions and private services: A gap in human rights protection', *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, n°3 & 4, 2008, p. 585-604; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, p.1-23; D. Oliver et J. Fedtke (dir.), *Human Rights and the Private Sphere - A Comparative Study*, Routledge, 2007, pp.20-22; J. Black, 'Constitutionalising Self-Regulation', *The Modern Law Review*, Volume 59, n°1, 1996, p.24-55, p.51-52.

⁴³³ Pour un appel à utiliser le droit de l'UE dans le cadre des normes industrielles privées voir R. Van Gestel et H-W. Micklitz, 'European Integration Through Standardization : How Judicial Review is Breaking Down the Club House of Private Standardization Bodies', *Common Market Law Review*, Volume 50, n°1, 2013, p.145-182.

⁴³⁴ N. Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humboldt, 1974.

⁴³⁵ "Grundrechte dienen als eine unter vielen funktional äquivalenten Institutionen der industriell-bürokratischen Sozialordnung dazu, das Kommunikationswesen so zu ordnen, daß es im großen und ganzen für eine Differenzierung offen bleibt." Ibid, p.23.

différents systèmes sociaux⁴³⁶. Ce rôle de médiateur joué par les droits fondamentaux, Gunther Teubner préférerait qu'il émerge du sein même des systèmes juridiques transnationaux privés, c'est le sens de son travail en faveur d'un constitutionnalisme sociétal⁴³⁷. La capacité des libertés fondamentales à saisir la *lex sportiva* est de nature à démontrer que cette constitutionnalisation peut aussi être imposée de l'extérieur, notamment par le droit de l'UE. L'Union européenne joue alors le rôle d'un contre-pouvoir dans la mondialisation⁴³⁸. Elle offre un recours crédible aux citoyens européens face à l'autorité politique et juridique des acteurs privés dans l'espace transnational.

VI. Conclusion du Chapitre 1

La force juridique des libertés fondamentales face à la *lex sportiva* repose sur la flexibilité et le réalisme du droit de l'UE. D'une part, il est extrêmement aisé de tomber dans son champ d'application : toute activité a une dimension économique ou presque, tout sportif peut être un travailleur ou un prestataire de service (ou un citoyen européen) ou presque, toute règle de la *lex sportiva* peut être reconstruite juridiquement comme une entrave ou presque. D'autre part, celui-ci fait preuve d'une ouverture d'esprit juridique qui lui permet de saisir la *lex sportiva* comme un équivalent fonctionnel au droit étatique. En effet, nous pensons, et c'est là une différence fondamentale avec une partie de la doctrine en particulier allemande qui voit là une transposition de la figure de la « Drittwirkung » au sein du droit de l'UE⁴³⁹, que c'est en tant qu'elle remplit une fonction publique que la *lex sportiva* est saisie par le droit des libertés fondamentales. Ainsi, la Cour n'ignore pas la distinction public/privé, mais l'adapte intuitivement à la réalité transnationale. Cette adaptation est possible justement parce que l'Union européenne n'est pas un Etat et que son existence ne repose pas sur la nécessité de revendiquer symboliquement le monopole absolu de l'autorité politique sur son territoire. Cette faculté du droit de l'UE produit un « effet

⁴³⁶ "Freiheiten des einen Bereichs sind Einflußchancen, sind Möglichkeiten der Inpflichtnahme für den anderen." Ibid.

⁴³⁷ G. Teubner, *Constitutional Fragments*, Oxford University Press, 2012, p.125-126

⁴³⁸ U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, 2003.

⁴³⁹ Voir R. Streinz, 'EG-Grundfreiheiten und Verbandsautonomie', *SpuRt*, 6/2000, p.221-228.

libérateur »⁴⁴⁰ vis-à vis de la *lex sportiva*. Elle le positionne en contre-pouvoir juridique dans un espace transnational où circule des droits privatisés jouissant d'une large autonomie. Dès lors, il arme juridiquement les citoyens face à ces autorités privées. A cet égard, l'UE dispose aussi d'un second moyen juridique extrêmement puissant pour contrer la *lex sportiva*. Ce second moyen repose, paradoxalement, non plus sur la fonction publique exercée par la *lex sportiva*, mais sur sa nature privée. Il s'agit du droit de la concurrence de l'UE. Ainsi, même si la portée large du concept d'entrave venait à être réduite au point d'exclure la plus grande partie de la *lex sportiva*, celle-ci n'échapperait pas au droit de l'UE.

⁴⁴⁰ « En droit européen, c'est la possibilité pratique d'opposer des obligations aux Etats qui produit un effet libérateur. » L. Azoulai, 'L'autonomie de l'individu européen et la question du statut', in C. Kessedjan (dir.), *Autonomie en droit européen*, Bruylant 2013, p.187-205, p.190

Chapitre 2 : La *lex sportiva* saisie par le droit de la concurrence de l'UE

Les organisations sportives internationales sont souvent dépeintes comme des cartels⁴⁴¹. En effet, la structure institutionnelle de la *lex sportiva* est fondée sur le monopole disciplinaire. Une seule structure est reconnue comme officielle à chaque niveau (national, régional, international) de régulation. Cette pyramide institutionnelle culmine dans le CIO. Institutionnellement, du fait de son caractère formellement privé, la *lex sportiva* se prête intuitivement à l'application du droit de la concurrence (les articles 101 et 102 du TFUE). Fonctionnellement aussi, étant donnée que les organisations sportives brassent un volume considérable de revenus financiers. Cependant, il a fallu attendre le milieu des années 90 pour que la Commission européenne se décide à appliquer le droit de la concurrence à la *lex sportiva*. Et encore, les premières affaires concernaient les activités commerciales des organisations sportives nationales et internationales, notamment des questions de billetterie. Ce sont les conclusions de l'avocat général Lenz sous l'arrêt *Bosman* qui vont véritablement entraîner une prise de conscience du potentiel du droit de la concurrence dans ses rapports avec la *lex sportiva*. Surtout que la Commission européenne est dépourvue de moyens juridiques pour imposer l'application des libertés fondamentales à la *lex sportiva*, alors qu'elle est puissamment armée pour faire en sorte que celle-ci se plie au droit de la concurrence de l'UE.

Or, dans le sillage de l'arrêt *Bosman*, la Commission a reçu une vague de plaintes contre différentes règles rattachées à la *lex sportiva*⁴⁴². Ceci n'est pas étonnant, car la Commission, par la voix du Commissaire à la concurrence Karl Van Miert⁴⁴³, avait après l'arrêt *Bosman* annoncé clairement son intention de soumettre la *lex sportiva* au droit de la concurrence. Cependant, il a fallu attendre l'arrêt du Tribunal de l'UE dans l'affaire *Meca-Medina* en 2004, pour que l'application du droit de la concurrence à la *lex sportiva*

⁴⁴¹ B. Dabscheck, 'The Sporting Cartel in History', *Sport in History*, Volume 8, n°2, 2008, pp.329-350.

⁴⁴² J-F. Pons, 'Sport et politique européenne de la concurrence : « règles du jeu » et exemples récents d'application', discours 18 octobre 2001. Accessible à http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_022_fr.pdf.

⁴⁴³ K. Van Miert, 'L'arrêt « Bosman » : la suppression des frontières sportives dans le Marché unique européen', *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1996, p. 5-9.

soit l'objet d'une procédure devant les organes juridictionnels de l'UE⁴⁴⁴. La Cour se prononçant pour la première fois en 2006, dans cette même affaire⁴⁴⁵.

Il s'agit dans ce chapitre d'expliquer les différentes étapes du raisonnement juridique qui ont abouti à l'application du droit de la concurrence à la *lex sportiva*. Le chapitre vise donc à analyser les choix interprétatifs ayant entraîné au fil des années une appréhension efficace de la *lex sportiva* par le droit de la concurrence. Par exemple, les organisations sportives peuvent-elles être considérées comme des entreprises (ou des associations d'entreprises) au sens du droit de la concurrence ? Les règles de la *lex sportiva* peuvent-elles constituer des décisions d'associations d'entreprises ou des accords d'entreprises ? Ces règles restreignent-elles la libre concurrence, ou constituent-elles un abus de position de dominante ? Toutes ces questions se posent, afin de déterminer si le droit de la concurrence de l'UE peut légitimement s'appliquer à la *lex sportiva*.

Le droit de la concurrence est souvent présenté comme nécessaire pour préserver un environnement économique concurrentiel, afin que le marché puisse efficacement allouer les ressources finies. Or, nous pensons qu'en l'espèce, l'exemple de la *lex sportiva* nous permettra de démontrer que le droit de la concurrence peut aussi remplir une toute autre fonction dans l'espace juridique transnational. Celui-ci devient alors un contre-pouvoir face à l'autorité privée transnationale grandissante. Un véhicule pour préserver les libertés individuelles et contrer les droits privatisés.

I. La notion d'entreprise appliquée à la *lex sportiva*

Les actions visées par les articles 101 et 102 du TFUE ne peuvent être considérées comme contraire au droit de la concurrence que si elles sont le fait d'une entreprise ou d'une association d'entreprises. Il s'agit donc d'un critère conditionnant l'applicabilité du droit de la concurrence de l'Union européenne. A cet égard, la Cour a adopté une

⁴⁴⁴ Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291.

⁴⁴⁵ CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991.

approche fonctionnelle de la notion d'entreprise (a.) qui permet de capturer les organisations sous-tendant la *lex sportiva* (b.).

a. Les contours de la notion d'entreprise en droit de la concurrence de l'UE

La définition des contours de la notion d'entreprise en droit de la concurrence de l'UE a donné lieu à de nombreux écrits⁴⁴⁶, c'est une « question lancinante »⁴⁴⁷, car « [c]ritère d'applicabilité du droit de la concurrence, cette notion permet de déterminer ce qui relève de cet ordre et ce qui lui échappe »⁴⁴⁸. Il ne s'agit pas ici de revenir sur l'ensemble du débat mais d'introduire l'interprétation fonctionnelle de la notion choisie par la Cour (i), avant de tenter de déterminer les frontières de cette notion (ii).

i. L'interprétation fonctionnelle de la notion d'entreprise

L'arrêt *Höfner* sert de point de départ à toute réflexion sur la notion d'entreprise en droit de l'UE. En effet, dans cet arrêt, la Cour affirme que « toute entité, indépendamment de sa forme juridique et de son mode de financement, qui exerce une activité économique »⁴⁴⁹ est une entreprise au sens du traité. Elle s'écarte ainsi d'une conception formelle de l'entreprise qui s'appuierait sur le statut juridique de l'entité considérée⁴⁵⁰. Dès lors, tant le statut juridique de l'entité concernée que le fait qu'elle

⁴⁴⁶ Voir en général: V. Louri, "Undertaking' as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules", *Legal Issues of Economic Integration*, Volume 29, n°2, 2002, pp.143-176; E. Bernard, « « L'activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3 t. XXIII, p. 353-385, p.356-357 ; W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, pp. 76-90; L. Idot, 'La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel', *Concurrences*, n° 2, 2006, p.1-13 ; O. Odudu, "The meaning of undertaking within Article 81 EC" *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 7, 2005, pp. 209-239.

⁴⁴⁷ L. Idot, 'Champ d'application des règles', *Europe* n° 5, Mai 2009, comm. 198.

⁴⁴⁸ L. Idot, 'La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel', *Concurrences*, n° 2, 2006, p.1-13.

⁴⁴⁹ CJUE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, aff. C-41/90, Rec. p I-01979, pt.21.

⁴⁵⁰ Ce qui n'a pas toujours été le cas: "It should, however, be mentioned that in its early pronouncements in the matter on the basis of the ECSC Treaty provisions, the Court of Justice had still been essentially adhering to a traditional interpretative logic, i.e. focused on the form and structure of the 'undertaking' as a legal concept." S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution - A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, 2005, p.195.

soit à but non lucratif perdent toute importance juridique⁴⁵¹. Cette approche a été considérée comme nécessaire afin de garantir l'application uniforme du droit de l'UE et de prévenir toute tentative de contournement par les Etats membres⁴⁵². Une telle définition impose donc d'identifier si l'activité en cause est économique⁴⁵³. L'activité économique a été définie comme une « activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné »⁴⁵⁴. Serait notamment économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services soumise à la concurrence, ou pouvant potentiellement être soumise à la concurrence⁴⁵⁵. Autrement dit, « [l]'activité est économique, soit parce qu'elle est susceptible d'être exercée par une entreprise privée, soit parce qu'elle se trouve en concurrence avec une activité comparable exercée d'ores et déjà par des entreprises »⁴⁵⁶. En pratique, la notion d'entreprise a donc été appliquée non seulement à des sociétés commerciales, mais aussi à des individus lorsqu'ils exercent une activité de prestataires de services⁴⁵⁷, à des associations à but non lucratif⁴⁵⁸, à des syndicats⁴⁵⁹, ou encore à des ordres professionnels⁴⁶⁰.

Odudu a proposé trois critères permettant d'identifier l'existence d'une activité économique : l'offre de biens et de services sur un marché, la prise en charge d'un risque

⁴⁵¹ Voir E. Bernard, « « L'activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3 t. XXIII, p. 353-385, p.356-357.

⁴⁵² W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, p.77.

⁴⁵³ "The key question is therefore not just whether a given entity is generally engaged in 'economic activity', but whether the entity's specific and individual activity at issue is to be considered 'economic.'" W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, p.80. Similairement, O. Odudu, "The meaning of undertaking within Article 81 EC" *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 7, 2005, pp. 209-239, p.212.

⁴⁵⁴ CJUE, 26 mars 2009, aff. C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission*, Rec. p. I-02207, pt 69.

⁴⁵⁵ Sur la notion de concurrence hypothétique voir W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, p.81-82.

⁴⁵⁶ L. Idot, 'La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel', *Concurrences*, n° 2, 2006, p.1-13, p.2.

⁴⁵⁷ Conclusions du 28 janvier 1999, Aff. jointes C-67/96, C-115/97, C116/97, C-117/97 et C-219/97, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds*, Rec. p. I-05751, pt.214-215.

⁴⁵⁸ Comme les associations sportives, mais nous le verrons plus loin.

⁴⁵⁹ Conclusions du 28 janvier 1999, Aff. jointes C-67/96, C-115/97, C116/97, C-117/97 et C-219/97, *Albany International BV contre Stichting Bedrijfspensioenfonds*, Rec. p. I-05751, pt.218-227.

⁴⁶⁰ CJUE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, Rec. p.I-1577; Trib. UE, 26 oct. 2010, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens c. Commission*, aff. T-23/09, Rec. p.II-05291. Voir L. Idot, 'Association d'entreprise et ordre professionnel', Europe n° 12, Décembre 2010, comm. 425.

financier et la possibilité d'en tirer un profit⁴⁶¹. Il en déduit que trois types d'activité ne relèvent pas de l'offre de biens et de services: le travail, la consommation et la régulation⁴⁶². Par ailleurs, les activités de solidarité et celles visant à produire des biens publics, ne peuvent donner lieu à profit et donc être considérées comme des activités économiques⁴⁶³. Cependant, en pratique, « la notion reste largement indéterminée et se laisse difficilement appréhender par le recours à des critères matériels »⁴⁶⁴, il semble que son contenu ne puisse « être déterminé qu'au cas par cas »⁴⁶⁵. On a pu affirmer que « considérer que l'activité économique, c'est-à-dire l'activité sur le marché, est un critère d'applicabilité du droit de la concurrence, est un pléonasme »⁴⁶⁶. Ce qui aboutit à une conclusion pragmatique : « l'activité est qualifiée d'économique parce que les autorités compétentes considèrent qu'elle doit être soumise au droit de la concurrence et c'est justement cette soumission au droit de la concurrence qui contribue à consacrer l'existence d'un marché »⁴⁶⁷. Autrement dit, « [l]a démarche finaliste rendue nécessaire par l'application des règles de droit à la matière économique revient, en réalité, à se demander s'il est souhaitable ou non que le droit du marché soit appliqué à une activité donnée »⁴⁶⁸. Le juge est donc en position de trancher la question de l'existence d'une activité économique et par la même occasion, du champ d'application du droit de la concurrence, ce qui lui confère un pouvoir « politique »⁴⁶⁹ non négligeable. Le fait de ne pas reconnaître la qualité d'entreprise à une entité l'exclut bien souvent du champ d'application du droit de l'UE en général, ce qui peut expliquer « que le juge communautaire conçoive plus largement que le juge national le champ d'application du droit de la concurrence »⁴⁷⁰. L'interprétation de la notion d'entreprise est donc extrêmement large, et par conséquent le champ d'application du droit de la concurrence

⁴⁶¹ O. Odudu, "The meaning of undertaking within Article 81 EC" *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 7, 2005, pp. 209-239, p.214.

⁴⁶² Ibid, p.215-221.

⁴⁶³ Ibid, p.223-230.

⁴⁶⁴ E. Bernard, « « L'activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3 t. XXIII, p. 353-385, p.355.

⁴⁶⁵ Ibid, p.357.

⁴⁶⁶ Ibid, p.367.

⁴⁶⁷ Ibid, p.368.

⁴⁶⁸ Ibid.

⁴⁶⁹ Ibid, p.383.

⁴⁷⁰ Ibid, p.382.

tout autant⁴⁷¹. En résumé, « tout a vocation à devenir demain une « activité économique »⁴⁷².

Enfin, cet « expansionnisme »⁴⁷³ du marché et du droit de la concurrence doit être aussi mis en perspective avec la mutation que subit l'Etat. La privatisation de certaines fonctions anciennement assumées par l'administration publique, mêlée à la publicisation de certaines formes d'actions privées, a rendu de plus en plus flous les contours de l'Etat et de ses activités, et par le même coup du droit de la concurrence. L'un des enjeux juridiques pour les praticiens du droit de la concurrence a été de flexibiliser ces catégories juridiques pour refléter ces changements⁴⁷⁴. Le recours à un critère fonctionnel pour déterminer le champ d'application du droit de la concurrence reflète en quelque sorte cette mutation de la distinction public/privé⁴⁷⁵. Dès lors, cette interprétation fonctionnelle a aussi pour conséquence de fusionner en partie le champ d'application du droit de la concurrence avec celui des libertés de circulation⁴⁷⁶. Car, si l'effet horizontal des libertés de circulation les a rendues opposables à certains acteurs formellement privées⁴⁷⁷, l'interprétation fonctionnelle de la notion d'entreprise a permis l'application du droit de la concurrence à des entités publiques lorsqu'elles sont considérées comme actives sur un marché économique. Cette extension quasi-infinie du domaine de la lutte concurrentielle, a entraîné l'introduction de limites jurisprudentielles à l'expansionnisme de la notion d'entreprise.

⁴⁷¹ "As in other area of Community law, the Court has followed a functional approach which, in its origins, provided for an extremely wide interpretation of the notion of undertaking and hence for an extremely wide application of the competition rules." V. Louri, "Undertaking' as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules', *Legal Issues of Economic Integration*, Volume 29, n°2, 2002, pp.143-176, p. 172.

⁴⁷² L. Idot, 'La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel', *Concurrences*, n° 2, 2006, p.1-13, p.4.

⁴⁷³ Ibid, p.1.

⁴⁷⁴ Voir à ce propos : M. Poiaras Maduro, 'L'État-caméléon. Formes publique et privée de l'Homo Economicus', in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Pedone, 2006, p. 79-91 et E. Dubout, 'Les formes publique et privée de l'État. Essai de modélisation à l'aune du droit européen de la concurrence', *Droit Administratif*, n° 12, Décembre 2013, étude 17.

⁴⁷⁵ O. Odudu, "The meaning of undertaking within Article 81 EC" *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 7, 2005, pp. 209-239, pp.234-236.

⁴⁷⁶ J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002, p.85-88. Déjà, P. Pescatore, 'Public and Private Aspects of Community Competition Law', in *Fordham International Law Journal*, Volume 10, n°3, pp. 373-419.

⁴⁷⁷ Voir ci-dessus Chapitre 1.

ii. Les frontières de la notion d'entreprise en droit de la concurrence de l'UE

Une fois adoptée l'approche fonctionnelle, la Cour s'est trouvée confrontée à l'épineux problème de la frontière. En effet, il est difficile d'envisager une action qui ne puisse d'une manière ou d'une autre être rattachée à une activité économique. La Cour s'est ainsi vue rapidement accusée de néolibéralisme et la notion d'entreprise a pu être perçue comme le «révélateur de l'invasion du marché »⁴⁷⁸. Les juges ont donc progressivement, au cas par cas, écarté certaines activités du champ d'application du droit de la concurrence. Ce recours à la « définition négative » du champ d'application a permis de remédier en partie aux difficultés posées par la dynamique expansive de la définition fonctionnelle⁴⁷⁹.

Ainsi l' « Etat régulateur »⁴⁸⁰, lorsqu'il agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et dans l'intérêt général, ne relève pas du droit de la concurrence⁴⁸¹, même s'il le fait par l'intermédiaire d'une entité privée⁴⁸². Ainsi, cette exception peut s'étendre à des régulateurs privés lorsqu'ils sont considérés comme suffisamment publics pour

⁴⁷⁸ L. Idot, 'La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel', *Concurrences*, n° 2, 2006, p.1-13, p.2 ; Voir aussi Giubboni qui parle de la « force omnivore » inhérente à la notion d'entreprise après l'arrêt Höffner in S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution – A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, 2005, p.194.

⁴⁷⁹ E. Bernard, « « L'activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3 t. XXIII, p. 353-385, p.362 ; « Hence, it appears that the real test is not whether an economic activity is involved, but whether, from time to time, the Court considers that in accordance with Community law certain activities can be excluded from competition for legitimate reasons of public policy." W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, p.83

⁴⁸⁰ "C'est à ce stade que se crée la distinction essentielle au droit de la concurrence de l'État opérateur et de l'État régulateur, selon que sa fonction est d'agir au sein du marché en étant soumis aux règles destinées aux opérateurs (notamment au droit des ententes et des abus de position dominante, découlant des articles 101 et 102 du TFUE), ou au contraire d'agir sur le fonctionnement du marché en respectant cette fois les contraintes imposées aux régulateurs (notamment le droit des aides d'État, organisé par les articles 107 et 108 du TFUE)." E. Dubout, 'Les formes publique et privée de l'État. Essai de modélisation à l'aune du droit européen de la concurrence', *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2013, étude 17.

⁴⁸¹ CJUE, 19 janv. 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH contre Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. I-43, pt.28. Voir aussi CJUE, 26 mars 2009, aff. C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission*, Rec. p. I-02207, pt.70-72.

⁴⁸² « A cet égard, il n'importe pas que l'État agisse directement par le moyen d'un organe faisant partie de l'administration publique ou par le moyen d'une entité qu'il a investie de droits spéciaux ou exclusifs. » CJUE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl contre Servizi ecologici porto di Genova SpA*, aff. C-343/95, Rec. I-1547, pt.17.

échapper au droit de la concurrence⁴⁸³. A cet égard, les juges ont recours au principe de dissociation, c'est-à-dire qu'ils raisonnent activité par activité, et « chaque activité doit être appréciée au regard de la mission d'intérêt général de l'entité poursuivie »⁴⁸⁴. Dans son arrêt *Wouters*, la Cour a rejeté le fait qu'un ordre des avocats adoptant un règlement exerce *per se* une prérogative de puissance publique⁴⁸⁵. En effet, « [n]on seulement, il n'est composé que de membres de la profession, mais de plus, il n'est pas astreint au respect de critères d'intérêt public »⁴⁸⁶. En revanche, « lorsqu'il octroie des pouvoirs normatifs à une association professionnelle, un État membre veille à définir les critères d'intérêt général et les principes essentiels auxquels la réglementation ordinaire doit se conformer ainsi qu'à conserver son pouvoir de décision en dernier ressort. Dans ce cas, les normes qui sont arrêtées par l'association professionnelle conservent un caractère étatique et échappent aux règles du traité applicables aux entreprises »⁴⁸⁷.

De même, là où le juge considère qu'une fonction exclusivement sociale est en jeu il écarte la qualification d'activité économique⁴⁸⁸. Dans cette optique il s'attache à identifier deux critères bien précis : « la mise en œuvre du principe de solidarité et le contrôle de l'État »⁴⁸⁹. Ainsi, le degré de solidarité est important pour déterminer si une activité échappe au droit de la concurrence. In fine, il s'agit de vérifier si l'Etat, ou tout autre acteur, est cohérent dans la poursuite de cette objectif⁴⁹⁰. Mais, on a pu aussi plus simplement affirmer que « ce critère est, en fait, éminemment politique »⁴⁹¹.

⁴⁸³ Dans ce sens voir H. Schepel, 'Delegation of regulatory powers to private parties under EC Competition Law : Towards a procedural public interest test', *Common Market Law Review*, Volume 39, n°1, 2002 pp.31-51.

⁴⁸⁴ L. Idot, 'Champ d'application des règles', *Europe* n° 5, Mai 2009, comm. 198.

⁴⁸⁵ CJUE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, Rec. p.I-1577, pt.61-63.

⁴⁸⁶ L. Idot, 'Avocats et droit de la concurrence: La rencontre a eu lieu...', *Europe* n° 5, Mai 2002, chron. 6.

⁴⁸⁷ CJUE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, Rec. p.I-1577, pt.68.

⁴⁸⁸ CJUE, 17 janvier 1993, *Christian Poucet c. Assurances générales de France*, aff. C-159 et C-169/91, Rec. p.I-637 ; CJUE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband et al*, aff. C-264/01, Rec. p.I-2493 ; CJUE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau*, aff. C-350/07, Rec. p.I-1513 ; CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance c. Beaudout*, aff. C-437/09, Rec. p.I-973.

⁴⁸⁹ L. Idot, 'Champ d'application des règles', *Europe* n° 5, Mai 2009, comm. 198.

⁴⁹⁰ M. Poiars Maduro, 'L'État-caméléon. Formes publique et privée de l'Homo Economicus', in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris : Pedone, 2006, p. 79-91.

⁴⁹¹ L. Idot, 'La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel', *Concurrences*, n° 2, 2006, p.1-13, p.2.

En résumé, on peut dire que, « [l']exclusion est donc limitée à ce qui est nécessaire, la soumission à l'ordre concurrentiel demeurant le principe »⁴⁹², car « l'on recherche à tout prix l'efficacité du contrôle »⁴⁹³. L'approche fonctionnelle garantit qu'aucune institution n'est exclue *a priori* du champ d'application du droit de la concurrence⁴⁹⁴. En fin de compte tout cela est une « affaire de positionnement du curseur »⁴⁹⁵, il s'agit donc d'étudier où la Cour a placé ce curseur dans le contexte de la *lex sportiva*.

b. Les notions d'entreprise et d'association d'entreprise appliquées à la *lex sportiva*

La *lex sportiva* pour être saisie par le droit de la concurrence doit être rattachée juridiquement à une entreprise ou une association d'entreprises. Or, les organisations sportives ont toujours refusé d'être assimilées à des entreprises (ou à des associations d'entreprises) (i). Néanmoins, cela n'a jamais empêché la Commission, les avocats généraux, le Tribunal ou la Cour de justice de considérer qu'elles pouvaient être qualifiées d'entreprises (ii) ou d'associations d'entreprises (iii). Cependant, il ne peut être totalement exclu que certains organes de la *lex sportiva* échappent à cette qualification (iv).

i. **Ceci n'est pas une « entreprise »**

La question de l'activité sportive échappant en tant que telle au droit de l'UE a été discutée au premier chapitre⁴⁹⁶. La Cour dans son arrêt *Meca-Medina* a refusé étendre la portée au droit de la concurrence⁴⁹⁷. Les organisations sportives ne peuvent donc s'appuyer sur le caractère prétendument purement sportif des règlements qu'elles adoptent pour écarter *a priori* l'applicabilité du droit de l'UE. Dès lors, il s'agit de

⁴⁹² Ibid.

⁴⁹³ Ibid, p.5.

⁴⁹⁴ "It can easily be seen that such a 'liberal' notion is in danger of losing – at least if applied rigorously in all its logical consequences – any really selective value as regards entities potentially falling within the scope of the rules on competition." S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution – A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, 2005, p.196

⁴⁹⁵ L. Idot, 'Champ d'application des règles', Europe n° 5, Mai 2009, comm. 198.

⁴⁹⁶ Voir ci-dessus.

⁴⁹⁷ Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291.

déterminer, au cas par cas, si les organisations sportives sont des entreprises ou des associations d'entreprises. Or, les organisations sportives et leurs représentants ont souvent, de manière plus ou moins subtile, argué du fait que les organisations sportives n'étaient pas des entreprises au sens du droit de l'UE.

Ainsi, dans l'arrêt *Deliège*, la fédération belge concernée soutenait « que les fédérations ou les associations de judo ne peuvent être qualifiées d'entreprises ou d'associations d'entreprises, car leur objectif ne réside pas dans la poursuite d'intérêts économiques, mais dans la promotion d'idéaux sociaux et culturels, comme la noble émulation et le développement du sport »⁴⁹⁸. De plus, le fait que la qualité d'entreprise soit reconnue à Mlle Deliège « ne suffirait pas à qualifier les fédérations d'associations d'entreprises, dans la mesure où les sportifs ne sont pas rattachés à ces fédérations en tant que prestataires de services publicitaires, mais en raison de leur qualité de sportifs »⁴⁹⁹. Avant de conclure que « dès lors que les fédérations de judo n'ont pas d'objectifs commerciaux ou économiques, elles ne peuvent être considérées comme des entreprises ou associations d'entreprises, même si certains judokas peuvent être qualifiés d'entreprise »⁵⁰⁰. Dans l'affaire *Lehtonen*, c'est la fédération Belge de Basketball et la ligue belge qui considéraient que « les fédérations ne seraient pas des associations d'entreprises »⁵⁰¹. Enfin, dans l'affaire *Piau* il est précisé que « la FIFA soutient que le règlement modifié ne peut être qualifié de décision d'association d'entreprises dès lors que les clubs professionnels, qui peuvent être considérés comme des entreprises, ne constituent qu'une minorité des membres des associations nationales, lesquelles constituent les membres de l'organisation internationale »⁵⁰², par conséquent « [l]es règlements adoptés par la FIFA ne seraient donc pas l'expression de la volonté des clubs professionnels »⁵⁰³. Par ailleurs, en ce qui concerne la question de la position dominante, la FIFA « rappelle qu'elle n'est pas une association d'entreprises et fait valoir que, dans

⁴⁹⁸Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.93.

⁴⁹⁹ Ibid.

⁵⁰⁰ Ibid.

⁵⁰¹ Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.97.

⁵⁰² Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209, pt.65.

⁵⁰³ Ibid.

l'exercice de son pouvoir réglementaire, ici en cause, elle n'exerce pas d'activités économiques »⁵⁰⁴.

Dans leur bataille contre la qualification d'entreprise, les organisations sportives ont trouvé quelques soutiens (parfois intéressés) en doctrine. Notamment, après la décision de la Cour dans l'arrêt *Meca-Medina*, plusieurs voix⁵⁰⁵ se sont élevées pour dénoncer le « manque de rigueur analytique »⁵⁰⁶ de la Cour. La question peut être posée dans les termes suivants : « [...] si le CIO et les fédérations peuvent être des entreprises lorsqu'elles gèrent par exemple la cession des droits de transmission, le sont-elles encore lorsqu'elles adoptent des réglementations pour lutter contre le dopage ? »⁵⁰⁷ L'argument principal avancé par les avocats des organisations sportives est « qu'une entité pourra être considérée comme une entreprise dans l'exercice de certaines de ses fonctions, et non dans d'autres »⁵⁰⁸. Dès lors, « le CIO ne devrait pas être considéré comme une entreprise ou une association d'entreprises lorsqu'il édicte une réglementation sportive telle que des dispositions antidopage »⁵⁰⁹. En effet, « [n]e devrait-on pas plutôt considérer que, lorsqu'elle édicte une réglementation technique telle que des dispositions antidopage, une fédération sportive n'agit plus comme une entreprise ou un service d'intérêt économique général, mais comme un organisme investi d'une mission de police spéciale excluant, à ce titre, l'application des règles communautaires de la concurrence à son égard ? »⁵¹⁰. Différents auteurs essayent, de manière comparable, de défendre une analogie entre l'activité régulatrice des

⁵⁰⁴ Ibid, pt.67.

⁵⁰⁵J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237; R. Subiotto, 'The adoption and enforcement of anti-doping rules should not be subject to European competition law', *European Competition Law Review*, Volume 31, n°8, 2010, pp.323-330; L. Idot, 'Contrôle des réglementations sportives', *Europe*, N°10, octobre 2006, comm. 290; C. Miège, 'Contrôle d'une réglementation anti-dopage au regard des règles communautaires de concurrence', *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°48, 29 Novembre 2006, II 10194.

⁵⁰⁶« A lack of analytical rigour on the part of the competition authorities and the courts has resulted in the over-broad application of European competition law in areas that lie outside its legitimate and intended scope." R R. Subiotto, "The adoption and enforcement of anti-doping rules should not be subject to European competition law", *European Competition Law Review*, Volume 31, n°8, 2010, pp.323-330, p.323.

⁵⁰⁷L. Idot, 'Contrôle des réglementations sportives', *Europe*, N°10, octobre 2006, comm. 290.

⁵⁰⁸J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237, p.225.

⁵⁰⁹Ibid.

⁵¹⁰Ibid. Plus généralement sur l'idée d'assimiler la FIFA à un « service public international » voir F. Latty, 'La gestion internationale du football, un service public international ?' in M. Touzeil-Divina et M. Maisonneuve (dir.), *Droit(s) du football*, Lextenso, 2014, pp.21-26.

organisations sportives et l'exercice d'une prérogative de puissance publique, exclue du champ d'application du droit de la concurrence⁵¹¹. Ainsi, on a pu conclure, qu' « [a]ucun élément ne permettant, en l'espèce, de déceler une différence entre la réglementation adoptée par le CIO et une décision prise par une entité détentrice de la puissance publique, il n'y avait donc pas lieu pour la Cour de soumettre la réglementation antidopage aux règles de concurrence du traité »⁵¹² ou que « les règles antidopage semblent bel et bien considérées comme un acte administratif pris par une personne privée »⁵¹³. Ces arguments, plus ou moins sophistiqués, opposés à la qualification des organisations sportives en tant qu'entreprises n'ont pas convaincu la Cour. Lorsqu'ils ont été confrontés à la question, la Commission, les avocats généraux et la Cour ont constamment qualifié les organisations productrices de la *lex sportiva* d'entreprises ou d'associations d'entreprises.

ii. Les organisations de la *lex sportiva* : des entreprises (ou associations d'entreprises) au sens de l'article 101 et 102 TFUE

Depuis une décision rendue au début des années 90 par la Commission européenne, dans une affaire concernant l'organisation de la Coupe du Monde de football en Italie, les organisations sportives ont presque toujours été qualifiées d'entreprises ou d'associations d'entreprises par les institutions de l'UE.

La position de la Cour ayant été particulièrement tardive en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence au sport, ce sont la Commission européenne et les avocats généraux qui ont été confrontés en premiers à la question de la qualité d'entreprise des organisations sportives. Dans sa première décision en droit de la concurrence concernant un événement sportif⁵¹⁴, la Commission avait affirmé, en

⁵¹¹ C-M. Alves, 'Une réglementation antidopage peut-elle être contestée au regard des dispositions sur la libre prestation de services ?', *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 38, 21 Septembre 2005, II 10124 et R. Subiotto, 'The adoption and enforcement of anti-doping rules should not be subject to European competition law', *European Competition Law Review*, Volume 31, n°8, 2010, pp.323-330, p.323.

⁵¹² J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237, p.226.

⁵¹³ C-M. Alves, 'Une réglementation antidopage peut-elle être contestée au regard des dispositions sur la libre prestation de services ?', *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 38, 21 Septembre 2005, II 10124.

⁵¹⁴ Décision de la Commission du 27 octobre 1992, *Distribution des forfaits touristiques lors de la Coupe du monde de football 1990*, publiée au JO L 326 du 12.11.1992, p. 31-42.

s'appuyant sur le tout récent arrêt *Höfner*, que la FIFA exerce « des activités de nature économique, notamment en ce qui concerne : — la conclusion de contrats relatifs à la publicité, — l'exploitation commerciale des emblèmes de la Coupe du monde, — la conclusion des contrats relatifs aux droits de retransmission avec les télévisions »⁵¹⁵ et que, par conséquent, « la FIFA est une entité exerçant des activités de nature économique et constitue une entreprise au sens de l'article [101] du traité »⁵¹⁶. Ceci étant valable aussi pour la fédération italienne de football et le Comité d'organisation de la Coupe du Monde. Cependant, les contrats en cause étaient des contrats commerciaux et non pas des règles de la *lex sportiva*. Le doute était permis quant à la qualification des organisations sportives dans le cadre d'un litige impliquant directement leurs activités réglementaires.

L'avocat général Lenz s'appuie indirectement sur cette décision pour affirmer dans ses conclusions sous l'arrêt *Bosman* qu' « on ne saurait sérieusement contester que les clubs professionnels exercent une activité économique »⁵¹⁷, et en déduit qu' « [i]l ne fait pas plus de doute que les différentes associations de football doivent être considérées comme étant des associations d'entreprises au sens de l'article 85 »⁵¹⁸. Tandis que, « des associations d'entreprises peuvent elles aussi être considérées comme étant des « entreprises » au sens précité dans la mesure où elles ont elles-mêmes des activités économiques »⁵¹⁹. Les avocats généraux des affaires *Deliège* et *Lehtonen* abondent dans ce sens. En effet, dans l'affaire *Deliège*, l'avocat général affirme sans ambiguïté croire « que tout judoka appartenant à la catégorie des « sportifs non-amateurs de haut niveau » [...] doit être considéré comme une entreprise au sens de l'article 85 du traité CE »⁵²⁰, tout en précisant que « les fédérations nationales et l'UEJ peuvent être considérées elles-mêmes comme des entreprises, au sens ci-dessus, en tant qu'elles développent une activité économique autonome, indépendamment du point de savoir si le gain en est la finalité directe »⁵²¹. L'avocat général Alber dans l'affaire *Lehtonen* observe qu'« on peut

⁵¹⁵ Ibid, pt.47.

⁵¹⁶ Ibid, pt.49.

⁵¹⁷ Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.254.

⁵¹⁸ Ibid, pt.256.

⁵¹⁹ Ibid.

⁵²⁰ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt 104.

⁵²¹ Ibid.

considérer [...] que les clubs professionnels organisent des manifestations sportives payantes pour les spectateurs, commercialisent des droits de diffusion télévisuelle et tirent des recettes de la publicité», ils « exercent donc bien une activité économique »⁵²². Par ailleurs, « puisque la FRBSB est constituée au minimum de clubs ayant une activité économique, elle doit être considérée en tout état de cause comme une association d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE », tandis que la « Fiba agit par conséquent en tant que fédération d'associations d'entreprises » et que les « règlements de la FRBSB et de la Fiba sont par conséquent des décisions d'associations d'entreprises »⁵²³.

La Commission dans un certain nombre de décisions, qu'elle a rendues au tournant des années 2000, considère que l'UEFA constitue soit une association d'associations d'entreprises, soit une entreprise lorsqu'elle est elle-même active économiquement⁵²⁴, que la FIFA « est une association d'associations d'entreprises car elle regroupe sur le plan mondial les associations nationales qui, à leur tour, regroupent les clubs qui sont des entreprises »⁵²⁵, que le CIO peut être qualifié d'entreprise « dans la mesure où il organise les Jeux olympiques et exploite une série de droits qui en découlent » et qu'« au sein du mouvement olympique, le CIO semble pouvoir être qualifié comme une association d'associations internationales et nationales d'entreprises »⁵²⁶. Enfin, plus récemment la Commission a considéré que « l'ATP peut être qualifiée d'entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence »⁵²⁷, en particulier, « [l]es activités de l'ATP liées au marketing et à l'organisation de l'ATP Tour, avec l'assistance des organisateurs des tournois individuels qui font partie de l'ATP Tour, et pour lequel elle a adopté et fait appliquer des règles antidopage, peuvent donc être considérées comme des activités économiques »⁵²⁸.

⁵²²Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.102.

⁵²³ Ibid, pt.103.

⁵²⁴Décision de rejet de la Commission du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, Aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf) pt.25.

⁵²⁵ Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, *SETCA et FGFB/FIFA*, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.30.

⁵²⁶ Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./ CIO*, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.37.

⁵²⁷ Ibid, pt.25.

⁵²⁸ Ibid, pt.26.

Le Tribunal et la Cour ont aussi eu l'occasion de se prononcer sur la question dans les arrêts *Piau* et *Motoe*. Dans l'affaire *Piau*, la Commission avait semble-t-il oublié de qualifier la FIFA d'entreprise ou d'association d'entreprises dans sa décision, une erreur qu'elle s'est empressée de corriger à l'audience en confirmant au Tribunal « que, selon elle, la FIFA constituait une association d'entreprises et le règlement litigieux une décision d'association d'entreprises »⁵²⁹. Le Tribunal considère qu' « il est constant que la FIFA a pour membres des associations nationales qui regroupent des clubs pour lesquels la pratique du football constitue une activité économique » et que « [c]es clubs de football sont, par conséquent, des entreprises au sens de l'article 81 CE et les associations nationales qui les rassemblent des associations d'entreprises au sens de la même disposition »⁵³⁰. Tandis que, « [l]a circonstance que les associations nationales regroupent des clubs dits amateurs à côté des clubs dits professionnels n'est pas susceptible de remettre en cause cette appréciation »⁵³¹. Par ailleurs, « les associations nationales, qui, selon les statuts de la FIFA, sont tenues de participer aux compétitions organisées par elle, doivent lui reverser un pourcentage de la recette brute de chaque match international et sont reconnues, par les mêmes statuts, avec la FIFA, comme propriétaires des droits exclusifs de diffusion et de transmission des manifestations sportives concernées, exercent également à ce titre une activité économique », la Cour en déduit qu' « [e]lles constituent par conséquent aussi des entreprises au sens de l'article 81 CE »⁵³² et que, par conséquent, « la FIFA, association regroupant les associations nationales, constitue également une association d'entreprises »⁵³³.

L'affaire *Motoe* a donné lieu à des conclusions très détaillées de l'avocate générale Kokott⁵³⁴, notamment sur la question de la qualification d'entreprise de l'organisation en cause. Il s'agissait en l'espèce de l'association hellénique de sport automobile (ELPA) et la Cour grecque souhaitait savoir si cette association à but non lucratif relevait du champ d'application de l'article 102 du TFUE. L'avocate générale considéra qu'ELPA « fournit deux catégories de prestations de services: d'une part, elle *organise* des courses

⁵²⁹ Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209, pt.68.

⁵³⁰ Ibid, pt.69.

⁵³¹ Ibid, pt.70.

⁵³² Ibid, pt.71.

⁵³³ Ibid, pt.72.

⁵³⁴ A. Vermeersch, 'Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 July 2008, not yet reported', *Common Market Law Review*, Volume 46, n°4, 2009, pp.1327-1341; L. Idot, 'Application des règles à l'organisation de compétitions sportives', Europe n° 8, Août 2008, comm. 276.

motocyclistes en Grèce » et « [d]’autre part, d’après les indications de la juridiction de renvoi, elle *commercialise* ces courses en concluant des contrats de parrainage, de publicité et d’assurance ou, en tout cas, en servant d’intermédiaire dans la conclusion de tels contrats »⁵³⁵. Or, « [c]es deux types d’activité - l’organisation et la commercialisation de courses motocyclistes - ont chacune un marché »⁵³⁶. De plus, « le fait que l’ELPA est une entreprise n’est pas contredit par la circonstance que les services qu’elle fournit ont un rapport avec le sport, qu’elle est une association à but non lucratif et qu’elle participe à la procédure administrative d’autorisation des courses motocyclistes »⁵³⁷. En effet, « [l]a circonstance que les prestations de services en question ont un rapport avec le sport ne fait en rien obstacle à ce qu’elles soient qualifiées d’activité économique relevant des règles de concurrence du traité »⁵³⁸ et « l’organisateur d’une manifestation sportive peut exercer une activité économique, peu important que les participants pratiquent le sport en question à titre professionnel ou en amateur, c’est-à-dire comme une activité économique ou non »⁵³⁹. Dès lors, si « les participants, ou en tout cas les spectateurs, doivent verser une contribution pécuniaire, l’organisation de manifestations sportives constitue une activité économique » et « si une manifestation sportive conduit à la conclusion de contrats de parrainage, de publicité et d’assurance, cette forme de commercialisation de la manifestation est également une activité économique »⁵⁴⁰. Par ailleurs, comme le veut la jurisprudence de la Cour discutée ci-dessus, l’avocate générale rappelle que l’absence de but lucratif ne s’oppose nullement à la qualification d’entreprise⁵⁴¹. En revanche, il est aussi fait référence au fait qu’un organisme « ne peut être qualifié d’entreprise lorsque son activité a un caractère exclusivement social ou d’intérêt général et qu’elle n’est pas exercée sur un marché en concurrence avec d’autres opérateurs »⁵⁴². Cependant, cette exception ne peut s’appliquer en l’espèce car « lorsque l’organisme en question commence à commercialiser les prestations qu’il offre, il quitte le domaine de l’activité exclusivement sociale ou sans but lucratif; même s’il continue de poursuivre un objectif d’intérêt

⁵³⁵ Conclusions du 6 mars 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. I-4863, pt.33.

⁵³⁶ L’avocat général élabore sur les deux marchés en causes au point 34 de ses conclusions.

⁵³⁷ Ibid, pt.37.

⁵³⁸ Ibid, pt.38.

⁵³⁹ Ibid, pt.39.

⁵⁴⁰ Ibid, pt.40.

⁵⁴¹ Ibid, pt.41-42.

⁵⁴² Ibid, pt.43.

général - dans le cas de l'ELPA, il s'agit de la promotion du sport – en agissant sans visée de lucre, cela ne suffit plus pour lui dénier la qualité d'entreprise au sens du droit de la concurrence »⁵⁴³. De plus, l'activité de l'ELPA n'est pas, à la différence des organismes chargés de la gestion des régimes légaux de sécurité sociale auxquels la Cour a dénié la qualité d'entreprise, soumise à une réglementation étatique imposant certaines obligations de solidarité⁵⁴⁴. En bref, « une association comme l'ELPA, qui *commercialise* ses prestations dans le domaine du sport motocycliste, doit être considérée comme une entreprise en dépit de son absence de but lucratif »⁵⁴⁵. Enfin, l'avocate générale reconnaît que l'ELPA est amenée en vertu du code de la route grec qui lui confère le droit de participer aux décisions administratives autorisant les courses motocyclistes, à exercer des prérogatives de puissance publique⁵⁴⁶. Cependant, « la qualification d'activité de puissance publique ou d'activité économique doit être attribuée séparément pour chaque activité d'une entité donnée, qui pourra donc exercer à la fois des prérogatives de puissance publique et une activité économique »⁵⁴⁷. Or, « [t]el est justement le cas pour l'ELPA, qui, d'une part, participe au processus de décision en vue d'autoriser les courses motocyclistes et qui, d'autre part, organise et commercialise elle-même des courses de ce genre », par conséquent, « [m]ême si la participation à l'adoption de la décision d'autorisation ressortit à l'exercice d'une prérogative de puissance publique, il reste que cette association est par ailleurs une entreprise, en tant qu'elle organise et commercialise elle-même des courses motocyclistes »⁵⁴⁸. Dans son arrêt la Cour va se rallier à ce raisonnement et conclure qu'« une personne morale telle que l'ELPA doit être considérée comme une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence »⁵⁴⁹. L'arrêt confirme ainsi « des solutions connues depuis longtemps », mais, « en raison de la résistance du secteur concerné », il « fait preuve de pédagogie »⁵⁵⁰.

⁵⁴³ Ibid, pt.44.

⁵⁴⁴ Ibid, pt.47.

⁵⁴⁵ Ibid, pt.46.

⁵⁴⁶ Ibid, pt.48.

⁵⁴⁷ Ibid, pt.49.

⁵⁴⁸ Ibid, pt.50.

⁵⁴⁹ CJUE, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. p.I-04863, pt.29.

⁵⁵⁰ L. Idot, 'Application des règles à l'organisation de compétitions sportives', Europe n° 8, Août 2008, comm. 276.

Il est donc extrêmement rare qu'une organisation sportive ne soit pas considérée comme une entreprise ou une association d'entreprises au sens du droit de l'UE. Ce n'est pas à ce stade du raisonnement juridique que les règles de la *lex sportiva* peuvent espérer échapper au contrôle exercé au nom du droit de la concurrence. En effet, étant donné que les clubs sont généralement considérés comme des entreprises et les sportifs souvent assimilés à des prestataires de service⁵⁵¹, et donc à des entreprises, toute association sportive regroupant les uns où les autres parmi ses affiliés est susceptible d'être considérée dans le cadre de l'application du droit de la concurrence (et plus particulièrement de l'article 101 par.1 TFUE) comme une association d'entreprises⁵⁵². De plus, même quand les associations sportives exercent des prérogatives de puissance publique, comme dans l'affaire *Motoe*, cela n'exclut pas que celles-ci puissent être considérées comme des entreprises pour certaines de leurs activités et que leur activité réglementaire puisse venir en soutien de leurs activités commerciales. Ainsi, l'un des résultats de l'arrêt *Höfner* et de son interprétation fonctionnelle, attrape-tout, de la notion d'entreprise a été la saisie d'organisme à but non lucratif par le droit de la concurrence⁵⁵³. Il est, dès lors, peu probable que les organes de la *lex sportiva* puissent échapper un jour au droit de la concurrence, même si récemment certaines orientations en ce sens ont pu être relevées.

⁵⁵¹ Un statut d'entreprise qui pourrait aussi s'étendre aux footballeurs : J.P. Van den Brink, 'EC competition law and the regulation of football: Part 2', *European Competition Law Review*, Volume 21, n°9, 2000, pp.420-427, p.425.

⁵⁵² Voir aussi récemment dans un contexte national : J. Lindholm, 'The impact of SBF v KKV on sport: Swedish fender-bender or European pileup?', *European Competition Law Review*, Volume 34, n°7, 2013, pp.367-372, pp.368-369.

⁵⁵³ En ce sens voir « In *Höfner* the policy of the Court was to cast as wide as possible the reach of Articles 81 and 82 EC. Interestingly, the reference to entities 'regardless of their legal status' would, unintentionally, appear to open the door to allow for the application of EC competition rules to, *inter alia*, single regulatory sporting bodies such as the FIA or UEFA who regulate, at a European level, their constituent national sporting bodies. This is of interest because such regulatory bodies would not traditionally have been considered as comparable to, for example, a multi-national company with subsidiaries or branches in the Member States." A. Cygan, 'Are All Sports Special? Legal Issues in the Regulation of Formula One Motor Racing', *European Business Law Review*, Volume 18, n°6, 2007, pp.1327-1352, p.1335.

iii. Les organisations de la *lex sportiva* exclues du champ d'application du droit de la concurrence de l'UE

Dans une affaire récente concernant un joueur de tennis⁵⁵⁴, la Commission européenne a eu à se prononcer sur la qualité d'entreprise du CIAS (en charge de la gestion du TAS) et de l'AMA, deux institutions fondamentales et nouvelles dans le système de la *lex sportiva*⁵⁵⁵. Or, elle a considéré que « ni l'AMA ni le CIAS n'organisent de compétitions sportives générant des activités économiques et elles n'exploitent pas non plus les droits liés à celles-ci »⁵⁵⁶. Par ailleurs, « [l]'activité du CIAS consiste notamment à surveiller l'administration et le financement du TAS qui, lui, résout les litiges en matière disciplinaire dans le cadre des sports olympiques », le rôle du TAS étant « comparable à celui d'un tribunal »⁵⁵⁷. Celui-ci « rend des décisions arbitrales qui ont généralement la même force que des jugements de juridictions de droit commun »⁵⁵⁸. Dès lors, elle conclut que « [l]'exercice de ces activités de jugement, ainsi que l'administration et le financement de ces activités par le CIAS, ne peuvent être considérés comme constituant une activité économique »⁵⁵⁹. Concernant l'AMA, la Commission considère que ses activités consistent « à adopter des règles antidopage, à en assurer la supervision et à combattre le dopage à l'échelle mondiale », elle s'apparente donc « à celles d'un législateur et d'une autorité de surveillance (de « police du sport ») » et il est donc « peu probable qu'elles puissent être considérées comme des activités économiques »⁵⁶⁰. La Commission en déduit qu' « il semble difficile de qualifier le CIAS (ou le TAS) ou l'AMA d'entreprises ou d'associations d'entreprises au sens des articles [101] et/ou [102] du [TFUE] »⁵⁶¹. Par ailleurs, le plaignant avait aussi prétendu que l'AMA, l'ATP et le CIAS constituait une association d'entreprise, voire une seule entreprise. Mais, la Commission

⁵⁵⁴ Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf).

⁵⁵⁵ Voir ci-dessous Partie 2, Titre 2, chapitre 1 et 2.

⁵⁵⁶ Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf), pt.23.

⁵⁵⁷ Ibid.

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ Ibid.

⁵⁶⁰ Ibid.

⁵⁶¹ Ibid.

écarter cette possibilité au vu du manque de preuves « sur des liens économiques et/ou juridiques quelconques entre l'AMA, l'ATP et le CIAS »⁵⁶². Il y a donc aux yeux de la Commission « de sérieux doutes sur le caractère d'entreprises du CIAS (ou du TAS) et de l'AMA »⁵⁶³.

Cette position n'est certes pas nécessairement celle de la Cour, mais elle est révélatrice de l'efficacité de la mue institutionnelle entamée par les organes de la *lex sportiva* avec le recours systématique au TAS et la création de l'AMA. Il apparaît que cette stratégie d'adaptation, visant en partie à préserver une autonomie plus grande à la *lex sportiva* face au droit de l'UE commence à porter ses fruits. Cependant, il est à nos yeux douteux qu'un tribunal arbitral puisse être assimilé à un tribunal étatique et que les arbitres (ainsi que l'administration du tribunal) qui sont rémunérés pour leurs services n'exercent pas d'activité économique. A suivre donc...

II. Le caractère potentiellement anticoncurrentiel des règles de la *lex sportiva*

Une fois ouvert le champ d'application du droit de la concurrence par la qualification d'entreprise ou d'association d'entreprises, il reste à évaluer si l'application des règles de la *lex sportiva* remplit les conditions posées à l'article 101 (a.) et à l'article 102 (b.) TFUE. Il ne s'agit pas d'étudier en détails les différentes conditions posées par ces articles, mais d'offrir une analyse spécifique de leur application à la *lex sportiva*.

a. La *Lex Sportiva* face à l'Article 101 TFUE

i. La *Lex sportiva* en tant que décision d'association ou accord d'entreprises

Pour que le droit de la concurrence trouve à s'appliquer il faut tout d'abord qu'il y ait une décision d'association d'entreprises ou un accord (ou une pratique concertée) entre

⁵⁶² Ibid, pt.24.

⁵⁶³ Ibid, pt.26.

plusieurs entreprises. Cette condition peut être sujette à débat interprétatif et la qualification d'une action ne va pas nécessairement de soi⁵⁶⁴. Le problème juridique se pose notamment lorsque la collusion est implicite ou inavouée. Le fait que cette étape conditionne l'application de l'article 101 TFUE peut expliquer que la Cour ait adopté une conception large de la notion d'accord entre entreprises ou de décision d'association d'entreprises⁵⁶⁵. Cela se vérifie dans l'application du droit de la concurrence à la *lex sportiva*.

En effet, les institutions de l'UE, à commencer par l'avocat général Lenz dans ses conclusions sous l'arrêt *Bosman*, ont toujours reconnu facilement l'existence d'une décision ou d'un accord, voire simplement ignoré cette étape du raisonnement juridique. Pour l'avocat général Lenz « tout porte à croire qu'il s'agit en l'espèce de décisions d'associations d'entreprises », même si l'URBSFA (fédération belge) paraît estimer « qu'il s'agit plutôt d'accords intervenus entre les clubs »⁵⁶⁶. Dans l'arrêt *Piau*, le Tribunal est plus prolixe, il précise que « le règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs a été adopté par la FIFA de sa propre autorité »⁵⁶⁷ et qu'il est « 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 [donc] 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 »⁵⁶⁸. Il conclut qu'il « constitue par conséquent une décision d'association d'entreprises au sens de l'article [101], paragraphe 1, [TFUE], qui est soumise au respect des règles communautaires de concurrence dès lors qu'une telle décision a des effets dans la Communauté »⁵⁶⁹.

La Commission a reconnu que les règles de l'UEFA relatives à la protection de l'intégrité de ses compétitions adoptées par le comité exécutif constituaient une décision prise par

⁵⁶⁴ Sur les frontières juridiques de cette notion voir O. O. Odudu, *The boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006, pp.57-96.

⁵⁶⁵ "The collusive terms should be seen as serving a jurisdictional function; this makes it possible to understand and tolerate the broad reach." Ibid, p.96

⁵⁶⁶ Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.258.

⁵⁶⁷ Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209,, pt.74.

⁵⁶⁸ Ibid, pt.75.

⁵⁶⁹ Ibid.

une association d'associations d'entreprises au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE⁵⁷⁰. Tandis que, concernant la FIFA, elle a jugé qu'une circulaire émise par la FIFA « est une décision d'association d'associations d'entreprises »⁵⁷¹. En revanche, dans l'affaire *Meca-Medina*, elle a refusé de reconnaître l'existence d'une pratique concertée entre le CIO, la FINA et le TAS⁵⁷². La particularité de l'affaire *Meca-Medina* étant que l'existence d'une pratique concertée (que ce soit une décision d'association d'entreprises ou une entente) n'a plus jamais été discutée ni par le Tribunal, ni par la Cour.

Dans l'ensemble, il est semble difficile qu'une action échoue à ce stade du contrôle en ce qui concerne la *lex sportiva*. Les différents acteurs européens de la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE se sont montrés aisément disposés à admettre l'existence d'une pratique concertée, et plus particulièrement d'une décision d'association d'entreprises, concernant les règles de la *lex sportiva*.

ii. L'effet sur les échanges entre les Etats membres

Ensuite, la deuxième condition d'application du droit de la concurrence, partagée par les articles 101 et 102 TFUE, prévoit que l'accord ou la décision en cause doit avoir un effet sur les échanges entre Etats membres. Selon la formule classique, « un accord doit, sur la base d'éléments objectifs de droit ou de fait permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il peut exercer une influence, direct ou indirect, actuelle ou potentielle, sur le courant d'échanges entre Etats membres permettant de faire craindre qu'elle puisse entraver la réalisation d'un marché unique entre Etats membres »⁵⁷³. Cette condition est aussi interprétée très largement de façon à capturer un maximum de faits potentiels⁵⁷⁴. Elle a donné lieu à très peu de réflexion de la part des institutions

⁵⁷⁰ Décision de rejet de la Commission du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, Aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf) pt.26.

⁵⁷¹ Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, *SETCA et FGFB/FIFA*, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.31.

⁵⁷² Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./ CIO*, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.56.

⁵⁷³ CJUE, 30 juin 1966, *Société Technique Minière c. Maschinenbau*, aff.56/65, Rec. p.337. Voir aussi, CJUE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission*, aff. 56 et 58/64, Rec. p.429.

⁵⁷⁴ D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 1002. Voir aussi Commission européenne, *Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité*, publiées au JO C 101 du 27 avril 2004, p.81-96.

européennes dans le cadre de l'application du droit de la concurrence à la *lex sportiva*. Ainsi, la Commission européenne l'a en général tout bonnement ignorée. Tandis que, la Cour et le Tribunal n'en ont pas fait la mention dans la saga Meca-Medina. En revanche, les avocats généraux n'ont pas omis d'appliquer ce critère dans leurs conclusions.

En effet, l'avocat général Lenz dans ses conclusions sous l'arrêt *Bosman* considérait que « [l]es règles de transfert déploient [...] dans une large mesure leurs effets sur les échanges économiques entre États membres » et qu'en l'espèce « il suffit que le commerce entre États membres soit potentiellement affecté de manière sensible », ce qui « est certainement le cas »⁵⁷⁵. Aux objections de l'UEFA, qui avançait que les transferts de joueurs ne concernaient pas le commerce et qu'un tout petit nombre de transferts se faisaient à l'étranger, il rétorquait « [o]n ne comprendrait pas pourquoi ces clauses ont été instaurées et pour quelle raison elles sont âprement défendues dans la présente procédure si elles ne devaient effectivement avoir aucun effet appréciable sur le commerce entre États membres »⁵⁷⁶. L'avocat général Cosmas était lui plus circonspect face à l'effet sur les échanges de la règle de sélection en cause dans l'affaire *Deliège*. En effet, il se demandait « [j]usqu'à quel point les données propres au marché du spectacle et à celui des services publicitaires, marchés qui se rattachent aux tournois internationaux de judo, se trouvent-elles modifiées par le seul fait qu'un sportif ne peut s'aligner lors de ces tournois? »⁵⁷⁷. Et répondait, « [n]ous ne croyons pas que le choix fondamental effectué par l'UEJ afin de renforcer le caractère représentatif de certaines rencontres internationales de judo risque de mettre en danger la liberté des échanges entre États membres, a fortiori de façon sensible »⁵⁷⁸. Cependant, il demeurait prudent et s'opposait à lui-même le fait que « la jurisprudence semble admettre que le commerce intracommunautaire est affecté même dans des cas où un accord ou une décision entre entreprises ou associations d'entreprises provoque l'augmentation plutôt que la diminution du volume des échanges entre les États membres » et que « l'entrave en question peut être de nature simplement potentielle; il suffit, autrement dit, qu'une

⁵⁷⁵Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.260.

⁵⁷⁶Ibid, pt. 261.

⁵⁷⁷ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.108.

⁵⁷⁸ Ibid.

incidence significative sur le commerce entre les États membres soit possible »⁵⁷⁹. Dès lors, « le simple fait que le règlement de l'UEJ est susceptible d'exclure un certain nombre d'athlètes de haut niveau de la participation aux tournois internationaux de judo peut suffire à retenir l'existence d'une entrave potentielle aux échanges intracommunautaires »⁵⁸⁰. L'avocat général est hésitant, mais l'approche extensive du droit de l'UE quant à l'affectation du commerce entre les États membres tend à lui faire reconnaître l'existence d'un tel effet. Enfin, l'avocat général Alber, dans l'affaire *Lehtonen* considère qu' « il est possible d'affirmer ici que le commerce est affecté dans la mesure où l'exercice des libertés fondamentales est entravé »⁵⁸¹, car, tout simplement, « les délais de transfert sont globalement de nature à affecter le commerce entre les États membres puisqu'ils interdisent à certaines époques les mutations de joueurs professionnels entre clubs au sein des États membres, et peuvent ainsi — comme on l'a démontré — restreindre la libre circulation des travailleurs »⁵⁸².

Dans l'affaire concernant le système des transferts instaurés par la FIFA, la Commission européenne avait constaté que « [l']interdiction absolue de résiliation unilatérale semble constituer, à elle seule, [...] une restriction sensible susceptible d'affecter de manière sensible les échanges entre États membres »⁵⁸³. En effet, « [e]lle a pour conséquence de rendre uniquement possibles les transferts internationaux sous contrat d'un commun accord entre les trois parties concernées (club de départ, joueur et club d'accueil) - soumis selon les règles FIFA en vigueur au paiement d'indemnités de transfert arbitraires - ainsi que les transferts internationaux en fin de contrat, qui ne sont plus soumis au paiement d'indemnités, à l'intérieur de l'EEE ».

La Cour s'est prononcée à une seule reprise sur cette question et cela dans l'arrêt *Motoe*⁵⁸⁴. Il s'agissait alors d'une procédure concernant l'application de l'article 102

⁵⁷⁹ Ibid, pt.109.

⁵⁸⁰ Ibid.

⁵⁸¹ Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.104.

⁵⁸² Ibid.

⁵⁸³ Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGTB/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.33.

⁵⁸⁴ A. Vermeersch, 'Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 July 2008, not yet reported', *Common Market Law Review*, Volume 46, n°4, 2009, pp.1327-1341, p.1338-1339

TFUE (les deux articles partagent cette même condition d'application.). Sur cette question, l'avocate générale Kokott avait considéré « qu'il y a une internationalisation du sport pris en tant que secteur économique » et qu'il n'est pas « inconcevable que des entreprises étrangères puissent vouloir pénétrer le marché grec pour y organiser et y commercialiser des courses motocyclistes »⁵⁸⁵. Elle avait ensuite constaté qu' « une association comme l'ELPA peut efficacement s'opposer à la pénétration du marché grec par d'autres opérateurs », ainsi « [l]es opérateurs étrangers peuvent être découragés par le fait que la MOTOE, un opérateur national concurrent, n'a pu, faute d'avis conforme de l'ELPA, organiser les courses motocyclistes qu'elle avait projetées pour l'année 2000 »⁵⁸⁶. De plus, « l'ELPA prévoit que la publicité commerciale dans le cadre de courses motocyclistes n'est possible qu'avec son accord ou avec celui de l'ETHEAM, qu'elle habilite à cette fin », ceci « peut également dissuader les opérateurs étrangers de pénétrer le marché grec » et « peut faire renoncer les parraineurs, publicitaires et assureurs étrangers à s'engager sur le marché du sport motocycliste grec »⁵⁸⁷. Elle rappelle aussi que cette affectation des échanges entre les Etats membres doit être sensible, c'est-à-dire que son impact ne doit pas être insignifiant. Or, l'article 102 TFUE « s'applique à tous les comportements susceptibles d'affecter la liberté des échanges dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les États membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché commun »⁵⁸⁸ et « [l]'éventuelle exploitation abusive par l'ELPA de son droit de codécision en matière d'organisation et de commercialisation de courses motocyclistes peut contribuer au cloisonnement des marchés et nuire ainsi à la réalisation du marché unique »⁵⁸⁹. Par ailleurs, « de par sa simple existence, une position dominante s'étendant à l'ensemble du territoire d'un État membre peut contribuer à consolider des cloisonnements de caractère national, en entravant l'interpénétration économique voulue par le traité »⁵⁹⁰. Dans son arrêt, la Cour estime que « l'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres doit tenir compte du comportement de l'entreprise dominante en

⁵⁸⁵ Conclusions du 6 mars 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. I-4863, pt.66.

⁵⁸⁶ Ibid, pt.67.

⁵⁸⁷ Ibid, pt.68.

⁵⁸⁸ Ibid, pt.74.

⁵⁸⁹ Ibid, pt.75.

⁵⁹⁰ Ibid.

question, dans la mesure où l'article 82 CE s'oppose à tous les comportements susceptibles d'affecter la liberté des échanges dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les États membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché unique »⁵⁹¹. Elle ajoute que « [l]e fait que le comportement d'une entreprise en position dominante n'ait pour objet que la commercialisation de produits dans un seul État membre ne suffit pas pour exclure que le commerce entre États membres puisse être affecté »⁵⁹². En effet, « un tel comportement peut avoir pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité »⁵⁹³. En l'espèce, la Cour juge, comme son avocate générale, que cette condition est remplie.

Il est donc hautement improbable qu'une règle de la *lex sportiva* puisse échapper à l'application du droit de la concurrence sous prétexte de son manque d'effet sur les échanges entre États membres⁵⁹⁴. Cette notion a pris un sens juridique tellement large en droit de l'UE qu'il est très difficile de ne pas remplir cette exigence.

iii. L'objet ou l'effet restrictif de la concurrence

Enfin, c'est l'étape principale, il faut que l'entente entre entreprises, ou la décision d'une association d'entreprises, ait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Il convient donc à cette étape du raisonnement, de se demander si l'action en cause a pour conséquence (ou pire, pour finalité) de restreindre la libre concurrence. Un débat doctrinal fondamental fait rage autour de cette question, entre ceux favorables à une approche économique de la restriction⁵⁹⁵, s'attachant à démontrer que l'acte en question

⁵⁹¹CJUE, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. p.I-04863, pt.41.

⁵⁹²Ibid, pt.42.

⁵⁹³Ibid.

⁵⁹⁴ Pour une opinion similaire voir A. Vermeersch, 'Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 July 2008, not yet reported', *Common Market Law Review*, Volume 46, n°4, 2009, pp.1327-1341, p.1338 et W. Schroeder, 'Sportrecht und Europäisches Wettbewerbsrecht', *Sport und Recht*, 1/2006, pp. 1-7, p.4.

⁵⁹⁵ Le chapitre 5 du livre consacré par Odudu à l'article 101 est consacré à cette approche: O. Odudu, *The boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006, pp. 97-127.

réduit l'efficacité économique⁵⁹⁶, et les partisans d'une approche « formaliste », ordo-libérale, fondée sur le caractère *per se* restrictif de la liberté économique d'une pratique en cause⁵⁹⁷. Il ne s'agit pas ici de revenir sur les termes d'un débat qui dépasse de loin le cadre de cette thèse. Au contraire, nous voulons nous intéresser pragmatiquement à la manière concrète dont l'éventualité d'une restriction de la concurrence causée par la *lex sportiva* a été envisagée par les différentes institutions européennes appelées à se prononcer sur cette question.

Comme souvent, on se doit de commencer avec les conclusions de l'avocat général Lenz sous l'arrêt *Bosman*. Celui-ci considère qu'« il est [...] parfaitement clair que les règles que nous avons à examiner ici ont pour effet de restreindre la concurrence »⁵⁹⁸. En effet, « [l]es *clauses de nationalité* entament les possibilités des différents clubs de se concurrencer par les joueurs qu'ils alignent »⁵⁹⁹. Cette constatation « vaut également pour les règles de transfert », car « ces règles substituent au régime normal de l'offre et de la demande un mécanisme uniforme qui aboutit à conserver la situation concurrentielle existante et à priver les clubs de la possibilité d'exploiter les occasions d'engager des joueurs, qui s'offriraient à eux dans des conditions normales de concurrence »⁶⁰⁰. En effet, « [s]'il ne fallait pas payer de sommes de transfert, un joueur pourrait librement changer de club au terme de son contrat et rechercher le club qui lui offre les meilleures conditions »⁶⁰¹. Alors que « le régime actuel de transfert aboutit à maintenir principalement le joueur dans les liens de son ancien club même après l'expiration de son contrat » et donc « à maintenir la situation concurrentielle existante »⁶⁰². Par ailleurs, il considère que ces règles ont non seulement pour effet de restreindre la concurrence, mais aussi pour objet une telle restriction, « les clubs et les associations l'ont voulue »⁶⁰³ ainsi. Pour l'avocat général Alber, il y a restriction dans l'affaire *Lehtonen*, car « [u]n délai de transfert empêche en effet les clubs, pendant une période

⁵⁹⁶ « It is argued that the obligation appropriate to impose on entities engaged in economic activity (undertakings) is not to collude to cause economic inefficiency." Ibid, p. 125.

⁵⁹⁷ Sur les différents « paradigmes » du droit de la concurrence voir G. Monti, *EC Competition law*, Cambridge University Press, 2007.

⁵⁹⁸Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.262.

⁵⁹⁹Ibid.

⁶⁰⁰Ibid.

⁶⁰¹Ibid.

⁶⁰²Ibid.

⁶⁰³Ibid.

déterminée, d'accroître le caractère attractif de leur «produit» en engageant de nouveaux joueurs »⁶⁰⁴.

La Commission européenne s'est elle aussi prononcée sur la question de l'existence d'une restriction. Dans l'affaire des transferts, elle a estimé que la circulaire de la FIFA en cause, « a pour objet et pour effet de limiter les sources d'approvisionnement des clubs en matière de joueurs » et que dès lors « [l]a concurrence entre clubs est entravée sur le marché de la production et de la vente du spectacle sportif de football des premières ligues ou divisions »⁶⁰⁵. En effet, cette circulaire « substitue au régime normal de l'offre et de la demande un mécanisme uniforme qui prive les clubs d'exploiter les opportunités qui s'offriraient à eux dans des conditions normales de concurrence »⁶⁰⁶, en son absence « les clubs pourraient engager des joueurs qui auraient résilié leur contrat unilatéralement selon les conditions établies par le droit national applicable ou prévues dans leurs contrats »⁶⁰⁷. Ces « entraves [...] limitent les chances de remporter les succès nécessaires pour occuper les premières places dans le « ranking » a des compétitions et pour attirer un plus grand nombre de spectateurs »⁶⁰⁸. En revanche, dans l'affaire ENIC, la Commission reconnaît que la règle en cause, l'interdiction de posséder deux clubs engagés dans la même compétition de l'UEFA, n'avait pas pour objet de restreindre la concurrence, étant donné que l'objet principal de la règle était de protéger l'intégrité de la compétition et de la protéger des conflits d'intérêts potentiels que peut faire naître la multipropriété⁶⁰⁹. Dans le même temps, elle affirme aussi que le simple fait que cette règle n'ait pas pour objet de restreindre la concurrence n'exclut pas la possibilité qu'elle en ait l'effet⁶¹⁰. En l'espèce, la Commission considère que cette règle est susceptible de limiter la liberté d'action des propriétaires de clubs et est de ce fait potentiellement anticoncurrentielle⁶¹¹. Dans l'affaire Meca-Medina, la Commission avait reconnu que « [s]'agissant de la définition du dopage et l'effet de la contre preuve

⁶⁰⁴Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.105.

⁶⁰⁵Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGFB/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.31.

⁶⁰⁶ Ibid.

⁶⁰⁷ Ibid.

⁶⁰⁸ Ibid, pt.32.

⁶⁰⁹Décision de rejet de la Commission du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, Aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf) pt.28.

⁶¹⁰ Ibid, pt.30.

⁶¹¹ Ibid.

contenus dans les DC de la FINA et l'OMAC, on peut d'emblée affirmer que ces règles n'ont pas pour objet de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur du marché commun »⁶¹². Mais, ces règles pourraient « avoir pour effet de limiter la liberté d'action de l'athlète qui pourrait être qualifié d'entreprise au sens de l'article 81 du traité »⁶¹³. Cette éventualité a été ensuite confirmée par la Cour dans son arrêt qui a admis « que le caractère répressif de la réglementation antidopage litigieuse et l'importance des sanctions applicables en cas de violation de celle-ci sont susceptibles de produire des effets négatifs sur la concurrence car elles pourraient, pour le cas où ces sanctions s'avéreraient finalement infondées, conduire à l'exclusion injustifiée de l'athlète de compétitions, et donc à fausser les conditions d'exercice de l'activité en cause »⁶¹⁴. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, elle va admettre que cette restriction de la concurrence puisse être justifiée si elle est proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit.

Enfin, dans l'arrêt *Piau*, le Tribunal a considéré laconiquement que « [l]e principe même de la licence, qui est imposée par la FIFA et qui conditionne l'exercice de la profession d'agent de joueurs, constitue une barrière à l'accès à cette activité économique et affecte, dès lors, nécessairement le jeu de la concurrence »⁶¹⁵. On peut distinguer ici une certaine similitude avec le concept d'entrave utilisé dans le cadre des libertés fondamentales. On a pu aussi reprocher au Tribunal de ne pas avoir clairement identifié si la règle en cause avait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence⁶¹⁶.

En conclusion, que ce soit la Cour, la Commission européenne, le Tribunal ou les avocats généraux qui soient appelés à se prononcer sur la question de l'existence d'une restriction de la concurrence causée par une règle issue de la *lex sportiva*, ils n'ont pas hésité à catégoriser ces règles comme ayant un tel effet. Elles n'ont pas eu recours à des évaluations économiques complexes pour l'affirmer et se sont directement fondées sur

⁶¹² Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen* ./ CIO, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.41.

⁶¹³ Ibid.

⁶¹⁴ CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991, pt.47.

⁶¹⁵ Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209, pt.101.

⁶¹⁶ D. Waelbroeck et P. Ibañez-Colomo, 'Case C-171/05 P, *Laurent Piau*, Order of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 February 2006, [2006] ECR I-37', *Common Market Law Review*, Volume 43, n°6, 2006, pp.1743-1756, pp.1749-1751.

le caractère restrictif des règles en cause. Il convient ici de préciser que la reconnaissance du potentiel restrictif n'implique pas nécessairement que ces règles soient considérées comme contraires au droit de la concurrence. En effet, la Commission et la Cour ont eu recours à divers stratagèmes juridiques pour éviter une telle extrémité⁶¹⁷. Ce qu'il faut retenir c'est la facilité, l'automatisme presque, avec laquelle une restriction de la concurrence est reconnue lorsque la *lex sportiva* est en jeu⁶¹⁸. Dans ce contexte, il semble que toute forme de régulation de l'activité sportive est susceptible de constituer une restriction à la libre concurrence telle qu'elle est définie en droit de l'UE.

Le prisme de l'article 101 TFUE s'avère donc particulièrement adapté pour saisir la *lex sportiva*. Les associations sportives sont qualifiées d'associations d'entreprises, leurs règles constituent des décisions d'associations d'entreprises, leur impact sur les échanges entre Etats membres est quasiment présumé, tandis que leur effet restrictif est quasiment inhérent à leur nature. Cette saisie est moins facile dans le cadre de l'article 102 TFUE qui repose sur l'identification d'un abus plus difficile à caractériser.

b. La Lex Sportiva face à l'article 102 TFUE

L'abus d'une position dominante par une entreprise est un animal juridique très différent. En effet, il s'agit ici de déterminer précisément le marché pertinent (i) analyser la position (dominante ou non) de l'entreprise en cause sur ce marché (ii) avant de s'intéresser au caractère abusif du comportement de cette entreprise (iii). Ces différentes étapes du raisonnement ont posé différents types de problèmes dans leur application à la *lex sportiva*.

⁶¹⁷ Voir Titre 2, chapitre 1.

⁶¹⁸ Cette facilité a été critiquée par J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237, p. 228.

i. Définition du marché pertinent

Dans la structure de l'article 102 TFUE, la définition du marché pertinent est fondamentale afin de pouvoir identifier si l'entreprise mise en cause dispose d'une position dominante, ou non. En effet, il s'agit de « délimiter le marché en cause, tant du point de vue du produit ou du service concerné que du point de vue géographique »⁶¹⁹. Jusqu'à l'arrêt *Motoe* la question n'avait jamais été véritablement soulevée⁶²⁰. Certes, dans l'arrêt *Piau*, le Tribunal avait brièvement mentionné qu'en l'espèce « le marché concerné par la réglementation en cause est un marché de prestations de services où les acheteurs sont les joueurs et les clubs, et les vendeurs les agents »⁶²¹, mais cela relevait plus du constat que de l'analyse.

L'arrêt *Motoe* offre ici une réflexion juridique plus aboutie sur la définition du ou, en l'occurrence, des marchés pertinents. En l'espèce, il s'agissait d'une association sportive exclusivement nationale (grecque), mais l'analyse pourrait certainement être reproduite à l'échelle d'une fédération internationale⁶²². Pour l'avocate générale « l'ELPA offre deux types de prestations en matière de sport motocycliste ». D'une part « elle organise, avec l'aide de l'ETHEAM, des courses motocyclistes en Grèce » et de l'autre « elle commercialise ces courses au moyen de contrats de parrainage, de publicité et d'assurance »⁶²³. Ces deux marchés n'étant pas nécessairement liés, ni interchangeables, on peut en déduire que « l'organisation et la commercialisation de manifestations sportives peuvent être considérées comme deux marchés de produits distincts »⁶²⁴. Le marché géographique pertinent étant le territoire hellénique⁶²⁵. La Cour est d'avis que

⁶¹⁹ CJUE, 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental c. Commission*, aff.27/76, Rec. p.207, pt.10.

⁶²⁰So far, the definition of the relevant market(s) received little attention in a sporting context. » A. Vermeersch, 'Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 July 2008, not yet reported', *Common Market Law Review*, Volume 46, n°4, 2009, pp.1327-1341, pp.1333-1334. Voir aussi à ce propos, L. Idot, 'Application des règles à l'organisation de compétitions sportives', *Europe* n° 8, Août 2008, comm. 276.

⁶²¹ Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209, pt.112.

⁶²² La Commission enquête en ce moment sur une affaire impliquant l'International Skating Union sur un marché similaire (mais au niveau européen) de l'organisation d'événements sportifs liés aux patinages de vitesse.

⁶²³ Conclusions du 6 mars 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. I-4863, pt.55.

⁶²⁴ Ibid.

⁶²⁵ Ibid, pt.57.

« [c]es deux types d'activités ne sont pas interchangeables, mais présentent plutôt un caractère de complémentarité fonctionnelle »⁶²⁶.

Enfin, les fameuses conclusions fantômes de l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire Balog qui n'avaient pas eu à être prononcées du fait d'une transaction entre la FIFA et le joueur et du retrait du rôle de l'affaire, mais qui avaient été publiées par la suite sous la forme d'un article, contiennent des réflexions approfondies sur ce sujet⁶²⁷. En effet, l'avocat général aux termes de ces conclusions considérait que les sports d'équipes, et en particulier le football, donnent lieu à trois marchés interconnectés : le marché d'exploitation où les clubs et les associations exploitent les performances sportives en vendant par exemple des droits télévisés ; le marché de la compétition sportive sur lequel celle-ci est produite; et enfin le marché des ressources humaines sur lequel les clubs vendent et achètent des joueurs⁶²⁸.

La définition du marché pertinent est un préalable nécessaire à la mise en œuvre de l'article 102 TFUE, rarement pris en compte dans le contexte de la *lex sportiva*. Cependant, il ne s'agit pas d'une étape décisive pour écarter ou admettre l'applicabilité de l'article 102 TFUE, au contraire de l'existence d'une position dominante sur ce marché.

ii. Les organes de la *Lex Sportiva* en position dominante

La question de la position dominante sur un marché dépend de l'étendue des parts de marché dont dispose l'entité mise en cause, mais aussi de critère qualitatif lié à son influence sur ce marché. Plus précisément, celle-ci « concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la

⁶²⁶ CJUE, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. p.I-04863, pt.33. Critique à cet égard voir A. Vermeersch, 'Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 July 2008, not yet reported', *Common Market Law Review*, Volume 46, n°4, 2009, pp.1327-1341, p.1334.

⁶²⁷A. Egger, et C. Stix-Hackl, 'Sports and competition law: a never-ending story?', *European Competition Law Review*, Volume 23, n°2, 2002, p.81-91.

⁶²⁸Ibid, p.86-87.

possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »⁶²⁹. Dans le contexte de la *lex sportiva*, c'est tout particulièrement la question de la position dominante collective qui se pose⁶³⁰. En effet, les associations sportives ne sont pas, en général, directement actives sur les marchés en cause mais elles exercent une position dominante en tant que représentantes de l'ensemble des clubs. Ceci est le cas par exemple en ce qui concerne le marché du travail sportif (ou des ressources humaines).

Le premier à avoir envisagé l'application de l'article 102 TFUE à la *lex sportiva* est encore l'avocat général Lenz⁶³¹. Selon lui, « [l]es règles en question étant déposées dans les règlements des différentes associations, il serait logique de s'interroger sur la position que celles-ci occupent sur le marché »⁶³². Ainsi, « [s]'il s'agissait en l'espèce, par exemple, de la question de la commercialisation des droits de télévision relatifs à la Ligue des champions de l'UEFA, il serait clair que c'est à l'égard de l'UEFA que la question de la position sur le marché devrait se poser, laquelle organise cette compétition et la commercialise »⁶³³. Cependant, en l'espèce « il s'agit toutefois de règles qui concernent le recrutement de joueurs », c'est donc « à l'égard des clubs et non des associations que l'on pourrait à la rigueur envisager une position dominante »⁶³⁴. Comme « [l]es clauses de nationalité sont contenues dans les différents règlements de chaque association alors que les règles de transfert visant les mutations vers d'autres États membres sont déposées dans les règlements de l'UEFA et de la FIFA », on peut se demander si « dans le premier cas, ce ne sont pas les clubs professionnels de l'association concernée et, dans le second cas, les clubs professionnels de l'ensemble de la Communauté qui occupent ensemble une position dominante »⁶³⁵. Il s'agissait donc déjà de déterminer dans quelle mesure une position dominante collective est possible. Si « [o]n ne saurait exclure, par principe, que deux ou plusieurs entités économiques

⁶²⁹CJUE, 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental c. Commission*, aff.27/76, Rec. p.207, pt.65.

⁶³⁰ Voir sur cette question F. E. Mezzanotte, 'Interpreting the Boundaries of Collective Dominance in Article 102 TFEU', *European Business Law Review*, Volume 21, n°4, 2010, pp.519-538 et G. Monti, 'The scope of collective dominance under article 82 EC', *Common Market Law Review*, Volume 38, n°1, 2001, pp.131-157.

⁶³¹Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.281-285.

⁶³²Ibid, pt.282.

⁶³³Ibid.

⁶³⁴Ibid.

⁶³⁵Ibid, pt.283.

indépendantes soient, sur un marché spécifique, unies par de tels liens économiques que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le marché », on ne peut pas non plus se borner à « 'recycler' les faits constitutifs d'une infraction à l'article [101] »⁶³⁶. Il en conclut qu' « on pourrait très bien admettre que les clubs d'une division professionnelle sont « unis par de tels liens économiques » qu'il faut considérer qu'ils occupent ensemble une position dominante », d'autant plus que « [l]e fait, [...], que ces clubs sont tributaires les uns des autres s'ils veulent rencontrer le succès, conforte plus particulièrement cette analyse »⁶³⁷. En effet, « [o]n ne saurait guère trouver dans aucun autre secteur une communauté d'intérêts aussi naturelle »⁶³⁸. L'avocat général semble donc favorable à ce qu'une position dominante collective rassemblant les clubs et leur « agent » la fédération (plutôt nationale qu'internationale) soit reconnue. Cependant, l'article 102 TFUE ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce car les joueurs ne sont ni des consommateurs, ni des clients, ni des concurrents⁶³⁹.

Dans les affaires *Deliège* et *Lehtonen*, les avocats généraux préfèrent renoncer à traiter la question, malgré les appels du pied en ce sens des parties⁶⁴⁰, arguant tout les deux d'un manque d'information pour pouvoir évaluer la position des organisations sportives mises en cause⁶⁴¹. De son côté, la Commission européenne reste vague sur l'existence d'une position dominante dans les décisions qu'elle a rendues, se bornant le plus souvent à mentionner la possibilité d'une position de dominante tout écartant l'existence d'un abus⁶⁴².

⁶³⁶Ibid, pt.284.

⁶³⁷Ibid, pt.285.

⁶³⁸Ibid.

⁶³⁹Ibid, pt.286.

⁶⁴⁰ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.92.

⁶⁴¹ Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.114.

⁶⁴² Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf), pt.44; Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./ CIO*, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.70 ; Décision de rejet de la Commission du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, Aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf) pt.45 et 46.

Dans son arrêt *Piau*, le Tribunal de l'UE s'attaque à la question de la position dominante collective⁶⁴³. En effet, la Commission avait écarté l'application de l'article 102 TFUE, constatant « que la FIFA n'est pas active sur le marché du conseil aux joueurs »⁶⁴⁴. Le Tribunal considère lui qu'« [u]ne décision telle que le règlement de la FIFA gouvernant l'activité des agents de joueurs peut, lorsqu'elle est mise en œuvre, avoir pour conséquence que des entreprises opérant sur le marché concerné, à savoir les clubs, se sont liées quant à leur comportement sur un marché déterminé de manière qu'elles se présentent sur ce marché comme une entité collective à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs »⁶⁴⁵. En effet, « du fait du caractère obligatoire du règlement pour les associations nationales membres de la FIFA et les clubs qu'elles regroupent, ces instances apparaissent durablement liées quant à leurs comportements par des règles qu'elles acceptent et que les autres acteurs (joueurs et agents de joueurs) ne peuvent contrer à peine de sanctions pouvant conduire, pour les agents de joueurs en particulier, à les exclure du marché »⁶⁴⁶. Cette « situation caractérise ainsi [...] une position dominante collective des clubs sur le marché des prestations de services des agents de joueurs, puisque les clubs, par le biais de la réglementation à laquelle ils adhèrent, imposent les conditions dans lesquelles s'effectuent les prestations de services en cause »⁶⁴⁷. Enfin, « la circonstance que la FIFA n'est pas, elle-même, un opérateur économique, acheteur des prestations de services des agents de joueurs sur le marché concerné et que son intervention procède d'une activité normative, qu'elle s'est reconnue le pouvoir d'exercer à l'égard de l'activité économique des agents de joueurs, est indifférente pour l'application de l'article 82 CE dès lors que la FIFA est l'émanation des associations nationales et des clubs, acheteurs effectifs des services des agents de joueurs, et qu'elle agit par conséquent sur ce marché par l'intermédiaire de ses membres »⁶⁴⁸. Adoptant la démarche proposée par l'avocat

⁶⁴³ Sur l'arrêt *Piau*, voir F. Mezzanotte, 'Interpreting the Boundaries of Collective Dominance in Article 102 TFEU', *European Business Law Review*, Volume 21, n°4, 2010, pp.519-538, pp.532-533 et D. Waelbroeck et P. Ibañez-Colomo, 'Case C-171/05 P, *Laurent Piau*, Order of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 February 2006, [2006] ECR I-37', *Common Market Law Review*, Volume 43, n°6, 2006, pp.1743-1756, pp.1753-1755; S. Poillot-Peruzzetto, 'Nouveau dialogue entre le sport et le droit de la concurrence', *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, Juin 2005, comm. 119 ; R. Vetter, 'Das FIFA-Spielervermittler-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht', *Sport und Recht*, 6/2005, pp.233-236.

⁶⁴⁴ Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209, pt.107.

⁶⁴⁵ Ibid, pt.113.

⁶⁴⁶ Ibid, pt.114.

⁶⁴⁷ Ibid.

⁶⁴⁸ Ibid, pt.116.

général Lenz, mais avec cette fois des conséquences juridiques réelles, le Tribunal reconnaît l'existence d'une position dominante collective des clubs consolidée par les règles adoptées par la FIFA. Cet arrêt a été très critiqué en doctrine⁶⁴⁹. En effet, il a été reproché au Tribunal d'avoir fait preuve d'un manque de rigueur dans son appréciation de l'existence d'une position dominante collective⁶⁵⁰. Ainsi, la doctrine a pu prétendre que l'application de la notion de position dominante collective était, en l'espèce, un stratagème juridique pour appliquer l'article 102 TFUE à la FIFA⁶⁵¹.

La question de la position dominante individuelle d'un organe de la *lex sportiva* a pu se poser dans deux affaires : l'une relative à la FIA traitée par la Commission européenne, l'autre dans l'affaire *Motoe* tranchée par la Cour. En ce qui concerne la FIA, la Commission avait, au tournant des années 2000, ouvert une enquête formelle à son encontre suite à la notification de certaines règles adoptées par celle-ci⁶⁵². En effet, la Commission considérait que la FIA abusait de son monopole sur les courses automobiles⁶⁵³. Cependant, l'absence de décision officielle ne permet pas de déterminer précisément le raisonnement suivi par la Commission pour déterminer l'existence d'une position dominante de la FIA en l'espèce⁶⁵⁴. Dans l'affaire *Motoe*, l'avocate générale

⁶⁴⁹ Particulièrement critiques : F. E. Mezzanotte, 'Interpreting the Boundaries of Collective Dominance in Article 102 TFEU', *European Business Law Review*, Volume 21, n°4, 2010, pp.519-538, pp.532-533 et D. Waelbroeck et P. Ibañez-Colomo, 'Case C-171/05 P, *Laurent Piau*, Order of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 February 2006, [2006] ECR I-37', *Common Market Law Review*, Volume 43, n°6, 2006, pp.1743-1756, pp.1753-1755. Plus modérés, S. Poillot-Peruzzetto, 'Nouveau dialogue entre le sport et le droit de la concurrence', *Contrats Concurrence Consommation* n° 6, Juin 2005, comm. 119 et R. Vetter, 'Das FIFA-Spielervermittler-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht', *Sport und Recht*, 6/2005, pp.233-236.

⁶⁵⁰ "In reaching this finding the CFI did not assess how football clubs compete for the services of players' agents, and how the APAR affected this competition. This is relevant because the CFI in TACA had stated that proof of significant internal competition on prices may upset a finding of collective entity even in presence of agreement. The CFI did not explain why its earlier reasoning in TACA was apparently irrelevant to Piau." F. E. Mezzanotte, 'Interpreting the Boundaries of Collective Dominance in Article 102 TFEU', *European Business Law Review*, Volume 21, n°4, 2010, pp.519-538, p. 532. Voir aussi D. Waelbroeck et P. Ibañez-Colomo, 'Case C-171/05 P, *Laurent Piau*, Order of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 February 2006, [2006] ECR I-37', *Common Market Law Review*, Volume 43, n°6, 2006, pp.1743-1756, p. 1754.

⁶⁵¹ "It is implicit in the judgment that the only reason why the CFI assessed the market position of football clubs was to justify FIFA's position of dominance" F. E. Mezzanotte, 'Interpreting the Boundaries of Collective Dominance in Article 102 TFEU', *European Business Law Review*, Volume 21, n°4, 2010, pp.519-538, p. 532.

⁶⁵² Communiqué de presse de la Commission du 30 juin 1999, 'La Commission ouvre la procédure formelle à l'encontre de la Formule 1 et des autres compétitions sportives automobiles internationales', IP/99/434.

⁶⁵³ Ibid.

⁶⁵⁴ La communication publiée par la Commission au journal officiel n'étant d'aucune aide à cet égard. Voir, Communication de la Commission concernant les affaires COMP/35.163 — Notification de règlements de

Kokott observe simplement que « [s]’il apparaissait que l’ELPA (co-)organise la totalité ou au moins la grande majorité des courses motocyclistes en Grèce – constatations qui incombent à la juridiction de renvoi –, il faudrait considérer qu’elle occupe une position dominante »⁶⁵⁵, de même pour la commercialisation des courses. La Cour se borne à constater « qu’une entreprise peut être mise dans une telle position [dominante] lorsqu’elle se voit accorder des droits spéciaux ou exclusifs lui permettant de déterminer si et, le cas échéant, sous quelles conditions d’autres entreprises peuvent accéder au marché en cause et y exercer leurs activités »⁶⁵⁶.

Il y a donc deux configurations qui se dégagent quant à la position dominante d’une organisation sportive. D’une part, la figure de la position dominante collective nécessaire dans le cadre d’une réglementation influençant un marché sur lequel l’organisation émettrice de la règle n’est pas directement active. D’autre part, la position dominante « classique » lorsque les règles en cause ont un impact sur un marché sur lequel l’organisation émettrice de ces règles est active. Dans tous les cas, il semble que la Cour, le Tribunal et les avocats généraux soient plutôt disposés à reconnaître l’existence d’une position dominante, notamment collective, et donc à faire entrer la *lex sportiva* dans le champ d’application de l’article 102 TFUE. Encore faut-il qu’il y ait abus de cette position dominante.

iii. La *Lex Sportiva* comme abus d’une position dominante

Le dernier stade de l’application de l’article 102 TFUE concerne l’existence d’un abus. L’abus peut être soit dirigé directement contre les consommateurs, notamment par l’intermédiaire de prix abusifs, soit viser à limiter l’offre concurrente⁶⁵⁷. En ce qui concerne la *lex sportiva*, c’est la seconde alternative qui est la plus utilisée en pratique. Cependant, et c’est là une position partagée par les décisions de la Commission, les

la FIA, COMP/36.638 — Notification par FIA/FOA d’accords relatifs au championnat du monde de Formule 1 de la FIA, COMP/36.776 — GTR/FIA et autres, publiée au JO C169 du 13 juin 2001 p.5-11.

⁶⁵⁵ Conclusions du 6 mars 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. I-4863, pt.59.

⁶⁵⁶ CJUE, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. p.I-04863, pt.38.

⁶⁵⁷ Pour plus de détails voir D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 1035-38 et R. Wish, *Competition Law*, Oxford University press, 5^{ème} édition, 2005, pp.194-208.

conclusions des avocats généraux⁶⁵⁸, et les arrêts du Tribunal et de la Cour, il est rare qu'un abus soit reconnu dans les affaires impliquant la *lex sportiva*⁶⁵⁹.

Ainsi, la Commission dans toutes ses décisions concernant l'article 102 TFUE s'est toujours refusée à reconnaître l'existence d'un abus⁶⁶⁰. Elle fait souvent référence à son appréciation préalable de la compatibilité de la règle en cause avec l'article 101 TFUE pour justifier l'absence d'abus au sens de l'article 102 TFUE⁶⁶¹. L'affaire FIA est la seule affaire dans laquelle la Commission a envisagé un abus de position dominante⁶⁶². Ainsi, la notification du nouveau règlement adopté par la FIA à la suite des échanges avec la Commission comprend les différents griefs soulevés à cet égard. La Commission considérait notamment que « certains contrats notifiés semblaient enfreindre l'article 81 et/ou l'article 82 du traité CE renforçant encore les barrières à l'entrée pour un candidat potentiel : les contrats des promoteurs faisaient obstacle pendant dix ans à ce que les circuits utilisés pour la Formule 1 puissent l'être pour des courses susceptibles de la concurrencer, la convention de la concorde empêchait les équipes de courir dans toute autre série comparable à la Formule 1; les accords avec les radiodiffuseurs infligeaient à ces derniers une pénalité financière s'ils retransmettaient des courses automobiles concurrençant les séries de Formule 1 »⁶⁶³. L'abus potentiel était donc

⁶⁵⁸ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.272.

⁶⁵⁹ "On the whole, ascertaining abuse of a dominant position is not evident in a sporting context." A. Vermeersch, 'Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 July 2008, not yet reported', *Common Market Law Review*, Volume 46, n°4, 2009, pp.1327-1341, p.1335.

⁶⁶⁰ Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible

à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf), pt.44; Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./ CIO*, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.70 ; Décision de rejet de la Commission du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, Aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf) pt.45 et 46.

⁶⁶¹ Décision de rejet de la Commission du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, Aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf) pt.46; Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./ CIO*, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.70.

⁶⁶² Pour une liste des potentiels abus voir, Communiqué de presse de la Commission du 30 juin 1999, 'La Commission ouvre la procédure formelle à l'encontre de la Formule 1 et des autres compétitions sportives automobiles internationales', IP/99/434.

⁶⁶³ Communication de la Commission concernant les affaires COMP/35.163 — Notification de règlements de la FIA, COMP/36.638 — Notification par FIA/FOA d'accords relatifs au championnat du monde de Formule 1 de la FIA, COMP/36.776 — GTR/FIA et autres, publiée au JO C169 du 13 juin 2001 p.5-11, p.8.

constitué par l'édification de barrières contractuelles limitant sérieusement la possibilité pour un tiers d'accéder au marché de l'organisation des courses automobiles de vitesse.

Dans l'arrêt *Piau*, le Tribunal se réfère aux considérations tenues dans le cadre de l'article 101 paragraphe 3 TFUE pour exclure un abus. Car, « il a été constaté que ce règlement n'imposait pas de restrictions quantitatives à l'accès à l'activité d'agent de joueurs préjudiciables à la concurrence, mais des restrictions de nature qualitative qui peuvent, dans les circonstances actuelles, être justifiées »⁶⁶⁴. Il était aussi question de restrictions à l'accès à un marché, mais celles-ci ont été considérées comme justifiées et ne sont donc pas abusives.

L'arrêt *Motoe* a été l'occasion pour la Cour et son avocate générale de se prononcer en détails sur la question de l'abus d'une position dominante. Cependant, en l'espèce la question de l'abus était intimement liée à celle de l'application de l'article 106 paragraphe 1 TFUE, qui prévoit que :

« Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus. »

Or, comme le rappelle l'avocate générale, « [u]ne telle réglementation viole les dispositions combinées des articles [106], paragraphe 1, [TFUE] et [102] [TFUE] lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ce droit est susceptible de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre un tel abus »⁶⁶⁵. Dans ce cas, « il n'est pas nécessaire qu'un abus se produise réellement »⁶⁶⁶. Néanmoins, « l'exercice du droit de codécision accordé à l'ELPA par

⁶⁶⁴ Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209, pt.17.

⁶⁶⁵ Conclusions du 6 mars 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. I-4863, pt.87.

⁶⁶⁶ Ibid.

l'article 49 du code de la route ne saurait être considéré systématiquement et a priori comme abusif », car « l'ELPA peut avoir des raisons objectives de refuser son accord à l'autorisation d'une course motocycliste »⁶⁶⁷. Il est aussi « de l'intérêt des participants, mais également des spectateurs et du public en général, que chaque discipline sportive soit soumise à des règles bien définies et aussi uniformes que possible et que ces règles soient respectées pour garantir un déroulement ordonné et loyal des compétitions », en effet « [s]i les règles variaient fortement d'un organisateur à l'autre, il serait plus difficile aux sportifs de participer aux compétitions et de comparer leurs prestations respectives, sans compter que l'intérêt de la discipline pour les spectateurs et sa valeur d'identification pourraient en souffrir »⁶⁶⁸. De même, « il est dans l'intérêt des sportifs, mais également des spectateurs et du public en général, que les différentes compétitions d'une discipline sportive s'intègrent dans un cadre d'ensemble permettant, par exemple, de suivre un calendrier déterminé »⁶⁶⁹. En outre, et cette considération est importante dans le contexte général d'une étude sur la *lex sportiva*, « [l]a structure pyramidale apparue dans la plupart des disciplines permet de garantir la prise en compte des exigences particulières du sport, comme l'uniformité des règles et un calendrier unique des compétitions »⁶⁷⁰. Dès lors, « [d]ans le cadre du pouvoir de codécision qui lui est accordé, elle peut légitimement faire valoir les intérêts du sport et refuser le cas échéant son accord à l'organisation d'une course motocycliste »⁶⁷¹. Toutefois, « [c]e refus aura cependant un caractère abusif lorsque, sans être objectivement justifié par les intérêts du sport, il est opposé arbitrairement pour promouvoir les intérêts économiques de l'ELPA, aux dépens d'autres opérateurs désireux d'organiser et surtout de commercialiser des courses motocyclistes sous leur propre responsabilité »⁶⁷². En l'espèce, l'avocate générale voit deux raisons susceptibles de révéler abus. D'une part, « une disposition prévoyant la nécessité d'un avis conforme, comme celle dont il est question en l'espèce, aboutit à un conflit d'intérêts », qui confère à l'ELPA « non seulement les moyens juridiques d'empêcher d'autres opérateurs de pénétrer le marché grec, mais également un intérêt économique à limiter l'accès à ce

⁶⁶⁷ Ibid, pt.89.

⁶⁶⁸ Ibid, pt.92.

⁶⁶⁹ Ibid, pt.94.

⁶⁷⁰ Ibid, pt.96.

⁶⁷¹ Ibid.

⁶⁷² Ibid

marché »⁶⁷³. D'autre part, « la disposition exigeant l'avis conforme de l'ELPA ne soumet cette dernière à aucune limite, à aucune obligation ni à aucun contrôle quant à sa décision de donner ou de refuser son avis favorable à l'autorisation de courses motocyclistes », par conséquent il lui est « particulièrement facile de refuser son accord à l'autorisation de courses motocyclistes d'autres opérateurs indépendants »⁶⁷⁴. *In fine*, « il faut donc retenir que, dans la mesure où elle incite à commettre des abus, une disposition comme l'article 49 du code de la route n'est pas compatible avec les exigences résultant des dispositions combinées des articles [106], paragraphe 1, [TFUE] et [102] [TFUE] »⁶⁷⁵. Dans son arrêt la Cour reprend plus succinctement les arguments avancés ci-dessus⁶⁷⁶. Elle conclut « qu'une personne morale dont les activités consistent non seulement à prendre part aux décisions administratives autorisant l'organisation de compétitions de motocycles, mais également à organiser elle-même de telles compétitions et à conclure dans ce cadre des contrats de parrainage, de publicité et d'assurance, relève du champ d'application des articles [102] [TFUE] et [106] [TFUE] »⁶⁷⁷. De plus, « [c]es articles s'opposent à une réglementation nationale qui confère à une personne morale, qui organise des compétitions de motocycles et conclut dans ce cadre des contrats de parrainage, de publicité et d'assurance, le pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de telles compétitions, sans que ce pouvoir soit assorti de limites, d'obligations et d'un contrôle »⁶⁷⁸. Bien que cette affaire soit relativement atypique, dans la mesure où elle concerne à la fois l'article 102 et 106 TFUE, il n'est pas rare que les organes de la *lex sportiva* disposent *de facto* du monopole octroyé *de jure* à l'ELPA en Grèce. Les éléments d'analyse proposés par l'avocate générale pour évaluer l'existence d'un abus peuvent donc être *mutatis mutandis* transposés dans des configurations où l'accès à l'organisation des compétitions est contrôlé par une organisation sportive internationale⁶⁷⁹.

⁶⁷³ Ibid, pt.98.

⁶⁷⁴ Ibid, pt.99.

⁶⁷⁵ Ibid, pt.106.

⁶⁷⁶ CJUE, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. p.I-04863, pt.50-53.

⁶⁷⁷ Ibid, pt.53.

⁶⁷⁸ Ibid.

⁶⁷⁹ A. Vermeersch, 'Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 July 2008, not yet reported', *Common Market Law Review*, Volume 46, n°4, 2009, pp.1327-1341, p.1335 et S. Miettinen, 'Policing the boundaries between

La *lex sportiva* est donc aisément saisie par le droit de la concurrence. Le fait que les règles de la *lex sportiva* puissent constituer une restriction à la concurrence et/ou, plus rarement, un abus de position dominante a été vérifié à de multiples reprises en pratique. En raison de sa nature régulatrice, la *lex sportiva* est intrinsèquement restrictive de la libre concurrence. On peut dès lors avancer la proposition que le droit de la concurrence de l'UE constitue lui aussi un contre-pouvoir efficace face à la force transnationale de la *lex sportiva*.

III. Le droit de la concurrence de l'UE face à la *lex sportiva* : un contre-pouvoir efficace

Le droit de la concurrence de l'UE peut être conceptualisé comme un contre-pouvoir (a.) particulièrement efficace face à la *lex sportiva* (b.)

a. Un contre-pouvoir...

L'idée que le droit de la concurrence de l'UE puisse être conceptualisé comme un contre-pouvoir (ii) remonte à ses racines idéologiques ancrées dans la théorie ordo-libérale (i).

i. Les racines ordo-libérales du droit de la concurrence de l'UE

L'ordo-libéralisme est une théorie économique, comportant aussi un volet juridico-politique, qui s'est développée dans le courant des années 30 en Allemagne⁶⁸⁰. Elle s'apparente à une forme de néolibéralisme. Ainsi « pour les ordo-libéraux, l'Etat a certes un rôle central à jouer dans le bon fonctionnement de la société et de l'économie, mais celui-ci consiste exclusivement à établir des règles précises et à les faire respecter strictement par les acteurs. Et non à intervenir directement dans la production de biens

regulation and commercial exploitation: Lessons from the MOTOE Case', S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy: Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, pp. 137-149.

⁶⁸⁰ Pour une introduction à la philosophie ordo-libérale, voir M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, cours au Collège de France 1978-1979*, éd. Gallimard/Seuil, 2004.

et de services ou à redistribuer les richesses pour corriger les inégalités »⁶⁸¹. Ses partisans voient dans l'émergence du nazisme une preuve de la menace autoritaire que fait planer l'Etat sur la société⁶⁸². Cependant, et c'est là un élément crucial dans le cadre de notre étude, l'ordo-libéralisme se méfie tout autant du pouvoir privé et ne considère pas que le marché soit capable de s'autoréguler⁶⁸³. En pratique, l'ordo-libéralisme échoua à s'imposer en Allemagne. En effet, *l'économie sociale de marché*, le label qui caractérise depuis les années 50 le modèle économique allemand, conjugue des éléments ordo-libéraux, notamment un droit de la concurrence puissant, à des éléments sociaux-démocrates⁶⁸⁴.

Cependant, c'est au niveau européen que les idées ordo-libérales vont trouver un terrain de jeu fécond, et ceci grâce à « une ruse de la raison »⁶⁸⁵. En effet, à l'origine les traités n'étaient pas nécessairement porteurs de l'idéologie ordo-libérale⁶⁸⁶, mais la pratique des institutions européennes, notamment en ce qui concerne le droit de la concurrence, s'est progressivement imprégnée des préceptes ordo-libéraux⁶⁸⁷. Ainsi, la grammaire du droit de la concurrence est principalement ordo-libérale⁶⁸⁸. La généalogie du droit de la concurrence en Europe réalisée par David Gerber illustre bien ce rôle prépondérant qu'a

⁶⁸¹ G. Duval, *Made in Germany*, Seuil, 2013, p.106.

⁶⁸²L'ouvrage qui a rendu Hayek célèbre, *La route de la servitude*, est un exemple des vues radicalement anti-étatistes soutenues par certains ordo-libéraux.

⁶⁸³ Sur cet « interventionnisme social », voir J-Y. Grenier et A. Orléan, 'Michel Foucault, l'économie politique et le libéralisme', *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°5, 2007, p. 1155-1182, p.1164-1165.

⁶⁸⁴ Sur la structure complexe du modèle économique allemand voir G. Duval, *Made in Germany*, Seuil, 2013. Sur l'échec de l'ordo-libéralisme en Allemagne et pour une critique de la « fascination » de Foucault à cet égard, voir J-Y. Grenier et A. Orléan, 'Michel Foucault, l'économie politique et le libéralisme', *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°5, 2007, p. 1155-1182.

⁶⁸⁵« Eine List der Vernunft » dira A. Müller-Armack, 'Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes', in A. Müller-Armack *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Freiburg, Rombach, 1964, pp. 401-415, p. 405.

⁶⁸⁶ Certains auteurs doutent à différents degrés de l'influence de l'ordo-libéralisme sur le droit de la concurrence de l'UE: S. M. Ramirez Perez et S. van de Scheur, 'The evolution of the law on Article 85 and 86 EEC' in K.K. Patel et H. Scheitzer (dir.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 21-53 et P. Akman et H. Kassim, 'Myths and myth making in the institutionalization and interpretation of EU action: The case of EU competition policy', *Journal of Common Market Studies*, Volume 48, n°1, 2010, pp.111-132.

⁶⁸⁷ Voir D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2nd edition, 2001; C. Joerges, 'The Market without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics', *European Integration online Papers (EIoP)* Volume 1, n°19, 1997 (accessible à <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>); C. Joerges, « La constitution économique européenne en processus et en procès », *Revue internationale de droit économique*, Volume 20, n°3, 2006, p. 245-284.

⁶⁸⁸ K. K. Patel & H. Scheitzer, 'Introduction', in K.K. Patel et H. Scheitzer (dir.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford University Press, 2013, p.10 et G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, p.26-29.

joué l'ordo-libéralisme dans son émergence⁶⁸⁹. Enfin, en dehors du droit de la concurrence, il est apparent que certaines orientations politiques et juridiques de l'Union monétaire, et notamment le pacte de stabilité économique et monétaire, sont fortement inspirées des approches ordo-libérales⁶⁹⁰. Bien que le droit de l'Union européenne ne corresponde pas intégralement à l'idéal ordo-libéral, il en est très certainement fortement influencé en pratique. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les ordo-libéraux ont consacré beaucoup de leur attention théorique, comme de leur force en pratique, à la construction européenne. Or, dans la théorie ordo-libérale, le droit de la concurrence joue un rôle essentiel de contre-pouvoir vis à vis des pouvoirs privés.

ii. Contre-pouvoir aux pouvoirs privés

L'idéal des ordo-libéraux, c'est la liberté et non l'efficacité⁶⁹¹. L'efficacité est une conséquence de la liberté et non une fin en soi. Or, la liberté est menacée, non seulement par l'Etat, mais aussi par les pouvoirs privés. Il s'agit donc « de protéger l'ordre juridique privé, en tant que système, contre les dangers qui résultent des abus de la liberté de chacun et qui peuvent détruire cette liberté même »⁶⁹². Ici, on peut même tracer une analogie entre droit de la concurrence et droit du travail, car « dans les deux cas, le législateur a été contraint d'agir pour préserver le libre exercice des droits individuels que la puissance excessive de certains opérateurs économiques risquait d'étouffer »⁶⁹³. Cette orientation des ordo-libéraux est née dans les années 1920. La confrontation au pouvoir exorbitant dont disposaient alors les cartels industriels allemands va les inciter à défendre l'émergence d'institutions juridiques capables de s'opposer aux pouvoirs privés. Un observateur de la naissance de l'ordo-libéralisme a pu

⁶⁸⁹ D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe : Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2nd edition, 2001, pp.232-265.

⁶⁹⁰ C. Joerges, « La constitution économique européenne en processus et en procès », *Revue internationale de droit économique*, Volume 20, n°3, 2006, p. 245-284, pp.263-264.

⁶⁹¹ A. Dyevre, « La prise en considération de critères « extraconcurrentiels » dans le droit communautaire de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Volume 21, n°4, 2007, pp. 415-440, p.420.

⁶⁹² J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1998, p. 34

⁶⁹³ F. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, R.C.A.D.I., 1989-I, vol.213, pp.13-407, p.294.

qualifier ce mouvement comme une forme de « libéralisme autoritaire »⁶⁹⁴. C'est en grande partie sur cette idée de contre-pouvoir que repose en Europe le droit de la concurrence⁶⁹⁵. Une fonction assez proche de celle du droit antitrust américain à l'origine⁶⁹⁶. En d'autres termes, la liberté est la technique propre d'exercice du pouvoir dans la pensée et la pratique ordo-libérale⁶⁹⁷.

Dès lors, pour les ordo-libéraux, l'objectif principal du droit de la concurrence est de préserver la liberté contractuelle des acteurs privés. De nos jours, cet objectif est attaqué par les tenants de « l'approche plus économique » du droit de la concurrence⁶⁹⁸, qui souhaitent lui substituer l'efficacité économique⁶⁹⁹. Cependant, l'approche ordo-libérale a été, et demeure encore, au cœur de la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE. Ainsi, la structure même de ces articles semble indiquer un biais en faveur de l'approche ordo-libérale⁷⁰⁰. Par ailleurs, la tendance à reconnaître aisément une restriction de la concurrence lorsqu'une pratique entrave la liberté contractuelle plaide aussi dans ce sens. Il semble donc que la conceptualisation du droit de la concurrence comme contre-pouvoir demeure d'actualité.

L'approche ordo-libérale du droit de la concurrence joue un rôle décisif dans le cadre de son application à la *lex sportiva*. En effet, la *lex sportiva*, en tant qu'expression normative d'un pouvoir privé extraordinairement puissant et centralisé, est l'objet idéal du droit de la concurrence tel qu'envisagé par la pensée ordo-libérale. Le monopole des organisations sportives est intrinsèquement (comme le serait un gouvernement

⁶⁹⁴ H. Heller, 'Autoritärer Liberalismus', *Die Neue Rundschau* 44 (1933), 289 et s, cité dans C. Joerges, « La constitution économique européenne en processus et en procès », *Revue internationale de droit économique*, Volume 20, n°3, 2006, p. 245-284, p. 251.

⁶⁹⁵ S. Grundmann, 'The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law', *European Review of Private Law*, Volume 16, n°4, 2008, pp.553-581; G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power : The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart, 1997, p.99-104.

⁶⁹⁶ Sur le rapport du droit antitrust américain au pouvoir voir G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power : The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart, 1997, p.96-98

⁶⁹⁷ C'est la conclusion qu'en tire M. Foucault selon J-Y. Grenier et A. Orléan, 'Michel Foucault, l'économie politique et le libéralisme', *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°5, 2007, p. 1155-1182, p.1164-1165 et 1178.

⁶⁹⁸ Sur cette transformation fondamentale voir D. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford University Press, 2010, pp.192-195 et

⁶⁹⁹ Pour un plaidoyer en ce sens au nom de la sécurité juridique voir O. Odudu, *The boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006. *Contra* G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007 et G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power : The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart, 1997, p.109-129.

⁷⁰⁰ G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, p.26-29.

étatique) liberticide et donc suspect aux yeux des ordo-libéraux. Il est dès lors peu surprenant qu'au vu de la structure institutionnelle de la *lex sportiva*, elle ait été souvent reconnue *per se* restrictive de la concurrence⁷⁰¹. En résumé, le droit de la concurrence est parfaitement adapté, et même historiquement voué, à se saisir de situations impliquant la *lex sportiva*.

b. ...Efficace face à la *lex sportiva*

L'application extraterritoriale relève de la fonction du droit de la concurrence (i), elle a été reconnue en droit de l'UE (ii) et lui donne toute sa puissance face à la *lex sportiva* (iii).

i. L'application extraterritoriale : la logique transnationale du droit de la concurrence

L'application extraterritoriale du droit de la concurrence a donné lieu à de nombreux travaux⁷⁰². La dimension publique du droit de la concurrence implique que « son domaine d'application local doit résulter du sens et du but de la loi sur la concurrence » et « le droit international de la concurrence d'un Etat n'a pas vis-à-vis du droit matériel de la concurrence d'un autre Etat ou de la loi du for une position neutre d'arbitre; il ne peut pas y avoir en droit international de la concurrence — à l'inverse de ce qui se passe en droit international privé — une égalité formelle du droit étranger et du droit de la loi du for »⁷⁰³. Par conséquent, « [e]ffectuer leur [aux règles de la concurrence]

⁷⁰¹ Ce qui n'exclue pas que ces restrictions puissent être justifiées (voir Titre 2 ci-dessous) pour des motifs extra-économiques.

⁷⁰² Cette question à notamment occupé une place disproportionnée dans les Cours à l'académie de La Haye: E. Piontek, *European Integration and Economic Interdependence*, R.C.A.D.I., 1992-V, vol. 236, pp.9-126; J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1997, vol. 264, pp.9-178; J-G. Castel, *The extraterritorial effect of antitrust laws*, R.C.A.D.I., 1983, vol.179, pp.9-144 ; F. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, R.C.A.D.I., 1989-I, vol.213, pp.13-40 ; Et déjà B. Goldman, *Les Champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, R.C.A.D.I., 1969, vol.128, pp.631-729. Voir aussi R. Wish, *Competition Law*, Oxford University press, 5^{ème} édition, 2005, pp. 428-446 ; D. Geradin, M. Reysen and D. Henry, 'Extraterritoriality, Comity, and Cooperation in EU Competition Law', in A.T. Guzman (dir.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford University Press, 2010, pp. 21-44; D. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford University Press, 2010.

⁷⁰³ J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1997, vol. 264, pp.9-178, p. 34.

rattachement selon les règles générales du droit international privé aboutirait à ignorer leur propre volonté d'application »⁷⁰⁴. En effet, « [l]e but du droit des ententes est de protéger l'ordre économique étatique ou supra-étatique de troubles dus aux restrictions de la concurrence »⁷⁰⁵, ce qui a pour conséquence que son application relève d'une finalité, centrée sur les effets d'un comportement dans un cadre spatio-temporel précis. Dès lors, ce « n'est pas l'endroit où les actes restrictifs de la concurrence ont été effectués qui sera pris comme point de rattachement de la règle de conflit, mais la référence déterminante sera celle de l'endroit où les actes ont produit un effet, et donc le marché sur lequel la concurrence a été restreinte »⁷⁰⁶. Or, « [c]omme les offrants et les demandeurs de marchandises sur le marché intérieur ne sont pas seulement des entreprises ayant leur siège dans le pays mais aussi des entreprises étrangères, ces dernières doivent également être comprises dans la réglementation », d'autant que « [s]i cela n'était pas le cas, la protection de la concurrence sur le marché intérieur serait insuffisante et inefficace »⁷⁰⁷. Ce constat ne peut qu'être conforté par l'augmentation exponentielle des échanges transnationaux et du rôle des multinationales⁷⁰⁸. En effet, « la transnationalisation des relations économiques a entraîné les Etats à rechercher au-delà de leurs frontières les opérateurs dont l'activité est de nature à porter atteinte aux objectifs primordiaux de leur politique économique »⁷⁰⁹. Au final, « [l]e principe de l'effet en tant que *lex specialis* obligatoire chasse les règles générales du droit international public et privé » et « son application doit être immédiate et complète, c'est-à-dire qu'il ne dépend pas de l'invocation de la réserve de l'ordre public »⁷¹⁰. L'application extraterritoriale du droit de la concurrence repose sur la proposition qui veut qu'un Etat le droit de réguler les actes dont les effets se font sentir sur son territoire⁷¹¹. La

⁷⁰⁴Ibid, p. 37.

⁷⁰⁵Ibid, p. 40.

⁷⁰⁶Ibid, p. 41.

⁷⁰⁷ Ibid, p. 42-45.

⁷⁰⁸« Since foreign commerce is not spatially contained, a State must be able to exercise jurisdiction in antitrust matters with respect to activities taking place beyond its boundaries especially where a direct and substantial effect on its commerce can be shown. The reach of the jurisdiction is very important when the activities of multinational corporations are examined J-G. Castel, *The extraterritorial effect of antitrust laws*, R.C.A.D.I., 1983, vol.179, pp.9-144, p.22

⁷⁰⁹F. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, R.C.A.D.I., 1989-I, vol.213, pp.13-407, p. 292.

⁷¹⁰ J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1997, vol. 264, pp.9-178, p.47.

⁷¹¹ « The evolution of a jurisdiction-based regime for combating restraints on global competition revolves around the elaboration, application and implementation of a single idea. That idea expands the traditional

reconnaissance de la nécessité d'une application extraterritoriale du droit de la concurrence est partagée par de nombreux auteurs⁷¹².

ii. L'application extraterritoriale du droit de la concurrence de l'UE

Qu'en est-il en pratique pour le droit de la concurrence de l'UE? Les traités de l'UE sont peu disert sur ce point. Néanmoins, tant la Commission, que la Cour de justice ont développé des doctrines juridiques apparentées à la doctrine de l'effet incident⁷¹³.

La majorité de la doctrine reconnaît sur le fait « que le droit de la concurrence de la CEE repose bien sur le pur principe de l'effet incident et que les articles [101] et [102] du [TFUE] doivent, de ce fait, être aussi appliqués à des pratiques restrictives de la concurrence entièrement réalisées en pays tiers par des entreprises de pays tiers »⁷¹⁴. Cette unanimité est partagée par la Commission européenne depuis 1964 et l'affaire *Grosfillex-Fillstorff*⁷¹⁵. Elle « se réfère, selon une pratique constante, au principe de l'effet incident comme base des amendes et des injonctions d'abstention d'une activité qu'elle

jurisdictional principle that authorizes a state to regulate conduct on its territory by authorizing a state to regulate conduct that occurs *outside its territory where that conduct has particular effects within its territory*. » D. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford University Press, 2010, p.60.

⁷¹² Notamment par « La transnationalisation des relations économiques a exercé une influence sur l'application du droit économique. En effet, plus aucun marché n'est isolé de tous les autres. L'application du droit économique ne saurait laisser d'appréhender des actes ou des comportements qui, accomplis en dehors du territoire protégé, ont un effet sur ce territoire. Telle a été l'origine de ce qu'on a appelé application «extraterritoriale» du droit économique. » F. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, R.C.A.D.I., 1989-I, vol.213, pp.13-407, p.297. Plus mesuré à l'époque voir B. Goldman, *Les Champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, R.C.A.D.I., 1969, vol.128, pp.631-729, pp.689-718.

⁷¹³ Voir en général : E. Piontek, *European Integration and Economic Interdependence*, R.C.A.D.I., 1992-V, vol. 236, pp.9-126; J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1997, vol. 264, pp.9-178, p.91-97 ; J-G. Castel, *The extraterritorial effect of antitrust laws*, R.C.A.D.I., 1983, vol.179, pp.9-144 p. 74-79; R. Wish, *Competition Law*, 5th edition, Oxford University press, 2005, pp. 434-438 ; D. Geradin, M. Reysen and D. Henry, 'Extraterritoriality, Comity, and Cooperation in EU Competition Law', in A.T. Guzman (dir.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford University Press, 2010, pp. 21-44; D. Grisay, 'Concurrence : le droit européen dans le contexte international', *Journal Des Tribunaux*, n°65, janvier 2000, p.1-11.

⁷¹⁴ J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1997, vol. 264, pp.9-178, p.91

⁷¹⁵ Décision de la Commission, du 11 mars 1964, *Grosfillex-Fillstorff*, publiée au JO 58 du 9 avril 1964, p. 915-916.

adresse dans les affaires de concurrence aux entreprises d'Etats tiers »⁷¹⁶. Par conséquent, « [n]i le lieu du siège de l'entreprise à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté, ni l'endroit de la conclusion de l'acte restrictif de la concurrence, ni des activités ou une activité prépondérante d'affaires sur le territoire de la Communauté n'ont une importance décisive »⁷¹⁷. Bien que les entreprises impliquées aient systématiquement rejeté la compétence de la Commission européenne en la matière, celle-ci a fermement maintenu sa position et considère que « le droit international public n'interdit pas une application extraterritoriale du droit communautaire »⁷¹⁸. La Commission européenne, ainsi que les avocats généraux de la Cour de justice, sont largement favorables à la doctrine de l'effet incident, mais celle-ci n'a jamais été adoptée telle quelle par la Cour⁷¹⁹.

La Cour a refusé de reconnaître la doctrine de l'effet incident, et s'est au contraire efforcée de l'éviter⁷²⁰. La Cour a donc usé de deux doctrines différentes, celle de « l'unité de l'entreprise » et celle de « l'endroit de mise en œuvre de la pratique restrictive » pour atteindre un résultat équivalent et conforter en pratique la solution adoptée par la Commission. En effet, elle a dans l'arrêt *Dyestuff*⁷²¹ utilisé une interprétation généreuse de la notion d'unité de l'entreprise qui permet de rattacher *de facto* l'activité d'une entreprise formellement située à l'extérieur de l'UE au territoire de l'Union par l'intermédiaire de sa filiale locale⁷²². Cependant, le cas de figure d'une entreprise qui ne disposerait pas d'une filiale sur le territoire de l'Union européenne demeurerait problématique. La Cour s'est finalement prononcée dans un arrêt concernant un cartel d'entreprises canadiennes et américaines productrices de pâte de bois, en faveur de

⁷¹⁶ J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1997, vol. 264, pp.9-178, p.96.

⁷¹⁷ Ibid.

⁷¹⁸ Ibid, p.97.

⁷¹⁹ D. Geradin, M. Reysen and D. Henry, 'Extraterritoriality, Comity, and Cooperation in EU Competition Law', in A.T. Guzman (dir.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford University Press, 2010, pp. 21-44, pp.27-29

⁷²⁰ "At the same time, however, we should not miss the obvious fact that in all cases which offered the Court an opportunity to rule directly on the "effects doctrine" the judgments were characterized by an intentional avoidance of the use of the doctrine. E. Piontek, *European Integration and Economic Interdependence*, R.C.A.D.I., 1992-V, vol. 236, pp.9-126, p.114

⁷²¹ CJUE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commission*, aff. 48/69, Rec. p.619.

⁷²² D. Geradin, M. Reysen and D. Henry, 'Extraterritoriality, Comity, and Cooperation in EU Competition Law', in A.T. Guzman (dir.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford University Press, 2010, pp. 21-44, p.25 et D. Grisay, 'Concurrence: le droit européen dans le contexte international', *Journal Des Tribunaux*, n°65, janvier 2000, p.1-11, p.2.

l'application du droit de la Concurrence au comportement d'une entreprise ayant son siège à l'extérieur de l'UE. Dans cette affaire, la Commission s'est fondée sur la doctrine de l'effet incident pour justifier l'application du droit de la concurrence de l'UE⁷²³. Toutefois, en l'espèce, la Cour « a utilisé le rattachement de l'endroit de la mise en œuvre de la pratique restrictive »⁷²⁴. En effet, la Cour a affirmé qu' « une atteinte à l'article 85 implique deux éléments de comportement, à savoir la formation de l'entente et sa mise en œuvre ». Or, le recours au lieu de la formation de l'entente « aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire aux dites interdictions: ce qui est déterminant est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre »⁷²⁵. Ce rattachement reposerait sur le principe de la territorialité qui est universellement reconnu en droit international public⁷²⁶. Cet arrêt a été perçu comme une « approbation camouflée »⁷²⁷, une « adaptation »⁷²⁸, de l'effet incident du droit de la concurrence, qui a pour conséquence l'extension quasi-illimitée de la compétence de la Commission pour poursuivre les entreprises des pays tiers en cas d'activité restreignant la concurrence au sein de l'union européenne⁷²⁹. Cette compétence extraterritoriale de l'UE en matière de droit de la concurrence ne va pas sans poser de problèmes au stade de l'exécution⁷³⁰. En effet, il est reconnu que « la Communauté ne peut pas exercer ses pouvoirs matériels de coercition en dehors du territoire du marché commun »⁷³¹. Par exemple, il est incertain que la Commission puisse mener une enquête, au sens de l'article 20 du règlement 1/2003 en dehors du territoire de l'UE⁷³². La compétence extraterritoriale est donc « en pratique limitée par les difficultés rencontrées à la mise en œuvre extraterritoriale des

⁷²³ Décision de la Commission, 19 décembre 1984, *Pâte de bois*, publiée au JO L 85 du 26 mars 1985, pp.1-52.

⁷²⁴J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1997, vol. 264, pp.9-178, p.97.

⁷²⁵CJUE, 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö et al c. Commission*, aff. jointes 89/85, Rec. p.5243, pt.16

⁷²⁶Ibid, pt.18.

⁷²⁷ J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1997, vol. 264, pp.9-178, p.97.

⁷²⁸ D. Grisay, 'Concurrence : le droit européen dans le contexte international', *Journal Des Tribunaux*, n°65, janvier 2000, p.1-11, p.3.

⁷²⁹ « The judgment gave the Commission the power to proceed worldwide against third countries' enterprises concerting their anti-competitive action even if they have no form of a presence at all within the Community. » E. Piontek, *European Integration and Economic Interdependence*, R.C.A.D.I., 1992-V, vol. 236, pp.9-126, p.120

⁷³⁰ D. Grisay, 'Concurrence : le droit européen dans le contexte international', *Journal Des Tribunaux*, n°65, janvier 2000, p.1-11, p.3-4.

⁷³¹ Ibid, p.3.

⁷³² R. Wish, *Competition Law*, Oxford University press, 5^{ème} édition, 2005, pp. 438.

règles, notamment pour la collecte des informations nécessaires pour prouver les éléments constitutifs d'une pratique litigieuse; ou par la mise en application des décisions de condamnation d'entreprises établies en dehors du territoire communautaire »⁷³³.

Dès lors dans l'espace transnational, et en l'absence d'une véritable politique internationale de concurrence, « seuls peuvent aujourd'hui être utilisés les instruments d'action classiques, réservés par le droit européen aux entreprises »⁷³⁴. En bref, la Commission et la Cour ont « fait le travail théorique nécessaire pour pouvoir intervenir à l'encontre de sociétés situées en dehors du territoire communautaire »⁷³⁵.

iii. La *Lex Sportiva* prisonnière des griffes du droit de la concurrence de l'UE

Les organisations sportives internationales sont pour la plupart implantées en Suisse ou dans des juridictions qui leur offrent un statut favorable, comme Monaco pour l'IAAF. Cette implantation leur permet bien souvent d'échapper à l'application des droits étatiques, d'autant plus qu'elles ont en général introduit des clauses d'arbitrages interdisant le recours aux juges étatiques. Cette capacité à se barricader juridiquement grâce à un forum shopping judiciaire est amplifiée par l'asymétrie de pouvoir entre l'Etat-nation et les organisations sportives transnationales. Dès lors, l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, mais aussi des libertés fondamentales⁷³⁶, permet de percer la carapace juridique patiemment construite autour de la *lex sportiva* pour isoler des droits étatiques. Le droit de la concurrence « sans frontière »⁷³⁷, fondé sur les effets est donc lui aussi particulièrement adapté au nouveau jeu juridique causé

⁷³³ D. Grisay, 'Concurrence : le droit européen dans le contexte international', *Journal Des Tribunaux*, n°65, janvier 2000, p.1-11, p.4.

⁷³⁴ Ibid, p.2.

⁷³⁵ Ibid, p.11.

⁷³⁶ Cette question n'a pas été abordée dans le cadre du chapitre 1, mais elle est de même nature. L'arrêt Walrave affirme en effet: «Attendu que la règle de non-discrimination, du fait qu'elle est impérative, s'impose pour l'appréciation de tous rapports juridiques, dans toute la mesure ou ces rapports, en raison soit du lieu où ils sont établis, soit du lieu où ils produisent leurs effets, peuvent être localisés sur le territoire de la communauté » CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p. 1418, pt. 28.

⁷³⁷ E. Fox, 'Antitrust without borders : From roots to codes to networks' in A. Guzman (dir.), *Cooperation, Comity and Competition Policy*, Oxford University Press, 2010, pp.265-285.

par la mondialisation du droit, car il fait fi de la localisation formelle pour s'intéresser à la localisation effective. Or, dans le cadre de l'activité sportive, il est extrêmement rare que les règlements de la *lex sportiva* n'aient pas un impact sur des situations concrètes localisées sur le territoire de l'Union européenne. Le droit de l'UE peut donc aisément saisir la *lex sportiva*, mais aussi la sanctionner, car la mise en œuvre des sanctions prononcées peut elle aussi souvent se faire sans avoir recours à l'aide de l'Etat où l'organisation est localisée.

Le droit de la concurrence de l'UE constitue donc, un véritable contre-pouvoir particulièrement efficace vis-à-vis de la *lex sportiva*,

IV. Conclusion du chapitre

Le droit de la concurrence de l'UE était *a priori* bien placé pour s'opposer à la *lex sportiva* et au pouvoir privé qu'elle représente. Il est donc étonnant qu'il ait fallu attendre la fin des années 90 pour que ce contre-pouvoir soit mis en oeuvre⁷³⁸. Par ailleurs, avant l'arrêt *Bosman* le droit de l'UE n'était pas considéré comme un recours efficace face aux règles de la *lex sportiva*. Ce n'est qu'après la médiatisation extrême dont ont fait l'objet l'arrêt *Bosman* et les conclusions de l'avocat général démontrant l'importance potentielle du droit de la concurrence, que les recours fondés sur le droit de la concurrence se sont multipliés auprès de la Commission⁷³⁹. Cette tendance a donc mis un point final à la procrastination de la Commission en la matière⁷⁴⁰, même si la résistance politique farouche des organisations sportives à son intervention semble l'avoir quelque peu échaudée depuis⁷⁴¹.

⁷³⁸ J. Rideau 'Règles sportives et droit communautaire' in P. Collomb (dir.), *Sport, Droit et Relations Internationales*, Economica, 1988, pp. 141-154.

⁷³⁹ Il est question d'environ 80 dossiers liés au sport, voir J.-Ph. Dubey et J.-L. Dupont, 'Droit européen et sport : Portrait d'une cohabitation', *Journal des tribunaux*, n°85, Janvier 2002, p.1-16, p.2.

⁷⁴⁰ K. Van Miert, 'L'arrêt « Bosman » : la suppression des frontières sportives dans le Marché unique européen', *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1996, p. 5-9

⁷⁴¹ « In the sports sector, the Commission has been busier than the Court since *Bosman* and there is here a discernible feel that the Commission intends to draw a line under its adventures, and, moreover, with a sigh of relief. Neither Mr Monti nor Ms Reding, Commissioners for Competition and Culture respectively, have gathered much popular approval for their engagement with the sports sector and, at times of potentially radical institutional change within the Union's architecture, it would be unrealistic to suppose that such perceptions do not colour choice of priorities." S. Weatherill, "Fair Play Please!": Recent

Le droit de la concurrence est devenu central dans l'interaction entre *lex sportiva* et droit de l'UE. Il a notamment permis à la Commission d'imposer des réformes normatives et institutionnelles à la *lex sportiva*⁷⁴². C'est donc à raison que son application est devenue la crainte des administrateurs de la *lex sportiva*. Pour eux ce « terrain peu approprié »⁷⁴³ de rencontres entre *lex sportiva* et droit de l'UE, « est susceptible de mettre en danger les principes sur lesquels repose l'organisation du sport en Europe depuis plus d'un siècle »⁷⁴⁴. Elle ouvrirait la voie à « une importante vague de contestations des règles qui régissent le sport en Europe »⁷⁴⁵. Il y a une part de vérité dans cette vision apocalyptique, le droit de la concurrence constitue potentiellement un moyen de contester quasiment toutes les règles imposées par les organisations sportives⁷⁴⁶. Par conséquent, comme le remarque justement Frank Latty, « l'ordre juridique communautaire n'est pas sans moyens pour jauger la *lex sportiva* et faire efficacement obstacle à son application »⁷⁴⁷.

Bien que la Cour ait reconnu la fonction publique de la *lex sportiva* en la soumettant aux libertés fondamentales, c'est dans sa forme et fonction privées qu'elle est saisie par le droit de la concurrence. Ce paradoxe, illustre bien la schizophrénie de la *lex sportiva*, qui n'a eue de cesse de jouer un double jeu juridique, public et privé, pour échapper au contrôle des droits nationaux. Un double jeu qui caractérise à bien des égards le jeu politique et juridique transnational en cours. Cette mutation du marché et de l'Etat, de la sphère publique et de la sphère privée, se réfléchit au sein du droit de l'UE dans la difficulté ressentie par les juristes à distinguer le champ d'application du droit de la concurrence et des libertés fondamentales⁷⁴⁸. Le droit de l'UE est d'abord pragmatique,

Developments in the Application of EC Law to Sport', *Common Market Law Review*, Volume 40, n°1, 2003, pp.51-93, p.60.

⁷⁴² Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

⁷⁴³ J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237, p.220.

⁷⁴⁴ Ibid, p.230.

⁷⁴⁵ Ibid, p.231.

⁷⁴⁶ Pour un appel clair à faire usage du droit de la concurrence pour changer le mode de gouvernement de la *lex sportiva* voir S. Weatherill, 'Is the Pyramid compatible with EC law?' in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, pp.259-271.

⁷⁴⁷ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.709.

⁷⁴⁸ J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002. K. Mortelmans, 'Towards convergence in the application of

la nature juridique incertaine de la *lex sportiva*, n'a pas fait obstacle à son contrôle. Finalement, cette capacité de saisie, et même, comme nous le verrons, de contrôle, du droit de la concurrence est un atout fondamental de l'UE dans l'espace juridique transnational. Un atout qui dépasse de loin le cadre spécifique de la *lex sportiva*⁷⁴⁹, même si c'est dans ce domaine qu'il a pu s'exprimer pleinement depuis maintenant une vingtaine d'années.

the rules on free movement and on competition', *Common Market Law Review*, Volume 38, n°3, 2001, p.613-649.

⁷⁴⁹ I. Maher, 'Competition Law and Transnational Private Regulatory Regimes: Marking the Cartel Boundary', *Journal of Law and Society*, Volume 38, n°1, March 2011, p.119-137 et F. Cafaggi, 'Self-Regulation in European Contract Law', *European Journal of Legal Studies*, n°1, 2007, p.1-52, pp.25-45.

Conclusion du Titre I

Le droit de l'UE dispose bien de cette « puissance de feu décuplée »⁷⁵⁰ face à la *lex sportiva*. Cette puissance « contraste avec la relative impuissance des ordres juridiques étatiques et avec le peu d'impact de l'ordre juridique international sur la *lex sportiva* »⁷⁵¹. Une capacité de résistance à laquelle la *lex sportiva* n'était donc pas habituée, elle, dont les représentants étaient convaincus que « [l]a Cour de justice ne pourrait constater la nullité éventuelle d'une règle internationale, applicable dans plus de 100 pays »⁷⁵². Cette force, l'UE la doit principalement à un ensemble de déplacements juridiques qui ont mené à la saisie par le biais des libertés fondamentales et du droit de la concurrence de la *lex sportiva*. Certains déplacements ne sont pas anodins, la décision d'opposer les libertés fondamentales aux règles formellement privées (mais fonctionnellement publiques) de la *lex sportiva* est capitale. Celle de refuser d'exclure les organisations sportives du champ d'application du droit de la concurrence, car elles exerceraient des prérogatives de puissance publique, l'est tout autant. Conjointement, ces deux chemins juridiques constituent un contre-pouvoir efficace face à la *lex sportiva*.

Sur un plan plus abstrait, ces déplacements juridiques traduisent la position de force qu'occupe le droit de l'UE dans l'espace juridique transnational. Ainsi, dans sa confrontation avec la *lex sportiva*, il dispose d'atouts qui manquent cruellement à l'Etat-nation. Ses catégories juridiques sont plus flexibles (moins sclérosées par un nationalisme méthodologique endémique), sa rationalité est fonctionnelle et dynamique (et non territoriale et conservatrice), son caractère transnational brise le jeu asymétrique entre Etats et pouvoirs transnationaux. Il nous semble bien que « [l]'Union européenne est un échiquier où la souveraineté formelle peut être échangée contre le pouvoir réel »⁷⁵³. Le secret du succès de l'Union européenne résiderait dans le paradoxe qui veut que l'abandon de souveraineté renforce la souveraineté⁷⁵⁴. D'ailleurs, selon Jean

⁷⁵⁰F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.696.

⁷⁵¹F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 729.

⁷⁵²CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p.1413.

⁷⁵³U. Beck, 'Réinventer l'Europe. Une vision cosmopolite', *Cultures & Conflits*, n°68, hiver 2007, p.17-29, p.23.

⁷⁵⁴Ibid, p.24 et U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p. 194, pp.327-328 et pp.377-380.

Monnet, « la souveraineté dépérit quand on la fige dans les formes du passé ». Au contraire, « [p]our qu'elle vive, il est nécessaire de la transférer, à mesure que les cadres de l'action s'épanouissent dans un espace plus grand où elle se fusionne avec d'autres appelées à la même évolution »⁷⁵⁵. Dès lors, serait-il possible que ce qu'Habermas appelle de ses vœux, « une démocratie par-delà l'Etat national »⁷⁵⁶, prenne forme par la voie judiciaire? Et si ce n'était pas d'une constitution dont l'Union européenne aurait besoin, mais plutôt d'une prise de conscience des opportunités juridiques qu'offre déjà son droit pour contrecarrer les pouvoirs privés transnationaux? L'utopie d'un Etat-providence européen, désirable ou pas, paraît tellement lointaine dans le contexte actuel⁷⁵⁷. Ne faut-il pas alors adopter un point de vue pragmatique: ce sont les nouveaux contre-pouvoirs transnationaux incarnés par le droit de l'UE qui fondent (et fonderont) sa légitimité aux yeux des citoyens européens.

Toutefois, encore faut-il que ces opportunités soient perçues. Or, l'arrêt *Bosman* résonne dans les esprits, non pas comme un symbole de la liberté triomphant d'un pouvoir transnational autoritaire, mais bien du néolibéralisme triomphant de l'éthique sportive et de son désintéressement. Cet « effet de déréglementation »⁷⁵⁸ n'est pas seulement perçu dans le contexte de l'application du droit de l'UE à la *lex sportiva*, au contraire c'est un écueil reconnu de l'entrave, le risque de tomber de Charybde en Scylla est grand. Dans le contexte de la *lex sportiva*, l'ancrage d'une telle perception, fortement encouragée par le pouvoir médiatique des organisations sportives, a été rendu possible par le biais de la collaboration, involontaire bien souvent, des juristes. En effet, ces traducteurs assermentés, dans leurs espaces publics respectifs, du droit de l'UE ont, dans leur grande majorité, résumé la saisie de la *lex sportiva* à une décision d'incompatibilité avec le droit de l'UE. Cette confusion est compréhensible pour tout juriste classique formé au syllogisme juridique selon lequel la qualification entraîne les conséquences juridiques prévues par la règle. Autrement dit, si la *lex sportiva* est une restriction aux libertés fondamentales ou à la libre concurrence, alors elle est contraire

⁷⁵⁵ J. Monnet, *Mémoires*, Fayard, Livre de poche, p.742.

⁷⁵⁶ J. Habermas, *Après l'Etat-nation : Une Nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000, p.141.

⁷⁵⁷ Pour un point de vue extrêmement critique sur sa faisabilité ainsi que sa désirabilité voir K-H. Ladeur, 'We, the European People . . . —Relâche?', *European Law Journal*, Volume 14, n°2, March 2008, p. 147-167.

⁷⁵⁸ L. Azoulai, 'La formule de l'entrave', L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.1-21, p.14.

au droit de l'UE. Cependant, cette méthode juridique n'est pas celle du droit de l'UE. En effet, l'étape de la saisie ne permet pas de déduire directement un ensemble de conséquences prédéterminées, il faut tout d'abord passer par l'étape du contrôle (de proportionnalité) qui offre à la *lex sportiva* (tout comme au droit étatique) la possibilité de justifier de sa spécificité.

TITRE 2 : LE CONTROLE DE LA *LEX SPORTIVA* PAR LE DROIT DE L'UE : VERS UN « TRANSNATIONALISME
DELIBERATIF »?

La saisie, et c'est là une dimension essentielle pour bien comprendre le mode d'application du droit de l'UE à la *lex sportiva*, n'est qu'une première étape du « cadre de comparution »⁷⁵⁹ de la *lex sportiva* devant le droit de l'UE. Elle est suivie d'un contrôle de proportionnalité qui vise à établir si la restriction potentielle de la libre concurrence ou des libertés fondamentales peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. Il est remarquable que malgré l'absence initiale d'un tel contrôle en droit de la concurrence, celui-ci ait été progressivement intégré à sa structure juridique, pour accommoder, notamment, la fonction publique de la *lex sportiva*. L'intensité du contrôle exercé par l'Union européenne repose sur les différentes étapes du contrôle de proportionnalité utilisé par la Cour et dépend de sa mise en œuvre particulière dans le contexte de la *lex sportiva* (Chapitre1). Ce contrôle de proportionnalité est aussi agrémenté d'une caractéristique particulière à la *lex sportiva* : le recours à la notion de spécificité sportive dans le cadre de sa mise en oeuvre (Chapitre 2). Cet usage, d'abord politique, puis, plus récemment, juridique du concept de spécificité sportive, traduit la réceptivité du droit de l'UE à la rationalité propre qui sous-tend la *lex sportiva*.

Cette partie vise donc à démontrer qu'un « droit des conflits »⁷⁶⁰ spécifique se met en place entre le droit de l'UE et la *lex sportiva* qui mène à la construction d'« une Europe de la diversité raisonnée »⁷⁶¹.

⁷⁵⁹L. Azoulay, 'Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence', *Revue trimestrielle de droit européen*, n°1, 2008, pp.29-45, p.29.

⁷⁶⁰ En référence aux travaux de Christian Joerges et Jürgen Neyer. Voir : C. Joerges, 'Unity in Diversity as Europe's Vocation and Conflicts Law as Europe's Constitutional Form', LEQS Paper No. 28/2010 (accessible à <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPaper28.pdf>) et C. Joerges et J. Neyer, 'À propos de l'évolution fonctionnelle du droit des conflits de lois II: une constitution légitime pour la constellation post-nationale', *Revue internationale de droit économique*, Volume 28, n°1-2, 2013, p.79-93.

⁷⁶¹ J. Dutheil de la Rochère, 'Préface' in L. Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.v.

Chapitre 1 : Le contrôle de proportionnalité: justifier la *lex sportiva*

La *lex sportiva* qu'elle soit considérée comme fonctionnellement privée ou publique est saisie soit par les libertés fondamentales, soit par le droit de la concurrence. Toutefois, elle n'est pas automatiquement condamnée. Le fait de tomber dans le champ du droit de l'UE ne la rend pas *per se* contraire à celui-ci. Au contraire, son évaluation repose sur une méthode de contrôle adoptée dans le domaine des entraves aux libertés fondamentales et transposée, au bénéfice de la *lex sportiva*, dans le droit de la concurrence : le contrôle de proportionnalité.

En effet, la Cour et la Commission ont admis que les restrictions imposées aux libertés fondamentales et à la libre concurrence par la *lex sportiva* puissent être justifiées, donc compatibles avec le droit de l'UE, à condition de poursuivre un objectif légitime et d'être proportionnées à celui-ci. Une partie de la doctrine, semble ignorer cette étape du raisonnement de la Cour lorsqu'elle estime que :

« [La Cour] casse le principe de subsidiarité communautaire et viole, parallèlement, l'autonomie des normes sportives dans son aspect le plus délicat : celui des règles sur le terrain de jeu. Plus encore, en imposant l'abolition d'une règle sans donner aux organes sportifs la possibilité de la remplacer, elle déstabilise complètement le système des règles juridiques qui régissent le sport en affaiblissant le principe hiérarchique générateur. »⁷⁶²

Ainsi, la Cour céderait « à une conception purement économique du sport, négligeant les dimensions d'éducation des masses, de cultures citoyenne, de santé publique »⁷⁶³, ce qui traduirait « une vision incroyablement unilatérale, un espace purement économique sans en percevoir les caractères sociaux, politiques, éthiques », qui choisirait « la voie juridiquement anticomunautaire portant atteinte aux identités sportives nationales »⁷⁶⁴. Dans cette optique, l'affaire *Bosman* « continuera à grever le sport européen, avec

⁷⁶² A. Manzella, 'La dérégulation du football par l'Europe', *Pouvoirs*, 2002/2, n°101, pp. 39-47, p.40.

⁷⁶³ Ibid.

⁷⁶⁴ Ibid, p.41.

toutes ses conséquences, comme une sorte de Tchernobyl que l'on ne parvient pas à désamorcer »⁷⁶⁵. Cet auteur est particulièrement vif dans sa critique de la Cour, mais il reflète assez fidèlement la perception de l'arrêt *Bosman* dans les milieux sportifs et dans le grand public en général⁷⁶⁶. En bref, « [l]es intérêts sportifs défendus par les fédérations européennes ont dû ainsi s'effacer au profit d'une libéralisation du marché des travailleurs sportifs communautaires »⁷⁶⁷. Cette mythologie de l'arrêt *Bosman* a été efficacement déconstruite récemment⁷⁶⁸, mais elle demeure profondément ancrée dans l'imaginaire collectif.

Nous pensons que la Cour s'est, en réalité, efforcée par l'intermédiaire du contrôle de proportionnalité de comprendre et d'intégrer la rationalité propre à la *lex sportiva* dans son intervention. En effet, « la conclusion que certains acteurs privés sont soumis aux règles sur la libre circulation ne marque pas la fin de leur autonomie »⁷⁶⁹. Au contraire, nous allons montrer comment en usant du contrôle de proportionnalité, les institutions européennes ont su, tout en lui imposant une obligation de justification, respecter la fonction de la *lex sportiva* et préserver une forme de « transnationalisme délibératif »⁷⁷⁰.

⁷⁶⁵ Ibid, p.44.

⁷⁶⁶ Faisant le même constat, voir M. Schotté, 'La structuration du football professionnel européen. Les fondements sociaux de la prévalence de la « spécificité sportive »', *Revue Française de Socio-économie*, n°13, 2014, pp.85-106. Voir aussi en ce qui concerne l'UEFA, B. Garcia, 'UEFA and the European Union: From Confrontation to Co-operation?', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.202-223.

⁷⁶⁷ W. Gasparini et J-F. Polo, « L'espace européen du football » Dynamiques institutionnelles et constructions sociales, *Politique européenne*, n°36, 2012, p. 9-21, p.10.

⁷⁶⁸ M. Schotté, 'La structuration du football professionnel européen. Les fondements sociaux de la prévalence de la « spécificité sportive »', *Revue Française de Socio-économie*, n°13, 2014, p.85-106. Voir aussi plus nuancé, O. Le Noé, 'Le New Deal sportif après l'arrêt Bosman : stratégie judiciaire et reconfiguration des relations professionnelles dans le football' in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 201-214, p.208.

⁷⁶⁹ Conclusions du 23 mai 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, Rec. I-10779, pt.49.

⁷⁷⁰ En référence au « supranationalisme délibératif » défendu par Christian Joerges et Jürgen Neyer, voir dernièrement C. Joerges et J. Neyer, "Deliberative Supranationalism" Revisited', *EUI LAW Working Paper*, 2006/20 (accessible à <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6251/LAW-2006-20.pdf?sequence=1>).

I. L'application du contrôle de proportionnalité à la lex sportiva

La *lex sportiva* saisie par l'Union européenne *via* les libertés fondamentales et le droit de la concurrence peut échapper à l'incompatibilité en démontrant la proportionnalité de ses règles au regard des objectifs qu'elles visent à atteindre. Le contrôle de proportionnalité (a) a joué un rôle crucial en ce qui concerne l'articulation de la *lex sportiva* avec les libertés fondamentales (b) et, de manière plus inattendue, en droit de la concurrence (c).

a. Les racines du contrôle de proportionnalité en droit de l'UE

L'idée de proportionnalité était présente sous un aspect peu formalisé du temps du traité instituant de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier⁷⁷¹. Mais, ce n'est qu'avec l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*⁷⁷², que la Cour reconnaît au principe de proportionnalité la qualité de principe général du droit de l'UE⁷⁷³. Il a été introduit par le traité de Maastricht à l'article 5 paragraphe 4 du traité sur l'Union européenne (ci-après TUE), qui énonce qu'« en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

Le principe de proportionnalité tel qu'il est employé par les institutions européennes est défini comme suit : « en vertu de ce principe, la légalité de l'interdiction d'une activité économique est subordonnée à la condition que les mesures d'interdiction soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les

⁷⁷¹ Denys Simon le fait remonter à la jurisprudence de la Cour de justice contemporaine de la CECA, voir D. Simon, 'Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes', *Petites Affiches*, 05 mars 2009, n°46.

⁷⁷² CJUE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff.11/70, Rec. p.114, pt.4 mis en relation avec pt.14-16.

⁷⁷³ F. G. Jacobs, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law', in E. Ellis (dir.), *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 1-21, p.1.

inconvenients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »⁷⁷⁴. En théorie il comprend trois étapes : l'aptitude (l'acte en cause doit être apte à atteindre l'objectif poursuivi), la nécessité, il ne doit pas exister de moyen moins coûteux pour atteindre l'objectif poursuivi ; et, enfin, la proportionnalité au sens strict, les effets restrictifs ne doivent pas être démesurés au regard de l'objectif poursuivi. Certains auteurs omettent de mentionner l'étape préalable que constitue l'identification d'un objectif légitime poursuivi par la mesure en cause⁷⁷⁵. Toutefois, la formule de l'arrêt *Fedesa* n'est pas exhaustive de l'interprétation donnée par la Cour du contrôle de proportionnalité, plusieurs études ont pointé du doigt le laxisme formel avec lequel ce test est appliqué et la forte variabilité de la jurisprudence en la matière⁷⁷⁶. Ainsi, il semblerait que dans le cadre du droit des entraves, le contrôle dit de nécessité de la mesure « occupe une place prépondérante »⁷⁷⁷.

Le principe de proportionnalité a pu être considéré dans le contexte du droit de l'UE comme une technique de gouvernance aux mains du juge ⁷⁷⁸, mais aussi, dans s'agissant du droit des entraves, comme une « norme d'efficience »⁷⁷⁹. Il s'applique tant aux mesures adoptées par les institutions de l'UE, qu'aux mesures adoptées par les Etats

⁷⁷⁴ CJUE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a*, aff. C-331/88, Rec. p.I-4023, pt.13.

⁷⁷⁵ Ignorant cette étape, voir G. de Búrca, 'The Principle of Proportionality and its Application in EC Law', *Yearbook of European Law*, Volume 13, 1993, pp.105-150, p.113.

⁷⁷⁶ « Thus, for example, in the case law of the ECJ we have seen that there is no consensus even on how to define the concept, whether it contains two or three elements and whether (and, if so, to what extent) it has a different content depending on the situation, that is to say, primarily on the nature of the interests involved. », W. van Gerven, 'The effect of proportionality on the actions of Member states', E. Ellis (dir.), *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 37-63, p. 60. « Far from dictating a uniform test, it is an open-textured principle which is used in different contexts to protect different interests, and it entails different degrees of judicial scrutiny. » T. Tridimas, 'Searching for the appropriate standard of scrutiny', in E. Ellis (dir.), *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 65-84, p.84.

⁷⁷⁷ D. Simon, 'Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes', *Petites Affiches*, 05 mars 2009, n°46. C'est aussi l'opinion de Antonio Marzal Yetano dans sa thèse récente sur *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Paris 1, 2013.

⁷⁷⁸ "After the consolidation of the ECJ's "constitutional" doctrines of supremacy and direct effect, the emergence of proportionality balancing as a master technique of judicial governance is the most important institutional innovation in the history of European legal integration." A. Stone Sweet et J. Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 47, 2008, pp. 73-165, p. 141.

⁷⁷⁹ Voir A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Paris 1, 2013, pp. 238-377

membres. Il possède donc une dimension à la fois verticale et horizontale⁷⁸⁰. D'ailleurs, la Cour fait une application moins stricte du principe dans son contrôle des actes de l'UE⁷⁸¹.

L'application du contrôle de proportionnalité aux actes des institutions de l'UE ne relève pas de cette thèse. En effet, c'est uniquement par son couplage avec les libertés fondamentales et, de manière plus surprenante, avec le droit de la concurrence que ce contrôle est devenu central dans le conflit entre *lex sportiva* et droit de l'UE.

b. Le contrôle de proportionnalité dans l'application des libertés fondamentales à la *lex sportiva*

Le contrôle de proportionnalité est un élément caractéristique des libertés fondamentales, indissociable de la figure de l'entrave⁷⁸². En effet, parallèlement à l'introduction par la Cour de la notion d'entrave est venue se greffer, revers de la médaille, le contrôle de proportionnalité⁷⁸³. On a même pu considérer que « la notion d'entrave à la circulation avait pour seule vertu de définir le champ d'application du principe de proportionnalité, en créant une présomption de disproportion »⁷⁸⁴. Il permet donc, dès qu'une entrave est identifiée, d'évaluer l'acte étatique en cause et de décider de sa compatibilité avec le droit de l'UE. Dans ce contexte, l'objet du contrôle de proportionnalité n'est pas de réconcilier deux droits fondamentaux, mais bien de contrôler si l'objectif poursuivi, et surtout la façon de le poursuivre, peut justifier une

⁷⁸⁰ "In the EC/EU context, the Court's move to proportionality can be characterized as having "constitutional" importance – or is inherently constitutional – in at least two ways. First, when it deploys PA, the ECJ is doing what constitutional and supreme courts do, namely, managing tensions and conflicts between rights and freedoms, on the one hand, and the power of the EC/EU and of Member States, on the other. Second, harnessed to the "constitutional" doctrines of supremacy and direct effect. PA constitutes a mechanism of coordination between the supranational legal order and national legal orders." A. Stone Sweet et J. Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 47, 2008, pp. 73-165, p. 145.

⁷⁸¹ D. Chalmers, *European Union Public Law*, Cambridge University Press, 2010, p.369.

⁷⁸² A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Paris 1, 2013. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2012, p.616-640.

⁷⁸³ T. Tridimas, 'Searching for the appropriate standard of scrutiny' in E. Ellis, *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 65-84, p.70 ; N. Emiliou, *The Principle of proportionality in European law : A Comparative Study*, Kluwer, 1996, p. 227-265.

⁷⁸⁴ A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Paris 1, 2013, p. 238.

entrave aux libertés fondamentales. Cette utilisation du test de proportionnalité est proche de ses racines en droit administratif allemand, à l'époque il visait à vérifier si les forces publiques excédaient ou non leur pouvoir⁷⁸⁵.

i. Les objectifs légitimes reconnus par la Cour en faveur de la *lex sportiva*

La première étape du contrôle de proportionnalité vise à identifier si la règle en cause poursuit un objectif pouvant être qualifié de légitime. Cette étape est rarement sujette à débat juridique lorsqu'une réglementation étatique est concernée. En effet, on peut supposer que l'action étatique vise l'intérêt général, il est donc rare (voire impossible) que cette action ne puisse pas être rattachée à une raison impérieuse⁷⁸⁶. Ce qui ne signifie pas que le choix de l'objectif invoqué ne soit pas crucial pour la suite du contrôle⁷⁸⁷. En l'espèce, toutefois, la *lex sportiva* est, du point de vue de l'Union européenne et des Etats, le produit d'associations privées. *A priori*, elle ne poursuit pas l'intérêt général, mais l'intérêt des associations concernées. Dès lors, il n'était pas évident qu'un objectif légitime puisse être invoqué pour justifier une entrave des libertés fondamentales⁷⁸⁸. Ce qui explique que la doctrine allemande ait tenté d'imposer une conciliation avec la liberté d'association comme limite (*Schranke*) aux libertés fondamentales⁷⁸⁹. Or, et ce déplacement juridique est intimement lié à la reconnaissance préalable de la *lex sportiva* comme fonctionnellement équivalente au droit étatique dans le champ des libertés de circulation, l'arrêt *Bosman* va admettre que « (r)ien ne s'oppose en effet à ce que les justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la

⁷⁸⁵ B. Schlink, 'Proportionality', in M. Rosenfeld et A. Sajo (dir.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, pp.718-737, p.727-728. Mais, Duncan Kennedy propose lui une théorie alternative de l'émergence du test de proportionnalité en Allemagne. En effet, il considère comme plausible une importation de la figure de la mise en balance utilisée par la Cour suprême des Etats-Unis suite à l'occupation américaine de l'Allemagne après la seconde guerre mondiale, voir D. Kennedy, 'Genealogy of Proportionality in Private Law' in R. Brownsword, H. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (dir.), *The foundations of European private Law*, Hart, 2011, p.219.

⁷⁸⁶ Sur les raisons impérieuses opposées aux entraves voir P. Gilliaux, 'Les Entraves à la Libre Circulation des Personnes', *Cahier de droit européen*, Volume 44, n°3-4, 2008, pp.407-460, pp.430-438.

⁷⁸⁷ A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Paris 1, 2013, pp. 469-479

⁷⁸⁸ "In the context of extending the application of free movement rules to private parties, the development of a 'sporting exception' may seem less radical an approach than the wholesale devolution of public policy derogations to private parties." R. Parrish et S. Miettinen, *The Sporting Exception in European Union Law*, TMC Asser Press, 2008, p.79. « Zum anderen stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die Sportverbände überhaupt in der Lage sind, Allgemeininteressen zu vertreten. » M. Krogman, *Grundrechte im Sport*, Dunckler & Humblot, 1998, p.214.

⁷⁸⁹ M. Krogman, *Grundrechte im Sport*, Dunckler & Humblot, 1998, p.216-219.

santé publique soient invoquées par des particuliers. La nature publique ou privée de la réglementation en cause n'a aucune incidence sur la portée ou le contenu desdites justifications »⁷⁹⁰. Ainsi, l'équivalence fonctionnelle entre droit étatique et *lex sportiva* est poussée à son terme logique. Les intérêts propres à la *lex sportiva* sont au regard du droit de l'UE quasiment équivalents à ceux des *Herr der Verträge*. La symétrie fonctionnelle entre la *lex sportiva* et droit national est parachevée par leur soumission commune au contrôle de proportionnalité. Mais quels sont ces objectifs légitimes propres à la *lex sportiva*, susceptibles de justifier une restriction des libertés fondamentales?

L'avocat général Lenz avait, dans ses conclusions sous l'arrêt *Bosman*, abordé la question. Il avance qu'« il faut approuver la conception selon laquelle seul un «intérêt important et marquant de l'association» peut justifier une limitation de la libre circulation des personnes », selon lui « des intérêts de cette nature peuvent [...] parfaitement répondre à la notion de raisons impérieuses d'intérêt général »⁷⁹¹. Cependant, il écarte comme justification des quotas de joueurs étrangers, « l'identification des spectateurs à leur équipe »⁷⁹², tout en reconnaissant en creux la légitimité de certaines préoccupations émises par les organisations sportives, comme le fait « qu'il y ait suffisamment de joueurs formés pour l'équipe nationale »⁷⁹³ ou « que les clauses de nationalité serviraient à sauvegarder l'équilibre entre les clubs »⁷⁹⁴. En ce qui concerne les règles de transfert, il admet « que le seul maintien d'une division professionnelle viable constitue une raison d'intérêt général susceptible de justifier des limitations à la libre circulation des personnes », et que « (s)i les règles de transfert devaient être nécessaires pour garantir la survie [des] clubs amateurs, il s'agirait là sans aucun doute d'une raison impérieuse d'intérêt général à prendre en compte dans le cadre de l'article 48 »⁷⁹⁵. En effet, « ce n'est pas tout à fait en vain que l'on considère qu'un club puisse porter en compte le travail de formation qu'il a accompli et qu'il ne faut pas permettre aux grands clubs riches de tirer profit des fruits de cet effort sans

⁷⁹⁰ CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 86.

⁷⁹¹ Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.216.

⁷⁹² Ibid, pt.143.

⁷⁹³ Ibid, pt.146.

⁷⁹⁴ Ibid, pt.147.

⁷⁹⁵ Ibid, pt.219.

déboursent eux-mêmes un montant »⁷⁹⁶. De son côté, la Cour considère 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 »⁷⁹⁷. Pour ce qui est des quotas de joueurs étrangers, les juges passent en revue les justifications avancées par les organisations sportives : ils serviraient à « préserver le lien traditionnel entre chaque club et son pays, qui revêtirait une grande importance pour permettre l'identification du public avec son équipe favorite et assurer que les clubs participant à des compétitions internationales représentent effectivement leur pays »⁷⁹⁸, « ces clauses seraient nécessaires pour créer une réserve de joueurs nationaux suffisante pour mettre les équipes nationales en mesure d'aligner des joueurs de haut niveau dans tous les rôles de l'équipe »⁷⁹⁹ et « elles contribueraient à maintenir l'équilibre sportif entre les clubs en empêchant les plus riches d'entre eux de s'attacher les services des meilleurs joueurs »⁸⁰⁰. La Cour écarte ensuite explicitement certains de ces objectifs : « il convient de relever que le lien entre un club de football et l'État membre dans lequel il est établi ne peut être considéré comme inhérent à l'activité sportive, pas plus que le lien qui unit ce club à son quartier, à sa ville ou à sa région ou, dans le cas du Royaume-Uni, au territoire couvert par chacune des quatre fédérations »⁸⁰¹. Elle rappelle aussi que « si les équipes nationales doivent être composées de joueurs ayant la nationalité du pays concerné, ces joueurs ne doivent pas nécessairement être qualifiés pour des clubs de ce pays »⁸⁰². Cependant, elle reconnaît implicitement que l'objectif visant à préserver le « maintien de l'équilibre sportif »⁸⁰³ peut être légitimement invoqué, même si elle doute fortement de l'aptitude de cette mesure à l'atteindre.

⁷⁹⁶Ibid, pt 239.

⁷⁹⁷CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 106.

⁷⁹⁸Ibid, pt. 123.

⁷⁹⁹Ibid, pt. 124.

⁸⁰⁰Ibid, pt. 125.

⁸⁰¹Ibid, pt. 131.

⁸⁰²Ibid, pt. 133.

⁸⁰³Ibid, pt. 135.

L'avocat général de l'affaire *Deliège*, qui avait choisi de discuter l'application de la libre prestation de service à titre subsidiaire, considère que « la poursuite des intérêts d'une équipe nationale constitue une nécessité impérieuse d'intérêt public qui, de par sa nature, peut justifier des restrictions à la libre prestation des services »⁸⁰⁴. De manière plus obscure, il affirme que « le droit d'autoréglementation reconnu au sport [...] est une valeur protégée par le droit communautaire. Il assure aux institutions sportives le pouvoir de promouvoir une discipline de la façon qu'elles jugent la plus conforme à leurs objectifs, pourvu que leurs choix n'entraînent pas de discrimination ou ne masquent pas la poursuite d'intérêts économiques »⁸⁰⁵. La Cour ne se penche pas sur l'existence de raisons impérieuses susceptibles de justifier une restriction de la libre prestation de service, au contraire elle estime que celle-ci « est inhérente au déroulement d'une compétition sportive internationale de haut niveau, qui implique forcément l'adoption de certaines règles ou de certains critères de sélection »⁸⁰⁶. C'est le seul arrêt dans lequel la Cour semble écarter l'application du contrôle de proportionnalité au profit d'un test d'inhérence.

L'arrêt *Lehtonen* concerne quant à lui un joueur de basketball finlandais souhaitant rejoindre un club belge qui se heurta à des règlements sportifs relatifs aux périodes de transfert. Dans ce contexte, l'avocat général soutient qu'« il faut observer que le pouvoir souverain d'organisation des fédérations sportives constitue un motif d'intérêt général digne de protection, et que tout règlement édicté par les fédérations sportives a en principe vocation à traduire matériellement l'exercice de ce pouvoir souverain d'organisation, précisément dans la limite de ce qui est prévu »⁸⁰⁷. Selon lui, « on pourrait trouver une justification, cependant, dans le danger, beaucoup plus objectif, que représente pour la compétition sportive dans le cadre d'une manifestation sportive précise, la possibilité pour les équipes d'obtenir des renforts au cours de la compétition »⁸⁰⁸. Il s'agirait, plus précisément, d'une menace pour le caractère comparable des

⁸⁰⁴ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.84.

⁸⁰⁵ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt. 87.

⁸⁰⁶ CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.64.

⁸⁰⁷ Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.70.

⁸⁰⁸ Ibid, pt.72.

résultats. La question est alors de savoir « si le fait d'empêcher un tel «transfert-ralliement» constitue un objectif protégeable par le droit communautaire »⁸⁰⁹, il répond par l'affirmative. La Cour se borne à affirmer que « force est de reconnaître que la fixation de délais pour les transferts de joueurs peut répondre à l'objectif d'assurer la régularité des compétitions sportives »⁸¹⁰. En effet, « des transferts tardifs seraient susceptibles de modifier sensiblement la valeur sportive de telle ou telle équipe au cours du championnat, remettant ainsi en cause la comparabilité des résultats entre les différentes équipes engagées dans ce championnat et, par conséquent, le bon déroulement du championnat dans son ensemble »⁸¹¹. Elle n'adhère donc que partiellement à l'analyse de son avocat général, qui avait considéré que le pouvoir souverain d'organisation des fédérations sportives constitue, en soi, un motif d'intérêt général. Cependant, elle reconnaît un nouvel objectif susceptible de justifier une entrave : assurer la régularité des compétitions sportives.

Enfin, l'arrêt *Olympique Lyonnais* avait pour origine des faits se rapprochant assez fortement de ceux de l'arrêt *Bosman*, ce qui se reflète en pratique dans l'appréciation de l'existence d'un objectif légitime faite par la Cour. En effet, l'avocat général Sharpston avait rappelé qu'« on peut difficilement contester que le recrutement et la formation de jeunes joueurs de football professionnels constituent un objectif légitime compatible avec le traité »⁸¹². Ce constat est fondé sur plusieurs actes des institutions de l'UE, ainsi que sur la référence à l'arrêt *Bosman*⁸¹³. La Cour fait, elle aussi, expressément référence à l'arrêt *Bosman*, lorsqu'elle admet qu'il « convient de reconnaître comme légitime l'objectif consistant à encourager le recrutement et la formation des jeunes joueurs »⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ Ibid, pt.83.

⁸¹⁰ CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt. 53.

⁸¹¹ Ibid, pt. 54.

⁸¹² Conclusions du 16 juillet 2009, aff. C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, Rec. I-2177, pt.45.

⁸¹³ Ibid, pt.47.

⁸¹⁴ CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. I-2177, pt.39.

ii. Evaluer la proportionnalité de la *lex sportiva* visant à atteindre ces objectifs légitimes

Une fois un objectif légitime reconnu aux règles de la *lex sportiva* en cause, il restait à déterminer si celles-ci étaient capables d'atteindre cet objectif de manière proportionnée. Autrement dit, si celles-ci étaient aptes et nécessaires afin d'atteindre cet objectif.

1. L'aptitude des règles de la *lex sportiva* à atteindre leur objectif

La question de l'aptitude est plutôt théorique, la Cour reconnaît aisément dans sa jurisprudence l'adéquation et la capacité d'une mesure à atteindre le but qui lui a été attribué. Cependant, dans l'affaire *Bosman*, l'avocat général Lenz a écarté un grand nombre des justifications avancées, au nom de l'inaptitude des quotas à atteindre leurs objectifs. Ainsi, il a contesté le fait que les quotas soient capables de garantir l'identification des spectateurs à leur équipe, car « les supporters d'un club portent bien plus d'intérêt au succès de leur club qu'à la composition de l'équipe », dès lors « [l]a participation de joueurs étrangers n'empêche pas non plus les supporters d'une équipe de s'identifier à celle-ci »⁸¹⁵, d'autant plus que « [r]ien ne prouve que la suppression des clauses de nationalité affecterait la formation des jeunes joueurs dans un État membre »⁸¹⁶. De façon similaire, il dénonce « [l]'argument selon lequel les clauses de nationalité seraient nécessaires pour garantir qu'il y ait suffisamment de joueurs formés pour l'équipe nationale ne convainc pas non plus », or « comme nous l'avons déjà indiqué, il est invraisemblable que l'afflux de joueurs étrangers soit tellement important que les joueurs nationaux ne pourraient plus avoir accès au football », dès lors, « [n]ous ne voyons par conséquent pas pourquoi les clauses de nationalité seraient nécessaires pour assurer la vivacité de jeu de l'équipe nationale »⁸¹⁷. L'ensemble des justifications apportées à la mise en place de clauses de nationalité est écarté par l'avocat général dès

⁸¹⁵Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt 143.

⁸¹⁶ « Le deuxième type d'objections ne peut pas nous convaincre non plus. Rien ne prouve que la suppression des clauses de nationalité affecterait la formation des jeunes joueurs dans un État membre. Seuls quelques clubs en tête du classement mettent tant l'accent sur la promotion de la nouvelle génération, comme l'Ajax Amsterdam. La plupart des talents se frayent au contraire leur voie vers le haut en passant par des petits clubs à l'égard desquels ces clauses ne jouent pas... » Ibid, pt.145.

⁸¹⁷ Ibid, pt.146.

l'étape de l'aptitude. La Cour, considère simplement que « 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 »⁸¹⁸.

La question de la justification du système des transferts était plus controversée. L'avocat général estime, en ce qui concerne l'objectif visant à maintenir l'équilibre financier et sportif, qu'« il est déjà douteux que les règles de transfert permettent d'atteindre le but que les associations évoquent »⁸¹⁹, et affirme que « les règles de transfert renforcent [...] la disparité qui existe entre les clubs prospères et les clubs moins prospères »⁸²⁰. De plus, « M. Bosman a également exposé avec pertinence que les règles de transfert n'empêchent pas les clubs riches d'engager les meilleurs joueurs, ce qui le conduit à exprimer des réserves sur leur aptitude à contribuer à assurer l'égalité sportive » et « les règles de transfert ne renforcent pas nécessairement l'égalité financière entre les clubs »⁸²¹. Pour ce qui est de la protection et de l'encouragement de la formation, il est d'avis que « [l]es sommes de transfert ne peuvent pas être considérées comme étant une indemnisation des éventuels frais de formation ne serait-ce que parce que leur montant n'est pas déterminé en fonction de ces frais mais en fonction de la rémunération du joueur »⁸²². Mais, il ne ressort pas clairement de ses conclusions qu'il écarte l'adéquation du système de transferts avec l'objectif d'indemnisation des frais de formation, à cet égard il poursuit ensuite sa réflexion sur le terrain de la nécessité. De son côté, la Cour

⁸¹⁸CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 135.

⁸¹⁹ Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.223.

⁸²⁰ « Pour examiner si ces règles sont aptes à atteindre le but fixé, il convient tout d'abord d'indiquer que les règles actuellement en vigueur doivent souvent contraindre les clubs professionnels plus petits à se séparer de joueurs afin d'assurer leur survie par les recettes de transfert qu'ils obtiennent de cette façon. Comme les joueurs transférés aux plus grands clubs sont en règle générale les meilleurs joueurs des plus petits clubs professionnels, ces derniers en ressortent affaiblis sur le plan sportif. Il est certes exact qu'en recueillant les recettes de transfert ces clubs sont en mesure d'engager eux-mêmes des nouveaux joueurs si leur situation financière globale le permet. Cependant, ainsi que nous l'avons vu, les sommes de transfert se calculent en principe sur la base de la rémunération du joueur. Comme les grands clubs paient le plus souvent des rémunérations élevées, les clubs plus petits ne sont pratiquement jamais en mesure d'acheter eux-mêmes des bons joueurs à ces clubs. Sous cet angle, les règles de transfert renforcent donc la disparité qui existe entre les clubs prospères et les clubs moins prospères. » Ibid, pt.224.

⁸²¹Ibid, pt.225.

⁸²² Ibid, pt.237.

affirme que « [c]es règles n'empêchent pas les clubs les plus riches de s'assurer les services des meilleurs joueurs ni que les moyens financiers disponibles soient un élément décisif dans la compétition sportive et que l'équilibre entre les clubs soit considérablement altéré », il est donc inapte à atteindre l'objectif visant « à assurer le maintien d'un équilibre entre les clubs »⁸²³. Par contre, elle admet « que la perspective de percevoir des indemnités de transfert, de promotion ou de formation est effectivement de nature à encourager les clubs de football à rechercher des talents et à assurer la formation des jeunes joueurs »⁸²⁴, mais elle relativise cette constatation dès le paragraphe suivant, car, dans le contexte du système envisagé, « la perspective de percevoir de telles indemnités ne saurait constituer un élément déterminant pour encourager le recrutement et la formation des jeunes joueurs ni un moyen adéquat pour financer ces activités, notamment dans le cas des petits clubs »⁸²⁵. Comme l'avocat général, elle doute de la capacité du système de transferts, tel qu'il était en vigueur, à atteindre l'objectif poursuivi. Cependant, elle poussera tout de même son évaluation jusqu'à l'étape de la nécessité.

De son côté, dans l'affaire *Lehtonen*, l'avocat général juge que les délais de transfert en cause « ne garantissent [...] ni la création d'un équilibre, ni celle d'une certaine égalité des chances et d'une incertitude des résultats »⁸²⁶. En revanche, il reconnaît la nécessité de préserver le caractère comparable des résultats, et distingue donc deux types de délais applicables : les délais de transfert plus tardifs et les délais de transfert échelonnés. Concernant les délais de transfert plus tardifs, il reconnaît, à condition qu'ils ne soient pas fixés de manière arbitraire, que « ce type de délai de transfert permettrait de garantir le caractère comparable des résultats, de façon modérée »⁸²⁷. Par contre, pour ce qui est des délais de transfert échelonnés, il est plus sceptique, car « si toutefois, compte tenu des délais de transfert échelonnés, des joueurs qui ont jusque là joué dans des pays tiers, peuvent être mutés dans des équipes de la ligue belge à une date où cela est interdit aux joueurs ayant joué antérieurement dans les autres États membres, la

⁸²³ CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 107.

⁸²⁴ Ibid, pt. 108.

⁸²⁵ Ibid, pt. 109.

⁸²⁶ Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.65.

⁸²⁷ Ibid, pt.75.

menace pour le caractère comparable des résultats continue d'exister », dès lors « [i]l en résulte que ce type de délais de transferts échelonnés n'est pas propre à garantir le caractère comparable des résultats »⁸²⁸. En effet, « [l]e caractère approprié serait exclu s'il n'existait, ne fût-ce qu'un championnat non concerné par le délai échelonné, et si l'on pouvait, le cas échéant, redouter une « vague de transferts-ralliements »⁸²⁹. Ces conditions s'avèrent réalisées en l'espèce et excluent donc la proportionnalité du délai de transfert en cause⁸³⁰. La Cour refuse de trancher cette question au stade de l'adéquation, elle reconnaît « que la fixation de délais pour les transferts de joueurs peut répondre à l'objectif d'assurer la régularité des compétitions sportives »⁸³¹, car selon elle « des transferts tardifs seraient susceptibles de modifier sensiblement la valeur sportive de telle ou telle équipe au cours du championnat, remettant ainsi en cause la comparabilité des résultats entre les différentes équipes engagées dans ce championnat et, par conséquent, le bon déroulement du championnat dans son ensemble »⁸³².

Enfin, pour l'avocate générale Sharpston, dans l'affaire *Olympique Lyonnais*, les « règles telles que celle en cause en l'espèce ne constituent donc peut-être pas un élément déterminant pour encourager les clubs à recruter et à former des jeunes joueurs. Néanmoins ces règles font en sorte que les clubs ne soient pas dissuadés de recruter et de former des jeunes joueurs par la perspective de voir l'investissement qu'ils ont effectué dans cette formation profiter à quelque autre club, sans bénéficier eux-mêmes d'aucune indemnité »⁸³³. Elle semble reconnaître que les règles en cause sont susceptibles d'atteindre l'objectif poursuivi. Plus loin dans ses conclusions, une certaine

⁸²⁸ Ibid, pt.82.

⁸²⁹ « Le caractère approprié serait tout au moins douteux, si le délai échelonné ne se situait qu'à une date très tardive pour les championnats très fortement suivis. Une « vague de transferts-ralliements » serait en effet à craindre si les équipes de ces ligues n'avaient plus d'objectifs à atteindre dans la compétition parce qu'elles ne peuvent influencer sur les matches décisifs du championnat. Dans ces cas, un transfert de plusieurs joueurs plus performants quelque temps avant la fin du championnat pourrait s'avérer intéressant pour les parties en cause. » Ibid, pt.86.

⁸³⁰ Ibid, pt.87.

⁸³¹ CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt.53.

⁸³² Ibid, pt.54.

⁸³³ Conclusions du 16 juillet 2009, aff. C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, Rec. I-2177, pt.46.

confusion entre la question de l'adéquation et celle de la nécessité règne⁸³⁴. Dans sa décision, la Cour se réfère à la formule de l'arrêt *Bosman* et réaffirme que « la perspective de percevoir des indemnités de formation est de nature à encourager les clubs de football à rechercher des talents et à assurer la formation des jeunes joueurs »⁸³⁵. La Cour s'épanche sur la nécessité de garantir le financement de la formation⁸³⁶. Cependant, probablement encouragée en ce sens par son avocate générale, elle confond les différentes étapes du test de proportionnalité. En effet, elle s'interroge, suite à ces développements indiquant non seulement l'importance de garantir le financement de la formation des jeunes joueurs mais aussi la capacité d'un système d'indemnisation de le faire, sur l'aptitude de ce système à atteindre l'objectif⁸³⁷. La confusion est bénigne, mais elle risque d'obscurcir aux yeux de l'observateur la procédure suivie par la Cour, car la seule question qui paraissait véritablement en suspens est celle de la nécessité de cette mesure.

La Cour de justice est donc plutôt réticente à l'idée de sanctionner la disproportion d'une mesure de la *lex sportiva* pour son inaptitude à atteindre l'objectif légitime poursuivi. Elle ne diffère pas en cela de sa pratique habituelle⁸³⁸, ni d'ailleurs de celle d'autres Cours employant le principe de proportionnalité dans leur contrôle (tout particulièrement constitutionnel) des actes étatiques⁸³⁹.

⁸³⁴ « Il est, cependant, un peu plus difficile d'admettre qu'une règle telle que celle en cause en l'espèce est propre à garantir la réalisation de cet objectif et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. » Ibid, pt.49.

⁸³⁵ CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. I-02177, pt. 41.

⁸³⁶ Ibid, pt. 42-44.

⁸³⁷ « Il s'ensuit qu'un système prévoyant le versement d'une indemnité de formation dans le cas où un jeune joueur signe, à l'issue de sa formation, un contrat de joueur professionnel avec un club autre que celui qui l'a formé est, en principe, susceptible d'être justifié par l'objectif consistant à encourager le recrutement et la formation de jeunes joueurs. Cependant, un tel système doit être effectivement apte à atteindre ledit objectif et proportionné au regard de ce dernier, en tenant compte des frais supportés par les clubs pour former tant les futurs joueurs professionnels que ceux qui ne le deviendront jamais (voir, en ce sens, arrêt *Bosman*, précité, point 109). » CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. I-02177, pt. 45.

⁸³⁸ A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Université Paris 1, 2013, p.52-72.

⁸³⁹ « It seems that the question of necessity of the rational connection test arises only regarding those cases where the means chosen by the limiting law do advance the law's purpose, but only to a very limited extent. [...] We will admit it is not that significant. Its entire purpose is to provide a quick solution in extreme cases where the incongruence between the means and the purpose is obvious, and by that to expedite the process of constitutional review. » A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012 p.316.

2. La nécessité des règles de la *lex sportiva* afin d'atteindre l'objectif poursuivi

Le contrôle de l'aptitude est suivi de l'étape clé de l'application du contrôle de proportionnalité : le test de nécessité. Cette étape est la plus délicate pour la Cour et la mesure concernée. Elle est délicate pour la Cour, car elle l'amène à se placer ouvertement sur le terrain de l'évaluation de l'opportunité d'une mesure ce qui est traditionnellement réservé au pouvoir politique⁸⁴⁰. Elle est dangereuse pour la mesure en cause car celle-ci est soumise à la déconstruction rationnelle et à la discussion de ses effets. Ainsi, le débat politique autour des bienfaits de la mesure est en quelque sorte à nouveau ouvert. La Cour ne peut, cependant, écarter une mesure que si elle est capable d'offrir une alternative moins restrictive et crédible afin de remplir l'objectif légitime poursuivi. Elle réalise alors une forme de «test d'interchangeabilité»⁸⁴¹. Cette étape est celle qui, selon une thèse récente, mène à concevoir le contrôle de proportionnalité comme visant « à garantir l'efficacité des réglementations étatiques »⁸⁴². On a pu aussi la concevoir comme un moyen de transformer ce contrôle en « mécanisme d'intégration du marché »⁸⁴³. Cependant, il est difficile de peindre un tableau général cohérent de la jurisprudence de la Cour en la matière, qu'on a pu qualifier d'« impressionniste »⁸⁴⁴. En ce qui concerne la *lex sportiva* cette étape du raisonnement a fait la réputation (bonne ou mauvaise) des conclusions de l'avocat général Lenz sous l'arrêt *Bosman*⁸⁴⁵.

En effet, si, dans l'arrêt *Bosman*, les clauses de nationalité n'ont pas pu être justifiées par un objectif légitime, il n'en est pas de même du système des transferts. En ce qui concerne le maintien de l'équilibre financier et sportif, l'avocat général est convaincu qu'

⁸⁴⁰ Même si cette évaluation prend la forme d'une évaluation technique elle touche au cœur même des prérogatives du pouvoir politique. A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Université Paris 1, 2013, p.490-491.

⁸⁴¹ P. Gilliaux, 'Les Entraves à la Libre Circulation des Personnes', *Cahier de droit européen*, Volume 44, n°3-4, 2008, pp.407-460, p.439.

⁸⁴² A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Université Paris 1, 2013, p.240.

⁸⁴³ « The principle is applied as a market integration mechanism and the intensity of review is much stronger. It is based, at least in most cases, on the notion of « necessity » exemplified by the « less restrictive alternative » test ». T. Tridimas, 'Searching for the appropriate standard of scrutiny', in E. Ellis (dir.), *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 65-84, p.66.

⁸⁴⁴ P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2012, p.640.

⁸⁴⁵ L'argumentaire de l'avocat général Lenz des points 214 à 252.

« il existe en tout cas d'autres moyens d'atteindre ce but qui affectent moins la libre circulation des personnes ou même pas du tout »⁸⁴⁶, autrement dit, « il est clair qu'il existe des solutions de rechange aux règles de transfert, qui permettent d'atteindre le but qu'elles poursuivent »⁸⁴⁷. Il va jusqu'à proposer différentes alternatives et analyser leur efficacité potentielle. Par exemple, la mise en place de conventions collectives et la répartition des recettes de billetterie et des droits télévisés entre les clubs sont suggérées⁸⁴⁸. Cette répartition apparaît même « judicieuse et légitime d'un point de vue économique »⁸⁴⁹. Dès lors, « il est donc bel et bien utile d'adopter des mesures qui veillent à assurer un certain équilibre entre les équipes. Une de ces possibilités est le système actuellement en place des paiements lors des transferts. Une autre possibilité consiste à répartir une partie des recettes »⁸⁵⁰. Il consacre de longs développements à l'évaluation de la faisabilité et de la forme qu'une telle redistribution pourrait prendre⁸⁵¹. Cette solution serait même « nettement plus apte à atteindre le but poursuivi que le régime actuel des sommes de transfert », car « [e]lle permet en effet aux clubs concernés de prospérer sur une base nettement plus sûre »⁸⁵². La conclusion s'impose : « [l]es règles de transfert ne sont donc pas indispensables pour atteindre ce but et elles ne sont dès lors pas conformes au principe de proportionnalité »⁸⁵³.

Tandis que, toujours selon Lenz, l'encouragement de la formation de jeunes joueurs pourrait être garanti par « une réglementation des transferts qui soit calquée sur la réalité des éléments objectifs », c'est-à-dire que « les sommes de transfert devraient être effectivement limitées au montant que l'ancien club (ou les anciens clubs) a ou ont dépensé pour former le joueur » et qu'« une somme de transfert ne s'envisagerait que dans le cas du premier transfert et uniquement à l'égard de l'ancien club qui a formé le joueur »⁸⁵⁴. Par ailleurs, il précise qu'« il se peut que pareille réglementation des transferts puisse également se voir opposer l'argument de M. Bosman qui expose que le but qu'elle poursuit peut aussi être atteint par un système de répartition d'une partie

⁸⁴⁶Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.223.

⁸⁴⁷*Ibid*, pt.226.

⁸⁴⁸*Ibid*.

⁸⁴⁹*Ibid*, pt.227.

⁸⁵⁰*Ibid*.

⁸⁵¹*Ibid*, pt.228-233.

⁸⁵²*Ibid*, pt.233.

⁸⁵³*Ibid*, pt.234.

⁸⁵⁴*Ibid*, pt.239.

des recettes sans que le droit du joueur à la libre circulation doive être limité à cette fin »⁸⁵⁵. Selon l'avocat général, les règles de transferts ne sont pas absolument nécessaires, une alternative moins contraignante pour la libre circulation des sportifs est disponible, de sorte qu'elles ne peuvent pas être justifiées. La Cour a écarté au niveau de l'aptitude la question de l'équilibre financier et sportif, mais évalue la nécessité des règles de transfert afin d'atteindre l'objectif visant à promouvoir la formation des sportifs. Elle se contente d'affirmer : « ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 226 et suivants de ses conclusions, les mêmes objectifs peuvent être atteints de manière au moins aussi efficace par d'autres moyens qui n'entravent pas la libre circulation des travailleurs »⁸⁵⁶.

Dans l'affaire *Lehtonen*, s'intéressant aux délais de transfert « plus tardifs » l'avocat général « ne voit pas quelle méthode plus douce permettrait d'atteindre aussi bien cet objectif [garantir le caractère comparable des résultats]»⁸⁵⁷. En revanche, il n'est pas convaincu du « caractère nécessaire des délais de transferts échelonnés »⁸⁵⁸, par exemple « (u)ne méthode moins contraignante consisterait en un système d'autorisation du transfert, non lié à la date mais à des critères matériels de transfert en cours de saison, permettant de traiter en particulier le problème des «vagues de transferts-ralliements» »⁸⁵⁹. En général, les délais de transfert échelonnés sont « des règles d'assez piètre qualité par rapport à l'objectif visé »⁸⁶⁰. La Cour est moins explicite que son avocat général, elle admet qu' « [à] première vue, une telle réglementation doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi »⁸⁶¹. Elle délègue ensuite à la juridiction nationale la responsabilité de déterminer si « des raisons objectives, intéressant uniquement le sport en tant que tel ou tenant à des différences existant entre la situation des joueurs provenant d'une fédération appartenant à la zone européenne et celle des joueurs provenant d'une fédération

⁸⁵⁵Ibid.

⁸⁵⁶ CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt. 110.

⁸⁵⁷ Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.75.

⁸⁵⁸ Ibid, pt.88.

⁸⁵⁹ Ibid, pt.89.

⁸⁶⁰ Ibid, pt.90.

⁸⁶¹ CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt.58.

n'appartenant pas à ladite zone, justifient une telle différence de traitement »⁸⁶² entre sportifs européens et extra-européens.

L'avocate générale Sharpston se fonde sur les acquis de l'arrêt *Bosman*, et des conclusions de l'avocat général Lenz pour forger ses conclusions dans l'affaire *Olympique Lyonnais*. Elle s'attache notamment à démontrer qu'un dédommagement « correspondant aux coûts réels de la formation qu'ils ont assurée est appropriée et proportionnée »⁸⁶³. Elle en déduit que « la nécessité d'encourager le recrutement et la formation de jeunes joueurs de football professionnels peut justifier que le joueur formé soit tenu de payer une indemnité de formation s'il ne se conforme pas à son obligation de demeurer, au terme de sa formation, durant une période spécifiée (et non exagérément longue), dans le club qui a assuré cette formation »⁸⁶⁴. L'avocate générale prend toutefois le soin de préciser que cette indemnité de formation ne peut répondre à l'exigence de nécessité que « si la somme concernée est basée sur les coûts réels de formation supportés par le club ayant assuré la formation et/ou économisés par le nouveau club et, dans la mesure où l'indemnité doit être payée par le joueur lui-même, limitée au coût restant dû de la formation individuelle »⁸⁶⁵. Or, les mesures en cause ne remplissaient pas ces conditions. La Cour considère qu'un système de dédommagement des coûts de formation « doit être effectivement apte à atteindre ledit objectif et proportionné au regard de ce dernier, en tenant compte des frais supportés par les clubs pour former tant les futurs joueurs professionnels que ceux qui ne le deviendront jamais »⁸⁶⁶. Dans le régime en cause les dommages et intérêts encourus par le joueur n'étaient pas nécessairement liés au coût de formation. Par conséquent, « la perspective de percevoir de tels dommages-intérêts allait au-delà de ce qui était nécessaire pour encourager le recrutement et la formation des jeunes joueurs ainsi que pour financer ces activités »⁸⁶⁷.

⁸⁶² Ibid, pt.59.

⁸⁶³ Conclusions du 16 juillet 2009, aff. C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, Rec. I-2177, pt.50.

⁸⁶⁴ Ibid, pt.58.

⁸⁶⁵ Ibid.

⁸⁶⁶ CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. I-02177, pt. 45.

⁸⁶⁷ CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. I-02177, pt. 48.

Le test de nécessité couronne le contrôle exercé par la Cour sur la *lex sportiva*. Il traduit bien la volonté de la Cour d'adopter une approche réflexive, de tenir compte des objectifs poursuivis par la *lex sportiva* et d'adopter sa perspective pour déterminer l'existence d'alternatives moins restrictives à ses règles. Ce mode de contrôle a été, de manière étonnante, progressivement transposé en droit de la concurrence.

c. Le contrôle de proportionnalité dans l'application du droit de la concurrence à la *lex sportiva*

Le droit de la concurrence de l'UE se saisit de la *lex sportiva*. Et pour cause, la *lex sportiva* a pour objet même d'instituer un terrain de jeu social et économique, donc d'encadrer la liberté de ses sujets sportifs. Or, comme nous l'avons vu précédemment, une des caractéristiques du droit de la concurrence ordo-libéral est de s'opposer à la domination de pouvoirs privés qui menaceraient les libertés économiques. Le dilemme se présentant aux institutions de l'UE en charge d'appliquer le droit de la concurrence est vif : comment appliquer à la *lex sportiva* un droit dont l'objet même est de refuser toute action régulatrice, donc restrictive de la liberté, par tout autre acteur que l'Etat ? Le potentiel destructeur est très important. Toutefois, le principe de réalité est tel, que le droit de la concurrence a cédé sous la pression des deux plaques tectoniques entrant en collision et que sont apparues des solutions juridiques permettant de réconcilier la fonction publique de la *lex sportiva* et l'esprit ordo-libéral du droit de la concurrence⁸⁶⁸. C'est presque à contrecœur qu'il a été reconnu que « même en droit de la concurrence, l'on est parfois obligé d'admettre des justifications autres que purement économiques et des considérations d'intérêt général »⁸⁶⁹.

Ce mécanisme, nous montrerons tout d'abord ce qu'il n'est pas, c'est-à-dire une règle de raison à l'américaine ou une règle d'inhérence, avant d'étudier ce qu'il est, c'est-à-dire

⁸⁶⁸ D'un point de vue ordo-libéral il s'agit là d'une trahison, voir à ce propos C. Joerges, 'The Market without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics', *European Integration online Papers* (EIoP) Volume 1, n°19, 1997 (accessible à <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>) p.8.

⁸⁶⁹ L. Idot, 'Entrave et restriction de concurrence', in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, pp.169-190, p.186.

une transposition du contrôle de proportionnalité tel qu'il est appliqué en droit des libertés fondamentales.

i. Les faux amis : Le test d'inhérence et la règle de raison

Ce n'est pas le seul domaine dans lequel le droit de la concurrence a dû faire face aux défis posés par des valeurs jugées extra-concurrentielles⁸⁷⁰. Toutefois, dans le cas présent, ces valeurs ne sont pas entrées dans l'équation concurrentielle au stade de l'applicabilité⁸⁷¹ ou de la justification ouverte par l'article 101 paragraphe 3 TFUE, mais au stade de l'existence d'une restriction au sens de l'article 101 paragraphe 1 TFUE. Dès lors, on a cru voir dans cette mise en œuvre singulière du droit de la concurrence à la *lex sportiva* des figures juridiques déjà connues de celui-ci: la restriction accessoire (ii) et la règle de raison (i).

1. La règle de raison du droit anti-trust américain

L'existence d'une règle de raison est une question récurrente du droit de la concurrence de l'UE⁸⁷². Le droit antitrust américain l'apparente à une mise en balance des effets pro-compétitifs d'une pratique avec ses effets anti-compétitifs, une restriction au droit de la concurrence ne pouvant être caractérisée que là où les effets anti-compétitifs sont plus importants que les effets pro-compétitifs⁸⁷³. Pour les partisans de son introduction, c'est une évidence, car l'efficacité économique doit être privilégiée au détriment de tout autres objectifs⁸⁷⁴. Mais, peut-on, *a fortiori* dans le cadre d'une procédure juridique, véritablement prédire l'efficacité économique d'une mesure ? De la réponse à cette question, qui divise la doctrine juridique et les économistes, dépend la désirabilité de la règle de raison.

⁸⁷⁰G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, pp.89-123 et B. Van Rompuy, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy?*, Kluwer, 2012.

⁸⁷¹On pense notamment aux limites imposées à la notion d'entreprise. Voir ci-dessus.

⁸⁷²Déjà R. Joliet, *The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market Law in Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff, 1967.

⁸⁷³ Sur la règle de raison voir G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, pp.29-31.

⁸⁷⁴ O. Odudu, *The boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006, pp. 159-174.

En pratique, la Cour et le Tribunal ont plus ou moins explicitement rejeté l'introduction d'une règle de raison en droit de l'Union⁸⁷⁵. Toutefois, la Commission avec son « approche plus économique » lui semble plus favorable, même si elle se heurte à des résistances matérielles (un manque de moyen) et juridiques (la jurisprudence de la Cour)⁸⁷⁶. Or, on a pu voir dans la reconnaissance d'un caractère *a priori* restrictif d'une règle puis dans la reconnaissance de sa compatibilité avec l'article 101 paragraphe 1 TFUE, configuration de l'arrêt *Wouters* mais aussi de l'arrêt *Meca-Medina*, une transposition en droit de l'UE de la règle de raison⁸⁷⁷. Nous pensons qu'il ne peut s'agir d'une telle transposition, ou alors nous aurions affaire à une « règle de raison européenne »⁸⁷⁸ bien différente, car jamais la Cour ni la Commission n'ont conduit une évaluation empirique de l'efficacité économique des pratiques en cause. L'efficacité économique n'est pas au cœur de l'application par la Commission et par la Cour du droit de la concurrence à la *lex sportiva*, ce qui exclut la transposition juridique d'une règle de raison à l'américaine⁸⁷⁹.

2. La restriction accessoire ou inhérente

La Cour a-t-elle alors simplement eu recours à la notion ancienne de restriction inhérente ou accessoire dans son contrôle de la *lex sportiva* au regard du droit de la concurrence ? La notion de restriction accessoire, « couvre toute restriction qui est

⁸⁷⁵« En ce qui concerne le caractère objectivement nécessaire d'une restriction, il convient de souligner que, dans la mesure où, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus aux points 72 et suivants, l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence ne saurait être admise, il serait erroné d'interpréter, dans le cadre de la qualification des restrictions accessoires, la condition de la nécessité objective comme impliquant une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels d'un accord. » Tribunal de l'UE, 18 Septembre 2001, *Métropole Télévision (M6) et al. v. Commission*, aff. T-112/99, Rec. p. II-2459, pt.107.

⁸⁷⁶ Sur la position de la Commission voir G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, pp.48-52. Voir aussi A. C. Witt, 'Public policy goals under EU competition law – now is the time to set the house in order', *University of Leicester School of Law Research Paper* No. 14-09.

⁸⁷⁷ Par exemple, D. Waelbroeck et P. Ibañez-Colomo, 'Case C-171/05 P, *Laurent Piau*, Order of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 February 2006, [2006] ECR I-37', *Common Market Law Review*, Volume 43, n°6, 2006, pp.1743-1756, p.1749-1750.

⁸⁷⁸ P. Manzini, 'The European rule of reason-crossing the sea of doubt', *European Competition Law Review*, Volume 23, n°8, 2002, pp.392-399.

⁸⁷⁹ En effet, « ces considérations sont totalement étrangères à la théorie des efficacités » L. Idot, 'Entrave et restriction de concurrence', in L. Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.169-190, p.187.

directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale »⁸⁸⁰. Elle vise à déterminer si, dans un certain contexte, une restriction de la concurrence n'est pas inhérente à une opération économique. Les deux exemples types sont les coopératives et les clauses de non-concurrence en cas de rachat d'un fond de commerce⁸⁸¹. L'application de cette figure à la *lex sportiva* est tentante, ses règles ne sont-elles pas inhérentes ou accessoires à l'organisation des compétitions sportives ? L'avocat général Lenz s'est clairement inspiré de cette jurisprudence dans ses conclusions sous l'arrêt *Bosman*⁸⁸². Il estime ainsi que « les restrictions de concurrence qui sont indispensables pour atteindre les buts légitimes qu'elles poursuivent échappent à l'article 85, paragraphe 1 »⁸⁸³. Dans les affaires *Deliège* et *Lehtonen*, les avocats généraux ont soutenu des positions analogues⁸⁸⁴. De plus, dans son arrêt *Deliège*, la Cour semble transposer ce mode de raisonnement dans le champ des libertés fondamentales en affirmant que « des règles de sélection telles que celles en cause au principal ont inévitablement pour effet de limiter le nombre de participants à un tournoi, une telle limitation est inhérente au déroulement d'une compétition sportive internationale de haut niveau, qui implique forcément l'adoption de certaines règles ou de certains critères de sélection »⁸⁸⁵. L'arrêt *Wouters* de la Cour de justice qui est lié à la régulation du métier d'avocat par le barreau néerlandais peut aussi être interprété dans ce sens. Les juges affirment qu'« aux fins de l'application de cette disposition [l'article 85 paragraphe 1 du traité CE] à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice »⁸⁸⁶. Il s'agit

⁸⁸⁰Tribunal de l'UE, 18 Septembre 2001, *Métropole Télévision (M6) et al. v. Commission*, aff. T-112/99, Rec. p. II-2459, pt.104. Voir aussi la Communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration, publiée au JO C 203, du 14 août 1990, p. 5-9.

⁸⁸¹ Voir G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, pp.34-35.

⁸⁸²Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.268-269.

⁸⁸³Ibid, pt.269.

⁸⁸⁴ CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt.106-107 et CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.110-112.

⁸⁸⁵ CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.64.

⁸⁸⁶ CJUE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, Rec. p.I-1577, pt.97.

« d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs »⁸⁸⁷. Le déplacement est subtil, la mesure en cause ne doit plus être nécessaire pour une « opération particulière », mais pour la poursuite d'objectifs particuliers⁸⁸⁸. Or, l'arrêt *Meca-Medina*, qui définit la position actuelle de la Cour de justice quant à l'application du droit de la concurrence à la *lex sportiva* fait directement référence à l'arrêt *Wouters*⁸⁸⁹. Ce test d'inhérence diffère-t-il fondamentalement du contrôle de proportionnalité déployé dans le cadre des entraves aux libertés fondamentales ? Dans la mesure où il insiste sur la nécessité de ces restrictions, il est proche d'un contrôle de proportionnalité axé sur la question de la nécessité d'une mesure⁸⁹⁰. D'autant plus que sa mise en œuvre dans le cadre de la *lex sportiva* s'inspire clairement des modes de raisonnement utilisés dans le cadre de l'application du contrôle de proportionnalité dans le domaine des libertés fondamentales⁸⁹¹.

ii. Le principe de proportionnalité des libertés fondamentales transposé au droit de la concurrence

La nature paradoxale de la situation à laquelle les institutions européennes sont confrontées est la suivante : comment contrôler la compatibilité avec le droit de la concurrence d'une *lex sportiva* formellement privée, sans menacer sa fonction publique (telle qu'elle a été reconnue dans le cadre des libertés fondamentales) ? Le pragmatisme des institutions européennes leur a permis de faire face. Leurs outils juridiques correspondent à l'idéal ordo-libéral, mais l'utilisation qui en a été faite est, elle,

⁸⁸⁷ Ibid.

⁸⁸⁸ G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, pp.112. Voir aussi sur l'arrêt *Wouters*, E. Loozen, 'Professional ethics and restraints of competition', *European Law Review*, Volume 31, n°1, 2006, pp.28-47.

⁸⁸⁹ CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991, pt.42.

⁸⁹⁰ "Accordingly, while the Court has long resisted the application of a US rule of reason (balancing pro-and anticompetitive effects of an agreement) it has now extended the application of the 'European rule of reason' (balancing national policy and Community law) from the free movement to the competition field." G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, pp.112. Voir aussi L. Idot, 'Entrave et restriction de concurrence', in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.169-190, p.186.

⁸⁹¹ Une transplantation qui était réclamée par la Ligue internationale du droit de la concurrence. Voir P.W. Heermann, 'Sport und europäisches Kartellrecht', *Sport und Recht*, 3/2003, pp.89-95, p.92.

beaucoup moins ordo-libéral qu'on ne le pense⁸⁹². L'action de la Commission et de la Cour face à la *lex sportiva* est révélatrice à cet égard. Les institutions européennes se sont efforcées de trouver une voie juridique extraordinaire pour sauver la *lex sportiva* et sa fonction publique. Deux options s'offraient à la Commission et à la Cour : le recours à l'article 101 paragraphe 3 TFUE ou la transposition du contrôle de proportionnalité utilisé dans le cadre des libertés fondamentales.

1. L'article 101 paragraphe 3 TFUE : un ersatz au contrôle de proportionnalité

L'application de l'article 101 paragraphe 3 TFUE a été la voie suivie dans un premier temps par la Commission européenne, notamment dans ses décisions dans l'affaire des transferts et l'affaire *Piau*. Elle a été aussi adoptée par le Tribunal dans son arrêt *Piau*⁸⁹³. Ainsi, dans sa décision de rejet rendue dans l'affaire des transferts, la Commission indique qu' « [à] supposer même que ces limitations [imposées à la résiliation unilatérale] soient susceptibles de constituer des restrictions de concurrence au sens de l'article [101] paragraphe 1 du [TFUE], la Commission considère que ces règles, rempliraient les conditions de l'article [101] paragraphe 3 »⁸⁹⁴. En effet, ces règles « contribuent à améliorer la production et la distribution du spectacle sportif de football car l'intégrité des compétitions sera préservée et les équipes resteront stables pendant toute une saison sportive ». De plus, « [l]interdiction de résiliation unilatérale d'un contrat tant par le joueur que par le club pendant toute une saison sportive semble indispensable pour assurer l'objectif en cause », car « [s]i les joueurs pouvaient partir à n'importe quel moment d'un championnat, la valeur sportive de telle ou telle équipe serait sensiblement modifiée au cours du championnat, la concurrence entre clubs serait faussée et le bon déroulement du championnat dans son ensemble serait compromis »⁸⁹⁵. Enfin, « Les consommateurs, c'est-à-dire les spectateurs et les fans du spectacle de football retirent également un bénéfice équitable de ces restrictions car la préservation de l'intégrité des compétitions rend le spectacle plus équitable et

⁸⁹² Sur l'importance des considérations politiques en droit de la concurrence voir G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, p.503-505.

⁸⁹³ Mais aussi dans les affaires concernant les droits télévisuels, voir G. Monti, 'Article 81 EC and Public Policy', *Common Market Law Review*, Volume 39, n°5, 2002, pp.1057-1099, pp. 1081-1082.

⁸⁹⁴ Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGFB/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.55.

⁸⁹⁵ Ibid, pt.56.

intéressant et les fans peuvent s'identifier pour plus longtemps avec une équipe stable »⁸⁹⁶. Concernant « [l]a protection des contrats pendant une période de durée limitée qui se traduit par des sanctions correspondant notamment à la suspension du joueur pendant une période de 4 mois à 6 mois (dans des cas de récidives) semble indispensable pour garantir la construction d'une équipe »⁸⁹⁷. La Commission reconnaît ici que « garantir la construction d'une équipe » peut constituer un objectif légitime pour la *lex sportiva*. En effet, « [s]i un joueur pouvait rompre unilatéralement son contrat dès la première année et être transféré à la fin de la saison vers un autre club, sans aucune sanction autre que la compensation financière, son club d'origine n'aurait pas de possibilité de construire convenablement son équipe »⁸⁹⁸. Elle en déduit donc qu'« [e]n raison des spécificités du secteur en cause la durée de la période protégée et des sanctions semble être proportionnée aux objectifs légitimes qu'elles visent à atteindre »⁸⁹⁹. On l'aura compris la voie de l'article 101 paragraphe 3 suppose aussi une forme de contrôle de proportionnalité. D'ailleurs, Laurence Idot considère que les conditions de l'article 101 paragraphe 3 « ne sont que la traduction du test de nécessité et de proportionnalité »⁹⁰⁰. Cependant, celui-ci doit tenir compte des conditions particulières posées par l'article 101 paragraphe 3 TFUE, d'où la nécessité d'identifier une amélioration de la production ou de la distribution du spectacle sportif et des bénéfices pour les consommateurs.

Cette approche sera aussi adoptée dans l'affaire *Piau* qui concernait la compatibilité du règlement FIFA des agents de joueurs au regard du droit de la concurrence. Dans sa décision de rejet, la Commission indique clairement qu'elle se place sur le champ de l'article 101 paragraphe 3 TFUE⁹⁰¹. Elle reconnaît en préalable la nécessité de réglementer l'activité d'agent de joueur. Cependant, « les agents de joueurs ne forment pas, pour le moment, un corps professionnel suffisamment organisé pour être capable d'établir eux-mêmes des règles déontologiques pour la profession » et « le recours aux

⁸⁹⁶ Ibid.

⁸⁹⁷ Ibid, pt.57.

⁸⁹⁸ Ibid.

⁸⁹⁹ Ibid.

⁹⁰⁰ L. Idot, 'Entrave et restriction de concurrence', in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.169-190, p.188.

⁹⁰¹ Décision de rejet de la Commission 15 avril 2002, *Piau vs FIFA*, aff.COMP/37124 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37124/37124_10_3.pdf), pt.27-29.

seules règles des droits nationaux, là où elles existeraient, paraît clairement aléatoire et inadapté à une activité par nature transfrontalière », elle accepte donc qu' « une entité internationale telle que la FIFA semble à même de mettre en place et d'administrer une réglementation efficace de cette profession »⁹⁰². Au-delà de cette reconnaissance, la Commission maintient que la réglementation en cause (telle qu'elle a été modifiée suite à son intervention⁹⁰³) remplit les conditions de l'article 101 paragraphe 3 TFUE. En effet, selon elle, « l'objectif de protection des joueurs et de moralisation du milieu sportif, bien qu'il ne justifie aucune exclusion de principe du champ d'application du droit de la concurrence des règles s'y rattachant, devrait néanmoins être pris en compte dans l'application de l'article [101] paragraphe 3 du [TFUE] »⁹⁰⁴. Or, la Commission révèle ici la vraie nature du test qu'elle entend appliquer sous cet article, elle rappelle que « [l]a jurisprudence a déjà considéré que des "restrictions" répondant à un objectif légitime, comme par exemple celui d'assurer de façon proportionnée le maintien d'un équilibre entre clubs, en préservant une certaine égalité des chances et l'incertitude des résultats [...] ou d'encourager le recrutement et la formation des jeunes joueurs [...], pourraient être justifiées au regard des règles du traité relatives aux libertés fondamentales » et émet l'idée que ces restrictions « pourraient également, dans un raisonnement analogue, bénéficier d'une exemption au titre de l'article [101] paragraphe 3 du [TFUE] »⁹⁰⁵. Dès lors, il faut déterminer si « ces restrictions sont indispensables pour atteindre les objectifs recherchés ce qui implique qu'elles soient proportionnées à ces objectifs »⁹⁰⁶. La Commission procède alors à un véritable test de nécessité, elle s'interroge sur la possibilité de remplacer le règlement FIFA par un code de conduite volontaire, mais « [c]ompte tenu de l'absence d'organisation au sein de cette profession et des risques encourus par les joueurs qui ont une carrière professionnelle très courte, ce moyen n'est pas suffisant pour atteindre l'objectif visé »⁹⁰⁷. Dans cette affaire, la Commission transpose ouvertement le contrôle de proportionnalité utilisé dans le domaine des libertés fondamentales pour déterminer la compatibilité de la *lex sportiva*

⁹⁰²Ibid, pt.28.

⁹⁰³Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

⁹⁰⁴Décision de rejet de la Commission 15 avril 2002, *Piau vs FIFA*, aff.COMP/37124 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37124/37124_10_3.pdf), pt.29.

⁹⁰⁵Pour appuyer son raisonnement, la Commission fait référence ici au point 278 des conclusions de l'avocat général Lenz. Ibid, pt.29.

⁹⁰⁶Ibid, pt.29.

⁹⁰⁷ Ibid, pt.29.

avec le droit de la concurrence. Elle ne fait même plus l'effort de l'adapter aux conditions juridiques particulières inscrites à l'article 101 paragraphe 3 du TFUE.

Dans la même affaire, le Tribunal se montre plus prudent dans son évaluation de la compatibilité du règlement FIFA au regard de l'article 101 paragraphe 3 TFUE⁹⁰⁸. Ainsi, il rappelle que la licence pour les agents de joueurs « ne peut par conséquent être admise que dans la mesure où les conditions énoncées à l'article [101], paragraphe 3, [TFUE] sont satisfaites, de sorte que le règlement modifié serait susceptible de bénéficier d'une exemption sur le fondement de cette disposition, étant établi qu'il contribue à la promotion du progrès économique, réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte, n'impose pas de restrictions non indispensables pour atteindre ces objectifs et n'élimine pas la concurrence »⁹⁰⁹. Le Tribunal considère que le système de licence « paraît davantage emporter une sélection qualitative, propre à satisfaire à l'objectif de professionnalisation de l'activité d'agent de joueurs, qu'une restriction quantitative à son accès »⁹¹⁰. Il en conclut que « [c]ompte tenu [...] des conditions actuelles d'exercice de l'activité d'agent de joueurs, caractérisées par une absence quasi générale de réglementations nationales et par le défaut d'organisation collective des agents de joueurs, la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que les restrictions, qui découlent du caractère obligatoire de la licence, seraient susceptibles de bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article [101], paragraphe 3, [TFUE] »⁹¹¹. L'inconfort du Tribunal est palpable, il semble être conscient que la Commission s'est épargnée, en transplantant le contrôle de proportionnalité en vigueur dans le domaine des libertés fondamentales, le souci de démontrer que les règles en cause pouvaient être justifiées sur le fondement des conditions définies par l'article 101 paragraphe 3 TFUE⁹¹². Cependant, en l'absence d'alternative crédible et dans la mesure où les règles de la FIFA en cause sont perçues comme nécessaires en pratique, le Tribunal valide le raisonnement de la Commission.

⁹⁰⁸ Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209, pt. 92-106.

⁹⁰⁹ Ibid, pt.101.

⁹¹⁰ Ibid, pt.103.

⁹¹¹ Ibid.

⁹¹² La Commission impose en général une interprétation stricte de ces critères voir G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, pp.120-122. Critiques sur l'utilisation de l'article 101 paragraphe 3 TFUE en l'espèce, voir D. Waelbroeck et P. Ibañez-Colomo, 'Case C-171/05 P, *Laurent Piau*, Order of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 February 2006, [2006] ECR I-37', *Common Market Law Review*, Volume 43, n°6, 2006, pp.1743-1756, p.1752.

On comprend que le détournement de l'article 101 paragraphe 3 TFUE afin d'accommoder la fonction publique de la *lex sportiva* soit difficile à réconcilier avec la lettre et l'objet de l'article. C'est probablement une des raisons qui a mené à la transposition du contrôle de proportionnalité au sein même de l'article 101 paragraphe 1 TFUE⁹¹³.

2. *Le contrôle de proportionnalité transplanté au sein de l'article 101 paragraphe 1 TFUE*

L'idée de transplanter le test de proportionnalité des libertés de circulation au droit de la concurrence a germé à l'origine dans l'esprit de l'avocat général Lenz qui la mentionnait dans ses conclusions, mais elle a été mise en œuvre pour la première fois dans une affaire qui ne concernait pas la *lex sportiva*, l'arrêt *Wouters*, avant que l'arrêt *Meca-Medina* de la Cour, qui concernait les règles de lutte contre le dopage imposées par le CIO, n'entérine cette transplantation dans le contexte de la *lex sportiva*.

Les avocats généraux : les inspireurs

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Bosman*, l'avocat général Lenz, écarte ouvertement l'application d'une « rule of reason » à l'américaine à l'article 101 TFUE⁹¹⁴. Il rappelle que la Cour avait dans son arrêt *DLG*⁹¹⁵ « exposé que seules les restrictions qui étaient «nécessaires» pour assurer le bon fonctionnement de la coopérative et soutenir sa puissance contractuelle ne tombaient pas sous le coup de l'article [101], paragraphe 1», selon lui «(c)ela montre que seules les restrictions de concurrence qui sont indispensables pour atteindre les buts légitimes qu'elles poursuivent échappent à

⁹¹³ L'autre raison possible est que la charge de la preuve à l'article 101 paragraphe 3 repose sur le défendeur, alors qu'elle repose sur la Commission au paragraphe 1. Voir à ce propos, A. Vermeersch, 'All's fair in sport and competition ? The application of EC competition rules to sport', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.238-254. Mais, *contra* L. Idot, 'Entrave et restriction de concurrence', in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.169-190, p.189-190.

⁹¹⁴ Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.266-269.

⁹¹⁵ CJUE, 15 décembre 1994, *Gettrup-Klim et al c. Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA (DLG)*, aff. C-250/92, Rec. p.I-5641, pt.31-35.

l'article [101], paragraphe 1 »⁹¹⁶. Le déplacement interprétatif est subtil, mais visible. Le contrôle vise à déterminer la nécessité d'une mesure au regard d'un objectif légitime, c'est l'essence même du contrôle de proportionnalité. Celui-ci est singulièrement proche de celui utilisé dans le cadre de l'entrave aux libertés fondamentales. D'ailleurs, cette proximité conduit l'avocat général à transposer les solutions dégagées dans le cadre de l'entrave à liberté de circulation⁹¹⁷.

Dans l'affaire *Deliège*, l'avocat général considère, en s'appuyant lui aussi sur l'arrêt *DLG*, que « les mesures d'une fédération sportive relatives à l'accès des athlètes à des tournois internationaux peuvent constituer une restriction de la concurrence », mais qu'« il faut aussi reconnaître que l'article [101], paragraphe 1 ne s'applique pas aux restrictions de la concurrence qui sont indispensables pour atteindre les objectifs légitimes qu'elles poursuivent »⁹¹⁸. En effet, « (c)ette exception se fonde sur l'idée que devrait être considérée comme n'enfreignant pas les dispositions communautaires relatives à la concurrence une réglementation qui, à première vue, réduit la concurrence, mais est nécessaire précisément afin de permettre au mécanisme du marché de fonctionner ou dans un autre but légitime »⁹¹⁹. Il identifie dès lors « les objectifs légitimes qui découlent de la spécificité du judo », comme visant à « organiser un mécanisme de sélection des équipes nationales appelées à représenter le continent européen » et à « assurer la plus grande représentativité possible de certains tournois internationaux »⁹²⁰. Il procède de la même manière, en ce qui concerne l'application de l'article 102 TFUE⁹²¹. Quant à l'évaluation *in concreto* de la proportionnalité du règlement en cause, il renvoie lui aussi aux développements proposés dans le cadre de la justification de l'entrave⁹²².

⁹¹⁶ Dans ses conclusions l'avocat général Lenz fait expressément référence à l'arrêt *DLG*, Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.269.

⁹¹⁷ *Ibid*, pt.270.

⁹¹⁸ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt. 110.

⁹¹⁹*Ibid*.

⁹²⁰*Ibid*, pt.112.

⁹²¹*Ibid*, pt.113.

⁹²² « Appliquant ce raisonnement à la présente affaire, nous sommes également d'avis que, même s'il devait être considéré comme réduisant la concurrence, en ce sens qu'il empêche certains judokas de participer à certains tournois internationaux, le règlement litigieux ne relève pas du champ d'application de l'article 85 du traité, car il est indispensable pour atteindre les objectifs légitimes qui découlent de la spécificité du judo (82). En ce qui concerne la description et le caractère légitime de ces objectifs, nous renvoyons à l'analyse ci-dessus (83), dont il découle que la réglementation sportive litigieuse visait,

Enfin, l'avocat général dans l'arrêt *Lehtonen* adopte une position semblable. Il soutient que « [l]es règles restreignant la concurrence, telles que celles du cas d'espèce, qui, par leur effet, sont nécessaires à la création de la concurrence sur le marché concerné, peuvent par conséquent être compatibles, de ce fait, avec les articles [101] et [102] du [TFUE] si elles sont nécessaires et appropriées pour atteindre cet objectif »⁹²³. C'est ainsi, car les règles « relatives aux délais de transfert pourraient néanmoins s'avérer nécessaires pour créer et assurer une compétition entre les clubs », et que « les règles de transferts sont dans l'ensemble de nature à permettre la création et le maintien d'une compétition loyale entre les clubs »⁹²⁴. Tout comme dans les deux affaires précédentes, l'avocat général propose de transposer la solution adoptée sous l'angle de la justification de l'entrave à la proportionnalité de la restriction concurrentielle⁹²⁵. Il en déduit que « les délais de transferts sont compatibles, dans cette mesure, avec l'article [101] du traité [TFUE], tout en étant compatibles, avec la libre circulation des travailleurs »⁹²⁶.

La proximité de ces tests avec celui proposé dans le cadre de l'entrave est évidente. Notamment au regard de l'importance que prend le critère de nécessité et du fait que les solutions développées préalablement dans le cadre de la justification de l'entrave sont transposées *mutatis mutandis* dans le droit de la concurrence. Les avocats généraux avaient donc labouré le terrain doctrinal, même si dans ces affaires la Cour ne s'était pas prononcée *in fine* en droit de la concurrence. Ainsi, les éléments de langage présentés ci-dessus vont servir de modèle pour la transposition d'une forme de contrôle de proportionnalité au sein de l'article 101 paragraphe 1 TFUE par l'arrêt *Wouters*⁹²⁷.

premièrement, à organiser un mécanisme de sélection des équipes nationales appelées à représenter le continent européen aux jeux olympiques d'Atlanta et, deuxièmement, à assurer la plus grande représentativité possible de certains tournois internationaux. En conséquence, il n'y a, à nos yeux, aucune infraction à l'article 85, paragraphe 1, du traité. » Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt. 112.

⁹²³ Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt. 107.

⁹²⁴ Ibid, pt.106.

⁹²⁵ Conclusions du 2 juin 1999, aff. C-176/96, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, Rec. I-02681, pt.106.

⁹²⁶ Ibid, pt.108.

⁹²⁷ G. Monti, 'Article 81 EC and Public Policy', *Common Market Law Review*, Volume 39, n°5, 2002, pp.1057-1099, p.1086.

La « révolution »⁹²⁸ de l'arrêt *Wouters*

La Cour de justice dans son arrêt *Wouters*, qui a eu retentissement certain⁹²⁹, a, pour la première fois de son histoire, eu recours à un contrôle de proportionnalité (ou plus précisément de nécessité) au stade de l'article 101 paragraphe 1 TFUE.

Cette affaire concernait une règle adoptée par le barreau néerlandais, interdisant toute collaboration entre avocats et comptables. La Cour considéra que le barreau en question ne pouvait pas être considéré comme étant investi de prérogatives de puissance publique et qu'il constituait donc une association d'entreprises dont les actions n'échappent pas au droit de la concurrence. On peut ici constater l'analogie entre cette situation et celles discutées dans le chapitre 2 concernant la *lex sportiva*. Dans cet arrêt, la Cour considère qu'« [i]l convient toutefois de relever que tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article [101], paragraphe 1, du [TFUE]. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice. Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs »⁹³⁰. Il semble donc que la Cour s'oriente, au vu du contexte global, vers un test d'inhérence entre la restriction et les objectifs qu'elle poursuit, mais elle ajoute aussi qu'« au vu de ces éléments, il n'apparaît pas que les effets restrictifs de la concurrence tels que ceux

⁹²⁸ S. Poillot-Peruzzetto, 'La collaboration entre avocats et experts-comptables révolutionne l'analyse de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE', *Contrats Concurrence Consommation* n° 4, Avril 2002.

⁹²⁹ L. Idot, 'Avocats et droit de la concurrence: La rencontre a eu lieu...', *Europe* n° 5, Mai 2002, chron. 6 ; G. Monti, 'Article 81 EC and Public Policy', *Common Market Law Review*, Volume 39, n°5, 2002, pp.1057-1099; R. O'Loughlin, 'EC competition rules and free movement rules: an examination of the parallels and their furtherance by the ECJ *Wouters* decision', *European Competition Law Review*, Volume 24, n°2, 2003, pp.62-69.

⁹³⁰ CJUE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, Rec. p.I-1577, pt.97.

imposés aux avocats opérant aux Pays-Bas par un règlement tel que la Samenwerkingsverordening 1993 aillent au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'exercice correct de la profession d'avocat »⁹³¹. Elle réalise donc un test de nécessité.

Cet arrêt est remarquable car il combine le mode de raisonnement du droit de la concurrence à celui applicable aux entraves aux libertés fondamentales⁹³². La mise en balance de l'effet des mesures restrictives de la concurrence avec des objectifs d'intérêt général, constituerait une « rule of reason » européenne⁹³³, très lointaine cousine de l'américaine car consacrée non pas à la mise en balance des effets pro ou anti-compétitifs mais à la justification, par l'intermédiaire du contrôle de proportionnalité, d'une restriction de la concurrence au vu d'un objectif extra-concurrentiel⁹³⁴. Cet arrêt, considéré comme une « exception »⁹³⁵ et fortement critiqué par une partie de la doctrine⁹³⁶, semble, toutefois, avoir été conforté par l'arrêt *Meca-Medina*⁹³⁷. Dans son arrêt *Meca-Medina*, la Cour va même plus loin en affirmant qu'il convient d'examiner « si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs et sont proportionnés à ces objectifs »⁹³⁸. Il semble donc que dans certains contextes spécifiques, en particulier quand la *lex sportiva* est en cause, la Cour soit disposée à appliquer un contrôle de proportionnalité dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 101 paragraphe 1 TFUE.

⁹³¹ Ibid, pt.109.

⁹³² "This is a remarkable *ratio decidendi* for the Court intertwines principles of competition law and free movement." G. Monti, 'Article 81 EC and Public Policy', *Common Market Law Review*, Volume 39, n°5, 2002, pp.1057-1099, p.1087. Voir aussi S. Poillot-Peruzzetto, 'La collaboration entre avocats et experts-comptables révolutionne l'analyse de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE', *Contrats Concurrence Consommation* n° 4, Avril 2002 et L. Idot, 'Entrave et restriction de concurrence', in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.169-190.

⁹³³ G. Monti, 'Article 81 EC and Public Policy', *Common Market Law Review*, Volume 39, n°5, 2002, pp.1057-1099, p.1088.

⁹³⁴ G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, pp.89-123 et B. Van Rompuy, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy?*, Kluwer, 2012.

⁹³⁵ P. Craig et G. de Búrca, *EU Law*, Oxford University Press, 5th Edition, 2011, p. 988.

⁹³⁶ Voir par exemple L. Idot moquant le fait que l'arrêt « affirme d'abord qu'il y a restriction de concurrence pour dire ensuite qu'il n'y a plus de restriction de concurrence... », L. Idot, 'Concurrence et libre circulation – Regards sur les derniers développements', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2005, pp.391-409, p.402 et L. Idot, 'Avocats et droit de la concurrence: La rencontre a eu lieu...', *Europe* n° 5, Mai 2002, chron. 6.

⁹³⁷ E. Szyszczak, 'Competition and Sport', *European Law Review*, Volume 32, n°1, 2007, pp.95-110, pp.106-10.

⁹³⁸ CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991, pt.42.

L'arrêt Meca-Medina consécration du contrôle de proportionnalité en droit de la concurrence

L'affaire *Meca-Medina* donne lieu à une bataille juridique devant la Commission, le Tribunal et la Cour, mais aussi en doctrine autour de la question de la forme que doit prendre l'application du droit de la concurrence à la *lex sportiva*⁹³⁹. Le débat se cristallise sur l'alternative entre exclusion *a priori* des règles « purement sportives » du champ du droit de la concurrence et justification *a posteriori* des restrictions imposées à la concurrence par les règles de la *lex sportiva* selon la méthode Wouters (en somme le mode de justification via le contrôle de proportionnalité utilisé dans le cadre de l'entrave)⁹⁴⁰.

La prégnance de ce débat est visible dès la décision de la Commission, en effet celle-ci opte pour la prudence en adoptant les deux solutions conjointement. D'une part, elle affirme que « les règles et pratiques contestées ne semblent pas tomber dans la sphère des activités économiques du CIO ou de la FINA et elles ne semblent pas tomber sous les interdictions édictées aux articles [101] et [102] »⁹⁴¹. D'autre part, elle fait référence à l'arrêt Wouters⁹⁴², et considère qu'« il convient d'examiner si les règles antidopage aussi bien celles établies par le CIO que celles de la FINA font partie de cet ensemble de règles qui sont intimement liées au bon déroulement de la compétition sportive, si elles peuvent être considérées comme nécessaires pour garantir ce bon déroulement et la lutte contre le dopage »⁹⁴³. Elle rappelle que ces règles ont pour « objectif général [...] de lutter contre le dopage en vue d'un déroulement loyal de la compétition sportive », ce qui « inclut la nécessité d'assurer l'égalité des chances des athlètes, leur santé, l'intégrité et l'objectivité de la compétition ainsi que les valeurs éthiques dans le sport »⁹⁴⁴. Elle

⁹³⁹P. Ibañez-Colomo, 'The Application of EC Treaty Rules to Sport: the Approach of the European Court of First Instance in the *Meca Medina* and *Piau* cases', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, (accessible à <http://go.warwick.ac.uk/eslj/issues/volume3/number2/colomo/>).

⁹⁴⁰ Les deux pôles du débat sont fort bien incarnés par J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237 et S. S. Weatherill, 'Anti-doping rules and EC law', *European Competition Law Review*, Volume 26, n°7, 2005, pp 416-421.

⁹⁴¹ Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen*./. CIO, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.38.

⁹⁴² Expressément, *Ibid*, pt.43.

⁹⁴³ *Ibid*, pt.44.

⁹⁴⁴ *Ibid*, pt.45.

traite implicitement de la nécessité de ces règles en discutant la possibilité pour un athlète de se disculper en cas de contrôle positif et conclut que « l'athlète dispose de moyens lui permettant d'attaquer les résultats du contrôle au niveau des faits ainsi que de faire valoir son attitude subjective et toute autre circonstance pertinente au niveau de la mise en œuvre de la sanction »⁹⁴⁵. Elle considère aussi que « ces règles concernant la définition de dopage et la contre preuve peuvent donc être considérées comme justifiées, raisonnables et équilibrées »⁹⁴⁶. Enfin, il est « clair que les règles antidopage en question sont intimement liées au bon déroulement de la compétition sportive, qu'elles sont nécessaires pour lutter efficacement contre le dopage et que la limitation de la liberté d'action des athlètes ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »⁹⁴⁷. En pratique la Commission a emprunté le mode de raisonnement juridique de l'arrêt *Wouters* en mettant en œuvre un contrôle de proportionnalité pour vérifier la nécessité des règles antidopage au vu de l'objectif qu'elles poursuivent. Tout ceci, alors qu'elle avait entamé sa réflexion en affirmant que les règles en cause « ne semblent pas tomber dans la sphère des activités économiques du CIO ou de la FINA ». Or, si ces règles ne tombent pas dans la sphère des activités économiques du CIO ou de la FINA pourquoi sont-elles soumises au contrôle de proportionnalité?⁹⁴⁸ Pourquoi n'échappent-elles pas intégralement au champ du droit de la concurrence ? Le Tribunal, partisan de cette solution qui immunise *a priori* les règles anti-dopage, aura beau jeu de pointer la contradiction. La Commission sera contrainte de faire amende honorable en affirmant qu'elle avait conduit le test de l'arrêt *Wouters* de manière subsidiaire. Ironiquement, la Cour prendra partie ensuite pour l'application de la jurisprudence *Wouters* et contre l'exception sportive.

L'affaire *Meca-Medina* n'est pas la seule affaire dans laquelle la Commission a été amenée à appliquer le test tiré de l'arrêt *Wouters* à la *lex sportiva*. En effet, elle s'est prononcée dans une affaire qui avait préalablement donné lieu à une sentence fameuse

⁹⁴⁵ Ibid, pt.48.

⁹⁴⁶ Ibid, pt.53.

⁹⁴⁷ Ibid, pt.55.

⁹⁴⁸ "Why did the Commission rely on *Wouters*?" P. Ibañez-Colomo, 'The Application of EC Treaty Rules to Sport: the Approach of the European Court of First Instance in the *Meca Medina* and *Piau* cases', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, (accessible à <http://go.warwick.ac.uk/eslj/issues/volume3/number2/colomo/>), para.24.

du Tribunal arbitral du sport⁹⁴⁹, l'affaire ENIC⁹⁵⁰. ENIC, une société qui possédait plusieurs clubs européens, contestait le règlement de l'UEFA interdisant aux clubs contrôlés par le même propriétaire de participer conjointement aux compétitions de l'UEFA⁹⁵¹. La Commission constata que cette règle limite la liberté économique des propriétaires de clubs et donc potentiellement la libre concurrence⁹⁵². Elle fit expressément référence à l'arrêt Wouters⁹⁵³, et considéra que sans la règle imposée par l'UEFA la crédibilité des compétitions européennes de football serait menacée⁹⁵⁴. La Commission cherche ainsi à démontrer tout particulièrement l'inhérence de cette règle au bon fonctionnement du marché sportif⁹⁵⁵. Toutefois, elle effectua également un test de nécessité, au terme duquel elle releva que les règles de l'UEFA ne restreignent pas l'investissement minoritaire dans les clubs et qu'elles sont moins restrictives que certaines réglementations en vigueur dans les Etats membres⁹⁵⁶. De plus, elle considéra que l'introduction d'un code de conduite volontaire ne constitue pas un moyen moins restrictif d'atteindre le but poursuivi⁹⁵⁷. Dès lors, la restriction de la libre concurrence apparaît comme le résultat d'une règle nécessaire et proportionnée visant à préserver

⁹⁴⁹ CAS 98/200 AEK Athens and SK Slavia Prague / Union of European Football Associations (UEFA), award of 20 August 1999

⁹⁵⁰ Décision de rejet de la Commission du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, Aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf).

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² *Ibid.*, pt.30.

⁹⁵³ *Ibid.*, pt.31.

⁹⁵⁴ "Thus the question to answer in the present case is whether the consequential effects of the rule are inherent in the pursuit of the very existence of credible pan European football competitions." *Ibid.*, pt.32.

⁹⁵⁵ "If UEFA competitions were not credible and consumers did not have the perception that the games played represent honest sporting competition between the participants, the competitions would be devalued with the inevitable consequence over time of lower consumer confidence, interest and marketability." *Ibid.*

⁹⁵⁶ "Secondly, the UEFA rule does not limit the freedom of action of investors that have shares in clubs below the level that gives them control over the club, because clubs with such ownership structure remain free to play in the same UEFA competition. Thirdly, in some Member States national associations have adopted rules, even stricter than the UEFA rule, in order to attain the same objective." *Ibid.*, pt.35.

⁹⁵⁷ "Fourthly, a voluntary code of conduct which you see as a less restrictive mean does not seem to be, in this particular context, an alternative to the contested rule. As there is a possibility that some clubs would not comply with it, there will be in the public a general suspicion that clubs with the same owner or manager do not play a fair game. In order to achieve the same aim its substance would have to be the same and it would have to be binding. Furthermore, any regulatory system which would allow the football regulator to analyse a specific common-owned club's participation on a case by case basis only, would not enable clubs (or spectators) to know in advance whether or not they would be likely or able to participate in a UEFA competition and would not be a workable alternative to the UEFA rule either. In addition, a case-by-case evaluation would by its very nature leave scope for discretion and it may be difficult for the governing body to disregard considerations, such as the significance of investments already made or the prestige of the clubs concerned, which would have no place in such an analysis." *Ibid.*, pt.36.

un objectif légitime : la confiance du public dans l'équité des compétitions⁹⁵⁸. La règle en cause ne constitue donc pas une restriction au sens de l'article 101 paragraphe 1 TFUE, car elle est jugée inhérente à l'existence même des compétitions sportives organisées par l'UEFA⁹⁵⁹, mais surtout elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre son but⁹⁶⁰. Cette utilisation par la Commission de la jurisprudence Wouters et le contrôle systématique de la nécessité d'une règle de la *lex sportiva* qu'elle implique, va être confortée par la Cour dans l'arrêt *Meca-Medina*.

Dans le premier jugement *Meca-Medina*, l'applicabilité du droit de la concurrence avait été clairement rejetée par le Tribunal⁹⁶¹, telle avait aussi été la conclusion de l'avocat général Léger devant la Cour⁹⁶². La Cour, n'en déplaise aux organisations sportives, a choisi un autre chemin juridique pour déclarer conforme au droit de la concurrence les règles anti-dopage du CIO transposées par la FINA. En effet, pour la Cour «[i]l importe de relever [...] que la compatibilité d'une réglementation avec les règles communautaires de la concurrence ne peut être appréciée de façon abstraite », au contraire, « il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs »⁹⁶³. Il « convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs (arrêt Wouters e.a., précité, point 97) et sont proportionnés à ces objectifs »⁹⁶⁴. La Cour ajoute donc ouvertement au test d'inhérence, un contrôle de proportionnalité. Cependant, le test d'inhérence s'efface en pratique derrière le contrôle de proportionnalité. Dans sa mise

⁹⁵⁸“On the basis of the above, the limitation on the freedom to act therefore merely constitutes the effect of the application of a rule which is deemed necessary and proportionate to the need to maintain the public's confidence in the fairness and authenticity of the game, the absence of which would have the effect of rendering, in the long term, any competition impossible.” Ibid, pt.38.

⁹⁵⁹“ Therefore, the rule cannot be qualified as a restriction of competition under Article 81 (1) of the Treaty because its object is not to restrict competition and that the limitation of freedom of action of clubs and investors that it entails is inherent to the very existence of the UEFA competitions.” Ibid, pt.40.

⁹⁶⁰ “In any case the rule does not seem to go beyond what is necessary to ensure its legitimate aim - to ensure the uncertainty of the outcome and to guarantee that the consumer has the perception that the games played represent honest competition between the participants with a view to ensure a proper functioning of the UEFA competitions and of the markets developed around them in order to keep fans and spectators interested in the sporting competition.” Ibid, pt.41.

⁹⁶¹ Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291, pt.61-65.

⁹⁶² AG Meca-Medina, point 42-44.

⁹⁶³ CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991, pt.42.

⁹⁶⁴ Ibid.

en œuvre du test, la Cour considère que la Commission « a pu considérer à juste titre que l'objectif général de cette réglementation vise, ce qui n'est contesté par aucune des parties, à lutter contre le dopage en vue d'un déroulement loyal de la compétition sportive et inclut la nécessité d'assurer l'égalité des chances des athlètes, leur santé, l'intégrité et l'objectivité de la compétition ainsi que les valeurs éthiques dans le sport »⁹⁶⁵. Tandis que les sanctions imposées sont jugées « nécessaires pour garantir l'exécution de l'interdiction du dopage » et « l'effet de celles-ci sur la liberté d'action des athlètes doit être considéré comme étant, en principe, inhérent aux règles antidopage »⁹⁶⁶. La Cour vérifie ensuite, comme lors de la mise en œuvre du test de proportionnalité des entraves, si ces réglementations sont « limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon déroulement de la compétition sportive »⁹⁶⁷. En effet, « (u)ne telle réglementation pourrait [...] s'avérer excessive, d'une part dans la détermination des conditions permettant de fixer la ligne de partage entre les situations relevant du dopage passible de sanctions et celles qui n'en relèvent pas, et d'autre part dans la sévérité desdites sanctions »⁹⁶⁸. Toutefois, « les requérants n'établissent pas que la Commission aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant cette règle comme justifiée »⁹⁶⁹. En l'espèce, la Cour estime qu'il est « constant que la nandrolone est une substance anabolisante dont la présence dans le corps des athlètes est susceptible d'améliorer leurs performances et de fausser le déroulement loyal des compétitions auxquelles les intéressés participent », donc « le principe de l'interdiction qui frappe cette substance est dès lors justifié au regard de l'objectif de la réglementation antidopage »⁹⁷⁰. Cependant ce n'est que « dans l'hypothèse où, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques au moment de l'adoption de la réglementation antidopage litigieuse ou même au moment de l'application qui a été faite de celle-ci pour sanctionner les requérants, en 1999, le seuil de tolérance serait fixé à un niveau tellement bas qu'il devrait être considéré comme ne prenant pas suffisamment en compte ce phénomène, que ladite réglementation devrait être considérée comme

⁹⁶⁵ CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991, pt.43. La Cour y fait référence à la décision de rejet de la Commission, point.45.

⁹⁶⁶ Ibid, pt.44.

⁹⁶⁷ Ibid, pt.47.

⁹⁶⁸ Ibid, pt.48.

⁹⁶⁹ Ibid, pt.50.

⁹⁷⁰ Ibid, pt.51.

n'étant pas justifiée au regard de l'objectif qu'elle visait »⁹⁷¹. La Cour conclut que « dès lors que les requérants ne précisent pas à quel niveau le seuil de tolérance en cause aurait dû être fixé au moment pertinent, il n'apparaît pas que les restrictions qu'impose ce seuil aux sportifs professionnels iraient au-delà de ce qui est nécessaire afin d'assurer le déroulement et le bon fonctionnement des compétitions sportives »⁹⁷². La Cour n'hésite donc pas à envisager une remise en cause des règles anti-dopage si on lui apporte des éléments probants pouvant faire douter de leur proportionnalité. Il aurait suffi, à cet égard, que les plaignants démontrent que les seuils utilisés étaient inadaptés, pour que la règle soit considérée comme contraire au droit de la concurrence.

La Commission, dans son *livre blanc sur le sport*, tire les conséquences de cet arrêt en affirmant que le contrôle de la proportionnalité des normes de la *lex sportiva* ne peut se faire qu'au cas par cas⁹⁷³. Elle a joint les actes aux paroles dans l'affaire Cañas qui concernait une restriction de la libre concurrence imposée par des règles antidopage. Dans sa décision de rejet, elle apporte son soutien à la nécessité (au sens du test de proportionnalité) de l'interdiction des diurétiques⁹⁷⁴, et de la responsabilité stricte (c'est-à-dire sans faute) en cas de contrôle antidopage positif⁹⁷⁵. La transposition fidèle du contrôle de proportionnalité en droit de la concurrence a ouvert la voie à « [u]n traitement uniforme de la *lex sportiva* dans l'ordre juridique communautaire », dès lors « le droit communautaire dans son ensemble s'appliquerait par principe à toutes les règles sportives, lesquelles pourraient néanmoins bénéficier de dérogations conditionnées »⁹⁷⁶.

⁹⁷¹ Ibid, pt.52.

⁹⁷² Ibid, pt.54.

⁹⁷³ Commission européenne, *Livre Blanc sur le sport*, 11 juillet 2007, COM (2007) 391 final, p.15. Voir aussi le *Document de travail: L'Union européenne et le sport: Historique et contexte*, annexé au livre blanc, p.38 et p.68-69.

⁹⁷⁴ Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf), pt.33.

⁹⁷⁵ Ibid, pt.34.

⁹⁷⁶ F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, pp.43-52, p.49.

Le caractère atypique de la *lex sportiva*, doublement capturé par le droit de l'UE, s'est avéré être un double casse-tête juridique. Casse-tête au stade de l'application des libertés fondamentales, car la fonction régulatrice (publique) de ces règles ne correspond pas à la forme juridique privée de sa structure institutionnelle. La Cour a donc fait évoluer l'interprétation des libertés fondamentales, grâce à l'effet utile, pour capturer l'effet équivalent à une réglementation étatique que peut avoir la *lex sportiva*. Or, l'inverse est vrai dans le domaine du droit de la concurrence, autant celui-ci est particulièrement adapté pour capturer ce type de structure institutionnelle privée exerçant un pouvoir qui heurte frontalement les fondements même du droit de la concurrence, autant il s'avère inadapté pour tenir compte de sa fonction publique et régulatrice⁹⁷⁷. Une solution, privilégiée bien sûr par les organisations sportives, aurait été d'exclure la *lex sportiva* intégralement du champ d'application du droit de la concurrence, mais elle a été écartée, principalement parce que la *lex sportiva* ne dispose pas de la légitimité que peuvent revendiquer les Etats membres (ou les conventions collectives). La Cour et la Commission ont reconnu intuitivement le rôle important de contre-pouvoir qu'elles pouvaient jouer face à la *lex sportiva* en refusant d'instaurer cette exception pourtant ardemment revendiquée. Cependant, et c'est là le nœud du problème, il demeure que la *lex sportiva* remplit une fonction qu'en l'état actuel du droit, elle est seule en capacité de remplir : celui d'instituer et de réglementer les compétitions sportives transnationales. Cet état de fait est clairement reconnu par le Tribunal dans son arrêt *Piau*. Dès lors, il impose de proposer une échappatoire pour les règles de la *lex sportiva* soumises au contrôle du droit de la concurrence⁹⁷⁸. Dans ce contexte, quoi de plus naturel que de transposer ici le test qui s'impose aux mêmes règles lorsqu'elles entravent la libre circulation⁹⁷⁹. L'ironie étant que la Cour dans l'arrêt

⁹⁷⁷Ce dilemme se pose dans des conditions comparables dans le domaine de la standardisation I. Maher, 'Competition Law and Transnational Private Regulatory Regimes : Marking the Cartel Boundary', *Journal of Law and Society*, Volume 38, Number 1, March 2011, pp.119-137.

⁹⁷⁸Pour un ensemble de propositions alternatives à cet égard voir J.P. Van den Brink, 'EC competition law and the regulation of football: Part 2', *European Competition Law Review*, Volume 21, n°9, 2000, pp.420-427.

⁹⁷⁹En offusquant les puristes du droit de la concurrence: "In fact, it has to be recalled that the test laid down by the ECJ in *Walrave* was conceived to apply to the fundamental freedoms and thus can not extend as such to Articles 81 and 82 EC." P. Ibañez-Colomo, 'The Application of EC Treaty Rules to Sport: the Approach of the European Court of First Instance in the *Meca Medina* and *Piau* cases', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, (accessible à <http://go.warwick.ac.uk/eslj/issues/volume3/number2/colomo/>), para.15. Laurence Idot estime qu'il "ne fait pas de doute que la théorie des exigences impérieuses d'intérêt général n'est pas adaptée à la poursuite de finalités concurrentielles" in L. Idot, 'Concurrence et libre circulation - Regards sur les

Meca-Medina masque cette convergence en la fondant sur la divergence entre libertés fondamentales et droit de la concurrence sur la question de l'exception sportive. Cette convergence qui n'est pas passée inaperçue cependant⁹⁸⁰, même si elle est rarement rattachée au contexte particulier de la *lex sportiva*⁹⁸¹. Ainsi, dans un deuxième temps, après avoir reconnu le caractère public de la *lex sportiva* pour la faire rentrer dans le cadre des libertés de circulation, on publicise le droit de la concurrence pour faire sortir la *lex sportiva* de son champ. Il nous semble qu'il n'y a pas preuve plus importante de la fonction publique de la *lex sportiva* que cette faculté à faire plier les catégories juridiques traditionnelles du droit de l'UE. C'est d'ailleurs cette fonction qui implique que ces règles soient soumises à une obligation de justification, contre-pouvoir nécessaire au pouvoir législatif et exécutif (souvent autoritaire) des organes politiques de la *lex sportiva*.

II. De la justification au « pluralisme ordonné » : Quelle fonction pour le contrôle de proportionnalité imposé à la *lex sportiva* ?

Dans le contexte de son application à la *lex sportiva*, le contrôle de proportionnalité peut être rattaché à une double fonction : une fonction de justification et une fonction de préservation du pluralisme juridique transnational. La fonction de justification est de nature quasi-constitutionnelle, elle vise à qualifier le rapport de justification entre pouvoir judiciaire européen et pouvoirs législatifs et exécutifs (les deux sont indissociables) des organes politiques de la *lex sportiva* (a.). La fonction de préservation du pluralisme vise à relativiser le rapport hiérarchique entre *lex sportiva* et droit de l'UE (b.).

derniers développements', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2005, pp.391-409, p.403. Voir aussi, O. Odudu, *The boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006, pp. 159-174 et E. Loozen, 'Professional ethics and restraints of competition', *E.L. Rev.* 2006, 31(1), 28-47.

⁹⁸⁰ K. Mortelmans, 'Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition', *Common Market Law Review*, Volume 38, n°3, 2001, pp.613-649; W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, p.95 et pp. 211-221; R. O'Loughlin, 'EC competition rules and free movement rules: an examination of the parallels and their furtherance by the ECJ Wouters decision', *European Competition Law Review*, Volume 24, n°2, 2003, pp.62-69.

⁹⁸¹ L'exception notoire : S. Weatherill, "'Fair Play Please!': Recent Developments in the Application of EC Law to Sport', *Common Market Law Review*, Volume 40, n°1, 2003, pp.51-93, pp.85-86; voir aussi E. Szyszczak, 'Competition and Sport', *European Law Review*, Volume 32, n°1, 2007, pp.95-110.

a. Le contrôle de proportionnalité comme obligation de justification de la *lex sportiva*

En quoi le contrôle de proportionnalité est-il un proxy pour la mise en place d'un rapport de justification? On considère souvent que le principe de proportionnalité est un principe d'optimisation, ou d'efficacité, peut-on réconcilier ce point de vue avec l'idée d'un principe de justification? Enfin, comment ce principe de justification se matérialise-t-il concrètement dans l'interaction entre l'UE et la *lex sportiva*? Telles sont les questions que nous souhaitons aborder ici.

i. Le contrôle de proportionnalité entre optimisation et justification

Le principe, test ou contrôle de proportionnalité connaît un succès retentissant à travers le globe⁹⁸². Toutefois, il est probable que le contexte juridique dans lequel ce test est employé influence considérablement la forme et la fonction qu'il prend⁹⁸³. Cependant, on se propose d'identifier deux idéaux-types qui semblent sous-tendre la fonction du principe lorsqu'il est utilisé dans le cadre du droit des entraves de l'UE: l'optimisation (1.) et la justification (2.).

1. Le contrôle de proportionnalité comme optimisation économique

Le contrôle de proportionnalité lorsqu'il vise à contrôler une mesure gouvernementale (et non à mettre en balance des droits fondamentaux) a indéniablement pour objectif une optimisation voire une rationalisation⁹⁸⁴ de cette pratique. En effet, entendu

⁹⁸²M. Klatt et M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012 ; M. Cohen-elyat et I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013 ; G. Huscroft, B. W. Miller et G. Webber (eds), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2014 ; A. Barak, *Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012 et A. Peters, 'Verhältnismässigkeit als globales Verfassungsprinzip' in B. Baade, S. Ehrlich, M. Fink, R. Frau, M. Möldner, I. Risini, T. Stirner (Dirs.), *Verhältnismässigkeit im Völkerrecht*, Mohr Siebeck 2015, à paraître.

⁹⁸³Pour des développements très convaincants sur cette question voir A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Université Paris 1, 2013, pp. 23-27 ; aussi T-I. Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law', *European Law Journal*, Volume 16, n°2, March 2010, pp. 158-185, p.171.

⁹⁸⁴T-I. Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law', *European Law Journal*, Volume 16, n°2, March 2010, pp. 158-185, p.160-162.

strictement, le test de nécessité vise à déterminer s'il existe un moyen plus efficace (donc moins coûteux en termes de restrictions des libertés fondamentales dans le cadre du droit de l'UE) pour remplir l'objectif que poursuit un gouvernement en adoptant une mesure. S'agissant de l'application du contrôle de proportionnalité dans le droit des entraves de l'UE, le test de proportionnalité a été assimilé à « un principe *d'efficacité économique* »⁹⁸⁵. Dès lors, « [l']évaluation coûts-bénéfices conduite par la Cour permet à cette dernière d'identifier les mesures optimales du point de vue de Pareto, ou à l'inverse de condamner les mesures sous-optimales »⁹⁸⁶. Ainsi, « le principe de proportionnalité constitue un véritable principe unitaire (et non pas un rassemblement de conditions disparates) et [...] son unité réside dans un principe d'efficacité économique, interprété selon le sens de Pareto »⁹⁸⁷. Au cœur du contrôle de proportionnalité serait donc nichée « l'âme » du droit de l'UE : « un discours fondé exclusivement sur l'efficacité, le marché et la technocratie »⁹⁸⁸. Ce type de conception s'accorde avec d'autres constats sur le biais néolibéral que peut avoir le droit de l'UE et en particulier le droit du marché intérieur⁹⁸⁹. Ce biais correspond d'ailleurs aux racines ordo-libérales qui sous-tendent le droit de la concurrence⁹⁹⁰.

Cependant, nous pensons que le test de proportionnalité n'est pas seulement un test d'efficacité économique, au sens entendu ci-dessus, mais aussi un test d'efficacité politique. Il ne vise pas principalement à garantir une efficacité économique supérieure, mais un meilleur bilan entre la poursuite d'un objectif légitime et la restriction de la liberté de circulation⁹⁹¹. La différence est ténue. Le test n'exclut donc pas l'inefficacité économique, en revanche, il exclut l'inefficacité politique. C'est l'efficacité du bilan

⁹⁸⁵ A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Université Paris 1, 2013, p. 238 et les développements aux pp. 248-259. Voir aussi favorable à une telle interprétation du test A. Portuese, "Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency", *European Law Journal*, Volume 19, n°5, September 2013, pp.612-635.

⁹⁸⁶Ibid, p.252.

⁹⁸⁷Ibid.

⁹⁸⁸Ibid, p.490.

⁹⁸⁹ A. Somek, 'The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement', *European Law Journal*, Volume 16, n°3, 2010, pp.315-344 et A. Somek, 'The Argument from Transnational Effects II: Establishing Transnational Democracy', *European Law Journal*, Volume 16, n°4, 2010, pp. 375-394.

⁹⁹⁰ Voir ci-dessus Titre 1, chapitre 2.

⁹⁹¹ C'est le sens de l'utilisation de l'efficacité de Pareto par R. Alexy, 'Constitutional Rights and Proportionality', *Revue*, n°22, 2014, pp.51-65, p.53.

(libre circulation + objectif légitime) qui est recherchée et non seulement l'efficacité de la liberté de circulation. Ainsi, il est possible qu'une mesure moins restrictive soit encore particulièrement restrictive des libertés de circulation, juste un peu moins. Selon nous, le biais néolibéral du test de proportionnalité dans le domaine des entraves n'est pas inscrit dans ses gènes juridiques⁹⁹². Il relève plutôt d'un biais idéologique intimement lié à l'intégrationnisme de la Cour qui favorise la dérégulation et s'exprime juridiquement dans la facilité avec laquelle la Cour reconnaît l'existence d'alternatives (et notamment la non-régulation) moins restrictives aux mesures étatiques qui lui sont soumises⁹⁹³. Finalement, ces deux points de vue se rejoignent dans le diagnostic d'un effet dérégulateur du droit de l'UE, ils diffèrent seulement sur la racine de cet effet dans la méthode même du contrôle de proportionnalité. Or, nous souhaitons démontrer comment dans le cadre de son application à *lex sportiva*, le contrôle de proportionnalité vise principalement à insuffler une « culture de la justification »⁹⁹⁴.

2. Le contrôle de proportionnalité comme « pratique de la justification »⁹⁹⁵

La fonction de justification peut être assimilée à une fonction d'optimisation politique. Dans ce cadre, le juge de l'UE ne prétend pas contrôler l'efficacité économique d'une décision, mais interroger les décisions politiques au regard de leurs effets. Le contrôle de proportionnalité vise à la justification, à savoir l'apport d'arguments convaincants sur

⁹⁹² Voir le même sens C. Kaupa, 'Maybe not activist enough? On the Court's alleged neoliberal bias in its recent labor cases', in B. De Witte, M. Dawson et E. Muir (dir.), *Judicial Activism at the European Court of Justice: Causes, Responses and Solutions*, Edward Elgar, 2012, pp.56-75.

⁹⁹³ "Accordingly, the proportionality analysis conducted by the court is not objective in the sense that it is value-neutral. On the contrary, the analysis is informed by a very strong substantial bias, namely that of promoting European integration." T-I. Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law', *European Law Journal*, Volume 16, n°2, March 2010, pp. 158-185, p.172 et p.180-181. Voir aussi, C. Barnard, 'Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?' in C. Barnard et O. Odudu, *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, 2009, pp.273-299. Pour les pessimistes ce biais est insurmontable, voir F. W. Scharpf, 'The Asymmetry of European Integration or why the EU cannot be a „Social Market Economy“', KFG Working Paper Series, No. 6, September 2009 (accessible à http://www.polsoz.fu-berlin.de/en/v/transformeurope/publications/working_paper/WP_06_September_Scharpf1.pdf).

⁹⁹⁴ M. Cohen-Eliya et I. Porat, 'Proportionality and the Culture of Justification', *American Journal of Comparative Law*, Volume 59, n°2, 2011, p.463-490.

⁹⁹⁵ "Using the European experience as a basis for analysis, this Article challenges the prevailing skepticism by arguing for an understanding of international human rights law and international adjudication as a practice of "justification". Under this view, international law obligates states merely to justify those local practices that deviate from a shared, publicly evolving, cross-community set of standards. This obligation may be triggered in part by individual claims." G. De Burca et O. Gerstenberg, 'The Denationalization of Constitutional Law', *Harvard International Law Journal*, Volume 47, n°1, 2006, pp.243-261, p.244.

le lien entre la mesure adoptée, le but poursuivi et les effets produits⁹⁹⁶. Matthias Kumm considère qu'il s'agit là d'une illustration de la figure de la « contestation socratique »⁹⁹⁷. Il importe d'obtenir une justification, une explication, par l'intermédiaire d'une procédure rigoureuse, des restrictions imposées par les autorités publiques aux droits des citoyens⁹⁹⁸. Au cœur de l'application du contrôle de proportionnalité se trouve alors la nécessité pour toute autorité de justifier ses décisions, car pour certains « la démocratie ne suffit pas »⁹⁹⁹, il faut aussi la « contre-démocratie »¹⁰⁰⁰. On a pu estimer que la Cour de justice sert de contre-pouvoir démocratique au jeu politique national¹⁰⁰¹, notre thèse est qu'elle joue aussi ce rôle face à la *lex sportiva*.

Le contrôle de proportionnalité comme outil de contrôle du politique est difficile à manier, car le juge « travaille sans filet pourrait-on dire, presque sans texte, armé seulement d'une balance d'intérêts dont l'échelle n'est pas fixée à l'avance et d'une règle de proportionnalité à géométrie variable »¹⁰⁰². Il s'expose alors à la critique¹⁰⁰³. Celle-ci prend souvent la forme d'une critique bien connue des juristes: halte au gouvernement des juges! Jürgen Habermas, par exemple, consacre un chapitre de son *Droit et Démocratie* à la justice constitutionnelle et à la mise en balance des valeurs¹⁰⁰⁴. Selon lui, « un tel exercice du droit au nom de valeurs déterminées pose le problème de légitimité », car « [i]l requiert [...] le type de concrétisation des normes, implicitement créatrice de droit, qui confère à la justice constitutionnelle le statut d'une législation

⁹⁹⁶M. Cohen-Eliya & I. Porat, 'Proportionality and the Culture of Justification', 59 *American Journal of Comparative Law*, Volume 59, n°2, 2011, p.463-490.

⁹⁹⁷M. Kumm, 'Democracy is not enough : Rights, proportionality and the point of judicial review.' *NYU Public Law & Legal theory Research Paper Series Working Paper, N.09-10*, (accessible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356793) p. 29.

⁹⁹⁸ « When courts apply the proportionality test, they are in fact assessing whether or not legislation can be justified in terms of public reasons, reasons of the kind that every citizen might reasonably accept, even if actually they don't. » Ibid, p. 35.

⁹⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰⁰ P. Rosanvallon, *La Contre-démocratie: La politique à l'âge de la défiance*, Le seuil, 2006.

¹⁰⁰¹ C'est l'essence de la théorie de M. Poiares Maduro, *We The Court. The European Court of Justice and The European Economic Constitution*, Hart, 1999.

¹⁰⁰² F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.434.

¹⁰⁰³L'angoisse vis-à-vis de cette critique est particulièrement perceptible chez Bermann : "Moreover, proportionality, by its very nature, conjures—more than any other general principle of law deployed by the Court—a revisiting of the legislative merits, thus raising serious separation of powers (hence, legitimacy) concerns." G.A. Bermann, 'Proportionality and subsidiarity' in C. Barnard & J. Scott (dir.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart, 2002, pp.75-99, p.85.

¹⁰⁰⁴J. Habermas, *Droit et démocratie, Entre Faits et Normes*, Gallimard, 1997, p. 276-290.

concurrente »¹⁰⁰⁵. Il préconise au contraire le respect du caractère déontologique des droits et la préservation de la cohérence logique des systèmes juridiques¹⁰⁰⁶. La fonction légitime du juge constitutionnel se limite à rechercher le fondement en droit d'une décision du législateur, et ne devrait pas permettre d'évaluer cette décision¹⁰⁰⁷. Le nœud de son argument sur la place du juge constitutionnel peut se résumer ainsi « ces discussions ne peuvent pas se substituer aux discussions politiques, conçues pour fonder les normes et les fins et dans lesquelles doivent être incluses toutes les personnes concernées »¹⁰⁰⁸. La critique est puissante et elle est largement reprise sous des formes diverses, souvent plus déontologique déontologiques et moins politiques dans le monde entier¹⁰⁰⁹. Cette thèse n'est pas en mesure d'y répondre, même si intuitivement, il nous semble que la dissolution de la politique nationale dans la mondialisation, observée par Habermas lui-même, a modifié en profondeur la fonction du juge et donc ses méthodes.

En droit de l'UE, un courant de pensée a justifié ce recours au contrôle de proportionnalité des mesures des Etats membres afin de donner une voix aux citoyens

¹⁰⁰⁵Ibid, p. 281. Pour un point de vue opposé sur la qualité démocratique du contrôle de proportionnalité voir S. Gardbaum, 'Proportionality and Democratic Constitutionalism', in G. Huscroft, B. Miller & G. Webber (dir.) *Proportionality and the Rule of Law: Rights*, Cambridge University Press, 2014, pp.259-283.

¹⁰⁰⁶ « Au lieu de contrebalancer des biens et de soupeser des valeurs, l'exercice du droit fondé sur des principes doit découvrir la requête et l'action qui, dans tel conflit donné, sont conformes au droit. Les normes en vigueur constituent, certes, une structure souple de relations susceptibles de changer selon les cas ; mais ce changement-là s'opère sous réserve de cohérence, car il doit assurer que toutes les normes forment un système homogène qui permet d'apporter dans tous les cas une et une seule solution correcte. La valeur juridique du verdict a le sens déontologique d'un commandement et non le sens téléologique de ce qui est réalisable dans les conditions données et compte tenu de nos souhaits. Ce qui est chaque fois le mieux pour nous n'équivaut pas par là même à ce qui est également bon pour tous. » J. Habermas, *Droit et démocratie, Entre Faits et Normes*, Gallimard, 1997, p. 284

¹⁰⁰⁷ « La Cour constitutionnelle ne peut invoquer que les raisons légitimantes définies par la Constitution, telles qu'elles s'énoncent du point de vue de l'application du droit, et non du point de vue du Législateur qui interprète et développe le système des droits en poursuivant ses projets politiques. La Cour dénoue le faisceau de raisons par lesquelles le Législateur légitime ses résolutions, afin de les mobiliser pour une décision cohérente, conforme aux principes du droit en vigueur, à propos d'un cas concret ; en revanche, il ne faut pas qu'il dispose de ces raisons de telle façon qu'elles permettent directement à la Cour d'interpréter et de développer le système des droits et par là, implicitement, de légiférer. » Ibid, p. 285.

¹⁰⁰⁸Ibid, p. 290.

¹⁰⁰⁹ G. Webber, *The negotiable constitution: On the limitation of rights*, Oxford University Press, 2009; S. Tsakyrakis, 'Proportionality an assault on human rights?', *International Journal of Constitutional Law*, Volume 7, n°3, 2009, pp.468-493 ; F. Urbina, ' "Balancing as reasoning" and the problems of legally unaided adjudication: A reply to Kai Möller', *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, n°1, 2014, pp.214-221.

européens exclus des débats politiques nationaux¹⁰¹⁰. Le droit de l'UE garantit en quelque sorte la réflexivité cosmopolitique des droits nationaux. L'obligation de justification est ainsi perçue comme une procédure permettant de démocratiser les démocraties dans un cadre transnational¹⁰¹¹. Ce point de vue est très contesté, des critiques très dures se sont élevées à son encontre¹⁰¹² et certains de ses plus fervents partisans ont commencé à douter de sa justesse¹⁰¹³. En cause, le fait que la Cour semble dans son application du contrôle de proportionnalité favoriser systématiquement la dérégulation des systèmes sociaux nationaux¹⁰¹⁴. Dès lors, on a pu estimer que « [n]ul ne saurait plus nier les effets négatifs d'une théorie du droit de l'Union réduite à la création de droits subjectifs »¹⁰¹⁵. Cependant, cette critique légitime (et autocritique) doit être relativisée, notamment dans le contexte très particulier de la *lex sportiva*.

La constellation post-nationale impose de repenser la localisation du pouvoir politique et donc la cible du contre-pouvoir juridique. Or, c'est exactement ce déplacement qu'a

¹⁰¹⁰ C'est l'idée du « supranationalisme délibératif » défendu notamment par Christian Joerges, Jürgen Neyer et Miguel Maduro. Voir : C. Joerges, 'Sur la légitimité d'eupéaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale', *Revue internationale de droit économique*, Volume 18, n°2, 2004, pp.133-170, pp.161-163; M. Poyares Maduro, *We The Court. The European Court of Justice and The European Economic Constitution*, Hart, 1999; J. Neyer, *The Justification of Europe: A Political Theory of Supranational Integration*, Oxford University Press, 2012.

¹⁰¹¹ "The EU provides an adequate cure to many of the problems that modern democracies are facing in a globalizing world. Legal integration internalizes external effects and democratizes democracies by transforming strategic international bargaining into a justificatory transnational discourse." J. Neyer, *The Justification of Europe: A Political Theory of Supranational Integration*, Oxford University Press, 2012, p.188.

¹⁰¹² Tout le travail d'Alexander Somek est dédié à battre en brèche cette théorie : A. Somek, 'The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement', *European Law Journal*, Volume 16, n°3, 2010, pp.315-344; A. Somek, 'The Argument from Transnational Effects II: Establishing Transnational Democracy', *European Law Journal*, Volume 16, n°4, 2010, pp. 375-394.; A. Somek, "The Darling Dogma of Bourgeois Europeanists", *European Law Journal*, Volume 20, n°5, 2014, pp. 688-712 ; A. Somek, 'Europe: Political, Not Cosmopolitan', *European Law Journal*, Volume 20, n°2, 2014, pp. 142-163.

¹⁰¹³ C. Joerges & F. Rödl, 'Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*', *European Law Journal*, Volume 15, n°1, 2009, pp. 1-19 et plus récemment C. Joerges, 'Law and Politics in Europe's Crisis: On the History of the Impact of an Unfortunate Configuration', *EUI Working Paper*, LAW 2013/09 (accessible à http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/27560/LAW_2013_09_Joerges.pdf?sequence=1).

¹⁰¹⁴ A. Supiot, 'Voilà l'"économie communiste de marché"', *Le Monde*, 24 Janvier 2008. Voir aussi C. Barnard, 'Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?' in C. Barnard et O. Odudu, *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, 2009, pp.273-299 et F. W. Scharpf, 'The Asymmetry of European Integration or why the EU cannot be a „Social Market Economy“, KFG Working Paper Series, No. 6, September 2009 (accessible à http://www.polsoz.fu-berlin.de/en/v/transformeurope/publications/working_paper/WP_06_September_Scharpf1.pdf).

¹⁰¹⁵ L. Azoulai, 'L'autonomie de l'individu européen et la question du statut', in C. Kessedjan (dir.), *Autonomie en droit européen*, Bruylant 2013, pp.187-205, p.188.

engagé la Cour à travers sa relation avec la *lex sportiva*. La Cour a très justement identifié qu'elle était confrontée à une forme particulière de réglementation privée transnationale qui ne pouvait pas être simplement balayée ou ignorée. Par conséquent, elle n'était pas insensible au fait qu'elle était dans une position privilégiée pour mettre fin à certaines pratiques perçues comme abusives, dont la longévité est due à la difficulté que peuvent avoir les personnes affectées à trouver le forum (politique ou juridique) adéquat pour les contester. La faiblesse des Etats face à ce pouvoir privé transnational nécessitait que le contre-pouvoir s'exprime lui-aussi au niveau transnational. Dès lors, les libertés fondamentales et le droit de la concurrence de l'Union européenne se transforment en quelque sorte en une « constitution totale »¹⁰¹⁶ qui s'étend, au-delà des Etats-membres, à toute forme de réglementation transnationale ayant des effets restrictifs sur les libertés économiques. L'autorité réglementaire privée est ainsi implicitement reconnue, la nécessité de lui donner des limites est le corollaire de cette reconnaissance. La critique de Jürgen Habermas envers le contrôle de proportionnalité perd de sa vigueur lorsque les règles mises en cause reposent sur des processus politiques qui sont tout sauf démocratiques. La *lex sportiva*, malgré les prétentions de certaines organisations sportives, ne peut se prévaloir d'une légitimité démocratique. En pratique, les choix politiques contestés grâce au droit de l'UE sont largement le fait d'institutions oligarchiques et autoritaires. Dans ce contexte, il est indéniable que le droit de l'UE offre un véritable « droit politique fondamental »¹⁰¹⁷ aux personnes affectées par ces règles. Ce droit politique gagné par les citoyens européens est fondamental, car il ouvre la voie à une démocratisation et à une politisation des autorités privées transnationales et de leurs droits. Mais, cette politisation est aussi empreinte de respect et de déférence envers ces autorités, le devoir de justification est un appel au dialogue.

¹⁰¹⁶ M. Kumm, 'Who is afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the constitutionalization of Private Law', *German Law Journal*, Volume 7, n°4, 2006, pp.341-370.

¹⁰¹⁷ M. Poiares Maduro, *We The Court. The European Court of Justice and The European Economic Constitution*, Hart, 1999, p.168.

ii. L'obligation de justification de la *lex sportiva* : deux exemples.

Comment cette obligation de justification s'est-elle matérialisée en pratique ? Était-elle guidée exclusivement par une volonté de dérégulation du sport, comme on a pu l'affirmer ? Nous allons recourir à deux exemples concrets pour discuter de ces questions : l'arrêt *Bosman* et l'arrêt *Meca-Medina*.

1. Les conclusions de l'avocat général Lenz sous *Bosman* : questionner les moyens sans remettre en cause les fins

Nous pensons que les conclusions de l'avocat général Lenz sous l'arrêt *Bosman* illustrent le fait que l'éthos qui sous-tend l'arrêt n'est pas celui de la « dérégulation »¹⁰¹⁸. Le contrôle de proportionnalité est exercé pour discuter des orientations politiques choisies par les organes politiques de la *lex sportiva*.

Pour comprendre l'état d'esprit dans lequel l'arrêt a été rendu, il faut le resituer dans son contexte. A l'époque, « il existe des indices clairs qui autorisent à penser [que] M. Bosman a fait l'objet d'un boycott de la part de l'ensemble des clubs européens susceptibles de l'engager »¹⁰¹⁹. Malgré l'arrêt *Donà*, rien a bougé en terme de quota de joueurs étrangers, car « [l]es parties concernées ne veulent pas ou ne sont pas en mesure d'amener les tribunaux à trancher la question »¹⁰²⁰, ce qui « corrobore l'idée bien connue qu'en règle générale les sportifs se soumettent volontairement aux règles en vigueur et ne sont pas enclins à porter leurs différends devant les juridictions nationales »¹⁰²¹. En effet, « on n'imagine guère qu'un joueur puisse se lancer dans un litige de ce genre et le mener à terme. L'exemple de M. Bosman atteste parfaitement les difficultés qu'un tel joueur doit se préparer à rencontrer »¹⁰²². C'est ainsi que l'avocat général rendait compte de l'omerta qui règne alors dans le monde du football et des nombreuses difficultés que rencontrent les sportifs voulant contester le pouvoir

¹⁰¹⁸ W. Gasparini et J-F. Polo, « L'espace européen du football » Dynamiques institutionnelles et constructions sociales, *Politique européenne*, 2012/1 n° 36, p. 9-21, p.10.

¹⁰¹⁹ Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.47.

¹⁰²⁰ Ibid, pt.112.

¹⁰²¹ Ibid, pt.113.

¹⁰²² Ibid, pt.115.

normatif des fédérations. La décision de la Cour est rendue avec en toile de fond une lutte de pouvoir opposant Bosman à la FIFA, autrement dit David contre Goliath.

Dans ce contexte, l'application du test de proportionnalité au système des transferts ne vise pas à imposer une dérégulation du football, mais à rééquilibrer les forces politiques. Ainsi, dans les conclusions de l'avocat général Lenz, il n'est pas question de laisser le marché des footballeurs s'autoréguler¹⁰²³. Il propose plutôt de « soumettre par convention collective la rémunération que le club paie aux joueurs à certaines limites », de « répartir les recettes des clubs entre eux », ou encore de « répartir entre tous les clubs les recettes qui proviennent des droits accordés pour la diffusion des matchs à la télévision »¹⁰²⁴. Toutes ces options ont pour caractéristique de communautariser et de redistribuer les recettes économiques tirées du football et sont donc moins libérales que le système des transferts. On est dans une situation paradoxale, en tout cas si on adhère à l'interprétation du contrôle de proportionnalité comme principe d'efficience économique au penchant néolibéral, dans laquelle les alternatives suggérées restreignent davantage la liberté économique (des clubs) que la situation de départ. En ce qui concerne les frais de formation, l'avocat général est favorable à un encadrement strict de leur montant, lié à un barème corrélé aux coûts réels de la formation d'un joueur. Cette proposition vise elle aussi à limiter le jeu du marché et à réglementer plutôt qu'à déréguler. Il est indéniable que « l'organisation du football dans la Communauté devrait subir de profondes modifications »¹⁰²⁵. Les modifications encouragées par l'avocat général n'ont cependant pas pour objet une déréglementation radicale, laissant jouer la concurrence libre et non faussée, mais bien de mettre fin à « un régime qui revient en fin de compte à traiter le joueur comme une marchandise »¹⁰²⁶. Ces considérations ont été depuis oubliées, elles étaient celles d'un juriste favorable à une réglementation plus équilibrée du football.

¹⁰²³“The Court, and especially Advocate General Lenz, in recognition of its peculiar features, went so far as to comment on the types of internal regulation that might be allowed in football, though not in a normal industry.” S. Weatherill, ‘Do sporting associations make “law” or are they merely subject to it?’, *European Business Law Review*, july/August 1998, p.217-220, p.218.

¹⁰²⁴ Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.226.

¹⁰²⁵ *Ibid*, pt.247.

¹⁰²⁶ *Ibid*, pt.245.

Dans son arrêt, la Cour suit pour l'essentiel son avocat général et se refuse à remettre brutalement en cause l'existence de la *lex sportiva*, seule une lecture biaisée ou partielle de l'arrêt peut aboutir à une telle conclusion¹⁰²⁷. Au contraire la Cour a usé du contrôle de proportionnalité pour jeter les fondations juridiques d'une « cohabitation »¹⁰²⁸ pacifique ou à tout le moins d'un dialogue apaisé entre la *lex sportiva* et le droit de l'UE¹⁰²⁹. En effet, « [l]e rôle de l'Union européenne est moins de déréglementer l'activité sportive que d'éviter que des excès de liberté ne dérèglent le système »¹⁰³⁰. Ainsi, « [l]e juge de Luxembourg n'est [...] pas une machine à condamner le droit du sport »¹⁰³¹. Si une révolution est esquissée par l'arrêt *Bosman*, il s'agit d'une révolution de velours, les têtes ne roulent pas, les institutions ne sont pas renversées, les mécanismes de production des normes de la *lex sportiva* ne sont pas annihilés. En revanche, « l'arrêt *Bosman* ouvre des perspectives qu'il appartient d'abord au « pouvoir sportif » d'apprécier raisonnablement »¹⁰³². En effet, l'usage de la proportionnalité par la Cour « ressemble fort, notamment dans les conclusions de l'avocat général, à une invitation à la négociation »¹⁰³³.

Les propositions alternatives de l'avocat général sont éminemment politiques, il ne se fonde pas sur une analyse économique complexe basée sur l'efficacité. Ce positionnement se fait en partie au nom de la protection de la liberté de circulation des joueurs, mais en l'espèce les alternatives moins restrictives proposées, s'avèrent au moins aussi restrictives de la liberté économique d'autres acteurs. Nous ne pensons pas

¹⁰²⁷ C'est un thème qui sert de fil rouge aux travaux de S. Weatherill en la matière: "The *Bosman* ruling has been widely, and perhaps, deliberately, misread." S. Weatherill, "Fair Play Please!": Recent Developments in the Application of EC Law to Sport', *Common Market Law Review*, Volume 40, n°1, 2003, p.51-93, p.54

¹⁰²⁸S. Weatherill, 'Do sporting associations make "law" or are they merely subject to it?', *European Business Law Review*, July/August 1998, p.217-220, p.218.

¹⁰²⁹"From the community perspective, it is first asserted that although the sporting sector is not in principle excluded from the application of the Treaty, nevertheless its 'specific characteristics' should be taken into account. This is a concession familiar from *Bosman*, for, contrary to much of the ill-informed criticism hurled at that judgment by sporting organisations and administrators shocked at the intrusion of law on their turf, the Court there accepted that in some respects sports has features which distinguish it from 'normal' industries." S. Weatherill, 'The Helsinki Report on Sport', S. Weatherill, *European Sports Law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.143-154, p.146.

¹⁰³⁰L. Gard, 'Le sport dans le droit de l'Union européenne - Exception, dérogations, spécificités et droit commun', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.288-304, p. 288.

¹⁰³¹*Ibid*, p. 293.

¹⁰³²G. Parléani, 'Un an après l'arrêt *Bosman*: que faire du « foot » en droit communautaire?', *La Semaine juridique*, 1997, éd. Europe, n°30, p.318-321, p.320.

¹⁰³³J.-C. Breillat, 'Le droit social sportif et l'ordre juridique communautaire', *Revue Juridique et économique du sport*, n°40, Juillet 1996, p.5-18, p.16.

que l'arrêt *Bosman* fait « de l'économie la nouvelle morale du sport »¹⁰³⁴, ou alors il est question d'une économie à coloration très sociale-démocrate. C'est la preuve que l'utilisation du contrôle de proportionnalité peut donner lieu à la remise en cause et à la contestation d'une réglementation, sans nécessairement impliquer une déréglementation. En bref, l'arrêt *Bosman* « mérite d'être considéré comme l'évènement qui a permis de réformer le football, mais non de le dérégler »¹⁰³⁵.

2. L'arrêt *Meca-Medina* : questionner la lutte anti-dopage

L'arrêt *Meca-Medina* est un deuxième exemple de la manière selon laquelle le test de proportionnalité opère face à la *lex sportiva*. On a vu que la Cour avait absolument tenu à appliquer le contrôle de proportionnalité, alors que l'avocat général et le Tribunal avaient d'un commun accord exclu les règles antidopage du champ du droit de la concurrence. Pourquoi la Cour a-t-elle tenu à procéder à un contrôle de proportionnalité, qui n'est quasiment pas utilisé en droit de la concurrence, pour aboutir finalement au même résultat ?

Parce que la Cour souhaite préserver ses capacités d'action contre la *lex sportiva*, sans nécessairement vouloir en faire un usage trop facile. Elle entend les appels visant à obliger les organisations sportives à rechercher « le point d'équilibre entre protection de l'éthique sportive et respect des droits individuels des athlètes »¹⁰³⁶. En ce sens là, certainement, elle reste « sourd[e] aux critiques formulées à l'encontre de l'arrêt *Bosman* »¹⁰³⁷. En l'espèce, alors que les restrictions à la liberté économique sont patentées, les nageurs sont privés du droit d'exercer leur métier pendant deux années, elle reconnaît la proportionnalité de la règle en cause. Pourtant cette restriction est sans commune mesure avec celle imposée par exemple dans l'arrêt *Wouters* (l'interdiction de

¹⁰³⁴ J. Guillaumé, 'L'autonomie de la nationalité sportive', *JDI (Clunet)*, n°2, Avril 2011, Doctr.5, pp.313-336, para.39.

¹⁰³⁵ L. Grard, 'Le sport dans le droit de l'Union européenne – Exception, dérogations, spécificités et droit commun', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, pp. 288-304, p. 295.

¹⁰³⁶ J.-Ph. Dubey et J.-L. Dupont, 'Droit européen et sport : Portrait d'une cohabitation', *Journal des tribunaux*, n°85, Janvier 2002, p.1-16, p. 11.

¹⁰³⁷ J. Guillaumé, 'L'autonomie de la nationalité sportive', *JDI (Clunet)*, n°2, Avril 2011, Doctr.5, pp.313-336, para.43.

collaboration entre comptable et avocat). Un test de proportionnalité guidé exclusivement par des visées néolibérales aurait probablement menacé cette mesure particulièrement douloureuse pour la liberté économique. Ainsi, en l'espèce, la Cour reconnaît la légitimité de la lutte anti-dopage, le fait que cette lutte implique des sanctions et enfin le fait que la réglementation en cause n'était pas excessive. Cependant, elle se préserve (ainsi qu'aux juges nationaux) le droit de contrôler le caractère excessif des sanctions à l'avenir. Le contrôle de proportionnalité tel qu'il est employé par la Cour face à la *lex sportiva* est tout d'abord une opportunité pour les personnes affectées de débattre des règles qu'elles n'ont pas eu la possibilité d'influencer politiquement. Il s'agit là d'un droit politique. Le biais néolibéral disparaît face à la *lex sportiva*, car dans son contexte la construction du marché intérieur n'est pas véritablement en jeu¹⁰³⁸. La Cour n'est pas dans la position de pousser plus avant l'intégration européenne, seulement de déréglementer un secteur transnational. En revanche, elle ouvre la voie à une discussion critique des normes transnationales existantes et permet donc aux acteurs affectés par ces normes de faire entendre leurs voix, bien souvent pour la première fois. Ainsi, en pratique, c'est plutôt l'extrême prudence des institutions de l'UE face à la *lex sportiva* qui a été pointée du doigt, notamment la déférence dont elles ont fait preuve vis-à-vis de spécificités sportives revendiquées dans le cadre de l'application du contrôle de proportionnalité¹⁰³⁹. Cette « générosité »¹⁰⁴⁰ du droit de l'UE est même trop naïve aux yeux de certains¹⁰⁴¹.

En conclusion, l'obligation de justification qui s'impose à la *lex sportiva* n'a pas pour objet une déréglementation. Elle vise seulement à compenser le déficit démocratique de

¹⁰³⁸ Ce changement de perspective est aussi perçu dans un contexte différent par W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009, p.41.

¹⁰³⁹ " On the contrary, it is advocated that the Community institutions have at times probably shown too much respect for the autonomy of the sporting authorities and have overrated the special status of sport, both from a factual and from a legal point of view." S. Van den Bogaert et A. Vermeersch, 'Sport and the EC Treaty : a tale of uneasy bedfellows ?', *European Law Review*, Volume 31, n°6, 2006, pp.821-840, p. 830. "The claim that they do not sufficiently take into account the specific nature of sport seems unfounded. If anything, the opposite might be true." Ibid, p. 839.

¹⁰⁴⁰ "If anything the EC is too generous to sport." S. Weatherill, "'Fair Play Please!': Recent Developments in the Application of EC Law to Sport", *Common Market Law Review*, Volume 40, n°1, 2003, pp.51-93, p.92.

¹⁰⁴¹ « In fact far from having failed to appreciate the unusual character of sport, of which it so often stands accused, the Court has, in my submission, adopted an inflated view of the distinct nature of sport as an economic activity". S. Weatherill, 'Sport as culture in EC law', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, pp.215-248, p.217.

la *lex sportiva*. Le droit de la concurrence et les libertés fondamentales jouent en quelque sorte le rôle, paradoxal pour des droits essentiellement économiques (pas si surprenant cependant du point de vue de la tradition ordo-libérale), d'un droit constitutionnel pour la *lex sportiva*. En effet, il s'agit de contrôler, de justifier, de questionner les choix politiques qui sous-tendent la *lex sportiva*. En résumé, de conférer une « autonomie conditionnelle »¹⁰⁴² à celle-ci. Le message envoyé aux organisations sportives est simple: « expliquez-nous ! »¹⁰⁴³. Il ne s'agit pas là d'un gouvernement des juges, ceux-ci n'ont aucun moyen de proposer ou d'imposer de nouvelles règles, ni la volonté de le faire, mais plutôt du développement d'un contre-pouvoir démocratique¹⁰⁴⁴. Ainsi, l'obligation de justification devient en quelque sorte « une machine au service des sportifs contestataires », qui répercute « l'inaptitude des pouvoirs sportifs à se réformer »¹⁰⁴⁵. C'est une invitation permanente au « débat »¹⁰⁴⁶ que transcrit l'application du contrôle de proportionnalité et qui a pour conséquence que l'autorité politique - le pouvoir - est redistribuée entre les acteurs du monde sportif, au détriment des organes traditionnels de la *lex sportiva*.

b. Le contrôle de proportionnalité : technique juridique du pluralisme ordonné ?

La *lex sportiva* doit pouvoir justifier de son contenu au regard du droit de l'UE, mais l'inverse n'est pas vrai. Il y a donc une dimension hiérarchique à l'interaction entre les deux systèmes juridiques. Toutefois, cette relation est emprunte, de la part du droit de

¹⁰⁴²“As the Court put it in Meca-Medina, restrictions imposed by rules adopted by sports federations ‘must be limited to what is necessary to ensure the proper conduct of competitive sport’. This is a statement of the conditional autonomy of sports federations under EC law.” S. Weatherill, ‘Bosman changed everything: The Rise of EC sports Law’ in M. Poares Maduro et L. Azoulai (dir.), *The Past and Future of EU law*, Hart Publishing, 2010, pp.480-487, p.486.

¹⁰⁴³« The ECJ has collapsed the idea that there are purely sporting practices unaffected by EC law despite their economic effect, but it has not refused to accept that sport is special. Its message to governing bodies – explain how!” S. Weatherill, ‘Anti-Doping Revisited – The Demise of the Rule of ‘Purely Sporting Interest?’’ in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2008, p.352-353.

¹⁰⁴⁴ Au sens de P. Rosanvallon, *La Contre-démocratie: La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006.

¹⁰⁴⁵L. Grard, ‘Le sport dans le droit de l'Union européenne – Exception, dérogations, spécificités et droit commun’, *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, pp. 288-304, p. 291.

¹⁰⁴⁶“What is really necessary for the organization of sport, and therefore beyond the reach of Article 81, is an invitation to debate rather than a clean-edged category.” S. Weatherill, “‘Fair Play Please!’: Recent Developments in the Application of EC Law to Sport”, *Common Market Law Review*, Volume 40, n°1, 2003, pp.51-93, p.84.

l'UE, d'un grand respect pour « la singularité »¹⁰⁴⁷ de la *lex sportiva*. Ce respect de la singularité de la *lex sportiva* n'exclut pas le contrôle, mais celui-ci se limite à une obligation de justification ou d'explication raisonnée. Il ouvre la voie en l'espèce à une forme de « pluralisme ordonné »¹⁰⁴⁸.

La théorie de Mireille Delmas-Marty repose sur la reconnaissance de l'existence d'un pluralisme juridique global et sur le refus de considérer que les relations juridiques inter-systémiques soient réduites « à des processus horizontaux »¹⁰⁴⁹. Elle s'oppose en cela par exemple à Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano qui n'envisagent que la possibilité d'une hétéarchie juridique horizontale¹⁰⁵⁰. Bien qu'on puisse concevoir le contrôle de proportionnalité comme une forme de « procédure de coopération »¹⁰⁵¹, dans notre contexte il est intimement lié à la primauté revendiquée par le droit de l'UE, donc à une forme de hiérarchisation. Si la thèse de Mireille Delmas-Marty hésite entre « la description d'un état de fait ou la prescription d'un état de droit »¹⁰⁵², certains des concepts proposés sont utiles pour qualifier nos observations dans le contexte de la rencontre juridique entre *lex sportiva* et droit de l'UE.

Ainsi, l'utilisation faite par l'Union européenne des libertés fondamentales et du droit de la concurrence face à la *lex sportiva* correspond à une tentative, peut être vaine, d'universaliser le pluriel. Mais, cet universel est immédiatement relativisé. Pour Mireille Delmas-Marty c'est la « marge nationale d'appréciation »¹⁰⁵³ qui joue un rôle fondamental dans cette relativisation, dans notre cas de figure nous suggérons que c'est le contrôle de proportionnalité (couplé à la spécificité sportive) qui joue ce rôle de « relativisateur ». La technique du test de proportionnalité relève de « la logique floue

¹⁰⁴⁷Au sens de Pierre Rosanvallon: « La singularité est quant à elle définie par une variable de relation ; elle n'est pas un état. La différence est dans son cas ce qui lie, et non ce qui sépare. Elle suscite la curiosité, l'envie de découverte, le désir de compréhension d'autrui. » P. Rosanvallon, *La société des égaux*, Le Seuil, 2011, p.359.

¹⁰⁴⁸M. Delmas-Marty *Les forces imaginantes du droit(II) :Le Pluralisme Ordonné*, Seuil, 2006

¹⁰⁴⁹Ibid, p.36.

¹⁰⁵⁰“The only realistic option is to develop heterarchical forms of law that limit themselves to creating loose relationships between the fragments of law.” G. Teubner et A. Fischer-Lescano, 'Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law', *Michigan Journal of International Law*, Volume 25, n°4, 2004, pp.999-1045, p.1017.

¹⁰⁵¹ Au sens de G. Teubner, *Constitutional Fragments*, Oxford University Press, 2012, p.154.

¹⁰⁵²P. Brunet, 'L'articulation des normes – analyse critique du pluralisme ordonné', in J-B Auby (Dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010 p. 195-213, p.198.

¹⁰⁵³M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit : Le Relatif et l'Universel*, Seuil, 2004, p.407.

(fuzzy logic), qui introduit une gradation dans le processus d'intégration normative (obligation de proximité au lieu d'identité) et suppose la fixation d'un seuil (compatibilité au lieu de conformité) »¹⁰⁵⁴. Il offre, à un degré certes différent, cette « variabilité » qui « permet de concevoir l'harmonisation comme la résultante d'un ensemble de dynamiques, centrifuges et centripètes, mais aussi ascendantes et descendantes »¹⁰⁵⁵. Ce passage à une logique de gradation « entraîne un transfert de pouvoir vers le récepteur de la norme »¹⁰⁵⁶. Il illustre le fait que « l'indétermination » devient une composante à part entière du raisonnement juridique, cette indétermination « est un appel à plus de transparence dans la motivation et à plus de rigueur dans la méthode »¹⁰⁵⁷. Par conséquent, le juge se doit de « construire un raisonnement, donc y mettre un peu de raison, en spécifiant et pondérant les critères au vu des intérêts en jeu », car « (p)our convaincre de leur légitimité, ils auront besoin d'un surcroît de rigueur »¹⁰⁵⁸. Le centre de gravité du raisonnement juridique se déplace, « de nomo-centrique, il se fait socio-centrique »¹⁰⁵⁹. Ainsi, dans l'affaire *Bosman*, le contrôle de proportionnalité contraint le juge (ou plutôt l'avocat général) à faire valoir ses raisons (extra-juridiques) pour soutenir une alternative au détriment de l'autre. Dans un contexte pluraliste, le flou est incontournable, s'il « affaiblit en effet la validité formelle des systèmes de droit, il est pourtant inhérent à la recherche d'un universalisme juridique – et pas seulement éthique – qui ne traduise pas une conception hégémonique du droit »¹⁰⁶⁰. Le droit subit une « mutation épistémologique »¹⁰⁶¹, une « véritable révolution culturelle »¹⁰⁶², « (p)our des juristes dont l'art est de qualifier les faits, c'est à dire de les faire entrer dans des catégories préétablies, et non d'adapter les catégories à des réalités mouvantes, un tel changement de méthode est considérable »¹⁰⁶³. Cette

¹⁰⁵⁴Ibid, p.413.

¹⁰⁵⁵M. Delmas-Marty *Les forces imaginantes du droit(II) :Le Pluralisme Ordonné*, Seuil, 2006, p.79

¹⁰⁵⁶Ibid, p.274.

¹⁰⁵⁷M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit : Le Relatif et l'Universel*, Seuil, 2004, p.16.

¹⁰⁵⁸Ibid, p.17.

¹⁰⁵⁹« Dans ces conditions, le magistrat n'opère plus comme un « juge arbitre » qui tranche des conflits de droits subjectifs par application de la loi ; c'est à la manière d'un « juge-entraîneur » qu'il intervient, investi de la mission de gérer au mieux les intérêts confiés à sa garde. » » F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.432.

¹⁰⁶⁰M. Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit : Le Relatif et l'Universel*, Seuil, 2004, p. 119.

¹⁰⁶¹M. Delmas-Marty *Les forces imaginantes du droit(II) :Le Pluralisme Ordonné*, Seuil, 2006, p.31

¹⁰⁶²Ibid.

¹⁰⁶³Ibid, p.32

difficulté à appréhender ce changement méthodologique a alimenté une interprétation tronquée de l'arrêt *Bosman*.

Dès lors, « [l']analyse de proportionnalité et la mise en balance judiciaire [...] sont également des outils constitutionnels interprétatifs qui semblent adaptés à l'objectif d'harmonisation dans le cadre d'un univers juridique et politique à multiples niveaux et grandement segmenté »¹⁰⁶⁴. En effet, le test de proportionnalité permet d'éviter de « s'appuyer sur une hiérarchie ou une quelconque conciliation imposée à travers les entités constitutionnelles »¹⁰⁶⁵. Dès lors, il « fournirait une structure cohérente pour décider de la relation optimale entre les niveaux et ordres dans tout type de différend »¹⁰⁶⁶, il devient en quelque sorte un principe de répartition des compétences. Par ailleurs, le test de proportionnalité permet au juge de « tenir compte non pas seulement des finalités et des justifications des règles pertinentes, mais aussi des finalités et des justifications de l'ordre juridique même qui est responsable de ces règles, et de la manière dont les relations que l'ordre juridique hôte entretient avec ses voisins influent sur ces finalités plus générales »¹⁰⁶⁷. Mireille Delmas-Marty considère que la marge d'appréciation nationale utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme est « la principale clef du pluralisme ordonné »¹⁰⁶⁸. Le contrôle de proportionnalité doit, selon nous, aussi être considéré comme l'un de ses piliers. Il ne remplit pas seulement cette fonction dans le cadre de l'interaction entre droit national et droit international ou européen, il permet aussi, comme le montre l'exemple de l'interaction entre la *lex sportiva* et le droit de l'UE, de contrôler, tout en « laissant du jeu »¹⁰⁶⁹, un droit transnational privé. En bref, il rend possible le conflit¹⁰⁷⁰ et les relations polyarchiques

¹⁰⁶⁴ M. Rosenfeld, 'Repenser l'ordonnement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique' in H. Ruiz-Fabri et M. Rosenfeld (dir.), *Repenser le Constitutionnalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation*, Société de législation comparée, 2011, pp.93-142, p.138.

¹⁰⁶⁵Ibid, p.139.

¹⁰⁶⁶N. Walker, 'Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales : cartographie du désordre global des ordres normatifs' in H. Ruiz-Fabri & M. Rosenfeld (dir.), *Repenser le Constitutionnalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation*, Société de législation comparée, 2011, pp.45-73, p.65.

¹⁰⁶⁷Ibid, p.72.

¹⁰⁶⁸ M. Delmas-Marty *Les forces imaginantes du droit(II) :Le Pluralisme Ordonné*, Seuil, 2006, p.78

¹⁰⁶⁹ « Pour ajuster le niveau national au niveau régional ou mondial, le droit positif a dû inventer de nouveaux dispositifs pour laisser du jeu (« du mou », comme celui que l'on demande sur une paroi de montagne, au premier de cordée) entre la norme supranationale et son intégration au niveau national. »Ibid, p.268.

¹⁰⁷⁰ "Thus a direct confrontation among legal systems is no longer excluded: it takes the form of a simple conflict of principles where fundamental norms of different origins are 'weighted'. The rule of the primacy

entre ordres juridiques¹⁰⁷¹, et place la Cour en position de jouer « les entremetteurs entre des univers différents »¹⁰⁷².

Qu'en est-il alors de la sécurité juridique ? Un argument invoqué par les défenseurs de l'autonomie de la *lex sportiva* est que l'utilisation du contrôle de proportionnalité menace la sécurité juridique¹⁰⁷³. La notion de sécurité juridique joue un rôle fondamental en droit, en particulier si on admet que sa fonction sociale première est de stabiliser les « attentes normatives »¹⁰⁷⁴. Cependant, dans l'espace juridique transnational, lorsque différents types de droits interagissent, le syllogisme ne peut plus être au cœur du raisonnement juridique. La stabilité n'est plus à rechercher dans une cohérence normative et une stabilité conceptuelle devenues inatteignables, mais dans la mise en place de « mécanismes cognitifs »¹⁰⁷⁵ favorables à l'expérimentalisme et la réflexivité. A cet égard, l'hypothèse formulée par François Ost et Michel Van de Kerchove nous semble appropriée: « dans les périodes historiques « froides », où s'opère une certaine stabilisation des rapports sociaux, prédomine l'approche en termes de légalité ;

of EU law then loses its relevance; it is superseded by a method of reconciliation based on the 'reasonable' character of the assessments made by the various parties. In this sense, legal orders are commensurable; what is still not commensurable in the idea of pluralism are the authorities responsible for adjudicating conflicts." L. Azoulay, 'The Force and Forms of European Legal Integration', *EUI Working Paper, LAW 2011/06* (accessible à http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16894/LAW_2011_06.pdf?sequence=1), p.8.

¹⁰⁷¹ C. Sabel et O. Gerstenberg, 'Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order', *European Law Journal*, Volume 16, n°5, September 2010, pp. 511-550.

¹⁰⁷² A. Bailleux, 'Les traductions de la Cour de justice. La libre circulation et ses dérogations entre domination, transposition et reconnaissance', *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 58, n°1, 2007, p.63-97, p.70.

¹⁰⁷³ "Le sport ne peut en outre plus se satisfaire d'une approche au cas par cas d'inspiration libérale, source d'ambiguïté et d'insécurité juridique (voir supra) : il en va de la pérennité du modèle sportif européen." J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237, p.236.

¹⁰⁷⁴ « Le droit traite d'une façon différente de tout autre système des attentes normatives qui sont dotées d'une capacité de résistance en cas de conflit. Le droit, en effet, ne peut pas garantir que les attentes correspondantes ne seront pas déçues, mais il peut garantir qu'elles seront maintenues en tant qu'attentes, même dans le cas où elles sont déçues et que l'on peut le savoir et le faire savoir d'avance. » N. Luhmann, 'Le droit comme système social', *Droit et Société*, n°11-12,1 1994, pp. 53-67, p.57.

¹⁰⁷⁵ « Dieser Einbau kognitiver Mechanismen in die an sich normative Struktur des Rechts scheint der Entwicklung einer Weltgesellschaft zu entsprechen. Weltweite Strukturbildungen und deren Folgeprobleme, Interaktionszusammenhänge und deren Unbalanciertheiten, 'regieren' das regional in Geltung gesetzte positive Recht nicht in der Form einer übergreifenden Normierung, eines höherstufigen überstaatlichen und damit überpositiven Rechts, sondern dadurch, daß der Dynamismus der Weltgesellschaft Lernanlässe setzt, vielleicht Lernpressionen ausübt und eine gewisse Nicht-Beliebigkeit von Problemlösungen vorzeichnet. » K-H. Ladeur et L. Viellechner, 'Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte. Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes', *Archiv des Völkerrechts*, Volume 46, 2008, pp. 42-73, p.72.

tandis que, au contraire, au cours des périodes historiques « chaudes », périodes de redéfinition des rapports sociaux et de bouleversements politiques importants, c'est l'approche en termes d'effectivité et de légitimité qui prévaut »¹⁰⁷⁶. Loin d'être une règle d'or (ou d'airain) pour le juge¹⁰⁷⁷, le contrôle de proportionnalité illustre plutôt les défis méthodologiques que posent les transformations sociales et politiques à l'œuvre dans nos sociétés. En effet, il s'agit d'« assumer la complexité croissante sans verser dans l'arbitraire décisionniste ni entretenir le fantasme de solutions configurées a priori »¹⁰⁷⁸.

III. Conclusion du chapitre

Le contrôle de proportionnalité donne son véritable sens juridique à la saisie de la *lex sportiva* par le droit de l'UE. Il est remarquable qu'il ait été transplanté en partie pour traiter des affaires mettant en jeu la *lex sportiva*, au cœur même du droit de la concurrence. Ce rôle central joué par le contrôle de proportionnalité doit conduire à relativiser la saisie de la *lex sportiva* par le droit de l'UE. Il est fondamentalement erroné de concevoir cette saisie comme l'expression de l'absolutisme du droit de l'UE. L'arrêt *Bosman* ne correspond pas, comme un auteur à cru le démontrer, « à une norme juridique qui a été dévoyée de sa philosophie »¹⁰⁷⁹. Au contraire, nous pensons qu'il doit être interprété comme l'imposition d'une culture de justification à la *lex sportiva*. Celle-ci doit expliquer sa propre rationalité, détailler ses objectifs, convaincre de leur légitimité et de celle des moyens mis en œuvre pour les atteindre. En bref, le contrôle de proportionnalité permet d'accomplir le travail de justification incombant en général au processus politique dans une démocratie, mais qui est (ou à tout le moins était) absent dans le cadre de la *lex sportiva*. Ici, le « judiciaire [européen] est poussé en première

¹⁰⁷⁶ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.357 et 434.

¹⁰⁷⁷ Comme certains de ces plus fervents partisans semblent le penser : R. Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing and Rationality', *Ratio Juris*, Volume 16, n°2, 2003, pp. 131-140, p.133; R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2010, p.66-68. *Contra* F. Terré, 'La proportionnalité comme principe ?', *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 25, 15 Juin 2009.

¹⁰⁷⁸ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.357 et 439.

¹⁰⁷⁹ O. Le Noé, 'Le New Deal sportif après l'arrêt Bosman : stratégie judiciaire et reconfiguration des relations professionnelles dans le football' in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, pp. 201-214 p.212.

ligne par des institutions politiques [nationales] en voie de décomposition »¹⁰⁸⁰. Le droit de l'UE permet donc de contrecarrer le déficit démocratique de la *lex sportiva*, en lui opposant un contre-pouvoir démocratique. Autrement dit, il s'agit d' « enrichir le débat démocratique en institutionnalisant un processus d'apprentissage collectif »¹⁰⁸¹.

Toutefois, ce contre-pouvoir n'est pas aveugle, ni radical. En effet, « [f]aute de pouvoir déterminer lequel des deux ordres l'emporte, mais assuré qu'aucun d'eux ne survivrait sans l'autre, on aménage les conditions de leur collaboration pacifique »¹⁰⁸². La faiblesse politique de l'UE et ses compétences limitées s'opposent à ce que celle-ci balaye la *lex sportiva*. Le contrôle de proportionnalité permet seulement de l'irriter et de mettre à jour les incohérences et inepties fondamentales des choix politiques qu'elle véhicule. En bref, il faut rejeter l'idée que cette saisie emporte nécessairement une dérégulation. Cette dérégulation n'est pas imposée par le droit de l'UE, au contraire les institutions européennes sont disposées à reconnaître la nécessité des règles issues de la *lex sportiva*, à condition qu'elles soient dûment justifiées et explicitées. Cette disposition à dialoguer et à entendre les arguments avancés par la *lex sportiva* est d'autant plus forte qu'elle a été soutenue par l'introduction, progressive, de la spécificité sportive au sein du droit de l'UE.

¹⁰⁸⁰ P. Ricoeur, Préface à l'ouvrage d'Antoine Garapon, *Le Gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996, p. 12 cité par F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.99.

¹⁰⁸¹ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.334.

¹⁰⁸² Ibid, p.68.

Chapitre 2: La spécificité sportive : un bouclier juridique et discursif efficace face à l'intervention du droit de l'UE?

La notion de spécificité sportive est omniprésente dans les débats juridiques et politiques autour du rapport entre *lex sportiva* et droit de l'UE. L'existence d'une spécificité sportive est considérée comme la « mère de toutes les questions »¹⁰⁸³ dans le rapport du sport au droit. On a pu y voir le produit de l'« Eurolangue »¹⁰⁸⁴ bruxelloise, dont l'origine précise resterait inconnue. Son émergence dans le discours juridico-politique serait le résultat des effets négatifs de l'arrêt *Bosman*, car elle aurait pour objet de « protéger la *lex sportiva* contre la norme communautaire »¹⁰⁸⁵, afin que les normes de la *lex sportiva* ne soient pas « englouties brutalement »¹⁰⁸⁶. On remarquera que cette notion est aussi très présente dans la jurisprudence du TAS¹⁰⁸⁷.

Il ne s'agit pas ici d'offrir une définition de cette notion. Nous souhaitons plutôt documenter son usage dans l'interaction du droit de l'UE avec la *lex sportiva*. A cet égard, on doit s'interroger sur l'origine et la portée de ce concept : comment est-il entré dans le discours des institutions de l'Union européenne ? Quel est son impact juridique dans le rapport de celles-ci avec la *lex sportiva* ? Et enfin, quelle est la fonction d'une telle notion dans le cadre plus large du pluralisme juridique transnational ?

Dans un premier temps, nous traiterons de l'émergence du concept de spécificité sportive (I). Puis, du processus d'intégration de cette notion dans le cadre de l'Union

¹⁰⁸³ G. Couturier, 'Nature et Validité de la Charte', in G. Simon (ed.), *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, pp. 61-78, p.61.

¹⁰⁸⁴ « The origins of that phrase are obscure, but, like so much contemporary jargon, it is, I surmise, Brussels-born Eurospeak. » M. J. Beloff, 'The specificity of sport rhetoric or reality?', *International Sports Law Review*, n°1, 2012, p. 97-107, p.97.

¹⁰⁸⁵ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.730.

¹⁰⁸⁶ Ibid, p.739.

¹⁰⁸⁷ Voir par exemple : CAS 2007/A/1298 Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian & CAS 2007/A/1299 Heart of Midlothian v/ Webster & Wigan Athletic FC & CAS 2007/A/1300 Webster v/ Heart of Midlothian, award of 30 January 2008, para.66-67 et CAS 2008/A/1644 Adrian Mutu v/ Chelsea Football Club Limited, 31 July 2009, para.139.

européenne (II). Il s'agit d'étudier comment la spécificité s'est lentement insérée dans le discours officiel des différentes institutions de l'Union pour devenir quasiment incontournable dans le contexte sportif. Ensuite, nous essayerons de déterminer la portée juridique de cette notion dans les décisions de la Cour et de la Commission (III). Enfin, il s'agira de discuter de la fonction plus générale du concept de spécificité sportive dans l'interaction entre *lex sportiva* et droit de l'UE (IV).

I. Les origines de la spécificité sportive

L'idée d'une spécificité sportive ne naît pas avec l'intervention de l'UE dans les affaires de la *lex sportiva*. Cependant, elle devient, après l'arrêt *Bosman*, rapidement la pierre angulaire du débat autour de la légitimité de la décision de la Cour.

a. Les origines françaises de la spécificité sportive

La notion de spécificité sportive n'est pas, comme le croit Michael Beloff¹⁰⁸⁸, un produit de l'Union européenne, quoiqu'on puisse aisément comprendre qu'elle soit entrée dans son champ de vision *via* son adoption dans le jargon bruxellois. Elle était couramment utilisée par la doctrine francophone bien avant que les institutions européennes s'en saisissent¹⁰⁸⁹. Elle faisait alors référence au fait que les « règles qui constituent l'exercice de la puissance sportive bénéficient d'une considération particulière qui traduit l'autonomie et la spécificité dont jouit le sport »¹⁰⁹⁰. C'est cette dimension spécifique de l'ordonnancement et de la réglementation du sport qui excluait aux yeux des observateurs sa saisie par le droit de l'UE¹⁰⁹¹. De leur point de vue, « [l]e mouvement sportif possède un ordre normatif propre qu'il serait inutile de bouleverser pour la

¹⁰⁸⁸« The origins of that phrase are obscure, but, like so much contemporary jargon, it is, I surmise, Brussels-born Eurospeak. » M. J. Beloff, 'The specificity of sport rhetoric or reality?', *International Sports Law Review*, n°1, 2012, p. 97-107, p.97.

¹⁰⁸⁹Voir déjà C. Garrigues, *Activités sportives et droit communautaire*, Université de Strasbourg, 1982 et aussi, J. Barave, 'les prérogatives de puissance sportive', *Petites affiches*, 22 juillet 1994, n°87.

¹⁰⁹⁰J. Barave, 'les prérogatives de puissance sportive', *Petites affiches*, 22 juillet 1994, n°87.

¹⁰⁹¹C'est la thèse de C. Garrigues, *Activités sportives et droit communautaire*, Université de Strasbourg, 1982.

simple satisfaction formelle de voir appliquer le droit étatique ou communautaire »¹⁰⁹². Une telle application risquerait « de conduire à l'éclatement du mécanisme de la compétition sportive internationale fondée sur l'équilibre des diverses composantes nationales, et d'inciter les Etats, par un effet d'entraînement, à un interventionnisme accru et redouté dans le domaine sportif »¹⁰⁹³. La reconnaissance de cette spécificité sportive aboutit alors « à remettre en cause le principe même de la réglementation des activités sportives par le droit communautaire »¹⁰⁹⁴. Le recours à la notion de spécificité sportive est ancré dans une tradition doctrinale ancienne qui vise à reconnaître la particularité de l'organisation et de la réglementation du sport et qui pensait exclure, sur ce fondement, la *lex sportiva* du champ d'application du droit de l'UE. Il est, dès lors, peu surprenant que ce soit sur son fondement que les organisations sportives, mais aussi au-delà les représentants politiques nationaux et européens, aient durement critiqué la jurisprudence sportive de la Cour.

b. La spécificité sportive contre le droit de l'UE

La spécificité sportive a été bafouée par l'arrêt *Bosman*, aux yeux des organes de la *lex sportiva*, cela ne fait aucun doute¹⁰⁹⁵. Ce prisme sert de grille d'analyse à l'interprétation du choc entre droit de l'UE et *lex sportiva*¹⁰⁹⁶. Ainsi, sa « sauvegarde s'avère plus que jamais consubstantielle au développement durable du sport européen »¹⁰⁹⁷. La spécificité sportive invoquée en premier lieu pour exclure l'applicabilité du droit de l'UE, devient une arme rhétorique pour combattre son application. A travers elle s'exprime une puissante volonté d'autonomie des organisations sportives. Par exemple, la

¹⁰⁹²Ibid, p.6.

¹⁰⁹³Ibid, p.5.

¹⁰⁹⁴Ibid, p.420.

¹⁰⁹⁵ J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237; J. Zylberstein, 'Que reste t-il de la spécificité du sport en droit communautaire?', *Gazette du Palais*, n°311-312, 7 et 8 novembre 2007; J. Zylberstein, 'Inquiétant arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire Meca-Medina – Ou comment deux nanogrammes de nandrolone pourraient bouleverser le sport européen', *Cahiers de droit du sport*, 2007, n°7; G. Infantino, 'Meca-Medina: a step backwards for the European Sports Model and the Specificity of Sport?', INF, 02.10.2006 (accessible à http://www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/uefa/KeyTopics/480391_DOWNLOAD.pdf).

¹⁰⁹⁶ Cet usage partisan de la spécificité sportive est admirablement déconstruit in M. Schotté, 'La structuration du football professionnel européen. Les fondements sociaux de la prévalence de la « spécificité sportive »', *Revue Française de Socio-économie*, n°13, 2014, pp.85-106.

¹⁰⁹⁷ J. Zylberstein, 'L'arrêt Olivier Bernard : Une avancée significative pour la formation des sportifs', *Revue de l'Union européenne*, n°543, décembre 2010, pp.653-661, p.661.

Independent European Sport Review commandée par la présidence britannique de l'Union européenne en 2005 et réalisée par un ancien ministre des sports portugais, mais surtout financée par l'UEFA et la FIFA, considère que la spécificité du sport s'exprime en premier lieu par l'autonomie et le pouvoir d'autorégulation qui est conféré aux organisations sportives¹⁰⁹⁸. Sur cette base, le rapport réclame qu'une marge d'appréciation substantielle soit conférée aux organisations sportives¹⁰⁹⁹. Cette demande est couplée à l'idée de définir *a priori* des champs de compétence séparés, afin de renforcer la sécurité juridique¹¹⁰⁰.

Or, cette rhétorique de la spécificité sportive bafouée par l'arrêt *Bosman* est profondément ancrée dans l'imaginaire collectif, tout particulièrement en France¹¹⁰¹. En effet, on constate que près de 20 ans après l'arrêt *Bosman*, la préservation de la spécificité sportive apparaît comme un souci constant dans de nombreux documents officiels. On en veut pour preuve les rapports récents de l'Assemblée nationale et du Sénat qui concernaient *l'Union européenne et le sport professionnel*¹¹⁰² et *le fair-play financier européen et son application au modèle économique des clubs de football professionnel français*¹¹⁰³. Dans le premier rapport, il est précisé, discutant de l'arrêt Meca-Medina, que « [l]a notion de spécificité du sport, [...], semble dérisoire aux yeux du juge européen »¹¹⁰⁴. Tandis que le second rapport suggère comme recommandation finale d' « [œ]uvrer, au sein de l'Union européenne, pour une pleine reconnaissance de la spécificité sportive »¹¹⁰⁵, insinuant par là même que celle-ci ne l'ait pas déjà fait. En effet, il est clairement affirmé que la spécificité sportive est « un principe qui peine à prévaloir sur les règles du marché intérieur »¹¹⁰⁶. Ainsi, « [l]a « spécificité sportive » devrait permettre de justifier des règles particulières destinées, notamment, à garantir l'équité

¹⁰⁹⁸J.-L. Arnaut, *Independent European Sport Review*, 2006, p.23-25.

¹⁰⁹⁹Ibid, p.24.

¹¹⁰⁰Ibid, p.25.

¹¹⁰¹ Un exemple particulièrement caricatural: Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne, *Rapport d'information sur le sport et l'Union européenne*, 25 novembre 1999, n.1966

¹¹⁰² J.-F. Humbert, *Rapport d'information sur l'Union européenne et le sport professionnel*, Sénat, 2013.

¹¹⁰³ T. Braillard, M.-G. Buffet, P. Deguilhem et G. Huet, *Rapport d'information sur le fair-play financier européen et son application au modèle économique des clubs de football professionnel français*, Assemblée Nationale, 3 juillet 2013.

¹¹⁰⁴ J.-F. Humbert, *Rapport d'information sur l'Union européenne et le sport professionnel*, Sénat, 2013, p.37.

¹¹⁰⁵ T. Braillard, M.-G. Buffet, P. Deguilhem et G. Huet, *Rapport d'information sur le fair-play financier européen et son application au modèle économique des clubs de football professionnel français*, Assemblée Nationale, 3 juillet 2013, p.145.

¹¹⁰⁶Ibid, p.92.

des compétitions », mais, « dans le même temps, force est de constater que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne réserve une portion congrue à ces considérations »¹¹⁰⁷. Au contraire, « [a]vec l'arrêt *Bosman*, elle a même contribué de manière décisive à la libéralisation du football professionnel, à l'origine de bien des dérives des clubs »¹¹⁰⁸.

La position adoptée par les organisations sportives nationales ou européennes est quasiment identique. Dans sa contribution sur le sport professionnel de 2008, intitulée *Ensemble pour un sport européen*, le CNOSF considère que « [l]e constat est à ce jour mitigé sur l'actuelle prise en compte de cette spécificité sportive en droit communautaire »¹¹⁰⁹. En effet, « les contours de la notion sont flous, l'impact juridique est largement insuffisant et, enfin, l'approche casuelle [...] rend le contexte juridique trop instable »¹¹¹⁰. Dès lors, « il est nécessaire de définir le contenu du concept de spécificité sportive, bien au-delà des seules bases fixées par le droit communautaire »¹¹¹¹. Ce document illustre bien le fait que du point de vue des organisations de la *lex sportiva*, il est entendu que l'Union européenne ne respecte pas suffisamment la spécificité sportive et qu'il s'agit de l'encourager à le faire d'une manière plus « concrète et pratique »¹¹¹².

L'idée d'une spécificité sportive ignorée est devenue l'antienne du monde sportif, mais également celle d'une partie du monde politique après l'arrêt *Bosman*. Cela traduit la force politique non négligeable des institutions de la *lex sportiva* au sein des Etats membres. De fait, la notion de spécificité sportive s'est trouvée au cœur du débat sur l'application du droit de l'UE au sport. Cependant, une partie de la doctrine s'est attachée à relativiser cette soi-disant violation de la spécificité sportive en démontrant que celle-ci est déjà dûment prise en compte dans la jurisprudence de la Cour.

¹¹⁰⁷Ibid, p.93.

¹¹⁰⁸Ibid.

¹¹⁰⁹ Comité National Olympique et Sportif Français, *Ensemble pour un sport européen*, 2008, p.10.

¹¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹¹ Ibid.

¹¹¹² « It also forms part of the broader debate concerning the way in which European Union (EU) law is applied to the activities of sports federations and prepares the ground for a new approach which takes into account the specificity of sport in a more concrete and practical manner. » UEFA's position on Article 165 of the Lisbon Treaty (accessible à http://www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/uefaorg/EuropeanUnion/01/57/91/67/1579167_DO WNLOAD.pdf), p.1.

c. La spécificité sportive intégrée

Une partie de la doctrine a utilisé la notion de spécificité sportive pour qualifier les particularités de la *lex sportiva* que de la Cour s'est efforcée de reconnaître. En effet, la Cour était particulièrement attachée à l'idée que les différentes restrictions à la liberté de circulation et à la libre concurrence qu'elle avait identifiées pouvaient être justifiées. On a ainsi pu voir dans la facilité avec laquelle elle a reconnu la légitimité des objectifs poursuivis par la *lex sportiva*, ou la proportionnalité de certaines des mesures qu'elle imposait, une preuve de la prise en compte des spécificités sportives¹¹¹³. Pour ainsi dire, la spécificité sportive se vérifie dans le traitement particulier reçu par la *lex sportiva* dans le cadre de l'application du droit de l'UE. Il s'agit là d'une forme de démenti à l'observation de Franck Latty pour qui « la prise en compte de la « spécificité sportive » n'a rien de spécifique au sport »¹¹¹⁴. Le Juge de l'UE « n'est donc pas une machine à condamner le droit du sport », il met « en cause des excès de spécificité sportive qui trouvent moins leur raison d'être dans le sport que dans l'appropriation du revenu qu'il engendre »¹¹¹⁵. Ainsi, il « prend en considération la spécificité sportive », seulement la spécificité ne doit pas devenir « le cheval de Troie d'intérêts économiques désireux de se soustraire au jeu du marché »¹¹¹⁶. La spécificité sportive intervient juridiquement au niveau de l'application et non de l'applicabilité du droit de l'UE¹¹¹⁷ et ne saurait par conséquent être définie a priori, mais seulement *in concreto* en fonction des normes de la *lex sportiva* soumises au contrôle du droit de l'UE. Ainsi, on « a beau multiplier les déclarations sur la spécificité sportive, la Commission poursuit son attitude pragmatique

¹¹¹³G. Parléani, 'Un an après l'arrêt Bosman : que faire du « foot » en droit communautaire?', *La Semaine juridique, Europe*, n°30, 1997, p.318-321, p. 320 ; J-C. Breillat, 'Le droit social sportif et l'ordre juridique communautaire', *Revue Juridique et économique du sport*, n°40, Juillet 1996, p.5-18, p. 11.

¹¹¹⁴F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, p. 43-52, p.51

¹¹¹⁵L. Grard, 'Le sport dans le droit de l'Union européenne - Exception, dérogations, spécificités et droit commun', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, pp. 288-304, p.293.

¹¹¹⁶Ibid, p.294.

¹¹¹⁷F. Martucci, 'Coupe du Monde et droit de l'Union européenne' in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, pp.357-391,p.381.

qui lui fait appliquer sans état d'âme le droit de la concurrence lorsqu'elle constate que les clubs ou fédérations se livrent à une activité économique et commerciale »¹¹¹⁸.

Le débat autour de la notion de spécificité sportive a abouti progressivement à son adoption par les institutions européennes. Un processus qui culminera avec l'introduction par le traité de Lisbonne d'une formulation de la spécificité sportive au sein de l'article 165 TFUE.

II. L'adoption du discours de la spécificité sportive par le Conseil, le Parlement et la Commission

Les différentes institutions de l'UE ont, dans des actes de natures diverses, fait référence à ce concept, qui est devenu « un drapeau porté par les instances du football et les institutions et organes de l'Union européenne »¹¹¹⁹. L'Union aurait ainsi, « mis en avant les spécificités que le sport revêt à ses yeux, en reconnaissant les fonctions sociales et en montrant son attachement à en préserver les structures »¹¹²⁰. Ce développement a été bruyamment réclamé par une coalition large d'acteurs soutenant une approche « socio-culturelle » du sport s'appuyant sur la notion de spécificité sportive¹¹²¹.

a. Le Parlement européen et la spécificité sportive

Au tournant des années 2000, certains membres du Parlement européen ont mené une véritable guérilla parlementaire pour imposer le respect de la spécificité sportive à la Commission européenne¹¹²². Cette bonne disposition vis-à-vis de la spécificité sportive s'est ensuite reflétée dans de nombreux actes adoptés par le Parlement. Ainsi, dès sa

¹¹¹⁸G. Simon (dir.) *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, Presses Universitaires de France, 2003, p.235.

¹¹¹⁹F. Martucci, 'Coupe du Monde et droit de l'Union européenne' in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, pp.357-391, p.362

¹¹²⁰F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.732.

¹¹²¹R. Parrish, 'The Birth of European Union Sports Law', *Entertainment Law*, Volume.2, N°2, Summer 2003, pp. 20-39, p. 24.

¹¹²²Voir par exemple les questions parlementaires suivantes : Question écrite P-4077/00 par Mario Mantovani du 22 décembre 2000 ; Question écrite P-0102/00 par Pietro Paolo Mennea du 18 janvier 2000 ; Question écrite E-2501/00 par José Ribeiro e Castro du 2 août 2000

*résolution sur le rôle de l'Union européenne dans le domaine du sport*¹¹²³, il considère « qu'il convient de reconnaître la spécificité du sport et l'autonomie du mouvement sportif et des organisations qui le structurent dans la mesure où l'activité sportive concernée ne relève pas au premier chef de l'activité économique; que l'activité économique générée par le sport professionnel ne saurait pour autant être soustraite aux règles du droit communautaire »¹¹²⁴. Le Parlement souligne, donc, dans le corps de sa résolution, « que l'Union européenne doit reconnaître la spécificité du sport et l'autonomie du mouvement sportif, étant entendu que l'activité économique générée par le sport professionnel ne saurait être soustraite aux règles du droit communautaire »¹¹²⁵. Similairement, dans sa résolution sur le *livre blanc sur le sport*¹¹²⁶, le Parlement « estime que la Commission devrait exercer les compétences complémentaires relatives au sport prévues à l'article 149 du traité CE tel que modifié par le traité de Lisbonne dans le respect du principe de subsidiarité et de l'autonomie des organisations sportives et des instances dirigeantes concernées, et en tenant dûment compte de la spécificité du sport »¹¹²⁷. Il demande « à la Commission de respecter dûment la spécificité du sport en n'adoptant pas une approche au cas par cas et de garantir une plus grande sécurité juridique en élaborant des lignes directrices claires sur l'applicabilité du droit communautaire dans le secteur du sport en Europe et en soutenant des études et des séminaires sur l'application concrète de l'acquis communautaire dans le domaine du sport. Le Parlement invite de même la Commission à assurer la clarté, la cohérence et la visibilité publique des règles de l'Union, de telle sorte que les services sportifs d'intérêt général puissent atteindre leurs objectifs et contribuer à une meilleure qualité de vie pour les citoyens européens et demande également à la Commission de contrôler et de réexaminer régulièrement la mise en œuvre du droit de l'Union, conformément au traité CE, afin de tenir compte des nouvelles réalités et de déceler et résoudre les problèmes en instance ou nouveaux »¹¹²⁸. Il fait référence à la spécificité du sport dans plusieurs de ses demandes adressées à la

¹¹²³Résolution du Parlement européen sur le rôle de l'Union européenne dans le domaine du sport, publiée au JO C 200 du 30 juin 1997 p.252.

¹¹²⁴Ibid, Considérant J.

¹¹²⁵Ibid, pt.3.

¹¹²⁶Résolution du Parlement européen du 8 mai 2008 sur le Livre blanc sur le sport, publiée au JO C 271 E du 12 novembre 2009, p.51-67.

¹¹²⁷Ibid, pt.3.

¹¹²⁸Ibid, pt.4.

Commission, visant à encourager les mesures des organismes sportifs ayant pour but de protéger les jeunes sportifs et sportives¹¹²⁹, visant à reconnaître la spécificité des organisations sportives à but non lucratif et à identifier leurs problèmes principaux¹¹³⁰, visant à veiller à ce que toute dérogation à la législation anti-discrimination « due à la spécificité du sport soit à la fois légale et de portée limitée » et considérant « qu'il existe certains cas, eu égard à la spécificité du sport, dans lesquels des restrictions limitées et proportionnées à la libre circulation peuvent être appropriées, utiles et nécessaires afin de promouvoir le sport dans les États membres »¹¹³¹. Enfin, le Parlement s'adresse aux États membres pour les encourager à « veiller, par leurs législations nationales, à assurer le respect du droit de l'Union dans toute réglementation concernant les transferts de joueurs, dans un contexte européen, en tenant dûment compte de la spécificité du sport et d'autres principes fondamentaux tels que le maintien de la stabilité contractuelle et la stabilité des compétitions »¹¹³². Par ailleurs, dans sa *résolution du 2 février 2012 sur la dimension européenne du sport*¹¹³³, il se fait critique de la jurisprudence de la Cour, en « considérant que la spécificité du sport devrait prévaloir dans les arrêts rendus par la CJUE et les décisions de la Commission en matière de sport »¹¹³⁴. Cependant, il rappelle aussi « que la spécificité du sport s'entend comme l'ensemble des aspects singuliers et essentiels du sport qui le distinguent de tous les autres secteurs d'activités, y compris économiques; qu'il devrait cependant être soumis au droit de l'Union européenne lorsque cela est approprié et nécessaire, sur la base d'un examen au cas par cas »¹¹³⁵. Plus généralement, « toutes les parties prenantes, y compris les décideurs politiques, doivent tenir compte de la spécificité du sport, de ses structures fondées sur le volontariat et de ses fonctions sociales et éducatives »¹¹³⁶ et « l'action de l'Union dans le domaine du sport devrait toujours tenir compte de la spécificité du sport en respectant ses aspects sociaux, éducatifs et culturels »¹¹³⁷.

¹¹²⁹Ibid, pt.37.

¹¹³⁰Ibid, pt.94.

¹¹³¹Ibid, pt.96.

¹¹³²Ibid, pt.97.

¹¹³³ Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 sur la dimension européenne du sport, publiée au JO C 239E du 20 août 2013 pp. 46–60.

¹¹³⁴Ibid, considérant B.

¹¹³⁵Ibid, considérant D.

¹¹³⁶Ibid, considérant C.

¹¹³⁷Ibid, considérant E.

La spécificité sportive s'est rapidement imposée auprès du Parlement européen, qui appelle de manière répétée la Cour et la Commission à la respecter. Cette insistance a probablement contribué à ce qu'elle prenne aussi une place prépondérante dans les différents actes de la Commission européenne.

b. La Commission européenne et la spécificité sportive

La spécificité sportive est un concept que la Commission emploie très souvent, tout particulièrement pour souligner qu'elle est encline à la préserver. Depuis son *Rapport au Conseil Européen dans l'optique de la sauvegarde des structures sportives actuelles et du maintien de la fonction sociale du sport dans le cadre communautaire* (ou rapport d'Helsinki) de 1999¹¹³⁸, la spécificité sportive a fait son entrée dans la politique sportive de la Commission européenne. Le rapport d'Helsinki prévoyait que « l'application des règles de concurrence du traité au secteur du sport doit tenir compte des spécificités du sport » et que pour « les opérations ayant une dimension économique, les principes de transparence et d'accès équilibré au marché, de redistribution effective et démontrée, de clarification des contrats devraient être posés, tout en mettant en évidence la « spécificité du sport » »¹¹³⁹. Il est tout naturel que ce rapport ait donc été considéré par plusieurs auteurs comme particulièrement favorable à la prise en compte des particularités de la *lex sportiva*¹¹⁴⁰.

Le livre blanc sur le sport¹¹⁴¹ de 2007 « a pour objectif général de [...] sensibiliser le public aux besoins et aux spécificités du secteur »¹¹⁴². Il dédie une section à la spécificité du sport, dans laquelle sont distinguées deux types de spécificité : « la spécificité des activités sportives et des règles qui s'y appliquent »¹¹⁴³ et « la spécificité des structures

¹¹³⁸Rapport de la Commission au Conseil Européen dans l'optique de la sauvegarde des structures sportives actuelles et du maintien de la fonction sociale du sport dans le cadre communautaire du 10 décembre 1999, COM(1999) 644 final, p.3.

¹¹³⁹Ibid, p.10.

¹¹⁴⁰ B. Van Rompuy, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy?*, Kluwer, 2012, p.309.

¹¹⁴¹ Commission européenne, *Livre Blanc sur le sport*, 11 juillet 2007, COM (2007) 391 final

¹¹⁴²Ibid, p.2.

¹¹⁴³« [L]a 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 » Ibid, p.14.

sportives »¹¹⁴⁴. La Commission se veut sans équivoque sur la portée juridique de la spécificité sportive, elle affirme que « 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 »¹¹⁴⁵. Ainsi, « 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 »¹¹⁴⁶. Enfin, la « nécessité de vérifier la proportionnalité implique la nécessité de tenir compte des caractéristiques de chaque cas », par conséquent elle « ne permet pas de formuler des principes généraux sur l'application du droit de la concurrence au secteur du sport »¹¹⁴⁷. Dans le document de travail annexé au livre blanc, la Commission développe sa vision de la spécificité sportive. La spécificité sportive entraîne la prise en compte des différences entre le sport et les autres activités économiques dans l'application du droit de la concurrence¹¹⁴⁸. En effet, « les discussions controversées passées n'ont jamais remis en question la reconnaissance de ces caractéristiques uniques du sport »¹¹⁴⁹. Dans cette optique, « l'arrêt Meca-Medina a accru considérablement la sécurité juridique en affirmant clairement qu'il n'existe aucune catégorie de « règles purement sportives » qui serait directement exclue du champ d'application du droit communautaire de la concurrence », par conséquent, « la reconnaissance de la spécificité du sport ne peut imposer l'inapplicabilité catégorique des dispositions communautaires de concurrence aux règles sportives organisationnelles, mais elle doit constituer un élément d'une importance juridique dans le contexte de l'analyse de la conformité de ces règles avec le droit communautaire de la concurrence »¹¹⁵⁰. De ce point de vue, tout « laisse supposer que les instruments du droit communautaire de la concurrence sont suffisamment flexibles pour prendre en compte, comme il convient, la spécificité du sport et illustre dans quelle mesure les caractéristiques distinctives du sport jouent un rôle essentiel dans l'analyse de

¹¹⁴⁴« [L]a 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. » Ibid.

¹¹⁴⁵ Ibid, p.15.

¹¹⁴⁶ Ibid.

¹¹⁴⁷ Ibid.

¹¹⁴⁸ Commission européenne, *Document de travail: L'Union européenne et le sport: Historique et contexte*, annexé au Livre Blanc sur le Sport, p. 35.

¹¹⁴⁹ Ibid, p.36 et aussi p. 68.

¹¹⁵⁰ Ibid, p.36.

l'admissibilité des règles sportives organisationnelles en vertu du droit communautaire de la concurrence »¹¹⁵¹. Elle en déduit qu'il « s'avère pratiquement impossible de faire des commentaires sur la compatibilité de certains types de règles avec le droit communautaire de la concurrence en termes généraux en raison, notamment, de l'interrelation avec d'autres règles, dont l'évaluation est souvent indispensable pour juger de la proportionnalité d'une certaine réglementation dans son intégralité »¹¹⁵². Cependant, en contradiction avec cette attitude prudente, elle estime que « (l)e système de transfert des joueurs est un exemple qui illustre la spécificité du sport »¹¹⁵³. Le livre blanc illustre bien, d'une part la volonté de la Commission d'affirmer son engagement à préserver la spécificité sportive, et d'autre part la place réduite qu'elle donne à cette spécificité sportive dans l'application du droit de l'UE.

Enfin, dans sa Communication récente intitulée « Développer la dimension européenne du sport »¹¹⁵⁴, la Commission se prononce encore sur la spécificité sportive. Elle rappelle que le « livre blanc comprend une description de la spécificité du sport et de l'application au domaine sportif du droit de l'Union concernant notamment le marché intérieur et la concurrence »¹¹⁵⁵. Elle insiste sur le fait que le concept de spécificité, dont le contenu reste à ses yeux inchangé vis-à-vis du livre blanc, est maintenant inscrit dans les traités à l'article 165 du TFUE¹¹⁵⁶. Elle précise aussi, pour la première fois, la fonction de cette spécificité sportive, celle-ci « est pris[e] en considération pour apprécier dans quelle mesure les réglementations sportives respectent les exigences de la législation de l'UE (droits fondamentaux, libre circulation, interdiction de discrimination, concurrence, etc.) »¹¹⁵⁷. Elle « est résolue à soutenir une interprétation appropriée du concept de spécificité du sport et continuera à fournir des orientations à cet égard »¹¹⁵⁸. Cependant, elle omet soigneusement de préciser en quoi consiste une interprétation « appropriée » de la notion de spécificité sportive. Enfin, la Commission s'engage à « fournir une

¹¹⁵¹Ibid, p.37.

¹¹⁵²Ibid.

¹¹⁵³Ibid, p.47.

¹¹⁵⁴Communication de la Commission au Parlement Européen au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Développer la dimension européenne du sport*, COM(2011)12 final.

¹¹⁵⁵Ibid, p. 2.

¹¹⁵⁶Ibid, p. 12.

¹¹⁵⁷Ibid.

¹¹⁵⁸Ibid.

assistance et des orientations thématiques en ce qui concerne l'application du concept de spécificité du sport »¹¹⁵⁹.

Cette tendance de la Commission européenne à faire référence à la spécificité sportive dans ses actes s'étend aussi à son discours politique sur le sport. Elle a pleinement accepté la place centrale que joue la « spécificité sportive » dans le discours politique sur le sport, chacun des textes principaux d'orientation de sa politique sportive y fait expressément référence.

c. Le Conseil et la spécificité sportive

Le Conseil (en particulier le Conseil européen des chefs d'États) est l'institution européenne qui a, sous l'impulsion politique de certains de ses membres les plus influents¹¹⁶⁰, promu avec le plus d'ardeur la spécificité sportive¹¹⁶¹. Ainsi, lors de la signature du traité d'Amsterdam est annexée une *Déclaration relative au sport*¹¹⁶², qui « invite dès lors les institutions de l'Union européenne à consulter les associations sportives lorsque des questions importantes ayant trait au sport sont concernées » et rappelle qu'« il convient de tenir tout spécialement compte des particularités du sport amateur »¹¹⁶³. La définition de la spécificité sportive est certes « vaporeuse »¹¹⁶⁴, mais la déclaration sera citée par la Cour¹¹⁶⁵, la Commission¹¹⁶⁶ et le Parlement¹¹⁶⁷ à des fins

¹¹⁵⁹Ibid.

¹¹⁶⁰ Marie-George Buffet s'attaque à l'arrêt Bosman, *Libération*, 23 Novembre 1999. L'histoire de cette réaction du Conseil à l'arrêt Bosman est fort bien retracée dans G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Spécificité des pratiques sportives compétitives', *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 604, n°17-37.

¹¹⁶¹ A. Husting, 'Quelle reconnaissance pour l' « exception » ou pour la « spécificité » sportive dans la nouvelle constitution européenne?', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°481, septembre 2004, p.515-519; B. Garcia et S. Weatherill, 'Engaging with the EU in order to minimize its impact : sport and the negotiation of the Treaty of Lisbon', *Journal of European Public Policy*, Volume 19, n°2, pp.238-256.

¹¹⁶² Déclaration n°29 relative au sport annexé au Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, publié au JO C 340 du 10 novembre 1997 p.1-144.

¹¹⁶³Ibid.

¹¹⁶⁴ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.732.

¹¹⁶⁵CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt.42 ; CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. I-02681, pt.33.

¹¹⁶⁶ Rapport de la Commission au Conseil Européen dans l'optique de la sauvegarde des structures sportives actuelles et du maintien de la fonction sociale du sport dans le cadre communautaire du 10 décembre 1999, COM(1999) 644 final, p.3.

bien souvent contradictoires. Le message « subliminal »¹¹⁶⁸ est, au moins formellement, reçu cinq sur cinq. Toutefois, sa portée juridique restera limitée.

Cette courte déclaration a été renforcée, lors du Conseil européen de Nice, par une *Déclaration relative aux caractéristiques spécifiques du sport et à sa fonction sociale en Europe devant être prises en compte dans la mise en œuvre des politiques communes*¹¹⁶⁹, plus directement dédiée aux spécificités sportives. Le Conseil européen rappelle que « [l]es organisations sportives et les Etats membres ont une responsabilité première dans la conduite des affaires sportives ». Il est également affirmé que « [l]a Communauté doit tenir compte, même si elle ne dispose pas de compétences directes dans ce domaine, dans son action au titre des différentes dispositions du traité des fonctions sociales, éducatives et culturelles du sport, qui fondent sa spécificité, afin de respecter et de promouvoir l'éthique et les solidarités nécessaires à la préservation de son rôle social ». Le Conseil européen est ici beaucoup plus précis que dans sa déclaration précédente, il « souhaite notamment que soient préservés la cohésion et les liens de solidarité unissant tous les niveaux de pratiques sportives, l'équité des compétitions, les intérêts moraux et matériels, ainsi que l'intégrité physique des sportifs et particulièrement ceux des jeunes sportifs mineurs ». Il « souligne son attachement à l'autonomie des organisations sportives et à leur droit à l'auto-organisation au moyen de structures associatives appropriées. Il reconnaît que les organisations sportives ont, dans le respect des législations nationales et communautaires, et sur la base d'un fonctionnement démocratique et transparent, la mission d'organiser et de promouvoir leur discipline, notamment quant aux règles spécifiquement sportives, la constitution des équipes nationales, de la façon qu'elles jugent la plus conforme à leurs objectifs ».

¹¹⁶⁷ Résolution du Parlement européen sur le rapport de la Commission au Conseil européen „Dans l'optique de la sauvegarde des structures sportives actuelles et du maintien de la fonction sociale du sport dans le cadre communautaire – Rapport d'Helsinki sur le sport”, publiée au JO n° C 135 du 07 mai 2001 p.274-278, pt.17. Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2007 sur le rôle du sport dans l'éducation, publiée au JO C 282 E du 06 novembre 2008, p.131-138, pt.2.

¹¹⁶⁸ « En relevant l'importance sociale du sport », la Déclaration d'Amsterdam a ainsi envoyé un message subliminal aux organes chargés d'appliquer le droit communautaire, en les incitant à ne pas négliger ce paramètre et à s'ouvrir « à la prise en considération des nécessités inhérentes à l'organisation du sport ». » F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.736.

¹¹⁶⁹ Déclaration annexée aux conclusions du Conseil de Nice relative aux caractéristiques spécifiques du sport et à sa fonction sociale en Europe devant être prises en compte dans la mise en oeuvre des politiques communes, décembre 2000 (accessible à http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_fr.htm#an4).

Cette déclaration est le résultat d'un long processus de lobbying politique en faveur de la spécificité sportive¹¹⁷⁰. Le Conseil ne s'engagera pas plus loin dans la définition et dans la défense de la spécificité sportive. La spécificité sportive reste mentionnée¹¹⁷¹, mais il n'est jamais question d'entamer un bras de fer quant à sa concrétisation juridique, celle-ci étant implicitement déléguée à la Cour.

La juridification de la spécificité sportive connaîtra un nouveau rebondissement lors de la convention sur l'avenir de l'Europe avec son introduction dans le texte du *Traité établissant une constitution pour l'Europe* repris ensuite par le traité de Lisbonne.

III. La spécificité sportive au sein des traités : l'article 165 paragraphe 1 TFUE

L'article 165 paragraphe 1 TFUE proclame que l'UE « contribue à la promotion des enjeux européens du sport, tout en tenant compte de ses spécificités, de ses structures fondées sur le volontariat ainsi que de sa fonction sociale et éducative ». Cet article introduit par le traité de Lisbonne étend le champ des compétences de l'UE au sport, tout en affirmant la nécessité de tenir compte de la spécificité sportive. Sa conception remonte à la convention sur l'avenir de l'Europe et au *Traité établissant une constitution pour l'Europe*. Il est nécessaire de retracer cette courte histoire législative afin de mieux saisir le contenu et la portée de la référence à la spécificité sportive.

a. La Convention sur l'avenir de l'Europe et le sport

Le sport n'était pas la priorité de la Convention, mais, sous la pression des organisations sportives internationales, l'introduction d'un article spécifique consacré au sport fut

¹¹⁷⁰ I. Bouhlin-Ghica, 'La déclaration de Nice sur la spécificité du sport', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°447, avril 2001, p.237-239.

¹¹⁷¹ Voir la Déclaration du Conseil de l'UE et des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil du 5 mai 2003, La valeur sociale du sport pour la jeunesse, publiée au JO C 134 du 07 juin 2003, p.3, considérant 9 et la Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, sur un plan de travail de l'Union européenne en faveur du sport pour 2011-2014, publiée JO C 162 du 01 juin 2011, p.1.

proposée par plusieurs de ses membres. Ainsi, Antonio Tajani appelle à la reconnaissance de la spécificité du sport dans l'ordre juridique de l'UE et est particulièrement critique envers l'arrêt *Bosman*¹¹⁷². La contribution soumise par Olivier Duhamel¹¹⁷³, se plaçant sous les auspices de Michel Rocard alors président de la « Commission de la Culture, de la Jeunesse, de l'Education, des Médias et des Sports », est une réponse aux « conséquences de l'arrêt *Bosman* » qui « n'ont pas encore fait l'objet d'une solution juridique adaptée, conforme aux exigences du sport plus qu'à celles de la concurrence ». Il regrette que « (l)es termes généraux de la déclaration d'Amsterdam n'emportent aucune conséquence juridique précise », en effet, « les institutions de l'Union sont seulement invitées à consulter ». Il considère donc que « (p)our éviter des décisions législatives ou jurisprudentielles dramatiques par déséquilibre de motivations, il est essentiel et urgent de consacrer un article bien charpenté consacré au sport dans le Traité ». Même s'il ne fait pas mention de la spécificité sportive, il plaide pour la protection des « traditions sportives » et de « l'éthique sportive », deux notions qu'on peut rapprocher de la spécificité sportive. Enfin, dans une contribution commune¹¹⁷⁴, un grand nombre de membres de la convention affirment que « (f)orce est de constater que les évolutions économiques observées dans le domaine sportif et les réponses apportées par les autorités publiques et les organisations sportives aux questions nouvelles qu'elles soulèvent ne permettent à ce jour de garantir ni la sauvegarde des structures actuelles et spécifiques du sport, ni sa fonction sociale » et que « (l)a multiplication récente de procédures juridictionnelles, ayant trait notamment à l'application des règles de l'Union européenne en matière de concurrence et de libre circulation, sont à la source d'une certaine insécurité juridique pour les différents intervenants du domaine sportif ». Les signataires considèrent que « (l)a rédaction d'un texte de nature constitutionnelle proposée par le Président de la Convention européenne, offre aujourd'hui la possibilité d'inscrire le sport dans le droit primaire de l'Union et, de cette manière, d'aboutir à une prise en compte plus globale des activités sportives ». Cette introduction du sport dans le droit de l'UE a été, comme le rappelle la contribution, encouragée par le CIO.

¹¹⁷² Contribution de Monsieur Antonio Tajani du 10 octobre 2002, 'Protection de la spécificité du sport dans l'ordre juridique communautaire', CONV 337/02.

¹¹⁷³ Contribution de M. Olivier Duhamel du 17 avril 2002, CONV 33/02.

¹¹⁷⁴ Contribution de MM. Hubert Haenel et al du 10 janvier 2003, 'La place du sport dans le futur traité', CONV 478/03.

Ces contributions aboutiront à l'adoption par la Convention de l'article III-182 qui énonce que l'Union « contribue à la promotion des enjeux européens du sport, eu égard à sa fonction sociale et éducative » et que son action vise à « développer la dimension européenne du sport, en promouvant l'équité dans les compétitions et la coopération entre les organismes sportifs ainsi qu'en protégeant l'intégrité physique et morale des sportifs, notamment des jeunes sportifs ». Aucune mention de la spécificité du sport n'y est faite, son introduction avait cependant donné lieu à plusieurs amendements. Par exemple, l'amendement soumis par M. Hain¹¹⁷⁵ visait à inscrire la reconnaissance de la responsabilité des Etats membres et des organisations sportives au sein des traités et à tenir compte des caractéristiques spécifiques du sport. M. de Villepin avait lui proposé que l'action de l'Union vise « à encourager et soutenir le développement des structures sportives actuelles en Europe et leur autonomie »¹¹⁷⁶. D'autres, tel Göran Lennmarker¹¹⁷⁷, ne souhaitaient pas que le sport soit introduit au sein des traités, considérant que celui-ci ne ressort nullement de la compétence de l'UE. Si la Convention a ressenti le besoin d'introduire le sport au sein du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, elle ne s'était pas prononcée favorablement quant à la spécificité sportive, bien qu'encouragée en ce sens par un certain nombre de contributions et d'amendements. Ce n'est que lors de la conférence intergouvernementale que la spécificité sera introduite dans la formulation définitive de l'article consacré au sport.

b. La spécificité sportive imposée par la conférence intergouvernementale

En effet, il a fallu attendre la conférence intergouvernementale pour que la spécificité sportive soit finalement intégrée à l'article sur le sport proposé par la Convention. Cette introduction, souhaitée notamment par le ministre Italien des sports, lui-même président du Comité olympique européen, a été obtenue de haute lutte par les

¹¹⁷⁵ Proposition d'amendement à l'article III-177 du Traité instituant une constitution pour l'Europe de M. Hain (accessible à <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/856/Art%20III%20177%20Hain%20EN.pdf>).

¹¹⁷⁶ Proposition d'amendement à l'article III-177 du Traité instituant une constitution pour l'Europe de M. De Villepin (accessible à <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/856/Art%20III%20177%20de%20Villepin%20FR.pdf>)

¹¹⁷⁷ Proposition d'amendement à l'article III-177 du Traité instituant une constitution pour l'Europe de Mr Göran Lennmarker (<http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/856/Art%20III%20177%20Lennmarker%20EN.pdf>)

organisations sportives¹¹⁷⁸. L'Italie profita de la présidence du Conseil pour orienter les négociations autour de l'article, jouant le rôle de « cheval de Troie »¹¹⁷⁹ des organisations sportives au sein du Conseil. L'accord trouvé, une fois les objections britanniques levées par l'intermédiaire d'une pression olympique, incorporait la spécificité sportive au sein du texte final. Ce texte de l'article est adopté en novembre 2003 lors de la conférence intergouvernementale et introduit au sein du Traité établissant une constitution pour l'Europe. Cet épisode est révélateur de l'expertise des organisations sportives dans le domaine du lobbying et de la capacité du monde du sport à naviguer au sein des échelons politiques multiples qui caractérisent l'Union européenne¹¹⁸⁰. Dans la droite ligne des déclarations adoptées par le Conseil, ce résultat confirme la proximité existant entre les orientations soutenues par les Etats membres et celles prônées par les organisations sportives¹¹⁸¹. Toutefois, le traité constitutionnel fut rejeté lors des référendums néerlandais et français, repoussant l'introduction du sport dans les traités de l'UE à l'adoption du traité de Lisbonne.

c. Le sauvetage par le traité de Lisbonne

Le traité de Lisbonne a été négocié en 2007 en lieu et place du traité constitutionnel mort-né. L'objectif était de sauver ce qui pouvait encore l'être des ruines du traité constitutionnel. L'article sur le sport fait partie de ceux qui ont été intégrés au traité de Lisbonne¹¹⁸². Suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, l'article 165 consacré à l'éducation et au sport a été introduit au sein du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. L'article 165 paragraphe 1 TFUE prévoit que l'Union « contribue à la promotion des enjeux européens du sport, tout en tenant compte

¹¹⁷⁸ L'histoire de cette victoire ayant pour théâtre Florence et mettant en jeu les nombreuses prouesses du lobbying mené par le mouvement sportif a été merveilleusement contée dans l'article de B. Garcia et S. Weatherill, 'Engaging with the EU in order to minimize its impact : sport and the negotiation of the Treaty of Lisbon', *Journal of European Public Policy*, Volume 19, n°2, pp.238-256, pp. 247-250.

¹¹⁷⁹Ibid, p.248.

¹¹⁸⁰Ibid, p.250.

¹¹⁸¹F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, p.43-52, p.51 et A. Husting, 'Quelle reconnaissance pour l' « exception » ou pour la « spécificité » sportive dans la nouvelle constitution européenne ?', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°481, septembre 2004, p.515-519, p.519.

¹¹⁸²B. Garcia et S. Weatherill, 'Engaging with the EU in order to minimize its impact : sport and the negotiation of the Treaty of Lisbon', *Journal of European Public Policy*, Volume 19, n°2, pp.238-256, p. 250-251.

de ses spécificités, de ses structures fondées sur le volontariat ainsi que de sa fonction sociale et éducative », tandis que son action vise selon l'article 165 paragraphe 2 TFUE 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 plus jeunes d'entre eux ». L'article 165 paragraphe 3 TFUE encourageant, de plus, l'Union et les Etats membres à favoriser « la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes en matière d'éducation et de sport, et en particulier avec le Conseil de l'Europe ». L'Union ne disposant que d'une compétence d'appui, elle ne peut adopter au vu de l'article 165 paragraphe 4 TFUE que « des actions d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres », ou « des recommandations ». Suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la notion de spécificité sportive intègre les traités et prend donc place au cœur même de la « constitution » de l'Union européenne.

Cet article est-il susceptible de clarifier la portée de la spécificité sportive en droit de l'UE ? S'agit-il d'un changement susceptible de modifier substantiellement l'approche de la Cour et de la Commission quant à la saisie et au contrôle de la *lex sportiva* ?

IV. Quelle portée juridique pour la spécificité sportive ?

Quelle est la portée juridique réelle de la spécificité sportive ? Il est particulièrement difficile de répondre à cette question. On peut déceler certaines traces de l'influence de la spécificité sportive dans la jurisprudence de la Cour. L'introduction de la spécificité sportive au sein de l'article 165 TFUE a marqué une rupture évidente à cet égard. Il faut donc étudier séparément la période antérieure et la période postérieure à cette introduction.

a. La portée du discours de la spécificité dans la jurisprudence de la Cour avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne

L'avocat général Lenz avait dans ses conclusions reconnu que compte tenu de ces « spécificités », il n'est pas exclu que « que des restrictions puissent être nécessaires

pour garantir le bon fonctionnement »¹¹⁸³ du secteur du football. La Cour, dans son arrêt, et ce malgré les appels du pied de l'UEFA dans ce sens¹¹⁸⁴, omet toute référence à la spécificité sportive.

Signe de l'air du temps, qui est à la contre-révolution anti-Bosman, l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Deliège* consacre de longs développements aux « règles qui découlent de la spécificité du sport »¹¹⁸⁵. Il y fait ouvertement l'amalgame entre spécificité et exception sportive. Selon lui, « la spécificité du sport a été admise par la Cour en tant que motif d'exclusion de l'application du principe de libre circulation »¹¹⁸⁶, il fait ici référence à l'exception sportive dégagée par la Cour dans les arrêts *Walrave* et *Donà*. En soutien de son interprétation de la spécificité sportive, il cite notamment la Déclaration d'Amsterdam¹¹⁸⁷. Ce plaidoyer en faveur de la spécificité sportive va trouver un écho mitigé auprès de la Cour. Celle-ci fait aussi référence à la déclaration d'Amsterdam, mais en reconnaissant que « cette déclaration est cohérente avec ladite jurisprudence [*Donà*, *Walrave* et *Bosman*] en tant qu'elle concerne les situations où l'exercice du sport constitue une activité économique »¹¹⁸⁸. Elle n'adopte pas l'interprétation proposée par son avocat général. Il faut, cependant, nuancer ce propos, car la Cour va conclure que les règles en cause sont inhérentes à l'organisation de compétition sportive internationale et faire ainsi l'économie de la conduite d'un véritable contrôle de proportionnalité¹¹⁸⁹. L'influence de la notion de spécificité sportive sur le raisonnement de la Cour n'est pas évidente, mais on peut extrapoler que l'importance qu'avaient accordée les conclusions de l'avocat général à cette question n'est pas entièrement étrangère au recours à l'inhérence en l'espèce. Dans l'arrêt *Lehtonen* rendu concomitamment, l'idée de spécificité sportive est absente du raisonnement de l'avocat général et de la Cour, bien que celle-ci se réfère à la déclaration d'Amsterdam pour confirmer dans des termes identiques à l'arrêt *Deliège* que sa

¹¹⁸³Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.270.

¹¹⁸⁴L'UEFA prétendait : « Dès lors, même si l'article 48 du traité devait s'appliquer aux joueurs professionnels, une certaine souplesse s'imposerait eu égard à la spécificité du sport » CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165, pt.71.

¹¹⁸⁵Conclusions du 18 mai 1999, aff. C-51/96, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt. 67-88.

¹¹⁸⁶Ibid, pt.68.

¹¹⁸⁷Ibid, pt.75.

¹¹⁸⁸ CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549, pt 42.

¹¹⁸⁹ Ibid, pt.69.

jurisprudence y est conforme. Il semble donc que la notion de spécificité sportive ait joué un rôle mineur dans la jurisprudence de la Cour antérieure à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

L'arrêt *Meca-Medina* du Tribunal de l'UE ne se fonde pas sur la spécificité sportive pour exclure les règles de lutte contre le dopage du champ d'application du droit de la concurrence. Néanmoins, il fait référence à la Déclaration d'Amsterdam pour promouvoir une interprétation large de l'exception sportive issue de l'arrêt *Walrave*. Cette interprétation sera par la suite confortée par l'avocat général Léger dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour dans la même affaire. Le discours politique des organisations sportives qui assimilent bien souvent la spécificité à l'exception sportive remporte là un de ses plus grand succès juridique. Ce triomphe ne sera que de courte durée, car, dans son arrêt *Meca-Medina*, la Cour rejette radicalement cette solution. Le jugement *Piau* du Tribunal va lui aussi alimenter une possible confusion entre spécificité et exception sportive. Le Tribunal considère que l'activité d'agent de joueurs de football est « une activité économique de prestation de services qui ne relève pas de la spécificité sportive »¹¹⁹⁰. Puis il affirme que « 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 »¹¹⁹¹. Il assimile donc *a contrario* la spécificité sportive à l'exception sportive telle qu'elle avait été dégagée par la jurisprudence antérieure de la Cour. Ces décisions illustrent le flou qui entoure alors la fonction et la portée de la spécificité sportive.

Enfin, dans l'affaire *Motoe*, l'avocate générale Kokott va considérer qu'« au-delà même des exigences strictement techniques de la sécurité, les spécificités du sport peuvent fournir d'autres raisons objectives de refuser l'avis conforme »¹¹⁹². Ici, la spécificité

¹¹⁹⁰Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209, pt.73.

¹¹⁹¹Ibid, pt.77.

¹¹⁹² Conclusions du 6 mars 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. I-4863, pt.91.

sportive est utilisée pour étendre la possibilité pour une organisation sportive d'exercer un contrôle sur l'autorisation ou la reconnaissance de compétitions sportives alternatives ou concurrentes. En effet, selon l'avocate générale « il est de l'intérêt des participants, mais également des spectateurs et du public en général, que chaque discipline sportive soit soumise à des règles bien définies et aussi uniformes que possible et que ces règles soient respectées pour garantir un déroulement ordonné et loyal des compétitions », car « [s]i les règles variaient fortement d'un organisateur à l'autre, il serait plus difficile aux sportifs de participer aux compétitions et de comparer leurs prestations respectives, sans compter que l'intérêt de la discipline pour les spectateurs et sa valeur d'identification pourraient en souffrir »¹¹⁹³. De plus, « il est dans l'intérêt des sportifs, mais également des spectateurs et du public en général, que les différentes compétitions d'une discipline sportive s'intègrent dans un cadre d'ensemble permettant, par exemple, de suivre un calendrier déterminé »¹¹⁹⁴. Ce que suggère l'avocate générale n'est rien de moins que deux cas de figure dans lesquels les organisations sportives sont autorisées à (ab)user de leur position dominante. Cet abus doit, certes, se faire de manière objective et transparente, mais il est toléré sur le fondement de la spécificité sportive. Dans ce contexte, l'importance de la spécificité sportive telle qu'employée par l'avocate générale est indéniable. Si la Cour n'a pas fait référence dans sa décision à la spécificité sportive, elle a adopté dans ses grandes lignes ce raisonnement fondé sur la spécificité. Ce dernier arrêt est annonciateur du changement que va entraîner l'introduction de la spécificité sportive à l'article 165 TFUE.

b. La portée juridique de l'article 165 TFUE dans la jurisprudence de la Cour

Une fois l'article 165 TFUE entré en vigueur, et la spécificité sportive inscrite au sein des traités, se pose la question de sa portée juridique : Est-il susceptible de remettre en cause les arrêts *Bosman* et *Meca-Medina* de la Cour ? Les organisations sportives peuvent-elles se prévaloir d'une exception sportive sur son fondement ? Ces questions ont été, plus ou moins, anticipées par les différents acteurs du débat sur l'application du droit de l'UE à la *lex sportiva*. En effet, la portée de l'article 165 TFUE a donné lieu à de

¹¹⁹³ Ibid, pt.92.

¹¹⁹⁴ Ibid, pt.93.

nombreux commentaires¹¹⁹⁵. Depuis son introduction, quelques arrêts ont aussi permis de clarifier en partie l'usage que la Cour fait de l'article 165 TFUE dans le cadre de sa jurisprudence.

i. La portée juridique de l'article 165 TFUE en débat

Dominique de Villepin avait anticipé la portée juridique limitée du futur article 165 TFUE. Il craignait, notamment, que son application ne s'étende pas au droit du marché intérieur. Il avait, par conséquent, pris soin d'ajouter un paragraphe à sa proposition d'amendement stipulant que les « objectifs visés au présent article dans le domaine du sport sont pris en compte dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de l'Union »¹¹⁹⁶. Cet amendement n'ayant pas été adopté, ni dans la version finale de la convention, ni plus tard dans celle retenue par la conférence intergouvernementale, la spécificité sportive ne peut être assimilée à une clause horizontale. De nombreux commentateurs ont d'ailleurs remarqué cette absence et argué de celle-ci afin de minimiser l'impact juridique que l'introduction de la spécificité sportive au sein des traités pourrait avoir sur l'application des libertés fondamentales et du droit de la concurrence à la *lex sportiva*¹¹⁹⁷. Au contraire, l'introduction du sport dans le TFUE peut même être considérée comme le rejet de l'exclusion du sport du champ d'application des traités¹¹⁹⁸. Au final, même les tenants d'une autonomie renforcée de la *lex sportiva* reconnaissent que « (l)e texte a moins pour objet de protéger la norme sportive contre l'application intégrale du droit communautaire que de conférer pour la première fois

¹¹⁹⁵ Voir les contributions dans R. Blanpain (dir.), *The future of sports law in the European Union*, Kluwer 2008.

¹¹⁹⁶ Proposition d'amendement à l'article III-177 du Traité instituant une constitution pour l'Europe de M. De Villepin (accessible à <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/856/Art%20III%20177%20de%20Villepin%20FR.pdf>)

¹¹⁹⁷ Voir par exemple : R. Parrish, B. Garcia Garcia, S. Miettinen et R. Siekmann, *The Lisbon Treaty and EU Sports Policy*, Study for the European Parliament, 2010, p. 10 ; S. Van den Bogaert et A. Vermeersch, 'Sport and the EC Treaty : a tale of uneasy bedfellows ?', *European Law Review*, Volume 31, n°6, 2006, pp.821-840, p. 838-839 ; « It is no exaggeration to say that this article does not propose any change to Community law in the sense of the conclusions of the Arnaut Report, M. Wathelet, 'Sport Governance and EU Legal Order : Present and Future' in R. Blanpain (dir.), *The future of sports law in the European Union*, Kluwer 2008, pp.51-75, p.69.

¹¹⁹⁸ « Secondly, the particular reference to sport as included in the Reform Treaty means that will (sic) no longer sporting activities be exempted from European or national law ». M. Colluci, 'Sport in the EU Treaty', in R. Blanpain (dir.), *The future of sports law in the European Union*, Kluwer 2008, p. 21-36, p.23.

des compétences à l'Union dans le domaine du sport »¹¹⁹⁹. Dès lors, il faut bien admettre que si « le traité conforte la spécificité ; il ne ressuscite pas l'exception sportive »¹²⁰⁰. En revanche, concernant les compétences de l'UE en matière de sport, même si celles-ci restent limitées à des actions visant à accompagner ou à appuyer les politiques sportives nationales¹²⁰¹, il est certain que l'introduction de l'article 165 TFUE est susceptible d'offrir de nouvelles perspectives à la politique sportive des institutions européennes, *via* notamment la création d'un poste budgétaire spécifique consacré au sport¹²⁰². Même si l'article 165 TFUE n'est pas considéré comme contraignant pour l'application du droit de l'UE à la *lex sportiva*, il semble qu'en pratique son introduction n'ait pas été ignorée par la Cour.

ii. La portée juridique de l'article 165 TFUE n'est pas négligeable

L'arrêt *Olympique Lyonnais* est le premier arrêt dans le domaine du sport rendu par la Cour à la suite de l'introduction de la spécificité sportive au sein de l'article 165 TFUE. Selon nous, il illustre les conséquences juridiques potentielles de l'introduction de la spécificité sportive dans le TFUE. La reconnaissance de la spécificité sportive ne peut, certes, être assimilée à une exception, mais elle n'a cependant pas un effet neutre sur la saisie et le contrôle de la *lex sportiva* par le droit de l'UE. En effet, dans l'arrêt *Olympique Lyonnais* la Cour fait, après son avocate générale¹²⁰³, expressément référence à l'article 165 TFUE et à la « spécificité sportive », qu'elle prend en compte dans la mise en œuvre de l'évaluation de proportionnalité¹²⁰⁴. De même, dans ses conclusions sous l'arrêt *Murphy*, l'avocate générale Kokott se fonde sur l'article 165 TFUE et la spécificité

¹¹⁹⁹ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.737.

¹²⁰⁰F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, pp.43-52, p. 52

¹²⁰¹ Un reproche formulé notamment par S. Van den Bogaert et A. Vermeersch, 'Sport and the EC Treaty : a tale of uneasy bedfellows ?', *European Law Review*, Volume 31, n°6, 2006, pp.821-840, p. 838.

¹²⁰² Voir entre autres : S. Weatherill, 'EU Sports Law: the effect of the Lisbon Treaty', *Legal Research Paper Series No 3/2011*, Oxford University, 2011 (accessible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747916), p.12; R. Parrish, B. Garcia Garcia, S. Miettinen & R. Siekmann, *The Lisbon Treaty and EU Sports Policy*, Study for the European Parliament, 2010, p. 45-53. Voir aussi dans ce sens le rapport du European Union Committee de la House of Lords, *Grassroot Sport and the European Union*, 29 Mars 2011.

¹²⁰³Conclusions du 16 juillet 2009, aff. C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, Rec. I-2177, pt.30.

¹²⁰⁴CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. I-02177, pt.40.

sportive pour reconnaître la légitimité des heures bloquées¹²⁰⁵. L'arrêt de la Cour fait lui aussi référence à l'article 165 TFUE afin de justifier une interprétation extensive de la notion d'objets dignes de protection au regard du droit de la propriété intellectuelle¹²⁰⁶.

L'arrêt *Olympique Lyonnais* est particulièrement révélateur, car les faits du litige sont comparables à ceux qui avaient déclenché l'affaire *Bosman*. Il s'agissait en l'espèce d'un jeune joueur souhaitant à échéance de son contrat partir à l'étranger, auquel on oppose une obligation de signer son premier contrat professionnel dans son club formateur. L'arrêt qui est apparemment défavorable à la *lex sportiva* puisque le règlement contesté est considéré comme contraire à la liberté de circulation des travailleurs, s'avère à l'examen plutôt favorable à celle-ci. En effet, le règlement en cause n'était plus en vigueur et importait seulement pour la résolution du litige, celui-ci a été remplacé, pour les transferts internationaux, par le Règlement FIFA concernant le Statut et le Transfert des Joueurs. Or, l'enjeu principal pour les organisations sportives était de préserver les chances du règlement FIFA en prévision d'un futur litige, ce qui explique leur satisfaction à l'énoncé du verdict¹²⁰⁷. En effet, le test de proportionnalité employé par la Cour est favorable à une reconnaissance de la compatibilité du règlement FIFA en cas de litige. Or, c'est justement dans le cadre de la mise en œuvre du test de proportionnalité que la spécificité sportive semble avoir joué un rôle déterminant. Là où dans l'affaire *Bosman*, l'avocat général et la Cour doutaient de l'absence d'alternatives moins restrictives pour la liberté de circulation des travailleurs, cette éventualité n'est même pas évoquée par la Cour (ni d'ailleurs par l'avocate générale) dans le cadre de l'arrêt *Olympique Lyonnais*, alors qu'il semble peu probable que les doutes émis à l'époque ne soient pas transposables au cas de figure envisagé dans cet arrêt. Ils auraient pu, à tout le moins, être évoqués, puis le cas échéant être écartés.

Il semble donc que, loin d'être totalement anodine pour l'application du droit de l'UE, l'introduction de la spécificité à l'article 165 TFUE ait pu renforcer la propension de la

¹²⁰⁵Conclusions du 3 février 2011, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd et al c. QC Leisure et al et Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd*, Rec. p.I-09083, pt.207.

¹²⁰⁶CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd et al c. QC Leisure et al et Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, Rec. p.I-9083, pt.101.

¹²⁰⁷J. Zylberstein, 'L'arrêt Olivier Bernard : une avancée significative pour la formation des sportifs', *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2010, pp. 653-661.

Cour à faire preuve de bienveillance vis-à-vis de la *lex sportiva*¹²⁰⁸. Le respect que la Cour a discrètement signalé dans l'arrêt *Olympique Lyonnais* pour les règles adoptées par la FIFA pour compenser la formation des joueurs est révélateur d'une évolution jurisprudentielle subtile, à notre sens encouragée par l'introduction de la spécificité sportive à l'article 165 TFUE¹²⁰⁹. L'invocation de la spécificité sportive limite l'intensité du contrôle de proportionnalité discuté ci-dessus. Elle consolide au contraire la réceptivité de la Cour à la rationalité propre qui sous-tend la *lex sportiva*. Cette plus grande réceptivité à la spécificité sportive est partagée par la Commission dans son application du droit de la concurrence¹²¹⁰.

V. Quelle fonction pour la spécificité sportive dans l'espace juridique transnational ?

La notion de spécificité sportive, à la différence du contrôle de proportionnalité, est un concept juridique réservé au domaine sportif. Il ne s'exprime que dans le cadre de conflits juridiques mettant en jeu la *lex sportiva*. Cette notion ne permet pas de sortir la *lex sportiva* du champ de compétence du droit de l'UE, elle constitue plutôt un devoir réflexif imposé à ce dernier.

a. La spécificité sportive n'est pas une exception

Le concept de spécificité sportive a pu être arboré comme une exception sportive, c'est-à-dire comme garantissant que certaines normes de la *lex sportiva* échappent *a priori* au contrôle exercé par le droit de l'UE. La notion de spécificité sportive est textuellement ouverte et se prête aisément, c'est l'une de ses qualités politiques, à de multiples

¹²⁰⁸ Envisageant une telle possibilité, S. Weatherill, 'EU Sports Law: the effect of the Lisbon Treaty', *Legal Research Paper Series No 3/2011*, Oxford University, 2011 (accessible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747916), pp.14-15.

¹²⁰⁹ "The Court has however never stated, at least not clearly, what it appears to state in Bernard: that there is a certain way to apply the principle of proportionality to sporting rules." J. Lindholm, 'Bernard Case C-325/08', *Common Market Law Review*, Volume 47, n°4, 2010, pp. 1187-1197, p.1193; R. Parrish, 'Lex sportiva and EU sports law', *European Law Review*, Volume 37, n°6, 2012, p.716-733, p.730-732.

¹²¹⁰ « Cependant, le sport a ses spécificités et il faut les prendre en compte lorsque nous appliquons les règles du Traité. » J-F. Pons, 'Sport et Politique Européenne de la Concurrence: Règles du Jeu et Exemples récents d'application', Bruxelles, le 18 octobre 2001, p.3 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_022_fr.pdf).

interprétations contradictoires. On peut donc aisément la concevoir comme un bouclier juridique protégeant une enclave réservée, intouchable pour le droit de l'UE ou tout autre droit susceptible de s'appliquer à la *lex sportiva*. Elle définirait alors un territoire réservé exclusivement à la normativité sportive dont les confins resteraient à définir. En cela elle préserverait la sécurité juridique des organisations sportives et l'intégrité de la *lex sportiva*. Cependant, l'insécurité juridique ne serait en partie que reportée sur la définition des frontières de ce territoire. Cette conception territoriale, rigide, de la spécificité sportive n'a, malgré l'insistance des organisations sportives et le soutien que lui ont apporté certains Etats membres, pas été suivie par la Cour¹²¹¹. Le choix de la Cour, particulièrement clair dans l'arrêt *Meca-Medina*, a donc été de préserver sa capacité d'intervention dans les recoins les plus intimes de la *lex sportiva*.

Cette primauté relative du droit de l'UE s'oppose à la vision de Gunther Teubner sur l'émergence d'une pluralité de régimes juridique transnationaux incapables de communiquer entre eux et donc voués à l'hétérarchie¹²¹². Dès lors, et cela correspond à l'idée d'une spécificité sportive maximaliste et isolationniste, il suggérerait la mise en place d'un nouveau droit des conflits capable de désigner tel ou tel régime juridique fonctionnel comme exclusivement compétent¹²¹³. Or, telle n'est pas la voie empruntée par la Cour dans son interaction avec la *lex sportiva*, au lieu d'une répartition des compétences réservant des territoires exclusifs et clos, elle choisit le flou de l'expérimentalisme et du de l'appréciation au cas par cas. Ce choix n'est pas seulement le résultat de l'hégémonisme du droit de l'UE. Il correspond à la volonté de garantir aux citoyens européens la possibilité de s'appuyer sur le droit de l'UE pour contrer les abus

¹²¹¹ On a pu considérer que l'arrêt *Meca-Medina* ne « ne constituerait pas le grand arrêt de la Cour sur l'application au sport du droit de la concurrence », il serait dès lors qu'un accident de parcours qui sera promptement corrigé : F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, pp.43-52, p. 52.

¹²¹² « When the frame of rule hierarchy, with constitutionally legitimated political legislation at its top breaks under the pressures of globalization, then the new frame which replaces it can only be heterarchical. » Préface de Gunther Teubner à son ouvrage *Global Law without the State*, Darmouth 1997, p.Xiv et ses thèses principales dans G. Teubner, "Global Bukowina' : Legal pluralism in the World Society' in G. Teubner (dir.), *Global law without the state*, Darmouth, 1997, pp.3-22, p. 7. Voir en français, G. Teubner, 'Un droit spontané dans la société mondiale', in Charles-Albert Morand (sous la direction de), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p.197-218.

¹²¹³G. Teubner et A. Fischer-Lescano, 'Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law', *Michigan Journal of International Law*, Volume 25, n°4, 2004, pp.999-1045, p. 1021.

de pouvoir des régimes transnationaux. Dans ce contexte, la fonction de la spécificité sportive n'est donc pas de définir des territoires, mais de garantir l'ouverture du droit de l'UE à son autre juridique : la *lex sportiva*.

b. La spécificité sportive : une obligation de bienveillance à l'égard de la *lex sportiva*

La spécificité sportive impose, cependant, d'intégrer lors de l'application du droit de l'UE à la *lex sportiva*, les préoccupations et les particularités institutionnelles qui lui sont propres. Elle préserve la capacité d'intervention du droit de l'UE, tout en lui imposant de faire preuve d'ouverture et de tolérance quant à la rationalité propre de la *lex sportiva*.

i. **La spécificité sportive : le Cheval de Troie de la *lex sportiva* au sein du droit de l'UE**

La spécificité sportive n'est pas utilisée juridiquement pour exclure, mais pour relativiser l'inclusion, elle « oblige l'ensemble des intéressés à se rencontrer, à trouver des terrains d'entente, bref, à coopérer »¹²¹⁴. Elle est couplée au test de proportionnalité, afin de moduler l'intensité du contrôle et la sensibilité du droit de l'UE à des discours juridiques et des objectifs politiques qui lui sont étrangers. Sa fonction, latente avant son introduction à l'article 165 TFUE, est principalement interprétative, elle impose au juge de prêter une oreille particulièrement attentive, à l'étape fondamentale du contrôle de proportionnalité, aux arguments avancés au secours de la *lex sportiva*. En d'autres termes, elle permet de garantir une « application circonstanciée »¹²¹⁵ du droit de l'UE. La lutte interprétative devant la Cour doit donc viser à déterminer le champ des règles de la *lex sportiva* qui peuvent être considérées comme relevant de la spécificité sportive. Les modalités pour démontrer cette spécificité peuvent être économiques, sociologiques, historiques ou politiques. Elle implique aussi que la charge de la preuve qui pèse sur les

¹²¹⁴ P. Icard, 'La spécificité du sport menacée ?', *Recueil Dalloz, édition générale*, 1er mars 2007, p. 635-639, p.635.

¹²¹⁵« La reconnaissance de la spécificité du sport s'est ainsi accompagnée, non sans ambivalence, de la perspective pour les organisations sportives de bénéficier d'une « application circonstanciée du droit communautaire ». » F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.738.

organisations sportives afin de démontrer que la proportionnalité de la *lex sportiva* au regard du droit de l'UE soit allégée. L'identification des particularités du sport relevant de la spécificité sportive est un jeu dynamique, auquel participent de nombreux joueurs et dont le résultat est largement imprévisible¹²¹⁶. La reconnaissance de la spécificité sportive permet donc d'amplifier le droit d'être entendu qu'offre le contrôle de proportionnalité, en conférant une plus grande légitimité aux raisons apportées dans ce cadre par les organisations sportives. Cette approche dialogique est spécifique au conflit entre *lex sportiva* et droit de l'UE. Or, c'est cette discussion juridique que rejettent fondamentalement les organes de la *lex sportiva*. Le discours juridico-politique de la spécificité sportive porte les cicatrices de cette incompréhension et nombreux sont ceux qui n'ont pas compris que l'arrêt *Bosman* prenait déjà en compte les spécificités de la *lex sportiva*. Pourtant, le recours que fait la Cour à la spécificité sportive permet de renforcer la sécurité juridique des organisations sportives en leur garantissant que leurs arguments seront *a priori* bien accueillis.

La spécificité sportive contribue à une « cohabitation acceptable »¹²¹⁷ entre *lex sportiva* et droit de l'UE. Elle est un « gage de l'autonomie de la société sportive »¹²¹⁸. Mais, elle permet aussi « de ramener, par le détour de l'Europe, l'activité sportive dans le giron des politiques publiques et de rappeler qu'elle n'est pas qu'une marchandise »¹²¹⁹, autrement dit de forcer les organisations sportives à prendre elle-même au sérieux la spécificité sportive¹²²⁰.

¹²¹⁶ La tentative la plus aboutie, certainement la plus drôle, de jouer ce jeu est celle Michael Beloff dans M. J. Beloff, 'The specificity of sport rhetoric or reality?', *International Sports Law Review*, n°1, 2012, p. 97-107.

¹²¹⁷ J.-Ph. Dubey et J.-L. Dupont, 'Droit européen et sport : Portrait d'une cohabitation', *Journal des tribunaux*, Janvier 2002, n°85, 10^{ème} année, p.15.

¹²¹⁸ F. Martucci, 'Coupe du Monde et droit de l'Union européenne', in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, pp.357-391, p.391.

¹²¹⁹ A. Husting, 'Quelle reconnaissance pour l'« exception » ou pour la « spécificité » sportive dans la nouvelle constitution européenne?', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°481, septembre 2004, p.515-519.

¹²²⁰ Ce processus peut être rapproché de celui qui force ces mêmes organisations sportives à respecter le principe de proportionnalité dans la *lex sportiva*, voir à ce propos, R. Parrish, 'Lex sportiva and EU sports law', *European Law Review*, Volume 37, n°6, 2012, p.716-733, p.733.

ii. La spécificité sportive et la spécificité nationale : même combat ?

L'émergence de la spécificité sportive est un produit du pluralisme juridique transnational. Elle permet d'articuler le refus (et l'impossibilité) d'une autonomie juridique totale de la *lex sportiva*, avec le souci de faire preuve de respect et de tolérance juridique vis-à-vis d'un ensemble de règles qui remplit une fonction que l'UE n'a ni les moyens, ni les ambitions, de prendre en charge. L'Union européenne n'est pas (encore) un Etat. Elle est contrainte de travailler en réseau, en s'appuyant, tout en les irritant, sur les autorités publiques ou privées, nationales ou transnationales, existantes. C'est la raison pour laquelle, l'UE ne peut pas, ou du moins pas encore, se permettre de balayer juridiquement la *lex sportiva*. Dans le cas contraire, elle risque de déréguler la pratique sportive transnationale sans avoir la capacité de la réguler. Une intégration exclusivement négative, dont on a pu voir en partie les ravages dans le domaine social et économique, menace la légitimité de l'UE. Il est donc, à notre sens, impossible dans l'espace juridique transnational de ne pas instituer au sein même du droit de l'UE des espaces de dialogue et d'ouverture aux différents juridiques¹²²¹. Or, c'est exactement ce type de « nouveaux espaces de justification »¹²²² qui émergent en droit de l'UE dans le sillage d'une « nouvelle philosophie de l'entrave »¹²²³. La prise en compte par la Cour de justice de l'UE de l'identité nationale des Etats membres dans sa mise en œuvre des libertés fondamentales relève d'une dynamique similaire, qui vise d'ailleurs à reconnaître la « spécificité de l'interprétation nationale »¹²²⁴. Dès lors, on a pu constater que pour contrer le biais dérégulateur des libertés fondamentales, « la Cour a mis au point une nouvelle forme d'analyse », qui « repose sur la possibilité de concilier les exigences tirées des objectifs du traité avec des exigences concurrentes tirées des choix éthiques, culturels, politiques ou sociaux des Etats membres »¹²²⁵.

¹²²¹Une vision « cosmopolite » du droit au sens de P.S. Berman, *Global Legal Pluralism : A Jurisprudence of Law beyond Borders*, Cambridge University Press, 2014, pp.141-151.

¹²²² L. Azoulai, 'La formule de l'entrave', L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.1-21, p.19.

¹²²³ Ibid, p.21.

¹²²⁴ Ibid, p.17. Voir aussi les « spécificités nationales » mentionnées par D. Ritleng, 'Les Etats membres face aux entraves', in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.303-324, pp.321-323.

¹²²⁵ L. Azoulai, 'L'autonomie de l'individu européen et la question du statut', in C. Kessedjan (dir.), *Autonomie en droit européen*, Bruylant 2013, p.187-205, p.197.

Il est particulièrement remarquable que malgré la pauvreté du matériau juridique pointant au niveau européen vers la reconnaissance d'une spécificité sportive en faveur de la *lex sportiva*, celle-ci se soit rapidement imposée dans le discours politique et juridique. Le rôle qu'elle a pu jouer dans l'interprétation des règles de l'UE appliquées à la *lex sportiva*, doit être mis en perspective avec le rôle mineur conféré au « droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire »¹²²⁶ à l'action collective reconnu dans les arrêts *Viking* et *Laval*. En effet, dans ses arrêts, la Cour tout en reconnaissant l'existence d'un droit fondamental à l'action, n'a pas semblé en tenir compte dans son interprétation des libertés fondamentales et notamment de la proportionnalité de la restriction qu'imposent les actions collectives en cause à ces libertés. Les propositions juridiques visant à limiter l'impact de cette jurisprudence sont nombreuses¹²²⁷. A cet égard, le plus important n'est pas nécessairement le texte, comme on l'a vu avec la spécificité sportive, il en faut parfois très peu pour inciter la Cour à adopter une position plus accommodante mais, le contexte. La force de la spécificité sportive a été principalement politique, elle s'est appuyée sur un lobbying politique extrêmement efficace qui a mis la Cour sous pression avec des déclarations politiques non contraignantes¹²²⁸. Quoiqu'on pense de l'autonomie disciplinaire ou systémique du droit, le contexte politique et la force politique transnationale des acteurs ne peuvent être intégralement dissociés des développements juridiques à l'oeuvre. Or, en l'espèce la force politique des organisations sportives internationales est de nos jours (c'est probablement regrettable) bien plus conséquente que celle du syndicalisme européen. L'impact de cette fameuse spécificité sportive est aussi fonction de l'influence politique des organisations mères de la *lex sportiva*. C'est l'irritation du droit de l'UE par son

¹²²⁶CJUE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, aff. C-438/05, Rec. I-10779, pt. 44; CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, Rec. I-11767, pt.91.

¹²²⁷F. de Witte, 'EU Law, Politics, and the Social Question', *German Law Journal*, Volume 14, n°5, 2013, p.581-612, pp.605-609; D. Schiek, 'The EU Contitution of social governance in an economic crisis in defence of a transnational dimension to social europe', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 20, n°2, 2013, p.185-208, pp.202-203. Pour un "essai d'anticipation" sur cette question voir S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution – A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, 2005.

¹²²⁸ Sur le lobbying fructueux des organisations sportives à Bruxelles voir les travaux de Borja Garcia : B. Garcia, 'UEFA and the European Union: From Confrontation to Co-operation?', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.202-223.

environnement politique qui, en quelque sorte, le mène à prendre au sérieux juridiquement la spécificité sportive.

VI. Conclusion du Chapitre

La spécificité sportive, telle qu'elle est utilisée par la Cour est intégrée à la logique du contrôle de proportionnalité. Elle ne permet pas, comme on a essayé de l'imposer, de sortir la *lex sportiva* du champ de compétence du droit de l'UE. Cependant, elle n'est pas non plus dépourvue d'impact juridique. Son usage en droit de l'UE correspond selon nous à la tendance plus générale à « la prolifération des techniques et des solutions particulière ayant pour objet de limiter, dans tous les domaines des libertés de circulation, l'emprise de ces libertés et de l'étendue du contrôle de la Cour »¹²²⁹. L'ancrage du discours de la spécificité sportive dans le droit de l'UE a renforcé la prédisposition de celui-ci à entendre et à respecter les arguments avancés par les organisations sportives au soutien de la *lex sportiva*. La spécificité sportive est un atout argumentatif dans la manche de la *lex sportiva* dans le jeu des justifications que constitue le contrôle de proportionnalité. Cet atout permet de moduler l'intensité du contrôle exercé, en intégrant au cœur de celui-ci un biais favorable à la *lex sportiva*. Ce développement reflète plus largement l'émergence de techniques juridiques adaptées au pluralisme juridique à l'œuvre dans l'espace transnational. Dans ce contexte, l'accent juridique se déplace de l'uniformité prônée par le syllogisme à la compatibilité réclamée par le contrôle de proportionnalité. La spécificité sportive, tout comme la marge nationale d'appréciation dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, s'inscrit dans l'imaginaire d'un pluralisme ordonné.

¹²²⁹ L. Azoulai, 'La formule de l'entrave', L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.1-21, p.15.

Conclusion Titre 2

La saisie de la *lex sportiva* par le droit de l'UE entraîne la mise en œuvre d'un contrôle. Or, c'est sur les modalités juridiques et l'intensité de ce contrôle que nous avons choisi de mettre l'accent dans cette partie. En effet, tant le contrôle de proportionnalité que la juridicisation progressive de la spécificité sportive définissent la forme particulière que prend la surveillance de la *lex sportiva* par le droit de l'UE. Nous pensons que ce contrôle ne s'exerce pas de manière verticale et hiérarchique. Il ne repose pas sur la figure juridique classique du syllogisme. Au contraire, il s'appuie sur des mécanismes juridiques, le contrôle de proportionnalité et la spécificité sportive, qui favorisent la justification, le dialogue et le gradualisme. Ce sont « les voies de sortie »¹²³⁰ de la *lex sportiva*.

Nous pensons que la forme prise par ce contrôle s'explique par le fait que l'Union européenne ne reproduit pas actuellement à un niveau supérieur la structure institutionnelle et juridique de l'Etat. Sa force, la capacité de son droit à se saisir des droits transnationaux, ne saurait masquer son incapacité à les remplacer. Le droit de l'UE est donc forcé d'entamer un dialogue juridique avec la *lex sportiva*. Ceci est d'autant plus facile, qu'à la différence des droits nationaux celle-ci ne partitionne pas *per se* le marché intérieur (lorsqu'elle met en œuvre des règles européennes ou globales). Ce dialogue, caractéristique du pluralisme juridique transnational, s'exprime par le biais de mécanismes juridiques qui privilégient le flou et la justification.

Le droit de l'UE ouvre la voie au contrôle, en cela il agit comme un contre-pouvoir face à la *lex sportiva*, mais ce n'est pas un contre-pouvoir aveugle, qui nivèle la réalité de façon bureaucratique¹²³¹. Au contraire, s'installe une forme de négociation entre les droits, un

¹²³⁰L. Azoulai, 'La formule de l'entrave', L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.1-21, p.15.

¹²³¹Nous partageons la vision d'Ulrich Beck à ce propos : « Une Europe conçue comme une fédération cosmopolitique d'Etats, capable de maîtriser la mondialisation économique par la coopération, et de

échange qui a pour but de trouver un « point d'équilibre »¹²³². L' « intrusion brutale »¹²³³ de l'UE dans le domaine de la *lex sportiva*, tant dénoncée, est un épouvantail juridique très efficace politiquement mais qui ne correspond pas à la pratique de la Cour de justice et de la Commission. La Commission européenne n'a pas plus de 10 personnes travaillant sur les questions sportives. Face à elle la FIFA à elle seule emploie 310 personnes. Dans ces conditions, il est totalement irréaliste d'imaginer que l'Union européenne puisse se saisir de la compétence des organisations sportives et réglementer l'exercice du sport au niveau transnational. Autrement dit, son pouvoir est uniquement réactif, elle incarne un nouveau type de contre-pouvoir juridique face à la privatisation et à la transnationalisation du pouvoir et de l'autorité politique. En bref, le droit de l'UE n'est pas une « machine de guerre »¹²³⁴ contre les règles de la *lex sportiva*.

respecter l'altérité des autres (c'est-à-dire des co-nations européennes) sans la niveler ni la nier de façon bureaucratique : voilà qui pourrait être ou devenir une utopie tout à fait réaliste. » U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.194

¹²³²G. Rasquin, 'Sport et droit communautaire', in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.387-395, p.387. Sur la recherche analogue de ce point d'équilibre par le droit de l'UE vis-à-vis des Etats membres voir D. Ritleng, 'Les Etats membres face aux entraves', in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.303-324, p.306.

¹²³³C. Miège, 'Le droit autonome du sport existe-t-il encore ?', in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.121-133, p.128.

¹²³⁴C. Prieto, 'Entrave et accès au marché', in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.73-95, p.91.

CONCLUSION DE LA PARTIE

Ce premier acte se jouait exclusivement sur la scène du droit de l'UE. Il a permis de détailler les modes juridiques de saisie et de contrôle de la *lex sportiva* par celui-ci.

En premier lieu, nous avons constaté la force du droit de l'UE dans l'espace juridique transnational. En effet, la flexibilité de ses catégories juridiques ancrée dans sa raison d'être, lui permet de capturer aisément la *lex sportiva*. Cette saisie se fait à la fois au nom de sa fonction publique, sous l'empire des libertés fondamentales, et de sa fonction privée sous celui du droit de la concurrence. Elle offre ainsi aux sujets de la *lex sportiva*, et tout particulièrement aux sportifs (mais aussi aux agents de joueurs et aux clubs), un contre-pouvoir face aux règles qu'elle prétend leur imposer. Couplé au contrôle de proportionnalité, ce contre-pouvoir permet « de donner aux intéressés les moyens de faire connaître leur point de vue devant les instances [de la *lex sportiva*], et ainsi de redistribuer les moyens d'action en faveur de ceux qui ne sont pas adéquatement représentés dans [les institutions de la *lex sportiva*] »¹²³⁵. Ce contre-pouvoir a été fortement critiqué, car il mènerait à une dérégulation néolibérale.

Dans un second temps, nous nous sommes attachés à déconstruire ce préjugé. L'arrêt *Bosman* n'est pas, comme on a pu le croire, « la négation pure et simple du droit du sport »¹²³⁶. La liberté de circulation et la libre concurrence ne sont pas absolues, elles doivent être réconciliées avec les valeurs portées par la *lex sportiva*¹²³⁷. Elles sont à la fois « charnière et ancrage »¹²³⁸, elles mettent en communication la *lex sportiva* et le droit l'UE selon une modalité propre. Ainsi, nous avons démontré que le droit de l'UE

¹²³⁵L. Azoulay, 'L'autonomie de l'individu européen et la question du statut', in C. Kessedjan (dir.), *Autonomie en droit européen*, Bruylant 2013, p.187-205, p.199

¹²³⁶G. Simon, 'Synthèse du Titre 1', in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.221.

¹²³⁷Tout comme elle doit être réconcilié avec « la valeur de l'identité nationale ou constitutionnelle des Etats membres » L. Azoulay, 'L'autonomie de l'individu européen et la question du statut', in C. Kessedjan (dir.), *Autonomie en droit européen*, Bruylant 2013, p.187-205, p.197.

¹²³⁸L. Azoulay, 'Conclusions Générales', in E. Dubout et S. Touzé (sous la direction de) *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pédone, 2009, p.327-333.

n'impose pas une dérégulation, mais une obligation de justifier. L'imposition d'une telle « culture de la justification » à la *lex sportiva* est d'autant plus légitime que son système politique ne repose pas sur des fondements démocratiques et est largement soustrait au contrôle et à la participation des personnes affectées. Elle vise à garantir « l'ouverture de [la *lex sportiva*] à des intérêts négligés dans l'adoption et l'application des législations qui la régissent »¹²³⁹. Par ailleurs, cette obligation de justification est contextualisée par l'utilisation de la spécificité sportive, qui oblige la Cour à prêter une oreille attentive aux particularités sportives lorsqu'elle est confrontée à des espèces mettant en jeu la *lex sportiva*. En bref, le contrôle exercé sur la *lex sportiva* par le droit de l'UE, n'est ni aveugle, ni strict. Il ambitionne simplement de la contraindre à une plus grande réflexivité interne et à une meilleure prise en compte des intérêts de ceux qui sont affectés par ses normes. En cela, il incarne ce que Karl-Heinz Ladeur a appelé un « droit constitutionnel post-moderne »¹²⁴⁰, qui a pour objet de renforcer la capacité réflexive et d'apprentissage des processus d'autorégulation de la société.

Il est donc logique que l'arrêt *Bosman* et l'intervention du droit de l'UE dans le domaine sportif en général aient déclenché une « modification en profondeur de l'ordre sportif mondial »¹²⁴¹. En effet, « l'équilibre transactionnel entre les différents acteurs et les pouvoirs sportifs »¹²⁴² a été remis en cause. La portée du contrôle de la *lex sportiva* par l'UE dépend en partie de la traduction de ce contrôle par la *lex sportiva* elle-même. Le paradoxe étant que si l'UE peut déclencher des crises et remettre en cause les règles en vigueur, les organisations sportives décident *in fine* des changements concrets à apporter à la *lex sportiva* et aux institutions qui la sous-tendent. L'étude de l'interaction entre le droit de l'UE et la *lex sportiva* ne saurait donc être complète sans un regard porté sur les conséquences pratiques que le contrôle exercé au travers du droit de l'UE a eu sur la structure normative et institutionnelle de la *lex sportiva*.

¹²³⁹Nous détournons de son sens originel une formule de Loïc Azoulay dans L. Azoulay, 'La formule de l'entrave', L. Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.1-21, p.13.

¹²⁴⁰K-H. Ladeur, 'Post-Modern Constitutional Theory: A Prospect for the Self-Organising Society', *Modern Law Review*, Volume 60, n°5, September 1997, p.617-629.

¹²⁴¹C. Miège, 'Le droit autonome du sport existe-t-il encore ?' in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.121-133, p.132.

¹²⁴²O. Le Noé, 'Le New Deal sportif après l'arrêt Bosman : stratégie judiciaire et reconfiguration des relations professionnelles dans le football', in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 201-214, p.202.

PARTIE 2 : L'AUTONOMIE SURVEILLÉE DE LA *LEX SPORTIVA*

INTRODUCTION DE LA PARTIE

La *lex sportiva* ne disparaît pas après l'arrêt *Bosman*, elle morphe. On assiste à un bourgeonnement de règles et d'institutions nouvelles. Un phénomène d'adaptation créative à l'obstacle que présente le droit de l'UE se fait jour. Cette dimension réflexive, au sens de Gunther Teubner, de la rencontre du droit de l'UE avec la *lex sportiva* est rarement étudiée. La saisie et le contrôle exercés sont en général étudiés séparément par des spécialistes du droit européen, tandis que l'évolution de la *lex sportiva* est souvent abandonnée à des juristes de droit privé (notamment suisses) ou à de rares spécialistes du droit du sport. C'est cette séparation des tâches que nous essayons difficilement de remettre en cause dans cette seconde partie. Elle impose de jongler avec les droits et nécessairement de sortir de sa « confort zone » juridique, mais elle est nécessaire tant on ne peut pas véritablement comprendre et juger l'intervention du droit de l'UE sans avoir observé ses conséquences pratiques sur la *lex sportiva*. Il s'agit donc d'étudier l'effet de l'intervention du droit de l'UE sur les règles et les institutions de la *lex sportiva*.

Or cet effet prend une double forme. La première concerne le développement de nouveaux modes de co-production de la *lex sportiva*. En effet, avec les opportunités de négociation offertes par le droit de la concurrence et l'émergence du dialogue social européen de nouvelles méthodes de production de la *lex sportiva* sont nées. On peut même se demander si le recours au dialogue social européen ne constitue pas une tentative d'établir une nouvelle *lex sportiva* à part entière. Nous verrons qu'en réalité c'est une des raisons pour lesquelles il a bien du mal à prospérer, à la différence de la co-production de *lex sportiva* à l'ombre du droit de la concurrence (Titre 1). Dans un deuxième temps, nous montrerons que les fabriques institutionnelles de la *lex sportiva*

ont elle aussi été radicalement transformées. En effet, la création de l'AMA ainsi que l'émergence du TAS peuvent être interprétée comme des conséquences indirectes de la volonté d'adaptation de la *lex sportiva* à sa rencontre avec le droit de l'UE. Elles incarnent l'effet réflexif du droit de l'UE. Mais, ses nouveaux facteurs d'autonomie pour la *lex sportiva* ne sont pas exempts du contrôle exercé par le droit de l'UE qui peut à tout moment par son intervention forcer à nouveau la *lex sportiva* à entamer un nouveau cycle de réformes (Titre 2).

TITRE 1 : LES NOUVEAUX MODES DE CO-PRODUCTION DE LA LEX SPORTIVA

La saisie et le contrôle de la *lex sportiva* par l'Union européenne et son droit ne sont pas une fin en soi. En effet, la régulation du sport au niveau transnational est nécessaire pour garantir la tenue de compétitions sportives internationales fondées sur des règles partagées, l'égalité entre les participants à ces compétitions et l'encadrement des comportements économiques transnationaux spécifiques engendrés par celles-ci. Ce sont là en quelque sorte des missions de « service public »¹²⁴³ prises en charge par les organisations sportives internationales et qui se traduisent juridiquement dans les normes de la *lex sportiva*. Or, la saisie et le contrôle du droit de l'UE, n'ignorent pas cette fonction publique de la *lex sportiva*. C'est la raison pour laquelle, celle-ci existait avant l'arrêt *Bosman* et existe toujours aujourd'hui, 20 ans après. Cependant, la *lex sportiva* a changé en retour. En particulier sont apparus de nouveaux modes de production de ses normes. A cet égard, nous nous pencherons dans ce Titre 1 sur deux nouveaux mécanismes de production de la *lex sportiva* qui résultent directement de l'intervention du droit de l'UE: la production de la *lex sportiva* à l'ombre du droit de la concurrence (Chapitre 1) et le développement du dialogue social européen dans le domaine sportif (Chapitre 2).

¹²⁴³ F. Latty, 'La gestion internationale du football, un service public international ?' in M. Touzeil-Divina et M. Maisonneuve (dir.), *Droit(s) du football*, Lextenso, 2014, p.21-26.

Chapitre 1 : Produire la *lex sportiva* à l'ombre du droit de la concurrence de

l'UE

Ce chapitre est consacré au rôle joué par les procédures de mise en oeuvre du droit de la concurrence de l'UE dans la production des normes de la *lex sportiva*. Il est intéressant de constater qu'au delà (et parallèlement aux) de la saisie juridique « classique » étudiée ci-dessus, le droit de la concurrence a joué un rôle informel fondamental, tout particulièrement au début des années 2000, dans les réformes législatives engagées par les organisations sportives pour adapter la substance de la *lex sportiva* au regard de l'intervention du droit de l'UE. Il s'agit donc d'étudier les mécanismes procéduraux du droit de la concurrence de l'UE qui ont permis l'ouverture d'un tel espace législatif. On a affaire à un espace niché à l'ombre de la menace exercée par le droit de la concurrence, qui est connecté au pouvoir discrétionnaire de la Commission quant à sa mise en oeuvre¹²⁴⁴. L'ouverture de tels espaces de négociation, de collaboration, à l'ombre du droit se vérifie dans de nombreux domaines juridiques¹²⁴⁵. En l'espèce, il permet de compenser la capacité d'action et de réglementation très limitée de la Commission en lui permettant d'imposer un nouveau processus législatif éphémère à la *lex sportiva*¹²⁴⁶. Notre étude de différents exemples pratiques vise à analyser le processus de négociation et les outils juridiques qu'il a mobilisés. Dans un premier temps, on détaillera de manière abstraite la procédure de mise en oeuvre du droit de la concurrence afin d'identifier les marges de négociation et de dialogue s'en dégageant (I). Ensuite, on étudiera de manière plus concrète trois cas particuliers - le règlement FIFA des transferts, le règlement FIFA des agents de joueur et un certain nombre de règlements et d'actes de la FIA - dans lesquels la mise en oeuvre du droit de la concurrence par la Commission européenne a permis la négociation de nouvelles règles de la *lex sportiva* (II). Enfin, on en déduira quelques enseignements sur la place du droit de la concurrence

¹²⁴⁴ Un espace qui n'est pas exclusif à la *lex sportiva*, voir A. Vallery, 'Les procédures de règlement négocié de la Commission européenne en matière de concurrence : entre flexibilité et sécurité juridique' in A. De Walsche et L. Levi (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, p.734-770.

¹²⁴⁵ Sur le passage d'un paradigme juridictionnel à un paradigme relationnel en droit, voir A. Garapon, 'Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain', *Raisons politiques*, n°52, 2013/4, p. 39-49.

¹²⁴⁶ R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.149.

de l'UE dans sa relation avec les droits transnationaux, notamment en tant qu'outil juridique pour ouvrir l'espace politique de la *lex sportiva* (III).

I. Le temps de la négociation dans la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE

En l'espèce, il s'agit de distinguer la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence avant l'entrée en vigueur au 1^{er} mai 2004 du règlement n°1/2003 et après celle-ci¹²⁴⁷. Les affaires qui nous concernent remontent dans l'ensemble au début des années 2000. C'est donc prioritairement le cadre de mise en œuvre de l'époque antérieure au « nouveau droit communautaire de la concurrence »¹²⁴⁸ qui nous préoccupe, même s'il est tout aussi nécessaire d'étudier les opportunités de négociation offertes à l'avenir par le nouveau règlement. En effet, si l'« ancien » droit de la concurrence s'appuyait sur des caractéristiques procédurales favorables à la négociation *ex-ante* et donc au dialogue avec les organisations transnationales incriminées, le nouveau règlement préserve cette opportunité tout en en modifiant les procédures¹²⁴⁹.

a. L'espace de la négociation dans la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE avant le règlement 1/2003

i. Les attestations négatives et les notifications

Sous l'empire de l'« ancien » droit de la concurrence, les entreprises pouvaient présenter une demande d'attestation négative, si celle-ci était accueillie favorablement, leur accord ne tombait pas sous le coup des dispositions des articles 101 et 102 TFUE.

¹²⁴⁷ Pour une présentation historique exhaustive voir A. Vallery, 'Les procédures de règlement négocié de la Commission européenne en matière de concurrence : entre flexibilité et sécurité juridique', in A. De Walsche et L. Levi (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, pp.734-770.

¹²⁴⁸ F. Brunet et G. Canivet (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., 2008 ; A. Mourre (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence. Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne*, Bruylant, 2004 ; L. Idot, *Droit Communautaire de la Concurrence*, Bruylant 2004.

¹²⁴⁹ D. Waelbroek, 'Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?', *GCLC Working Paper 01/08* (accessible à https://www.coleurope.eu/system/files/force/research-paper/gclc_wp_01-08.pdf?download=1).

Cette demande suivait une procédure strictement définie par le Règlement n°17 du 6 février 1962. Il semble que la décision d'accorder ou de refuser une attestation négative n'obéissait pas « à des critères rigides »¹²⁵⁰, la Commission disposait, en pratique, d'une large marge d'appréciation¹²⁵¹.

La procédure de notification permettait, de son côté, de sauver un accord qui tombait sous le coup de l'article 81 paragraphe 1 CE (aujourd'hui 101 paragraphe 1 TFUE) sur le fondement de l'article 81 paragraphe 3 CE (aujourd'hui 101 paragraphe 3 TFUE). Tout accord qui n'avait pas été notifié ne pouvait pas se prévaloir des dispositions de l'article 81 paragraphe 3 CE¹²⁵². La procédure de notification était particulièrement encadrée. Dans le cadre de cette procédure de notification, l'espace de dialogue avec la Commission européenne s'ouvre en général à partir de la communication des griefs. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Commission pour mener son enquête, mais aussi pour définir le rythme de la procédure, lui permet de ralentir ou d'accélérer le mouvement en fonction de ses besoins et de ses objectifs, elle est le maître quasi-absolu du cadre procédural¹²⁵³.

ii. Les enquêtes

En l'absence de demande d'attestation négative ou de notification de la part des entreprises d'un secteur, la Commission pouvait aussi lancer ses propres enquêtes, déclenchées par des plaintes ou non. C'est la procédure qui a été utilisée à l'encontre de la FIFA dans les affaires consacrées aux règlements des transferts et de la profession d'agent¹²⁵⁴. Dans ce contexte la Commission dispose de vastes pouvoirs d'investigation et de décision. D'autant que la Commission ne peut être contrainte à adopter une décision finale par une partie intéressée¹²⁵⁵. Elle est maîtresse de la procédure et peut définir de manière autonome le cadre temporel et matériel de son action. Cependant,

¹²⁵⁰X. de Roux et D. Voillemot, *Le droit de la concurrence de la C.E.E.*, Gide Loyrette Nouel, 1982.

¹²⁵¹Article 2 du Règlement n°17 du 6 février 1962, publié au JO n° 013 du 21 février 1962 p.204-211.

¹²⁵² Article 4 du Règlement n°17.

¹²⁵³ « Thus, the Commission is master of the procedure from the outset to its finalisation. » R. Wesseling, *The Modernization of EC Anti Trust law*, Hart, 2000.

¹²⁵⁴ Voir ci-dessous.

¹²⁵⁵ CJUE, 18 octobre 1979, *GEMA, Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, c. Commission*, aff.125/78, Rec. p.3173, pt.18.

elle restait sujette à l'article 19 §1 du règlement n°17 et devait, préalablement à l'adoption de ses décisions, donner aux parties intéressées « l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs ». Elle pouvait aussi entendre des tiers, dans les mêmes conditions que celles prévues dans le cadre de la notification. Lorsque la Commission procédait à la communication des griefs, elle fixait le délai de réponse dont disposaient les parties concernées. La communication des griefs devait être exhaustive, étant donné que la Commission pouvait dans sa décision s'appuyer uniquement sur des griefs communiqués. Venait ensuite la phase de réponse et de dialogue épistolaire et oral devant la Commission. Cette phase pouvait impliquer tout tiers justifiant d'un intérêt suffisant. Seule la décision de rejet d'une plainte pouvait faire l'objet d'un appel auprès de la Cour, puis du Tribunal. Cette phase, durant laquelle l'informalité prévaut est particulièrement propice à des solutions négociées : lettres de classement administratives, règlements amiables ou concessions formellement négociées¹²⁵⁶. Ainsi, elle donnait souvent lieu à des accords d'engagements plus ou moins formalisés qui permettaient à la Commission de clore ses enquêtes¹²⁵⁷. Cette phase de négociation a été, dans ses grandes lignes, préservée dans le nouveau droit de la concurrence, même si elle prend une forme procédurale différente.

b. L'espace de négociation dans le nouveau droit de la concurrence de l'UE

i. La disparition des procédures de notifications

Avec l'introduction du règlement 1/2003 c'est toute la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence qui a été bouleversée¹²⁵⁸. La Commission européenne a perdu son monopole sur l'article 101 paragraphe 3 TFUE, la notification des accords par les entreprises a disparu, tout comme les attestations négatives. L'intervention de la

¹²⁵⁶ A. Vallery, 'Les procédures de règlement négocié de la Commission européenne en matière de concurrence : entre flexibilité et sécurité juridique' in A. De Walsche et L. Levi (dirs.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, p.734-770, pp.741-742.

¹²⁵⁷ L. Idot, 'A propos des engagements en droit de la concurrence : quelques réflexions sur la pratique communautaire et française », *Cahier de Droit Européen*, n°4, 1999, p.569-610, p.610 et I. Van Bael, 'The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission', *Common Market Law Review*, Volume 23, n°1, 1986, p. 61-90.

¹²⁵⁸ Sur cette réforme voir : F. Brunet et G. Canivet (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J, 2008 ; A. Mourre (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence. Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne*, Bruylant, 2004 ; L. Idot, *Droit Communautaire de la Concurrence*, Bruylant 2004.

Commission ne peut dès lors qu'être déclenchée soit d'office, soit sur plainte d'une partie intéressée (Art.7-2 règlement 1/2003). Dans le cadre de ses enquêtes, les pouvoirs d'investigation dont dispose la Commission « sont repris par le règlement n°1/2003 dans le sens d'un très net renforcement de ceux des enquêteurs intervenant pour le compte de la Commission »¹²⁵⁹. En pratique, les droits des entreprises postérieurement à la communication des griefs n'ont pas été modifiés substantiellement¹²⁶⁰. Celles-ci disposent encore de la possibilité de présenter par écrit ou par oral leurs arguments. Ainsi, la constellation procédurale, bien que substantiellement modifiée en amont comme en aval par le règlement 1/2003, n'est pas fondamentalement modifiée en ce qui concerne la phase de négociation et de dialogue entre la Commission et les parties impliquées dans une affaire¹²⁶¹. C'est cette phase intermédiaire, postérieure à l'ouverture d'une enquête, mais préalable à la décision, qui s'est avérée décisive dans le cadre des affaires impliquant la *lex sportiva*. Pourtant, l'évolution des sanctions dont dispose la Commission est susceptible de modifier les potentielles interactions futures avec les organisations sportives internationales. En effet, la Commission peut faire cesser sur le champ une infraction et imposer des mesures correctives structurelles (Article 7 §1 règlement 1/2003), « c'est-à-dire comportant une modification définitive de la structure du marché »¹²⁶². Ces mesures structurelles sont conçues uniquement comme *ultima ratio*¹²⁶³, mais elles ne sauraient cependant être négligées dans le rapport de force qu'entretient la Commission avec la *lex sportiva*. Ces mesures correctives ne sont toutefois imposées qu'après concertation avec les entreprises concernées¹²⁶⁴. Par ailleurs, une nouvelle procédure d'engagements

¹²⁵⁹ F. Souty, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 2003, 3^{ème} édition, p.137-138.

¹²⁶⁰ Pour les quelques modifications procédurales voir, L. Idot, *Droit Communautaire de la Concurrence*, Bruylant, 2004, p. 113-115.

¹²⁶¹ Voir W.P.J. Wills, 'Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003' *World Competition*, Volume 29, n°3, 2006, p.345-366.

¹²⁶² A. Winckler, 'Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne en matière de mesures correctives et de sanctions', in F. Brunet et G. Canivet (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., 2008, pp.349-397, p.353.

¹²⁶³ « À cette fin, elle peut leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. Une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle. » Article 7 para.1 du règlement 1/2003.

¹²⁶⁴ A. Winckler, 'Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne en matière de mesures correctives et de sanctions', in F. Brunet et G. Canivet (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., 2008, pp.349-397, p. 354

est susceptible de constituer un terrain de jeu fertile pour des négociations futures entre la Commission et les organes de la *lex sportiva*. Elle permet, en effet, de donner un cadre procédural aux négociations informelles qui prédominaient préalablement.

ii. La procédure d'engagements : un nouveau terrain de jeu pour la négociation transnationale ?

L'introduction de la procédure d'engagement à l'article 9 du règlement 1/2003 constitue une innovation susceptible d'avoir un impact substantiel sur la mise en œuvre du droit de la concurrence par la Commission européenne¹²⁶⁵. Celle-ci « autorise la Commission à mettre fin à une enquête en contrepartie des engagements pris par l'entreprise poursuivie »¹²⁶⁶. La Commission peut négocier, lorsqu'elle estime opportune une décision d'engagements, « la nature, l'objet et la portée des engagements avec l'entreprise concernée »¹²⁶⁷. Les tiers intéressés peuvent aussi être invités à négocier. La Commission demeure, cependant, relativement libre de décider du caractère approprié ou non des engagements proposés¹²⁶⁸. Cette procédure d'engagements doit être activée, selon certains¹²⁶⁹, avant la communication des griefs, elle implique alors que la Commission ait effectué une « évaluation préliminaire »¹²⁷⁰ de ces griefs. Ceci s'expliquerait « par le fait que la Commission ne veut pas s'engager dans le formalisme de la communication des griefs », les engagements reposant « avant tout sur une négociation », on se trouve donc « dans le domaine de l'informel »¹²⁷¹. La décision d'engagements a pour conséquence de mettre un terme à la procédure d'enquête de la

¹²⁶⁵D. Waelbroek, 'Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?', *GCLC Working Paper 01/08* (accessible à https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/gclc_wp_01-08.pdf?download=1); W.P.J. Wills, 'Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003' *World Competition*, Volume 29, n°3, 2006, p.345-366; K. Mehta et M-L. Tierno Centella, 'Settlement procedure in EU cartel cases', 4 *Competition Law International*, Volume 4, 2008, p.11-18.

¹²⁶⁶A. Winckler, 'Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne en matière de mesures correctives et de sanctions', in F. Brunet et G. Canivet (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J., 2008, pp.349-397, p. 358.

¹²⁶⁷Ibid, p. 361.

¹²⁶⁸Ibid, p. 362.

¹²⁶⁹L. Idot, *Droit Communautaire de la Concurrence*, Bruylant, 2004, p.116. Voir aussi A. Vialfont, 'Le droit de la concurrence et les procédures négociées', *Revue Internationale de droit économique*, Volume 21, n°2, 2007, p.157-184, p.165.

¹²⁷⁰Article 9 du règlement 1/2003.

¹²⁷¹L. Idot, *Droit Communautaire de la Concurrence*, Bruylant, 2004, p. 117

Commission, cependant elle n'entrave pas l'éventualité d'une action par les autorités nationales, ou la réouverture postérieure d'une enquête par les services de la Commission¹²⁷². De plus, ces engagements ont un caractère obligatoire pour les entreprises, ils peuvent faire l'objet d'une astreinte imposée par la Commission, elle peut aussi désigner un auditeur indépendant qui veille à l'application des engagements soumis. La décision de la Commission d'accepter les engagements proposés doit être motivée et pourra faire l'objet d'un recours, s'apparentant à celui exercé contre le rejet d'une plainte¹²⁷³.

Les affaires que nous étudions sont antérieures à l'entrée en vigueur du règlement 1/2003. Cependant, le *modus operandi* adopté dans le cadre des enquêtes ouverte à l'encontre de règlements issues de la *lex sportiva* au tournant des années 2000 s'apparente à la procédure d'engagements¹²⁷⁴. On peut donc considérer que les enseignements tirés sont transposables au cadre procédural actuel du droit de la concurrence de l'UE.

II. Le droit de la concurrence : un terrain privilégié pour la négociation législative de la *lex sportiva*

Depuis que le sport professionnel est devenu un « big business »¹²⁷⁵, les sportifs, les organisations sportives et leurs règlements ont été progressivement soumis au contrôle du droit de la concurrence¹²⁷⁶. La direction générale en charge de la concurrence au sein de la Commission européenne a donc été, plus ou moins volontairement, impliquée dans un certain nombre d'enquêtes et d'affaires liées à la *lex sportiva*, principalement aux règles de la FIFA et de la FIA¹²⁷⁷. Ces enquêtes n'ont jamais abouti à une décision négative, ou, *a fortiori*, à l'imposition d'une sanction pécuniaire à l'encontre des organisations sportives. Au contraire, la Commission a manié avec dextérité le bâton et

¹²⁷²Ibid, p. 128.

¹²⁷³Ibid.

¹²⁷⁴ Sur la proximité entre les deux types de procédures voir A. Vialfont, 'Le droit de la concurrence et les procédures négociées', *Revue Internationale de droit économique*, Volume 21, n°2, 2007, p.157-184, p. 164.

¹²⁷⁵ M. Monti, 'Sport and Competition', *Speech/00/152*, 17 avril 2000 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-152_en.htm?locale=en)

¹²⁷⁶ Voir ci-dessus Partie I, Titre 1, chapitre 2.

¹²⁷⁷ M. Monti, 'Sport and Competition', *Speech/00/152*, 17 avril 2000 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-152_en.htm?locale=en).

la carotte, alliant menaces de sanction et appels au dialogue et au compromis. Cette stratégie a donné lieu à plusieurs accords, plus ou moins explicites, transposés par les organisations sportives via leurs procédures législatives propres au sein même de la *lex sportiva*. La procédure d'infraction au droit de la concurrence a donc servi de cadre pour des « discussions constructives »¹²⁷⁸ sur certaines règles de la *lex sportiva*.

a. La saga des transferts et le nouveau règlement de la FIFA

La « saga des transferts », c'est ainsi que nous qualifierons la négociation juridico-politique, à laquelle l'arrêt *Bosman* a donné le coup d'envoi, à propos de la réglementation des transferts de joueurs de football professionnel¹²⁷⁹. Il s'agit de la dimension la plus médiatique, et donc politiquement sensible, de l'intervention du droit de l'UE dans le domaine réservé jusqu'alors à la *lex sportiva*. De nombreuses plaintes parviennent après l'arrêt *Bosman* à la Commission européenne, alléguant de la violation du droit de la concurrence par les règlements de la FIFA ou de l'UEFA¹²⁸⁰. La Commission met alors en garde la FIFA à plusieurs reprises¹²⁸¹, en la menaçant, plus ou moins implicitement, de poursuites sur le fondement du droit de la concurrence. C'est seulement après cinq ans de cache-cache, de conflit et de dialogue, entre la Commission, la FIFPro, la FIFA et l'UEFA, qu'un accord sera trouvé¹²⁸². Dans cette partie de billard à

¹²⁷⁸ L'application aux sports des règles de concurrence de l'UE', MEMO/02/127, 5 juin 2002 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-02-127_fr.htm?locale=FR).

¹²⁷⁹Voir en général, B. Dabscheck, 'The Globe At Their Feet: Fifa's New Employment Rules – I', *Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics*, Volume 7, n°1, 2004, p.69-94 et B. Dabscheck, 'The Globe At Their Feet: FIFA's New Employment Rules – II', *Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics*, Volume 9, n°1, 2006, p.1-18. Voir aussi B. Garcia, 'UEFA and the European Union: From Confrontation to Co-operation?', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.202-223; B. Garcia, 'The 2001 informal agreement on the international transfer system', *European Sports Law and Policy Bulletin*, I-2011, p.17-29. Pour le point de vue du syndicat des joueurs de football, P. Piat, 'Les joueurs : Histoires d'un combat permanent', *Pouvoirs*, n°101, 2002/2, p. 49-64.

¹²⁸⁰ L'application aux sports des règles de concurrence de l'UE', MEMO/02/127, 5 juin 2002. Voir aussi J-F. Pons, 'Sport et Politique Européenne de la Concurrence: Règles du Jeu et Exemples récents d'application', Discours, Bruxelles, le 18 octobre 2001, p.2 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_022_fr.pdf).

¹²⁸¹ Communiqué de presse de la Commission du 4 juillet, 'Les contrats des joueurs de football professionnels : MM. Pdraig Flynn et Karel Van Miert écrivent à la FIFA', IP/97/615 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-615_fr.htm?locale=en) ; Communiqué de presse de la Commission du 7 janvier 1998, 'Réactions des commissaires Flynn et Van Miert aux articles de presse consacrés à la proposition de la FIFA d'exclure le sport du champ d'application de la législation européenne', IP/98/8 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-98-8_fr.htm).

¹²⁸² Voir, Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331; J.G. Irving, 'Red Card: The Battle Over European Football's Transfer System', *University of*

plusieurs bandes, le droit de la concurrence de l'UE est devenu une arme juridique puissante face à une « famille du football » qui se déchire. Cette négociation à l'ombre du droit de la concurrence aboutira à un accord définissant les principes fondamentaux transposés au sein du nouveau *Règlement du Statut et du Transfert des Joueurs* adoptée en 2001 par la FIFA.

i. Quel rôle pour le droit de la concurrence de l'UE dans l'élaboration du nouveau Règlement du Statut et du Transfert des Joueurs de la FIFA ?

1. De la première plainte à la prise de conscience – 1997-2000

La Commission européenne avait dès Janvier 1996 notifié à la FIFA et l'UEFA le lancement d'une enquête concernant leurs règlements applicables aux transferts internationaux et les avait informées de son refus d'exempter ces règlements sur le fondement de l'ancien article 101 paragraphe 3 TFUE¹²⁸³. La menace d'une décision négative mena rapidement à l'adoption d'un nouveau règlement par la FIFA en 1997. La FIFA et l'UEFA avaient, tout d'abord, tenté d'amadouer la Commission européenne avec plusieurs compromis qui avaient pour principale vertu de masquer, plus ou moins bien, leur volonté de préserver le *status quo*¹²⁸⁴. Ces propositions ont été une-à-une écartées par la Commission européenne et une véritable négociation politique s'instaura. C'est dans ce contexte que le Syndicat des Employés, Techniciens et Cadres de la Fédération Générale des Travailleurs de Belgique (ci-après SETCA-FGTB) dépose, en 1997, une plainte auprès de la Commission mettant en cause la compatibilité du règlement FIFA en vigueur avec le droit de la concurrence et les libertés de circulation. La Commission entame alors véritablement son enquête sur le règlement de la FIFA¹²⁸⁵, lequel est susceptible d'avoir un impact substantiel sur le commerce entre les Etats membres¹²⁸⁶.

Miami Law Review, Volume 56, 2002, p.667-725; B. Dabscheck, 'The Globe At Their Feet: Fifa's New Employment Rules – I', *Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics*, Volume 7, n°1, 2004, p.69-94.

¹²⁸³ R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.139.

¹²⁸⁴ Ibid, p.140-141 ; J.G. Irving, 'Red Card: The Battle Over European Football's Transfer System', *University of Miami Law Review*, Volume 56, 2002, pp.667-725, pp.691-692.

¹²⁸⁵ Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGTB/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.24.

¹²⁸⁶ Ibid, pt.34.

L'enquête démontre selon la Commission que le règlement FIFA n'est pas compatible avec le droit de la concurrence de l'UE. Elle fait donc parvenir, le 14 décembre 1998, une communication des griefs à la FIFA, ouvrant ainsi formellement la procédure d'infraction au droit de la concurrence. Immédiatement, elle se déclare, par l'intermédiaire de la Commissaire chargée du sport, « prête à homologuer un nouveau système de transferts respectueux tant de la spécificité du sport (et notamment de l'équilibre compétitif entre les clubs) que du respect du droit communautaire » et « à prendre en compte toute proposition constructive »¹²⁸⁷. La Commission se veut extrêmement prudente, elle « n'a nullement l'intention d'abolir tout bonnement le système des transferts, ou de créer une situation qui permettrait aux joueurs de mettre fin à leur contrat sur un coup de tête »¹²⁸⁸, mais, elle « ne peut bien entendu attendre indéfiniment » que la FIFA « présente d'autres formules en remplacement du système actuel, qui auraient permis de trouver ensemble une solution satisfaisante et équitable pour tous »¹²⁸⁹. La FIFA avait d'ailleurs « manifesté [...] son intention d'introduire des modifications aux règles de transferts contestées et de mettre en vigueur des nouvelles règles compatibles avec le droit communautaire, au cours du 1er semestre de 2000 »¹²⁹⁰. Cependant, confrontée à l'immobilisme de la FIFA, la Commission décida d'user de manière explicite du moyen de pression que constitue la procédure d'infraction au droit de la concurrence. En effet, « cette voie était vue comme l'arme ultime de la Commission pour amener la FIFA à amender son règlement de 1997 et ses circulaires interprétatives de façon à les rendre compatibles avec le droit communautaire »¹²⁹¹. Les menaces de décision négative proférées à l'encontre de la FIFA¹²⁹² semblent avoir rapidement portées leurs fruits, autrement dit « l'appel semble avoir été entendu »¹²⁹³. La Commission, par l'intermédiaire du Commissaire à la Concurrence Mario Monti, a posé

¹²⁸⁷Discours du 30 juin 2000 de Mme Viviane Reding, 'Renforcer le dialogue entre la Commission européenne et le monde du sport pour renforcer la fonction sociale du sport', SPEECH/00/250, (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-250_fr.htm).

¹²⁸⁸ Discours du 7 septembre 2000 de Mme Viviane Reding, 'L'enquête de la Commission sur les règles de transfert de la FIFA' (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-290_fr.htm).

¹²⁸⁹ Ibid. Voir aussi Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.327.

¹²⁹⁰Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGFB/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.37.

¹²⁹¹Ibid, pt.38.

¹²⁹²Ibid, pt.40.

¹²⁹³ Discours du 30 juin 2000 de Mme Viviane Reding, 'Renforcer le dialogue entre la Commission européenne et le monde du sport pour renforcer la fonction sociale du sport', SPEECH/00/250, (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-250_fr.htm).

un ultimatum qui s'est avéré particulièrement efficace pour forcer la FIFA et l'UEFA à rejoindre la table des négociations¹²⁹⁴ .

2. La négociation – 2000-2001

Commence alors une phase intense de « longues et interminables réunions d'informations et de négociations »¹²⁹⁵ impliquant, au plus haut niveau comme à un niveau technique, la Commission, l'UEFA, la FIFA et la FIFPro. Le 31 août 2000 la FIFA et l'UEFA annoncent la création d'un groupe de travail sur la réforme des transferts¹²⁹⁶, qui dès le 31 octobre 2000 soumet à la Commission ses premières propositions de réforme sous la forme d'un « document de négociation »¹²⁹⁷. Dans ce document, tout en contestant les griefs soulevés par la Commission, le groupe de travail indique les axes principaux sur lesquels un nouveau système de transferts devrait reposer et fait des propositions concrètes en ce sens¹²⁹⁸. Cette démarche et ces propositions « représentaient, pour la Commission, une évolution significative après presque deux années de discussions avec la FIFA »¹²⁹⁹. Par conséquent, « [l]a Commission se réjouit de la nouvelle attitude de la FIFA, qui se montre constructive et entend coopérer avec tous les membres de la famille du football pour essayer de trouver un compromis qui respecte le droit communautaire »¹³⁰⁰. La Commission peut, au moins dans ses communications officielles¹³⁰¹, évoquer la mise en place d'un « dialogue constructif »¹³⁰² et, le 22 novembre 2000, une première réunion est organisée à Bruxelles avec toutes les

¹²⁹⁴ Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGFB/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.37-41.

¹²⁹⁵P. Piat, 'Les joueurs : Histoires d'un combat permanent', *Pouvoirs*, n°101, 2002/2, p. 49-64, p.63.

¹²⁹⁶Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGFB/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.42.

¹²⁹⁷Joint FIFA/UEFA Negotiation Document (International Transfer of Players) mentionné par R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.142.

¹²⁹⁸Ibid, p.142-143

¹²⁹⁹ Communiqué de presse de la Commission du 6 décembre 2000, 'Transferts de footballeurs : la Commission met l'accent sur les perspectives de progrès', IP/00/1417 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-1417_fr.htm).

¹³⁰⁰Ibid

¹³⁰¹ Officieusement elle est plus réservée sur le rapport du groupe de travail UEFA/FIFA. Voir, J.G. Irving, 'Red Card: The Battle Over European Football's Transfer System', *University of Miami Law Review*, Volume 56, 2002, p.667-725, p. 700.

¹³⁰² Communiqué de presse de la Commission du 6 décembre 2000, 'Transferts de footballeurs : la Commission met l'accent sur les perspectives de progrès', IP/00/1417 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-1417_fr.htm).

parties représentées au groupe de travail FIFA/UEFA¹³⁰³. Cependant, dans l'ombre, les tractations sont houleuses, la FIFPro s'oppose frontalement aux propositions soumises par le groupe de travail¹³⁰⁴, tandis que l'UEFA et la FIFA se déchirent sur la position à adopter dans les négociations avec la Commission¹³⁰⁵. Ce dialogue va toutefois se poursuivre avec la bénédiction du Conseil européen de Nice de décembre 2000 qui « soutient vivement le dialogue entre le mouvement sportif, les organisations représentant les sportifs professionnels, la Communauté et les États membres »¹³⁰⁶. Le début de l'année 2001 est marqué par une série de réunions techniques¹³⁰⁷ et politiques¹³⁰⁸. Ces réunions vont progressivement dessiner les principes généraux qui doivent être transposés au sein d'une future réglementation de la FIFA¹³⁰⁹. Cette phase de la négociation va aboutir le 5 mars 2001 à un échange formel de lettres entre Mario Monti, Commissaire chargé de la concurrence, et Sepp Blatter, le président de la

¹³⁰³Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGFB/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.44.

¹³⁰⁴R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.143-144 ; B. Garcia et H. Meier, 'Limits of interest empowerment in the European Union : The Case of Football', *Journal of European Integration*, Volume 34, n°4, p.359-378, pp.368-370 ; J.G. Irving, 'Red Card: The Battle Over European Football's Transfer System', *University of Miami Law Review*, Volume 56, 2002, p.667-725, pp.697-700.

¹³⁰⁵Sur cette crise interne à la « famille du football" voir B. Garcia, 'UEFA and the European Union: From Confrontation to Co-operation?', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.202-223.

¹³⁰⁶Déclaration annexée aux conclusions du Conseil de Nice relative aux caractéristiques spécifiques du sport et à sa fonction sociale en Europe devant être prises en compte dans la mise en oeuvre des politiques communes, décembre 2000 (accessible à http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_fr.htm#an4).

¹³⁰⁷Memo de la Commission du 24 janvier 2001, 'Déclaration à l'issue de la quatrième réunion sur les règles FIFA sur les transferts internationaux de joueurs', MEMO/01/19, 24 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-01-19_fr.htm); Communiqué de presse de la Commission du 16 février 2001, 'Résultats des discussions techniques avec la FIFA/l'UEFA sur le système des transferts', IP/01/225 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release IP-01-225_fr.htm).

¹³⁰⁸Communiqué de presse de la Commission du 14 février 2001, 'Déclaration commune de M. Monti, de Mme Reding et de Mme Diamantopoulou, membres de la Commission et de M. Blatter, Président de la FIFA, et de M. Johansson, Président de l'UEFA', IP/01/209 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release IP-01-209_fr.htm).

¹³⁰⁹« La réunion a permis de dégager un accord de principe sur les questions suivantes:

- instauration de périodes de transfert fixes,
 - durée minimale et maximale des contrats de 1 an et 5 ans respectivement,
 - instauration de systèmes de solidarité,
 - mise en place d'un organe efficace et objectif d'arbitrage qui ne doit pas se substituer à la possibilité de saisir les tribunaux nationaux,
 - principe de compensation des dépenses d'entraînement sous la forme d'indemnités d'entraînement. »
- Ibid.

FIFA¹³¹⁰. L'accord prévoit que « les principes suivants [voir ci-dessous] qui répondent aux besoins spécifiques du sport pouvaient ouvrir la voie à une solution positive dans la procédure de concurrence ouverte contre la FIFA, à condition que ces principes se reflètent pleinement dans les nouvelles règles de la FIFA une fois modifiées »¹³¹¹. Ce résultat sera immédiatement célébré par Romano Prodi, alors président de la Commission européenne, comme « une solution satisfaisante et pragmatique pour les transferts internationaux de joueurs de football dans l'Union européenne qui non seulement réponde aux particularités du sport mais soit également conforme au droit communautaire »¹³¹². Cet accord entraînera le rejet de la plainte déposée à l'encontre de la FIFA par le syndicat belge¹³¹³. En effet, la Commission « estime qu'en raison des engagements reçus de la FIFA, il n'existe plus un intérêt communautaire que justifie de poursuivre la procédure d'application de l'article 81 ouverte contre la FIFA, le 14 décembre 1998, afin d'adopter une décision négative », elle se targue même d'avoir « amené la FIFA à modifier les règles qui doivent être prises en compte lors de la signature ou de la résiliation d'un contrat entre un club et un joueur professionnel »¹³¹⁴.

3. Le compromis : les principes fondamentaux

La Commission européenne et la FIFA se sont mis d'accord sur 11 principes fondamentaux que doit respecter la nouvelle réglementation des transferts. Ainsi, « [l]es nouvelles règles adoptées en juillet dernier, qui sont entrées en vigueur le 1er septembre 2001, se fondent sur les principes suivants :

¹³¹⁰Communiqué de presse de la Commission du 5 mars 2001, 'Résultat des discussions entre la Commission et la FIFA/UEFA sur les règles relatives aux transferts internationaux de joueurs de football', IP/01/314 (accessible à <http://europa.eu/rapid/press-release IP-01-314 fr.htm>)

¹³¹¹Ibid.

¹³¹²Communiqué de presse de la Commission du 6 mars 2001, 'Le président de la Commission, Romano Prodi, se félicite des résultats des discussions sur les transferts de joueurs de football', IP/01/320 (accessible à <http://europa.eu/rapid/press-release IP-01-320 fr.htm>).

¹³¹³Communiqué de presse de la Commission du 5 juin 2002, 'La Commission clôt ses enquêtes sur les règles de la FIFA concernant les transferts internationaux de footballeurs', IP/02/824 (accessible à <http://europa.eu/rapid/press-release IP-02-824 fr.htm>).

¹³¹⁴Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGTF/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.60.

- dans le cas des joueurs âgés de moins de 23 ans, un système d'indemnités de formation devra être institué afin d'encourager et de rémunérer l'effort de formation des clubs, en particulier des clubs de petite taille;
- des mécanismes de solidarité seront créés pour permettre la redistribution d'une part significative du revenu d'un transfert aux clubs ayant assuré la formation et l'éducation d'un joueur, y compris les clubs amateurs;
- le transfert international de joueurs âgés de moins de 18 ans sera autorisé sous réserve de conditions convenues; les autorités du football seront chargées d'établir et de faire appliquer un code de conduite garantissant la formation, notamment sportive, ainsi que l'éducation à dispenser;
- il sera instauré une période de transfert par saison, plus un créneau restreint à la mi-saison; un seul transfert par joueur et par saison sera autorisé;
- les contrats seront d'une durée minimum de 1 an et maximum de 5 ans;
- les contrats seront protégés pendant une période de trois ans jusqu'à l'âge de 28 ans et de deux ans par la suite;
- le système de sanctions à instaurer doit préserver la régularité et le bon déroulement des compétitions sportives en faisant en sorte que les ruptures unilatérales de contrat ne soient possibles qu'en fin de saison;
- une indemnité financière peut être due en cas de rupture unilatérale d'un contrat, par le joueur ou par le club;
- des sanctions sportives proportionnées seront appliquées aux joueurs, aux clubs ou aux agents en cas de rupture unilatérale du contrat sans juste cause pendant la période protégée;
- il sera créé un corps d'arbitrage effectif, rapide et objectif, dont les membres seront élus paritairement par les joueurs et par les clubs et qui sera doté d'un président indépendant; des représentants de la FIFPro siègeront au sein de la Chambre de règlement des litiges de la FIFA, aux côtés de représentants des clubs. La FIFPro nommera aussi des représentants au nouveau Tribunal arbitral du football, devant lequel il pourra être fait appel des décisions de la Chambre de règlement des litiges;

- l'arbitrage est volontaire et n'exclut pas le recours aux juridictions nationales. »¹³¹⁵

De plus, la Commission s'engage à veiller à ce que « la transposition de ces principes dans les règles de la FIFA soit effectivement réalisée »¹³¹⁶, celle-ci s'étant de plus engagée à soumettre, dans les deux ans qui suivent l'adoption de la nouvelle réglementation, un rapport à la Commission¹³¹⁷. Les principes adoptés couvrent un vaste champ de problèmes juridiques posés par l'usage des transferts internationaux. Un premier groupe de principes est consacré au financement de la formation via des mécanismes de solidarité entre les clubs et surtout la reconnaissance d'un droit limité à une indemnité de formation. Le deuxième groupe est relatif à la structure juridique du marché des transferts : durée des contrats, protection des contrats, période de transferts, conditions pour les transferts de mineurs. Le troisième groupe de principes concerne les sanctions juridiques imposées en cas de violation du règlement, la nécessité de sanctionner de manière dissuasive les ruptures contractuelles en dehors des périodes de transfert est reconnue, tandis que pour toute rupture unilatérale du contrat, par le joueur ou par le club, une indemnité financière est instaurée, celle-ci devant être proportionnée. Enfin, dernier groupe de principes, l'accès à un tribunal arbitral spécialisé et paritaire doit être garanti, tout en préservant la possibilité de recourir à la justice étatique. L'adoption de principes généraux permet aussi à la Commission européenne de ne pas s'exposer ouvertement à la critique de la Cour de justice¹³¹⁸. Ces principes devaient donc servir de base de travail à la FIFA dans la procédure d'adoption du nouveau *Règlement FIFA du statut et du transfert des joueurs*.

¹³¹⁵Ibid.

¹³¹⁶Discours du 13 mars 2001 de Mme Viviane Reding, 'La réforme des règles de la FIFA sur les transferts internationaux', (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-117_fr.htm).

¹³¹⁷Ibid.

¹³¹⁸« La Commission n'a pas pour vocation d'entrer dans les détails techniques, pas plus que de négocier un accord. Elle n'est pas habilitée à donner des garanties concernant la compatibilité avec le Traité d'un comportement déterminé. C'est pourquoi la Commission a estimé qu'il ne fallait pas aller au-delà de la discussion sur les grands principes. » Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.329.

ii. La transposition par la FIFA de ces principes

L'Union Européenne, *via* la Commission, a réussi à imposer à la FIFA une réforme de la *lex sportiva* (ou « *lex Fifa* » en l'espèce) applicable aux transferts de footballeurs, reposant sur des principes fondamentaux prédéfinis. Cependant, elle n'a pas formellement privé la FIFA de sa compétence pour adopter et mettre en œuvre ce règlement. En effet, c'est selon la procédure législative de la FIFA que le comité exécutif va adopter le 5 juillet 2001, à Buenos Aires, un nouveau règlement¹³¹⁹. Ce nouveau règlement transpose les principes généraux négociés avec la Commission. Il interdit notamment le transfert des mineurs, sauf pour des raisons familiales¹³²⁰, tout en prévoyant une exception pour les jeunes ayant l'âge minimum requis pour travailler dans l'UE. Concernant les indemnités de formation est mis en place un système complexe de catégories modulé en fonction des coûts de formation. Les clubs, selon la catégorie à laquelle ils appartiennent, auront droit à une compensation financière en cas de transfert¹³²¹. L'indemnisation est due à la signature d'un premier contrat professionnel, puis à chaque transfert d'un joueur qui n'a pas atteint ses 23 ans¹³²², elle repose sur un système de calcul particulier en fonction des années passées dans chacun des clubs formateurs. La stabilité contractuelle ardemment défendue par la FIFA, qui précise « que la stabilité contractuelle revêt une importance capitale au football »¹³²³, est garantie par le nouveau règlement dans un certain nombre de dispositions¹³²⁴. Le règlement prévoit des sanctions pécuniaires et sportives¹³²⁵, à la fois pour le joueur et pour le club, en cas de résiliation unilatérale et anticipée du contrat. Dans tous les cas la résiliation d'un contrat en dehors de la période de transfert est interdite et ne prendra effet qu'à partir de la fin de la saison¹³²⁶. En outre, le club ou le joueur lésé par la résiliation a le droit à une indemnité qui est calculée selon des critères « objectifs » fixés par le nouveau règlement. Seule la juste cause sportive de résiliation du contrat peut

¹³¹⁹ Voir 'Version révisée du Règlement de la FIFA concernant le Statut et les Transferts des joueurs', *Circulaire FIFA n°769*, du 24 août 2001.

¹³²⁰ Article 12 (a) du Règlement de la FIFA concernant le Statut et les Transferts des joueurs, version 2001.

¹³²¹ Article 13, *ibid.*

¹³²² Article 14 et 15, *ibid.*

¹³²³ 'Version révisée du Règlement de la FIFA concernant le Statut et les Transferts des joueurs', *Circulaire FIFA n°769*, du 24 août 2001, p. 10.

¹³²⁴ Voir articles 21 à 24 du Règlement de la FIFA concernant le Statut et les Transferts des joueurs, version 2001.

¹³²⁵ Article 23, *ibid.*

¹³²⁶ Article 21, *ibid.*

exonérer le joueur de l'indemnité de compensation¹³²⁷. Le règlement envisage que 5% de cette indemnité soit redistribuée aux clubs ayant formé le joueur entre ses 12 et 23 ans, au nom de la solidarité et de l'encouragement de la formation¹³²⁸. Enfin, concernant les litiges, le règlement prévoit que les joueurs puissent soumettre «les faits générateurs de leurs litiges relatifs aux contrats à un tribunal national ou à un tribunal arbitral du football»¹³²⁹, garantissant ainsi aux joueurs la possibilité de se tourner vers les tribunaux étatiques comme l'avait réclamée la Commission. Le règlement FIFA, adopté en 2001, tient donc compte, dans sa rédaction à tout le moins, des principes de l'accord trouvé avec la Commission. Cette dernière a reconnu cette prise en compte en dans son rejet en 2002 de la plainte déposée contre la FIFA au sujet du système des transferts¹³³⁰. Depuis lors, plusieurs nouvelles versions du règlement FIFA sur le statut et le transfert des joueurs ont été adoptées¹³³¹. Bien que certaines dispositions aient été profondément modifiées, les principes fondamentaux, sur lesquels repose le règlement, n'ont pas changé. L'immixtion de la Commission par l'intermédiaire du droit de la concurrence a eu un impact durable sur le contenu substantiel de la « *lex FIFA* »¹³³². La pression qu'elle a exercée sur les instances dirigeantes du football européen et international a été couronnée de succès, au moins formellement. Toutefois, si le contenu du Règlement FIFA est largement inspiré des principes négociés par la Commission, son interprétation et sa mise en œuvre demeurent problématiques¹³³³, ce qui est de nature à relativiser la portée de l'intervention de la Commission qui ne peut que difficilement vérifier que l'exécution du règlement est conforme à l'esprit de l'accord signé avec la FIFA.

¹³²⁷ Article 24, *ibid.*

¹³²⁸ Article 25, *ibid.*

¹³²⁹ Article 42.1, *ibid.*

¹³³⁰ « ..., elle a donné suite aux aspects essentiels de votre plainte et qu'elle estime qu'en raison des engagements reçus de la FIFA, il n'existe plus un intérêt communautaire que justifie de poursuivre la procédure d'application de l'article 81 ouverte contre la FIFA, le 14 décembre 1998, afin d'adopter une décision négative...La Commission a amené la FIFA à modifier les règles cadre qui doivent être prises en compte lors de la signature ou de la résiliation d'un contrat entre un club et un joueur professionnel. » Décision de rejet de la Commission du 30 mai 2002, SETCA et FGTB/FIFA, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf), pt.60.

¹³³¹ On recense sur le site de la FIFA sept versions postérieures à celle de 2001 (2005, 2008, 2009, 2010, 2012, 2014 et 2015), accessibles à <http://fr.fifa.com/aboutfifa/officialdocuments/doclists/laws.html>.

¹³³² F. Latty, 'La lex fifa' in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, pp.9-28.

¹³³³ R. Parrish, 'Article 17 of the FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players: Compatibility with EU Law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, forthcoming.

iii. Le Règlement FIFA sur le Statut et les Transferts des joueurs est-il compatible avec le droit de l'UE ?

La FIFPro ne reconnaissant pas le compromis trouvé par la Commission, la FIFA et l'UEFA, elle engagea des poursuites devant un tribunal belge, avec l'objectif avoué de faire annuler le nouveau règlement¹³³⁴. En effet, elle considérait, comme beaucoup d'observateurs¹³³⁵, que l'accord était favorable aux intérêts de la FIFA, de l'UEFA et des grands clubs. Un commentateur qualifia l'accord de capitulation de la Commission et affirma que « Bosman est désormais mort et enterré »¹³³⁶. Cependant, à la suite d'un accord garantissant la parité au sein de la Chambre de résolution des litiges de la FIFA aux représentants de la FIFPro, celle-ci retira sa plainte. La FIFPro, par l'intermédiaire d'un de ses représentants éminents, pouvait alors annoncer que le nouveau système des transferts était « une victoire pour les joueurs »¹³³⁷. Mais, les doutes quant à la légalité du règlement FIFA subsistaient dans l'esprit de nombreux observateurs¹³³⁸. Ils ont été renforcés par l'interprétation du règlement proposée par la Chambre de résolution des litiges et le TAS¹³³⁹. De son côté, la FIFPro a récemment annoncé son intention de contester le règlement sur le fondement du droit de l'UE¹³⁴⁰. Ainsi, nombreux sont ceux

¹³³⁴B. Dabscheck, 'The Globe At Their Feet: Fifa's New Employment Rules - I', *Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics*, Volume 7, n°1, 2004, p.69-94, pp.86-90.

¹³³⁵ Ibid, p85. Voir aussi R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.148 et R. Blanpain, *Le statut du sportif en droit international, droit européen, droit belge fédéral et communautaire*, Larcier, 2004, p.35 et 54-59.

¹³³⁶ R. Blanpain, *Le statut du sportif en droit international, droit européen, droit belge fédéral et communautaire*, Larcier, 2004, p.XVIII.

¹³³⁷ P. Piat, 'Les joueurs : Histoires d'un combat permanent', *Pouvoirs*, n°101, 2002/2, p. 49-64, p.62.

¹³³⁸ R. Blanpain, *Le statut du sportif en droit international, droit européen, droit belge fédéral et communautaire*, Larcier, 2004, p.35 et 54-59; G. Auneau, 'Aspects européens du droit du travail dans la pratique sportive, professionnelle et amateur', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.338-351, p.345; S. Weatherill, "'Fair Play Please!": Recent Developments in the Application of EC Law to Sport', *Common Market Law Review*, Volume 40, n°1, 2003, pp.51-93, pp.69-71; S. Weatherill, 'Sport as culture in EC law', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, pp.215-248; B. Dabscheck, 'The Globe At Their Feet: FIFA's New Employment Rules - II', *Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics*, Volume 9, n°1, 2006, p.1-18.

¹³³⁹G. Pearson, 'Sporting Justifications under EU Free Movement and Competition Law: The Case of the Football "Transfer System"', *European Law Journal*, Volume 21, n°2, 2015, p.220-238; R. Parrish, 'Article 17 of the FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players: Compatibility with EU Law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, à paraître.

¹³⁴⁰ Le Monde, *Faut-il interdire les transferts ?*, 11 juillet 2013 et Communiqué du 17 décembre 2013 de la FIFPro 'FIFPro announces legal challenge to transfer system' (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/fifpro-announces-legal-challenge-to-transfer-system>).

qui croient qu'il est « incontestable que le nouveau système de transfert de la FIFA soit *contraire* au droit international, européen et national »¹³⁴¹.

La FIFA a été confrontée à une négociation similaire, mais beaucoup moins médiatique, concernant son règlement applicable à la profession d'agent de joueur.

b. Les agents de joueurs, le droit de la concurrence et le règlement FIFA

i. **De la plainte au rejet : le règlement des agents de joueurs de la FIFA face au droit de la concurrence de l'UE**

Le 19 octobre 1999, à la suite d'une plainte déposée par M. Piau, le 23 mars 1998, la Commission européenne fait parvenir à la FIFA une communication des griefs relative aux règles concernant les agents de joueurs de football. Elle considère que ces règles « constituent des accords qui restreignent la concurrence » et « que les avantages de ces règles présentés par la FIFA ne suffisent pas à en contrebalancer les effets anticoncurrentiels »¹³⁴².

En particulier, la Commission identifie trois dispositions problématiques:

- . l'interdiction faite aux joueurs et aux clubs d'avoir recours aux services d'agents de joueurs non-licenciés ;
- . l'interdiction aux entreprises d'être licenciées comme agent de joueurs ;
- . et le dépôt d'une garantie bancaire irrévocable de 200 000 francs suisses.¹³⁴³

Cependant, elle reconnaît « qu'un contrôle doit s'exercer pour accéder à cette profession et que certaines règles sont nécessaires pour un bon fonctionnement de ces activités et pour éviter une détérioration des valeurs éthiques dans le sport », seulement « celles-ci

¹³⁴¹ R. Blanpain, *Le statut du sportif en droit international, droit européen, droit belge fédéral et communautaire*, Larcier, 2004, p.XIX. Voir aussi "I therefore take the view that the compromise deal struck on transfers is incompatible with EC law." S. Weatherill, 'Sport as culture in EC law', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, pp.215-248, p.224.

¹³⁴² Communiqué de presse de la Commission du 21 octobre 1999, 'La Commission ouvre la procédure formelle à l'encontre des règles de la FIFA en matière d'agents de joueurs', IP/99/782, (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-99-782_fr.htm).

¹³⁴³ Ibid.

doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi »¹³⁴⁴. A la suite de cette communication des griefs, il appartient à la FIFA de se prononcer. Elle a alors pu présenter ses arguments par écrit et par oral (une audition à laquelle participaient la FIFA et la FIFPro a eu lieu le 24 février 2000 dans les locaux de la Commission)¹³⁴⁵. Dans ce cas-ci, *a contrario* de la procédure consacrée aux règles des transferts, la Commission est moins transparente quant au contenu des « longues discussions avec la FIFA »¹³⁴⁶, qui ont *de facto* abouti à des réformes permettant à la Commission européenne de clore son enquête. Toutefois, les nouvelles règles d'accès à la profession d'agents de joueurs de football, adoptées à la suite de ces discussions, « sont acceptables pour la Commission »¹³⁴⁷. En effet, selon elle, les réformes engagées par la FIFA visent l'objectif déontologique « de moraliser la profession et de protéger ses membres d'agents non qualifiés ou peu scrupuleux », celui-ci « est supérieur aux restrictions de la concurrence »¹³⁴⁸ constatées. Cependant, la Commission n'exclut pas dans le futur qu'une réglementation par les Etats-membres de la profession d'agent puisse se substituer au règlement de la FIFA. Dans cette affaire la Commission a suivi le même schéma que dans le cadre de la négociation autour des règles de transfert. C'est en brandissant la menace d'une décision négative et en définissant au sein de la communication des griefs les points problématiques, qu'elle a exercé une certaine pression sur la FIFA. Tandis que la nature plus confidentielle de l'affaire a sûrement joué un rôle fondamental dans la célérité de sa résolution. Il était probablement plus facile pour la FIFA de satisfaire aux demandes de la Commission dans ce contexte, que dans celui des transferts, ou la peur de perdre la face et surtout de voir son autorité politique au sein de la *lex sportiva* menacée a pu nourrir l'âpreté des négociations. Ainsi, dès la fin de l'année 2000, la FIFA avait adopté un nouveau règlement encadrant la profession d'agents satisfaisant aux conditions posées par la Commission.

¹³⁴⁴Ibid.

¹³⁴⁵ Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209, pt.12.

¹³⁴⁶ Communiqué de presse de la Commission du 18 avril 2002, 'La Commission clôt son enquête sur les règles de la FIFA en matière d'agents de joueurs', IP/02/585 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-585_fr.htm).

¹³⁴⁷Ibid.

¹³⁴⁸Ibid.

ii. Le nouveau règlement de la FIFA concernant les agents de joueurs

La FIFA a adopté le 10 décembre 2000 un nouveau règlement qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2001¹³⁴⁹. Le règlement impose toujours aux joueurs le recours à des agents disposant d'une licence de la FIFA¹³⁵⁰. Cette licence demeure accessible uniquement aux personnes physiques¹³⁵¹, une restriction qui était pourtant contestée par la Commission européenne dans sa communication des griefs et qui a été partiellement levée dans la nouvelle version du règlement entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008¹³⁵². La FIFA a mis en place un nouveau système de filtre qui repose sur un examen écrit conditionnant l'accès à la profession d'agent¹³⁵³. Le candidat qui réussit l'examen est contraint de souscrire une police d'assurance responsabilité civile professionnelle¹³⁵⁴. En outre, le candidat doit aussi respecter un code de déontologie qui soumet les agents à un certain nombre de principes éthique¹³⁵⁵. Ces changements répondent directement aux critiques formulées par la Commission. Le règlement a été adopté beaucoup plus rapidement que le règlement FIFA sur les transferts, il semblerait qu'une convergence entre la position défendue par la Commission et celle adoptée par la FIFA ait été plus facile à atteindre. Depuis lors, un nouveau règlement a été adopté en fin 2007 et est entré en vigueur début 2008. Il conforte les orientations choisies en réponse à l'action engagée par la Commission. Enfin, un nouveau règlement FIFA va entrer en vigueur en 2015, celui-ci va changer en profondeur le système actuel¹³⁵⁶.

¹³⁴⁹ Règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs, FIFA, version 2001 (accessible à <http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/67/03/46/playersagentsregulations%28edition2001%29.pdf>).

¹³⁵⁰ Article 1 al. 2, Ibid.

¹³⁵¹ Article 2 al. 3, Ibid.

¹³⁵² Article 3 al. 2, Règlement des agents de joueurs, FIFA, version 2008 (accessible à http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/51/55/18/playersagents_fr_32513.pdf).

¹³⁵³ Article 4 al. 2, Règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs, FIFA, version 2001.

¹³⁵⁴ Article 6 al. 1, Ibid.

¹³⁵⁵ Article 8 al. 1, Ibid.

¹³⁵⁶ Communiqué de presse de la FIFA du 21 mars 2014, 'Le Règlement sur la collaboration avec les intermédiaires approuvé' (accessible à <http://fr.fifa.com/aboutfifa/organisation/administration/news/newsid=2301244/>)

iii. La confirmation du rejet de la plainte par le Tribunal

Dans son jugement *Piau*¹³⁵⁷, la 4^e chambre du Tribunal confirme la légalité de la décision de rejet de la plainte de M. Piau.

M. Piau critiquait en premier lieu le traitement de faveur dont aurait bénéficié la FIFA de la part de la Commission, « alors que la FIFA ne lui avait pas notifié le règlement initial, la Commission se serait abstenue de prendre position sur l'infraction reprochée et aurait présumé la possible exemption dudit règlement »¹³⁵⁸. Toutefois, pour le Tribunal, « la Commission a ainsi convenablement mis en œuvre, du point de vue procédural, les pouvoirs que lui conférait le règlement n° 17, alors applicable, pour instruire une plainte en matière de concurrence, eu égard à la marge d'appréciation dont elle dispose en ce domaine »¹³⁵⁹. La marge d'appréciation de la Commission dans le cadre de la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence est ainsi clairement réaffirmée.

M. Piau faisait aussi valoir un certain nombre de griefs à l'encontre de l'appréciation de la Commission concernant l'absence d'intérêt Communautaire¹³⁶⁰. Le Tribunal considère, après avoir égrené les différentes dispositions restrictives identifiées par la Commission et modifiées par la FIFA dans son nouveau règlement, que celle-ci n'a pas porté une appréciation manifestement erronée de la compatibilité du nouveau règlement avec le droit de la concurrence¹³⁶¹. Par ailleurs, il confirme que les restrictions, qui découlent du caractère obligatoire de la licence, sont « susceptibles de bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3, CE »¹³⁶². En bref, la position adoptée par la Commission vis-à-vis du nouveau règlement adopté par la FIFA est confortée. Il semblerait qu'au regard de la marge d'appréciation dont elle dispose dans les affaires de concurrence, celle-ci peut d'autant plus facilement imposer ses choix politiques dans le cadre des négociations avec les organes de la *lex sportiva*. Les tiers, une fois leur plainte déposée et l'action de la Commission engagée, perdent le

¹³⁵⁷Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209.

¹³⁵⁸Ibid, pt.39.

¹³⁵⁹Ibid, pt.47.

¹³⁶⁰Ibid, pt.54-58.

¹³⁶¹Ibid, pt.90.

¹³⁶²Ibid, pt.104.

contrôle du processus de mise en œuvre et ne sont associés qu'à la marge aux négociations auxquelles il donne lieu. En outre, comme on a pu le constater dans le cas de M. Piau, les opportunités juridiques pour contester une décision de la Commission sont limitées et leurs perspectives de succès minces. En l'espace d'une poignée d'année la Commission a réussi, en se fondant sur ses prérogatives en matière de droit de la concurrence, à imposer à la FIFA des réformes substantielles de ses règlements. Elle a fortement pesé sur la substance normative de ces réformes, bien qu'elle ne dispose en théorie d'aucune compétence en matière sportive. Cette action de la Commission n'est pas limitée à la FIFA, elle a par exemple aussi concerné le sport automobile et plus particulièrement la structure et les règlements de la FIA.

c. La Fédération Internationale de l'automobile confrontée à la Commission européenne

i. Notifications, plaintes et communication de griefs

La FIA avait notifié, durant les années 90, sur le fondement de la procédure imposée par le règlement n°17, plusieurs de ses règlements et arrangements commerciaux à la Commission. A la suite de la publication de communications résumant les accords notifiés et invitant les tiers intéressés à faire part de leurs observations, trois plaintes sont parvenues à la Commission¹³⁶³. Celle-ci, « estime que la Fédération internationale de l'automobile (FIA), l'organisme qui régit les compétitions sportives automobiles au niveau mondial, abuse de sa position dominante et que ses pratiques ont pour effet de restreindre la concurrence »¹³⁶⁴. Le Commissaire Karel Van Miert, responsable de la concurrence, menace alors la FIA d'« amendes élevées »¹³⁶⁵. La FIA serait responsable de quatre entorses au droit de la concurrence. Premièrement, « la FIA use de son pouvoir pour bloquer les séries d'épreuves qui rivalisent avec ses propres

¹³⁶³Sur le déroulement détaillé de cette affaire voir : R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.135-138 et A. Cygan, 'Are All Sports Special? Legal Issues in the Regulation of Formula One Motor Racing', *European Business Law Review*, Volume 18, n°6, 2007, pp.1327-1352.

¹³⁶⁴Communiqué de presse de la Commission du 30 juin 1999, 'La Commission ouvre la procédure formelle à l'encontre de la Formule 1 et des autres compétitions sportives automobiles internationales', IP/99/434 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-99-434_fr.htm).

¹³⁶⁵Ibid.

compétitions »¹³⁶⁶. Deuxièmement, « la FIA a usé de son pouvoir pour écarter du marché une série d'épreuve concurrentes »¹³⁶⁷. Troisièmement, « la FIA abuse de son pouvoir pour acquérir tous les droits de retransmission des compétitions automobiles internationales »¹³⁶⁸. Enfin, la Formula One Administration Ltd (FOA), société contrôlée par Bernie Ecclestone alors vice-président de la FIA, et la FIA « protègent le championnat de Formule 1 contre la concurrence en immobilisant tout ce qui est nécessaire pour organiser un championnat rival »¹³⁶⁹. Le 26 avril 2000, la FIA et FOA présentent plusieurs propositions visant à modifier les différents règlements et accords notifiés¹³⁷⁰. Fin janvier 2001, une rencontre a lieu entre M. Max Mosley, président de la FIA, M. Bernie Ecclestone, PDG de FOA et M. Mario Monti, commissaire européen chargé de la concurrence, à l'issue de laquelle M. Monti annonce que des « progrès significatifs »¹³⁷¹ ont été réalisés. En effet, à la suite « de longues discussions avec la FIA et la FOA, qui ont commencé au printemps 2000, des modifications substantielles ont été apportées aux règles de la FIA, des accords commerciaux ont été établis et des changements ultérieurs ont été convenus en principe »¹³⁷². La Commission considère alors qu'il s'agit d'une « solution satisfaisante »¹³⁷³ et invite les tiers intéressés à soumettre leurs observations. Mais, « aucune information nouvelle n'a été portée à la connaissance de la Commission dans le cadre de cette consultation publique »¹³⁷⁴, par conséquent la Commission décide de clore définitivement son enquête le 30 octobre 2001¹³⁷⁵. La FIA, à la différence de la FIFA, avait dans cette affaire anticipé le risque juridique en notifiant tout au long des années 90 plusieurs de ses accords et règlements. Cette proactivité de la FIA ne lui a pourtant pas épargné les critiques de la Commission. Celle-ci a considéré que les différents accords et règlements de la FIA contrevenaient à plusieurs égards au droit de

¹³⁶⁶Ibid.

¹³⁶⁷Ibid.

¹³⁶⁸Ibid.

¹³⁶⁹Ibid.

¹³⁷⁰Communication de la Commission concernant les affaires COMP/35.163 — Notification de règlements de la FIA, COMP/36.638 — Notification par FIA/FOA d'accords relatifs au championnat du monde de Formule 1 de la FIA, COMP/36.776 — GTR/FIA et autres, publiée au JO C169 du 13 juin 2001 p.5-11.

¹³⁷¹Communiqué de presse de la Commission du 26 janvier 2001, 'La Commission se félicite des progrès réalisés dans la voie d'une résolution du litige de longue date opposant la Commission à FIA/Formula One Administration,' IP/01/120 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-120_fr.htm).

¹³⁷²Ibid.

¹³⁷³Ibid.

¹³⁷⁴Communiqué de presse de la Commission du 30 octobre 2001 'La Commission clôt son enquête sur la Formule 1 et d'autres sports automobiles', IP/01/1523 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1523_fr.htm).

¹³⁷⁵Ibid.

la concurrence. Dès lors, un scénario similaire à celui qui a été utilisé parallèlement dans le contexte de la FIFA s'est mis en place. La Commission en s'appuyant sur ses compétences en matière de droit de la concurrence est entrée dans un rapport de force, parfois ombrageux¹³⁷⁶, avec la FIA. Une pression juridique et politique qui a abouti à « plusieurs propositions tendant à modifier substantiellement les accords notifiés pour apaiser les craintes exprimées par la Commission dans sa communication des griefs »¹³⁷⁷.

ii. La réforme de la structure institutionnelle de la FIA

L'immixtion de la Commission a déclenché une refonte des règlements de la FIA et notamment de son code sportif international. En effet, « bien que les parties contestent les objections de la Commission, elles ont néanmoins accepté de modifier très sensiblement certains de leurs arrangements »¹³⁷⁸. Ces modifications ont pour objectif de « séparer complètement les fonctions commerciales et les fonctions réglementaires pour ce qui est du championnat du monde de Formule 1 de la FIA et du championnat du monde des rallyes de la FIA, en proposant de nouveaux accords assurant l'indépendance de l'exploitation commerciale de ces championnats », d'« améliorer la transparence des procédures de décision et d'appel et à renforcer l'obligation de rendre compte », de « garantir l'accès au sport automobile à toute personne répondant aux critères requis en matière de sécurité et d'équité », de « garantir l'accès au calendrier sportif international et à veiller à ce qu'aucune restriction n'entrave l'accès à des recours extérieurs indépendants », et de « modifier la durée des contrats de retransmission en clair pour ce qui est du championnat mondial de formule 1 de la FIA »¹³⁷⁹. A cette fin, nombre d'articles du code sportif international sont modifiés le 28 juin et le 5 octobre 2000. Par ailleurs, l'accord de la concorde qui régit le championnat mondial de formule 1, a lui aussi été modifié, notamment en ce qui concerne la clause d'exclusivité imposée aux

¹³⁷⁶ Communiqué de presse de la Commission du 26 juillet 1999, 'Déclaration de la Commission relative à une procédure en instance à la Cour sur la Formule 1', IP/99/564 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-99-564_fr.htm).

¹³⁷⁷ Communication de la Commission concernant les affaires COMP/35.163 — Notification de règlements de la FIA, COMP/36.638 — Notification par FIA/FOA d'accords relatifs au championnat du monde de Formule 1 de la FIA, COMP/36.776 — GTR/FIA et autres, publiée au JO C169 du 13 juin 2001 p.5-11, p.5.

¹³⁷⁸ Ibid, p.8.

¹³⁷⁹ Ibid, p.10.

équipes participant aux courses. Enfin, les différents accords commerciaux signés par la FIA et la FOA qui attribuaient les droits des compétitions de la FIA à cette dernière seront remis en cause à leur expiration. Pour la Commission, ces « nouvelles règles introduisent une séparation entre activités commerciales et régulation dans le sport automobile » et « garantissent un nouvel environnement réglementaire au sein duquel tant les prérogatives d'octroi de licences de la FIA que le code des règles sportives et techniques seront mis en œuvre de façon objective, non discriminatoire, et transparente »¹³⁸⁰. De plus ce « nouvel environnement réglementaire lève les obstacles à la concurrence intramarque et intermarques »¹³⁸¹. Enfin, ces « accords ne prévoient plus de règles ou de mécanismes qui mettrait la FIA en mesure d'accaparer la totalité des droits de médias afférents à tel ou tel championnat »¹³⁸². En effet, l'essentiel, aux yeux de la Commission, était de briser le conflit d'intérêt existant entre l'activité régulatrice de la FIA et son activité commerciale¹³⁸³. La FIA est alors célébrée comme un « bon élève »¹³⁸⁴ par la Commission.

Ces exemples illustrent la colégislation à l'oeuvre dans le cadre de la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence à la *lex sportiva*. En ouvrant la voie à la négociation entre les différentes parties impliquées et la Commission européenne, le droit de la concurrence permet de modifier en profondeur le texte même de la *lex sportiva*¹³⁸⁵.

III. La politique transnationale du droit de la concurrence de l'UE

Le droit de la concurrence de l'UE du fait de son vaste champ d'application, constitue une arme juridique au potentiel important dans un monde marqué par la privatisation du pouvoir et le développement des normativités privées¹³⁸⁶. Dans le même temps, il permet aussi à la Commission de devenir co-législateur des droits transnationaux privés. Ainsi, du fait de sa structure procédurale, le droit de la concurrence ouvre une fenêtre de

¹³⁸⁰ Ibid.

¹³⁸¹ Ibid.

¹³⁸² Ibid, p.11.

¹³⁸³ Discours du 26 février 2001 de M. Monti, 'Competition and Sport the Rules of the game' (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-84_en.htm)

¹³⁸⁴ « In this respect I have to mention the good example given recently by FIA », *ibid.*

¹³⁸⁵ R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.138

¹³⁸⁶ Voir Titre 1, Chapitre 2.

négociation entre les organes de la *lex sportiva* et la Commission. La Commission est intégrée, au cas par cas, au sein du processus politique aboutissant à la création de la *lex sportiva*. Elle peut négocier la modification des règles primaires, comme secondaires¹³⁸⁷, de la *lex sportiva*. Cette forme atypique de collaboration politique forcée entre institutions transnationales est le résultat des défis politiques imposés par la mondialisation et l'émergence des pouvoirs privés. Face à l'impossibilité de se constituer politiquement au niveau global de multiples espaces politiques jaillissent. Il est intéressant de constater que le droit de la concurrence, droit technique par excellence, ouvre, en s'appuyant sur sa structure procédurale, un tel espace politique, qu'il appartient aux différents acteurs du monde sportif d'utiliser à bon escient pour faire avancer leurs revendications.

a. La Commission européenne : co-législateur de la *lex sportiva*

La *lex sportiva* ne peut échapper au regard inquisiteur du droit de l'UE. Toutefois, elle a préservé son autonomie institutionnelle, ainsi que sa capacité à fixer les règles encadrant le monde contractuel sportif. C'est cette autonomie législative que la Commission remet partiellement en cause en s'appuyant sur le droit de la concurrence. Car elle devient *de facto* un acteur politique de la *lex sportiva* en participant à la production de certaines de ses règles substantielles et procédurales. Et ce alors qu'aucune compétence législative ne lui avait, jusqu'au traité de Lisbonne (mais cette compétence est extrêmement limitée), été conférée explicitement par les Etats membres dans le domaine du sport. Le droit de la concurrence impose donc une nouvelle forme de co-législation transnationale au cas par cas.

Les non-dits de l'arrêt *Bosman*, en ce qui concerne le droit de la concurrence, ont placé la Commission européenne face à une décision difficile: devait-elle laisser la Cour s'opposer seule à la *lex sportiva* ou bien devait-elle s'engager dans la bataille par le biais de la seule arme juridique à sa disposition contre des acteurs privés à savoir le droit de

¹³⁸⁷ Sur la distinction entre règles primaires et secondaires en droit voir H.L.A. Hart, *Le Concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2nde édition, 2005, pp.99-119.

la concurrence ? La Commission a suivi, très rapidement¹³⁸⁸ et contrairement à ce que laissait penser sa relative passivité antérieure, la seconde voie. Dans cette optique elle disposait de plusieurs atouts majeurs. En effet, elle était bien placée pour forger progressivement les contours de l'autonomie allouée à la *lex sportiva*¹³⁸⁹. Cet activisme soudain de la Commission, l'a placée au cœur du débat politique sur la régulation du sport après l'arrêt *Bosman*, une position qui l'a épuisée politiquement¹³⁹⁰, mais qui a aussi démontré tout son potentiel en la matière.

Les exemples présentés ci-dessus démontre que la Commission a joué un rôle essentiel, tout d'abord comme élément déclencheur, puis comme arbitre, dans les réformes engagées par certaines organisations sportives (et notamment la plus médiatique: la FIFA) au tournant du siècle. Elle s'est appuyée en cela sur le droit de la concurrence, rapidement après l'arrêt *Bosman*, le Commissaire à la Concurrence, le Belge Karl van Miert a dû s'atteler au « rude défi » que constituait la négociation avec les organisations sportives internationales. Un « vrai dialogue »¹³⁹¹ s'engage alors. Le récit¹³⁹² de ces « discussions mouvementées »¹³⁹³, au long cours, est éloquent : les rebondissements, trahisons, réconciliations illustrent bien l'intensité politique de cet épisode. En effet, la

¹³⁸⁸ « 1997 at a meeting of the European Sport Forum held in Luxembourg. At this meeting Van Miert stated that 'positive action' must be taken in respect of sport. 'By positive action I mean providing the sporting world with guidelines on what kind of restrictions would be acceptable, given the special features of the sector concerned' (Van Miert 1997). In March 1998, the Competition Policy Director General Alexander Schaub made clear that these guidelines would not include a general exemption for sport from EU competition law. He argued that such an exemption is 'unnecessary, undesirable and unjustified' (Schaub 1998). Furthermore, Schaub made clear that the Commission still felt a strong sense of commitment to the realisation and protection of the fundamental freedoms. In this connection he remarked, 'it would not be fair to consumers and it would not reflect the economic importance of sport if we were merely to sit back and refrain from applying the competition rules. Where we receive legitimate complaints, we must take the necessary action' (Schaub 1998).” R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.150.

¹³⁸⁹ « Commission and Court are placed in a powerful position to shape the practical scope of decision-making autonomy allowed to sport”, S. Weatherill, 'Resisting the pressures of "Americanization": The influence of European community law on the "European sport model"', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, pp.155-176, p.172.

¹³⁹⁰ "In the sports sector, the Commission has been busier than the Court since *Bosman* and there is here a discernible feel that the Commission intends to draw a line under its adventures, and, moreover, with a sigh of relief." S. Weatherill, "Fair Play Please!": Recent Developments in the Application of EC Law to Sport', *Common Market Law Review*, Volume 40, n°1, 2003, pp.51-93, p.60; E. Szyssczak, 'Competition and Sport', *European Law Review*, Volume 32, n°1, 2007, pp.95-110p.98.

¹³⁹¹ Ibid, p.491.

¹³⁹² Une histoire contée par Karl van Miert dans un livre retraçant ses années à la Commission. Voir aussi J.G. Irving, 'Red Card: The Battle Over European Football's Transfer System', *University of Miami Law Review*, Volume 56, 2002, p.667-725.

¹³⁹³ Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.327.

latitude dont dispose la Commission pour trancher en matière de droit de la concurrence a ouvert la voie à un processus politique rassemblant de nombreux acteurs, notamment les syndicats de joueurs, marginalisés au sein des organisations sportives internationales¹³⁹⁴. Le processus a d'ailleurs permis de constater que la « famille du football » n'était pas si unie qu'on a pu le faire croire¹³⁹⁵. Dans le même temps, la Commission européenne a pu défendre ce qu'elle percevait comme l'intérêt général européen, alors que les Etats membres exprimaient eux aussi, plus ou moins bruyamment, leurs préférences¹³⁹⁶. Le compromis dégagé par cette « discussion longue et complexe »¹³⁹⁷, notamment dans le cas du système des transferts, a « irrigué »¹³⁹⁸ le règlement final adopté par la FIFA.

L'âpreté des négociations et la dureté avec laquelle les organisations sportives, notamment la FIFA et l'UEFA, ont manifesté leur « résistance au changement »¹³⁹⁹ initié par la Commission traduisent bien la politisation extrême de cet épisode. L'intervention bruyante des autorités politiques nationales est aussi un symptôme de la sensibilité politique de la question des transferts. La Commission, bien qu'attaquée de toutes parts, s'est fondée sur sa marge de manœuvre juridique dans la mise en œuvre du droit de la concurrence pour imposer des réformes à la FIFA et à la FIA. Même si on a pu considérer qu'elle a « fléchi sous la pression des fédérations », au point de former, pour certains, un

¹³⁹⁴ "One of the main consequences of the EU interventions in football matters, if not the most important, was the emergence of new stakeholders in the governance of the game or, to be more precise, the weakening of the vertical channels of authority that used to characterise football's pyramid." B. Garcia, 'The New Governance of Football : What role for the EU ?' in S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy - Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, p.115-137, pp.118-119.

¹³⁹⁵ Les dissensions entre la FIFA, l'UEFA et le G14 se sont multipliées, tandis que la FIFPro a fait cavalier seul jusqu'aux ultimes instants. Voir, « The dispute between FIFA/UEFA on the one hand and FIFPro on the other did little to communicate to the Commission the existence of a sports world with common concerns. » R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.145

¹³⁹⁶ En général favorable aux intérêts des organisations sportives, voir la déclaration commune de Tony Blair et Gerhard Schröder, 'Schröder and Blair team up in transfer fees row ', *Guardian*, du 10 septembre 2000.

¹³⁹⁷ J-F. Pons, 'Sport et Politique Européenne de la Concurrence: Règles du Jeu et Exemples récents d'application', Bruxelles, le 18 octobre 2001, p.6.

¹³⁹⁸ L. Grard, 'Le sport dans le droit de l'Union européenne - Exception, dérogations, spécificités et droit commun', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, pp. 288-304, p.296

¹³⁹⁹ G. Auneau, 'Aspects européens du droit du travail dans la pratique sportive, professionnelle et amateur', *R.A.E. - L.E.A.*, 2001-2002, p.338-351, p.341

« cartel « FIFA- Commission européenne » »¹⁴⁰⁰ contre les intérêts des footballeurs, il est indéniable que son intervention a placé le règlement FIFA des transferts sous le feu des projecteurs de l'opinion publique et a contraint la FIFA à engager des négociations inédites. Ce cocktail d'intérêts et d'opinions a débouché sur des compromis politiques. La Commission et sa compétence en droit de la concurrence ont le mérite d'avoir rendu ce jeu politique possible. La rhétorique omniprésente de la négociation, de la « discussion »¹⁴⁰¹ et du compromis ne fait que confirmer la nature éminemment politique, et non seulement juridique, de cet épisode.

Cependant, le cadre qui a permis l'ouverture d'un espace de jeu politique est indéniablement juridique. Il s'agit de la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence. Le droit de la concurrence a ainsi pu servir de « machine à pousser les pouvoirs sportifs à réformer leurs réglementations »¹⁴⁰². Son potentiel politique est bien souvent ignoré, car masqué par l'aspect technique que lui confère son caractère essentiellement économique. En effet, tant la Commission européenne que les organisations sportives internationales ont intérêt, pour des raisons intrinsèquement opposées, à nier cette dimension politique. L'énergie politique dépensée par la Commission dans ces affaires explique probablement qu'il n'y ait « aucune volonté de sa part d'ouvrir de nouveau un débat qui a mobilisé beaucoup de temps et d'énergie et qui semble s'être achevé de manière satisfaisante pour tous »¹⁴⁰³. Les accords trouvés entre la Commission et les organisations sportives n'ont pas de valeur juridique contraignante, ils constituent du « droit mou »¹⁴⁰⁴. Toutefois plutôt que de droit mou, il s'agit d'accords politiques aux conséquences juridiques dures.

¹⁴⁰⁰ R. Blanpain, *Le statut du sportif en droit international, droit européen, droit belge fédéral et communautaire*, Larcier, 2004, p.59.

¹⁴⁰¹ « Il faut préciser qu'il ne s'agissait pas de négociations mais bien de discussions. En effet, la Commission ne saurait en aucune manière négocier le droit communautaire. Elle n'en a ni la volonté, ni le pouvoir. » Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.328

¹⁴⁰² L. Grard, 'Le sport dans le droit de l'Union européenne – Exception, dérogations, spécificités et droit commun', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, pp. 288-304, p.296

¹⁴⁰³ Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.330.

¹⁴⁰⁴ "As a consequence of these pressures, the Commission's approach to sport has been shaped by the use of soft law – another institutional norm within the Commission. Soft law settlement of cases takes the form of the issuing of comfort letters, the publication of notices or even the publication of press releases. The Commission has used these informal channels to resolve cases involving Formula One motor racing, the operation of the international transfer system for footballers, UEFA's central selling of broadcasting

L'ombre du droit de la concurrence plane au dessus d'un certain nombre des réformes législatives majeures mises en œuvre au sein de la *lex sportiva* ces dernières années. La saisie de celle-ci par le droit de la concurrence a engendré « un changement notable d'attitude de la part du "pouvoir sportif" »¹⁴⁰⁵ et rendu possible la réforme, tout en plaçant la Commission européenne dans une position de co-législateur, ou à tout le moins de catalyseur, de la *lex sportiva*.

b. La *lex sportiva* une autonomie législative préservée

Les organisations sportives impliquées dans des procédures d'infraction au droit de la concurrence de l'UE ont été forcées de se plier à certaines demandes posées par la Commission. Elles ont aussi été contraintes d'intégrer dans leurs processus politiques les préoccupations d'acteurs périphériques au jeu politique classique de la *lex sportiva*. Toutefois, leur autonomie formelle a été préservée, ces règles restent adoptées et mises en œuvre dans le cadre institutionnel de la *lex sportiva*. En effet, c'est par l'intermédiaire de ses propres règles secondaires que les réglementations, préalablement négociées avec la Commission européenne, ont été adoptées. Il n'y a pas substitution de règles européennes à la *lex sportiva*, mais bien adaptation des règles de la *lex sportiva* sous la pression politique et juridique de l'UE. Le degré d'adaptation nécessaire étant négocié dans le cadre de négociation défini par la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence. Cette solution a permis de transformer la *lex sportiva* sans que l'Union européenne ne se soit appropriée le gouvernement du sport. Une telle tâche irait bien au delà de ses compétences juridiques¹⁴⁰⁶ et de ses ressources humaines¹⁴⁰⁷. En effet, la

rights (which may in time harden with a formal decision) and the issue of club relocation. The Commission has also made use of policy papers to communicate their thoughts on the application of competition rules to sport. The use of soft law allows the Commission to respond to political pressure for a softer touch application of competition law to sport whilst not undermining their commitment to the free market. Soft law also allows for the speedier and less costly turnover of cases. Furthermore sports bodies themselves favour the informal negotiated settlement approach. With the relationship between sport and competition law being a relatively new development, the use of soft law can also be defended on the grounds of flexibility and sensitivity to sport whilst the Commission build up experience of the sector. R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, p.154

¹⁴⁰⁵ J-F. Pons, 'Sport et Politique Européenne de la Concurrence: Règles du Jeu et Exemples récents d'application', Bruxelles, le 18 octobre 2001, p.7.

¹⁴⁰⁶ "EC law did not stipulate what replacement transfer system should be introduced, if any – that would overstep its mandate- but it did require the elimination of existing unlawful practices." S. Weatherill,

Commission « n'envisageait pas davantage d'aller au-delà de son rôle en participant elle-même à la rédaction d'un nouveau règlement des transferts »¹⁴⁰⁸. Cela a permis d'aboutir à un compromis pragmatique entre la volonté de la Commission d'imposer des changements normatifs à la *lex sportiva* et son incapacité à les imposer sans avoir recours à la structure institutionnelle et politique de la *lex sportiva*.

Les interstices de la procédure de mise en oeuvre du droit de la concurrence laissent place au jeu politique et à ses incertitudes. L'opinion publique, les Etats, le Parlement européen, les commissaires jouent un rôle dans cette partition ouverte. Les organes de la *lex sportiva* ont parfaitement su s'adapter à ce jeu¹⁴⁰⁹ afin de préserver autant que faire se peut leur « territoire séparé »¹⁴¹⁰. Ainsi, « la FIFA a pu à un moment imaginer que le recours à des personnalités extérieures à la Commission afin d'organiser une pression continue allait lui assurer une certaine immunité », mais, selon un membre de la Commission, « [l]a réalité a montré que ces pressions, même de niveau très élevé, sont la plupart du temps sans effet »¹⁴¹¹. Cependant, malgré la capacité de la Commission à forcer le débat politique sur des terrains réservés jusqu'alors au monopole de la *lex sportiva*, les organisations sportives ont démontré une « capacité de résistance »¹⁴¹² certaine face à cette « intrusion ». Il est même probable que l'influence politique de ces organisations ait contraint la Commission au compromis¹⁴¹³.

'Bosman changed everything: The Rise of EC sports Law' in M. Poares Maduro et L. Azoulai (dir.), *The Past and Future of EU law*, Hart Publishing, 2010, pp.480-487, p.482.

¹⁴⁰⁷ Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.327.

¹⁴⁰⁸ Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.328.

¹⁴⁰⁹ B. Garcia, 'UEFA and the European Union: From Confrontation to Co-operation?', *JCER*, Volume 3, Issue 3, pp.202-223; B. Garcia, 'The 2001 informal agreement on the international transfer system', *European Sports Law and Policy Bulletin*, 1-2011, pp.17-29.

¹⁴¹⁰ On reprend ici la terminologie développée par R. Parrish, 'The Birth of European Union Sports Law', *Entertainment Law*, Volume.2, N°2, Summer 2003, pp. 20-39.

¹⁴¹¹ Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.327.

¹⁴¹² G. Auneau, 'Aspects européens du droit du travail dans la pratique sportive, professionnelle et amateur', *R.A.E. - L.E.A.*, 2001-2002, p.338-351, 346

¹⁴¹³ "There is little room for doubt that the background political mood played a role in encouraging the Commission to find a way to terminate its dogged pursuit of the matter." S. Weatherill, "'Fair Play Please!': Recent Developments in the Application of EC Law to Sport", *Common Market Law Review*, Volume 40, n°1, 2003, pp.51-93, p.72; B. Garcia, 'The New Governance of Football : What role for the EU ?' in S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy - Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, p.115-137, p.125.

L'intervention de la Commission n'a donc pas produit une révolution – ou une « décision brutale »¹⁴¹⁴ - qui bouleverserait intégralement la structure institutionnelle caractérisant la régulation du sport au niveau transnational, mais plutôt d'une évolution progressive sous son influence¹⁴¹⁵, qui se traduit par l'adaptation des normes de la *lex sportiva*. Elle engendre aussi un rééquilibrage de la répartition du pouvoir politique, en faveur des joueurs et des clubs, au sein même des institutions et du système de la *lex sportiva*¹⁴¹⁶. Il ne s'agit pas ici d'évaluer l'efficacité, même si d'autres ont pu « être assez surpris »¹⁴¹⁷, douter¹⁴¹⁸ ou durement critiquer¹⁴¹⁹ la stratégie suivie par la Commission dans l'affaire des transferts. On se contentera de constater que confrontée à un droit transnational privé, elle a utilisé la procédure du droit de la concurrence pour ouvrir des débats politiques sur la substance de la *lex sportiva* et pour imposer une évolution, à tout le moins cosmétique, de ses règles et procédures. En bre, c'est une « autonomie surveillée »¹⁴²⁰ par la Commission qui est conférée à la *lex sportiva*.

IV. Conclusion du chapitre

Le droit de la concurrence n'offre pas seulement un contre-pouvoir efficace face à la *lex sportiva*, il a aussi une dimension positive. Il favorise grâce à son fonctionnement

¹⁴¹⁴ Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.327.

¹⁴¹⁵ "Sports governance has changed under the influence, though not the detailed direction, of EC law." S. Weatherill, 'The Influence of EU law on sports governance', in S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy - Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, p.79-100, p.95.

¹⁴¹⁶ "What is at stake here is a re-balancing of authority within football in particular and sport in general." Ibid, p.98.

¹⁴¹⁷ G. Auneau, 'Aspects européens du droit du travail dans la pratique sportive, professionnelle et amateur', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.338-351, p.346

¹⁴¹⁸ S. Weatherill, 'Sport as culture in EC law' in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.215-248, p.223.

¹⁴¹⁹ R. Blanpain, *Le statut du sportif en droit international, droit européen, droit belge fédéral et communautaire*, Larcier, 2004.

¹⁴²⁰ "EU institutions are currently offering a degree of 'supervised autonomy', where they are happy to help football self-govern to achieve a sustainable development of professional football." B. Garcia, 'The New Governance of Football : What role for the EU ?' in S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy - Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, p.115-137, p.116. "Thus, the EU offers to FIFA and UEFA a degree of supervised autonomy in exchange for a clear commitment to transparency, democracy and protection of the values of sport. The primacy of EU law remains uncontested, but there is room for dialogue between the two sides. If UEFA wants to maximise this supervised autonomy, it needs to engage with European institutions and demonstrate that it can be trusted." B. Garcia, 'UEFA and the European Union: From Confrontation to Co-operation?', *JCER, Volume 3*, Issue 3, p.202-223, p.218.

procédural propre, la négociation politique informelle et place la Commission en position de co-législatrice (masquée) de la *lex sportiva*.

En effet, il agit comme un « droit réflexif »¹⁴²¹, c'est à dire comme un droit ayant pour objet d'irriter mais non de déterminer dans le détail les processus sociaux¹⁴²². En effet, il stimule la prise en compte des intérêts marginalisés au sein des organisations sportives dans la production des normes de la *lex sportiva*. Dans ce contexte, le droit de la concurrence n'impose pas une réglementation particulière, mais une discussion, une négociation, sur le contenu de la *lex sportiva*¹⁴²³. La *lex sportiva* n'a pas vocation à être dissoute comme un vulgaire cartel, imposer une amende est inutile lorsque le comportement en cause est de nature réglementaire. Au lieu d'utiliser le droit de la concurrence pour détruire la *lex sportiva*, la Commission européenne l'a donc utilisé, de manière paradoxale, pour créer de la *lex sportiva*. On peut croire à première vue que « le droit communautaire de la concurrence détermine dans une mesure non négligeable le contenu de certaines de ses règles »¹⁴²⁴. Mais, en pratique, le droit de la concurrence ne détermine pas le contenu des règles, il impose de ré-ouvrir la procédure de détermination du contenu de ces règles. Par contre, il est certain que « [...] les normes adoptées au terme de « discussions » entre les fédérations et la Commission forment un « droit suscité par l'Union » voire une forme de « corégulation » [...]»¹⁴²⁵. La nature réflexive du droit de la concurrence dans le contexte sportif, reflète une forme de « constitutionnalisation »¹⁴²⁶ de la *lex sportiva*.

¹⁴²¹ “[...]law, is “reflexive” insofar as the legal system itself “stimulates” processes of social self-regulation” G. Teubner, ‘Substantive and Reflexive Elements in Modern Law’, *Law & Society Review*, Volume 17, n°2, 1983, p.239-285, p.277. Pour une première transposition de cette théorie au contrôle exercé par le droit anglais sur l'autorégulation sportive voir J. Black, ‘Constitutionalising Self-Regulation’, *The Modern Law Review*, Volume 59, n°1, 1996, p.24-55.

¹⁴²²“A reflexive orientation does not ask whether there are social problems to which the law must be responsive. Instead it seeks to identify opportunity structures that allow legal regulation to cope with social problems without, at the same time, irreversibly destroying valued patterns of social life.” G. Teubner, ‘Substantive and Reflexive Elements in Modern Law’, *Law & Society Review*, Volume 17, n°2, 1983, p.239-285, p.274.

¹⁴²³ “Reflexive law, in other words, will neither authoritatively determine the social functions of other subsystems nor regulate their input and output performances, but will foster mechanisms that systematically further the development of reflexion structures within other social subsystems.” Ibid, p.275.

¹⁴²⁴ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 727.

¹⁴²⁵ Ibid.

¹⁴²⁶ J. Black, ‘Constitutionalising Self-Regulation’, *The Modern Law Review*, Volume 59, 1996, p. 24–55.

Cet usage constructif du droit de la concurrence se fonde sur ses caractéristiques procédurales propres. Celles-ci donnent une autonomie décisionnelle importante à la Commission. Cette autonomie lui permet en retour d'engager des négociations informelles et d'ouvrir un nouvel espace politique pour discuter du contenu de la *lex sportiva*. La multiplication récente d'accords d'engagements entre la Commission et certaines multinationales pourrait aussi être interprétée comme allant dans ce sens. En effet, certaines multinationales sont elles aussi productrices de normes privées¹⁴²⁷. Elles encadrent notamment strictement leur chaîne de production à l'aide de codes de conduite¹⁴²⁸. Dans ce contexte, le recours à des solutions négociées et à l'interventionnisme « législatif » au stade de l'exécution du droit de la concurrence est particulièrement intéressant. Il pose évidemment des questions brûlantes relatives à la légitimité de la Commission à engager un tel processus législatif, à la transparence de ce processus et à l'inclusion des tiers intéressés dans ce processus¹⁴²⁹.

On voit s'ouvrir, adossé à la procédure de mise en œuvre du droit de la concurrence, un nouvel espace politique. Plus généralement, on peut interpréter le développement fulgurant des procédures négociées¹⁴³⁰, comme une adaptation progressive de la Commission aux enjeux que pose la transnationalisation et la privatisation de nos sociétés. Les critiques sévères émises contre cette pratique ignorent bien souvent cette dimension politique¹⁴³¹. Tandis que les partisans des solutions négociées se concentrent

¹⁴²⁷L. Cata Backer, 'Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator', *University of Connecticut Law Review*, Volume 39, n°4, 2007, p. 1739-1784. Voir aussi J. Arato, 'Corporations as Lawmakers', *Harvard International Law Journal*, Volume 56, 2015, à paraître.

¹⁴²⁸ Voir par exemple, F. Cafaggi, 'Private regulation, supply chain and contractual networks : The case of food safety', *EUI Working Paper*, RSCAS 2010/10 (accessible à http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13219/RSCAS_2010_10.pdf?sequence=1).

¹⁴²⁹ Des problèmes qui se posent de façon comparable dans l'ensemble des procédures négociées en droit de la concurrence. Voir A. Vallery, 'Les procédures de règlement négocié de la Commission européenne en matière de concurrence : entre flexibilité et sécurité juridique', in A. De Walsche et L. Levi (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, p.734-770.

¹⁴³⁰"The practical relevance of commitment decisions cannot be overstated." P. Ibañez Colomo, 'Three shifts in EU Competition Policy: Towards standards decentralization, settlements', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 20, n°3, 2013, pp. 363-384, p.376

¹⁴³¹Ibid, pp378-380. Voir par aussi Waelbroek qui juge cette évolution « fondamentalement dangereuse et peu opportune » D. Waelbroek, 'Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?', *GCLC Working Paper 01/08* (accessible à https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/gclc_wp_01-08.pdf?download=1.), p.48. Dans le meme sens, H. Schweitzer, 'Commitment Decisions in the EU and in the Member States: Functions and Risks of a New Instrument of Competition Law

sur leur efficacité en termes de célérité et de coûts de la procédure¹⁴³². Pourtant, grâce à ces procédures le droit de la concurrence offre aussi une plateforme pour ouvrir les autorités privées transnationales et leurs droits à la discussion politique constructive.

Cette négociation législative à l'ombre du droit de la concurrence est plus largement révélatrice d'une transformation du droit. Elle illustre «la fin d'une gouvernamentalité liée à une volonté souveraine aux prises avec des volontés rebelles»¹⁴³³. Il ne s'agit plus tant de définir strictement les règles compatibles avec le droit de la concurrence, que de renforcer la légitimité politique des normes imposées par des acteurs privés transnationaux. Le droit de la concurrence devient ainsi un puissant véhicule de « constitutionnalisation »¹⁴³⁴ des régulateurs privés transnationaux¹⁴³⁵.

Enforcement within a Federal Enforcement Regime', *e-Competitions Bulletin, Special Issue on Commitment Decisions*, 2 August 2012, www.concurrences.com.

¹⁴³²W.P.J. Wills, 'Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003' *World Competition*, Volume 29, n°3, 2006, p.345-366 K. Mehta et M-L. Tierno Centella, 'Settlement procedure in EU cartel cases', 4 *Competition Law International*, Volume 4, 2008, p.11-18; A. Vallery, 'Les procédures de règlement négocié de la Commission européenne en matière de concurrence: entre flexibilité et sécurité juridique', in A. De Walsche et L. Levi (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, p.734-770.

¹⁴³³A. Garapon, 'Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain', *Raisons politiques*, n°52, 2013/4, p. 39-49, p.49

¹⁴³⁴ « Albeit very implicitly, the Court has fashioned a public interest test that transforms Community competition law into a rudimentary set of procedural norms of good governance for private regulation. It is a set of norms that recognizes that the legitimacy of economic self-regulation depends on procedures that ensure the meaningful participation of all concerned parties rather than on hierarchical structures of formal political accountability. In that sense, the "delegation" test contributes to the constitutionalization of private governance." H. Schepel, 'Delegation of regulatory powers to private parties under EC Competition Law: Towards a procedural public interest test', *Common Market Law Review*, Volume 39, n°1, 2002 pp.31-51, p. 51.

¹⁴³⁵Ibid, p. 32. Voir aussi I. Maher, 'Competition Law and Transnational Private Regulatory Regimes: Marking the Cartel Boundary', *Journal of Law and Society*, Volume 38, Number 1, March 2011, pp.119-137 et F. Cafaggi, 'Rethinking private regulation in the European regulatory space', *EUI Working Paper LAW*, n°2006/13 (accessible à <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/4369/LAW2006.13.PDF?sequence=1>), p. 30-32.

Chapitre 2– Le dialogue social européen et le sport : Vers un nouveau processus législatif pour la *lex sportiva* ?

Une des conséquences de la confrontation de la *lex sportiva* avec le droit de l'UE a été l'émergence progressive du dialogue social européen comme procédure législative alternative. Tout particulièrement, les clubs, les ligues et les joueurs de football rassemblés en syndicats européens ont engagé le dialogue sous le patronage de la Commission tout en impliquant l'UEFA. C'est ce dialogue social et son impact que nous souhaitons analyser dans ce chapitre.

Le dialogue social européen a été une innovation majeure de la politique sociale de l'UE introduite par le traité de Maastricht¹⁴³⁶. Sa portée réelle est controversée. Tandis que la comparaison avec les mécanismes de négociation collective existant au niveau national semble peu susceptible d'éclairer sa destinée. Pourtant la mise en place d'un dialogue social transnational entre différents groupes aux intérêts souvent contradictoires pourrait être un processus de « médiation »¹⁴³⁷ des conflits politiques et juridiques dans l'espace transnational. En effet, la négociation collective disposerait d'un « potentiel réflexif »¹⁴³⁸ non négligeable. L'intégration des contestataires dans les processus de productions des normes juridiques transnationales permettrait de transcender les conflits sociaux qu'elles font naître. Le dialogue social européen est donc, *a priori*, un candidat sérieux, voire « un merveilleux outil »¹⁴³⁹, pour résoudre les conflits internes à

¹⁴³⁶B. Bercuson, 'Maastricht: a fundamental change in European labour law', *Industrial Relations Journal*, Volume 23, 1992, p.177-190.

¹⁴³⁷ U. Beck, *Pouvoir et contre pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.556.

¹⁴³⁸ "Labor law, in contrast, is, with respect to collective bargaining, characterized to some degree by a more abstract control technique in which we can recognize a "reflexive" potential." G. Teubner, 'Substantive and Reflexive Elements in Modern Law', *Law & Society Review*, Volume 17, n°2, 1983, p. 239-285, p.276. Voir aussi R. Rogowski, *Reflexive Labour Law In The World Society*, Edward Elgar, 2013.

¹⁴³⁹ « [...] la convention collective offre un merveilleux outil pour concilier (voire réconcilier dans certains cas) droit du travail et sport. » D. Primault, 'La convention collective : un outil de conciliation des ordres juridiques sportifs et étatiques' in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.439-444, p.440.

la *lex sportiva* qui ont mené à l'intervention du droit de l'UE¹⁴⁴⁰. D'autant plus, que les « véritables »¹⁴⁴¹ accords collectifs sont susceptibles d'échapper au contrôle exercé par le droit de la concurrence¹⁴⁴².

On étudiera tout d'abord le fonctionnement du dialogue social européen tel qu'il est défini par les articles 154 et 155 du TFUE (I), avant de porter notre attention sur la pratique du dialogue social européen dans le domaine sportif (II). Enfin, on analysera la place qu'est susceptible de prendre le dialogue social dans la rencontre entre *lex sportiva* et droit de l'UE et plus largement dans l'espace juridique transnational (III).

I. Le dialogue social européen en droit de l'UE

L'UE est passée progressivement « du silence au dialogue social »¹⁴⁴³. Les partenaires sociaux ont été intégrés graduellement au sein des processus politiques de l'UE. Cette évolution a abouti à l'introduction du dialogue social dans les traités et à la création de plusieurs procédures spécifiques au droit de l'UE. Ces procédures définissent et réglementent la forme particulière prise par le dialogue social européen.

a. Historique

L'idée d'un dialogue social européen remonte aux rencontres de « Val Duchesse » mises en place sous l'impulsion de Jacques Delors. Dans le cadre de ces rencontres, la

¹⁴⁴⁰ Voir pour une proposition dans ce sens immédiatement après l'arrêt Bosman, J-C. Breillat, 'Le droit social sportif et l'ordre juridique communautaire', *Revue Juridique et économique du sport*, Juillet 1996, p.5-18.

¹⁴⁴¹ Ce que les règlements de la FIFA et de l'UEFA n'étaient pas pour l'avocat général Lenz sous l'arrêt Bosman : « Les transferts vers des clubs établis dans d'autres États membres, qui nous intéressent en l'espèce, sont régis par les règlements de l'UEFA ou de la FIFA qui ne sont certainement pas des conventions collectives. » Conclusions du 20 Septembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. p. I-4165, pt.275.

¹⁴⁴² Ainsi, « Il résulte ainsi d'une interprétation utile et cohérente des dispositions du traité, dans leur ensemble, que des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue de tels objectifs doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité. » CJUE, 21 septembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, aff. C-67/96, Rec. p.I-05751, pt.60. Réaffirmé récemment dans CJUE, 4 décembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media contre Staat der Nederlanden*, aff. C-413/13, non publié, pt.20 et 21.

¹⁴⁴³ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2008, p.75.

Commission a activement encouragé le dialogue social interprofessionnel¹⁴⁴⁴. L'acte unique européen et l'ex-article 118 B du traité CE qui en ont résulté, ont amorcé la « constitutionnalisation »¹⁴⁴⁵ de ce développement. Cette institutionnalisation du rôle du dialogue social dans le cadre de l'Union européenne va donner lieu en 1992, à l'occasion de la négociation du traité de Maastricht, à l'adoption d'un accord sur la politique sociale négocié par les partenaires sociaux¹⁴⁴⁶. Toutefois, il se heurte à l'opposition britannique et fut seulement annexé au traité de Maastricht, avant d'être intégré, à la suite de l'arrivée au pouvoir des travaillistes au Royaume-Uni, lors de l'adoption du traité d'Amsterdam. Deux articles du traité, spécifiant deux procédures différentes de dialogue social, en ont résulté : les articles 154 et 155 TFUE (anciennement 138 et 138 traité CE). L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne n'a pas modifié leur substance, mais leur a adjoint un article plus général, l'article 151 TFUE¹⁴⁴⁷, reconnaissant comme objectif de la politique sociale de l'Union la promotion du dialogue social, et l'article 152 TFUE qui fait référence à l'autonomie des partenaires sociaux lui donnant dès lors « une vraie résonance « constitutionnelle » »¹⁴⁴⁸. Parallèlement, il a aussi conféré valeur de traité à la Charte des droits fondamentaux. Or, celle-ci reconnaît à son article 28 le droit fondamental à l'action et à la négociation collective¹⁴⁴⁹. L'idée d'un dialogue social européen s'est imposée progressivement. Cette transformation a été marquée par le renforcement de son ancrage juridique au sein des traités de l'UE. L'institutionnalisation qui en résulte a eu pour conséquence de consolider les procédures juridiques qui définissent, aux yeux du droit de l'Union européenne, le dialogue social européen. Ces

¹⁴⁴⁴ Pour une brève histoire de l'émergence du dialogue social européen voir Ibid, p.81-82 et C. Didry, 'L'émergence du dialogue social en Europe : Retour sur une innovation institutionnelle méconnue', *L'année sociologique*, Volume 59, n°2, 2002, p.417-447.

¹⁴⁴⁵ S. Smismans, 'The European social dialogue between constitutional and labour law', *European Law Review*, Volume 32, n°3, 2007, p.341-364.

¹⁴⁴⁶ *Accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, publié au JO C 191 du 29 juillet 1992, p. 91. Voir l'analyse socio-historique de l'accord par A. Mias, 'Du dialogue social européen au travail législatif communautaire : Maastricht, ou le syndical saisi par le politique', *Droit et société*, n°58, 2004/3, p.657-680 et C. Didry, 'L'émergence du dialogue social en Europe : Retour sur une innovation institutionnelle méconnue', *L'année sociologique*, Volume 59, n°2, 2002, p.417-447.

¹⁴⁴⁷ Article 151 paragraphe 1 TFUE : « L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. »

¹⁴⁴⁸ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2008, p. 100.

¹⁴⁴⁹ Article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

procédures, inspirées librement des différentes traditions nationales en matière de négociation collective et de dialogue social¹⁴⁵⁰, se déclinent en deux branches différentes : l'une impliquant directement les institutions de l'UE - c'est la procédure intégrée ; l'autre s'en remettant exclusivement aux partenaires sociaux et potentiellement aux Etats-membres - c'est la procédure autonome. Celles-ci se jouent à deux niveaux de représentation : un niveau interprofessionnel et un niveau sectoriel. Malgré cela, de nombreuses questions restent en suspens quant à l'efficacité, la légitimité et la portée réelle du dialogue social européen.

b. Les procédures : articles 154 et 155 TFUE

Les articles 154 et 155 du TFUE opèrent une distinction deux types de procédures sous-tendant le dialogue social dans le cadre de l'UE. Une procédure que l'on qualifiera d'intégrée et l'autre d'autonome. Ces deux procédures sont supposées se compléter, cependant elles correspondent à deux approches très différentes du dialogue social et aboutissent à des accords de natures juridiques distinctes et dont la mise en œuvre repose sur des conditions particulières.

i. Le dialogue social intégré

Dans le domaine de la politique sociale la Commission est tenue, avant de présenter une proposition législative, de consulter les partenaires sociaux sur l'opportunité d'une proposition particulière¹⁴⁵¹. L'article 154 paragraphe 3 TFUE prévoit qu'une fois cette consultation menée à bien, si la Commission estime qu'une action de l'UE est nécessaire, elle est obligée de consulter à nouveau les partenaires sociaux cette fois sur la substance de la proposition envisagée. Ceux-ci peuvent dans le cadre de la première, comme de la seconde, consultation informer la Commission de leur intention d'entamer des négociations sur le fondement de l'article 155 TFUE¹⁴⁵². Dès lors, les partenaires sociaux

¹⁴⁵⁰D. Schiek, 'Autonomous collective agreements as a regulatory device in European Labour Law : How to read Article 139 EC', *Industrial Law Journal*, Volume 34, n°1, 2005, p.23-56.

¹⁴⁵¹Article 154 paragraphe 2 TFUE.

¹⁴⁵²Article 154 paragraphe 4 TFUE.

disposent de neuf mois pour trouver un accord, dans le cas contraire la Commission pourra se ressaisir de la question et soumettre ses propres propositions.

Cependant, en cas d'accord entre les partenaires sociaux, ceux-ci peuvent soit le mettre en œuvre « selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres »¹⁴⁵³, une procédure dite autonome, soit « dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission »¹⁴⁵⁴, une procédure qui peut être qualifiée d'intégrée. Dans ce second cas de figure, l'accord trouvé par les partenaires sociaux est réintégré dans le processus législatif communautaire, il y a uniquement « autonomie-fonction »¹⁴⁵⁵ des partenaires sociaux. Ceux-ci se transforment en « pré législateurs »¹⁴⁵⁶, une position similaire à celle des partenaires sociaux impliqués dans une négociation interprofessionnelle à la française. En effet, la Commission européenne, même si elle n'y est pas nécessairement tenue¹⁴⁵⁷, a jusqu'alors transposé littéralement l'accord dans une proposition législative, ensuite « transmuée en directive »¹⁴⁵⁸ par le Conseil. Ainsi, cette procédure législative écarte intégralement le Parlement européen qui est au mieux informé *a priori* par les partenaires sociaux de la teneur des négociations en cours, ou *a posteriori* par la Commission de la proposition adoptée, et ne peut se prononcer sur la substance de l'accord et donc de la proposition soumise au Conseil. Cette spécificité institutionnelle a été critiquée¹⁴⁵⁹, car elle fragiliserait l'assise démocratique de la directive adoptée *in fine*. En se reposant exclusivement sur la capacité de représentation des partenaires sociaux, la production normative risquerait de ne pas satisfaire aux conditions minimales de participation en vigueur dans les sociétés démocratiques¹⁴⁶⁰

¹⁴⁵³Article 155 paragraphe 2 TFUE.

¹⁴⁵⁴Article 155 paragraphe 2 TFUE.

¹⁴⁵⁵M. Schmitt, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 243-334.

¹⁴⁵⁶J. Barthélémy, 'Conditions, limites et effets de la négociation sociale au plan européen', *La semaine juridique, entreprise et affaires*, n°16, 16 avril 1992, p.139, para.8.

¹⁴⁵⁷A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi : Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999, p. 179.

¹⁴⁵⁸ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2008, p. 112.

¹⁴⁵⁹ A. Reale, 'Representation of interests, participatory democracy and lawmaking in the European Union : Which role and which rules for the social partners ?' *Jean Monnet Working Paper 15/2003* (accessible à <http://civic-forum.fr/site/images/stories/pdf/whatroleforsocialpartners.pdf>) . Pour un avis plus nuancé, S. Smismans, 'The European social dialogue between constitutional and labour law', *European Law Review*, Volume 32, n°3, 2007, p.341-364.

¹⁴⁶⁰Ibid.

surtout que le Conseil se contente en pratique d'adopter la proposition qui lui est présentée sans l'amender¹⁴⁶¹.

L'accord ainsi adopté par le Conseil prend la forme d'une directive qui nécessite donc la transposition par les Etats membres. Dans le cadre de cette procédure, le dialogue social européen constitue une procédure législative alternative intégrée au système institutionnel de l'UE. Du point de vue de ses effets juridiques, elle ne se distingue pas d'une directive adoptée selon la procédure législative ordinaire. Cette procédure est fondamentalement distincte de la négociation collective autonome et contractuelle qui prévaut dans de nombreux Etats membres. Elle a connu son heure de gloire dans les années qui ont suivi l'adoption du traité de Maastricht et guidé les premiers pas du dialogue social européen¹⁴⁶². De nos jours, même si elle n'a pas totalement disparu, notamment dans le cadre du dialogue social sectoriel¹⁴⁶³, elle est tombée progressivement en désuétude à la faveur de la procédure dite autonome¹⁴⁶⁴.

ii. Le dialogue social autonome

Le dialogue social européen dit autonome est déclenché de la même manière que le dialogue social intégré, c'est-à-dire par la déclaration d'intention des partenaires sociaux d'entamer un processus de négociation susceptible d'aboutir à un accord au sens de l'article 155 TFUE. Toutefois, les partenaires sociaux européens peuvent aussi entamer des discussions sans une proposition préalable de la Commission. Le caractère autonome de ce dialogue est dû au fait que la mise en œuvre de l'accord ne repose pas sur le processus législatif de l'UE, mais s'accomplit « selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres »¹⁴⁶⁵. La formule est vague et se prête aisément à des interprétations multiples. On a pu affirmer qu'une « autonomie-

¹⁴⁶¹ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2008, p. 113-114.

¹⁴⁶² Accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, 18. Mars 1999; Accord sur le travail à temps partiel du 6 juin 1997; Accord-cadre sur le congé parental, 14 Décembre 1995.

¹⁴⁶³ P. Marginson et M. Keune, 'European social dialogue as multi-level governance : Towards more autonomy and new dependencies' in J-C. Barbier, *EU Law, Governance and Social Policy*, European Integration Online Papers (EIoP), Special Mini-Issue 1, Vol.16 (accessible à <http://eiop.or.at/eiop/pdf/2012-004.pdf>), p.1-22, p.11-12.

¹⁴⁶⁴ A. Branch, 'The evolution of the European Social Dialogue towards greater autonomy : Challenges and Potential Benefits', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 21, n°2, 2005, p.321-346, pp.324-327.

¹⁴⁶⁵ Article 155 paragraphe 2 TFUE.

liberté »¹⁴⁶⁶ est conférée aux partenaires sociaux par le droit de l'UE. Une fois saisi d'un thème particulier, les partenaires sociaux négocient, adoptent et exécutent les accords en toute autonomie. La Commission européenne met des moyens matériels importants à leur disposition et demeure un observateur passif des négociations. Cette autonomie correspond à l'idéal d'une négociation collective qui se déploierait au-delà de la souveraineté étatique pour constituer des ordres juridiques privés transnationaux¹⁴⁶⁷. Elle se raccroche au mythe d'une négociation collective laissant libre cours au rapport de force entre les partenaires sociaux, ceux-ci étant responsables de garantir, *via* l'action collective si nécessaire, la bonne application de l'accord final¹⁴⁶⁸. Une autonomie qui a pu aussi être considérée comme un nouveau mode « pluraliste », participatif, de production de normes juridiques par le bas¹⁴⁶⁹. Cependant, de nombreux doutes subsistent notamment quant à la capacité des partenaires sociaux européens à garantir l'application des accords adoptés¹⁴⁷⁰. On a pu considérer que « la convention collective européenne, règlement applicable à des relations de travail dans un cadre territorial plurinational, continue largement d'appartenir à la prospective juridique »¹⁴⁷¹. De plus, l'autonomie gagnée vis-à-vis des institutions de l'Union européenne peut être remise en cause au niveau national, que ce soit par les émanations nationales des partenaires sociaux ou les administrations nationales¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁶Le terme est de M. Schmitt, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 175-242.

¹⁴⁶⁷S. Sciarra, 'Collective Exit Strategies' in G. Davidov et B. Langille (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p.405-419, pp.414-415.

¹⁴⁶⁸D. Schiek, 'Autonomous collective agreements as a regulatory device in European Labour Law : How to read Article 139 EC', *Industrial Law Journal*, Volume 34, n°1, 2005, p.23-56; D. Comandè, 'The post-national constellation of industrial relations systems in the European Legal order', *EUI Working Papers*, MWP 2012/06 (accessible à http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22160/MWP_Comande_2012_06.pdf?sequence=1)

¹⁴⁶⁹D. Comandè, 'The post-national constellation of industrial relations systems in the European Legal order'.

¹⁴⁷⁰P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2008, p. 83 et 108-110. Voir aussi A. Branch, 'The evolution of the European Social Dialogue towards greater autonomy : Challenges and Potential Benefits', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 21, n°2, 2005, p.321-346, pp.327-335

¹⁴⁷¹Ibid, p. 109.

¹⁴⁷²P. Marginson et M. Keune, 'European social dialogue as multi-level governance : Towards more autonomy and new dependencies' in J.-C. Barbier, *EU Law, Governance and Social Policy*, European Integration Online Papers (EIoP), Special Mini-Issue 1, Vol.16 (accessible à <http://eiop.or.at/eiop/pdf/2012-004.pdf>), p.1-22, p.18-19.

Il a aussi été suggéré que le recours à la variante autonome du dialogue social européen était le résultat d'une stratégie des représentants des employeurs¹⁴⁷³. Il s'agirait de diluer l'effet contraignant du dialogue social européen, en s'appuyant sur la difficulté évidente que peut poser la coordination de la mise en œuvre d'un accord dans 27 Etats membres, disposant tous de traditions différentes en matière de négociation collective¹⁴⁷⁴. L'autonomie n'est donc pas nécessairement un gage de la capacité des partenaires sociaux à adopter des accords susceptibles d'avoir un impact réel sur les conditions de travail des travailleurs concernés. C'est pourquoi la Commission a indiqué qu'elle ferait preuve de vigilance quant à l'application concrète des accords autonomes adoptés par les partenaires sociaux. Elle s'engage, plus précisément, à en contrôler la mise en œuvre et le cas échéant à tirer les conséquences législatives de leur inefficacité¹⁴⁷⁵.

Enfin, le dialogue social européen autonome peut aussi aboutir à des décisions ou des recommandations non contraignantes, tels des codes de bonne conduite¹⁴⁷⁶. Il ne représente alors plus une procédure législative susceptible d'intégrer le droit positif de l'Union européenne ou d'un Etat national, mais plutôt une pratique politique s'apparentant à un « dialogue social mou »¹⁴⁷⁷, dont les enjeux ne concernent pas la mise en place de règles juridiques contraignantes. Dans les faits une grande partie du dialogue social européen semble prendre cette forme. Les partenaires sociaux ont, probablement face à la résistance du patronat, renoncé à mettre en œuvre une négociation collective contraignante au niveau européen. D'autant plus que le tournant de la gouvernance pris par la Commission a tendance à conforter cette évolution¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷³ A. Branch, 'The evolution of the European Social Dialogue towards greater autonomy : Challenges and Potential Benefits', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 21, n°2, 2005, p.321-346, p. 335.

¹⁴⁷⁴Rapport, *European Social Dialogue : State of Play and Prospects*, OSE & ETUC, January 2011, (accessible à http://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/Dialogue_social_2010_Rapport_OSE_CES_EN.pdf), pp.34-35.

¹⁴⁷⁵Ibid, pp.343-344. Voir aussi Communication de la Commission européenne, *Partenariat pour le changement dans une Europe élargie - Renforcer la contribution du dialogue social européen*, COM/2004/0557 final, p.11.

¹⁴⁷⁶Ibid, pp.337-338.

¹⁴⁷⁷ M. Peruzzi, 'Autonomy in European Social Dialogue', *International Journal of Comparative Labour Law*, Volume 27, n°1, 2012, p. 3-21, p.13.

¹⁴⁷⁸Commission européenne, *Livre Blanc sur la gouvernance européenne*, COM/2001/0428 final, Journal officiel n° 287 du 12/10/2001 p.1-29, p.9; Communication de la Commission européenne, *Partenariat*

Les différentes procédures liées au dialogue social européen se jouent sur deux niveaux de négociation professionnelle : au niveau interprofessionnel et sectoriel.

c. Les niveaux du dialogue social européen

i. Interprofessionnel

Le niveau interprofessionnel est celui qui a reçu le plus d'attention à Val Duchesse¹⁴⁷⁹. La Commission a rapidement reconnu la représentativité des trois organisations majeures que sont l'UNICE (Business Europe), la CES (Confédération européenne des syndicats) et la CEEP (Centre européen des entreprises publiques), même si cette représentativité a par la suite été contestée devant la justice européenne¹⁴⁸⁰. La mise en cause de la représentativité des acteurs du dialogue social interprofessionnel est d'autant plus importante que ceux-ci peuvent se saisir d'un vaste éventail de thèmes et proposer des accords qui, comme on l'a vu ci-dessus, sont susceptibles d'être transposés tels quels dans une directive¹⁴⁸¹. Ainsi, les trois premiers accords interprofessionnels adoptés ont ensuite été transposés au sein de trois directives adoptées par le Conseil¹⁴⁸². Ils ont été considérés comme un gage de la bonne santé du dialogue social européen et de l'importance des changements juridiques et pratiques qu'il serait capable d'impulser¹⁴⁸³. Depuis, l'activité législative issue du dialogue interprofessionnel a largement diminué et les accords conclus ont tous été mis en œuvre par la voie

pour le changement dans une Europe élargie - Renforcer la contribution du dialogue social européen, COM/2004/0557 final, p.6.

¹⁴⁷⁹P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2008, p. 81-82.

¹⁴⁸⁰Tribunal de l'UE, 17 juin 1998, *Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) c. Conseil*, aff.T-135/96, Rec. p.II-2335. Voir E. Franssen and A.T.J.M. Jacobs, 'The question of representativity in the European social dialogue', *Common Market Law Review*, Volume 35, n°6, 1998, p.1295-1312.

¹⁴⁸¹A. Reale, 'Representation of interests, participatory democracy and lawmaking in the European Union : Which role and which rules for the social partners ?' *Jean Monnet Working Paper* 15/2003 (accessible à <http://civic-forum.fr/site/images/stories/pdf/whatroleforsocialpartners.pdf>).

¹⁴⁸² Directive 96/34/CE du Conseil de l'Union européenne du 3 juin 1996 concernant l'accord cadre sur le congé parental ; Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel ; Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée.

¹⁴⁸³P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2008, p. 111.

autonome¹⁴⁸⁴. Cette évolution serait due principalement à l'obstructionnisme du patronat, qui tenterait à tout prix de s'opposer à la conclusion d'accords contraignants juridiquement¹⁴⁸⁵. D'autant plus que les obligations contractuelles des parties à un accord autonome sont loin d'être clairement établies¹⁴⁸⁶.

Le niveau interprofessionnel s'est donc transformé en un espace de discussion, où des textes non contraignants sont adoptés. On peut estimer qu'il joue un rôle essentiel en tant que lieu de rencontre entre les partenaires sociaux au niveau européen. Cependant, sa place dans le processus législatif de l'UE a été dévaluée. Au contraire, un foisonnement d'accords non contraignant juridiquement caractérise de nos jours le dialogue social européen à ce niveau. Parallèlement, ce changement dans la forme prise par le dialogue social interprofessionnel a été accompagné de l'institutionnalisation d'un dialogue social européen au niveau sectoriel.

ii. Sectoriel

Le dialogue social sectoriel au niveau européen n'est pas aussi récent que l'on pourrait le penser. En effet, si sous sa forme actuelle ce dialogue résulte d'une décision de la Commission de la fin des années 90¹⁴⁸⁷, des comités sectoriels européens existaient depuis les années 60¹⁴⁸⁸. C'est dans la continuité des anciennes structures de dialogue sectoriel que vont dans un premier temps se mettre en place les nouveaux comités. Toutefois, rapidement, le nombre de comités sectoriels augmente et le dialogue social sectoriel prend une place de plus en plus importante que ce soit *via* la procédure autonome ou intégrée¹⁴⁸⁹. Le développement du dialogue sectoriel accompagne le déclin du dialogue interprofessionnel. Il a abouti à un nombre limité d'accords qui ont été mis

¹⁴⁸⁴ Rapport, *European Social Dialogue : State of Play and Prospects, OSE & ETUC, January 2011*, (accessible à http://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/Dialogue_social_2010_Rapport_OSE_CES_EN.pdf), p.32.

¹⁴⁸⁵Ibid, p.10-11.

¹⁴⁸⁶ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2008, p. 108-110. Voir pour le point de vue opposé D. Schiek, 'Autonomous collective agreements as a regulatory device in European Labour Law : How to read Article 139 EC', *Industrial Law Journal*, Volume 34, n°1, 2005, p.23-56.

¹⁴⁸⁷Décision de la Commission du 20 mai 1998 concernant l'institution de comités de dialogue sectoriel destinés à favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux au niveau européen, publiée au JO L 225 du 12 août 1998, p.27-28.

¹⁴⁸⁸B. Keller, 'Social dialogue – The Specific Case of the European Union', *The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*, Volume 24, n°2, 2008, p.201-227, pp.212-215.

¹⁴⁸⁹ P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J, 2008, p. 84.

en œuvre en utilisant la procédure intégrée, les autres, la plupart, sont de nature non contraignante et ressortent de l'autonomie des partenaires sociaux. La sectorialisation du dialogue social européen se fonde sur une multitude de syndicats reconnus comme représentatifs au niveau de leur secteur d'activité, la question de leur représentativité ne va pas sans poser des problèmes de définition au moins aussi complexes que dans le cadre du dialogue social interprofessionnel¹⁴⁹⁰. La question de la légitimité du dialogue social autonome est là encore posée¹⁴⁹¹, et « on peut légitimement penser que l'Union européenne ne pourra faire l'économie d'un véritable débat sur la représentativité »¹⁴⁹².

Dans le domaine sportif, c'est au niveau sectoriel que le dialogue social européen s'organise. Tant les acteurs du monde du sport, que les institutions de l'UE, étaient favorables à son introduction. Cette conjonction des « bonnes volontés » a finalement abouti à la création d'un comité sectoriel consacré au football professionnel en 2007 et à l'expérimentation d'un comité pour le sport en général depuis fin 2012.

II. Le dialogue social européen dans le domaine du sport

Quel rôle pour le dialogue social européen dans le sport ? Au regard de l'intervention du droit de l'Union européenne dans le domaine de la *lex sportiva* et de la gêne qu'elle a provoquée pour les institutions de l'UE, la promotion du dialogue avec les institutions de la *lex sportiva* et au sein de celle-ci a été l'échappatoire privilégié pour pacifier ce conflit juridique transnational. Cependant, le dialogue social européen dans le sport en général en est à ses balbutiements, il est donc particulièrement difficile d'en prédire la destinée. Un comité a été mis en place dans le secteur du football, aboutissant à l'adoption d'un

¹⁴⁹⁰ « The question of representativity is bound to become even more complicated when the social dialogue is held at sectoral level. As organizational fragmentation and boundary disputes are much wider-spread on sectoral level than at interprofessional level, it may be exceedingly difficult to establish which parties should be involved in a specific sectoral dialogue. » Voir E. Franssen et A.T.J.M. Jacobs, 'The question of representativity in the European social dialogue', *Common Market Law Review*, Volume 35, n°6, 1998, p.1295-1312, p.1299.

¹⁴⁹¹ D. Schiek, 'Private rule making and European governance – issues of legitimacy', *European Law Review*, Volume 32, n°4, 2007, p.443-466, pp.465-466 ; S. Smismans, 'The European social dialogue between constitutional and labour law', *European Law Review*, Volume 32, n°3, 2007, p.341-364.

¹⁴⁹² A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi : Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999, p. 179.

accord dont la portée, tant juridique que pratique, reste encore à déterminer et à façonner.

a. Du dialogue structuré au dialogue social européen

Le dialogue est roi dans la confrontation du droit de l'UE avec la *lex sportiva* et ses organisations. Le « dialogue structuré » entre la Commission et le monde du sport dans toute sa diversité, a, pour ce qui concerne principalement le football, laissé sa place à un véritable dialogue social européen entre les partenaires sociaux.

i. **Du dialogue structuré...**

Le concept de dialogue a toujours été au centre des actes politiques et juridiques de l'UE dans le domaine sportif. Il s'est déployé au niveau horizontal pour qualifier les relations « quasi-diplomatiques » entretenues par les institutions de l'UE avec celles de la *lex sportiva*. Ainsi, l'accord scellé en 1991 entre la Commission et la FIFA sur la mobilité des footballeurs professionnels a été présenté comme le résultat d'un processus de dialogue¹⁴⁹³. D'ailleurs, la Communication de la Commission de 1991 sur la Communauté européenne et le sport appelait plus largement à l'établissement d'un dialogue avec les autorités sportives¹⁴⁹⁴. Cette volonté de dialogue débouchera sur la création du Forum européen du sport en 1991, celui-ci jouera un rôle significatif après l'arrêt *Bosman*¹⁴⁹⁵. Il s'agit d'« un organe consultatif, mais il a grandement contribué à un meilleur dialogue et à une meilleure compréhension entre les différentes parties prenantes du sport européen »¹⁴⁹⁶. Ce forum constitue la première forme institutionnalisée prise par le dialogue entre l'UE et les organisations sportives¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹³ « Dialogue with the sport's governing bodies yielded a pragmatic transitional agreement increasing the mobility of professional footballers. » Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : La Communauté européenne et le sport, 31 juillet 1991, SEC(91)1438 final, p.4. (disponible auprès de l'auteur en anglais)

¹⁴⁹⁴Ibid, p.6.

¹⁴⁹⁵ J-L. Chappelet, *L'autonomie du sport en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, 2010, p. 56-57.

¹⁴⁹⁶Ibid, p. 56.

¹⁴⁹⁷ Voir : Analyse d'impact accompagnant le Livre blanc sur le sport SEC (2007) 932, p.41 et Commission européenne, *L'Union européenne et le sport : Historique et contexte*, document accompagnant le Livre blanc sur le sport, SEC(2007) 935, p.1-130, p.112.

Depuis le livre blanc sur le sport en 2007, auquel il a largement contribué, ce dialogue a été rebaptisé dialogue structuré. Il englobe le forum, mais s'appuie dans le même temps sur des «[d]iscussions thématiques avec un nombre limité de participants»¹⁴⁹⁸. En effet, « [l]a large consultation des «parties concernées» est l'une des missions de la Commission consacrée par les traités »¹⁴⁹⁹. Le dialogue structuré est dès lors considéré comme la méthode appropriée pour encourager, par exemple, tant la conversion écologique du secteur sportif¹⁵⁰⁰, que la lutte contre les discriminations¹⁵⁰¹. Ce dialogue structuré est soutenu par le Parlement européen, que ce soit dans le cadre de la régulation du football¹⁵⁰², ou plus généralement « pour comprendre la spécificité du sport »¹⁵⁰³. Le Parlement estime en effet « qu'un partenariat et un dialogue structurés entre la Commission et le mouvement sportif sont essentiels pour la bonne gouvernance du sport »¹⁵⁰⁴. Dans sa déclaration de Nice consacrée au sport, le Conseil européen avait de la même manière exprimé « un vif soutien au dialogue entre le mouvement sportif, en particulier les instances du football, les organisations représentant les sportifs professionnels, la Communauté et les États membres, sur l'évolution du régime des transferts en tenant compte des besoins spécifiques du sport dans le respect du droit communautaire »¹⁵⁰⁵. Le Conseil a par ailleurs pris, en 2010, une résolution spécifique consacrée au dialogue structuré de l'UE sur le sport, au sein de laquelle, il considère « qu'un dialogue renforcé de l'UE avec les acteurs du monde sportif permettrait un échange de vues régulier et structuré sur les priorités, la mise en œuvre et le suivi de la coopération au niveau de l'UE dans le domaine du sport » et qu' « qu'il est nécessaire de développer davantage ce dialogue en consolidant les structures et pratiques existantes,

¹⁴⁹⁸Commission européenne, *Livre Blanc sur le sport*, 11 juillet 2007, COM (2007) 391 final p.20 et Commission européenne, *L'Union européenne et le sport : Historique et contexte*, document accompagnant le Livre blanc sur le sport, SEC(2007) 935, p.1-130, p.57.

¹⁴⁹⁹Commission européenne, *Livre Blanc sur le sport*, 11 juillet 2007, COM (2007) 391 final, p.19.

¹⁵⁰⁰Ibid, p.11.

¹⁵⁰¹Ibid, p.20.

¹⁵⁰² Il « demande à la Commission de poursuivre un dialogue structuré avec les instances dirigeantes du football, notamment les associations et les ligues nationales, et autres parties prenantes afin de régler le problème de l'insécurité juridique » Résolution du Parlement européen du 29 mars 2007 sur l'avenir du football professionnel en Europe, publiée au JO C27 E du 31 janvier 2008, p.232-240, pt.9.

¹⁵⁰³ Résolution du Parlement européen du 8 mai 2008 sur le Livre blanc sur le sport, publiée au JO C 271 E du 12 novembre 2009, p.51-67, considérant AJ.

¹⁵⁰⁴ Ibid, pt.5.

¹⁵⁰⁵Déclaration annexée aux conclusions du Conseil de Nice relative aux caractéristiques spécifiques du sport et à sa fonction sociale en Europe devant être prises en compte dans la mise en œuvre des politiques communes, décembre 2000 (accessible à http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_fr.htm#an4).

notamment le forum annuel de l'UE sur le sport »¹⁵⁰⁶. Il appelle donc la Présidence du Conseil à « convoquer, à intervalles réguliers, en général en marge d'une session du Conseil, une réunion informelle des principaux représentants des pouvoirs publics de l'UE et du mouvement sportif afin de procéder à un échange de vues sur les questions liées au sport qui se posent dans l'UE », à « inviter un nombre limité de participants à assister à cette réunion, en veillant à assurer une participation équilibrée des autorités publiques de l'UE, d'une part, et des représentants du mouvement sportif, d'autre part » et à « chercher à ce que la participation du mouvement sportif à cette réunion soit représentative, large et équilibrée, notamment pour ce qui est des instances de l'UE et d'Europe en général »¹⁵⁰⁷.

La question de l'efficacité et de la représentativité du dialogue structuré, notamment du dialogue thématique en petit comité, a été posée récemment par la Commission¹⁵⁰⁸. Il s'agissait plus concrètement d'évaluer la mise en œuvre des engagements contenus dans le plan d'action Pierre de Coubertin adopté par la Commission conjointement au Livre blanc sur le sport. En effet, l'initiative devait « aussi identifier des outils servant à l'amélioration du dialogue sur le sport au niveau européen (par exemple, une coopération structurée, un dialogue social) afin d'augmenter les chances de solutionner des sujets sensibles à l'amiable avant qu'ils ne soient soumis au tribunal »¹⁵⁰⁹. Ce renforcement des « structures de coopération politique pour le sport au niveau européen »¹⁵¹⁰ vise à consolider la participation des acteurs sociaux à la production et à la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne. Depuis 2011, toujours dans le cadre du dialogue structuré, la Commission européenne a lancé 6 groupes de travail, consacrés à différents thèmes et chargés de produire des documents de travail pour la Commission.

¹⁵⁰⁶Résolution du Conseil du 18 novembre 2010 concernant le dialogue structuré de l'UE sur le sport, publiée au JO C 322 du 27 novembre 2010, p.1-2, pt.3.

¹⁵⁰⁷Ibid, pt.4.

¹⁵⁰⁸Impact Assessment accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and social committee and the committee of the regions 'Developing the European Dimension in Sport', SEC(2011)67 final, p.15. Voir aussi Impact Assessment Developing the European Dimension in Sport, COM(2011) 12 final, p.17

¹⁵⁰⁹Analyse d'impact accompagnant le Livre blanc sur le sport SEC (2007) 932, p.21

¹⁵¹⁰Ibid, p.25

Ce dialogue horizontal, forme de diplomatie transnationale, n'est pas l'objet principal de ce chapitre. Cependant, l'obsession du dialogue qu'elle illustre s'exprime aussi dans la volonté ferme de mettre en place un dialogue social européen dans le secteur sportif.

ii. ...au dialogue social européen

Le dialogue social est rapidement considéré comme une solution potentielle au conflit qui a vu le jour entre le droit de l'UE et la *lex sportiva*¹⁵¹¹. Dès 1991, faisant preuve d'un certain sens de l'anticipation, le Parlement européen enjoint à « la Commission à prendre l'initiative et à encourager le dialogue social entre l'UEFA et la FIPRO, dans le but de faire reconnaître cette dernière comme l'organe de négociation représentatif de la profession »¹⁵¹². Plus récemment, dans son rapport sur le futur du football professionnel en Europe de 2007, le parlementaire européen Ivo Belet considérait que les questions sociales relatives aux conditions de travail relevaient du dialogue social, il appelait de ses vœux un « meilleur dialogue social »¹⁵¹³ et réclamait la mise en route de la « machinerie » du dialogue social européen¹⁵¹⁴. A son tour, dans sa résolution, le Parlement demandait « à l'UEFA et à la Commission d'intensifier leurs efforts visant à renforcer le dialogue social au niveau européen sur des questions comme la durée des contrats, la fixation des délais de transfert, la possibilité de rompre un contrat et le dédommagement des clubs formateurs, sachant que ce dialogue peut prévenir et surmonter les tensions entre les joueurs et les employeurs »¹⁵¹⁵.

Si la Commission avait dans un premier temps encouragé de façon informelle le dialogue social¹⁵¹⁶, le souhait du Parlement de voir le dialogue social prendre une place plus

¹⁵¹¹J.-C. Breillat, 'Le droit social sportif et l'ordre juridique communautaire', *Revue Juridique et économique du sport*, n°40, Juillet 1996, p.5-18, pp. 15-18.

¹⁵¹²Résolution du Parlement européen sur la libre circulation des footballeurs professionnels, publiée au JO C 326 du 16 décembre 1991, p.208-209, pt.7.

¹⁵¹³Ivo Belet, *Rapport au Parlement Européen sur l'avenir du football professionnel en Europe*, 13 février 2007, A6-0036/2007 (accessible à <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007-0036+0+DOC+PDF+V0//FR>) p. 8.

¹⁵¹⁴Ibid, p.6.

¹⁵¹⁵Résolution du Parlement européen du 29 mars 2007 sur l'avenir du football professionnel en Europe, publiée au JO C27 E du 31 janvier 2008, p.232-240, pt.45.

¹⁵¹⁶« De l'avis de la Commission, les discussions sur les transferts ont clairement démontré que le dialogue à tous les niveaux devient une nécessité, et que toutes les pistes pour l'organiser – y compris par des conventions collectives – devraient être explorées ; elle a offert son assistance pour encourager le dialogue au niveau européen. » Discours du 13 mars 2001 de Mme Viviane Reding, 'La réforme des règles

importante dans la réponse apportée par l'UE aux nombreux défis posés par sa confrontation avec la *lex sportiva* sera exaucé dans le livre blanc sur le sport¹⁵¹⁷. La Commission affirme qu'un « comité de dialogue social sectoriel peut être mis en place par la Commission si les partenaires sociaux en font conjointement la demande »¹⁵¹⁸. Dans son document de travail accompagnant le livre blanc, elle analyse les actions qu'elle a entreprises pour soutenir l'émergence d'un dialogue social européen et précise les raisons du soutien inconditionnel qu'elle lui apporte¹⁵¹⁹. Elle aurait notamment, selon ses propres observations, joué un rôle fondamental dans la « mise sur pied » de l'association des employeurs sportifs : l'EASE. Ainsi, la Commission voit dans le dialogue social « l'opportunité d'aborder les problèmes des relations professionnelles et de la situation sociale dans le secteur ainsi que de négocier des accords dans le respect du droit national et européen et avec l'autonomie spécifique au dialogue social et au sport européen », elle considère qu'« [u]n comité de dialogue social sectoriel européen peut être un forum d'échange et d'apprentissage mutuel qui entreprend ses propres activités, commande des analyses et des recherches dans le secteur »¹⁵²⁰. De plus, « [u]n dialogue social européen offre l'opportunité d'aborder des thèmes qui présentent un intérêt commun pour toutes les organisations nationales d'employeurs et de sportifs » et « peut être un stimulant au dialogue social au niveau national »¹⁵²¹. La Commission exprime donc pour la première fois de manière officielle sa position très favorable au dialogue social dans le domaine sportif et promet d'examiner « toute demande visant à mettre en place un comité de dialogue social sectoriel de manière pragmatique »¹⁵²².

En réponse, le Parlement européen « se félicite de ce que l'instauration de comités de dialogue social européen dans le secteur du sport soit encouragée; soutient tous les efforts consentis à la fois par les employeurs et les salariés dans ce domaine, et invite la Commission à poursuivre son dialogue ouvert avec toutes les organisations sportives

de la FIFA sur les transferts internationaux', (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-117_fr.htm). Voir aussi Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331, p.329.

¹⁵¹⁷Commission européenne, *Livre blanc sur le sport*, 11 juillet 2007, COM (2007) 391 final, p. 21.

¹⁵¹⁸Ibid.

¹⁵¹⁹ Commission européenne, *L'Union européenne et le sport: Historique et contexte*, document accompagnant le Livre blanc sur le sport, SEC(2007) 935, p.1-130, pp.59-62.

¹⁵²⁰Ibid, p.61

¹⁵²¹Ibid, p.61.

¹⁵²²Ibid, p.62.

sur cette question »¹⁵²³. Il rappelle aussi, que « le dialogue social au niveau européen peut être l'occasion de répondre aux préoccupations que les employeurs et les sportifs et sportives ont en commun et d'examiner les accords sur les relations professionnelles et les conditions de travail dans le secteur »¹⁵²⁴. Dans la même optique, il a pu considérer que « le dialogue social dans le domaine du sport comme un instrument adéquat pour trouver un équilibre entre les droits fondamentaux et les droits en matière d'emploi des athlètes en tenant compte de la spécificité du sport »¹⁵²⁵. Tandis que les ministres des sports ont « applaudi »¹⁵²⁶ l'idée d'établir un dialogue social européen dans le secteur des sports.

Des difficultés évidentes surgissent quant à la définition des frontières du secteur sportif : faut-il inclure l'activité sportive amateur ou le sport associatif ? Quelles sont les organisations syndicales susceptibles d'être reconnues comme représentatives par la Commission européenne ?

La volonté affirmée des différentes institutions de l'UE d'institutionnaliser le dialogue social dans le domaine du sport au niveau européen s'est matérialisée concrètement dans la création d'un comité du dialogue social pour le secteur du football et pourrait connaître dans le futur proche un nouveau développement avec la pérennisation d'un comité du dialogue social pour le secteur du sport en général.

b. Naissance du dialogue social européen dans le sport

Après l'adoption du livre blanc par la Commission et la multiplication des déclarations favorables à la mise en place d'un dialogue social européen dans le domaine du sport, il demeurerait nécessaire de transposer ces déclarations d'intentions dans la réalité juridique. Le premier comité sectoriel à voir le jour est celui créé dans le domaine du

¹⁵²³Résolution du Parlement européen du 8 mai 2008 sur le Livre blanc sur le sport, publiée au JO C 271 E du 12 novembre 2009, p.51-67, p.51.

¹⁵²⁴ Ibid, considérant AL.

¹⁵²⁵Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 sur la dimension européenne du sport, publiée au JO C 239E du 20 août 2013 pp. 46-60, pt.49.

¹⁵²⁶ "The Ministers applauded the proposed strategy of the White Paper on Sport to build on the "Pierre de Coubertin" Action Plan: - To establish social dialogue structures in the sports sector." Conclusions from the Informal Council of Ministers of Sport of the European Union, 25 Octobre 2007, p.3.

football en juillet 2008. Aujourd'hui les négociations concernant la création d'un comité permanent couvrant le secteur sportif dans son intégralité sont sur le point d'aboutir.

i. Vers un dialogue social européen dans le sport en général ?

L'idée d'un comité sectoriel du dialogue social européen dans le domaine du sport a été soulevée depuis l'adoption du livre blanc, cependant elle ne s'est matérialisée dans les faits que très récemment. Cette lenteur tient à la difficile identification des partenaires sociaux représentatifs, mais aussi à la définition du champ de compétence d'un tel comité. En effet, ses futures décisions ont-elles vocation à s'appliquer au sport professionnel ou aussi au sport amateur¹⁵²⁷ ? La Commission a financé de nombreux projets afin d'aboutir à la mise en place d'un comité de dialogue social européen dans le secteur sportif. Dès 2003, elle avait lancé un projet baptisé "Construction du dialogue social dans le secteur du sport" mené à bien par EASE, celui-ci recommandait « à EURO-MEI et à EASE de travailler en vue de l'établissement d'un comité de dialogue social sectoriel qui pourrait être reconnu de manière formelle par la Commission Européenne »¹⁵²⁸. Entre 2006 et 2008, la Commission finança, avec encore comme chef de file EASE, le projet « Renforcer la représentativité des partenaires sociaux dans le secteur du sport : Row the Boat ». Ce projet débouchera sur la reconnaissance mutuelle de EASE et d'EURO-MEI en tant que partenaires sociaux au niveau européen¹⁵²⁹. Enfin, le projet « Contenu et Contact », développé entre 2008 et 2009, réunissant l'Association européenne des employeurs du sport (EASE) et UNI-Europa/EURO-MEI qui représente les salariés, avait pour but d'aboutir à la mise en place d'un comité sectoriel¹⁵³⁰. Dans

¹⁵²⁷ « The major obstacles to reaching this goal are the great differences between the various sub-sectors, such as voluntary sport, professional sport and commercial sport, as well as the difficulty of identifying credible and representative social partners for the whole sport sector at European level." P. Velazquez, 'Implementation of the White Paper on Sport and consultations for implementing the Lisbon Treaty in the field of sport', EU Sport forum Madrid 2010.

¹⁵²⁸ Voir le site Web d'EASE <http://easesport.org/art.php?id=26742>.

¹⁵²⁹ Déclaration commune sur la reconnaissance mutuelle de EASE, d'EURO-MEI et du dialogue social du 8 février 2008 (accessible à [http://mail.uniglobalunion.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/BFB006F500A33C1FC1257598002C5A7E/\\$FILE/2008-02-08Mut-RecSport-FINAL-FR-SIGNED.pdf](http://mail.uniglobalunion.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/BFB006F500A33C1FC1257598002C5A7E/$FILE/2008-02-08Mut-RecSport-FINAL-FR-SIGNED.pdf)).

¹⁵³⁰ Déclaration Commune sur le dialogue social européen dans le secteur du sport de EASE et EURO-MEI, 27 mai 2009 ([http://mail.union-network.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/2557CCAAC9559E42C125761500544B79/\\$FILE/JointStatementSDSport-FINAL-FR.pdf](http://mail.union-network.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/2557CCAAC9559E42C125761500544B79/$FILE/JointStatementSDSport-FINAL-FR.pdf)).

leur déclaration commune¹⁵³¹ les deux parties énonçaient les raisons pour lesquelles elles souhaitaient entamer un dialogue social européen. Il était prévu d'accomplir les étapes suivantes :

- “1/ Achever le processus de représentativité en remplissant le questionnaire de représentativité de la Commission européenne
- 2/ Chercher la reconnaissance par la Commission européenne du comité de dialogue social sectoriel européen pour le secteur du sport et des loisirs actifs
- 3/ Créer des comités permanents sous le comité plénier une fois qu'il sera établi”

De plus, les partenaires sociaux proposaient de mettre en place trois sous-comités permanents différents : sport associatif, sport professionnel et loisirs actifs. Les premiers objectifs du comité étaient d'une part d' « entériner les recommandations communes du projet CC sur les minima requis des contrats de travail ainsi que sur la santé et la sécurité » et d'autre part d' « établir une liste des sujets à traiter dans le cadre du processus de consultation »¹⁵³² par la Commission.

A la suite, de cette déclaration, la Commission appela les partenaires sociaux « à consolider davantage leur représentativité au niveau de l'UE » et s'engagea à proposer « une phase d'essai pour faciliter la mise en place d'un tel dialogue »¹⁵³³. L'EURO-MEI est la branche européenne de UNI-MEI qui représente le secteur média, divertissement et des arts au sein du réseau syndical global UNI, elle a depuis été remplacée par UNI-Europa sport comme responsable du dialogue social européen dans le secteur sportif. L'EASE est une association créée en 2003, elle regroupe actuellement 12 membres - 10 organisations nationales d'employeurs en provenance de 8 pays européens différents, et 2 organisations européennes¹⁵³⁴. Il est potentiellement difficile d'établir la

¹⁵³¹Ibid.

¹⁵³² Ibid.

¹⁵³³ Communication de la Commission au Parlement Européen au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Développer la dimension européenne du sport*, COM(2011)12 final, p.14.

¹⁵³⁴ Voir sur le site internet de l'EASE, à <http://easesport.org/art.php?id=7074>.

représentativité de ces deux organisations ¹⁵³⁵. La Commission, probablement suspicieuse de la représentativité de ces partenaires sociaux auto-désignés, a préféré repousser l'instauration du Comité sectoriel, décision qui a été très critiquée. La Commission a ensuite fait volte-face et annoncé une phase d'essai pour le comité sectoriel, saluée par les partenaires sociaux¹⁵³⁶. Ceux-ci ayant « déjà défini des minima requis en matière de contrat de travail et de règles de santé et sécurité dans le secteur du sport et des loisirs actifs », « se réjouissent du lancement d'une phase d'essai du Comité de Dialogue Social Sectoriel Européen pour l'ensemble du secteur du sport et des loisirs actifs » ¹⁵³⁷. Ce processus aboutit au lancement, le 17 décembre 2012, d'un comité provisoire du dialogue social dans le secteur sportif, divisé en trois sous-comités, du sport professionnel, du sport associatif et du sport de loisir¹⁵³⁸. Le Comité a été présidé pour son inauguration par Jean-Claude Tricart, qui est à la tête de l'unité chargée du dialogue social européen à la Commission.

ii. La création du comité de dialogue social européen pour le secteur du football

Le comité européen du dialogue social dans le football professionnel a été lancé peu après l'adoption du livre blanc sur le sport en juillet 2008¹⁵³⁹, à la suite d'une demande déposée le 10 décembre 2007. Il est composé de membres de la division Europe du syndicat des joueurs de football professionnels internationaux (FIFPRO), de représentants de l'Association des ligues européenne de football professionnel (EPFL),

¹⁵³⁵ « EASE pointed out that the association's most important challenge was its representativity: there were only few employers' organisations in Europe in the sport and leisure sector. On the positive side it noted that it had found an ally in the EOC, which served as a relay in some countries (e.g. FR, NL).” Report from the EU Sport Forum in Biarritz on 26-27 November 2008, p.2.

¹⁵³⁶ Position commune de EASE et d'UNI Europa Sport sur l'article relatif au dialogue social européen dans la Communication de la Commission européenne "Développer la dimension européenne du sport", 21 février 2011 (accessible à http://ease.franceolympique.com/ease/fichiers/File/Communucation_CE_2011/Positions_communes/EA_SE_UNI_Europa_Sport/ease_uni_europa_sport_position_commune_com_ce_fev11_fr.pdf).

¹⁵³⁷Ibid.

¹⁵³⁸ Communiqué de presse de l'UNI, 'Important Step – European Social Dialogue in Sport', 17 December 2012, (accessible à http://www.uniglobalunion.org/Apps/uni.nsf/pages/sec_sportEn?Opendocument&exURL=http://www.uniglobalunion.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/6CA881F07F629652C1257AD700511F94?OpenDocument).

¹⁵³⁹Communiqué de presse de la Commission du 1 juillet 2008, 'Les footballeurs et leurs employeurs ouvrent un nouvel espace de dialogue social dans l'Union européenne', IP/08/1064 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1064_fr.htm).

de représentants de l'Association des Clubs européens (ECA) et est présidé par Michel Platini président de l'UEFA. La question de sa composition a été particulièrement épineuse. Il était, en effet nécessaire préalablement de déterminer les partenaires sociaux représentatifs. De plus, se posait la question de la présence de l'UEFA, qui ne peut être considérée comme représentante des employeurs, étant donné son rôle revendiqué de gardienne de l'intérêt général du football européen. C'est donc sur le fondement de la « spécificité »¹⁵⁴⁰ du sport que l'UEFA a été appelée, par l'intermédiaire de son président, à présider le comité. Si la FIFPro et l'EPFL existaient depuis respectivement 1965 et 1997, l'ECA est une émanation récente du début de l'année 2008.

La FIFPro est composé de 46 syndicats nationaux membres et représenterait plus de 65 000 joueurs de football professionnels dans le monde entier¹⁵⁴¹. Sa division Europe, qui est en charge du dialogue social européen, comprend 29 syndicats membres et est présidée par l'anglais Bobby Barnes¹⁵⁴². Par le passé, la représentativité de la FIFPro a pu être contestée¹⁵⁴³, alors que son manque de mordant lors de la négociation de la nouvelle réglementation FIFA sur les transferts a été critiqué¹⁵⁴⁴. Cependant, le syndicat a été dûment reconnu comme un partenaire légitime par l'UEFA¹⁵⁴⁵. L'aide matérielle apportée par la Commission à la FIFPro a certainement joué un rôle décisif dans cette optique¹⁵⁴⁶.

L'EPFL représente les ligues professionnelles de football et a été remodelée en 2005 à Londres. Depuis cette date, elle est entrée dans une « nouvelle ère »¹⁵⁴⁷ marquée par une

¹⁵⁴⁰ Ibid.

¹⁵⁴¹ Voir <http://www.fifpro.org/en/about-fifpro/about-fifpro>.

¹⁵⁴² Voir <http://www.fifpro.org/en/news/europe>

¹⁵⁴³ J.G. Irving, 'Red Card: The Battle Over European Football's Transfer System', *University of Miami Law Review*, Volume 56, 2002, pp.667-725, p.713.

¹⁵⁴⁴ B. Dabscheck, 'International Unionism's Competitive Edge: FIFPro and the European Treaty', *Industrial Relations*, volume 58, n°1, 2003 p.85-108, pp.97-102.

¹⁵⁴⁵ Voir le Protocole d'accord entre l'Union des Associations Européennes de Football («UEFA») et la Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels («FIFPro») «FIFPRO Division Europe », du 11 octobre 2007 (accessible à http://fr.uefa.com/multimediafiles/download/uefa/others/601344_download.pdf)

¹⁵⁴⁶M. Colucci et A. Geeraert, 'The 'Social Dialogue' in European professional football', *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 33, 2012, pp. 203-234, p.208.

¹⁵⁴⁷Voir l'historique proposé accessible à <http://www.epfl-europeanleagues.com/history.htm>.

étroite coopération avec l'UEFA¹⁵⁴⁸, et par son engagement au sein du dialogue social européen. L'association revendique 31 Ligues membres, certaines issues de pays non membres de l'UE. Elle représenterait, indirectement, au moins 932 clubs professionnels et se place donc logiquement du côté des employeurs dans le cadre du dialogue social européen.

Enfin, l'ECA, qui a remplacé le G14 - un groupe d'intérêt rassemblant plusieurs grands clubs européens - a été reconnue comme un partenaire légitime par l'UEFA¹⁵⁴⁹. Elle a été incorporée dans le comité sectoriel en tant que représentante des employeurs. Elle représenterait directement, à la différence de l'EPFL, les intérêts de 214 clubs de football professionnels¹⁵⁵⁰. L'ECA est indépendante vis-à-vis des instances dirigeantes du football européen et s'est engagée à défendre les revendications des clubs, même si elles sont contraires aux objectifs poursuivis par l'UEFA¹⁵⁵¹.

Le comité sectoriel (ci-après le « Comité), une fois reconnu par la Commission, a défini les règles procédurales le régissant¹⁵⁵². Le Comité s'y engage à travailler dans un esprit de consensus et de coopération et à se réunir en session plénière au moins une fois par an. Il fait vœu d'adopter un programme de travail pluriannuel et de s'attacher à sa mise en œuvre. Le Comité s'engage aussi à se concerter avec la Commission et à inviter ses fonctionnaires à participer aux travaux, tout en se faisant fort de travailler en harmonie avec le Conseil stratégique du football professionnel – une entité créée spécifiquement par l'UEFA¹⁵⁵³ – et à lui soumettre préalablement tout accord¹⁵⁵⁴. Le Comité est composé d'au maximum 54 représentants, répartis équitablement entre employeurs et salariés. Il

¹⁵⁴⁸ Voir le Protocole d'accord entre l'UEFA et l'EPFL renouvelé en 2012 : http://fr.uefa.com/MultimediaFiles/Download/EuroExperience/uefaorg/Leagues/01/78/06/63/1780663_DOWNLOAD.pdf.

¹⁵⁴⁹ UEFA, 'Un accord pour une nouvelle ère', Vendredi 25 janvier 2008, <http://fr.uefa.com/uefa/stakeholders/clubs/news/newsid=648370.html>.

¹⁵⁵⁰ Voir <http://www.ecaeurope.com/about-eca/eca-membership1/>.

¹⁵⁵¹ R. Siekmann, 'Some thoughts about the European Club Association's Possible Participation in a Social Dialogue in the European Professional Football Sector', *The International Sports Law Journal*, n°1-2, 2008, p.95-96.

¹⁵⁵² Rules of Procedure for the European Sectoral Social Dialogue Committee in the Interprofessional Football Sector, 1 July 2008.

¹⁵⁵³ Concernant le Conseil stratégique voir : <http://fr.uefa.com/uefa/stakeholders/professionalfootballstrategyCouncil/news/index.html>.

¹⁵⁵⁴ Article 2, des Rules of Procedure for the European Sectoral Social Dialogue Committee in the Interprofessional Football Sector, 1 July 2008.

appartient aux représentants des employeurs (ECA et EPFL) de s'accorder sur la clé de répartition de leurs sièges. La Commission se charge de convier les participants et de couvrir leurs frais de voyage et de séjour¹⁵⁵⁵. Il est par ailleurs convenu, qu'au vu de la « spécificité du sport », la présidence du comité est confiée à l'UEFA, tandis que les partenaires sociaux alterneront au poste de vice-président¹⁵⁵⁶. Un comité paritaire de pilotage, composé de 12 représentants, est chargé de préparer et de coordonner les sessions en liaison avec les services de la Commission¹⁵⁵⁷. Le secrétariat du Comité est quant à lui pris en charge par la Commission¹⁵⁵⁸. Le comité de pilotage est chargé de fixer l'agenda, mais est aussi dans l'obligation de consulter préalablement le Conseil stratégique du football professionnel¹⁵⁵⁹. Enfin, les décisions doivent être adoptées par consensus¹⁵⁶⁰.

Le premier programme de travail adopté par le Comité pour les années 2008-2009¹⁵⁶¹ avait pour objectif de renforcer l'action des partenaires sociaux en matière d'emploi dans le secteur du football professionnel. Il s'agissait principalement de définir des exigences contractuelles minimales applicables aux contrats des joueurs professionnels de football. Par ailleurs, les différents partenaires sociaux et l'UEFA s'engageaient à poursuivre d'autres objectifs uniquement s'ils avaient été préalablement discutés et adoptés au sein du Conseil stratégique du football professionnel.

Une plateforme durable de débat et de dialogue a été mise en place, même si l'on constate que le caractère atypique du secteur sportif se reflète dans certaines de ses particularités institutionnelles. L'accord sur les garanties minimales du contrat de travail, espéré dès 2008, ne sera en fait conclu qu'en 2012.

¹⁵⁵⁵Article 3, *ibid.*

¹⁵⁵⁶Article 4, *ibid.*

¹⁵⁵⁷Article 5, *ibid.*

¹⁵⁵⁸Article 6, *ibid.*

¹⁵⁵⁹Article 9, *ibid.*

¹⁵⁶⁰*Ibid.*

¹⁵⁶¹ Le programme est annexé aux Rules of Procedure for the European Sectoral Social Dialogue Committee in the Interprofessional Football Sector, 1 July 2008.

c. L'aboutissement du dialogue européen sectoriel dans le domaine du football : l'accord relatif aux exigences minimales requises pour les contrats types de joueurs dans le secteur du football professionnel

Le 19 avril 2012 était signé le premier accord de l'histoire du Comité sectoriel du dialogue social européen dans le football professionnel. Il est « relatif aux exigences minimales requises pour les contrats types de joueurs dans le secteur du football professionnel dans l'Union européenne et sur le reste du territoire de l'UEFA ». Plusieurs questions se posent : Quel est le contenu de cet accord ? Quelle est sa valeur juridique ? Comment est-il mis en œuvre ?

i. La substance de l'accord

Initiée par un protocole d'accord entre l'UEFA et la FIFPro en 2007¹⁵⁶², la négociation a finalement abouti le 19 avril 2012¹⁵⁶³. Elle était devenue la priorité absolue de la FIFPro, qui considère que la sécurité contractuelle est essentielle pour les joueurs professionnels. Toutefois, elle ne s'est pas faite sans difficulté, une suite de fausses joies¹⁵⁶⁴ et de vraies déceptions¹⁵⁶⁵ a contraint la FIFPro à hausser la voix à plusieurs reprises pour arracher cet accord¹⁵⁶⁶. En résumé, une vraie négociation collective avec un rapport de force, des coups bas et du suspense, tout cela sous les encouragements timides de la Commission¹⁵⁶⁷. La substance de l'accord « relatif aux exigences minimales requises pour les contrats types de joueurs dans le secteur du football professionnel

¹⁵⁶² *Protocole d'accord entre l'Union des Associations Européennes de Football («UEFA») et la Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels («FIFPro») «FIFPRO Division Europe», du 11 octobre 2007.*

¹⁵⁶³ Voir Communiqué de presse de FIFPro, 'Wonderful European football family finds solutions', 20 avril 2012 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/wonderful-european-football-family-finds-solutions>).

¹⁵⁶⁴ Communiqué de presse de FIFPro, 'A pass from FIFPro, and Platini scores...', 8 août 2011 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/a-pass-from-fifpro-and-platini-scores>).

¹⁵⁶⁵ Communiqué de presse de FIFPro, 'Only FIFPro is ready to sign minimum requirements', 1 mars 2011 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/only-fifpro-is-ready-to-sign-minimum-requirements>).

¹⁵⁶⁶ Communiqué de presse de FIFPro, 'FIFPro requests swift agreement in Social Dialogue', 27 Mai 2010; FIFPro, 'FIFPro asks ministers for support for Social Dialogue', 15 avril 2010 (accessible à <https://fifpro.org/en/news/fifpro-requests-swift-agreement-in-social-dialogue>).

¹⁵⁶⁷ « It seems that progress towards reaching the agreement has recently slowed down. We encourage the social partners and UEFA to resume work in order to finalise the talks." P. Velazquez, 'Implementation of the White Paper on Sport and consultations for implementing the Lisbon Treaty in the field of sport', EU Sport forum 2010 Madrid.

dans l'Union européenne et sur le reste du territoire de l'UEFA » auquel ce processus a abouti concerne, comme son titre l'indique, les conditions contractuelles applicables aux joueurs professionnels de football.

L'accord prévoit, ainsi, que le contrat de travail d'un footballeur professionnel prendra la forme écrite et devra comporter un certain nombre de mentions obligatoires¹⁵⁶⁸. Le contrat doit indiquer les dates de début et de fin de la relation de travail et définir précisément le droit du joueur et du club au renouvellement, ou non, du contrat¹⁵⁶⁹. Concernant le droit applicable au contrat, l'accord prévoit que le droit du pays où le club à son siège est applicable, à moins que les parties en décident autrement¹⁵⁷⁰. Toutefois, le choix d'un droit différent ne saurait avoir pour conséquence de priver le joueur du bénéfice des normes impératives du droit du siège du club¹⁵⁷¹. L'article 6 définit plus largement les obligations incombant aux clubs professionnels. Le contrat spécifie ainsi les obligations financières du club¹⁵⁷², les modalités de paiement du salaire¹⁵⁷³, les modalités de changements des conditions salariales en cas d'événements particuliers¹⁵⁷⁴, le droit des jeunes joueurs de suivre un parcours éducatif normal (mais aussi des plus âgés de préparer leur reconversion)¹⁵⁷⁵. Le joueur et le club doivent trouver un accord concernant le paiement des impôts¹⁵⁷⁶. Le contrat définit aussi la durée des congés (avec un minimum de 4 semaines/an) octroyés au joueur professionnel¹⁵⁷⁷, les « droits fondamentaux » dont peut se prévaloir le joueur¹⁵⁷⁸ et les règles concernant la santé et la sécurité au sein du club¹⁵⁷⁹. Le joueur s'engage lui à jouer les matchs, à participer aux entraînements, à maintenir une hygiène de vie saine et une bonne condition physique, à respecter les instructions données par les officiels du club,

¹⁵⁶⁸ Article 3 de l'Accord relatif aux exigences minimales requises pour les contrats types de joueurs dans le secteur du football professionnel dans l'Union européenne et sur le reste du territoire de l'UEFA, du 19 avril 2012,.

¹⁵⁶⁹ Article 3.5. Toutefois, l'article 3.6 prévoit que cette définition est laissée à l'appréciation de l'entité chargée de la transposition de l'accord au niveau national.

¹⁵⁷⁰ Article 5.1.

¹⁵⁷¹ Article 5.4.

¹⁵⁷² Article 6.2.

¹⁵⁷³ Article 6.3.

¹⁵⁷⁴ Article 6.4.

¹⁵⁷⁵ Article 6.5.

¹⁵⁷⁶ Article 6.6.

¹⁵⁷⁷ Article 6.7.

¹⁵⁷⁸ Article 6.8.

¹⁵⁷⁹ Article 6.9 et 6.10.

à assister aux événements organisés par le club, à obéir aux règles, à se comporter respectueusement avec les personnes impliquées sur le terrain comme en dehors, de s'abstenir de participer à d'autres activités liées au football ou d'autres natures non autorisées par le club préalablement, à protéger la propriété du club, à informer le club immédiatement en cas de maladie ou d'accident et à ne pas entamer de traitement sans l'aval du club, à faire régulièrement à des examens médicaux sous le contrôle du médecin du club, à respecter les règles anti-discrimination, à ne pas menacer la réputation de son club, à ne pas parier (ou autres activités analogues) sur des matchs de football¹⁵⁸⁰. Par ailleurs, si le joueur conteste l'opinion du médecin du club, il peut avoir recours à l'expertise d'un médecin indépendant. Si cette expertise s'avère contraire à celle du médecin du club, un troisième médecin, dont l'opinion est contraignante, est mandaté conjointement par le club et le joueur¹⁵⁸¹. Le joueur et le club doivent aussi se mettre d'accord sur les conditions d'exploitation des droits à l'image du joueur¹⁵⁸². De plus, le club doit communiquer les règles disciplinaires que le joueur doit respecter¹⁵⁸³. Le club fixe les sanctions applicables en cas de violation par le joueur des conditions de son contrat¹⁵⁸⁴. Le joueur peut faire appel de la décision le sanctionnant et a le droit d'être représenté par le capitaine ou le représentant syndical¹⁵⁸⁵. Le joueur et le club s'engagent à respecter les règles anti-dopage¹⁵⁸⁶. Les parties s'engagent aussi à fixer la procédure de résolution de litiges sur les questions qui ne sont pas comprises dans le contrat¹⁵⁸⁷. En fonction des législations nationales ou des conventions collectives applicables, tout litige doit être soumis à un tribunal arbitral impartial et indépendant composé à parité de représentants des employés et des employeurs ou au TAS quand aucune autre alternative existe¹⁵⁸⁸. Les parties doivent respecter les « règles du football » (règlements de la FIFA, de l'UEFA et des ligues professionnelles) qui font partie intégrante du contrat¹⁵⁸⁹. Ces règles devant être entendues de manière

¹⁵⁸⁰ Article 7.2.

¹⁵⁸¹ Article 7.4.

¹⁵⁸² Article 8.1.

¹⁵⁸³ Article 10.1.

¹⁵⁸⁴ Article 10.2 et 10.3

¹⁵⁸⁵ Article 10.4.

¹⁵⁸⁶ Article 11.1.

¹⁵⁸⁷ Article 12.1.

¹⁵⁸⁸ Article 12.2.

¹⁵⁸⁹ Article 13.2.

dynamique, elles peuvent évoluer tout au long de la validité du contrat¹⁵⁹⁰. De même, les parties doivent respecter les accords collectifs nationaux¹⁵⁹¹. Enfin, club et joueur s'engagent à agir contre le racisme, ou autres actes discriminatoires, dans le football¹⁵⁹². Les parties et les partenaires sociaux ne peuvent déroger à cet accord qu'en faveur des joueurs¹⁵⁹³. L'accord ne remet pas non plus en cause les avantages acquis préalablement par les joueurs¹⁵⁹⁴.

L'accord définit donc de manière précise le cadre juridique spécifique s'appliquant au contrat de travail des joueurs de football en Europe. C'est un premier accord relativement consensuel et qui porte sur un sujet moins polémique que la réglementation des transferts que certains aimeraient voir traité par le comité¹⁵⁹⁵. Sa portée symbolique est illustrée par la présence à la cérémonie de signature de la Commissaire à l'éducation et à la culture Androulla Vassiliou et du Commissaire à l'emploi, aux affaires sociales et inclusion Laszlo Andor¹⁵⁹⁶. Il s'agit d'un accord qui est susceptible d'influer sur les pratiques contractuelles en vigueur dans le monde du football professionnel en Europe, mais encore faut-il qu'il soit appliqué.

ii. La valeur juridique et la mise en œuvre de l'accord

Les accords issus du dialogue social européen ont une valeur juridique incertaine, notamment lorsqu'ils ne sont pas transposés en directive par les institutions européennes, ce qui est le cas en l'espèce. En effet, les parties ont clairement énoncé leur

¹⁵⁹⁰ Article 13.3.

¹⁵⁹¹ Article 14.

¹⁵⁹² Article 16.

¹⁵⁹³ Article 17.1.

¹⁵⁹⁴ Article 17.3.

¹⁵⁹⁵ « Specifically, we have argued that through such a collective agreement, or in its absence a directive derived from social dialogue, EU law could require national football associations to adopt a modified and more flexible version of the FIFA transfer rules which would be incorporated into their more detailed national rules reflecting national preferences. A collective agreement or directive could also contain provisions providing for minimum standards relating to the use and operation of transfer windows and rules regulating the rights of players under contract to talk to other clubs about their future. Issues such as rules regarding the availability for international team selection and whether certain rules should be exempt from EU law could be similarly resolved.” S. Gardiner et R. Welsh, ‘Bosman—There and Back Again: The Legitimacy of Playing Quotas under European Union Sports Policy’, *European Law Journal*, Volume 17, n°6, 2011, p. 828–849, p.849.

¹⁵⁹⁶ Discours du 19 avril 2012 de A. Vassiliou, ‘Introductory remarks Meeting of social partners of professional football sector - Signing Ceremony’, SPEECH/12/284 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-284_en.htm).

volonté de considérer cet accord comme un accord européen autonome¹⁵⁹⁷. De nombreux doutes subsistent donc sur la portée pratique de cet accord : S'agit-il d'une simple déclaration d'intention ? Comment sera-t-il mis en œuvre concrètement ? Quelles sont les conséquences potentielles auxquelles s'exposent les parties en cas de non-transposition ?

Certaines de ces questions trouvent un élément de réponse dans le corps du texte de l'accord. Les parties reconnaissent que celui-ci est le résultat d'un processus de négociation collective au niveau européen et s'engagent à promouvoir et à développer l'idée d'exigences minimales pour les contrats types de joueurs dans le secteur du football professionnel dans l'UE et sur le reste du territoire de l'UEFA¹⁵⁹⁸. Concernant plus particulièrement sa mise en œuvre, l'accord prévoit explicitement que les parties s'efforcent d'assurer, si possible, son implémentation au niveau national *via* les instruments juridiques appropriés, tels que déterminés par les partenaires nationaux compétents¹⁵⁹⁹. L'accord comprend aussi de nombreuses clauses restreignant l'obligation de transposition, comme la référence au principe de subsidiarité, ou encore le fait que la mise en œuvre devra tenir compte de du droit du travail sportif et des accords collectifs en vigueur dans les Etats concernés¹⁶⁰⁰. De plus, l'accord ne pourra être mis en œuvre qu'à partir du moment où les organes des parties, l'auront approuvé ou ratifié¹⁶⁰¹. Il s'agit d'une référence à la procédure interne des signataires, par exemple au sein de l'UEFA¹⁶⁰². Parallèlement, un comité de contact est créé, afin d'aider à la résolution des potentiels conflits au niveau national lors de la transposition de l'accord¹⁶⁰³. Les parties se sont aussi accordées sur le fait que la substance de l'accord ne saurait être modifiée unilatéralement¹⁶⁰⁴. Cependant, en cas de circonstances exceptionnelles les partenaires sociaux nationaux peuvent adapter ou compléter l'accord, à condition que ces changements soient validés préalablement par le Comité de

¹⁵⁹⁷Considérant k de l'Accord relatif aux exigences minimales requises pour les contrats types de joueurs dans le secteur du football professionnel dans l'Union européenne et sur le reste du territoire de l'UEFA, du 19 avril 2012.

¹⁵⁹⁸Considérant I.

¹⁵⁹⁹Article 18.1.

¹⁶⁰⁰Ibid.

¹⁶⁰¹Article 18.2

¹⁶⁰²L'UEFA a adopté l'accord lors de son congrès d'Istanbul du 22 mars 2012.

¹⁶⁰³Article 18.4

¹⁶⁰⁴Article 19.2

pilotage du Comité sectoriel¹⁶⁰⁵. Il est prévu que l'accord entre en vigueur avec son adoption par les organes compétents des parties, il reste ensuite valable pendant 4 ans¹⁶⁰⁶.

La première étape dans la mise en œuvre pratique de cet accord passe donc par son adoption par les organes compétents des parties. Or, si l'UEFA et FIFPro ont adopté l'accord avec célérité, les autres partenaires sociaux ont été plus réticents. La FIFPro a notamment rapidement été déçue au regard de la lenteur avec laquelle les autres signataires ont adopté l'accord¹⁶⁰⁷. Il est ensuite nécessaire que les partenaires sociaux transposent l'accord au niveau national, ce qui est encore beaucoup plus difficile à réaliser. Cette difficulté n'est pas endémique au dialogue social européen dans le secteur du football, elle a été identifiée dans le contexte général de la mise en œuvre des accords autonomes¹⁶⁰⁸. En effet, l'autonomie des partenaires sociaux n'est pas nécessairement synonyme d'une exécution rigoureuse des accords négociés dans le cadre de cette procédure. Il est donc impératif que la Commission, comme elle s'est d'ailleurs engagée à le faire¹⁶⁰⁹, soutienne les partenaires dans la phase de transposition de cet accord, afin qu'il ait une portée réelle sur la vie professionnelle des joueurs de football. La décentralisation de la mise en œuvre de l'accord a aussi pour conséquence de maintenir un statut contractuel différencié entre les joueurs professionnels issus de pays ayant transposé l'accord et les autres. Enfin, en cas d'inapplication de l'accord, reste ouverte la question des conséquences juridiques et de la responsabilité des parties. Une partie de la doctrine admet que les accords autonomes ont uniquement un caractère contractuel -

¹⁶⁰⁵ Article 19.3

¹⁶⁰⁶ Article 20.1

¹⁶⁰⁷ Communiqué de presse de FIFPro, 'FIFPro awaits an initiative from UEFA, ECA and EPFL', 14 juin 2012 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/fifpro-awaits-an-initiative-from-uefa-eca-and-epfl>)

¹⁶⁰⁸« Nevertheless, as far as the binding effect of "agreements" reached under such procedure and the impact on working conditions, sectoral social dialogue still depends either on the initiative of EU institutions or on Social Partners action at national level." E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, F. Valdés Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, Report to the European Commission, 2006, p.15. Voir aussi A. Lo Faro, 'Bargaining in the shadow of 'optional frameworks'? The rise of transnational collective agreements and EU law', *European Journal of Industrial Relations* Volume 18, n°2, 2012, p.153-165.

¹⁶⁰⁹Discours du 19 avril 2012 de A. Vassiliou, 'Introductory remarks Meeting of social partners of professional football sector - Signing Ceremony', SPEECH/12/284 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-284_en.htm). Voir aussi M. Colucci et A. Geeraert, 'The 'Social Dialogue' in European professional football', *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 33, 2012, pp. 203-234, p.27.

encore faut-il déterminer le droit des contrats auquel ils sont soumis¹⁶¹⁰. Par conséquent, il a été soutenu que l'accord ne lie contractuellement que les signataires, en leur imposant seulement une obligation de moyen dans la mise en œuvre de celui-ci¹⁶¹¹. La négociation collective étant intrinsèquement autonome, les partenaires sociaux au niveau national ne peuvent être contraints juridiquement à transposer l'accord¹⁶¹², la mise en œuvre dépend donc largement de leur bon vouloir. Dès lors, ni les joueurs ni les clubs ne peuvent se prévaloir de l'accord européen s'il n'a pas été transposé au niveau national¹⁶¹³. Dans ce contexte, la FIFPro devait, à la fin de l'année 2014, rendre un rapport très attendu par la Commission sur la mise en œuvre de l'accord. Les partenaires sociaux ont récemment mis l'accent sur la nécessité d'encourager sa transposition au niveau national¹⁶¹⁴, mais ils se sont heurtés à de fortes résistances locales¹⁶¹⁵. Il est crucial de déterminer dans quelle mesure ces résistances ont entamé la portée pratique de l'accord. L'avenir du dialogue social européen dans le domaine sportif dépend largement de sa capacité à modifier les réalités juridiques et pratiques auxquelles sont confrontés les joueurs et les clubs. Dans le cas contraire, le dialogue social européen sera réduit au statut de diversion passagère utilisée pour atténuer la saisie et le contrôle de la *lex sportiva* par le droit de l'UE.

III. Le dialogue social : « démocratiser » la production du droit dans l'espace transnational

L'introduction du dialogue social européen dans le secteur sportif, et du football professionnel en particulier, est une réponse au conflit ouvert déclenché par l'arrêt

¹⁶¹⁰ Voir les développements de P. Rodière, *La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, 1987, p.340-354.

¹⁶¹¹ Voir M. Colucci et A. Geeraert, 'The 'Social Dialogue' in European professional football', *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 33, 2012, pp. 203-234, p.231.

¹⁶¹²Ibid, p.232. C'est un problème général du dialogue social européen, E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, F. Valdés Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, Report to the European Commission, 2006, p.13.

¹⁶¹³Ibid, p.232-233.

¹⁶¹⁴ Cet objectif est devenu central dans le mandat du comité pour les années 2014 et 2015 adopté en décembre 2013, accessible à https://circabc.europa.eu/sd/a/c463ccb8-e500-481f-9739-da240d3dc80a/football_wp_2014-2015.pdf.

¹⁶¹⁵ Voir par exemple les difficultés rencontrées en Slovaquie : 'ECA participates in first Social Dialogue Country visits', 18 Octobre 2010, accessible à <http://www.ecaeurope.com/news/eca-participates-in-first-social-dialogue-country-visits/>

Bosman entre le droit de l'UE et la *lex sportiva*. Le recours au dialogue social européen peut être interprété comme une stratégie politique visant à faire jaillir un nouveau mode production des normes en vigueur dans le secteur sportif afin de « civiliser »¹⁶¹⁶ la *lex sportiva*.

a. Le dialogue social européen : insuffler de la « bonne gouvernance » au sein de la *lex sportiva*

Le développement du dialogue social dans le domaine du sport est souvent perçu comme une question de « gouvernance »¹⁶¹⁷. Les commentateurs¹⁶¹⁸, les organisations sportives¹⁶¹⁹, les partenaires sociaux¹⁶²⁰ ou les institutions européennes¹⁶²¹ y voient une procédure capable d'incarner la « bonne gouvernance » sportive. La notion de « bonne gouvernance » mise en avant dans le domaine sportif par la Commission européenne

¹⁶¹⁶ On peut tirer un parallèle avec les considérations d'Alain Supiot sur la fonction du droit du travail face au pouvoir patronal : « Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être, de pallier ce manque, c'est-à-dire de « civiliser » le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique là où il s'exerce, c'est-à-dire dans l'entreprise. » A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, 1994, p.151.

¹⁶¹⁷ « 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, y compris par des accords sur les relations professionnelles et les conditions de travail dans le secteur et conformément aux dispositions du traité CE », Commission européenne, *Livre blanc sur le sport*, 11 juillet 2007, COM (2007) 391 final, p.21.

¹⁶¹⁸ « It is also an important element of good governance because associations, clubs, and players could shape employment relationships and working conditions on the basis of fundamental principles such as transparency, democracy, accountability, and, at the same time, comply with the relevant EU law and reduce the number of litigations. » M. Colucci et A. Geeraert, 'The 'Social Dialogue' in European professional football', *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 33, 2012, pp. 203-234, p. 233; R. Parrish, 'Social Dialogue in European Professional Football', *European Law Journal*, Volume 17, n°2, 2011, p. 213-229, pp.224-229.

¹⁶¹⁹ 'The agreement sets out minimum requirements for players' contracts in order to protect both players and clubs, safeguarding player welfare and ultimately contributing to good governance in European football.' Communiqué de presse de l'UEFA, 'UEFA agreement with social partners ensures better working conditions for players', 19 avril 2012 (accessible à <http://www.uefa.org/mediaservices/mediareleases/newsid=1786485.html>).

¹⁶²⁰ 'It follows that the autonomy of sports organizations should be contingent on a strict code of good governance that must include social dialogue, taking into account examples of existing best practice at the national and European level.' Communiqué de presse de FIFPro, 'EU Athletes write letter to commissioner', 22 février 2012 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/fifpro-eu-athletes-write-letter-to-commissioner>).

¹⁶²¹ Résolution du Parlement européen du 29 mars 2007 sur l'avenir du football professionnel en Europe, publiée au JO C27 E du 31 janvier 2008, p.232-240, pp.235-236 ; Communication de la Commission au Parlement Européen au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Développer la dimension européenne du sport*, COM(2011)12 final, pp. 11-14; Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 sur la dimension européenne du sport, publiée au JO C 239E du 20 août 2013 pp. 46-60, pt.49.

implique que « certains principes liés entre eux sous-tendent la gouvernance du sport au niveau européen, comme l'autonomie dans les limites de la loi, la démocratie, la transparence du processus décisionnel et l'obligation de justification des décisions prises, et la possibilité offerte à toutes les parties intéressées d'être représentées »¹⁶²². Plus généralement, cinq principes forment le socle de la bonne gouvernance aux yeux de la Commission : « ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence »¹⁶²³. Le dialogue social a été considéré comme une procédure clé afin d'encourager une gouvernance européenne inclusive et réflexive face à la société civile¹⁶²⁴. C'est en se reposant sur le discours et les objectifs de la bonne gouvernance que les institutions européennes ont encouragé le développement du dialogue social européen dans le domaine du sport.

Toutefois, il y a aussi une dimension spécifique à la *lex sportiva*. La *lex sportiva* est définie et mise en œuvre par les organisations sportives internationales et nationales. Or, une large part des personnes affectées par ces règles, tout particulièrement les sportifs, mais pas seulement, étaient privés de voix politique¹⁶²⁵. Cet état de fait peut expliquer que ces acteurs aient emprunté la voie judiciaire pour faire valoir leurs revendications, ce qui a abouti à l'intervention de la Cour. Une intervention coûteuse en ressources et en capital politique pour une UE qui en manque cruellement. Il était donc assez naturel que l'UE cherche à se dessaisir progressivement de cette responsabilité, pour la déléguer aux partenaires sociaux, tout particulièrement dans le domaine le plus explosif : le football professionnel. L'émergence du dialogue social européen accompagne le reflux de l'interventionnisme de l'UE dans un domaine qu'elle n'a ni l'ambition, ni la capacité de régenter. C'est un retrait qui ne plait pas aux représentants des sportifs¹⁶²⁶. Cependant, elle impose, implicitement, comme contrepartie à ce retrait

¹⁶²²Communication de la Commission au Parlement Européen au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Développer la dimension européenne du sport*, COM(2011)12 final, p. 11

¹⁶²³ Commission européenne, *Livre Blanc sur la gouvernance européenne*, COM (2001) 0428 final, publié au JO n° 287 du 12 octobre 2001 p.1-29, p.7.

¹⁶²⁴Ibid p.11-12. Voir aussi M. Peruzzi, 'Autonomy in European Social Dialogue', *International Journal of Comparative Labour Law*, Volume 27, n°1, 2012, p. 3-21.

¹⁶²⁵P. Piat, 'Les joueurs : Histoires d'un combat permanent', *Pouvoirs*, n°101, 2002/2, p. 49-64.

¹⁶²⁶Communiqué de presse de la FIFPro, 'Open letter to the ministers of sport', 15 avril 2010 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/open-letter-to-the-ministers-of-sport>).

l'introduction de nouveaux modes de production de la *lex sportiva*¹⁶²⁷. L'amélioration des processus politiques internes au monde sportif, à travers la création de procédures législatives plus démocratiques, conditionne son autonomie vis-à-vis de droit de l'UE. Par exemple, les accords collectifs sont, depuis l'arrêt *Albany*, exclus du champ d'application du droit de la concurrence.

Cependant, le recours au dialogue social européen, tel qu'il est structuré pour le moment, ne s'appuie pas sur la *lex sportiva*. Il repose sur un accord autonome qui n'entre pas dans le champ de ses règles. Cette particularité explique que l'UEFA ne se soit pas véritablement engagée pour imposer la mise en œuvre de l'unique accord signé, d'où les difficultés rencontrées quant à sa transposition en pratique. L'appel à un tournant réflexif¹⁶²⁸ dans le domaine sportif, basé sur le dialogue social, doit tenir compte de cette difficulté. Si le dialogue social européen doit servir de nouveau mode de production de la *lex sportiva*, il faut la forcer à intégrer les accords trouvés dans ce cadre et à les étendre dans son champ de compétence. Le dialogue social européen doit être couplé à la *lex sportiva* afin qu'il exerce ses vertus démocratiques. Dans le cas contraire, il n'a aucun impact direct sur elle et sa relevance en pratique est toute aussi relative.

Plus largement, l'utilisation du dialogue social européen dans le cadre de la pacification du conflit entre droit de l'UE et *lex sportiva* pose la question de sa capacité à constituer

¹⁶²⁷ "Pour éviter la multiplication des recours juridictionnels sur les conditions de travail, l'Union européenne a encouragé depuis quelques années la mise en place d'un dialogue social européen pour que les normes sur les conditions de travail fassent l'objet d'une négociation collective entre toutes les parties prenantes. Par le dialogue social on peut dès lors entrevoir une meilleure gouvernance dans le sport, puisque les règlements « sportifs » seraient plus légitimement adoptés et par conséquent la mise en place d'une plus grande certitude juridique pour les fédérations." Voir : A. Husting, « Le dialogue social européen: Une nouvelle approche dans la prévention des conflits entre employeurs et travailleurs du secteur sportif? », Intervention au colloque Sport et Travail, FSSEP Lille 2, 10, 11 et 12 décembre 2007 (accessible à http://staps.univ-lille2.fr/fileadmin/user_upload/Doc_manif_colloque/sport_travail/plen_husting.pdf).

¹⁶²⁸ "In the context of the transfer system, we have contended that the best basis for resolving the potential for conflict in advance is by moving to a system of reflexive law using the method of EU social law as a paradigm. The advantage of reflexive law is that it enables a set of principles to be provided that must be adhered to as a minimum but permits delegation of detailed implementation to relevant bodies such as the governing bodies of particular sports. A system of reflexive law can provide a compromise between ensuring that particular standards are complied with and respecting the autonomy of those concerned with operating a particular system or activity and who understand the specificities involved." S. Gardiner & R. Welsh, 'Bosman—There and Back Again: The Legitimacy of Playing Quotas under European Union Sports Policy', *European Law Journal*, Vol. 17, No. 6, November 2011, pp. 828–849, p.849

une procédure politique efficace, capable de transcender les conflits sociaux dans l'espace transnational.

b. Le dialogue social: corriger les asymétries de pouvoir dans l'espace transnational

Le dialogue social transnational se présente comme une réponse envisageable aux défis posés par « la logique [de l'entreprise] transnationale » dans le « contexte de la globalisation »¹⁶²⁹. Dans ce contexte, le dialogue social transnational offre une solution politique extra-étatique aux conflits sociaux émergents dans l'espace transnational. En effet, l'idée de civiliser l'entreprise qui a sous-tendu le développement de la négociation collective et plus largement du droit du travail au niveau national¹⁶³⁰, peut être poursuivie au delà de l'Etat nation¹⁶³¹. La multiplication des relations de travail ayant une dimension transnationale, n'appelle t'elle pas un dialogue social transnational?¹⁶³² Encore faut-il que les conditions pour une telle négociation soient présentes, que ce soit les partenaires sociaux, la conscience d'intérêts partagés ou encore une capacité d'action transnationale¹⁶³³. Ainsi, seule une conscience vive de l'intérêt partagé peut cimenter l'action commune¹⁶³⁴. C'est à travers cette action commune au niveau transnational que l'asymétrie de pouvoir existant entre les entrepreneurs multinationaux et leurs travailleurs, ou entre les citoyens nationaux et les gestionnaires transnationaux peut être surmontée¹⁶³⁵.

¹⁶²⁹ M-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : Confrontations et mutations*, Dalloz, 2006, pp.348-349. Voir aussi, S. Sciarra, 'Collective Exit Strategies' in G. Davidov et B. Langille (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p.405-419.

¹⁶³⁰A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, 1994, p. 151.

¹⁶³¹G. Teubner, 'Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Volume 74, 2014, p.733-761.

¹⁶³² Déjà P. Rodière, *La Convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987, p.2.

¹⁶³³ Sur l'importance de ces facteurs voir Ibid, pp.203-224.

¹⁶³⁴ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, 1994, p. 130-131.

¹⁶³⁵ Selon le bon mot d'Ulrich Beck, « [...]la mondialisation doit être combattue par [...]la mondialisation ! A la mondialisation de la terreur, il faut répondre par la mondialisation de l'espoir. » U. Beck, *Pouvoir et contre pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.517.

Néanmoins, l'appui que peut fournir de multiples manières l'Etat à la négociation collective¹⁶³⁶ manque cruellement dans l'espace transnational¹⁶³⁷. L'UE peut certes dans le cadre du dialogue social européen offrir un *ersatz* édulcoré du manteau étatique, mais elle est loin de garantir l'effectivité de la négociation collective, *a fortiori* lorsque les partenaires sociaux ont recours au dialogue social européen autonome¹⁶³⁸. Le risque est de voir le dialogue social ressembler à « une gouvernance pas très efficace en l'absence d'un gouvernement »¹⁶³⁹. Toutefois, le soutien matériel apporté par l'UE aux partenaires sociaux, ainsi que la menace latente d'intervention juridique en cas de conflits, ne doivent pas être minimisés. Ainsi, alors qu'elle était, avant l'arrêt *Bosman*, « superbement ignorée » par l'UEFA et la FIFA, la FIFPro est maintenant « bienvenue à la table des discussions »¹⁶⁴⁰. Pour constituer un « contre-pouvoir »¹⁶⁴¹ efficace face au pouvoir intrinsèquement transnationalisé de la *lex sportiva*, les syndicats doivent s'appuyer sur la menace que constitue l'intervention du droit de l'UE. La force intrinsèque de l'action collective, malgré les espoirs de certains¹⁶⁴², serait probablement insuffisante sans cette menace latente.

¹⁶³⁶ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, pp.136-137 et P. Rodière, *La Convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987, pp.244-245. Mais aussi G. Teubner, 'Industrial democracy through law? Social Functions of Law in Institutional Innovations', in T. Daintith et G. Teubner (dir.), *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Walter de Gruyter, 1986, p.261-273.

¹⁶³⁷ « Aujourd'hui, ce sont les Etats qui se trouvent enchâssés dans les marchés, plutôt que les économies nationales dans des frontières étatiques. » J. Habermas, *Après l'Etat-nation: Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000, p.130.

¹⁶³⁸M. Peruzzi, 'Autonomy in European Social Dialogue', *International Journal of Comparative Labour Law*, Volume 27, n°1, 2012, p. 3-21, p.20; S. Smismans, 'The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy', *Journal of Public Policy*, Volume 28, n°1, 2008, p.161-180, p.178; E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, F. Valdés Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, Report to the European Commission, 2006, p.15.

¹⁶³⁹'Yet, rather than 'complementing government', the current social dialogue looks like not-too-effective governance in the absence of government." S. Smismans, 'The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy', *Journal of Public Policy*, Volume 28, n°1, 2008, p.161-180, p.178.

¹⁶⁴⁰J.-C. Breillat, 'Le droit social sportif et l'ordre juridique communautaire', *Revue Juridique et économique du sport*, n°40, Juillet 1996, p.5-18, p.16.

¹⁶⁴¹U. Beck, *Pouvoir et contre pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003.

¹⁶⁴²S. Sciarra, 'Collective Exit Strategies' in G. Davidov et B. Langille (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p.405-419; B. Bercuson, 'Globalizing Labour Law: Transnational Private Regulation and countervailing actors In European Labour Law' in G. Teubner, *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, pp.134-173.

Dans la tradition juridique britannique, la négociation collective est perçue comme résultant d'un pur rapport de force¹⁶⁴³. Dans cette optique l'autonomie est « radicale »¹⁶⁴⁴, c'est par leurs propres forces que les acteurs rassemblés peuvent obtenir que leurs intérêts soient respectés. L'affinité entre cette approche et l'application de la notion de droit réflexif à la négociation collective est apparente¹⁶⁴⁵. La négociation collective - ou pour ce qui nous concerne le dialogue social européen - est considérée comme un processus indépendant, autoréférentiel de régulation. Un processus dans lequel il est donc inutile et délétère de vouloir interférer. C'est cet idéal autonome qui, tel qu'il est défendu au niveau européen et transnational, aboutit à conceptualiser les accords collectifs comme des embryons d'ordres juridiques privés¹⁶⁴⁶. Ainsi, le dialogue social transnational naissant est perçu comme un développement permettant de faire obstacle à la transnationalisation du capital, par la transnationalisation du social¹⁶⁴⁷. Toutefois, les problèmes pratiques auxquels se heurte un dialogue social autonome sont nombreux. Que ce soit en ce qui concerne la détermination des acteurs représentatifs au niveau européen ou la transposition effective à des niveaux inférieurs des accords adoptés au plan européen¹⁶⁴⁸, l'incertitude plane sur l'impact juridique réel du dialogue social. La question de l'articulation entre les différents niveaux de négociation est particulièrement épineuse. Ainsi, la problématique fondamentale qui se pose est la suivante : les partenaires sociaux peuvent-ils, sans l'ombre protectrice de l'Etat, imposer un dialogue social capable d'apporter des solutions légitimes aux problèmes sociaux-économiques transnationaux¹⁶⁴⁹?

¹⁶⁴³D. Schiek, 'Autonomous collective agreements as a regulatory device in European Labour Law : How to read Article 139 EC', *Industrial Law Journal*, Volume 34, n°1, 2005, p.23-56, pp.43-44.

¹⁶⁴⁴P. Rodière, *La Convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987, p.242

¹⁶⁴⁵R. Rogowski et T. Wilthagen, *Reflexive Labour Law*, Kluwer, 1994.

¹⁶⁴⁶S. Sciarra, 'Collective Exit Strategies' in G. Davidov et B. Langille (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p.405-419, p.413.

¹⁶⁴⁷Ibid, pp.414-415 ; D. Schiek, 'Autonomous collective agreements as a regulatory device in European Labour Law : How to read Article 139 EC', *Industrial Law Journal*, Volume 34, n°1, 2005, p.23-56, pp.24-26.

¹⁶⁴⁸« Un conflictualisme se retrouve inévitablement, au moins à la périphérie de la convention collective – règle matérielle internationale, il est même au cœur des problèmes que l'application des conventions collectives internationales fait apparaître. » P. Rodière, *La Convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987, p.6. Voir aussi E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, F. Valdés Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, Report to the European Commission, 2006, pp.35-40.

¹⁶⁴⁹ « The key question in the employment field is whether in future the social partners are likely to be able to take over the role which the State has traditionally occupied in many countries in the field of labour market regulation. How far is the State necessary as an intermediary between the social partners,

IV. Conclusion du chapitre

L'émergence du dialogue social européen comme mode de production des normes dans le secteur sportif en est à ses balbutiements. Il est le résultat de la « prise d'autonomie des joueurs à l'intérieur de l'espace des relations professionnelles du football »¹⁶⁵⁰ après l'arrêt *Bosman*. Ce mécanisme législatif donne une voix à des acteurs souvent marginalisés au sein des organisations sportives : les sportifs. Cependant, la capacité transformatrice réelle du dialogue social européen doit encore être démontrée¹⁶⁵¹. Un mécanisme solide permettant d'imposer et de contrôler l'application transnationale des accords signés reste à inventer. Il faut donc s'interroger, comme dans d'autres contextes donnant lieu à un dialogue social européen¹⁶⁵², sur le renforcement de son effectivité. Le risque étant que la valeur du dialogue social européen aux yeux des partenaires sociaux soit rapidement dévaluée et que ceux-ci se tournent à nouveau vers des stratégies judiciaires. Une des réponses à apporter à ce manque d'efficacité se trouve probablement dans le couplage du dialogue social européen à la *lex sportiva*. En bref, il faut que celui-ci devienne un mode intégré de production de la *lex sportiva*.

La force du droit de l'UE s'exprime aussi dans sa capacité à faire émerger le dialogue social en tant que procédure de production des normes de la *lex sportiva*. C'est encore la nature intrinsèquement réflexive du droit de l'UE qui donne lieu au développement et au renforcement d'un tel mécanisme législatif. Au lieu d'axer son action sur les solutions substantielles à apporter à un conflit juridique, les solutions procédurales sont

or between companies and the market ? » A. Supiot et Al, *Beyond Employment*, Report to the EU, 1999, p.144.

¹⁶⁵⁰ O. Le Noé, 'Le New Deal sportif après l'arrêt Bosman : stratégie judiciaire et reconfiguration des relations professionnelles dans le football', in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 201-214, p.209.

¹⁶⁵¹B. Garcia et H. Meier, 'Limits of interest empowerment in the European Union : The Case of Football', *Journal of European Integration*, Volume 34, n°4, p.359-378, pp.374-375.

¹⁶⁵² S. Smismans, 'The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy', *Journal of Public Policy*, Volume 28, n°1, 2008, p.161-180, p.178; E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, F. Valdés Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, Report to the European Commission, 2006, pp.12-15 ; A. Lo Faro, 'Bargaining in the shadow of 'optional frameworks'? The rise of transnational collective agreements and EU law', *European Journal of Industrial Relations* Volume 18, n°2, 2012, p.153-165.

privilégiées par la Commission. Ainsi, le droit de l'UE, grâce à l'arrêt *Albany*¹⁶⁵³, encourage implicitement le recours au dialogue social pour échapper au contrôle potentiellement intrusif du droit de la concurrence. Il instaure donc une « prime à la démocratie », en fonction du mode de production des règles et peut ainsi orienter les choix institutionnels des producteurs de normativités privés. Peu de temps après l'arrêt *Bosman*, on pouvait remarquer quelque chose de « fondamentalement nouveau dans le mouvement sportif »¹⁶⁵⁴ : les partenaires sociaux dialoguaient.

¹⁶⁵³ C-219/97, *Albany International BV contre Stichting Bedrijfspensioenfonds*, Rec. p. I-05751.

¹⁶⁵⁴ J.-C. Breillat, 'Le droit social sportif et l'ordre juridique communautaire', *Revue Juridique et économique du sport*, n°40, Juillet 1996, p.5-18, p.18.

Conclusion du Titre 1

La *lex sportiva* s'est réformée suite à sa saisie et son contrôle par le droit de l'UE. Nombre de ces changements n'ont pas été la conséquence directe des décisions de la Cour, mais plutôt du travail sous-terrain de la Commission dans le cadre de la mise en œuvre du droit de la concurrence. En effet, ce travail à l'ombre du droit de la concurrence, a abouti à des modifications substantielles de la *lex sportiva*, négociées secrètement entre la Commission et les parties intéressées. Dans le même temps, la Commission a fortement encouragé la mise en place d'un dialogue social européen dans le domaine du sport en général et du football professionnel en particulier. Ce dialogue social a abouti, pour ce qui est du football professionnel, à un accord dont la portée pratique demeure incertaine.

Ces développements illustrent la force transformative du droit de l'UE sur les modes de production de la *lex sportiva*. Ainsi, en s'appuyant sur le droit de la concurrence, la Commission est devenue en quelque sorte co-législatrice de la *lex sportiva*. Tandis qu'en promouvant le dialogue social, elle a imposé l'expérimentation d'un nouveau mode de production des normes qui permet de garantir que les intérêts des sportifs et des clubs soient mieux entendus. La force du droit de l'UE fait effet de levier pour imposer de nouvelles procédures législatives à la *lex sportiva*. Il ne menace pas son existence, mais provoque sa mutation et favorise l'ouverture de nouveaux espaces politiques de production des normes. Finalement, le droit de l'UE offre une voix politique, qui s'exprime dans les interstices de la procédure d'enquête du droit de la concurrence ou dans le dialogue social européen, à ceux qui en étaient largement dépourvus préalablement.

Ainsi, il œuvre à la démocratisation, ou à la constitutionnalisation de la *lex sportiva*, c'est-à-dire à la mise en place de procédure réflexive des intérêts et des acteurs concernés par ses règles. Toutefois, on ne saurait surestimer la portée de ces changements. Le rôle du dialogue social reste largement périphérique, tandis que

l'utilisation du droit de la concurrence pour débater politiquement des règles de la *lex sportiva* se fait au cas par cas et est par essence éphémère. Ainsi, ces procédures législatives de secours se greffent à la périphérie de la *lex sportiva*, sans en modifier directement les structures constitutionnelles internes. Parallèlement, cette force réformatrice est aussi l'œuvre de manière encore plus durable dans l'émergence de nouvelles fabriques de la *lex sportiva*.

TITRE 2 : LES NOUVELLES « FABRIQUES » DE LA *LEX SPORTIVA*

La dernière partie de ce travail est consacrée à l'émergence de nouvelles « fabriques » de la *lex sportiva*. En effet, nous pensons que l'appréhension et le contrôle de celle-ci par le droit de l'UE a contribué à des mutations profondes de la structure institutionnelle qui la sous-tend. Ces mutations touchent tout particulièrement deux types de fabriques du droit. D'une part la fabrique du droit au sens de Jean-Jacques Rousseau, le législateur, et de l'autre la « fabrique »¹⁶⁵⁵ du droit au sens de Bruno Latour, le juge.

A cette fin, nous allons retracer deux évolutions institutionnelles qui ont touché la *lex sportiva* : la mise en place de l'Agence Mondiale Antidopage (AMA) et la place centrale prise par le Tribunal arbitral du sport (TAS). Il faut en montrer les nouveaux ressorts procéduraux et en expliciter les modes de fonctionnement particuliers. Enfin, nous étudierons l'interaction juridique (et politique) de ces institutions et de leurs normes et décisions avec le droit de l'UE. Leur faculté d'émancipation de celui-ci, a pour égale sa capacité à se ressaisir de ces nouvelles constructions.

Cette partie offre donc une réflexion sur les transformations constitutionnelles de la *lex sportiva* déclenchées, en partie au moins, par l'intervention du droit de l'UE. Elle identifie, ainsi, l'impact à long terme du choc entre *lex sportiva* et droit de l'UE. La forme contemporaine que prend la *lex sportiva* ne peut, selon nous, être comprise que du point de vue relationnel.

¹⁶⁵⁵ B. Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La découverte, 2004.

Chapitre 1 : L'AMA : un nouveau législateur de la *lex sportiva* face à l'Union européenne

La structure institutionnelle de la *lex sportiva* a connu de nombreux bouleversements depuis l'arrêt *Bosman*. Notamment, l'Agence Mondiale Anti-dopage (AMA) a vu le jour pour répondre au difficile défi posé par le dopage. Sa structure institutionnelle hybride, reposant sur un réseau d'acteurs multiples, traduit bien l'évolution institutionnelle à l'œuvre au sein de la *lex sportiva*. Le choc de l'arrêt *Bosman* n'est probablement pas étranger à cette évolution. La nécessité d'intégrer les pouvoirs publics d'une manière ou d'une autre aux processus politiques de prise de décision est devenue apparente, afin de mieux garantir l'autonomie et l'universalité de la *lex sportiva*. L'AMA est un « OJNI »¹⁶⁵⁶, dont les procédures politiques et juridiques illustrent particulièrement bien l'idéal d'une administration hybride transnationale¹⁶⁵⁷. Elle produit des normes qui mobilisent, tant au stade de la production, qu'à celui de la mise en œuvre, des acteurs publics et privés, nationaux et internationaux, aux compétences territoriales ou fonctionnelles. L'AMA produit le Code Mondial antidopage (le Code), dont l'exécution repose sur la collaboration d'un large éventail d'acteurs et d'institutions. Dans le contexte de notre étude il est intéressant d'établir les particularités institutionnelles de l'AMA, car elle représente, indirectement, une réponse à la menace de conflit entre la *lex sportiva* et le droit de l'UE. Cependant, nous verrons aussi que cette stratégie de pacification juridique a ses limites. L'Union européenne et son ordre juridique, tout en soutenant l'émergence de l'AMA, ont su, de manière subtile, poser des limites juridiques (plus que politiques) à son autonomie et à sa souveraineté.

I. L'AMA : l'émergence d'un OVNI institutionnel dans l'espace transnational

¹⁶⁵⁶ Sur la notion d'OJNI voir B. Frydman, 'Comment penser le droit global ?' in J.Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la mondialisation*, Bruylant, 2012, pp.17-48.

¹⁶⁵⁷ L. Casini, 'Global Hybrid Public-Private Bodies : The WADA', *International organizations Law Review*, Volume 6, 2009, p.421-446.

L'émergence de l'AMA a été perçue comme un exemple particulièrement révélateur d'une globalisation du droit (en particulier du droit administratif) sous les coups de butoir de la mondialisation¹⁶⁵⁸. Ce développement institutionnel dans la lutte antidopage n'a pas été le fait unique de la volonté politique des organes de la *lex sportiva*, il résulte principalement de la conjonction involontaire de plusieurs crises, qui ont touché le sport mondialisé à la fin des années 90. Ces crises, dues en partie à la marchandisation brutale du sport, ont forcé la main aux dirigeants sportifs, qui se sont résignés à apporter une solution institutionnelle nouvelle à la lutte contre le dopage. Cet impératif s'est traduit par l'introduction d'un nouveau législateur au mode de fonctionnement « postmoderne » : l'AMA¹⁶⁵⁹. En effet, sa structure institutionnelle en forme de partenariat public-privé, son champ d'action transnational et sa dépendance pratique vis-à-vis d'un réseau d'acteurs « glocalisés », sont caractéristiques du jeu du droit dans la mondialisation.

a. L'AMA : une solution aux crises de la modernité sportive

L'AMA doit être comprise comme la réponse à deux crises, qui sont deux faces d'une même pièce (la mondialisation économique du sport¹⁶⁶⁰), d'une part la crise du dopage et d'autre part la crise de l'interventionnisme national et européen dans les affaires sportives internationales.

i. **La crise du dopage**

¹⁶⁵⁸ "Il caso della Wada, su cui si tornerà piu avanti, è quindi emblematico dell'emergere di regimi regolatori a livello globale." L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011, p. 86. « A model for global law-making », M. J Mitten et H. Opie, '« Sports Law » : Implications for the development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution', *Tulane Law Review*, Volume 85, n°2, 2010, p.269-322, p.274. WADA "is emblematic of the emergence of the new forms of hybrid public-private governance mechanism in the global sphere" L. Casini, 'Global Hybrid Public-Private Bodies : The WADA', *International organizations Law Review*, Volume 6, 2009, p.421-446, p.424. R. Pound, 'The World Anti-Doping Agency : an Experiment in International Law', *International Sports Law Review*, n°2, 2002, p.54.

¹⁶⁵⁹ ¹⁶⁵⁹ L. Casini, 'Global Hybrid Public-Private Bodies : The WADA', *International organizations Law Review*, Volume 6, 2009, p.421-446 ; B. Kingsbury, N. Krisch et R. Stewart, 'The emergence of global administrative law', *Law and contemporary problems*, Volume 68, 2005, p.15-61, p.23.

¹⁶⁶⁰ *Aren't we all positive? A (socio) economic analysis of doping in elite sport*, Report to the European Commission, 2003, pp.9-19.

Le dopage n'est pas un phénomène récent, les athlètes grecques qui participaient aux jeux olympiques avaient déjà recours à des substances leur permettant d'améliorer leurs performances¹⁶⁶¹. De même, des cocktails de drogues étaient utilisés lors des premiers Tours de France, tandis que dans les années 70 les sportifs de l'ex-RDA (et plus largement du bloc communiste) étaient systématiquement dopés (on a découvert récemment que les sportifs de la RFA l'étaient pareillement¹⁶⁶²). Le dopage, sous une forme ou une autre, semble avoir toujours accompagné les compétitions sportives. Bien que le CIO et les fédérations internationales aient commencé à prendre conscience du problème dans les années 1960¹⁶⁶³, le dopage restait jusqu'à la fin des années 80 une question largement ignorée (ou même activement refoulée¹⁶⁶⁴) par les organisations sportives, comme par les Etats qui étaient bien souvent complices de ces pratiques¹⁶⁶⁵. Cependant, l'usage de produit dopant a été fortement encouragé par la commercialisation du sport, notamment à la faveur des gains économiques que peuvent percevoir les sportifs professionnels grâce à leurs victoires que ce soit en termes de prix ou de contrats commerciaux¹⁶⁶⁶. La victoire sportive devient un enjeu économique, les Jeux Olympiques s'ouvrent aux sportifs professionnels et la concurrence entre les sportifs n'est plus seulement une affaire d'honneur ou d'éthique, si tant est qu'elle ne l'ait jamais été, mais surtout d'argent¹⁶⁶⁷. Par conséquent, le dopage devint une affaire de vie ou de mort (parfois au sens premier) pour les sportifs professionnels, une grande

¹⁶⁶¹ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007,, p. 361.

¹⁶⁶² O. Fritsch, 'Deutschland einig Dopingland', *Die Zeit*, 14 August 2013.

¹⁶⁶³ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 363.

¹⁶⁶⁴ L'enquête du journaliste Andrew Jennings sur le CIO est très révélatrice à cet égard, notamment le chapitre 19 intitulé 'Keep taking the medicine but don't let us catch you', in A. Jennings, *The New Lords of the Rings*, Pocket Books, 1996 pp.232-249. Voir aussi à ce propos le J-F. Humbert et J-J Lozach, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'efficacité de la lutte contre le dopage*, tome 1, 17 Juillet 2013, pp.23-25.

¹⁶⁶⁵ Ce qu'on a pu qualifier de « dopage d'état » n'était pas limité aux pays du bloc communiste : O. Fritsch, 'Staatsdoping gab es auch im Westen', *Die Zeit*, 1 août 2013.

¹⁶⁶⁶« ...le vedettariat et la recherche du spectaculaire ont supplanté l'éthique du dépassement de soi et de l'émulation saine." 'Sports d'élite et dopage de masse' Entretien avec Marc Sanson (président du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (CPLD) de 2003 à 2005), *Esprit*, Août-Septembre, 2010, p.24. "Due to the specific sportive-economic characteristics of the sports market, the money pouring into sport is distributed unequally among athletes, clubs, sports and events: just a few winners get it all. The increasing commercialisation adds strong (economic) pressure on athletes and clubs to get to (and stay at) the top." *Aren't we all positive? A (socio) economic analysis of doping in elite sport*, Report to the European Commission, 2003, p.i.

¹⁶⁶⁷« L'acte sportif n'est plus gratuit ou pur; il est toujours affaire de classements, d'argent, d'évaluation et d'audimat." Ibid, p.24.

partie de ceux qui se refusaient à user de produits interdits n'avaient (n'ont ?¹⁶⁶⁸) *de facto* aucune chance de pouvoir vivre correctement de leur sport¹⁶⁶⁹. Ainsi, le système sportif mène quasi-irréremédiablement au dopage en augmentant les cadences des matchs et en imposant une pression sociale de plus en plus insupportable sur les épaules de jeunes athlètes¹⁶⁷⁰. On aboutit, à ce que Jean-Marie Brohm a nommé la «mithridatisation des sportifs»¹⁶⁷¹. Bien conscientes, et aussi parfois moteurs, de cette évolution les organisations sportives ont longtemps fermé les yeux et refusé de se confronter sérieusement à cette réalité¹⁶⁷². Pourtant, le dopage ne touche pas que les sportifs professionnels, loin de là, il s'agit d'un problème de société¹⁶⁷³.

Dans le même temps, les spectateurs étaient eux largement tenus dans l'ignorance de cette réalité, la fascination et l'aura dont étaient entourés les grands champions, n'eût d'égal que la chute et le scandale qui accompagna le désenchantement à la suite de la révélation de leurs pratiques dopantes¹⁶⁷⁴. Une révélation qui a été l'œuvre de journalistes acharnés, de douaniers zélés et de médecins intègres, plus que des organisations sportives elles-mêmes. Une fois révélées, ces affaires ont empoisonné le

¹⁶⁶⁸« Le dopage correspond tout simplement à une pratique « normale » dans un monde social où la concurrence règne et la nécessité de gagner domine, dans une société qui glorifie à outrance ses sportifs, leurs exploits, leurs performances, leur « résistance » à l'effort en obligeant les âmes et les corps à aller à l'extrême, mais qui valorise, également, les conduites à risque. » D. Bodin et G. Sempé, « Faut-il légaliser le dopage ? », *Revue du MAUSS*, n°40, 2012/2, p.321-334, p.327.

¹⁶⁶⁹V. Reith, 'Von Dopern ums Treppchen betrogen', *Die Zeit*, 2 September 2013. Un véritable « dilemme du prisonnier », *Aren't we all positive? A (socio) economic analysis of doping in elite sport*, Report to the European Commission, 2003, p.27.

¹⁶⁷⁰*Aren't we all positive? A (socio) economic analysis of doping in elite sport*, Report to the European Commission, 2003, p.21-29. « Le sportif de haut niveau est un homme ordinaire à qui l'on demande des choses extraordinaires. » Ne pourrait-on pas ajouter aujourd'hui et de moins en moins raisonnables en raison des pressions médiatiques et financières ? » D. Bodin et G. Sempé, « Faut-il légaliser le dopage ? », *Revue du MAUSS*, n°40, 2012/2, p.321-334, p.326.

¹⁶⁷¹J.-M. Brohm, « La compétition, c'est la mort », *Outre-Terre*, n°8, 2004/3, p. 181-190, p.182.

¹⁶⁷²A. Jennings, *The New Lords of the Rings*, Pocket Books, 1996, pp.232-249. De nombreux acteurs du monde du sport semble encore enclin à se voiler la face, voir les témoignages dans F. Humbert et J-J Lozach, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'efficacité de la lutte contre le dopage*, tome 1, 17 Juillet 2013, pp. 23-27.

¹⁶⁷³P. Trabal, 'Osons un vrai débat de société sur le dopage', *Le Monde*, 30 juillet 2013. "Le dopage est avant tout un problème de société." 'Sports d'élite et dopage de masse' Entretien avec Marc Sanson (président du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (CPLD) de 2003 à 2005), *Esprit*, Août-Septembre, 2010, p.29. "The attitude of society towards doping reveals a fair amount of hypocrisy. On the one hand, society shows a growing willingness to use powders and pills for health and good looks. On the other hand, we continue to condemn athletes taking substances to cope with the physical pressures of top sports. Physical pressures that, after all, society puts on them." *Aren't we all positive? A (socio) economic analysis of doping in elite sport*, Report to the European Commission, 2003, p. ii and pp. 31-38.

¹⁶⁷⁴L'affaire Lance Armstrong est ici révélatrice. Le cycliste adulé au sommet de sa gloire pour avoir su dominer le cyclisme mondial (et surtout le Tour de France) après avoir triomphé d'un cancer, a été voué aux gémonies par la vindicte populaire une fois révélée sa prise de produits dopants.

monde du sport (tout particulièrement celui du cyclisme et de l'athlétisme) et menacé sa pérennité économique, c'est donc principalement la nécessité de calmer l'inquiétude populaire et de répondre à la défiance exprimée par les spectateurs (et consommateurs) qui ont forcé les organisations sportives à trouver une parade, à tout le moins médiatique, à la « gangrène » du dopage. Sous l'impulsion du scandale Festina et des pouvoirs publics, cette pression va mener à la création de l'AMA. Cette agence a permis au mouvement sportif d'externaliser la responsabilité de la lutte antidopage au sein d'une organisation spécifique, médiatiquement identifiable, tout en intégrant pleinement les Etats au sein de ce système institutionnel, afin d'immuniser juridiquement autant que faire se peut la lutte anti-dopage (et cette dimension de la *lex sportiva*) et d'écarter toute contestation extérieure de sa légalité.

ii. La crise de l'interventionnisme étatique et européen

La multiplication des affaires de dopage et la colère grandissante, non dépourvue de contradictions, de l'opinion publique à la suite de la révélation de ces affaires ne pouvaient pas être ignorées par les pouvoirs publics, au niveau national¹⁶⁷⁵ comme européen¹⁶⁷⁶. Le dopage a d'ailleurs été rapidement identifié comme un problème sportif dont les Etats souhaitaient ardemment la résolution, même si leur ferveur dans la lutte contre le dopage est inversement proportionnelle à l'implication d'athlètes nationaux¹⁶⁷⁷. Cependant, il s'agissait d'un domaine où l'action décisive d'un Etat isolé serait totalement vouée à l'échec¹⁶⁷⁸. La transnationalisation de la pratique sportive professionnelle enlève toute efficacité à une solution exclusivement nationale¹⁶⁷⁹. En effet, les athlètes d'un Etat en avance dans la lutte contre le dopage sont naturellement

¹⁶⁷⁵ Voir F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.361.

¹⁶⁷⁶« Marie-George Buffet indique à ce sujet qu'« il aura fallu tenir des réunions quasi clandestines des ministres des sports, puis des réunions informelles, afin que les États européens exercent une pression positive sur le Comité international olympique (CIO), pour obtenir la construction de l'Agence mondiale antidopage (AMA) » » F. Humbert et J-J Lozach, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'efficacité de la lutte contre le dopage*, tome 1, 17 Juillet 2013, p.93.

¹⁶⁷⁷Voir: C. Spiller, 'Im zweifel für den Doper', *Die Zeit*, 2 mai 2012 ; et S. Mandard, 'Dopage : Buffet dénonce les pressions avant le Mondial 1998', *Le Monde*, 21 mars 2013.

¹⁶⁷⁸ Ce qu'Ulrich Beck a appelé le « piège de la nationalité » in U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003 pp.177-181.

¹⁶⁷⁹ Il s'agit d'« une question par nature transnationale », F. Humbert et J-J Lozach, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'efficacité de la lutte contre le dopage*, tome 1, 17 Juillet 2013, pp. 91-97.

défavorisés, et donc perdants, dans les grandes compétitions sportives internationales, le risque d'un dumping sportif était bien réel. La coopération et la coordination entre Etats et avec les organisations sportives ont été rapidement considérées comme nécessaires, entraînant un certain nombre d'actions menées au niveau du Conseil de l'Europe¹⁶⁸⁰ et de l'UNESCO¹⁶⁸¹. Du point de vue des Etats il était donc clair qu'une solution au problème du dopage ne pouvait être trouvée que dans un cadre global. Or, cette solution ne pouvait que difficilement ignorer la souveraineté fonctionnelle des organisations sportives en la matière¹⁶⁸². L'interventionnisme grandissant des Etats était d'ailleurs perçu comme une menace pour l'autonomie des organisations sportives et de la *lex sportiva*¹⁶⁸³.

Dans le même temps, les juridictions nationales étaient confrontées directement aux règles et aux procédures sportives en matière de dopage. En effet, en réponse aux scandales soulevés par le dopage, les fédérations ont commencé à sanctionner durement les athlètes qui avaient la malchance de se faire attraper. Au vu de l'impact économique substantiel des sanctions imposées aux athlètes et de la légèreté procédurale avec laquelle étaient souvent prises ces décisions, les scandales se sont transformés en affaires¹⁶⁸⁴. Les décisions ont été contestées devant le TAS¹⁶⁸⁵, mais aussi devant les différents tribunaux étatiques¹⁶⁸⁶. Nombre de ces plaintes contestant les décisions adoptées par les organisations sportives sur le fondement de leurs règles anti-dopage

¹⁶⁸⁰Convention contre le dopage, signée le 16 novembre 1989 et Résolution sur la lutte contre le dopage (1/2000) adoptée en 2000

¹⁶⁸¹Résolution « Lutte contre le dopage dans le sport » (25 C/1.19) adoptée en 1989.

¹⁶⁸²Mais C. Spiller, 'Zusammen gegen IOC und Fifa', *Die Zeit*, 31 mai 2013.

¹⁶⁸³ « La prise en main par les pouvoirs publics de la question du dopage est ainsi considérée comme une menace pour l'autonomie du mouvement olympique ; contrôler le dopage reviendrait à contrôler l'épreuve sportive. On comprend alors l'enjeu, pour les acteurs sportifs, de vouloir garder « prise » sur la régulation du dopage. » J. Demeslay et P. Trabal, « De quelques contraintes du processus d'harmonisation des politiques antidopage » (enquête), *Terrains & travaux*, n°12, 2007/2, p. 138-162, p.148.

¹⁶⁸⁴« Toutefois, depuis le début des années 90, nombre de contrevenants refusent d'endosser ce costume du coupable et l'on bascule alors dans la forme « affaire » qui, contrairement au « scandale », constitue une véritable épreuve pour la lutte antidopage. » Ibid, p.150.

¹⁶⁸⁵ Le TAS a développé avant même l'entrée en vigueur du Code de l'AMA une jurisprudence remarquable en matière de dopage : R. McLaren, 'CAS Doping jurisprudence: What can we learn?', *International Sports Law Review*, n°1, 2006, p.4-22; F. Öschütz, 'Doping cases before the CAS and the World Anti-doping Code', in I.S. Blackshaw, R.C.R Siekmann et J.W. Soek (dir.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC ASSER Press, The Hague, 2006, p. 246- 265.

¹⁶⁸⁶ Voir à ce propos les nombreuses affaires cités dans A. Rigozzi, G. Kaufmann-Kohler & G. Malinverni, 'Doping and Fundamental Rights of Athletes: Comments in the wake of the adoption of the world anti-doping Code', *International Sports Law Review*, n°3, 2003, pp.39-67.

s'appuyaient aussi sur le droit de l'Union européenne¹⁶⁸⁷. Il est indéniable que la multiplication des recours auprès des tribunaux nationaux et le risque qu'ils arrivent, *via* une question préjudicielle, devant la Cour maintenaient, une nouvelle épée de Damoclès juridique en suspens au dessus de la *lex sportiva*. Le problème du dopage, non seulement gênait les pouvoirs publics, mais menaçait aussi l'autonomie juridique et politique, déjà entamée par l'arrêt *Bosman*, des organisations sportives internationales. Dans ce contexte, il était devenu plus que nécessaire de proposer une sortie de crise¹⁶⁸⁸. Le mieux n'était-il pas d'impliquer formellement dans la gestion de la lutte anti-dopage les Etats et leur appareil institutionnel pour préserver, au moins provisoirement, l'immunité de fait dont disposait le système sportif en la matière¹⁶⁸⁹. A cette fin une nouvelle institution ancrée dans un réseau d'acteurs et de procédures est créée, ce sera l'AMA¹⁶⁹⁰.

iii. L'AMA : une solution aux crises

A la suite de l'affaire Festina, une Conférence mondiale sur le dopage dans le sport est organisée à Lausanne du 2 au 4 février 1999. Elle réunit des représentants du Mouvement olympique et des pouvoirs publics, mais, malgré l'obligation de résultat qui semble peser sur les acteurs impliqués, elle aboutit seulement à l'adoption d'une déclaration signée exclusivement par les organisations sportives prévoyant la création d'une « agence internationale indépendante antidopage »¹⁶⁹¹. Conjointement à cette déclaration est aussi adopté un Code Antidopage du Mouvement Olympique, qui a

¹⁶⁸⁷ Voir deux affaires en Angleterre : *Edwards v The British Athletic Federation*, High Court of Justice, Chancery Division, United Kingdom, 23 juin 1997 et *Wilander and Novacek v Tobin and Jude*, Court of Appeal of England and Wales, Civil Division, 20 December 1996.

¹⁶⁸⁸ D'abord sous l'égide du CIO : « Récemment découvertes, commentées et critiquées, ces clauses [de non recours juridictionnel] sont à mettre en parallèle avec la tentative récente de codification universelle du Comité international olympique (CIO) en matière de dopage, destinée à éviter la saisine de la justice. » M. Hourcade, 'Le sport et l'Etat de droit : approche sociologique', *Droit et Société*, n°32, 1996, p.141-155, p.145.

¹⁶⁸⁹ A. van Vaerenbergh, 'Regulatory features and administrative law dimensions of the Olympic movement's antidoping regime', *ILLJ Working Paper*, 2005/11 (accessible à <http://www.illj.org/oldbak/papers/documents/2005.11Vaerenbergh.pdf>), p.21.

¹⁶⁹⁰ J. Demeslay et P. Trabal, « De quelques contraintes du processus d'harmonisation des politiques antidopage » (enquête), *Terrains & travaux*, n°12, 2007/2, p. 138-162.

¹⁶⁹¹ Sur la déclaration voir F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.376-377.

« labouré le terrain »¹⁶⁹² pour l'AMA. L'agence, elle-même, ne voit le jour qu'après un processus de consultation laborieux entre les acteurs publics et les représentants du monde sportif¹⁶⁹³. Un accord est finalement trouvé le 10 novembre 1999 entérinant la création de l'AMA. Son siège tout d'abord fixé à Lausanne sera transféré par la suite à Montréal, son premier président étant Richard Pound, un membre du CIO qui n'était pas jusqu'alors particulièrement réputé pour son assiduité dans la lutte contre le dopage¹⁶⁹⁴.

L'AMA, en raisons de sa structure et son champ d'action, permet de résoudre un certain nombre de dilemmes qui se posaient aux organisations sportives et aux Etats quant à la lutte contre le dopage. En effet, le territoire à surveiller étant immense – global – cette surveillance doit s'appuyer sur une armature transnationale imbriquée dans les réalités juridiques et politiques locales que ce soit au niveau territorial ou fonctionnel. L'ambition est démesurée, le risque de décevoir grand, voire même inéluctable¹⁶⁹⁵. Toutefois, l'image, l'idée, le discours de la lutte globalisée contre le dopage compte plus que les résultats pour l'ensemble des acteurs impliqués dans la mise en place de l'AMA. Or, à ce niveau, le résultat est plutôt réussi, la proactivité des organisations sportives est enfin démontrée, les Etats et leurs populations sont rassurés, l'AMA veille. L'implication des Etats dans la production, comme dans l'administration future des règles antidopage garantie leur bienveillance, ceux-ci seront complices dans les bons, comme dans les mauvais moments, de la vie de l'AMA et donc condamnés politiquement à en défendre l'existence et la légitimité. Le coup est réussi, l'agence triomphe des crises, ses résultats sont très mitigés mais personne n'en a cure¹⁶⁹⁶.

Après quelques années de préparation, la première version du Code Mondial antidopage entre en vigueur au premier janvier 2004, celui-ci est officiellement adoubé par les Etats

¹⁶⁹² Ibid, p.384.

¹⁶⁹³ Ibid, p.385.

¹⁶⁹⁴ A. Jennings, *The New Lords of the Rings*, Pocket Books, 1996 p. 244-248.

¹⁶⁹⁵ Voir par exemple les résultats d'une étude (non publié) commandée par l'AMA : T. Rohan, 'Study Revealing Doping in Track Strikes Hurdle', New York Times, 22 août 2013. Voir aussi *Report to WADA Executive Committee on the lack of effectiveness of Testing Programs* prepared by the Working group established following foundation board meeting of 18 may 2012.

¹⁶⁹⁶ Ou presque des voix commencent à s'élever pour proposer des alternatives à l'AMA, voir O. Fritsch, 'Döper müssen vor Gericht', Die Zeit, 22 août 2013.

via une convention de l'UNESCO¹⁶⁹⁷. Ainsi, « les États parties s'engagent à respecter les principes énoncés dans le Code, qui servent de base aux mesures visées à l'article 5 de la présente Convention »¹⁶⁹⁸. En résumé, aux crises causées par la révélation du dopage de masse, on a opposé la création d'une nouvelle institution – une administration mondiale de la lutte contre le dopage - dont le mode de fonctionnement met en jeu des mécanismes de droit public et privé, des organisations internationales et nationales, gouvernementales et non-gouvernementales, un réseau complexe d'acteurs et de normes¹⁶⁹⁹.

b. L'AMA : une structure institutionnelle « postmoderne »

La structure institutionnelle, constitutionnelle diront certains¹⁷⁰⁰, atypique de l'AMA a été mise en exergue par certains commentateurs¹⁷⁰¹. L'organisation constitue un partenariat public-privé global novateur, producteur atypique de règles transnationales (en particulier son code antidopage), imbriqué dans un vaste réseau d'acteurs et de normes agissant à divers étapes de son action¹⁷⁰².

i. **Un partenariat public-privé**

Les différents facteurs qui ont mené à la création de l'AMA ont été discutés ci-dessus, ils jouent un rôle majeur dans la forme juridique prise par l'AMA. Sa création répond à la

¹⁶⁹⁷ *Convention internationale contre le dopage dans le sport*, UNESCO, adoptée en 2005 et entrée en vigueur en 2007.

¹⁶⁹⁸ Article 4-1, *Convention internationale contre le dopage dans le sport*, UNESCO, adoptée en 2005 et entrée en vigueur en 2007.

¹⁶⁹⁹B. Soulé et L. Lestrelin, 'Les failles de la gouvernance sportive, « L'affaire puerto » comme illustration', *Revue européenne des sciences sociales*, Volume 50, n°1, 2012, p.127-160.

¹⁷⁰⁰Le Comité exécutif de l'AMA fait référence dans certaines de ses réunions à la Constitution lorsqu'il est question des statuts de la fondation. Voir, entre autres, le Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA du 20 novembre 2005 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_executivecommitteeminutes_200511_fr.pdf), p. 19, il y est question "d'amendements constitutionnels". Une conception large de la notion de constitution peut être rapprochée de l'idée de constitution sociétale développée par G. Teubner, dans *Constitutional Fragments*, Oxford University Press, 2012.

¹⁷⁰¹L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011, p.81-92 ; L. Casini, 'Global Hybrid Public-Private Bodies : The WADA', *International organizations Law Review*, Volume 6, 2009, p.421-446.

¹⁷⁰² « Mais la question des réseaux mobilisés reste centrale. Chaque institution ayant prise sur le dopage, dispose pour cela d'une capacité à aligner les dispositifs humains et non humains. Construire une prise commune suppose notamment de croiser des réseaux. » J. Demeslay & P. Trabal, « De quelques contraintes du processus d'harmonisation des politiques antidopage » (enquête), *Terrains & travaux*, 2007/1 n° 12, p. 138-162, p.159.

crise engendrée par le dopage, une crise de confiance dans le mouvement sportif. Même si les motifs qui ont causé ces inquiétudes ne sont pas identiques, ils ont permis une collaboration progressive entre les organes du monde du sport et les pouvoirs publics. L'AMA est la fille de cette collaboration, elle n'est pas une organisation internationale classique fondée sur un traité, mais une organisation dont la « constitution » est privée. L'organisation est une fondation privée régie par le Code civil suisse¹⁷⁰³, même si ses statuts n'excluent pas la possibilité de la voir se transformer en une structure fondée sur le droit international public¹⁷⁰⁴. Cependant, l'AMA a pour particularité d'être une fondation privée au sein de laquelle le pouvoir est réparti équitablement entre les représentants des pouvoirs publics et ceux des pouvoirs sportifs. En effet, le Conseil de fondation, l'organe compétent pour modifier les statuts et nommer le comité exécutif, est composé de 18 membres désignés par le Mouvement olympique et de 18 membres désignés « par les organisations intergouvernementales, gouvernements, collectivités publiques ou d'autres organismes publics se consacrant à la lutte contre le dopage dans le sport »¹⁷⁰⁵. Une composition paritaire que le Conseil de fondation doit veiller à maintenir¹⁷⁰⁶. Cette parité est conditionnée au versement par les autorités publiques et le Mouvement olympique d'une contribution équivalente au budget de l'AMA¹⁷⁰⁷. Par ailleurs, le Conseil de Fondation peut déroger à la parité uniquement par décision prise à la majorité des deux tiers des membres présents¹⁷⁰⁸. Le Conseil de fondation est donc, comme les statuts le rappellent, « un partenariat égal entre le Mouvement olympique et les autorités publiques », par conséquent « le conseil de fondation s'assurera que la fonction de président est occupée en alternance par un représentant du Mouvement olympique et un représentant des autorités publiques »¹⁷⁰⁹. De même, « le vice-président doit être une personnalité présentée par les autorités publiques si le président est une personnalité présentée par le Mouvement olympique et vice-versa »¹⁷¹⁰.

¹⁷⁰³ Voir l'Article 1^{er} des Statuts de l'Agence Mondiale Antidopage, version 2014 (accessibles à <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA-Revised-Statutes-4-July-2014-FR.pdf>).

¹⁷⁰⁴ « L'Agence sera habilitée à préparer des projets et propositions en vue de sa conversion, si nécessaire, en structure différente, éventuellement fondée sur le droit public international. » Article 4, Ibid.

¹⁷⁰⁵ Article 6.2.

¹⁷⁰⁶ Article 6.4.

¹⁷⁰⁷ Article 6.6.

¹⁷⁰⁸ Article 6.7.

¹⁷⁰⁹ Article 7.

¹⁷¹⁰ Ibid.

En revanche, le Comité exécutif, auquel le Conseil de fondation délègue « la direction et la gestion effective de la fondation, la conduite de toutes ses activités et l'administration effective de ses biens »¹⁷¹¹, n'est pas nécessairement composé paritairement, même si en pratique le Conseil de fondation veille à préserver un équilibre absolu entre mouvement sportif et pouvoirs publics. Le Comité exécutif doit, lorsqu'il met en place de nouveaux comités permanents, faire en sorte qu'une « représentation appropriée des régions, des autorités publiques, du Mouvement olympique, des sexes et des cultures soit maintenue »¹⁷¹². Au sein des organes de l'AMA la parité entre « autorités publiques » et Mouvement olympique est donc stricte uniquement dans le cadre du Conseil de fondation, même si *de facto* elle est plus ou moins rigoureusement garantie dans les autres comités. La collaboration entre autorités publiques et Mouvement olympique n'est pas réduite à la composition du personnel administratif et politique, elle s'étend aussi à l'approvisionnement du budget. Les autorités publiques et le Mouvement olympique contribuent chacun, selon des formules particulières¹⁷¹³, à part égale au financement de l'AMA¹⁷¹⁴.

Ce partenariat s'inscrit donc dans une double dynamique contradictoire : de publicisation du privé au niveau transnational¹⁷¹⁵, et de privatisation du public au niveau national ou international¹⁷¹⁶. La distinction classique public/privé se brouille lorsqu'une organisation telle que l'AMA prend la forme juridique d'une fondation privée, pour rassembler différents acteurs qui dans les faits exercent conjointement, en réseau,

¹⁷¹¹ Article 11.

¹⁷¹² Article 11.

¹⁷¹³ Pour les Etats la formule applicable à la répartition des contributions a été définie dans la *Déclaration de Cap Town sur la lutte contre le dopage dans le sport* du 31 mai 2001 (accessible à <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-capetown-declaration-fr.pdf>).

¹⁷¹⁴ Pour information cette contribution était de 7,6 Millions de dollars chacun en 2002 (soit un budget de base de 15, 273 Millions de dollars) et a été de 13, 2 Millions de dollars en 2013 (soit un budget de base de 26, 4 Millions de dollars). Voir <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-2013-annual-report-fr.pdf>.

¹⁷¹⁵ C'est l'aspect unique qu'on choisi de retenir les tenants du droit administratif global : "[...]il carattere misto degli organismi di vertice e delle regole da essi prodotte è il risultato non di un processo di privatizzazione, quanto invece di una progressiva pubblicizzazione di sistemi originariamente privatistici." L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011, p.289, voir aussi 103, 285-289.

¹⁷¹⁶ « Ce mécanisme inédit a pour effet de renforcer l'intervention des Etats dans la détermination de la norme transnationale en amont (au sein de l'Agence). En revanche, il entraîne un effacement des compétences étatiques dans le contrôle et la sanction du dopage. » F. Latty, 'Les Règles applicables aux relations sportives transnationales, Le regard de l'internationaliste publiciste' in J-S. Bergé, M. Forteau, M-L. Niboyet et J-M. Thouvenin (dir.) *La Fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, 2011, p.83-94, p. 94.

une autorité transnationale sur un domaine très particulier, la lutte antidopage¹⁷¹⁷. Cette caractéristique propre à l'AMA est « emblématique »¹⁷¹⁸ de l'émergence de nouvelles fabriques du droit dans l'espace juridique transnational. Les impératifs du réel mondialisé brisent les cadres du positivisme étatique pour imposer des solutions hybrides et locales¹⁷¹⁹. Bien souvent cette collaboration est conçue comme un progrès ou un renforcement de l'efficacité de l'action contre le dopage, en résumé un modèle à suivre¹⁷²⁰. Toutefois, le fonctionnement politique interne de l'AMA, tout comme son efficacité dans la poursuite des objectifs qu'elle s'est fixée, mériterait certainement une étude empirique et critique, qui va bien au-delà du sujet de cette thèse. De notre point de vue, il est suffisant de noter la stratégie juridique originale adoptée pour dépasser les crises auxquelles était confrontée la *lex sportiva* en matière de dopage. Une institution hybride qui produit des normes selon un schéma participatif inconnu du monde sportif, comme de la politique internationale, est née.

ii. Un Code Mondial antidopage vivant

Le Code, et les standards internationaux¹⁷²¹ qui lui sont attachés, sont vivants. Ils ne sont pas le résultat d'un accord diplomatique scellé dans le secret d'une salle de conférence d'un grand hôtel parisien, mais le fruit d'un processus de participation ouvert à de

¹⁷¹⁷L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011, pp. 285-289.

¹⁷¹⁸Ibid, p. 86.

¹⁷¹⁹ Dans ce sens l'AMA est emblématique L. Casini, 'Global Hybrid Public-Private Bodies : The WADA', *International organizations Law Review*, Volume 6, 2009, p.421-446, p. 424.

¹⁷²⁰ "...scholars may be interested in exploring the reasons for this success, which may provide a paradigm for solving other pressing international legal issues on which progress may be foundering (e.g. global warming) or worldwide solutions are needed...A possible distinctive feature of the process for developing an international body of sports antidoping law has been the important leadership role played by the private sector." M. J Mitten et H. Opie, « Sports Law » : Implications for the development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution', *Tulane Law Review*, Volume 85, n°2, 2010, p.269-322, p.282; L. Casini, 'Global Hybrid Public-Private Bodies : The WADA', *International organizations Law Review*, Volume 6, 2009, p.421-446.

¹⁷²¹ Le code est complété par cinq standards internationaux « destinés à créer une harmonisation parmi les organisations antidopage dans divers domaines de la lutte contre le dopage » (Site internet de l'AMA) :

- La *Liste des interdictions* (mis à jour annuellement), dernière version 1^{er} janvier 2015.
- Le *Standard International pour les contrôles et les enquêtes*, dernière version 1^{er} janvier 2015.
- Le *Standard International pour les laboratoires*, dernière version 1^{er} janvier 2015.
- Le *Standard international pour l'autorisation d'usage à des fins thérapeutiques*, dernière version 1^{er} janvier 2015.
- Le *Standard international pour la protection des renseignements personnels*, dernière version 1^{er} juin 2015.

nombreux acteurs. Ce *modus operandi* législatif mis en place dès la rédaction du premier code a été maintenu et amélioré au cours des différentes révisions du Code.

1. *L'expérimentalisme législatif du premier Code mondial*

Le Code est le résultat d'un processus original de production de normes, différent de celui plus pyramidal généralement en vigueur dans les organisations sportives et éloigné du modèle législatif classique de l'Etat ou de celui en vigueur pour l'adoption des traités. Il s'apparente à une forme d'écriture en réseau, le législateur unique s'efface ouvertement derrière une écriture en commun qui fait intervenir de nombreux acteurs simultanément, presque un « running code »¹⁷²². Ainsi, en décembre 2001 un avant-projet est diffusé aux organisations que l'AMA qualifie de « mandants », dans l'optique de « garantir une large consultation et la participation active des mandants »¹⁷²³. A la suite de cette consultation, la rédaction initiale du Code Mondial Antidopage 2003 est confiée à une trentaine d'experts et donne lieu à de nombreuses consultations avec les organisations intéressées¹⁷²⁴. La première version du Code a été présentée au Conseil de fondation de l'AMA en Juin 2002, celle-ci a ensuite été diffusée à « plus de 1000 personnes et organisations pour commentaires »¹⁷²⁵. Une fois cette première phase de consultation terminée une nouvelle version révisée du Code a été établie et présentée en octobre 2002, celle-ci a été soumise à un deuxième examen par les mandants. Après cet examen, une version définitive du Code a été produite et présentée à la deuxième Conférence mondiale sur le dopage dans le sport à Copenhague en mars 2003. Dans le cadre de cette conférence, le Conseil de fondation de l'AMA a adopté le Code à l'unanimité. Le Code a reçu le soutien officiel des gouvernements présents à la Conférence dans la Déclaration de Copenhague¹⁷²⁶. Ce processus, une forme de

¹⁷²² Sur la notion de « running code » voir G-P. Callies et P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code : A theory of transnational private law*, Hart, 2010.

¹⁷²³ WADA News, N°2, Juin 2002, p.8 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2002_2_WADA_News_FR.pdf).

¹⁷²⁴ Voir Franc Jeu, 'Comment le Code est né', n°3, 2006 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2006_3_The_World_Anti_Doping_Code_FR.pdf), p.9.

¹⁷²⁵ Ibid, p.9.

¹⁷²⁶ Déclaration de Copenhague contre le dopage dans le sport, mars 2003 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Dec_Copenhague_FR.pdf)

« participation institutionnalisée »¹⁷²⁷ constitue une innovation radicale vis-à-vis des processus législatifs en vigueur au sein du mouvement sportif. Il s'agit là d'une forme participative, au moins en apparence, du processus d'adoption des règles en réponse aux attaques portées par des Etats et certains juges contre la légitimité des règles antidopage¹⁷²⁸. Cette procédure sera reconduite par la suite dans le cadre des différentes révisions du Code.

2. Les révisions ultérieures du Code

La procédure de révision du Code et des standards est inscrite à l'article 23.7.1 du Code de 2015. Celui-ci prévoit que « les sportifs, les autres partenaires et les gouvernements seront invités à participer à ce processus »¹⁷²⁹. De plus, l'AMA « prendra l'initiative des propositions de modifications touchant le Code et s'assurera d'une procédure de consultation afin, d'une part, de recevoir des recommandations et d'y répondre, et, d'autre part, de faciliter l'analyse et les commentaires des sportifs, des autres partenaires et des gouvernements sur les modifications préconisées. »¹⁷³⁰ Les modifications apportées au Code doivent être approuvées à la majorité des deux tiers du Conseil de fondation de l'AMA. Pour préserver l'esprit paritaire de l'organisation, la majorité des voix exprimées respectivement au sein du « secteur public » et du Mouvement olympique doit aussi y être favorable¹⁷³¹. Une procédure similaire a été appliquée pour la première révision du code qui s'est déroulée d'avril 2006 à novembre 2007¹⁷³². Ainsi, trois périodes de consultation ont permis à plus de 55 partenaires (mais le projet avait été envoyé à 4381 partenaires !) de se prononcer sur le nouveau projet de

¹⁷²⁷A. van Vaerenbergh, 'Regulatory features and administrative law dimensions of the Olympic movement's antidoping regime', *ILLJ Working Paper*, 2005/11, p.24

¹⁷²⁸"Most of these governance processes originate from a corporatist reflex as the international sports federations are under constant pressure from governmental officials (who are getting more involved in the general regulatory process) and national judges (who could be more and more tempted to review the anti-doping enforcement process)." Ibid, p.38. Le Code 2009 rappelle d'ailleurs dans son introduction que : « Lors de l'examen des questions de faits et de droit dans une affaire, tous les tribunaux, tribunaux d'arbitrage et organes décisionnels devraient reconnaître et respecter la nature distincte des règles antidopage du Code et le fait que celui-ci représente un consensus parmi un large éventail de partenaires intéressés à un sport juste dans le monde entier. »

¹⁷²⁹ Article 23.7.1 Code Mondial Antidopage, version 2015.

¹⁷³⁰ Article 23.7.2, Ibid.

¹⁷³¹ Article 23.7.3.

¹⁷³²Plan du Code Mondial antidopage, version électronique 1.6. (ce document n'est malheureusement plus accessible sur le nouveau site internet de l'AMA, mais est disponible auprès de l'auteur).

Code. Ceux-ci ont soumis des commentaires qui ont été consolidés et publiés par les agents de l'AMA¹⁷³³. De plus, la révision du Code a été présentée et discutée, dans des cadres plus ou moins informels, par l'équipe de l'AMA chargée de la révision du Code. C'est sur la base de ces différentes vagues de commentaires et de consultations que le groupe d'administrateurs en charge du Code en a progressivement réécrit la teneur pour aboutir à sa mouture finale. En l'absence d'un débat public transparent¹⁷³⁴, il est cependant particulièrement difficile de discerner les raisons ou les fondements sur lesquels certaines décisions, quant à des revendications soumises dans le cadre de la consultation, ont été adoptées. Il reste que la marque de fabrique du code, son écriture à plusieurs mains dans un processus ouvert et discursif, a été préservée pour la version adoptée en novembre 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

Enfin, l'AMA a très récemment mené à bien sa seconde révision du code, celle qui a abouti en novembre 2013 à l'adoption d'un nouveau Code qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Le processus de consultation a été amorcé par une première consultation en novembre 2011, une deuxième phase de consultation en juin 2012, puis une troisième et dernière phase en décembre 2012¹⁷³⁵. Le processus est très similaire à celui utilisé dans le cadre de la première révision du code, seule la communication des commentaires a été simplifiée. Après de nombreuses consultations et discussions sur le projet de Code 2015, sa version finale a été adoptée à la Conférence mondiale contre le dopage de Johannesburg le 15 novembre 2013.

Ce processus, bien que participatif et transparent¹⁷³⁶, pose nécessairement la question de la hiérarchie, ou de l'absence de hiérarchie, entre les commentaires et de la responsabilité pour les choix politiques que traduit la version finale du Code. De même, la question de la représentativité des consultés se pose, les sportifs semblent être

¹⁷³³Feedback on Code 2007 : Draft Version 1.0 et Feedback on Code 2007 : Draft Version 2.0. (ces documents ne sont malheureusement plus accessibles sur le nouveau site internet de l'AMA, mais sont disponibles auprès de l'auteur).

¹⁷³⁴ L'unique véritable débat politique autour du contenu du Code a lieu dans le cadre feutré et privé du Comité exécutif.

¹⁷³⁵ Voir sur le processus de révision du Code : <https://www.wada-ama.org/fr/nos-activites/le-code/le-processus-de-revision-du-code>.

¹⁷³⁶ "Quando si passa ad esaminare i profili funzionali, e dunque la dinamica degli interessi, emergono due principali finalità: la partecipazione e la trasparenza." L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011, p.151, voir en général sur l'aspect participatif de la procédure pp.149-153.

nettement moins capables de faire entendre leur voix dans ce type de procédure¹⁷³⁷. Ces doutes quant au caractère véritablement participatif de la consultation sont de nature à rendre la légitimité politique du code plus discutable que ne le voudrait l'AMA et ses partisans. Cependant, cette problématique ne relève pas du cadre de cette thèse. Le Code est, au moins en partie, « un document vivant et évolutif »¹⁷³⁸, un texte ouvert, dont le contenu dépend de l'action d'une multitude d'auteurs.

iii. Un Code Mondial Antidopage en réseau

La mise en œuvre du Code repose sur un réseau d'acteurs, publics et privés, internationaux et locaux, qui a des degrés divers contribuent à la réalisation du Code¹⁷³⁹. Sans ces acteurs, l'AMA est dépourvue de moyens d'action pour faire appliquer son Code. Elle est donc dans une situation d'interdépendance dans sa relation avec ses différents partenaires.

1. Un réseau de législateurs

Le Code de l'AMA n'est qu'une feuille de papier, *de jure* : il n'est contraignant pour personne, c'est une déclaration d'intention, un standard normatif dont chacun peut se saisir. Il s'agit d'un texte produit par une association de droit privé, même si ses effets peuvent être ressentis en droit public¹⁷⁴⁰. L'influence juridique du Code sur le monde sportif passe par sa transposition au sein des législations nationales et de la *lex sportiva*

¹⁷³⁷ "Nevertheless, those processes apparently did not reach individual athletes or their organizations, biopharmaceutical companies or specific public health polities as only international and national sports bodies and government's sports departments really participated." A. van Vaerenbergh, 'Regulatory features and administrative law dimensions of the Olympic movement's antidoping regime', *ILLJ Working Paper*, 2005/11, p.23

¹⁷³⁸ Voir : Franc Jeu, 'Révision du Code et processus de consultation', N°3, 2006 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2006_3_The_World_Anti_Doping_Code_FR.pdf), p.10

¹⁷³⁹ « Au-delà des querelles symboliques qui ont marqué la création de l'A.M.A. (ville accueillant l'institution, présidence,...), c'est donc bien des questions d'articulation des réseaux qui constituent des enjeux majeurs de cette harmonisation tant désirée. Connecter des réseaux ne revient pas simplement à les allonger et ainsi à gagner en force par un jeu d'enrôlement ; il faut un travail politique pour veiller à articuler chacun de leurs maillons. » J. Demeslay et P. Trabal, « De quelques contraintes du processus d'harmonisation des politiques antidopage » (enquête), *Terrains & travaux*, n°12, 2007/2, p. 138-162.

¹⁷⁴⁰ Certains ont voulu y voir un droit mixte : F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 390-393.

des organisations sportives internationales¹⁷⁴¹. Cette transposition se fait sous la férule du CIO, qui a imposé la conformité au Code aux CNOs¹⁷⁴², aux participants aux jeux olympiques¹⁷⁴³, et plus généralement au Mouvement olympique (c'est à dire à l'ensemble des organisations sportives impliquées dans les Jeux Olympiques)¹⁷⁴⁴, la Session peut exclure à tout moment une FI qui ne respecterait pas le Code du programme des Jeux Olympiques¹⁷⁴⁵, tandis que la reconnaissance d'une FI par le CIO ne peut se faire que si elle l'a dûment transposé¹⁷⁴⁶. Par le biais de cette menace d'exclusion de la « famille olympique », le CIO a réussi à imposer à un très grand nombre d'organisations sportives la signature et la transposition (formelle) du Code¹⁷⁴⁷. Le CIO exploite aussi son droit de choisir le pays d'accueil des Jeux Olympiques pour imposer aux Etats de se plier au Code mondial antidopage¹⁷⁴⁸. Simultanément, les États signataires de la *Convention internationale contre le dopage dans le sport* de l'UNESCO (soit 177 Etats parties) se sont engagés à « adopter des mesures appropriées aux niveaux national et international qui soient conformes aux principes énoncés dans le Code »¹⁷⁴⁹. La convention de l'UNESCO s'intègre donc « dans le cadre d'un processus normatif aussi inédit que complexe qui, au final, consolide la compétence du CIO pour gérer les questions de dopage aux Jeux olympiques »¹⁷⁵⁰. Elle « publicise »¹⁷⁵¹, en quelque sorte le Code de l'AMA, tout en entretenant « volontairement un flou juridique

¹⁷⁴¹ Dans l'introduction au Code 2015, il est rappelé que « le Code n'élimine pas la nécessité pour chaque organisation antidopage d'adopter des règles antidopage complètes. Si certaines dispositions du Code doivent être reprises par chaque organisation antidopage dans ses propres règles, d'autres dispositions du Code servent de principes directeurs obligatoires donnant à chaque organisation antidopage une certaine souplesse dans le libellé de ses règles ou définissent des exigences que les organisations antidopage doivent respecter sans avoir à les reprendre obligatoirement dans leurs propres règles. »

¹⁷⁴² Article 27 paragraphe 2.6 de la Charte Olympique, version du 8 décembre 2014.

¹⁷⁴³ Article 40, *ibid.*

¹⁷⁴⁴ Article 43, *ibid.*

¹⁷⁴⁵ Article 45, *ibid.*

¹⁷⁴⁶ Article 25, *ibid.*

¹⁷⁴⁷ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 395-397.

¹⁷⁴⁸ Par exemple, la mise en œuvre du Code Mondial antidopage fait partie des critères de sélection de la ville hôte pour les jeux olympiques d'hiver 2022, voir article 1.3.4 de la 2022 Candidature Acceptance Procedure (accessible à http://www.olympic.org/Documents/Host_city_elections/2022-Candidature-Acceptance-Procedure-FINAL-with-cover.pdf). Voir aussi, F. Latty, 'Les Jeux Olympiques et le Droit international – Rendez-vous manqués et rencontres du troisième type', *Annuaire français de relations internationales* 2009, volume 10, pp. 945-964, p.960.

¹⁷⁴⁹ Article 3 a, *Convention internationale contre le dopage dans le sport* de l'UNESCO.

¹⁷⁵⁰ F. Latty, Les Jeux Olympiques et le Droit international – Rendez-vous manqués et rencontres du troisième type, *Annuaire français de relations internationales* 2009, volume X, pp. 945-964, p.959.

¹⁷⁵¹ « ...la convenzione Unesco in materia anti-doping, inserendo un espresso riferimento al Codice e gli International Standards, ha "pubblicizzato" le norme dottate dalla Wada e impone agli Stati di tenerne conto. » L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011, p.151.

autour de l'autorité du Code »¹⁷⁵². Le rôle législatif de l'AMA dans le système anti-dopage se borne donc à la rédaction du Code qui sert de base de travail textuel, plus ou moins contraignante¹⁷⁵³, pour un ensemble hétéroclite de législateurs locaux qui vont ensuite s'employer, *via* différents mécanismes juridiques, à le traduire dans le cadre spécifique de leur souveraineté juridique.

Afin de guider et de contrôler cette transposition, l'AMA a développé des règles modèles¹⁷⁵⁴. Cependant, la transposition du Code, tout particulièrement dans les législations nationales, ne se fait pas, loin de là, selon un modèle unique¹⁷⁵⁵. Chaque Etat adopte les mesures juridiques qu'il juge appropriées pour remplir les obligations qui lui incombent sous la Convention de l'UNESCO¹⁷⁵⁶. Cette diversité dans la mise en œuvre du code est aussi le lot des organisations sportives internationales, qui n'ont pas toujours joué le jeu d'une transposition fidèle du Code dans leurs règles¹⁷⁵⁷. Par conséquent, au vu de l'aspect kaléidoscopique des différentes réglementations transposant le Code, la tâche d'évaluer la conformité au code devient un véritable casse-tête pour l'AMA. En effet, des débats juridiques complexes sont menés quant au degré de divergence tolérable par rapport à la lettre du code. Chaque organisation concernée est susceptible d'interpréter, et donc de transposer, différemment les règles du Code. Par conséquent, le pluralisme normatif dominant la lutte anti-dopage avant la création de l'AMA, n'a pas été entièrement résorbé. L'AMA ne dispose ni de la capacité institutionnelle, ni de la volonté politique, nécessaires pour garantir une transposition uniforme du Code. Ce constat doit

¹⁷⁵² F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 398.

¹⁷⁵³ « L'Agence mondiale antidopage ne génère pas des normes *unifiées* mais un droit tantôt *uniforme*, tantôt *harmonisé* qui, loin d'avoir un effet direct, nécessite d'être transposé dans les ordres juridiques de destination. » Ibid, p. 399

¹⁷⁵⁴ L'AMA a développé des règles modèles spécifiques pour les différents types d'organisation au sein du mouvement sportif (CNO, Fédérations internationales, Organisations et manifestations multisports, Organisations nationales antidopages).

¹⁷⁵⁵ Voir le rapport de B. Houlihan et B. Garcia, *The use of legislation in relation to controlling the production, movement, importation, distribution and supply of performance-enhancing drugs in sport (PEDS)*, August 2012 (accessible à <http://www.unesco.org/shs/sport/addbase/media/docs/doc-506aac23e2af9.pdf>). Voir aussi le *Rapports des États parties sur les mesures qu'ils ont prises pour appliquer la Convention internationale contre le dopage dans le sport*, Unesco, ICDS/4CP/Inf.1/Rev.2, 2 mai 2013 (accessible à <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002227/222725f.pdf>).

¹⁷⁵⁶ « En conformité avec les obligations inscrites dans la présente Convention, chaque État partie s'engage à adopter des mesures appropriées. Ces mesures peuvent comprendre des lois, des règlements, des politiques ou des pratiques administratives. » Article 5, *Convention internationale contre le dopage dans le sport* de l'UNESCO.

¹⁷⁵⁷ Par exemple : La transposition du Code par la FIFA a fait l'objet d'une bataille à couteau tiré entre l'AMA et la FIFA et a abouti à un avis du TAS le 21 avril 2006, CAS 2005/C/976 & 986, FIFA & WADA.

être tempéré, car si les transpositions du Code ne sont pas absolument identiques dans chacune des juridictions au sein desquelles il est appliqué, il n'en demeure pas moins qu'en ce qui concerne les organisations sportives un certain nombre d'éléments sont alignés¹⁷⁵⁸, harmonisés¹⁷⁵⁹, voire unifiés (comme la liste des produits interdits)¹⁷⁶⁰. Le Code a indéniablement mené à un rapprochement, à une certaine « défragmentation » du droit applicable¹⁷⁶¹, des cadres normatifs et des concepts juridiques applicables à la lutte contre le dopage, mais il n'a pas intégralement résorbé le pluralisme juridique inhérent à la régulation sportive¹⁷⁶². La tension est vive entre une tendance centralisatrice portée par l'AMA et les tendances centrifuges liées à la décentralisation de la transposition du Code et à une relativisation de l'interprétation même du Code qui n'est pas le monopole exclusif d'un centre tout puissant. En effet, chaque régime (ou ordre) juridique est susceptible d'imposer une interprétation contextuelle du Code et des obligations qu'il comporte, quand bien même cette contextualité serait atténuée par la supervision de l'AMA. Cette interdépendance est aussi à l'œuvre dans la concrétisation du Code.

2. Un réseau de contrôleurs

L'AMA n'a que très peu de moyens pour assurer la mise en œuvre du Code. Elle se borne largement à mettre à disposition des différentes organisations de lutte contre le dopage un logiciel de gestion administrative appelé l'ADAMS. Par ailleurs, l'AMA dépend, pour ses activités de surveillance des moyens administratifs mis à la disposition de la lutte anti-dopage par les Etats et les organisations sportives. En effet, les organisations, nationales ou sportives, de lutte contre le dopage sont responsables des contrôles

¹⁷⁵⁸ Pour Lorenzo Casini, l'AMA a "produced very positive results with respect to aligning the many different regulations produced by IOC, Ifs, NOCs and States." L. Casini, 'Global Hybrid Public-Private Bodies : The WADA', *International organizations Law Review*, Volume 6, 2009, p.421-446, p.443.

¹⁷⁵⁹ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp.409-411.

¹⁷⁶⁰ Ainsi, la Liste des interdictions (Annexe I) et le Standard pour l'autorisation d'usage à des fins thérapeutiques (Annexe II) sont annexés à la Convention et « font partie intégrante de la présente Convention » (Article 4.3.) Tandis que, l'article 34 de la Convention institue une procédure spécifique pour l'amendement de ces annexes en fonction des changements apportés par l'AMA.

¹⁷⁶¹F. Latty, 'Les Règles applicables aux relations sportives transnationales, Le regard de l'internationaliste publiciste' in J-S. Bergé, M. Forteau, M-L. Niboyet et J-M. Thouvenin (dir.) *La Fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, 2011, p.83-94, p.90.

¹⁷⁶²B. Soulé et L. Lestrelin, 'Les failles de la gouvernance sportive, « L'affaire puerto » comme illustration', *Revue européenne des sciences sociales*, Volume 50, n°1, 2012, p.127-160, p.149-151.

effectués lors, ou en dehors, des compétitions¹⁷⁶³. On a pu qualifier ce recours à des moyens administratifs étatiques de « dédoublement fonctionnel » au sens de la théorie de George Scelles¹⁷⁶⁴. L'analyse des échantillons est confiée, par ces organisations anti-dopage, à des laboratoires préalablement accrédités par l'AMA¹⁷⁶⁵, et souvent financés par les pouvoirs publics. L'impact réel du Code repose donc intégralement sur la collaboration d'un réseau complexe d'acteurs. Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, l'AMA peut constater que le Code n'est pas correctement transposé ou appliqué, mais elle ne peut imposer de sanctions, autres que le « naming and shaming »¹⁷⁶⁶. Les organisations sportives internationales sont mieux placées pour imposer la transposition et l'application du Code en faisant de sa mise en œuvre la condition *sine qua non* de la participation aux (ou de l'organisation des) événements sportifs internationaux. L'AMA ne contrôle pas hiérarchiquement les acteurs qui souhaitent se conformer au Code, elle est otage d'un ensemble de partenaires et de pratiques qui lui échappent¹⁷⁶⁷. La tension entre une centralisation normative idéalisée et la réalité de la décentralisation pratique est extrême, une forme de « glocalisation »¹⁷⁶⁸ juridique poussée à son paroxysme. La dépendance du global sur le local, qu'il soit fonctionnel ou territorial, se fait jour dans les nouveaux « assemblages »¹⁷⁶⁹ politiques et juridiques. Cependant, cette dépendance va dans les deux sens, il est tout aussi difficile pour les

¹⁷⁶³Article 5.2 du Code Mondial Antidopage, version 2015.

¹⁷⁶⁴L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011, p.91. Sur la notion de dédoublement fonctionnelle voir A. Cassese, 'Remarks on Scelle's Theory of « Role Splitting » (dédoublement fonctionnel) in International Law', *European Journal of International Law*, Volume 1, 1990, p.210-231.

¹⁷⁶⁵Article 6.1 du Code Mondial Antidopage, version 2015.

¹⁷⁶⁶L'impuissance de l'AMA à imposer l'application du Code a été mis en exergue dans un rapport récent de l'Agence : *Report to WADA Executive Committee on the Lack of effectiveness of testing programs* (accessible à <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/2013-05-12-Lack-of-effectiveness-of-testing-WG-Report-Final.pdf>).

¹⁷⁶⁷"Ainsi abordée, l'affaire Puerto se pose comme un terrain d'observation privilégié pour restituer l'environnement incertain, les problèmes de coordination entre acteurs, la précarité du « partage des prérogatives [et] de la répartition des rôles et des missions » (Trabal *et al.*, 2010, p.188) entre pouvoirs publics et instances sportives qui caractérisent la gouvernance contemporaine du dopage. Génératrice de « désordre » (Gaudin, 2002), celle-ci laisse opérer de puissants facteurs de dérégulation qui offrent non seulement de nombreuses opportunités d'atteintes à l'ordre public (Basson, 2001) mais rendent également délicats le prononcé de sanctions et la résolution des conflits." B. Soulé et L. Lestrelin, 'Les failles de la gouvernance sportive, « L'affaire puerto » comme illustration', *Revue européenne des sciences sociales*, Volume 50, n°1, 2012, p.127-160, p.140

¹⁷⁶⁸Voir sur le concept de glocalisation, R. Robertson, 'Glocalization : Time-space and homogeneity-heterogeneity', in M. Featherstone, S. Lash et R. Robertson (dir.) *Global Modernities*, Sage Publication, 1995, p.25-44.

¹⁷⁶⁹S. Sassen, *Territory, authority, rights : from medieval to global assemblages*, Princeton University Press 2006.

pouvoirs locaux de résister frontalement à l'AMA¹⁷⁷⁰. Du point de vue de l'étude du droit, une chose est certaine « [c]'est là une construction à laquelle Kelsen n'avait pas dû songer et qui semble sans équivalent dans le domaine juridique »¹⁷⁷¹.

3. Un réseau de juges

Enfin, l'AMA n'est pas en mesure de contrôler l'application judiciaire du Code. Le Code une fois écrit et transposé aux différents niveaux où il est censé s'appliquer, est entre les mains d'une multitude de juges, publics et privés, nationaux, fédéraux ou internationaux. En effet, une fois une infraction au code constatée, la sanction ne peut être appliquée que par « une instance d'audition équitable et impartiale »¹⁷⁷². Au sein des fédérations sportives, des tribunaux particuliers ont été mis en place pour juger des infractions aux règles anti-dopage transposant le Code. Les Etats de leur côté ont eux aussi créé des institutions chargées d'appliquer les règles anti-dopage aux sportifs¹⁷⁷³. Dès lors, on est confronté à une profusion de juges, chargés de dire le droit. Afin de préserver un semblant d'harmonie entre les différentes juridictions impliquées, le Code prévoit qu'un appel pourra être déposé par l'AMA auprès du TAS, si le sportif concerné est un sportif de niveau international¹⁷⁷⁴. Le TAS est donc en surplomb, le chef d'orchestre chargé d'interpréter harmonieusement le Code¹⁷⁷⁵. Il a d'ailleurs progressivement développé une jurisprudence relativement stable et cohérente en la matière¹⁷⁷⁶. Cependant, cette structure hiérarchique, idéale, du système juridictionnel applicable à la lutte anti-dopage n'est pas sans accroc. Par exemple, la France a refusé de reconnaître à l'AMA le droit de faire appel devant le TAS des décisions rendues par l'AFLD, en revanche celle-ci

¹⁷⁷⁰ Tour à tour la Russie, le Brésil ou la Jamaïque ont été soumis à la pression du « soft power » de l'AMA ce qui a entraîné des réformes, au moins formelles, de leurs systèmes anti-dopage.

¹⁷⁷¹ P. Collomb, 'Les sportifs de haut niveau sont-ils des citoyens de seconde zone ?', *La Semaine Juridique Edition Générale* n°19, 9 Mai 2011.

¹⁷⁷² Article 8.1 du Code Mondial Antidopage, version 2015.

¹⁷⁷³ En France, l'AFLD (Agence Française de Lutte contre le dopage) ou les fédérations agréées peuvent constituer l'organe disciplinaire de première instance. Il peut être fait appel de la décision de l'AFLD devant le Conseil d'Etat.

¹⁷⁷⁴ Article 13.2.1 Code Mondial Antidopage, version 2015.

¹⁷⁷⁵ L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011, p. 198-205.

¹⁷⁷⁶ C. Amson, 'Le contentieux du dopage et le Tribunal arbitral du sport', *Gazette du Palais*, le 08 février 2005, n°39 ; R. McLaren, 'CAS Doping jurisprudence: What can we learn?', *International Sports Law Review*, n°1, 2006, p.4-22; F. Öschütz, 'Doping cases before the CAS and the World Anti-doping Code', in I.S. Blackshaw, R.C.R Siekmann et J.W. Soek (dir.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC ASSER Press, The Hague, 2006, p. 246-265.

peut faire appel de ces décisions auprès du Conseil d'Etat¹⁷⁷⁷. On constate que l'interprétation juridique du Code est entièrement entre les mains d'acteurs qui ne sont pas sous l'autorité directe ou indirecte de l'AMA. Celle-ci n'est pas dépourvue de contre-pouvoir face aux juridictions chargées d'interpréter le Code, elle peut s'en remettre systématiquement au TAS, tout en essayant de l'influencer dans sa pratique arbitrale, elle peut aussi réviser le Code pour clarifier l'interprétation de certaines règles. Ainsi, l'AMA n'est pas totalement démunie, elle peut recourir à certains mécanismes politiques ou institutionnels pour faire prévaloir sa vision du Code. De plus, en pratique l'indépendance du TAS vis-à-vis du mouvement sportif et de l'AMA demeure relative¹⁷⁷⁸.

Confrontées à des crises susceptibles de menacer la légitimité de la *lex sportiva*, les organisations sportives internationales ont construit, avec le soutien des gouvernements, une nouvelle fabrique atypique de la *lex sportiva* placée au centre d'un réseau d'acteurs et de normes au maillage complexe. Son émergence ne peut être directement rattachée à l'intervention de l'Union européenne face à la *lex sportiva*, mais l'arrêt *Bosman* a certainement activement encouragé sa mise en place. En effet, elle a pour objet d'écartier le contrôle du juge étatique sur les normes antidopage en les parant d'une nouvelle légitimité globale. Ainsi, en accueillant dans la fabrique des normes antidopage les Etats et leurs représentants, les organisations sportives pensaient garantir leur immunité juridique. Mais, encore une fois à cause du droit de l'UE, elles ont dû déchanter.

II. L'Union européenne et l'AMA

La relation juridique et politique entre l'Union européenne et l'AMA est ambiguë. D'une part, l'Union a activement contribué à la création de l'AMA et ne cesse depuis sa

¹⁷⁷⁷ Articles L. 232-24 du Code du Sport.

¹⁷⁷⁸ L'AMA tente d'influencer via différents moyens la jurisprudence du TAS. Ainsi, de nombreuses réunions ont lieu entre l'administration de l'AMA et celle du TAS, voir P-V de la réunion du Comité exécutif de l'AMA, 23 Septembre 2003, p.14 ; P-V de la réunion du Comité exécutif de l'AMA, 20 novembre 2003, p.17 ; P-V de la réunion du Comité exécutif de l'AMA, 15 mai 2005, p.5 ; P-V de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 20 novembre 2005, p.3 ; P-V de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 12 mai 2007, p.2 ; P-V de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 8 mai 2010, p.34 ; P-V de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 20 novembre 2010, p.10 et p.23-25 ; P-V de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 14 mai 2011, p.4 et 19.

fondation de soutenir, à travers ses déclarations politiques, sa lutte contre le dopage. D'autre part, le Code et les normes de l'AMA qui servent de base à la lutte contre le dopage à travers le globe, ne sont pas exempts du contrôle du droit de l'UE. Ainsi, on a pu à de nombreuses reprises reprocher à ces règles, dans leur forme originale ou transposée, de violer les droits fondamentaux des sportifs¹⁷⁷⁹. Un reproche pris au sérieux par l'AMA qui a fait faire plusieurs consultations sur la question à des juristes de renommée internationale¹⁷⁸⁰. Le droit de l'UE a été mobilisé pour contester certaines décisions sanctionnant des sportifs sur le fondement d'une violation des règles de lutte contre le dopage¹⁷⁸¹. Il a aussi joué un rôle non négligeable dans le débat lié à la protection de la vie privée des sportifs face aux intrusions des systèmes de contrôle mis en place par l'AMA. L'Union européenne est donc à la fois un partenaire politique de l'AMA et une potentielle menace juridique pour la *lex sportiva* qu'elle produit.

a. L'Union européenne : un partenaire historique de l'AMA

L'Union européenne, *via* ses institutions politiques et administratives, a joué un rôle non négligeable dans la mise en place du partenariat public-privé global, incarné par l'AMA,

¹⁷⁷⁹P. Collomb, 'Les sportifs de haut niveau sont-ils des citoyens de seconde zone ?', *La Semaine Juridique Edition Générale* n°19, 9 Mai 2011, 564. Cette contestation est particulièrement forte aux Etats-Unis, M. S. Straubel, 'Doping Due Process : A Critique of the Doping Control Process in International Sport', *Dickinson Law Review*, Volume 106, n°3, 2002 p.523-572 ; M. A. Weston, 'Doping Control, Mandatory Arbitration, and Process Dangers for Accused Athletes in International Sports', *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 10, n°1, 2009, p.5-50.

¹⁷⁸⁰Voir : A. Rigozzi, G. Kaufmann-Kohler et G. Malinverni, 'Doping and Fundamental Rights of Athletes: Comments in the wake of the adoption of the world anti-doping Code', *International Sports Law Review*, n°3, 2003, pp.39-67 et A. Rigozzi & G. Kaufmann-Kohler, 'Legal opinion on the conformity of Article 10.6 of the 2007 draft world anti-doping code with the fundamental rights of athletes', AMA, 2007 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/Legal_Opinion_Conformity_10_6_complete_document.pdf); Avis de droit sur le projet de révision du code mondial antidopage formulé par Jean-Paul Costa, 25 juin 2013 (accessible à http://extranet.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-The-Code/Code_Review/Code%20Review%202015/Code%20Final%20Draft/WADC-Legal-Opinion-on-Draft-2015-Code-FR_2013-06-25.pdf).

¹⁷⁸¹Dans l'affaire Meca-Medina : Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen* ././ CIO, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf); Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291; CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991. Et l'affaire Cañas : Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf).

dans la lutte contre le dopage. Cet engagement s'est par la suite matérialisé dans de nombreuses déclarations politiques de soutien à l'AMA.

i. L'UE et le dopage avant l'AMA

Bien avant la fondation de l'AMA, le dopage préoccupait déjà les institutions européennes¹⁷⁸². Dès la préparation des Jeux Olympiques de Barcelone de 1992, le Conseil appelait la Commission à mettre en place un « Code de conduite anti-dopage »¹⁷⁸³. Il exhortait peu après, « les instances gouvernementales et non gouvernementales engagées dans les prochains Jeux olympiques d'Albertville et de Barcelone à poursuivre les efforts engagés et à prendre toutes les dispositions nécessaires pour que la préparation sportive des athlètes ainsi que le déroulement des épreuves se passent dans des conditions correctes et honnêtes, exemptes de dopage »¹⁷⁸⁴. Toutefois, en dépit de ces interventions sporadiques liées à l'organisation des Jeux Olympiques sur le territoire européen, l'intérêt du Conseil en la matière restait limité.

A cet égard, le Parlement européen était plus précoce, car il s'inquiétait dès 1988 « du lien entre violence sportive et dopage, encourageant là encore la lutte coordonnée contre le dopage »¹⁷⁸⁵. De nombreuses questions ont d'ailleurs été posées à l'époque à la Commission à ce propos¹⁷⁸⁶. Enfin, et surtout, le Parlement adopte en 1994 une

¹⁷⁸²Voir pour une chronologie historique bien faite de la lutte contre le dopage au niveau de l'Union européenne : A. Vermeersch, 'The European Union and the Fight against doping in sport: on the field or on the sidelines?' *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 4, n°1, April 2006 et J. Lindholm, 'The Challenging European Landscape of Anti-doping following the Lisbon Treaty', *International Sports Law Review Pandektis*, Volume 9, n°1-2, 2011 p. 92-106.

¹⁷⁸³Résolution du Conseil relative à une action communautaire de lutte contre le dopage, y compris l'abus de médicaments, dans les activités sportives du 3 décembre 1990, publiée au JO C 329 du 31 décembre 90, p.4-5. En réponse, la Commission avait annexé une ébauche de Code de conduite dans sa Communication au Conseil sur le dopage dans les activités sportives, SEC/91/2030FINAL, du 14 novembre 1991.

¹⁷⁸⁴Déclaration du Conseil relative à la lutte contre le dopage, y compris l'abus de médicaments, dans les activités sportives du 4 juin 1991, publiée au JO C 170 du 29 juin 1991, p.1.

¹⁷⁸⁵Résolution sur le vandalisme et la violence dans le sport, publiée au JO C 49 du 22 février 1988, p. 168, par. 13-14. Voir aussi la Résolution sur le sport dans la Communauté européenne et l'Europe des citoyens, JO C 69 du 20 mars 1989, p.234.

¹⁷⁸⁶Question N°20 de M. Delorozoy (H-701/87) – Action contre le dopage, Débats du PE (éd. française): n° 359 p. 198; Question écrite N°1856/87 de Sir Jack Stewart-Clark à la Commission: Mesures communautaires en matière de contrôle anti-dopage, JO C 160 du 20.6.1988, p. 15; Question n°28 de M; Pasty (H-291/88) à la Commission: Dopage dans le sport, JO C 235 du 12.9.1988, p. 63; Question écrite n 2511/87 de M. Luc Beyer de Ryke à la Commission: Italie - dopage d' athlètes - dispositions à prendre

résolution dédiée au dopage dans le sport¹⁷⁸⁷. Dans laquelle, il considère que la lutte contre le dopage ne peut « être menée efficacement qu'à l'échelle transfrontalière »¹⁷⁸⁸. En s'appuyant sur les compétences en matière de santé publique attribuée par le traité de Maastricht, il appelle l'Union européenne à « pratiquer une politique plus active »¹⁷⁸⁹. Le parlement envisage ainsi de créer « un réseau de laboratoires européens chargés de la recherche sur le dopage »¹⁷⁹⁰, d'harmoniser les « mesures contre le commerce illégal des agents dopants »¹⁷⁹¹, des propositions qui sont restées lettre morte. Il appelle aussi les organisations sportives « à poursuivre énergiquement leur politique de prévention et de lutte contre le dopage dans le sport »¹⁷⁹² et « à élaborer de nouvelles réglementations soigneusement étudiées contre le dopage [...] et à prévoir des sanctions de nature à garantir les droits des sportifs individuels »¹⁷⁹³, tout en associant « les sportifs à part entière aux décisions relatives à la prévention et à la lutte contre le dopage »¹⁷⁹⁴. Enfin, il appelle les Etats membres à « arrêter des dispositions législatives complémentaires interdisant le dopage dans le sport »¹⁷⁹⁵ et leur enjoint « de refuser ou de retirer tout subside aux clubs et fédérations qui contournent manifestement les dispositions législatives et réglementaires relatives au dopage dans le sport »¹⁷⁹⁶. Cette résolution du Parlement européen traduit bien la charnière que représentent les années 90 en ce qui concerne la place prise par la lutte contre le dopage dans le débat public. Elle est très proche, en termes de discours, des débats et des enjeux qui vont mener à la création de l'AMA cinq ans plus tard. Si la préoccupation pour le dopage était déjà présente avant la fin des années 90, ce n'est qu'après les scandales liés au Tour de France (en particulier l'affaire Festina) que cette question va véritablement prendre sa place dans l'agenda politique de l'Union européenne.

pour limiter la circulation des produits anabolisants, JO C 332 du 27.12.1988, p. 27; Question écrite n 1510/88 de Mme Anne André à la Commission: Dopage - assuétude - toxicomanie, JO C 151 du 19.6.1989, p. 25; Question No. 52 de M. LATAILLADE (H-0622/91) à la Commission: Le dopage sportif JO C 240 du 16.9.1991, p. 92; Question No. 53 de Mme CECI (H-0700/91) à la Commission: Code anti-dopage, JO C 240 du 16.9.1991, p. 92.

¹⁷⁸⁷ Résolution du Parlement sur le sport et le dopage, publiée au JO C 205 du 25 juillet 1994, p.484.

¹⁷⁸⁸ Ibid, considérant C.

¹⁷⁸⁹ Ibid, considérant G.

¹⁷⁹⁰ Ibid, para. 2.

¹⁷⁹¹ Ibid, para. 4.

¹⁷⁹² Ibid, para. 5.

¹⁷⁹³ Ibid, para. 6.

¹⁷⁹⁴ Ibid, para. 10.

¹⁷⁹⁵ Ibid, para. 7.

¹⁷⁹⁶ Ibid, para. 8.

ii. Quel rôle pour l'UE dans la fondation de l'AMA ?

La fin des années 90 est marquée par les scandales à répétition, le dopage devient un dossier brûlant qui échappe politiquement aux organisations sportives. Dans ce contexte, l'Union européenne ne coupe pas à l'obsession générale concernant le dopage. La lutte contre le dopage devient rapidement un dossier prioritaire. Tout cela aboutira, avec la bénédiction de l'Union, à la fondation de l'AMA.

En décembre 1998, le Conseil européen affirme « sa préoccupation face à l'ampleur du dopage dans le milieu du sport, et à la gravité de cette pratique, qui nuit à l'éthique sportive et à la santé publique », en sus « il souligne la nécessité d'une mobilisation au niveau de l'Union européenne et invite les Etats membres à examiner avec la Commission et avec les instances sportives internationales les mesures qui pourraient être prises pour intensifier la lutte contre ce fléau, notamment par une meilleure coordination des mesures nationales existantes »¹⁷⁹⁷. Le Parlement, s'accorde à reconnaître l'urgence de la situation en la matière et considère « que le phénomène du dopage dans le sport, comme les événements récents l'ont révélé, est devenu hautement inquiétant dans tous les domaines sportifs et à tous les niveaux compétitifs ou amateurs, qu'il met en danger la santé des sportifs, fausse les compétitions, nuit à l'image du sport notamment auprès des jeunes et porte atteinte à la dimension éthique du sport »¹⁷⁹⁸. Il appelle la Commission à faire « des propositions en vue de mettre en œuvre une politique de santé publique harmonisée en matière de lutte contre le dopage et une coopération au niveau de la recherche, de la prévention, de l'information, du suivi médical des sportifs, du contrôle de la distribution et de la circulation des produits dopants, de la répression contre les filières produisant et distribuant des produits dopants prohibés »¹⁷⁹⁹. Dans cette résolution, le Parlement apporte aussi son soutien à « la proposition de création d'une Agence internationale antidopage qui sera proposée lors de cette conférence mondiale du CIO et souhaite que la Commission y

¹⁷⁹⁷Conclusions du Conseil Européen de Vienne, 11 et 12 décembre 1998, pt.96.

¹⁷⁹⁸Résolution du Parlement sur les mesures urgentes à prendre contre le dopage dans le sport, publiée au JO n°C 098 du 09 avril 1999 p. 291, Considérant B.

¹⁷⁹⁹Ibid, pt.1.

participe »¹⁸⁰⁰. Il « estime que le rôle de cette Agence internationale, dotée d'une autorité indépendante, transparente et à but non lucratif doit être de renforcer l'efficacité de la lutte contre le dopage en coordonnant les actions entreprises dans ce domaine par les fédérations et organisations sportives internationales »¹⁸⁰¹, et invite les différents acteurs « à publier des règles en matière de lutte contre le dopage qui tiennent compte des éventuelles spécificités de chaque discipline sportive et à les faire accepter par l'ensemble des fédérations sportives internationales »¹⁸⁰².

La Commission répond à cet appel à la fin de l'année 1999, après avoir reçu de la part de la Commission médicale du CIO un rapport l'encourageant fortement à s'engager dans ce sens¹⁸⁰³. Elle présente peu après son fameux rapport d'Helsinki au Conseil européen¹⁸⁰⁴ dans lequel elle annonce qu'elle coopère « avec le mouvement olympique afin de créer l'Agence mondiale contre le dopage et de s'assurer que celle-ci travaille dans des conditions d'indépendance et de transparence »¹⁸⁰⁵. Parallèlement, elle adopte une Communication spécifiquement dédiée au dopage¹⁸⁰⁶. Elle propose une triple approche dans la politique de lutte contre le dopage de l'UE:

- Recueillir le point de vue des experts sur la portée éthique, légale et scientifique du phénomène du dopage
- Contribuer à la préparation de la Conférence mondiale contre le dopage et travailler avec le mouvement olympique afin de créer l'agence mondiale contre le dopage ;
- Mobiliser les instruments communautaires dans le but de compléter les actions déjà menées par les États membres et de leur donner une dimension communautaire¹⁸⁰⁷

¹⁸⁰⁰Ibid, pt.4.

¹⁸⁰¹Ibid, pt.5.

¹⁸⁰²Ibid, pt.6.

¹⁸⁰³ Prince A. de Mérode et Dr. P. Schamasch, *Harmonisation of methods and measures in the fight against doping in sport*, 1999, p. 22 (accessible à <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/growth/docs/hardop-en.pdf>).

¹⁸⁰⁴Rapport de la Commission au Conseil Européen dans l'optique de la sauvegarde des structures sportives actuelles et du maintien de la fonction sociale du sport dans le cadre communautaire du 10 décembre 1999, COM(1999) 644 final.

¹⁸⁰⁵ Ibid, p.5.

¹⁸⁰⁶ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur le Plan d'appui communautaire à la lutte contre le dopage dans le sport, COM(1999)643.

¹⁸⁰⁷ Ibid, p.5.

Le deuxième axe de ce plan est spécifiquement dédié à la création de l'AMA. Dans sa communication la Commission considère l'AMA comme un cadre essentiel dans la lutte contre le dopage¹⁸⁰⁸. Mais elle rappelle surtout que l'Union européenne a activement participé aux travaux préparatoires de l'AMA, dont la structure institutionnelle et le mode de fonctionnement ont été fortement déterminés par les revendications des Etats membres et de la Commission¹⁸⁰⁹. Le Parlement européen dans sa réponse à la communication de la Commission soutient lui aussi « la création de l'Agence mondiale antidopage (AMA), régie par les principes d'indépendance, de transparence et de neutralité, et invite les États membres de l'UE participant à cette instance à agir de façon plus coordonnée et résolue »¹⁸¹⁰ et à présenter un « rapport régulier sur les travaux de l'Agence et les résultats »¹⁸¹¹. Ce positionnement favorable à la création de l'AMA a aussi été vivement encouragé dans leurs avis par le Comité des régions¹⁸¹² et le Comité économique et social¹⁸¹³. Le Conseil ne réagira pas véritablement à cette

¹⁸⁰⁸ « Cette Agence doit constituer le cadre d'un nouveau partenariat entre le mouvement olympique et les pouvoirs publics. Il est indéniable que l'ampleur prise par le phénomène du dopage dépasse aussi bien les possibilités que les compétences des organisations sportives. L'action publique est par conséquent devenue indispensable. Un des apports majeurs de cette future Agence sera d'ailleurs de permettre aux deux grands acteurs de la lutte antidopage de travailler ensemble. » Ibid, p.8.

¹⁸⁰⁹ « Les positions défendues par les États membres, en accord avec la Commission, ont notamment visé à assurer les principes d'indépendance et de transparence de l'Agence et à définir l'étendue de ses missions. Lors d'une rencontre qui s'est tenue le 2 novembre 1999, le CIO et l'Union européenne sont tombés d'accord sur le projet de statuts de l'Agence, en ajoutant toutefois les précisions suivantes:

- L'Agence sera chargée d'adopter et de modifier la liste des substances interdites, en prenant comme point de référence initial la liste de la commission médicale du CIO
- Les organisations gouvernementales et les organisations sportives jouiront d'une représentation égale au sein du conseil de fondation qui restera libre de toute influence extérieure, se manifestant par exemple sous la forme d'intérêts commerciaux indus;
- Les décisions de grande importance seront prises sur la base d'un consensus; »

Ibid, p.9.

¹⁸¹⁰ Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur un plan d'appui communautaire à la lutte contre le dopage dans le sport (COM(1999) 643 — C5-0087/2000 — 2000/2056(COS)), publiée au JO n° C 135 du 07 mai 2001 p.270, pt.24.

¹⁸¹¹Ibid, pt.26-32.

¹⁸¹² « Le Comité se félicite de la mise en place de l'Agence mondiale antidopage en tant qu'Agence antidopage indépendante et transparente. Le Comité recommande que l'UE participe pleinement aux travaux de l'Agence et attend avec impatience une proposition de la Commission à cet égard. » Avis du Comité des régions sur la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions: "Plan d'appui communautaire à la lutte contre le dopage dans le sport", 2000/C 317/20, pt.3.1

¹⁸¹³ « Ce nouveau partenariat décrit par la Commission est essentiel pour le développement de la lutte contre le dopage: les organisations sportives, le mouvement olympique et les Pouvoirs publics doivent s'y engager résolument. » Avis du Comité économique et social sur la Communication de la Commission au

communication, même s'il prend note à la fin de l'année 2000 de la création de l'AMA et de la nécessité pour l'Union européenne de définir les modalités de son interaction avec cette nouvelle institution¹⁸¹⁴.

L'Union européenne a très certainement joué un rôle majeur dans la chaîne d'événements et de décisions qui a mené à la création de l'AMA¹⁸¹⁵. Ces institutions ont porté, non sans rencontrer une forte résistance¹⁸¹⁶, la voix d'un changement nécessaire dans la manière d'aborder et de lutter contre le dopage ce qui a progressivement forcé les organisations sportives à proposer une solution nouvelle : une agence mondiale. La Commission et le Conseil ont activement participé aux négociations qui ont abouti à l'adoption des statuts de l'AMA et ont déterminé la structure et les procédures qui caractérisent cette organisation. Ainsi, pour certains, «l'Union européenne est parvenue à obtenir la création d'une Agence mondiale»¹⁸¹⁷. Cependant, après ces premières années d'hyperactivité, l'Union européenne a joué un rôle plus discret dans le fonctionnement de l'AMA.

iii. l'UE et l'AMA : le jour d'après

Une fois la création de l'AMA actée, il s'agissait pour l'Union européenne de définir les modalités de son interaction avec elle. La première difficulté a été de désigner les représentants du continent européen au Conseil de fondation de l'AMA. Le Conseil de l'UE a d'ailleurs adopté récemment une résolution modifiant en profondeur la procédure de nomination des trois représentants de l'Union européenne au Conseil de

Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions: Plan d'appui communautaire à la lutte contre le dopage dans le sport, 2000/C 204/10, pt.3.2.2

¹⁸¹⁴Conclusions du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 4 décembre 2000 sur la lutte contre le dopage, publiée au JO C 356 du 12 décembre 2000, p.1.

¹⁸¹⁵A. Vermeersch, 'The European Union and the Fight against doping in sport: on the field or on the sidelines?' *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 4, n°1, April 2006.

¹⁸¹⁶ « Marie-George Buffet rapporte à ce sujet qu'« il aura fallu tenir des réunions quasi clandestines des ministres des sports, puis des réunions informelles, afin que les États européens exercent une pression positive sur le Comité international olympique (CIO), pour obtenir la construction de l'Agence mondiale antidopage (AMA) » » F. Humbert et J-J Lozach, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'efficacité de la lutte contre le dopage*, tome 1, 17 Juillet 2013, p.93.

¹⁸¹⁷ J-F. Pons, 'Sport et Politique Européenne de la Concurrence: Règles du Jeu et Exemples récents d'application', Discours, Bruxelles, le 18 octobre 2001, p.2 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_022_fr.pdf).

fondation¹⁸¹⁸. A l'origine, la Commission était représentée au sein du Conseil de fondation, mais, à la suite de problèmes liés à la participation de l'UE au budget de l'AMA¹⁸¹⁹, elle s'est retirée de cet organe et a laissé la place aux représentants des gouvernements des Etats membres. Seuls les représentants des Etats membres participent donc activement à la gestion de l'agence dans les aréopages (conseil de fondation et comité exécutif) prévus à cet effet. La position de l'Union européenne fait uniquement l'objet d'une coordination au sein du Conseil avant chaque réunion de l'AMA. Les institutions de l'Union européenne jouent un rôle limité au sein de l'agence, ni la Commission, ni le Parlement européen, ne sont impliqués directement dans sa gestion¹⁸²⁰.

Le Parlement européen et la Commission sont cantonnés aux seconds rôles. La Commission se contente, ce qui ressort notamment du Livre blanc sur le sport, d'un rôle de facilitateur, de médiateur, entre les différents acteurs (et espaces) de la lutte contre le dopage¹⁸²¹. Les ambitions législatives en la matière sont extrêmement limitées, « [t]oute mesure prise de la part de l'UE devrait, par définition, être limitée et destinée à compléter celles prises par d'autres acteurs »¹⁸²². Malgré l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui confère une compétence, certes limitée, à l'Union européenne en matière de sport (introduite à l'article 165 TFUE), la Commission rappelle que la « prévention du dopage et les sanctions prises en la matière relèvent toujours de la compétence des organisations sportives et des États membres »¹⁸²³. En pratique, elle souhaite restreindre son action en matière de dopage à la coordination des législations en vigueur dans les Etats, tout en apportant son soutien à l'AMA et à la Convention de

¹⁸¹⁸ Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil concernant la représentation des États membres de l'UE au sein du conseil de fondation de l'Agence mondiale antidopage (AMA) et la coordination des positions de l'UE et de ses États membres avant chaque réunion de l'AMA, publiée au JO C 372 du 20 décembre 2011, p. 7-9.

¹⁸¹⁹ Communication de la Commission au Conseil concernant la participation de la Commission à l'Agence mondiale antidopage ainsi que son financement, COM/2002/0220 final.

¹⁸²⁰ Voir en général sur la faiblesse de la position institutionnelle de l'Union européenne dans la lutte antidopage : A. Vermeersch, 'The European Union and the Fight against doping in sport: on the field or on the sidelines?' *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 4, n°1, April 2006.

¹⁸²¹ Commission européenne, *Livre blanc sur le sport*, 11 juillet 2007, COM (2007) 391 final, p.5.

¹⁸²² Analyse d'impact accompagnant le Livre blanc sur le sport, SEC (2007) 932, p.30. Voir aussi Commission européenne, *L'Union européenne et le sport : Historique et contexte*, document accompagnant le Livre blanc sur le sport, SEC(2007) 935, p.1-130, p.9.

¹⁸²³ Communication de la Commission au Parlement Européen au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Développer la dimension européenne du sport, COM(2011)12 final.

l'UNESCO¹⁸²⁴. La seule véritable action de la Commission ces dernières années a été la création d'un groupe de travail, puis d'un groupe d'experts de l'UE, sur la lutte contre le dopage¹⁸²⁵. La Commission et son groupe d'experts ont ainsi été chargés de préparer les contributions de l'Union européenne aux différentes phases du processus de révision du Code, avant que celles-ci ne soient ratifiées par le Conseil. Le Parlement européen est lui condamné à l'inaction, il doit se contenter d'appeler « les États membres ainsi que la Commission à intensifier leur collaboration avec l'Agence mondiale contre le dopage, le Conseil de l'Europe et l'Organisation mondiale de la santé, de manière à lutter efficacement contre le dopage »¹⁸²⁶. Dans sa résolution sur le livre blanc sur le sport, il se félicitait aussi de la création de l'AMA et du fait que « le code mondial antidopage de 2003 a permis d'établir une norme propre à assurer l'harmonisation des législations nationales dans le monde entier »¹⁸²⁷. Par contre, sa résolution sur la dimension européenne du sport est plus critique de l'action de l'AMA¹⁸²⁸.

Enfin, si l'Union européenne a joué un rôle décisif dans la fabrication de l'AMA, elle a été relativement absente de sa gestion. La Commission ayant rapidement perdu son siège au sein du Conseil de fondation, elle a dû s'en remettre aux États membres pour représenter indirectement l'Union au cœur des instances dirigeantes de l'AMA. Par conséquent, une fois sortie de terre, l'AMA a rapidement échappé à l'un de ses créateurs, l'Union européenne, dont l'influence au sein de l'organisation a progressivement

¹⁸²⁴ « La Commission soutient la lutte contre le dopage et le rôle essentiel joué par l'Agence mondiale antidopage (AMA), les organisations nationales de lutte contre le dopage, les laboratoires accrédités, le Conseil de l'Europe et l'UNESCO. » Ibid, p.4.

¹⁸²⁵ Dont les minutes sont accessibles sur le site internet de la Commission : http://ec.europa.eu/sport/library/consultation-and-co-operation.en.htm#experts_groups.

¹⁸²⁶ Résolution du Parlement européen sur la lutte contre le dopage dans le sport, publiée au JO n° C 33 E du 09 février 2006, p.590-591, pt.8.

¹⁸²⁷Ibid, considérant O.

¹⁸²⁸ Il « insiste sur la nécessité de soutenir la lutte contre le dopage, dans le respect des libertés individuelles des athlètes, notamment chez les plus jeunes, au travers de campagnes de prévention et d'information; exhorte les États membres à traiter le trafic de substances dopantes dans le monde du sport de la même manière que le trafic de drogues illégales et à adopter leurs législations nationales en ce sens, afin d'améliorer la coordination européenne en la matière; demande à l'Agence mondiale antidopage de mettre en place un système administratif de localisation précis et facile à utiliser, en pleine conformité avec le droit de l'Union européenne, et souligne la nécessité de statistiques sur l'utilisation des tests antidopage et le manquement à se soumettre à de tels tests, afin d'établir une méthodologie adéquate de lutte contre le dopage » Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 sur la dimension européenne du sport, publiée au JO C 239E du 20 août 2013 p. 46–60, pt.28.

décliné¹⁸²⁹. Mais, parallèlement (et paradoxalement), l'Union européenne, a pu, grâce à son droit, influencer le travail de l'AMA de l'extérieur. En effet, malgré le caractère hybride de l'AMA, les règles qu'elle adopte n'échappent pas à l'application du droit de l'UE, que ce soit le droit applicable à la protection des données ou le droit de la concurrence.

b. Le droit de l'UE comme limite à l'autonomie de l'AMA et de ses normes

L'AMA a été en partie construite pour que les règles de la *lex sportiva* consacrées au dopage échappent à la compétence des juridictions étatiques et européennes, mais en pratique elle n'a pas pu isoler complètement ces règles du regard inquisiteur du droit de l'UE. Deux controverses juridiques opposant, directement ou indirectement, le droit de l'UE aux règles l'AMA ont défrayé la chronique. L'une se rapporte au traitement des données recueillies dans le cadre de la lutte contre le dopage par l'AMA et ses affiliés. L'autre concerne l'application du droit de la concurrence aux règles de lutte contre le dopage des fédérations sportives et de l'AMA. Dans les deux cas, nous allons essayer de reconstruire le chemin juridique suivi par le droit de l'UE pour contrôler les normes de la *lex sportiva* produites par l'AMA.

i. **Le droit de la protection des données une menace sérieuse pour l'AMA**

Dans le cadre de la première révision du Code, l'AMA décida de proposer la création d'un standard international sur la protection de la vie privée. Or, avant de se prononcer dans le cadre de la consultation sur la substance du standard, la Commission décida de soumettre cette proposition au Groupe de travail « article 29 ». Celui-ci rendit un premier avis (3/2008) très critique tant quant au standard proposé que vis-à-vis du Code en général. Cette opinion sera suivie d'un intense débat politique entre l'AMA et l'Union européenne à ce sujet, qui aboutira à la révision du standard, sans pour autant

¹⁸²⁹ Malgré les appels du pied de certains commentateurs, encourageant vivement la Commission à faire usage de sa nouvelle compétence sportive pour intervenir sur le terrain de la lutte contre le dopage : J. Lindholm, 'The Challenging European Landscape of Anti-doping following the Lisbon Treaty', *International Sports Law Review Pandektis*, Volume 9, n°1-2, 2011 p. 92-106.

éteindre intégralement les doutes quant à la légalité du Code au regard du droit de la protection des données de l'UE.

1. L'Opinion 3/2008 du Groupe de Travail « article 29 »

L'élément déclencheur d'une polémique sur la compatibilité du Code et de ses standards au regard du droit de la protection des données n'a pas été une plainte individuelle mais bien une simple demande d'opinion (non contraignante) de la part de la Commission au Groupe de travail « article 29 ».

Qu'est ce que le Groupe de travail « article 29 » ?

Le Groupe de travail a vu le jour avec la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données de 1995¹⁸³⁰. L'article 29. 1. de la directive prévoit qu'« est institué un groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel », au « caractère consultatif et indépendant ». Ce groupe est composé de trois membres individuels¹⁸³¹. Il est notamment chargé « de donner à la Commission un avis sur le niveau de protection dans la Communauté et dans les pays tiers »¹⁸³². Ses compétences sont exclusivement consultatives. Avec l'entrée en vigueur de la directive concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques¹⁸³³, le Groupe « institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE, remplit aussi les tâches visées à l'article 30 de ladite directive en ce qui concerne les matières couvertes par la présente directive, à savoir la protection des droits et des libertés fondamentaux ainsi

¹⁸³⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, publiée au JO n° L 281 du 23 novembre 1995 p.31-50.

¹⁸³¹ Sur le mode de composition de ce groupe voir Article 29.2 de la directive.

¹⁸³² Article 30. 1. b) Ibid.

¹⁸³³ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), publiée au JO n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37-47.

que des intérêts légitimes dans le secteur des communications électroniques »¹⁸³⁴. En résumé, il s'agit d'une institution consultative, conçue pour accompagner la mise en œuvre des directives européennes dans le domaine de la protection des données. C'est en cette qualité que le G29 va être amené, un peu par hasard, à être confronté à l'AMA et à ses règles.

L'application du droit européen de la protection des données au Code et au Standard de l'A.M.A. par le Groupe de travail

Dans son avis rendu à la demande de la Commission, le G29 ne se borne pas uniquement à étudier la compatibilité du projet de standard international au droit de l'Union, il s'intéresse en effet aussi à la légalité du projet d'article 14 du Code au regard du droit de la protection des données de l'Union européenne.

Concernant le Code, le G29 rappelle que la diffusion de données personnelles des athlètes ne peut avoir lieu sans leur consentement¹⁸³⁵. Il appelle l'AMA à certifier que les données inscrites dans la base de données ADAMS sont soumises à la législation de l'UE, même en cas de transfert de ces données au Canada (siège de l'AMA et de ses serveurs) ou au-delà¹⁸³⁶. Il reproche au Code de manquer de rigueur et de précision dans la définition d'un certain nombre de notions liées à la gestion des données¹⁸³⁷. Le standard international est lui critiqué pour son manque de proportionnalité et de clarté dans le traitement des informations personnelles pertinentes¹⁸³⁸. Enfin, et c'est sûrement l'attaque la plus violente contre le mode de fonctionnement de l'AMA en matière de collection des données, le G29 rappelle que l'article 7 de la Directive 95/46/CE prévoit que « tout traitement de données doit être justifié par un motif légitime valable »¹⁸³⁹. Or, l'article 6.1. du projet de Standard prévoyait de s'appuyer sur le consentement des athlètes pour légitimer le traitement des données. Toutefois, le « groupe de travail

¹⁸³⁴ Article 15.3 de la directive.

¹⁸³⁵ Avis 3/2008 sur le projet de norme internationale de protection de la vie privée du code mondial antidopage, adopté le 1er août 2008, 1576-00-00-08/FR WP 156 (accessible à http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp156_fr.pdf), p.3.

¹⁸³⁶Ibid, p.3.

¹⁸³⁷Ibid, p.3-4.

¹⁸³⁸Ibid, p.5.

¹⁸³⁹Ibid.

estime que ce consentement n'est pas conforme aux obligations énoncées à l'article 2, point h), de la directive 95/46/CE »¹⁸⁴⁰. En effet, ce consentement recueilli par les organisations sportives en matière de dopage « n'est ni libre, ni informé »¹⁸⁴¹, une problématique que l'on retrouve en ce qui concerne le consentement des sportifs à l'arbitrage¹⁸⁴². Le G29 recommande donc de trouver d'autres motifs légitimes susceptibles de justifier le traitement des données des sportifs. Par ailleurs, le Groupe considère aussi que l'AMA devrait veiller à mieux informer les participants¹⁸⁴³. De plus, le G29 appelle l'AMA à définir une durée maximale de conservation des données et à garantir aux participants un droit d'accès à leurs informations à caractère personnel¹⁸⁴⁴. Enfin, de manière générale, il « invite l'AMA à réfléchir à l'introduction de dispositions complémentaires qui permettraient de garantir »¹⁸⁴⁵ la conformité de ses normes au droit de l'UE.

Malgré le soutien affiché à « l'initiative [sic] de l'AMA en faveur de l'adoption de normes minimales de protection de la vie privée et des données à caractère personnel des athlètes et des autres personnes participant à la lutte contre le dopage »¹⁸⁴⁶, l'avis tombe comme un coup de massue. Le G29 assène qu'« il ne lui est pas encore possible de donner son aval à cette dernière puisque ses conditions minimales ne semblent pas atteindre les niveaux minimaux requis par la réglementation européenne sur la protection des données »¹⁸⁴⁷. Il fait l'effet d'une bombe, l'AMA est sous le choc, alors qu'elle pensait bien faire en développant un nouveau standard de protection des données, elle se trouve mise à l'index et potentiellement menacée de poursuites devant les organismes de protections des données européens. Un débat politique violent, opposant, au sein des organes de l'AMA, le reste du monde à l'Europe, va en résulter.

¹⁸⁴⁰Ibid

¹⁸⁴¹Ibid

¹⁸⁴² Voir à ce sujet le chapitre consacré au TAS ci-dessous.

¹⁸⁴³Ibid, p.6.

¹⁸⁴⁴Ibid, p.8.

¹⁸⁴⁵Ibid, p.9

¹⁸⁴⁶Ibid, p.9

¹⁸⁴⁷Ibid, p.10

2. *La mini-crise politique à l'AMA*

L'AMA est profondément ébranlée par l'avis du G29. En effet, le risque est important : l'ouverture d'un front judiciaire en matière de protection des données menacerait la survie du Code, voire potentiellement de l'AMA. Elle se refuse à accepter les griefs du G29 et fait rédiger plusieurs consultations attestant de la compatibilité des standards de protection des données proposés par l'AMA avec le droit de l'UE¹⁸⁴⁸. Le sentiment d'injustice est d'autant plus vif, que l'AMA n'avait pas été conviée à défendre son point de vue devant le G29¹⁸⁴⁹, que le G29 avait devant les yeux une version obsolète du Standard¹⁸⁵⁰ et que l'avis est intervenu après la fin de la période de consultation prévue pour le standard¹⁸⁵¹. S'engagent alors des négociations entre les deux parties pour aboutir à un compromis sur une rédaction finale appropriée du standard. Les pays européens refusant d'appliquer un standard qu'ils jugent, aux yeux de l'avis du G29, insuffisant¹⁸⁵², se heurtent à l'idée défendue par l'AMA que celui-ci doit être entendu comme un standard minimum et que par conséquent « lorsqu'une loi nationale serait en conflit avec toute partie de celui-ci, c'est elle qui prévaut et ceci est cohérent avec la production d'un standard international »¹⁸⁵³. Les représentants européens agitent le chiffon rouge d'une décision de justice négative qui « représenterait un bon en arrière majeur pour l'antidopage en général » et qui « menacerait l'intégralité du principe et le

¹⁸⁴⁸ Voir sur le site de l'AMA : <https://www.wada-ama.org/fr/media/nouvelles/2009-03/un-avis-de-droit-conclut-quadams-est-compatible-avec-les-lois-europeennes-de>.

¹⁸⁴⁹ Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 20 septembre 2008, p.35

¹⁸⁵⁰ M. Cooper, membre d'un cabinet d'avocat ayant conseillé l'AMA pour la rédaction du Standard estime que « Malheureusement, ce document se fondait sur une version antérieure du standard et lorsque l'AMA a rencontré le G29 pour lui transmettre cette information et lui demander de reconsidérer et d'étudier la version la plus récente du Standard, il a refusé. » Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 22 novembre 2008, p. 34.

¹⁸⁵¹ Le président de l'AMA « demande simplement une fois la consultation conclue, alors que l'Union européenne s'est présentée du fait d'une soumission tardive, s'il existe une possibilité d'évolution dans les huit prochaines semaines. Il en doute. Il ne croit pas que la consultation amènera l'AMA ailleurs que là où elle est déjà. Peut-être pourrait-elle élaborer un système de consultation permanente pour que l'Union européenne soit sûre d'avoir toutes les possibilités et, le cas échéant, celle de revenir à la table de la négociation. » Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 20 septembre 2008, p.41

¹⁸⁵² La représentante des pays membres de l'UE au Conseil exécutif de l'AMA, Mme De Boer-Buquicchio dira même : « L'Europe ne peut pas actuellement appliquer ce Standard, elle en a le droit tant qu'il n'est pas compatible avec sa propre législation de protection des données. Elle ne pourra pas travailler avec ce Standard et, en tout état de cause, cela sera au détriment d'une harmonisation plus approfondie. » Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 22 novembre 2008, p. 33.

¹⁸⁵³ M. Cooper expert de l'A.M.A. chargé de la rédaction du standard, *ibid*, p. 35.

système qui est défendu »¹⁸⁵⁴, pour contraindre l'AMA à reconsidérer le standard. Malgré les réticences de l'Union européenne, et la demande d'un moratoire¹⁸⁵⁵, le nouveau standard entre en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Il devient dès lors « contraignant » pour les signataires du Code (mais non-contraignant pour ceux de la Convention de l'UNESCO). Ce n'est pas la fin de l'histoire, car, afin de tenter de mettre un point final à la controverse, ce standard va faire l'objet d'un second avis du G29.

3. *Le deuxième avis du G29*

La vie du standard sur la protection des données est agitée, à peine est-il entré en vigueur, qu'il est sujet à un second avis du G29 rendu le 6 février 2009¹⁸⁵⁶. Bien que se félicitant de certains changements apportés au standard, le groupe reste critique quant à sa compatibilité avec le droit de l'UE.

Le G29 s'attache tout d'abord à évaluer la légalité du système de localisation des sportifs, qui impose à certains sportifs l'obligation de fournir aux autorités de lutte contre le dopage des renseignements permettant de localiser le sportif au moins une heure par jour¹⁸⁵⁷. Il considère que cette obligation est proportionnée, même si certaines modalités de sa mise en œuvre doivent être revues. Le G29 s'interroge aussi sur le traitement des données à caractère personnel. Il réclame que leurs finalités soient « définies avec précision »¹⁸⁵⁸, que la nécessité et la proportionnalité de l'utilisation des données à caractère personnel soient soigneusement évaluées et que la responsabilité pour l'exactitude des données repose sur les organisations antidopage. Par ailleurs, le G29 réclame que le droit à l'information des participants soit pleinement respecté et que

¹⁸⁵⁴Mme De Boer-Buquicchio, *ibid*, p. 37 ; Mais aussi M. Moutouh représentant de la France au Conseil de fondation, « Les membres doivent tenir compte des conséquences d'une décision légale qui affecterait tout ce qui a été construit dans le champ de l'antidopage. », Procès-verbal de la réunion du Conseil de fondation du 23 novembre 2008, p.25.

¹⁸⁵⁵Moratoire qui sera rejeté par le Comité exécutif et le Conseil de fondation de l'A.M.A., Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 22 novembre 2008, p. 39 et Procès-verbal de la réunion du Conseil de fondation du 23 novembre 2008, p.26.

¹⁸⁵⁶Avis 4/2009 sur le standard international pour la protection des renseignements personnels de l'Agence mondiale antidopage (AMA), sur les dispositions du code de l'AMA s'y rapportant et sur d'autres questions relatives à la vie privée dans le cadre de la lutte contre le dopage dans le sport par l'AMA et les organisations (nationales) antidopage, Groupe « Article 29 » sur la protection des données, 0746/09/FR WP 162, adopté le 6 février 2009.

¹⁸⁵⁷ *Ibid*, pp. 6-7

¹⁸⁵⁸ *Ibid*, p.8

soit garanti un droit d'accès aux données les concernant. Le G29 se penche ensuite sur les motifs pouvant autoriser le traitement des données. Il avait, dans son premier avis, exclu que le consentement du sportif puisse constituer un motif légitime au sens de la directive. Le G29 ne renie pas ce constat dans son second avis, il exclut à nouveau que le traitement des données puisse être fondé sur le consentement. En ce qui concerne le transfert des données ADAMS au Canada, le G29 exclut un transfert des données dans le cas où un niveau de protection des données inadéquat est assuré par le pays d'accueil. A l'instar du traitement des données, le G29 affirme que ce transfert de données ne peut être justifié par le consentement des sportifs, sur la nécessité d'exécuter un contrat entre le sportif et l'AMA ou sur un intérêt public important. L'AMA doit, dès lors, « de préférence, faire usage de garanties supplémentaires, telles que des clauses contractuelles »¹⁸⁵⁹. Pour ce qui est de la durée de conservation des données, le G29 se montre très satisfait de l'introduction d'une disposition spécifiquement dédiée à cette question dans le standard. Cependant, il réclame tout de même certains aménagements concernant la durée de conservation de certaines catégories de données personnelles. En ce qui concerne les sanctions, le G29 doute de la proportionnalité de la publication sur internet de la décision antidopage lorsqu'elle conclut à la condamnation d'un sportif. A cet égard, le Groupe considère « qu'une publication sur l'internet d'une durée d'un an n'est pas nécessaire pour atteindre les objectifs énoncés par l'AMA, puisqu'il considère que ceux-ci peuvent être réalisés d'une manière moins préjudiciable pour les personnes concernées et que les effets de la mesure sont disproportionnés par rapport auxdits objectifs »¹⁸⁶⁰.

Même si l'analyse se veut plus diplomatique¹⁸⁶¹, elle reste marquée par des désaccords profonds sur la compatibilité du standard avec les objectifs et les règles en vigueur au sein de l'UE en matière de protection des données. La sentence est sans appel, « il convient de veiller à éviter de diffuser l'idée erronée selon laquelle ce standard assure, dans le monde entier, un niveau de protection adéquat pour les données à caractère

¹⁸⁵⁹ Ibid, p.16

¹⁸⁶⁰ Ibid, p.19.

¹⁸⁶¹ « Bien qu'il soit conscient de l'importance, notamment pour la santé des sportifs, de la lutte contre le dopage dans le sport, il insiste sur la nécessité de poursuivre cette lutte tout en respectant les droits fondamentaux des sportifs et de leur entourage, en particulier le droit à la protection de leur vie privée et de leurs données à caractère personnel. » Ibid, p.19-20.

personnel traitées dans l'UE, comme le requiert la législation communautaire »¹⁸⁶². Pour le G29, de « nombreux points » restent en suspens, il appartient à nouveau à l'AMA, que cette décision ne saurait rassurer, de prendre position.

4. *Le standard de mai 2009 : l'ultime compromis*

En réponse à cet avis, l'AMA est évidemment « très déçue »¹⁸⁶³, elle considère que son argument sur le standard en tant que seuil minimum n'a pas été entendu et aurait dû à lui seul permettre d'écarter la possibilité d'une incompatibilité avec le droit de l'UE¹⁸⁶⁴. En ce qui concerne la question du motif légitime, et le refus de considérer le consentement comme tel, l'AMA reproche même au G29 (et plus largement à l'UE) de faire preuve d'« impérialisme législatif »¹⁸⁶⁵, de plus elle est outrée par le refus du G29 de reconnaître « l'intérêt public » de la lutte antidopage portée par les organisations sportives¹⁸⁶⁶. L'AMA ironise même sur la prétention du G29 à se substituer à l'ensemble du monde sportif pour définir les règles appropriées dans la lutte contre le dopage¹⁸⁶⁷. Globalement, l'AMA rejette en bloc les commentaires « pédants et inutiles »¹⁸⁶⁸ du G29.

¹⁸⁶² Ibid, p.20.

¹⁸⁶³ "Further, WADA is deeply disappointed with the tone of the opinion. While the opinion could have been supportive of the Standard, recognizing that it will reinforce privacy protections for European athletes (for example, when they train or compete outside the EU), it is instead overtly confrontational." Commentaires de l'AMA. sur l'avis du G29, p.1 (disponible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Comments_WP29_FullVersion.pdf).

¹⁸⁶⁴ Ibid, p.2.

¹⁸⁶⁵ "It would be a remarkable demonstration of legislative imperialism for the Working Party to impose a legal basis on the rest of the world (or deny them a basis (consent) they may need under their existing laws)." Ibid, p.15

¹⁸⁶⁶ "Anti-doping efforts do not serve WADA's interests or the interests of sports federations and NADOs; they serve the interests of athletes and the public at large because of the huge public health implications. Moreover, this sentence might suggest that sports bodies may be incompetent, on their own, to regulate anti-doping efforts, and that the involvement of national regulators or legislators is necessary, something that we would dispute and that overlooks entirely the role played by international federations and sports bodies, such as the IOC, in anti-doping." Ibid, p.15, voir aussi p.20.

¹⁸⁶⁷ "The Working Party would substitute their judgment for the judgment of the entire sports community, including sports bodies, national governments (including many from Europe), athlete representative bodies and others, who arrived at the existing rule following lengthy consultation and debate." Ibid, p.23.

¹⁸⁶⁸ "If the Working Party's pedantic and unnecessary comments on the Standard only serve to highlight that the Standard does not automatically afford this "adequate" level of protection, which was never WADA's objective anyway, WADA graciously acknowledges these comments and hopes to have dispelled (again) any misunderstandings that could have arisen about the purpose of the Standard." Ibid, p.26.

Dans un communiqué elle déclare que « le Groupe de travail menace de fragiliser un pilier essentiel de la stratégie mondiale du combat contre le dopage dans le sport »¹⁸⁶⁹.

On le constate, la réaction de l'AMA à l'avis rendu par le G29 est particulièrement violente, elle n'empêchera cependant pas la tenue, le 24 avril 2009 à Madrid, d'une réunion de négociation avec des représentants du Conseil de l'Europe, de la Commission européenne et des gouvernements nationaux pour discuter des amendements potentiels au standard. Cette réunion va aboutir à un compromis qui est entériné le 9 mai 2009 lors de la réunion du Comité exécutif de l'AMA et qui prévoit que les standards révisés entrent en vigueur dès le 1^{er} juin 2009¹⁸⁷⁰. Cette décision de l'AMA sera célébrée par la Commission européenne¹⁸⁷¹, notamment lors de la Conférence de l'UE sur la lutte contre le dopage¹⁸⁷². Toutefois, les changements apportés demeurent mineurs et ne répondent pas substantiellement aux griefs soulevés par le G29 dans son avis.

5. *La fin de l'histoire ?*

Malgré les modifications cosmétiques apportées par l'AMA au standard consacré à la protection des données, et bien que la polémique politique sur cette question entre l'UE et l'AMA ait été définitivement refermée, des doutes subsistent quant à la compatibilité des règles de l'AMA avec le droit de l'UE. Ainsi, la question du motif légitime permettant de fonder le traitement et le transfert des données continue de poser problème. Le consentement du sportif à ce traitement n'étant pas considéré comme libre par le G29, mais l'AMA ne veut pas croire qu'il n'existe « aucun moyen pour transférer les données »¹⁸⁷³. Elle renvoie les Etats face à leur responsabilité de garantir, d'une manière ou d'une autre, la circulation des données¹⁸⁷⁴. Ainsi M. Niggli, le responsable des affaires juridiques à l'AMA, dénonce « l'hypocrisie » de certains Etats européens, en effet,

¹⁸⁶⁹ Déclaration de l'AMA à propos de l'avis du Groupe de travail européen sur la protection des données, 15 avril 2009, p.2.

¹⁸⁷⁰ Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA du 9 mai 2009, p.24.

¹⁸⁷¹ Communiqué de la Commission du 11 mai 2009, 'L'Agence mondiale antidopage adopte une nouvelle version du standard pour la protection des données et poursuit son dialogue fructueux avec l'UE', IP/09/733 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-733_fr.htm).

¹⁸⁷² Conférence antidopage de l'Union européenne, voir les conclusions : http://ec.europa.eu/sport/news/doc/athens_conf_conclusions_final_version_en.pdf.

¹⁸⁷³ Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 8 mai 2010, p.24

¹⁸⁷⁴ « Donc, il récapitule en disant qu'il incombe à chaque pays qui avait des difficultés (une minorité en Europe) de trouver des solutions. » Ibid, p.24.

« [d]’un côté, on décriait les problèmes et d’un autre, dans la pratique, on savait que le transfert se faisait »¹⁸⁷⁵. Parallèlement un dialogue intense, mais peu fructueux, autour de la question de la protection des données se poursuit au sein du Comité ad hoc européen pour l’Agence mondiale antidopage (CAHAMA) dans le cadre du Conseil de l’Europe et du Groupe de travail sur l’antidopage de la Commission européenne. Le CAHAMA a identifié quatre points problématiques (la proportionnalité, le transfert international des données, la publication de certaines décisions et le consentement) qui n’ont pas été résolus par l’introduction du standard¹⁸⁷⁶. Ce dialogue a été d’autant plus intense ces dernières années que l’AMA a révisé son Code et ses standards dans l’optique de l’entrée en vigueur d’un nouveau paquet législatif en 2015. Le CAHAMA et le Groupe de travail de la Commission ont produit un certain nombre de documents proposant des révisions précises du Code et du standard en matière de protection des données¹⁸⁷⁷. Ces révisions ont été, pour une part non négligeable, intégrées par l’AMA dans le Code et dans les standards¹⁸⁷⁸. L’AMA a, de son côté, fait parvenir ses commentaires sur la proposition de nouveau règlement sur la protection des données¹⁸⁷⁹. L’AMA considère que la proposition de règlement ne satisfait pas aux besoins de la lutte antidopage¹⁸⁸⁰, tandis que les critiques du G29 n’ont pas été intégralement prises en compte dans la version actuelle du Code et des standards.

Cette escarmouche entre l’UE et l’AMA demeure sans véritable conséquence pour la structure institutionnelle et normative de la lutte antidopage. En effet, les décisions

¹⁸⁷⁵ Ibid, p.25.

¹⁸⁷⁶CAHAMA, Data Protection issues in anti-doping, T-DO (2012) INF 16, 11 June 2012 (accessible à http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/T-DO%282012%29INF16_EN_data_protection.pdf), p.2.

¹⁸⁷⁷ Ibid, annexe 3. Voir ‘EU contribution to the revision of the World Anti-Doping Code’, 23 février 2012, Council.doc 6846/12.

¹⁸⁷⁸ Les changements impulsés par les contributions de l’UE sont visibles dans l’évolution des contributions tout au long du processus de consultation : 1^{ère} ‘EU contribution to the revision of the World Anti-Doping Code’, 23 février 2012, Council.doc 6846/12 ; 2^{ème} ‘EU contribution to the revision of the World Anti-Doping Code’, 26 September 2012, Council.doc 14204/12 ; 3^{ème} ‘EU contribution to the revision of the World Anti-Doping Code and International Standards’, 15 February 2013, Council.doc 6427/13 ; 4^{ème} ‘EU contribution to the revision of the World Anti-Doping Code and International Standards’, 12 July 2013, Council.doc 12159/13.

¹⁸⁷⁹ WADA Comments to the proposed EU Data Protection Regulation, (accessible à http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/T-DO%20-%20Item_5_1_Attach_1_WADA_Comments_to_DP_Regulation-EU_Presidency_FINAL.pdf).

¹⁸⁸⁰ « In this respect, WADA wishes to highlight two points that demonstrate the potential adverse impact the Regulation could have on sport: first, the restrictions on the use of consent, and second, its failure to take adequate account of the “specificity of sport”.” Ibid, p.1.

rendues par le G29 n'ont pas de caractère contraignant, tandis qu'à notre connaissance aucune plainte n'a été déposée auprès des contrôleurs nationaux de la protection des données à l'encontre de l'AMA, de son standard, du Code ou d'un transfert de données. L'incompatibilité, clamée haut et fort par le G29, des règles de l'AMA avec le droit de l'UE n'a pas entraîné de changements majeurs du Code et du Standard. Le droit de l'UE a cependant démontré, encore une fois, sa capacité à se saisir de la *lex sportiva*, même sous la forme des règles de l'AMA. À l'avenir, le droit de la protection des données pourrait se transformer en un obstacle non négligeable l'AMA. On ne saurait exclure, *a fortiori* si la nouvelle mouture du règlement européen est adoptée, une décision négative des organes chargés de garantir la protection des données à l'encontre des normes de l'AMA. L'avis du G29 a ouvert une boîte de pandore, que l'AMA s'efforce, avec vigueur, mais sans véritable succès, de refermer.

ii. Le droit de la concurrence : une menace potentielle pour l'AMA

Le deuxième domaine qui a vu le droit de l'UE s'opposer aux règles antidopage est le droit de la concurrence. Dans une saga qui a connu de nombreux rebondissements, la Cour a déclaré que les règles de lutte contre le dopage n'échappaient pas au champ d'application du droit de la concurrence. Nous allons expliciter comment les règles antidopage ont été subordonnées au droit de la concurrence et les conséquences que cela peut avoir pour l'autonomie de l'AMA et de ses règles.

1. Les règles de lutte contre le dopage tombent-elles dans le champ d'application du droit de la concurrence l'UE ?

La question centrale de la saga Meca-Medina est celle de l'applicabilité du droit de l'UE aux règles de lutte contre le dopage. En effet, beaucoup pensaient que celles-ci étaient par nature étrangère au domaine économique et donc au champ d'application du droit des libertés de circulation et de la concurrence de l'UE¹⁸⁸¹. La Commission dans sa

¹⁸⁸¹Voir entre autres, S. Poillot-Peruzzetto, 'Beaucoup de confusion pour une solution évidente', *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, Décembre 2004, comm. 182; M. Malaurie-Vignal, 'Les rapports entre la personne et le commerce au travers des liens entretenus par le sport et le droit de la concurrence', *Contrats Concurrence Consommation* n° 11, Novembre 2006, comm. 228.

décision s'engage dans l'évaluation des effets économiques des règles antidopage et applique la jurisprudence *Wouters* pour déterminer l'effet restrictif de ces règles¹⁸⁸². Elle semble donc considérer que les règles de lutte contre le dopage n'échappent pas *per se* au champ d'application du droit de l'UE et *a fortiori* du droit de la concurrence. Cette orientation lui sera vivement reprochée par le Tribunal de première instance dans sa décision. En effet, il rappelle que « l'exercice des sports ne relève du droit communautaire que dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 CE »¹⁸⁸³. Or, précise le Tribunal, « les interdictions qu'édictent ces dispositions du traité ne concernent pas les règles purement sportives, c'est-à-dire les règles qui concernent des questions intéressant uniquement le sport et, en tant que telles, étrangères à l'activité économique »¹⁸⁸⁴. Le Tribunal se fonde ici sur une jurisprudence dégagée dans le cadre de l'application des libertés fondamentales aux règles sportives et revendique expressément sa transposition en droit de la concurrence¹⁸⁸⁵. Il discute longuement¹⁸⁸⁶ de la nature « purement sportive », ou non, des règles de lutte contre le dopage en cause et conclut qu'« il y a lieu de constater que la prohibition du dopage se fonde sur des considérations purement sportives et est donc étrangère à toute considération économique »¹⁸⁸⁷. Par conséquent, « ces règles de la lutte antidopage ne sauraient, pas plus que les réglementations examinées par la Cour dans les arrêts *Walrave, Donà* et *Deliège*, entrer dans le champ d'application des dispositions du traité sur les libertés économiques et, en particulier, des articles 49 CE, 81 CE et 82 CE »¹⁸⁸⁸, elles « sont intimement liées au sport en tant que tel »¹⁸⁸⁹. Le Tribunal assène même que

¹⁸⁸² Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen* ./ CIO, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf). pt.40-55.

¹⁸⁸³ Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291, pt.37.

¹⁸⁸⁴ Ibid, pt.41.

¹⁸⁸⁵ « Pour autant, les principes dégagés par la jurisprudence, s'agissant de l'application aux réglementations sportives des dispositions communautaires en matière de libre circulation des personnes et des services, valent également s'agissant des dispositions du traité relatives à la concurrence. En effet, le fait qu'une réglementation purement sportive soit étrangère à l'activité économique, avec pour conséquence, selon la Cour, qu'elle ne tombe pas dans le champ d'application des articles 39 CE et 49 CE, signifie, également, qu'elle est étrangère aux rapports économiques de concurrence, avec pour conséquence qu'elle ne tombe pas non plus dans le champ d'application des articles 81 CE et 82 CE. » Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291, pt.42.

¹⁸⁸⁶ Ibid, pt.44-48.

¹⁸⁸⁷ Ibid, pt.47.

¹⁸⁸⁸ Ibid, pt.47.

¹⁸⁸⁹ Ibid, pt.47.

« soutenir qu'une réglementation ne peut pas être purement sportive si elle entraîne des répercussions économiques, est en contradiction avec la jurisprudence de la Cour »¹⁸⁹⁰. Par conséquent, le Tribunal refuse de procéder à l'évaluation du caractère excessif des règles antidopage au regard de l'objectif poursuivi, leur nature purement sportive rend cette étape du raisonnement obsolète¹⁸⁹¹. Enfin, le Tribunal recadre sèchement la Commission, qui bien qu'elle ait admis la compatibilité des règles du CIO avec le droit de la concurrence a procédé préalablement à l'évaluation de leur impact restrictif. Il « estime que, effectivement, une telle soumission n'était pas nécessaire, s'agissant d'une réglementation purement sportive et compte tenu des arrêts Walrave, Donà et Deliège »¹⁸⁹². En conclusion, « [c]ette nature de réglementation purement sportive entraîne que la contestation par les requérants de la réglementation antidopage litigieuse relève des règles sportives et de la compétence des organes de règlement des litiges sportifs »¹⁸⁹³. Le Tribunal « se fait le défenseur du mouvement sportif »¹⁸⁹⁴ en isolant les règles de lutte contre le dopage de l'application du droit de l'UE et du droit de la concurrence en particulier. Cette décision est célébrée par les partisans d'une large autonomie de la réglementation sportive et d'une interprétation extensive de la notion de spécificité sportive¹⁸⁹⁵. Pourtant, certaines critiques se font jour quant à l'opportunité d'une telle exception pour les règles antidopage¹⁸⁹⁶ et au flou lié à l'opérationnalisation brouillonne de la notion de « règle purement sportive »¹⁸⁹⁷.

Malgré les conclusions de l'avocat général très favorables à l'interprétation proposée par le Tribunal, elle sera écartée par la Cour dans son arrêt final. En effet, l'avocat général

¹⁸⁹⁰ Ibid, pt.52.

¹⁸⁹¹ Ibid, pt.54-55.

¹⁸⁹² Ibid, pt.64.

¹⁸⁹³ Ibid, pt.67.

¹⁸⁹⁴G. Auneau, 'L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives', *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2007, p.365-377, p.369.

¹⁸⁹⁵A. Husting, 'La lutte contre le dopage : une prérogative des fédérations sportives ; observations sur l'arrêt Meca-Medina et Majcen contre la Commission européenne', *Revue Juridique et économique du sport*, n°73, décembre 2004, p.55-66.

¹⁸⁹⁶Principalement, S. Van den Bogaert et A. Vermeersch, 'Sport and the EC Treaty : a tale of uneasy bedfellows ?', *European Law Review*, Volume 31, n°6, 2006, p.821-840, p. 835 et S. Weatherill, 'Anti-doping rules and EC law', *European Competition Law Review*, Volume 26, n°7, 2005, p416-421.

¹⁸⁹⁷P. Ibañez-Colomo, 'The Application of EC Treaty Rules to Sport: the Approach of the European Court of First Instance in the *Meca Medina* and *Piau* cases', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, (accessible à <http://go.warwick.ac.uk/eslj/issues/volume3/number2/colomo/>), p.2.

Léger se place même au-delà des considérations du Tribunal¹⁸⁹⁸. Il suggère « que la Cour a dégagé une exception de portée générale qui ne saurait être limitée, comme les requérants le soutiennent, à la composition et à la formation d'équipes sportives »¹⁸⁹⁹, que celle-ci ne saurait être non plus limitée lorsque la réglementation en cause poursuit un intérêt économique « purement accessoire »¹⁹⁰⁰, qui ne peut « priver les réglementations antidopage de leur nature purement sportive »¹⁹⁰¹. L'avocat général considère, en réponse au quatrième moyen du pourvoi, que « la réglementation litigieuse étant de nature purement sportive, échappant à toute considération d'ordre économique, c'est à juste titre, selon nous, que le Tribunal a pu considérer que l'examen de cette réglementation sur la base des critères dégagés dans cet arrêt [Wouters], n'était pas nécessaire »¹⁹⁰². Or, de manière surprenante mais non imprévisible¹⁹⁰³, la Cour annule la décision du Tribunal sur le fondement de son raisonnement sur la règle purement sportive. La Cour commence par rappeler le cadre classique de sa jurisprudence et notamment le fait qu'elle a jugé « que les interdictions qu'édicte ces dispositions du traité ne concernent pas les règles qui portent sur des questions intéressant uniquement le sport et, en tant que telles, étrangères à l'activité économique »¹⁹⁰⁴. Toutefois, elle tempère cette position en affirmant 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 »¹⁹⁰⁵. Or « [s]i 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 » et « [i]

¹⁸⁹⁸G. Auneau, 'L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives', *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2007, p.365-377, p.371.

¹⁸⁹⁹Conclusions du 23 mars 2006, aff. C-519/04 P, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, Rec. I-06991, pt.19.

¹⁹⁰⁰Ibid. pt.28.

¹⁹⁰¹Ibid.

¹⁹⁰² Ibid, pt.44.

¹⁹⁰³ "A much better solution, as also Weatherill advocates, would have consisted of examining the contested rules on the basis of an analysis founded on Wouters. Concretely, this would boil down to an investigation of whether the anti-doping rules at issue are intimately linked to the proper conduct of sporting competition, whether they are necessary to combat doping effectively and whether the limitation of athletes' freedom of action does not go beyond what is necessary to attain that objective." S. Van den Bogaert et A. Vermeersch, 'Sport and the EC Treaty : a tale of uneasy bedfellows ?', *European Law Review*, Volume 31, n°6, 2006, p.821-840, p. 835. Voir aussi S. Weatherill, 'Anti-doping rules and EC law', *European Competition Law Review*, Volume 26, n°7, 2005, pp 416-421.

¹⁹⁰⁴ CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991, pt.25.

¹⁹⁰⁵ Ibid, pt.27.

s'ensuit que les règles qui régissent ladite activité doivent remplir les conditions d'application de ces dispositions qui, notamment, visent à assurer la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement, la libre prestation des services ou la concurrence »¹⁹⁰⁶. De plus, en ce qui concerne le droit de la concurrence, « il y aura lieu de vérifier si, compte tenu des conditions d'application propres aux articles 81 CE et 82 CE, les règles qui régissent ladite activité émanent d'une entreprise, si celle-ci restreint la concurrence ou abuse de sa position dominante, et si cette restriction ou cet abus affecte le commerce entre États membres »¹⁹⁰⁷. Elle tranche alors, qu'en « estimant qu'une réglementation ne pouvait ainsi être écartée d'emblée du champ d'application desdits articles au seul motif qu'elle était considérée comme purement sportive au regard de l'application des articles 39 CE et 49 CE, sans qu'il soit nécessaire de vérifier au préalable si cette réglementation répondait aux conditions d'application propres aux articles 81 CE et 82 CE, telles que rappelées au point 30 du présent arrêt, le Tribunal a commis une erreur de droit »¹⁹⁰⁸ et annule le jugement du Tribunal.

Dans cet arrêt controversé¹⁹⁰⁹, violemment critiqué par les représentants des organisations sportives internationales¹⁹¹⁰, mais aussi célébré¹⁹¹¹, la Cour écarte définitivement l'idée d'une exclusion *a priori* de certaines règles sportives du champ

¹⁹⁰⁶ Ibid, pt.28.

¹⁹⁰⁷ Ibid, pt.30.

¹⁹⁰⁸ Ibid, pt.33.

¹⁹⁰⁹C. Miège, 'Contrôle d'une réglementation anti-dopage au regard des règles communautaires de concurrence', La Semaine Juridique Edition Générale n°48, 29 Novembre 2006, II 10194 ; R. Subiotto, 'How a lack of analytical rigour has resulted in an overbroad application of EC competition law in the sport sector', *International Sports Law Review*, n°2, 2009, p.21-29 ; R. Subiotto, 'The adoption and enforcement of anti-doping rules should not be subject to European competition law', *European Competition Law Review*, Volume 31, n°8, 2010, p.323-330; F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, p.43-52; G. Infantino et P.C. Mavroidis, 'Inherit the Wind: A Comment on the Bosman jurisprudence', in M. Poares Maduro et L. Azoulaï (dir.), *The Past and Future of EU law*, Hart Publishing, 2010, p.498-504; P. Icard, 'La spécificité du sport menacée ?', *Recueil Dalloz, édition générale*, 1er mars 2007, p. 635-639.

¹⁹¹⁰G. Infantino, 'Meca-Medina: a step backwards for the European Sports Model and the Specificity of Sport?', INF, 02.10.2006 (accessible à http://www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/uefa/KeyTopics/480391_DOWNLOAD.pdf); J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237.

¹⁹¹¹A. Vermeersch, 'All's fair in sport and competition ? The application of EC competition rules to sport', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.238-254; S. Weatherill, 'Anti-Doping Revisited - The Demise of the Rule of 'Purely Sporting Interest'?', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.335-353, p.345; B. Pfister, 'Meca-Medina, kein Schritt zurück !', *Sport und Recht*, 2/2007, p. 58-59.

d'application du droit de la concurrence¹⁹¹². Elle met fin à l'ultime espoir des organisations sportives de préserver un espace d'intimité normative, « l'exception est morte »¹⁹¹³. Même les règles de lutte contre le dopage, une lutte pourtant si solidement ancrée dans l'imaginaire éthique du sport¹⁹¹⁴, comme l'avaient rappelé le Tribunal et l'avocat général, ne peuvent échapper à ce qui est perçu comme une « ingérence »¹⁹¹⁵ du droit de l'UE. La Cour refuse dans un « jugement paradigmatique »¹⁹¹⁶, d'isoler tout un pan de la normativité sportive de son contrôle¹⁹¹⁷. Ce qui n'implique pas pour autant qu'elle en condamne la substance, comme nous le verrons par la suite. Mais, l'AMA et son Code antidopage ne peuvent se prévaloir d'une exception générale, ils auront à se justifier à l'aune des critères du droit de la concurrence¹⁹¹⁸. On peut, donc, ce que le Tribunal et l'avocat général se refusaient à faire, entrer dans le vif du sujet et engager l'appréciation de la légalité des règles de lutte contre le dopage au regard du droit de la

¹⁹¹² "The judgment of the European Court of Justice in Meca-Medina could reasonably be thought of as striking a final blow against the notion of a broader sporting exception from the application of EC law." R. Parrish et S. Miettinen, *The Sporting Exception in European Union Law*, ASSER Press, 2008, p.96. Voir aussi S. Weatherill, 'The Influence of EU law on sports governance', in S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy - Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, pp.79-100, p.84-87.

¹⁹¹³F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, p.43-52, p.45.

¹⁹¹⁴ Elle relève « manifestement de l'éthique sportive », P. Icard, 'La spécificité du sport menacée ?', *Recueil Dalloz, édition générale*, 1er mars 2007, p.635-639.

¹⁹¹⁵ C. Miège, 'Contrôle d'une réglementation anti-dopage au regard des règles communautaires de concurrence', *La Semaine Juridique Edition Générale* n°48, 29 Novembre 2006, II 10194

¹⁹¹⁶ "Ultimately, the Courts in Luxembourg also brought competition law into the sports arena. Meca-Medina especially has the credentials to become a new paradigm judgment." S. Van den Bogaert, 'Bosman : The genesis of European Sports Law' in L. Azoulai et M. Maduro (dir.), *The past and future of EU law*, Hart, 2010, p.488-497, p.495

¹⁹¹⁷F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, pp.43-52, p.48 ; "The practical effect of Meca-Medina and Majcen, as an authoritative statement of the limits of sporting autonomy under EC Competition law, is to assert EC law's firm grip over choices available to governing bodies" S. Weatherill, 'Anti-Doping Revisited - The Demise of the Rule of 'Purely Sporting Interest'?', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2008, pp.335-353, p.335.

¹⁹¹⁸ Même si certains espèrent encore que cette jurisprudence sera renversée : « Ce dernier arrêt [Meca-Medina] a toutefois été rendu antérieurement à la mise en œuvre du Code mondial antidopage et sa reconnaissance par la convention de l'UNESCO, aussi n'est-il pas impossible que la jurisprudence en ce domaine évolue vers une « immunité » des règles antidopage au regard du droit de l'UE. Au demeurant, l'adoption du traité de Lisbonne a fait rentrer le sport dans le droit primaire de l'UE, ce qui, veulent croire les organisations sportives ayant milité pour une telle disposition, pourrait inciter la Cour à assouplir son contrôle sur les normes des organisations sportives. » F. Latty, 'La lex FIFA', in M. Maisonneuve, *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, p.26. *Contra* A. Vermeersch, 'All's fair in sport and competition ? The application of EC competition rules to sport', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.238-254, pp.253-254.

concurrence de l'UE, à condition que celles-ci soient l'œuvre d'une entreprise ou d'une association d'entreprises.

2. *Entreprises ou association d'entreprises*

La première question qui se pose, tant dans le cadre de l'article 101 que de l'article 102 du TFUE, est celle de l'existence d'une entreprise ou d'une association d'entreprises. En l'espèce, dans l'affaire *Meca-Medina*, « le CIO allègue qu'il ne constitue pas, avec les différentes Fédérations Internationales une association d'entreprises au sens de l'article 81, dans la mesure où celles-ci gardent leur autonomie en matière de réglementation dans la lutte antidopage »¹⁹¹⁹. Toutefois, la Commission et la Cour à sa suite¹⁹²⁰, considèrent qu'il constitue au sein du Mouvement olympique une « association d'associations internationales et nationales d'entreprises »¹⁹²¹. L'arrêt *Meca-Medina* ne concernait pas directement l'AMA car les règles contestées étaient antérieures à l'entrée en vigueur du Code.

Cependant, une décision rendue récemment par la Commission se rapportait au Code de l'AMA¹⁹²². Dans cette affaire, la plainte était déposée contre l'AMA, l'ATP et le CIAS. Or, la Commission considère que « ni l'AMA ni le CIAS n'organisent de compétitions sportives générant des activités économiques et elles n'exploitent pas non plus les droits liés à celles-ci »¹⁹²³. La Commission va plus loin, elle affirme que « [l]'activité de l'AMA consiste à adopter des règles antidopage, à en assurer la supervision et à combattre le dopage à l'échelle mondiale » et que ces activités « sont comparables à celles d'un

¹⁹¹⁹ Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./.* CIO, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.26.

¹⁹²⁰ CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991, pt. 35-38 ; Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291, pt. 33. Une interprétation fortement critiquée par R. Subiotto, 'How a lack of analytical rigour has resulted in an overbroad application of EC competition law in the sport sector', *International Sports Law Review*, n°2, 2009, p.21-29 .

¹⁹²¹ Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./.* CIO, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.37.

¹⁹²² Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf).

¹⁹²³ Ibid, pt.23 et 44.

législateur et d'une autorité de surveillance (de « police du sport ») et il est donc peu probable qu'elles puissent être considérées comme des activités économiques »¹⁹²⁴. En revanche, l'ATP, qui organise et gère l'ATP Tour, peut elle être qualifiée d'entreprise au sens du droit de l'UE de la concurrence¹⁹²⁵. La Commission refuse aussi de considérer que conjointement ces trois organisations puissent constituer une association d'entreprises¹⁹²⁶. Il semble donc que l'application du droit de la concurrence à l'AMA (et au TAS) soit rendue particulièrement difficile par le fait que cette organisation n'est aucunement impliquée (à la différence des fédérations internationales) dans la gestion économique du sport. Il faudrait pour mettre en cause l'AMA que les plaignants démontrent qu'elle exerce une activité économique¹⁹²⁷, ce que la Commission semble, *a priori*, écarter en lui attribuant un rôle de « législateur » ou d'« autorité de surveillance ». Il n'est pas exclu que la Cour puisse être à l'avenir en désaccord avec l'analyse de la Commission sur ce point. Dans tous les cas, c'est insuffisant pour faire échapper le système de lutte antidopage mis en place par l'AMA au contrôle exercé sur le fondement du droit de la concurrence. En effet, comme nous l'avons vu ci-dessus, le Code n'a pas de valeur juridique (et donc pratique) en l'absence d'une transposition de ses règles par les Etats et/ou les organisations sportives. Or, que ce soit le CIO dans l'affaire *Meca-Medina* ou l'ATP dans l'affaire *Cañas*, les deux sont considérés comme des entreprises (ou des associations d'entreprises) au sens du droit de la concurrence de l'UE, leurs versions transposées du Code sont donc susceptibles de constituer une restriction illégale de la concurrence ou un abus de position dominante.

3. Restrictions de la concurrence ou abus de position dominante

La Saga Meca-Medina

Le Code peut-il constituer une restriction de la concurrence ou un abus de position dominante au sens du droit de l'UE ?

¹⁹²⁴ Ibid, pt.23.

¹⁹²⁵ Ibid, pt.25.

¹⁹²⁶ Ibid, pt.27.

¹⁹²⁷ Sur cette question voir Partie I, Titre 1, Chapitre 2.

Dans l'affaire *Meca-Medina*, la Commission européenne avait procédé à une analyse des règles antidopage visant « à déterminer si, dans le contexte juridique et économique où elles sont mises en œuvre, leur objet ou effet est de restreindre ou de fausser la concurrence »¹⁹²⁸. Si ces règles n'ont aux yeux de la Commission certainement pas pour objet de restreindre la concurrence¹⁹²⁹, elles pourraient avoir cet effet¹⁹³⁰. Dans ce contexte, la Commission ne se contente pas de constater qu'elles pourraient avoir cet effet, elle applique la méthode d'analyse utilisée par la Cour dans son arrêt *Wouters*¹⁹³¹. Tout d'abord, « il convient d'examiner si les règles antidopage aussi bien celles établies par le CIO que celles de la FINA font partie de cet ensemble de règles qui sont intimement liées au bon déroulement de la compétition sportive, si elles peuvent être considérées comme nécessaires pour garantir ce bon déroulement et la lutte contre le dopage »¹⁹³². Elle estime que « la nécessité de règles antidopage dans le sport est incontestée »¹⁹³³. La Commission étudie ensuite la substance des règles antidopage et la procédure applicable à leur mise en œuvre. Elle considère que la responsabilité stricte en matière de dopage, et le renversement de la charge de la preuve qu'elle implique, n'est pas contraire au droit de l'UE¹⁹³⁴. Elle refuse « de se substituer aux instances réglementaires et scientifiques sportives afin de choisir l'approche qui leur semble la mieux adaptée pour atteindre efficacement l'objectif de lutter contre le dopage »¹⁹³⁵. Elle conclut que « [d]ans le cas d'espèce, les règles adoptées et mises en œuvre par la FINA et le CIO sont publiques, précises, notamment objectives, en particulier concernant la définition du dopage, elles s'appliquent à tous les athlètes et elles respectent les droits des athlètes, notamment en leur donnant les moyens de se défendre efficacement »¹⁹³⁶. Par conséquent, « les règles concernant la définition de dopage et la contre preuve peuvent donc être considérées comme justifiées, raisonnables et équilibrées »¹⁹³⁷, il apparaît finalement « que les règles antidopage en question sont intimement liées au bon déroulement de la compétition sportive, qu'elles sont nécessaires pour lutter

¹⁹²⁸ Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./ CIO*, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.40.

¹⁹²⁹ Ibid, pt.41.

¹⁹³⁰ Ibid, pt.42.

¹⁹³¹ Ibid, pt.43.

¹⁹³² Ibid, pt.44.

¹⁹³³ Ibid, pt.45.

¹⁹³⁴ Ibid, pt.46-47.

¹⁹³⁵ Ibid, pt.50.

¹⁹³⁶ Ibid, pt.51.

¹⁹³⁷ Ibid, pt.53.

efficacement contre le dopage et que la limitation de la liberté d'action des athlètes ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »¹⁹³⁸. Loin de contester la nécessité et la proportionnalité des normes antidopage, la Commission les consacre dans sa décision *Meca-Medina*.

La Cour va aussi, de manière exceptionnelle¹⁹³⁹, procéder à l'analyse du caractère restrictif de la concurrence des règles attaquées. A cet effet, elle considère qu'« il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs » et qu'il « convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs (arrêt *Wouters e.a.*, précité, point 97) et sont proportionnés à ces objectifs »¹⁹⁴⁰. La Cour paraphrase l'analyse proposée par la Commission européenne et considère que « l'objectif général de cette réglementation vise, ce qui n'est contesté par aucune des parties, à lutter contre le dopage en vue d'un déroulement loyal de la compétition sportive et inclut la nécessité d'assurer l'égalité des chances des athlètes, leur santé, l'intégrité et l'objectivité de la compétition ainsi que les valeurs éthiques dans le sport »¹⁹⁴¹. Ainsi, « des sanctions sont nécessaires pour garantir l'exécution de l'interdiction du dopage, l'effet de celles-ci sur la liberté d'action des athlètes doit être considéré comme étant, en principe, inhérent aux règles antidopage »¹⁹⁴². La Cour admet cependant « que le caractère répressif de la réglementation antidopage litigieuse et l'importance des sanctions applicables en cas de violation de celle-ci sont susceptibles de produire des effets négatifs sur la concurrence car elles pourraient, pour le cas où ces sanctions s'avéreraient finalement infondées, conduire à l'exclusion injustifiée de l'athlète de compétitions, et donc à fausser les conditions d'exercice de l'activité en cause »¹⁹⁴³. Cela justifie donc que « pour échapper à l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE, les restrictions ainsi imposées par cette

¹⁹³⁸ Ibid, pt.55.

¹⁹³⁹“The Court takes the unusual step of relying upon Art. 6.1. of the statute of the Court to give a judgment on the substance of the case, rather than referring the case back to the CFI. The Court most probably did this because of the growing importance of the issue and the fact that the role of competition law in relation to pure sporting rules has not been addressed squarely.” E. Szyszczak, ‘Competition and Sport’, *European Law Review*, Volume 32, n°1, 2007, pp.95-110, p. 104.

¹⁹⁴⁰CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991, pt. 42.

¹⁹⁴¹Ibid, pt.43.

¹⁹⁴²Ibid, pt.44.

¹⁹⁴³ Ibid, pt.47.

réglementation doivent être limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon déroulement de la compétition sportive »¹⁹⁴⁴. Elle envisage ainsi qu'une réglementation antidopage puisse être excessive, tant dans sa définition du dopage que dans les sanctions qu'elle prévoit. La Cour se penche alors sur le grief des requérants, qui estiment que le seuil de 2ng/ml d'urine de nandrolone est trop bas. Mais les juges considèrent que les restrictions qu'impose ce seuil aux sportifs professionnels ne vont pas « au-delà de ce qui est nécessaire afin d'assurer le déroulement et le bon fonctionnement des compétitions sportives »¹⁹⁴⁵. Par ailleurs, les requérants n'ayant « pas invoqué le caractère excessif des sanctions infligées en l'espèce, le caractère disproportionné de la réglementation antidopage en cause n'est dès lors pas établi »¹⁹⁴⁶. La Cour conclut donc elle aussi au rejet de la plainte des nageurs. Cependant, elle se place en juge de la proportionnalité des normes antidopage et menace donc potentiellement le Code de l'AMA.

La décision Cañas

Dans sa décision Cañas, la Commission a eu l'occasion d'appliquer pour la première fois la jurisprudence *Meca-Medina* de la Cour dans le cadre d'une plainte attaquant directement le Code de l'AMA¹⁹⁴⁷. Le plaignant avançait cinq arguments principaux à l'encontre de la proportionnalité du Code mondial antidopage¹⁹⁴⁸. La Commission

¹⁹⁴⁴ Ibid.

¹⁹⁴⁵ Ibid, pt.54.

¹⁹⁴⁶ Ibid, pt.55.

¹⁹⁴⁷ Elle fait expressément référence au cadre d'analyse utilisé dans l'arrêt *Meca-Medina* par la Cour: Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf), pt.29 et 32.

¹⁹⁴⁸ « Ainsi le plaignant fait valoir dans sa lettre du 28 août 2008 que les règles antidopage adoptées et imposées par l'AMA, mises en œuvre par l'ATP et avalisées par le TAS, sont excessives et violent l'article 81 du traité CE dans la mesure où: a) ces règles ne font pas de distinction suffisante entre des substances qui améliorent les performances et des substances telles que le diurétique qui n'améliorent pas les performances d'un athlète; b) ces règles ne prévoient pas une échelle de sanctions prenant en compte l'effet de la substance incriminée et l'intention du sportif contrôlé positif, et stipulent au contraire que la suspension est toujours d'un an; c) la sanction appliquée au plaignant n'a aucune espèce de légitimité étant donné que l'athlète a déjà subi un préjudice en prenant une substance «handicapante» qui diminue ses performances, ce qui devrait être considéré comme une peine suffisante; d) la sanction était disproportionnée par rapport à la faute qui lui a été reprochée étant donné notamment l'absence d'intention de tricher de la part du plaignant; e) la clause arbitrale empêche que les règles antidopage soient remises en question devant les juges nationaux. » Ibid, pt.30.

considère que l'interdiction des substances masquantes, en particulier les diurétiques, est nécessaire, il lui semble donc « raisonnable, et probablement même nécessaire, que l'interdiction soit stricte, c'est-à-dire indépendante d'une faute ou d'une intention démontrée et qu'il y ait des sanctions efficaces et dissuasives en cas de violation de cette règle »¹⁹⁴⁹. En ce qui concerne l'échelle des sanctions, la Commission juge que l'« interdiction stricte accompagnée de sanctions effectives apparaîtrait nécessaire et inhérente à la lutte contre le dopage puisque toute autre règle offrirait la possibilité aux athlètes en présence de certaines substances dans leur corps, d'échapper à toute sanction en cas d'absence de preuve positive de la faute ou de la négligence »¹⁹⁵⁰. La possibilité de moduler les sanctions en fonction du degré de faute (la charge de la preuve incombe cependant intégralement à l'athlète) pousse la Commission à reconnaître que le système de sanction mis en place au sein de l'ATP est proportionné à l'objectif qu'il poursuit. Dans un troisième temps, la Commission affirme qu'en l'espèce la sanction appliquée à M. Cañas était proportionnée¹⁹⁵¹. Concernant la question de la classification des diurétiques, la Commission « estime d'abord qu'il revient aux organes sportifs de déterminer quels produits interdits sont qualifiés de « substances interdites » ou de « substances spécifiques », avec des conséquences en matière de niveau des sanctions »¹⁹⁵² et que « dans le cadre de la lutte contre le dopage, en 2004 ces instances pouvaient légitimement considérer nécessaire, sans violer les règles de concurrence, de sanctionner, plus sévèrement que dans le passé, la présence, dans le corps des athlètes, de substances masquantes comme les diurétiques, et ensuite, en 2006, de décider de lancer la révision et de les sanctionner à nouveau moins sévèrement pour introduire une plus grande flexibilité des sanctions »¹⁹⁵³. La sanction prononcée n'est pas non plus considérée comme disproportionnée, malgré l'absence d'intention du plaignant¹⁹⁵⁴. Enfin, l'existence d'une clause arbitrale obligatoire en faveur du TAS, imposée par le Code mondial antidopage, est compatible avec le droit de la concurrence, car ce n'est que si « la limitation de l'accès aux juridictions sert à protéger des restrictions à la concurrence que ces limitations peuvent faire partie d'une éventuelle

¹⁹⁴⁹ Ibid, pt.33.

¹⁹⁵⁰ Ibid, pt.34.

¹⁹⁵¹ Ibid, pt.35.

¹⁹⁵² Ibid, pt.36.

¹⁹⁵³ Ibid.

¹⁹⁵⁴ Ibid, pt.37.

infraction aux règles de concurrence »¹⁹⁵⁵. Ces conclusions sont transposables à la question de l'abus d'une position dominante. Enfin, la Commission rappelle clairement qu'« [e]n ce qui concerne le dopage dans le sport, les décisions concrètes quant aux substances interdites et à l'intention du sportif reviennent principalement aux instances législatives, scientifiques ou sportives compétentes en la matière »¹⁹⁵⁶ et « souligne dans ce contexte qu'elle n'est en aucun cas l'instance d'appel compétente pour régler ce type de conflits individuels »¹⁹⁵⁷. La Commission rejette donc la plainte déposée par M. Cañas, non sans avoir soigneusement discutée la proportionnalité des différentes restrictions invoquées par le plaignant. Tant le recours déposé devant le *Tribunal* que l'appel subséquent auprès de la Cour n'aboutiront pas, le Tribunal et la Cour se bornant à les rejeter pour absence d'intérêt à agir, le joueur étant depuis parti à la retraite¹⁹⁵⁸.

L'applicabilité du droit de la concurrence de l'UE aux règles de lutte contre le dopage est une menace potentielle pour cette la nouvelle fabrique de la *lex sportiva* qu'est l'AMA¹⁹⁵⁹. Mais, en pratique, la Commission et la Cour sont restées particulièrement prudentes dans leur application contextuelle, au cas par cas, du droit de la concurrence. Ainsi, la Cour « démontre, par l'intermédiaire du contrôle de proportionnalité des règles sportives, la volonté de descendre sur le terrain sportif afin de mieux l'identifier, donc tenter de mieux le comprendre »¹⁹⁶⁰. En effet, malgré les doutes émis quant à la proportionnalité des règles antidopage¹⁹⁶¹, elles n'ont jamais été déclarées contraire au droit de la concurrence. De plus, ce sont les plaignants qui ont la (lourde) charge de

¹⁹⁵⁵ Ibid, pt.40.

¹⁹⁵⁶ Ibid, pt.49.

¹⁹⁵⁷ Ibid.

¹⁹⁵⁸ CJUE, 20 juin 2013, *Guillermo Cañas c. Commission, Agence mondiale antidopage, ATP Tour, Inc*, aff. C-269/12, non publié. Suite à l'ordonnance du Tribunal de l'UE, 26 mars 2012, *Guillermo Cañas c. Commission, Agence mondiale antidopage, ATP Tour, Inc*, aff.T-508/09.

¹⁹⁵⁹« Toutefois, en s'accordant ce pouvoir de contrôle de proportionnalité, la Cour s'offre une capacité discrétionnaire d'appréciation et se substitue à l'autorité sportive. » et « Cette obligation pesant sur les institutions du sport aboutit nécessairement à une réduction de leur autonomie, elles ne peuvent plus seules déterminer le contenu des règles purement sportives » P. Icard, 'La spécificité du sport menacée ?', *Recueil Dalloz, édition générale*, 1er mars 2007, p. 635-639. "The acceptance of the autonomy of sporting regulatory bodies has left many of the economic consequences of the decisions made by such regulatory bodies outside of the scope of normal judicial review procedures. Thus, Meca-Medina opens the door for the potential review of such decisions under EU law principles." E. Szyszczak, 'Competition and Sport', *European Law Review*, Volume 32, n°1, 2007, pp.95-110, p.107.

¹⁹⁶⁰ G. Auneau, 'L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives', *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2007, p.365-377, p.376.

¹⁹⁶¹N. Trainor, 'The 2009 WADA Code : A more proportionate deal for athletes?', *Entertainment and Sports law journal*, Volume 8, n°1, 2010.

prouver leur caractère disproportionné. On avait prédit après l'arrêt *Meca-Medina* un « appel d'air »¹⁹⁶² et une cascade de recours de la part de sportifs¹⁹⁶³, heureusement (ou malheureusement) cette prophétie apocalyptique peine à se réaliser¹⁹⁶⁴. Bien que la Cour ait refusé d'écarter l'application du droit de la concurrence aux règles antidopage, la menace qui pèse sur le système mis en place par l'AMA reste toute relative.

III. Conclusion du chapitre

L'AMA et le système de lutte contre le dopage qu'elle promeut sont le produit de plusieurs crises connues par les organisations sportives et la *lex sportiva* en matière de dopage. On assiste là à un processus de mutation constitutionnelle de la *lex sportiva* qui est tiré par la menace que fait planer l'UE et son droit. Or, cette mutation constitutionnelle est profonde. Elle concerne tant le processus de production des normes antidopage, qui a pris une forme participative nouvelle, que la mise en œuvre de ses normes, avec un recours quasi-systématique au TAS en cas de litige. Le partenariat public/privé original que constitue l'AMA est aussi une innovation institutionnelle particulièrement remarquable dans le contexte de la *lex sportiva*. Ainsi, il est révélateur que l'AMA et son Code soient montrés en exemple par ceux qui prônent la mise en place d'un « droit administratif global »¹⁹⁶⁵. Elle correspond selon eux à la figure administrative post-moderne et post-nationale nécessaire à la bonne gouvernance globale. Cela traduit bien le changement imposé à l'armature institutionnel de la *lex sportiva* et nous pensons pouvoir affirmer que l'arrêt *Bosman* n'est pas étranger à celui-ci.

¹⁹⁶²F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, pp.43-52, p.50.

¹⁹⁶³ « De là à imaginer que les tribunaux vont être davantage sollicités afin de se prononcer sur la compatibilité de réglementations sportives contestées par certains groupements privés souhaitant utiliser les règles du Traité pour promouvoir leurs intérêts propres, il n'y a qu'un tout petit pas à franchir... » J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237, p.231.

¹⁹⁶⁴ Seule l'affaire Cañas a trouvé son chemin jusqu'à la Commission depuis l'arrêt Meca-Medina.

¹⁹⁶⁵L. Casini, 'Global Hybrid Public-Private Bodies : The WADA', *International organizations Law Review*, Volume 6, 2009, p.421-446 ; B. Kingsbury, N. Krisch et R. Stewart, 'The emergence of global administrative law', *Law and contemporary problems*, Volume 68, 2005, p.15-61, p.23 ; S. Cassese, 'A global due process of law?', G. Anthony, J-B. Auby, J. Morison et T. Zwart, *Values in Global Administrative Law*, Hart, 2011, p.17-60, pp.26-27 ; K. Foster, 'Global Administrative Law : The next step for Global Sports Law ?', *Sport and the Law Journal*, Volume 19, n°1, p.45-51.

Cependant, avec l'émergence de l'AMA, l'UE n'a pas perdu sa place de contre-pouvoir face à une *lex sportiva* que le droit étatique est d'autant moins capable d'enrayer que les Etats sont devenus complices de sa production et de sa mise en oeuvre¹⁹⁶⁶. En effet, si la Cour a étendu le champ d'application du droit de l'UE aux normes antidopage c'est aussi pour compenser l'asymétrie entre le sportif individuel et un système dans lequel sa voix politique est quasi-nulle, tandis que les espaces de contestation (politiques et juridiques) des normes produites par l'AMA ce sont considérablement réduits¹⁹⁶⁷. En réalité, le droit de l'UE est extrêmement bien placé pour servir de « poil à gratter » juridique afin de contraindre l'AMA à prendre en compte les intérêts de ceux qui sont *de facto* exclus de ses instances de décision. Cette forme d'adaptation de la *lex sportiva* à l'intervention du droit de l'UE est dynamique et expérimentale. La menace latente d'intervention encourage la réflexivité de l'AMA vis-à-vis de son environnement et de ses « citoyens ». Mais, ce contrôle ne doit pas être aveugle, au contraire, en pratique, il laisse un espace d'autonomie très conséquent à l'AMA et à la *lex sportiva* en matière de dopage¹⁹⁶⁸.

Cette interaction dynamique et conflictuelle, tout en flux et en reflux, entre *lex sportiva* et droit de l'UE, a abouti à l'émergence d'une deuxième fabrique essentielle de la *lex sportiva* contemporaine: le Tribunal Arbitral du Sport.

¹⁹⁶⁶ « L'arrêt rendu par la CJCE tient compte de ces différents aspects et il est dans la mission de la Justice communautaire de faire respecter le droit et d'être aujourd'hui le seul contrepoids efficace face à un mouvement sportif international fort de son influence et de ses prérogatives. Ce dernier a su organiser en matière de dopage une véritable stratégie de contournement avec une gestion planétaire centralisée comportant dans chaque pays signataire de la convention des filiales sous la forme des agences nationales de lutte contre le dopage. » G. Auneau, 'L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives', *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2007, p.365-377, p.377.

¹⁹⁶⁷ « De plus et sur le long terme, la nouvelle architecture de la lutte contre le dopage qui renforce la prééminence du mouvement sportif avec le TAS comme structure de recours vont limiter de manière fonctionnelle les sollicitations de la justice ordinaire. » Ibid.

¹⁹⁶⁸ S. Weatherill, 'Anti-Doping Revisited – The Demise of the Rule of 'Purely Sporting Interest'?', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2008, pp.335-353. "What the Court has done is to show that such rules are not necessarily incompatible with the EC Treaty. It has created a space in which regulatory bodies can continue to operate with a degree of autonomy." E. Szyszczak, 'Competition and Sport', *European Law Review*, Volume 32, n°1, 2007, pp.95-110, p.110.

Chapitre 2 : Le TAS : Un pare-feu juridictionnel efficace de la *lex sportiva* face au droit de l'UE ?

« Pour avoir le dernier mot, l'humanité n'a rien trouvé de plus fort, de plus moderne, de plus argumenté, de plus grandiose, de plus majestueux. Au-dessus de la cour suprême, rien qui soit supérieur. Au-dessus de cette institution quelque peu dérisoire, rien qui soit meilleur, plus rapide, plus efficace, plus rentable – rien surtout qui soit plus juste. »¹⁹⁶⁹

Le Tribunal arbitral du sport (ci-après le TAS) doit trouver une place dans cette étude. De nos jours, il est devenu incontournable dans le fonctionnement de la *lex sportiva*¹⁹⁷⁰. S'il prenait un jour à Bruno Latour l'envie d'étudier la manière dont est élaborée la *lex sportiva*, c'est probablement une villa au bord du lac Léman qu'il hanterait avec son carnet de note. En effet, le TAS est finalement devenu la juridiction suprême du sport mondial qu'il était supposé devenir. En 1994 rien n'annonçait un tel destin, le TAS ne traitait alors qu'une dizaine d'affaires par an. C'était un tribunal arbitral de seconde zone, comme il en existe des milliers. Quel a été l'élément déclencheur de l'apparition du TAS sur la scène de la *lex sportiva* ? Notre hypothèse est que ce développement est intimement lié à l'arrêt *Bosman* et à l'apparition soudaine du droit de l'UE face à la *lex sportiva*.

En effet, ce qui a rendu le TAS attractif, c'est sa capacité à constituer un pare-feu juridictionnel face à l'interventionnisme du droit de l'UE. Car, la compétence du TAS a « pour effet mécanique de soustraire le contentieux sportif transnational de la compétence du juge étatique »¹⁹⁷¹ et donc du juge européen. Quelle est donc la

¹⁹⁶⁹B. Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La découverte, 2004, p.80.

¹⁹⁷⁰En bon italien, c'est un "organo di fondamentale importanza nel sistema sportivo." L. Casini, *Il Diritto Globale dello Sport*, Giuffrè, 2010, p.207. Voir les thèses de Matthieu Maisonneuve et d'Antonio Rigozzi: M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, L.G.D.J., 2011 et A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005.

¹⁹⁷¹F. Latty, 'Les Règles applicables aux relations sportives transnationales, Le regard de l'internationaliste publiciste' in J-S. Bergé, M. Forteau, M-L. Niboyet et J-M. Thouvenin (dir.) *La Fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, 2011, p.83-94, p.91.

construction juridique qui permet au TAS d'isoler la *lex sportiva* du regard du droit de l'UE ? Le droit Suisse de l'arbitrage joue un rôle clé pour appréhender cette fonction du TAS.

Enfin, le TAS peut-il isoler complètement la *lex sportiva* du droit de l'UE ? Bien que le recours au TAS permette d'éloigner le droit de l'UE de la *lex sportiva*, celui-ci réapparaît dans l'arbitrage sportif. D'une part, il joue un rôle en tant que droit applicable devant le TAS, de l'autre, il demeure, tel l'épée de Damoclès, en surplomb au dessus des décisions rendues par le TAS qui ne saurait l'ignorer pleinement. La technique juridique de l'arbitrage est utilisée par les organisations sportives pour isoler la *lex sportiva*, elle offre une solution de repli efficace sans être absolue (I). Toutefois, cette solution de repli n'échappe pas véritablement à l'empire du droit de l'Union européenne, qui s'incruste en tant que droit applicable au cœur de l'arbitrage sportif, tout en surveillant, de manière latente le TAS (II).

I. L'émergence post-Bosman du TAS : isoler la *lex sportiva*

Le TAS a connu un développement fulgurant fondé sur sa faculté à tirer la *lex sportiva* des griffes des droits étatiques (et donc du droit de l'UE)¹⁹⁷². En effet, l'histoire du TAS est marquée par une longue traversée du désert d'une dizaine d'années lors de laquelle le succès du TAS est mitigé, elle est suivie d'un bourgeonnement soudain de l'arbitrage sportif à la fin des années 90 (a.). Ce développement repose à nos yeux sur un jeu subtil entre dépendance et indépendance qui caractérise le TAS (b.). Mais, le TAS n'offre pas un isolement absolu à la *lex sportiva*, certaines échappatoires existent (c.).

¹⁹⁷²Voir les développements consacrés par Franck Latty à l'utilisation du TAS comme « instrument d'autonomisation » de la *lex sportiva* dans *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp.518-582.

a. Le TAS de la traversée du désert à la (re)naissance

i. **Un démarrage poussif...**

C'est sous l'impulsion du président du CIO, Juan-Antonio Samaranch, que la fondation du Tribunal arbitral du sport est décidée lors de la Session de Rome en 1983. Les statuts du TAS entreront eux en vigueur le 30 juin 1984. L'idée de fonder un tribunal arbitral dédié aux causes sportives est avancée en réponse à l'augmentation rapide des litiges sportifs¹⁹⁷³. Une augmentation qu'on a pu lier à la commercialisation grandissante du sport¹⁹⁷⁴. A la vue de ces litiges, l'intuition de Samaranch¹⁹⁷⁵, qui s'est en partie vérifiée par la suite, est qu'ils vont mener à une croissance dangereuse des recours auprès des juges étatiques (et interétatiques) susceptibles de menacer à terme l'autonomie du Mouvement olympique et des fédérations sportives¹⁹⁷⁶. Car, comme le remarque Robert Badinter, « [l]es motifs d'intervention du juge croissent en même temps que la pratique sportive se répand comme si le succès exigeait un tribut »¹⁹⁷⁷. Dans cette optique, la fondation du TAS ressemble « à une offensive du CIO pour récupérer le contentieux olympique qui pourrait s'égarer devant les juridictions nationales »¹⁹⁷⁸. L'arbitrage est donc dès son origine conçu comme un pare-feu juridique face à l'extérieur juridique de

¹⁹⁷³ M. Reeb, 'Le Tribunal arbitral du sport : son histoire et son fonctionnement' in E. Loquin et G. Simon, 'Tribunal Arbitral du Sport : Chronique des sentences arbitrales' *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, 2001, p. 234-329, p.235.

¹⁹⁷⁴ A. Samuel et R. Gearheart, 'Sporting Arbitration and the International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Arbitration*, Volume 6, n°4, (1989), p.39-53.

¹⁹⁷⁵ "In 1981, Samaranch noted that the Olympic Movement was sinking in a morass of legal disputes around the globe." D. Yi, 'Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.291. Voir dans le même sens A. Samuel et R. Gearheart, 'Sporting Arbitration and the International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Arbitration*, Volume 6, n°4, (1989), p.39-53.

¹⁹⁷⁶ "With the increased intrusion of law into sport, particularly related to challenges on substance abuse allegations, the IOC became concerned that instead of sport being decided on the field of play, it would regrettably spend more of its time in laboratories and courtrooms. Moreover, the IOC realised that despite its obvious worldwide appeal, neither its own national bodies nor its international administration enjoyed any immunity from domestic jurisdictions. Thus, in the 1980s the need for a proper, independent, international arbitration panel became a priority." J. Anderson, "'Taking Sports Out Of The Courts': Alternative Dispute Resolution and the International Court of Arbitration for Sport', *Journal of Legal Aspects Sport*, Volume 10, 2000, p.123-126.

¹⁹⁷⁷ R. Badinter, 'Préface', in F. Alaphilippe et J-P Karaquillo, *L'activité sportive dans les balances de la justice*, T. 1, Dalloz, 1985, p. VII.

¹⁹⁷⁸ P. Saunier, 'La formation des règles sportives internationales' in P. Collomb (dir.), *Sport, Droit et Relations Internationales*, Economica, 1988, p.119-138, p.137.

la *lex sportiva*¹⁹⁷⁹. Une garantie que les différends sportifs se régleront « en famille »¹⁹⁸⁰, car la résistance à l'intervention des juridictions étatiques a toujours été, et demeure¹⁹⁸¹, un cheval de bataille du mouvement sportif. Mais, et c'est là d'où il tire une légitimité incontestable, il se veut aussi une alternative attrayante pour les sportifs confrontés aux procédures internes souvent expéditives et partiales des organisations sportives¹⁹⁸².

La structure institutionnelle du TAS est directement inspirée de celle de la Chambre Commerciale Internationale¹⁹⁸³. Il est rapidement célébré pour ses qualités supposées, qualités qui sont plus largement attribuées par la doctrine spécialisée (souvent l'œuvre d'arbitres ou de personnes impliquées d'une manière ou d'une autre dans le fonctionnement du TAS) à l'arbitrage en général¹⁹⁸⁴. En effet, on considère communément que l'arbitrage est moins coûteux, plus rapide, plus efficace (bien que l'efficacité en question ne soit que très rarement définie), plus à même de répondre aux attentes d'un secteur spécialisé, que les tribunaux étatiques¹⁹⁸⁵. Nous ne déconstruirons

¹⁹⁷⁹"In order to avoid the drawbacks of trying to settle sports disputes through the ordinary courts, the idea of establishing a specific arbitration body, dedicated to hearing and settling disputes directly and indirectly connected with sport, was first mooted by the IOC in 1983." I.S. Blackshaw, 'Resolving International Sports Disputes', *Business Law Review*, July 1993, p.194-196, p.195 ; "The CAS enabled sports organizations, athletes, and their partners to settle their disputes without the interference of ordinary courts." D. J. Ettinger, 'The Legal Status of the International Olympic Committee', *Pace Yearbook of International Law*, Volume 4, 1992, p.97-121, p.110; "The founding purpose of the Court of Arbitration for Sport (CAS) was to take international sports disputes out of national courts and provide a highly specialized forum where those disputes could be heard and decided, quickly and inexpensively, according to a flexible procedure." L. Reilly, 'An Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes', *Journal of Dispute Resolution*, Volume 5, n°1, 2012, p.63-81, p.63; F. Latty, 'Les Nouveaux modes de coopération dans le domaine du sport, révélateurs d'une « privatisation » du droit international public' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux n°18, 2003, p.301-321, p.303.

¹⁹⁸⁰ I. Blackshaw, 'The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively 'Within the Family of Sport'', *Entertainment Law*, Volume 2, n°2, 2003, p.61-83, p.62.

¹⁹⁸¹ Voir le communiqué de presse de la FIFA après le jugement défavorable rendue par le Tribunal du canton de vaud dans l'affaire concernant le FC. Sion (accessible à <http://www.uefa.org/aboutuefa/organisation/executivecommittee/news/newsid=1694975.html>)

¹⁹⁸²Jan Paulsson, qui fut l'un des premiers arbitres du TAS, décrit merveilleusement bien la différence entre l'arbitrage et la justice fédérale dans 'Arbitration of International Sports Disputes', *Arbitration International*, Volume 9, n°4, 1993, p.359-369, p.361.

¹⁹⁸³A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, p.132.

¹⁹⁸⁴A. T. Polvino, 'Arbitration as preventative medicine for olympic ailments: The International Olympic Committee's Court of Arbitration for sport and the future for the settlement of international sporting disputes', *Emory International Law Review*, Volume 8, 1994, p.347-381, p.348.

¹⁹⁸⁵"The impartiality, speed, and finality of decision proffered by the CAS provide the major procedural advantages of arbitration that most athletes desire. In addition to these procedural benefits, the CAS employs arbitrators with substantive knowledge of sports enabling them to consider the totality of circumstances in a given case." Ibid, p.381. Voir aussi pour des arguments similaires: I.S. Blackshaw, 'Resolving International Sports Disputes', *Business Law Review*, July 1993, p.194-196; J. Paulsson,

pas les préjugés favorables solidement ancrés dans le subconscient de nombreux praticiens de l'arbitrage, mais le manque de réflexivité et d'autocritique de ce champ juridique est remarquable¹⁹⁸⁶. Par ailleurs, l'arbitrage serait, c'est la thèse d'Antonio Rigozzi, capable de préserver la spécificité du sport mieux que n'importe quelle autre institution¹⁹⁸⁷. Malgré toutes les qualités qu'on lui prête, le TAS ne va pas s'imposer immédiatement comme un juge incontournable. En effet, le premier arbitrage aura lieu en 1986, et les statistiques ultérieures laissent apparaître un bien maigre bilan pour sa première décennie d'existence. De 1986 à 1994, le TAS a eu à traiter 131 affaires (dont seulement 32 ont abouti à une sentence), alors que pour la seule année 2011, 365 affaires ont été déposées auprès du TAS (pour 246 sentences rendues). Bien qu'il ait été rapidement présenté comme un succès¹⁹⁸⁸, il est, avec le recul, manifeste qu'il fonctionnait bien en deçà de son potentiel. Il s'agissait plutôt un « humble début »¹⁹⁸⁹ pour une institution qui verra sa destinée s'éclaircir au fil du temps. Plusieurs raisons peuvent expliquer cela, tout d'abord le TAS était à l'époque intimement lié au CIO¹⁹⁹⁰ (celui-ci le finançait intégralement¹⁹⁹¹ et son président était de concert le président du TAS, même si, afin de garantir son indépendance, les litiges impliquant le CIO n'étaient

'Arbitration of International Sports Disputes', *Arbitration International*, Volume 9, n°4, 1993, p.359-369; L. Reilly, 'An Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes', *Journal of Dispute Resolution*, Volume 5, n°1, 2012, p.63-81; J. Anderson, "'Taking Sports Out Of The Courts": Alternative Dispute Resolution and the International Court of Arbitration for Sport', *Journal of Legal Aspects Sport*, Volume 10, 2000, p.123-126, pp.125-126.

¹⁹⁸⁶Pour un point de vue critique sur l'arbitrage voir C. Cutler, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003. Voir aussi Y. Dezalay et B. Garth, *Dealing in Virtue : International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996.

¹⁹⁸⁷A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, p.11.

¹⁹⁸⁸A. T. Polvino, 'Arbitration as preventative medicine for olympic ailments: The International Olympic Committee's Court of Arbitration for sport and the future for the settlement of international sporting disputes', *Emory International Law Review*, Volume 8, 1994, p.347-381, p.347. Plus critiques, A. Samuel et R. Gearheart, 'Sporting Arbitration and the International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Arbitration*, Volume 6, n°4, (1989), p.39-53, p.47.

¹⁹⁸⁹"If this court had humble beginnings (only one request for arbitration and one request for an advisory opinion in 1986), it has since become a recognised and respected institution." A. Veuthey, 'Re-questioning the independence of the Court of Arbitration for Sport in light of the scope of its review', *International Sports Law Review*, n°4, 2013, p.105-115, p.105.

¹⁹⁹⁰"The CAS, at its inception, had both judicial and executive functions under a single umbrella of the institution. It was financed entirely by the IOC, which also held the proxy to modify CAS statutes, and considerable power was given to it and the IOC President to appoint the members of CAS." R. H. McLaren, 'Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for sport : A look in the rear-view mirror', *Marquette Sports Law Review*, Volume 20, n°2, 2010, p.305-333, p.307.

¹⁹⁹¹"In these early years, CAS hearings were particularly affordable, as the IOC covered all of the CAS's operating expenses." D. Yi, 'Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.297.

pas sujet à une clause d'arbitrage en faveur du TAS¹⁹⁹²) et son indépendance était donc plus que relative¹⁹⁹³, le TAS ne disposait pas alors d'une véritable procédure d'appel¹⁹⁹⁴, les fédérations internationales ne ressentait pas le besoin d'avoir recours au TAS pour garantir leur autonomie et enfin le contentieux antidopage était éclaté entre les mains d'une pluralité de « juridictions » sportives. A partir de 1994, le contexte change, ces différents obstacles vont progressivement être levés, à commencer par la réforme du fonctionnement et des procédures du TAS engagée en 1994, et le TAS va devenir progressivement la « Cour suprême mondiale du sport ».

ii. ...à la « Cour suprême mondiale du sport »¹⁹⁹⁵

En mars 1993, le Tribunal fédéral suisse rend un arrêt crucial pour l'avenir du TAS, l'arrêt Gundel¹⁹⁹⁶, dans lequel il reconnaît l'indépendance du TAS et lui confère la qualité de tribunal arbitral, mais émet certains doutes sur l'étendu de cette indépendance¹⁹⁹⁷. Ces doutes vont forcer le TAS à se réformer en profondeur : tant la structure administrative que les procédures arbitrales du TAS vont être repensées. Or, c'est dans le cadre de cette réforme que le TAS va mettre en place une innovation procédurale décisive pour son succès ultérieur. En effet, est introduite dans le nouveau code de l'arbitrage sportif, qui entrera en vigueur le 22 novembre 1994, une procédure d'appel

¹⁹⁹² A. Samuel et R. Gearheart, 'Sporting Arbitration and the International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Arbitration*, Volume 6, n°4, (1989), p.39-53, p.43.

¹⁹⁹³ "At its inception, CAS was dominated, both in form and in substance, by the organisation from which it had sprouted, the IOC." M. Mangan, 'The Court of Arbitration for Sport : Current Practice, Emerging Trends and Future Hurdles', *Arbitration International*, Volume 25, n°4, p.591-602, p.592. Voir aussi, reconnaissant la prépondérance du CIO (et des organisations sportives en général) au sein du TAS, mais défendant tout de même son indépendance, A. Samuel et R. Gearheart, 'Sporting Arbitration and the International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Arbitration*, Volume 6, n°4, (1989), p.39-53, p.44.

¹⁹⁹⁴ Une solution préfigurant la procédure d'arbitrage avait cependant été introduite en 1991, M. Reeb, 'Le Tribunal arbitral du sport : son histoire et son fonctionnement ' in E. Loquin et G. Simon, 'Tribunal Arbitral du Sport : Chronique des sentences arbitrales' *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, 2001, p. 234-329, p.236.

¹⁹⁹⁵ "Twenty-five years ago CAS was merely a glimmer of something to bring about change. CAS began as an idea and has evolved, as its originators hoped, as the world supreme court for sport. Today it is recognized by every international Olympic sporting organization and many non-Olympic ones as the final and binding appeals body for disputes in sports." R. H. McLaren, 'Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for sport : A look in the rear-view mirror', *Marquette Sports Law Review*, Volume 20, n°2, 2010, p.305-333, p.333.

¹⁹⁹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral, *G. contre Fédération Equestre Internationale et Tribunal Arbitral du Sport*, du 15 mars 1993, 119 II 271 (dit Gundel).

¹⁹⁹⁷ Sur l'arrêt Gundel voir entre autres : J. Paulsson, 'Arbitration of International Sports Disputes', *Arbitration International*, Volume 9, n°4, 1993, p.359-369, p.366.

visant à faciliter le recours au TAS dans les affaires disciplinaires¹⁹⁹⁸. C'est cette procédure d'appel qui va ouvrir en grand la porte du TAS aux litiges disciplinaires tranchés par les fédérations sportives¹⁹⁹⁹. De nos jours les affaires jugées via la procédure d'appel représentent 90% de la charge de travail du TAS²⁰⁰⁰, en 2000 elles ne représentaient que 60% de cette même charge²⁰⁰¹. La portée de cette réforme sera renforcée par la signature, le 22 juin 1994, de la "Convention relative à la constitution du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport", dite "Convention de Paris". Cette convention, signée par les principales organisations sportives marque le soutien politique fort du mouvement sportif en faveur du TAS.

La procédure d'appel auprès du TAS est régie par la Partie C, « Dispositions particulières à la procédure arbitrale d'appel », du Code de l'Arbitrage du TAS²⁰⁰². L'article R47 du Code prévoit qu'« un appel contre une décision d'une fédération, association ou autre organisme sportif peut être déposé au TAS si les statuts ou règlements dudit organisme sportif le prévoient ou si les parties ont conclu une convention d'arbitrage particulière et dans la mesure aussi où l'appelant a épuisé les voies de droit préalables à l'appel dont il dispose en vertu des statuts ou règlements dudit organisme sportif ». L'appelant doit soumettre, dans un délai défini²⁰⁰³, une déclaration d'appel comprenant un certain nombre d'informations²⁰⁰⁴. L'appel doit être motivé et les éventuelles preuves et témoignages invoqués listés²⁰⁰⁵. A condition que la demande d'arbitrage ne soit pas manifestement irrecevable, le TAS entame alors la procédure d'arbitrage et tient

¹⁹⁹⁸Une procédure d'appel qui avait été devancée en 1991 par l'introduction d'une clause d'arbitrage spécifique aux fédérations internationales, qui avait d'ailleurs été employée dans l'arrêt Gundel. M. Reeb, 'Le Tribunal arbitral du sport : son histoire et son fonctionnement' in E. Loquin et G. Simon, 'Tribunal Arbitral du Sport : Chronique des sentences arbitrales' *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, 2001, p. 234-329, p.236.

¹⁹⁹⁹"The impetus for the rapid growth of the CAS has been the agreements between it and the IFs by which the federations have acceded to the compulsory jurisdiction of the CAS." J.A.R. Nafziger, 'Dispute Resolution in the Arena of International Sports Competition?' *The American Journal of Comparative Law*, Volume 50, 2002, p.161-179, p.168.

²⁰⁰⁰L. Reilly, 'An Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes', *Journal of Dispute Resolution*, Volume 5, n°1, 2012, p.63-81.

²⁰⁰¹ M. Reeb, 'Le Tribunal arbitral du sport : son histoire et son fonctionnement' in E. Loquin et G. Simon, 'Tribunal Arbitral du Sport : Chronique des sentences arbitrales' *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, 2001, p. 234-329, p.240.

²⁰⁰² Code de l'arbitrage du TAS, version 2013. Voir pour un commentaire du Code, M. Noth, E. Hasler et A. Rigozzi, 'Chapter 5' in M. Arroyo (dir.), *Arbitration in Switzerland – the Practitioner's Guide*, Kluwer, 2013, pp. 936-1083.

²⁰⁰³R49, Code de l'arbitrage du TAS, version 2013

²⁰⁰⁴R48, Code de l'arbitrage du TAS, version 2013.

²⁰⁰⁵ R51, Code de l'arbitrage du TAS, version 2013.

informé de celle-ci l'intimé et l'organe dont la décision est contestée.²⁰⁰⁶ Le panel arbitral est alors finalisé avec la nomination par l'intimé²⁰⁰⁷ d'un arbitre (ou la désignation d'un l'arbitre unique), puis la désignation du président du panel²⁰⁰⁸.

Dans le cadre de la procédure d'appel, le TAS arbitre *de novo* et fixe les modalités de l'audience, en effet, « la Formation revoit les faits et le droit avec plein pouvoir d'examen. Elle peut soit rendre une nouvelle décision se substituant à la décision attaquée, soit annuler cette dernière et renvoyer la cause à l'autorité qui a statué en dernier »²⁰⁰⁹. Quant au droit applicable, « [l]a Formation statue selon les règlements applicables et, subsidiairement, selon les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile ou selon les règles de droit que la Formation estime appropriée. Dans ce dernier cas, la décision de la Formation doit être motivée»²⁰¹⁰. La sentence rendue par la formation arbitrale est exécutoire dès la communication écrite du dispositif et doit être transmise au Secrétaire général du TAS « qui peut procéder à des rectifications de pure forme et attirer l'attention de la Formation sur des questions de principe fondamentales».²⁰¹¹ La sentence « n'est susceptible d'aucun recours dans la mesure où les parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse et ont expressément renoncé au recours dans la convention d'arbitrage ou dans un accord écrit conclu ultérieurement, notamment en début de procédure ». Enfin, « sauf si les parties conviennent que l'arbitrage doit rester confidentiel », « [l]a sentence, un résumé et/ou un communiqué de presse faisant état de l'issue de la procédure »²⁰¹² est publié par le TAS. Si pour la doctrine il ne s'agit pas d'un appel dévolutif au sens du droit étatique²⁰¹³, la décision interne n'ayant pas force de chose jugée, la fonction de la procédure d'appel au sein de la *lex sportiva* est analogue à celui-ci.

²⁰⁰⁶ R52, Code de l'arbitrage du TAS, version 2013.

²⁰⁰⁷ R53, Code de l'arbitrage du TAS, version 2013.

²⁰⁰⁸ R54 Code de l'arbitrage du TAS, version 2013.

²⁰⁰⁹ R57, Code de l'arbitrage du TAS, version 2013.

²⁰¹⁰ R58, Code de l'arbitrage du TAS, version 2013.

²⁰¹¹ Article R59, Code de l'arbitrage du TAS, version 2013.

²⁰¹² Article R59, Code de l'arbitrage du TAS, version 2013.

²⁰¹³ Voir A. Pinna, 'Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires', *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p.31. Sur les subtiles complications que peut engendrer la qualification d'appel voir D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2004, p. 291-340, pp.291-295.

Au fur et à mesure que la pression juridique mise sur les fédérations internationales par l'Union européenne s'est amplifiée, celles-ci ont introduit des clauses d'arbitrages en faveur du TAS. Elles ont progressivement plié sous la force du dilemme auquel elles étaient confrontées : défendre leur autonomie absolue coûte que coûte, au risque d'une intervention des tribunaux étatiques/européens potentiellement destructrice, ou renoncer à une partie de leur souveraineté au profit du TAS²⁰¹⁴. Ce n'est qu'«[a]près avoir tenté en vain d'exclure purement et simplement tout recours juridictionnel contre leurs actes » que «[l]es fédérations internationales et le CIO ont entrepris de concilier le droit au juge avec leur traditionnel refus de l'intervention des juridictions étatiques en insérant dans leurs statuts des clauses compromissoires »²⁰¹⁵. En ce qui concerne la FIFA, une des sources principales de contentieux pour le TAS²⁰¹⁶, ce n'est qu'à l'issue des difficiles négociations avec la Commission européenne autour du régime applicable aux transferts de footballeurs qu'elle a fini par se résigner (non sans avoir tenté de fonder sa propre institution d'arbitrage²⁰¹⁷) à avoir recours à l'arbitrage du TAS²⁰¹⁸. De même, ce n'est qu'avec la création de l'AMA et surtout la mise en place du Code mondial que le TAS est devenu la juridiction d'appel unique (en tous cas pour les athlètes de niveau international) en matière de dopage²⁰¹⁹, comme l'a remarqué (sous le choc) un commentateur « [l]e juge est alors dépossédé de son rôle de gardien des libertés »²⁰²⁰.

²⁰¹⁴ C'est le dilemme suggéré déjà par J. Paulsson: "This development leaves international sports federations with a clear choice: they must give primacy either to maintaining maximal control or to keeping sports disputes out of the courts" in J. Paulsson, 'Arbitration of International Sports Disputes', *Arbitration International*, Volume 9, n°4, 1993, p.359-369, p.369.

²⁰¹⁵ M. Maisonneuve, 'Les ordres juridiques sportifs transnationaux', *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, n°3, 2005, p. 1564-1596, p.1590.

²⁰¹⁶ "Of the cases heard at CAS, approximately 45% relate to appeals rendered by an organ of the Fédération Internationale de Football Association (FIFA), the governing body for football worldwide." L. Reilly, 'An Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes', *Journal of Dispute Resolution*, Volume 5, n°1, 2012, p.63-81, p.69. L'introduction d'une clause d'arbitrage en faveur du TAS par la FIFA a définitivement conforté la position centrale du TAS, R. H. McLaren, 'Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for sport: A look in the rear-view mirror', *Marquette Sports Law Review*, Volume 20, n°2, 2010, 305-333, p. 315.

²⁰¹⁷ Voir la Circulaire n°827 de la FIFA, 10 décembre 2002 (accessible à http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/tas%20827%20fr_71.pdf).

²⁰¹⁸ Ibid. Voir aussi, F. Latty, 'La lex fifa' in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, pp.9-28, p.16 et F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.286.

²⁰¹⁹« A further 30% of cases heard at CAS relate to doping violations." L. Reilly, 'An Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes', *Journal of Dispute Resolution*, Volume 5, n°1, 2012, p.63-81, p.70.

²⁰²⁰P. Collomb, 'Les sportifs de haut niveau sont-ils des citoyens de seconde zone?', in *La Semaine Juridique Edition Générale* n°19, 9 Mai 2011, n°564.

On a pu interpréter cette dépossession comme une délégation de pouvoir par les États²⁰²¹. Le TAS remplit donc bien la mission pour laquelle il avait été fondé au début des années 80, celle de maintenir à distance du mouvement sportif les ordres juridiques adjacents et en particulier, c'est celui qui s'avérait le plus menaçant²⁰²², le droit de l'Union européenne²⁰²³. L'autonomie dont disposait la *lex sportiva* face aux ordres juridiques étatiques est mise à mal par le droit de l'Union européenne, c'est cette prise de conscience qui va entraîner une course vers l'arbitrage et le succès du TAS. Il sert à éviter le « terrain juridique miné »²⁰²⁴ que constituent les juridictions nationales ou européennes, tout en se mettant à l'abri des critiques susceptibles d'accompagner une décision controversée²⁰²⁵. Mais le TAS n'est pas uniquement un moyen pour les organisations sportives de préserver leur autonomie, c'est aussi un recours pour les athlètes qui se veut plus équitable et indépendant que les organes disciplinaires internes aux organisations sportives²⁰²⁶. La popularité récente et grandissante du TAS est donc intrinsèquement corrélée avec l'adaptation de la *lex sportiva* aux défis posés par

²⁰²¹A. Ravjani, 'The Court of Arbitration for Sport: A subtle form of international delegation', *Bulletin TAS*, n°1, 2010, p.13-33.

²⁰²² En effet, les juridictions nationales font en général preuve d'une plus grande déférence vis-à-vis des décisions des organisations sportives : "A survey of US case law supports Nafziger's claim. Again and again, American courts have refused to overturn the results of internal hearings. Therefore, the threat of intrusive domestic courts does not appear to be a viable reason for Olympic institutions to prefer the CAS as opposed to its own internal review boards." D. Yi, 'Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.306; M. J Mitten et H. Opie, '« Sports Law » : Implications for the development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution', *Tulane Law Review*, Volume 85, n°2, 2010, p.269-322, p.297-299; "Courts are particularly reluctant to intervene in disciplinary hearings by private bodies." J.A.R. Nafziger, 'Dispute Resolution in the Arena of International Sports Competition?' *The American Journal of Comparative Law*, Volume 50, 2002, p.161-179, p.170-171; A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, p.83-84 et p.99, F. Latty, *La lex sportiva: Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers 2007, pp. 461-462 et pp.514-515.

²⁰²³ J-L. Chappelet, *L'autonomie du sport en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, 2010, p.42-44 et A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, p.85-86.

²⁰²⁴ "For Olympic institutions, domestic courts are essentially legal minefields, to be avoided at all cost." D. Yi, 'Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.301.

²⁰²⁵ "So by outsourcing final decision-making authority to the CAS in these inevitably unpopular, tricky cases, Olympic institutions are able to insulate themselves from the criticism that is sure to follow." Ibid, p.312.

²⁰²⁶ J.A. Faylor, 'The Dismantling of a German Champion: Katrin Krabbe and her Ordeal with the German Track and Field Association and the International Amateur Athletic Federation (IAAF)', *Arbitration International*, Volume 17, n°2, p. 163-172 et D. J. Ettinger, 'The Legal Status of the International Olympic Committee', *4 Pace Yearbook of International Law*, Volume 4, 1992, p.97-121, p.120.

l'interventionnisme juridique dans ce qu'elle perçoit comme sa chasse-gardée²⁰²⁷. Seule l'émergence d'une procédure d'appel correspondant au réflexe isolationniste des organisations sportives internationales²⁰²⁸ peut expliquer le développement fulgurant de l'arbitrage sportif²⁰²⁹. Ce développement a eu pour conséquence de transformer Lausanne en « mégalopole » de l'arbitrage en Suisse²⁰³⁰. Le TAS est devenu la clef de voûte institutionnelle de la *lex sportiva*²⁰³¹, son « tribunal suprême »²⁰³², qui en contrôle tant la substance que l'application.

Cet attrait du TAS n'est possible que parce qu'il conjugue deux qualités pourtant apparemment contradictoires : l'indépendance et la dépendance. En effet, l'indépendance du TAS est la condition juridique *sine qua non* pour que ses sentences arbitrales soient reconnues et respectées à l'extérieur de la *lex sportiva*, tandis que la dépendance du TAS est la condition implicite du recours par les organisations sportives à ses services.

²⁰²⁷ “...I giudici statali hanno tentato di colmare le lacune che caratterizzavano gli ordinamenti sportivi sul piano giurisdizionale. La reazione del sistema sportivo è stata allora quella di sviluppare forme di giustizia globale...” L. Casini, *Il Diritto Globale dello Sport*, Giuffrè, 2010, p.225

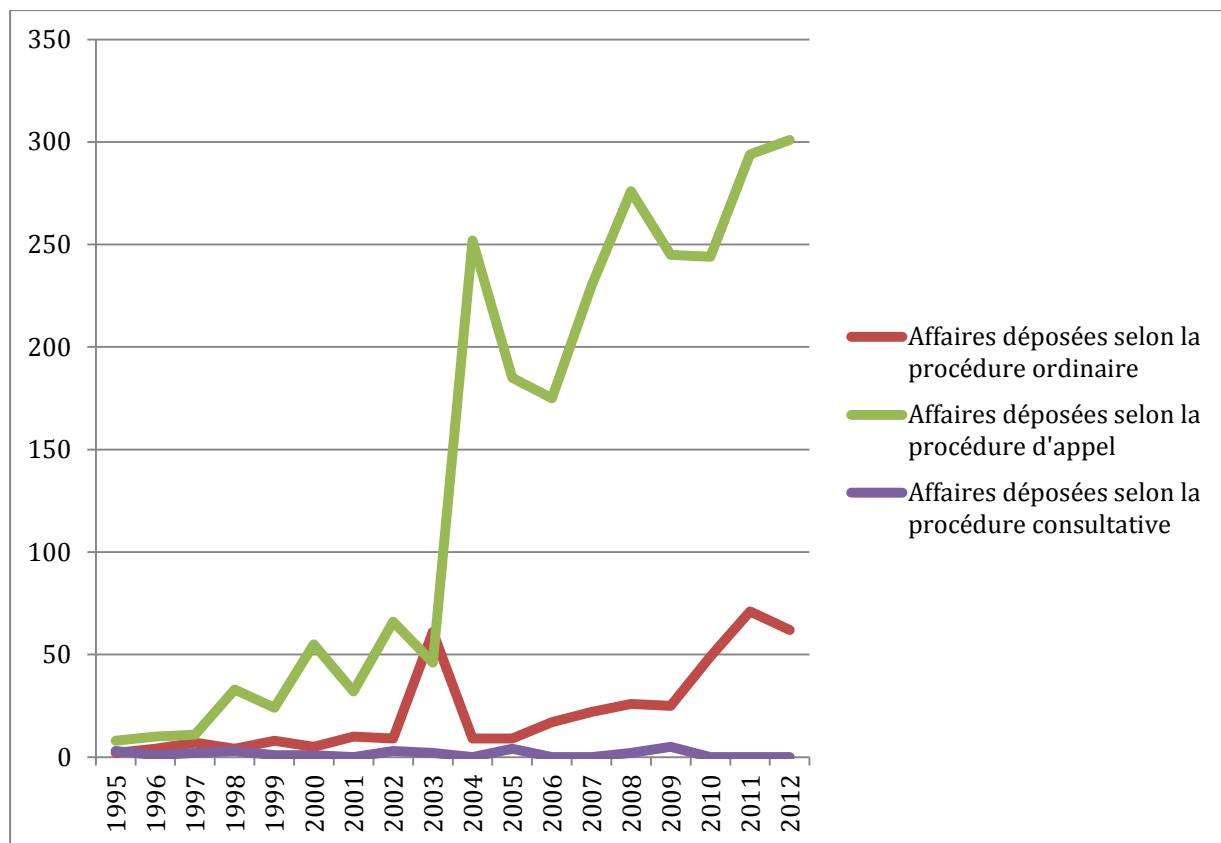
²⁰²⁸D’ailleurs, « La procédure arbitrale d’appel devant le TAS n’est autre que celle qui a pour objet de soustraire le recours contre les décisions des organismes sportifs à la connaissance des juridictions étatiques pour les soumettre à la justice privée. » A. Pinna, Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : Contribution à l’étude de l’arbitrage des sanctions disciplinaires, *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p.31. Aussi reconnu par Lorenzo Casini, “Tra le ragioni che hanno portato al successo del Tas, d’altronde, vi è stata l’esigenza di limitare il piu possibile il ruolo delle corti nazionali [...]” L. Casini, *Il Diritto Globale dello Sport*, Giuffrè, 2010, p.215.

²⁰²⁹ “Much of the stunning growth in the use of CAS can be attributed to the establishment of an appeals body in 1994.” M. Mangan, “The Court of Arbitration for Sport : Current Practice, Emerging Trends and Future Hurdles”, *Arbitration International*, Volume 25, n°4, p.591-602, p.593.

²⁰³⁰ F. Dasser, ‘International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland – An Updated Statistical Analysis’, *ASA Bulletin*, Volume 28, n°1, 2010, p.82-100, pp.94-98.

²⁰³¹ “Accanto ai meccanismi di coordinamento normativi e istituzionali, poi, il piu importante strumento adottato per garantire la tenuta del sistema sportivo ha natura “giurisdizionale”: si tratta del Tas” L. Casini, *Il Diritto Globale dello Sport*, Giuffrè, 2010, p.112.

²⁰³² J-L. Chappelet, *L’autonomie du sport en Europe*, Editions du Conseil de l’Europe, 2010, p.44.



b. Le TAS entre indépendance et dépendance

En pratique le TAS oscille entre dépendance et indépendance, que ce soit de part sa structure institutionnelle (i.), ou le droit qu'il applique (ii.). Mais, en fin de compte, d'un point de vue juridique, le Tribunal fédéral suisse est le seul juge de cette indépendance (iii.).

i. **Entre dépendance et indépendance institutionnelle du TAS**

Le TAS est historiquement, comme l'a justement constaté le Tribunal fédéral suisse dans son arrêt *Gundel*, la chose du CIO et du Mouvement olympique (1.). Cependant, suite aux réformes engagées après l'arrêt, il s'est en partie émancipé de la tutelle du CIO (2.).

1. La « chose » du CIO

Le TAS était à l'origine un « petit frère »²⁰³³ clairement inféodé²⁰³⁴ au CIO qui a non seulement acté sa création, mais en contrôlait par la suite aussi le fonctionnement²⁰³⁵. Ainsi, le TAS rassemblait à son origine 60 arbitres désignés, pour 15 membres chacun, par le CIO, les fédérations internationales, les Comités nationaux olympiques et le Président du CIO. Les frais de fonctionnement du Tribunal étaient intégralement couverts par le CIO. Tandis, tandis que ses statuts ne pouvaient être modifiés que par la Session du CIO, sur proposition de la Commission exécutive du CIO²⁰³⁶. D'ailleurs, les premiers commentateurs considéraient qu'il était nécessaire pour garantir son indépendance, que les litiges impliquant le CIO ne fassent pas l'objet d'un arbitrage auprès du TAS²⁰³⁷.

C'est cet état de fait que le Tribunal fédéral suisse, bien que reconnaissant l'indépendance des arbitres en l'espèce²⁰³⁸, a subtilement critiqué en rappelant qu'« il serait souhaitable que l'on assurât une indépendance accrue du TAS à l'égard du CIO »²⁰³⁹. Or, ce constat va déclencher une première prise de conscience au sein du

²⁰³³ "Prior to the 1990 amendments, the CAS appeared to be the "little brother" of the **IOC** rather than an independent tribunal as originally intended." D. J. Ettinger, 'The Legal Status of the International Olympic Committee', *Pace Yearbook of International Law*, Volume 4, 1992, p.97-121, p.112.

²⁰³⁴ Même si un observateur n'y voyait pas de contradiction avec l'indépendance du TAS. Voir, I.S. Blackshaw, 'Resolving International Sports Disputes', *Business Law Review*, July 1993, p.194-196, p. 195.

²⁰³⁵ Voir, D. J. Ettinger, 'The Legal Status of the International Olympic Committee', *Pace Yearbook of International Law*, Volume 4, 1992, p.97-121, p.113 et A. Goldstone, 'Obstruction of justice: The Arbitration Process for Anti-doping violations during the Olympic Games', *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Volume 7, 2006, pp.361-444, p. 367.

²⁰³⁶ Voir la partie « L'organisation du TAS depuis sa création jusqu'en 1994 » de l'historique proposé sur le site internet du TAS <http://www.tas-cas.org/fr/informations-generales/historique-du-tas.html>.

²⁰³⁷ A. T. Polvino, 'Arbitration as preventative medicine for olympic ailments: The International Olympic Committee's Court of Arbitration for sport and the future for the settlement of international sporting disputes', *Emory International Law Review*, Volume 8, 1994, p.347-381, pp.361-362.

²⁰³⁸ « Dans ces conditions, on peut admettre que le TAS présente les garanties d'indépendance auxquelles le droit suisse subordonne l'exclusion valable de la voie judiciaire ordinaire. » Arrêt du Tribunal fédéral, *G. contre Fédération Equestre Internationale et Tribunal Arbitral du Sport*, du 15 mars 1993, 119 II 271 (dit Gundel), considérant 3.b).

²⁰³⁹ In extenso :« Toutefois, certaines objections quant à l'indépendance du TAS ne sauraient être écartées sans autre forme de procès, en particulier celles qui prennent appui sur les liens organiques et économiques existant entre le TAS et le CIO. De fait, ce dernier est compétent pour modifier le Statut du TAS; il supporte en outre les frais de fonctionnement de ce tribunal et joue un rôle considérable dans la désignation de ses membres. Il reste que, étant donné, d'une part, la possibilité qui subsiste d'assurer, par la voie de la récusation, l'indépendance de la Formation appelée à connaître d'une cause déterminée, et, d'autre part, la déclaration solennelle d'indépendance souscrite par chaque membre du TAS avant son entrée en fonction, de telles objections ne permettent pas à elles seules de dénier au TAS la qualité de

mouvement sportif, entraînant un certain nombre de réformes de l'organisation institutionnelle du TAS, visant à renforcer son indépendance (formelle) vis-à-vis du CIO²⁰⁴⁰. Mais, celles-ci ont-elles véritablement coupé le cordon ombilical qui reliait jusqu'alors le TAS au CIO ?²⁰⁴¹

2. « Plus ça change, moins ça change » : L'indépendance institutionnelle du TAS après la réforme

En réponse au tir de sommation du Tribunal fédéral, les organisations sportives ont lancé un processus de réforme intense, qui a débouché sur une refonte de l'architecture institutionnelle du TAS²⁰⁴². Le point d'orgue de cette réforme a été la création du Conseil International en matière de Sport (CIAS). Le CIAS est supposé suppléer le CIO dans le rôle d'administrateur du TAS. Plus précisément, il « a pour mission de favoriser le règlement des litiges en matière de sport par la voie de l'arbitrage ou de la médiation et de sauvegarder l'indépendance du TAS et les droits des parties » et est « également responsable de l'administration et du financement du TAS »²⁰⁴³. Les premiers membres du CIAS ont été désignés par le Mouvement olympique selon une procédure spéciale²⁰⁴⁴, par conséquent le CIO a continué d'en détenir, via le Juge Kéba Mbaye, pendant un temps, la présidence²⁰⁴⁵. De nos jours, le CIAS est composé de vingt membres (« juristes expérimentés »), nommés selon les modalités suivantes :

véritable tribunal arbitral (cf. JOLIDON, in: FS Kummer, p. 643 ss), quand bien même il serait souhaitable que l'on assurât une indépendance accrue du TAS à l'égard du CIO (CARRARD, *ibid.*). » Arrêt du Tribunal fédéral, *G. contre Fédération Equestre Internationale et Tribunal Arbitral du Sport*, du 15 mars 1993, 119 II 271, considérant 3.b).

²⁰⁴⁰J. Paulsson, 'Why Good Arbitration Cannot Compensate for Bad Courts', *Journal of International Arbitration*, Volume 30, n°4, 2013, p.345-360, p. 357.

²⁰⁴¹ Comme on a pu l'affirmer : "The umbilical cord tied to the International Olympic Committee (IOC) at its formation has been severed." R. H. McLaren, "Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for sport : A look in the rear-view mirror", *Marquette Sports Law Review*, Volume 20, n°2, 2010, 305-333, p. 305.

²⁰⁴² D. Yi, 'Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.297-299.

²⁰⁴³ Article S2, 'Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport', *Code de l'arbitrage*, 2013

²⁰⁴⁴ Les douze premiers membres du CIAS seront désignés à raison de : a) quatre membres par le C.I.O. b) trois membres par l'A.S.O.I.F. c) un membre par l'A.I.W.F. d) quatre membres par l'A.C.N.O. Voir, Article 2 de la *Convention relative à la constitution du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport*, 22 juin 1994.

²⁰⁴⁵ R. H. McLaren, "Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for sport : A look in the rear-view mirror", *Marquette Sports Law Review*, Volume 20, n°2, 2010, 305-333.

- . quatre membres sont désignés par les Fédérations Internationales (FI), à savoir trois par l'Association des FI olympiques d'été (ASOIF) et un par l'Association des FI olympiques d'hiver (AIOWF), choisis en leur sein ou en dehors;
- . quatre membres sont désignés par l'Association des Comités Nationaux Olympiques (ACNO), choisis en son sein ou en dehors;
- . quatre membres sont désignés par le Comité International Olympique (CIO), choisis en son sein ou en dehors;
- . quatre membres sont désignés par les douze membres du CIAS figurant ci- dessus, après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes;
- . quatre membres sont désignés par les seize membres du CIAS figurant ci- dessus, choisis parmi des personnalités indépendantes des organismes désignant les autres membres du CIAS.²⁰⁴⁶

Le mode de désignation des membres du CIAS ne va pas sans rappeler celui des arbitres du TAS avant 1994, 12 membres du CIAS sont directement nommés par les organisations sportives internationales, tandis que les 8 membres restant bien qu'étant nommés «après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes», ou «choisis parmi des personnalités indépendantes des organismes désignant les autres membres du CIAS», le sont par les 12 membres représentant le Mouvement olympique. Le CIAS apparaît alors comme un proxy institutionnel du Mouvement olympique²⁰⁴⁷, une structure intermédiaire isolant formellement le TAS de l'influence directe du CIO²⁰⁴⁸. Cependant, les athlètes et les organisations qui les représentent ne disposent toujours pas de la possibilité de nommer directement des

²⁰⁴⁶ Article S4, Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport, *Code de l'arbitrage*, 2013.

²⁰⁴⁷ "In fact, ICAS' entire twenty-person roster is appointed either directly or indirectly by Olympic institutions." D. Yi, "Turning Medals into Metal: Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal", *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.315

²⁰⁴⁸ "This reform means that a new level of authority is interposed between the IOC and the TAS, so that the former no longer has any direct role in the composition of the latter." J. Paulsson, 'Arbitration of International Sports Disputes', *Arbitration International*, Volume 9, n°4, 1993, p.359-369, p.368.

représentants au sein du CIAS²⁰⁴⁹. Certes, des garanties ont été ajoutées quant à l'indépendance et l'objectivité des membres du CIAS, ceux-ci ne sont élus que pour un mandat de 4 ans (renouvelable), ils sont contraints de signer « une déclaration selon laquelle ils exerceront leur fonction à titre personnel, en toute objectivité et indépendance, et en conformité avec les dispositions du présent Code », et depuis la dernière réforme du Code de l'arbitrage, ils « ne peuvent figurer sur la liste des arbitres ou des médiateurs du TAS, ni agir comme conseil d'une partie dans une procédure devant le TAS »²⁰⁵⁰. Des garanties, qui traduisent une volonté de renforcer l'indépendance et l'objectivité des membres du CIAS, tout en réduisant les risques de conflits d'intérêts. Mais, sont-elles suffisantes pour compenser l'héritage et l'habitus institutionnel de personnalités qui ont été longtemps actives au sein des organisations sportives internationales²⁰⁵¹ ? Qui plus est, le CIAS dispose de vastes compétences. Il est, entre autres, responsable du Code de l'arbitrage qui régit les arbitrages du TAS, il pourvoit les postes à responsabilité (notamment celui de Président de la Chambre d'appel du TAS), il désigne les arbitres constituant la liste des arbitres du TAS, il tranche les questions de récusation et de révocation des arbitres, il gère le financement du TAS et nomme son secrétaire général²⁰⁵². De nombreuses décisions peuvent être dans les faits déléguées au bureau du CIAS qui rassemble le Président, les deux Vice-Présidents du CIAS, le Président de la chambre d'arbitrage ordinaire et celui de la Chambre arbitrale d'appel²⁰⁵³.

Le CIAS concentre donc le pouvoir administratif au sein du TAS, il est susceptible d'orienter par ses choix, notamment de personnels, sa jurisprudence. Ainsi, le Président de la Chambre arbitrale d'appel occupe une position cruciale dans l'organisation

²⁰⁴⁹ M. A. Weston, 'Doping Control, Mandatory Arbitration, and Process Dangers for Accused Athletes in International Sports', *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 10, n°1, 2009, p.5-50, p. 5.

²⁰⁵⁰ Article S5, Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport, *Code de l'arbitrage*, 2013.

²⁰⁵¹ Sur 20 membres du CIAS, seuls 7 n'ont (d'après leur biographie disponible sur le site du TAS : <http://www.tas-cas.org/cias/les-membres.html>) pas occupé de poste à responsabilité au sein des organisations sportives : le juge Miguel Cardinal Carro, le juge Nabil Elaraby, Carole Malinvaud, la juge Yvonne Mokgoro, la juge Wilhelmina Thomassen, la juge Xue Hanqin et la juge Ellen Garcia Northfleet

²⁰⁵² Pour une liste exhaustive des compétences du CIAS voir article S6, Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport, *Code de l'arbitrage*, 2013.

²⁰⁵³ Article S7, Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport, *Code de l'arbitrage*, 2013.

administrative du Tribunal. Il nomme l'arbitre unique si nécessaire²⁰⁵⁴ et surtout « désigne le Président de la Formation dès la désignation de l'arbitre de l'intimé et après consultation des arbitres »²⁰⁵⁵. Le Président de la Chambre d'appel est donc susceptible de faire pencher la balance dans un sens ou un autre, en fonction du choix porté sur la personne du Président de la formation. Cette position clé était d'ailleurs jusqu'à peu occupée par Thomas Bach, le nouveau Président du CIO. De même, le secrétaire général (M. Reeb) et l'administration du TAS peuvent influencer la formulation des sentences²⁰⁵⁶.

Par ailleurs, le financement du TAS est toujours en grande partie assuré par le Mouvement olympique. En effet, la Convention relative à la constitution du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (dite Convention de Paris) prévoit que le CIAS soit financé comme suit²⁰⁵⁷ :

- 4/12 par le CIO
- 3/12 par les FI Olympiques de sports d'été
- 1/12 par les FI Olympiques de sports d'hiver
- 4/12 par l'ACNO

Le financement du CIAS est principalement assuré par le Mouvement olympique, même si les parties sont de plus en plus souvent amenées à contribuer à certains frais de l'arbitrage²⁰⁵⁸. Ce financement, même réparti sur les différentes composantes du Mouvement olympique, ne va pas dans le sens d'une indépendance financière du TAS vis-à-vis des organisations sportives internationales²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁴Article R53 et R54, Dispositions particulières à la procédure arbitrale d'appel, *Code de l'arbitrage*, 2013.

²⁰⁵⁵Article R54, Dispositions particulières à la procédure arbitrale d'appel, *Code de l'arbitrage*, 2013.

²⁰⁵⁶F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.263.

²⁰⁵⁷Article 3, *Convention relative à la constitution du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport*, 22 juin 1994.

²⁰⁵⁸Article R64 et R65, *Code de l'arbitrage*, 2013. Ce qui ne va pas sans poser un problème d'accès à la justice, voir à ce propos M. Noth, E. Hasler et A. Rigozzi, 'Chapter 5' in M. Arroyo (dir.), *Arbitration in Switzerland – the Practitioner's Guide*, Kluwer, 2013, pp. 936-1083, pp. 1068-1077.

²⁰⁵⁹"The IOC still provides one-third of the CAS' total budget. Meanwhile, the other two-thirds are still paid by some other Olympic institution. If the CAS is at all motivated to keep its depp-pocketed patrons satisfied, serious questions of arbitral independence must persist." D. Yi, "Turning Medals into Metal :

La procédure d'inscription des arbitres sur la liste fermée du TAS est aussi un frein à l'indépendance du TAS²⁰⁶⁰. Il est prévu que le CIAS fasse appel « à des personnalités ayant une formation juridique appropriée, une compétence reconnue en matière de droit du sport et/ou d'arbitrage international, une bonne connaissance du sport en général et la maîtrise d'au moins une des langues de travail du TAS », mais aussi que ces personnalités soient « portées à l'attention du CIAS, notamment par le CIO, les FI et les CNO »²⁰⁶¹. La limitation du nombre d'arbitres disponibles est une pratique plutôt atypique en matière d'arbitrage, un domaine où la volonté des parties est souvent considérée comme reine, elle a été justifiée sous prétexte de garantir l'expertise sportive des arbitres du TAS²⁰⁶². Depuis le 1^{er} janvier 2012, le CIAS n'est pas contraint de choisir les arbitres parmi les personnes proposées par les membres du Mouvement olympique, mais le flou prévaut. L'incertitude prédomine quant à l'indépendance du CIAS dans la sélection des arbitres inscrits sur la liste fermée du TAS. D'autant plus, qu'en pratique un petit nombre d'arbitres bien définis, sont nommés de manière répétée²⁰⁶³.

La question de l'indépendance du CIAS, et donc du TAS, n'est plus aussi facile à trancher que du temps où le CIO était ouvertement aux manettes²⁰⁶⁴, et la qualification de vassal du CIO serait certainement exagérée²⁰⁶⁵. Mais, il est indéniable que de nombreux

Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.317

²⁰⁶⁰Ibid, p.340.

²⁰⁶¹Article S14, Statut des organes concourant au règlement des litiges en matière de sport, Code de l'arbitrage, 2013.

²⁰⁶²L. Reilly, 'An Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes', *Journal of Dispute Resolution*, Volume 5, n°1, 2012, p.63-81, p.65. Voir aussi le Blogpost de Jan Paulsson, 'are unilateral appointments defensible' <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2009/04/02/are-unilateral-appointments-defensible/>

²⁰⁶³ « On peut enfin faire remarquer avec courtoisie mais fermeté que le choix répété des mêmes arbitres, volontiers suisses ou allemands d'ailleurs, que l'on constate fait par contre moins pour l'autorité de la jurisprudence du TAS. » D. Hascher et E. Loquin, Chronique des sentences du TAS – 2007, *Journal du droit international (Clunet)*, janvier-février-mars 2007, p.199-254, p. 253. « Force est de constater, en outre, que certains arbitres sont très fréquemment sollicités par le T.A.S. tandis que d'autres ne le sont jamais. » F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 261.

²⁰⁶⁴ Même si on ne peut réellement parler de changements « dramatiques » : "The reforms following the *Gundel* decision dramatically changed the institutional shape and structure of CAS. In so doing, a more independent adjudicative body was created that was capable of resolving sports disputes without the taint of influence from sporting organizations, as well as national or other influences." R. H. McLaren, 'Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for sport : A look in the rear-view mirror', *Marquette Sports Law Review*, Volume 20, n°2, 2010, p.305-333, p.308.

²⁰⁶⁵ R.H. McLaren, 'The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes', *Valparaiso University Law Review*, Volume 35, n°2, 2001, p.379-405, pp. 382-384.

éléments de fait tendent encore à indiquer que la réforme du TAS n'a pas entraîné de distanciation radicale de son administration, de son financement et de son personnel vis-à-vis du Mouvement olympique et de ses intérêts propres²⁰⁶⁶. En effet, «[s]on indépendance structurelle est loin d'être évidente alors que, par contre, la main des fédérations sportives est manifestement bien présente dans cette organisation »²⁰⁶⁷. Pourtant, comparé aux juridictions internes des organisations sportives, il est certain que le degré d'indépendance du TAS vis-à-vis de celles-ci est bien plus important. Cette dépendance matérielle relative est amplifiée par une dépendance normative du TAS : il est bien souvent perçu comme la bouche (« mécanique »²⁰⁶⁸) de la *lex sportiva*.

ii. Le TAS : bouche de la *lex sportiva* ?

Le deuxième élément de dépendance et d'indépendance du TAS est lié au droit que les arbitres appliquent aux litiges. En effet, une des caractéristiques principales, et distinctives, du TAS est qu'il reconnaît la *lex sportiva* comme prioritairement applicable aux litiges dont il a à connaître (1.). On doit cependant admettre que le TAS fait preuve d'une certaine indépendance dans l'application de cette *lex sportiva* (2.).

1. La *lex sportiva* : le droit applicable par le TAS

Le droit auquel se réfèrent les formations d'appel du TAS est en premier lieu celui produit par les organisations sportives, la *lex sportiva*²⁰⁶⁹. Ainsi, le Code de l'arbitrage sportif prévoit que « [l]a Formation statue selon les règlements applicables et, subsidiairement, selon les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile ou selon les règles de droit que la

²⁰⁶⁶ "The IOC has, in the past, claimed that all legal experts agree that the CAS is fair and impartial. This claim is patently false: many scholars around the world remain sceptical." D. Yi, 'Turning Medals into Metal: Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.314-318.

²⁰⁶⁷ L. Misson 'Préface', in R. Blanpain, *Le statut du sportif en droit international, droit européen, droit belge fédéral et communautaire*, Larcier, 2004, p.XI

²⁰⁶⁸ R. Pound, 'Mechanical jurisprudence', *Columbia Law Review*, 1908, p.605-623.

²⁰⁶⁹ D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2004, p. 291-340, p.312.

Formation estime appropriée »²⁰⁷⁰. L'adverbe subsidiairement a été ajouté lors de la dernière réforme du Code de l'arbitrage sportif qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2013, il ne fait que renforcer juridiquement le fait que le TAS applique en priorité la *lex sportiva*. C'est une des fonctions revendiquées de l'arbitrage d'offrir la possibilité aux parties qui le désirent de choisir l'application de règles anationales²⁰⁷¹. Les organisations sportives ayant introduit des clauses d'arbitrage dans leurs statuts ont d'ailleurs généralement pris soin, quant au droit applicable, de renvoyer à leurs propres statuts et règlements²⁰⁷². Dès lors, on peut considérer que le TAS se limite en pratique à appliquer la *lex sportiva*, les arbitres agiraient alors comme de traditionnels « juristes positivistes »²⁰⁷³. En effet, ce qui fait l'attrait premier du TAS pour les organisations sportives c'est la prééminence qu'il accorde à leurs règles dans le supermarché des normes potentiellement applicables aux litiges²⁰⁷⁴. Le TAS est en quelque sorte la bouche de la *lex sportiva*²⁰⁷⁵, une loi définie non pas par un souverain étatique, mais par

²⁰⁷⁰ Article R58, *Code de l'arbitrage sportif*, 2013.

²⁰⁷¹ « Le droit de l'arbitrage international n'impose pas que les règles de droit choisies, qui peuvent être des règles d'origine privée contractualisées tirent leur force obligatoire pour les arbitres de leur intégration dans un ordre juridique étatique. » D. Hascher, E. Loquin et G. Simon, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2002, p. 325-346, p.344

²⁰⁷² Par exemple : Article 66.2, Statuts FIFA, 2013; Article 15. 5. Statuts IAAF, 2011 ; Article 77, Statuts UCI, 2010.

²⁰⁷³ « Legal positivists », A. Erbsen, 'The Substance and illusion of Lex sportiva' in I.S. Blackshaw, R.C.R Siekmann et J.W. Soek (dir.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC ASSER Press, The Hague, 2006, p.441-454, p.442. "The CAS is not in a position to create its own material rules in the fight against doping. The CAS is a judicial authority, limited to the control of decisions which are based on the rules of sports governing bodies." F. Öschütz, 'Doping cases before the CAS and the World Anti-doping Code', in I.S. Blackshaw, R.C.R Siekmann et J.W. Soek (dir.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC ASSER Press, The Hague, 2006, p. 246- 265, p.250. *Contra* Matthieu Maisonneuve qui considère que « Loin de la déférence que celles-ci manifestent à leur égard, les arbitres du TAS n'hésitent pas à interpréter, à suppléer ou à écarter les règlements sportifs sur le fondement de principes généraux du droit qu'il dégage ou sélectionne de manière prétorienne. » M. Maisonneuve, 'Les ordres juridiques sportifs transnationaux', *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, n°3, 2005, p. 1564-1596, p.1591.

²⁰⁷⁴ A. Erbsen, 'The Substance and illusion of Lex sportiva' in I.S. Blackshaw, R.C.R Siekmann et J.W. Soek (dir.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC ASSER Press, The Hague, 2006, p.441-454, p.453. "This again is close to a view that the arbitrator has no independent powers but merely confirms any decision, and arguably any interpretation that the federation makes that is within a rational range of decisions." K. Foster, 'Lex sportiva and Lex ludica : the Court of Arbitration for Sport's jurisprudence', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, p.1-14, p.6-7. Voir aussi D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, Janvier-février-mars 2010, p.199-278, pp. 221-224.

²⁰⁷⁵ « Ainsi, le TAS applique les règles et les statuts de l'organisme sportif concerné pour vérifier que le prononcé de la sanction n'est entaché d'aucun vice de procédure ou que les faits reprochés à l'athlète sont de nature à conduire à la sanction effectivement prononcée. » A. Pinna, 'Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires', *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p.31. Pour les règles FIFA, voir F. Latty, 'La lex fifa' in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, pp.9-28, p.17. Concernant l'application stricte du Code de l'AMA voir A.

les organisations sportives internationales dans le cadre de processus politiques déterritorialisés et privatisés. Ces règles, dont la légitimité repose principalement sur l'autorité et l'expertise spécifique revendiquée par les organisations sportives internationales, deviennent auprès du TAS aussi (voire plus) solides que le droit des Etats²⁰⁷⁶. Le TAS, quand bien même serait-il indépendant fonctionnellement des organisations sportives internationales, est prisonnier de la toile normative qu'elles ont tissée au fil des années. L'importance que joue le texte de la *lex sportiva* dans le raisonnement juridique ne saurait être minimisée²⁰⁷⁷, même s'il est certain que le TAS peut se permettre certains écarts d'interprétation. Le TAS est en partie prisonnier des conceptions juridiques qu'elle arbore²⁰⁷⁸, une dépendance qu'il revendique même comme un éthos pour sa pratique²⁰⁷⁹.

Parallèlement, les arbitres du TAS font référence au *principia sportiva*²⁰⁸⁰, des principes juridictionnels qu'on a souvent qualifié de *lex sportiva* (au sens strict) en référence aux principes censés constituer la *lex mercatoria*. Ces principes sont découverts, ou produits, par le TAS en référence aux objectifs et à l'éthique même du sport²⁰⁸¹. Les arbitres du TAS les dégageraient de l'étude comparée des textes fondamentaux (Statuts, Charte olympique) des organisations sportives internationales²⁰⁸². Ainsi, même lorsque le TAS

Veuthey, 'Re-questioning the independence of the Court of Arbitration for Sport in light of the scope of its review', *International Sports Law Review*, n°4, 2013, p.105-115.

²⁰⁷⁶ « La hiérarchie des normes est ainsi inversée dans l'ordre juridique sportif, le droit étatique choisi n'étant là que pour compléter le droit sportif. » D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, Janvier-février-mars 2010, p.199-278, p.277.

²⁰⁷⁷ Sur l'importance du texte d'origine dans le jeu du raisonnement juridique, voir F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, Presses de L'université Saint Louis, 2002, pp. 402-411.

²⁰⁷⁸ « En revanche, sur le fond, le tribunal arbitral juge qu'il ne lui appartient pas de se substituer au Congrès de la FIRS. Telle est la conséquence du principe de l'autonomie des associations affirmé par la jurisprudence du TAS et par les règlements sportifs internationaux. » D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, Octobre, novembre décembre 2005, p.1301-1337, p.1325.

²⁰⁷⁹ Lorsque, « La logique des finalités du droit sportif impose cette solution. » D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2004, p. 291-340, p.310.

²⁰⁸⁰ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 323-326.

²⁰⁸¹ Ibid, pp. 331-332 et pp. 344-347.

²⁰⁸² « Les raisons invoquées pour justifier la règle sont tirées de ce qu'il convient d'appeler les principes généraux de la *lex sportiva* dégagés par l'analyse comparée des règles sportives internationales et par la jurisprudence du TAS à laquelle se réfère la sentence. » D. Hascher, E. Loquin et G. Simon, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2002, p. 325-346, p.344 ; E. Loquin et G. Simon, 'Tribunal Arbitral du Sport : Chronique des sentences arbitrales', *Journal du droit international*

fait preuve de créativité juridique, celle-ci s'inspire en premier lieu des règles du Mouvement sportif²⁰⁸³. L'avantage premier de l'arbitrage c'est bien « de soumettre à un juge issu des mêmes milieux les règles élaborées par ces milieux, c'est-à-dire d'assurer la compréhension et l'homogénéité du système »²⁰⁸⁴.

Certes, le TAS est aussi un interprète des règles et de l'esprit d'une *lex sportiva* qui ne saurait être d'une clarté juridique entièrement désarmante. Il est donc, dans une certaine mesure, capable de s'émanciper du texte. Dans le même temps, il ne saurait ignorer totalement les règles d'ordre public international suisse et de l'Etat où la sentence est susceptible d'être reconnue et appliquée²⁰⁸⁵.

2. *Le TAS interprète et censeur de la lex sportiva*

La tension entre dépendance et indépendance du TAS se traduit aussi dans le choix et l'interprétation des règles que les arbitres appliquent aux litiges qui leur sont soumis²⁰⁸⁶. De plus, si les arbitres font prioritairement appel aux règles de la *lex sportiva*, il n'est pas exclu qu'ils aient recours à des règles nationales ou européennes.

Le TAS ne peut faire totalement fi des ordres juridiques nationaux l'environnant et tout particulièrement de l'ordre juridique suisse, au sein duquel il est domicilié. Un mépris absolu des règles fondamentales, d'ordre public international, de ces ordres juridiques menacerait la reconnaissance de ses sentences et donc l'objet même de son travail, celui

(*Clunet*), 2001, p.234-329, pp.267-268 ; F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 344-347.

²⁰⁸³ « Le tribunal arbitral interprète le texte au regard des principes du droit sportif et considère que la règle posée appartient à l'ordre juridique sportif, et qu'elle se distingue des principes habituels régissant la responsabilité de droit commun. » D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2004, p. 291-340, p.308. Voir aussi F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 344-347.

²⁰⁸⁴P. Kahn, 'L'autorégulation' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003, p.197-207, p ;206

²⁰⁸⁵« La seule limite de ce droit autonome viendra de l'ordre public des ordres juridiques, soit accueillant l'arbitrage, soit requis pour exécuter la sentence. » D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2004, p. 291-340, p.312

²⁰⁸⁶ « Loin de la déférence que celles-ci manifestent à leur égard, les arbitres du TAS n'hésitent pas à interpréter, à suppléer ou à écarter les règlements sportifs sur le fondement de principes généraux du droit qu'il dégage ou sélectionne de manière prétorienne. » M. Maisonneuve, 'Les ordres juridiques sportifs transnationaux', *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, n°3, 2005, p. 1564-1596, p. 1591

d'offrir au mouvement sportif une justice alternative reconnue comme légitime par les Etats, notamment les Etats membres de l'Union européenne²⁰⁸⁷. C'est dans ce contexte que le TAS a été contraint de tenir compte de certaines règles et de certains principes extérieurs à la *lex sportiva*, comme le principe *nulla poena sine lege*²⁰⁸⁸, le droit d'être entendu²⁰⁸⁹, le droit à un procès équitable²⁰⁹⁰, ou encore le droit de la concurrence de l'UE²⁰⁹¹. Le Tribunal fédéral suisse lorsqu'il contrôle les sentences prononcées par le TAS s'attache principalement au respect de garanties procédurales fondamentales. C'est donc dans ce domaine que le TAS a été le plus actif et a eu recours à des « principes structurels »²⁰⁹² dérivés de systèmes juridiques nationaux pour contrer certaines velléités liberticides des réglementations sportives²⁰⁹³. On a pu comparer à de nombreuses reprises son action à celui d'une juridiction administrative, ou constitutionnelle, chargée du contrôle de l'exercice du pouvoir par les organisations sportives²⁰⁹⁴. Il a ainsi démontré sa capacité à résister à l'application de certaines règles de la *lex sportiva*, pourtant valables au regard d'un test positiviste classique, au prétexte

²⁰⁸⁷ On a pu considérer que : « Afin d'éviter l'intervention des autorités étatiques, à juste titre intransigeante en matière de droits fondamentaux, le TAS a discipliné les organisations sportives transnationales (de même qu'en France, le Conseil d'Etat a soumis les fédérations nationales au droit), en imposant dans le Mouvement par la technique des principes généraux de droit les standards de protection de la personne en vigueur dans les Etats démocratiques. » F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.351.

²⁰⁸⁸D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, Janvier-février-mars 2010, p.199-278, p.278.

²⁰⁸⁹D. Hascher, E. Loquin et G. Simon, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2002, p. 325-346, p.330.

²⁰⁹⁰Pour Foster il s'agit là du « "The most consistent line of reasoning in the jurisprudence of the CAS is the need for sporting federations to respect due process", K. Foster, 'Lex sportiva and Lex ludica : the Court of Arbitration for Sport's jurisprudence', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, p.1-14, p.7.

²⁰⁹¹CAS 98/200 AEK Athens and SK Slavia Prague / Union of European Football Associations (UEFA), sentence du 20 août 1999.

²⁰⁹² A. Rigozzi, 'Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, n°1, 2010, p.217-265.

²⁰⁹³ „Die Notwendigkeit für Sportverbände, den Regeln eines fairen Prozesses zu folgen, wird als eine der wichtigen Konstanten in den Entscheidungen des CAS gesehen.“ N.C. Ipsen, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht ?*, Duncker & Humboldt, 2009, p.143. "More importantly, the CAS held that "any action taken against any athlete should comply with international principles and laws governing the protection of personality and human rights D. J. Ettinger, 'The Legal Status of the International Olympic Committee', *Pace Yearbook of International Law*, Volume 4, 1992, p.97-121, p.114.

²⁰⁹⁴ „Insgesamt ist die wesentliche Aufgabe des CAS der Schutz der Athleten von den aufgrund der hierarchischen Gliederung sozial mächtigen Sportverbänden. Damit herrscht eine Interessenlage, die im nationalen Recht typisch für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten ist.“ N.C. Ipsen, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht ?*, Duncker & Humboldt, 2009, p.148. Voir aussi L. Casini, 'The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport', *German Law Journal*, Volume 12, 2011, pp. 1317-1340 ; L. Casini, *Il Diritto Globale dello Sport*, Giuffrè, 2010, p.198.

d'une « supra-légalité sportive »²⁰⁹⁵. Cette capacité de résistance du TAS lui vaut souvent d'être vu comme un recours respectueux des droits et des intérêts des sportifs²⁰⁹⁶. Une capacité de résistance qui demeure toutefois limitée et qu'il ne faut ni ignorer, ni exagérer²⁰⁹⁷. Il est certain que le TAS dispose, de par sa position de juridiction arbitrale d'appel, d'un pouvoir non négligeable dans le choix et la production de principes applicables aux litiges qui lui sont soumis. Cependant, cette indépendance demeure en pratique contrainte par la dépendance du TAS vis-à-vis de l'introduction par les organisations sportives internationales d'une clause d'arbitrage dans leurs statuts. On le constate, le jeu de dépendance et d'indépendance est à double tranchant, d'une part le TAS peut, et doit s'il veut garantir que ses sentences soient reconnues par les Etats²⁰⁹⁸, démontrer un degré minimal d'indépendance, de l'autre, il demeure, dans une certaine mesure, prisonnier des règles produites par les organisations sportives internationales et de l'interprétation qu'elles en donnent.

Cette ambiguïté est aussi perceptible dans les interprétations que proposent le TAS des règles des de la *lex sportiva*. Comme toute interprétation, elle met en jeu une certaine liberté et une autonomie de l'interprète, qui devient lui-même auteur du texte²⁰⁹⁹. En effet, les arbitres sont condamnés à donner au texte un sens pratique qui diffère nécessairement du sens premier que souhaitait lui attribuer le législateur de la règle en cause. Cependant, cette différence d'interprétation est encadrée, limitée, par les règles dites et non-dites qui irriguent la pratique du droit²¹⁰⁰. Le TAS ayant, dans le cadre de la *lex sportiva*, la fonction de tiers impartial responsable de l'application des règles, il est

²⁰⁹⁵F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.341.

²⁰⁹⁶ "If the procedural rules of the German Association and the IAAF had provided her the opportunity to appeal her case to an independent arbitral body such as the CAS in 1992, the fate of Katrin Krabbe and the tarnished image of the IAAF might have been very different." J.A. Faylor, "The Dismantling of a German Champion: Katrin Krabbe and her Ordeal with the German Track and Field Association and the International Amateur Athletic Federation (IAAF)", *Arbitration International*, Volume 17, n°2, p. 163-172, p.172; D. J. Ettinger, "The Legal Status of the International Olympic Committee", *Pace Yearbook of International Law*, Volume 4, 1992, p.97-121, p.120.

²⁰⁹⁷ A. Pinna, 'Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires', *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p.31.

²⁰⁹⁸"As the appellants noted, the SFT has already, in the past, linked the issue of independence of an arbitral tribunal to the scope of its review." A. Veuthey, 'Re-questioning the independence of the Court of Arbitration for Sport in light of the scope of its review', *International Sports Law Review*, n°4, 2013, p.105-115, p.109.

²⁰⁹⁹ « Forçant un peu le trait, on pourrait dire que, en herméneutique juridique comme dans les autres champs herméneutiques, un texte est écrit pas ses lecteurs, de même qu'il avait été lu par son auteur. » F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, Presses de L'université Saint Louis, 2002, p.399.

²¹⁰⁰Ibid, pp. 402-411.

chargé d'en donner l'interprétation définitive. Bien qu'il soit modérément indépendant institutionnellement des organisations sportives internationales, et qu'il adopte une interprétation loyaliste des règles de la *lex sportiva*, un espace de liberté interprétative incompressible survit du fait même du paradoxe fondateur qui fait son succès : l'oscillation entre dépendance et indépendance. En effet, le TAS a par le passé interprété les règles de la *lex sportiva* à l'encontre de l'interprétation soutenue par l'organisation mère de ces règles. L'exemple le plus fameux reste très certainement celui de la sentence Webster²¹⁰¹, qui interprétait d'une manière inattendue, un véritable « coup de tonnerre »²¹⁰², une disposition du règlement FIFA sur le statut et le transfert des joueurs²¹⁰³. Cet écart interprétatif, exceptionnel et très remarqué, ne doit pas occulter que le TAS s'appuie en temps normal, dans son interprétation des textes de la *lex sportiva*, sur une approche téléologique puisant dans les objectifs et les buts des organisations sportives pour guider son application des normes de la *lex sportiva*²¹⁰⁴.

On le voit, la situation n'est pas simple, le TAS dispose d'une indépendance non négligeable, de par la finalité de ses sentences²¹⁰⁵. Dès lors, la structure juridictionnelle et institutionnelle de la *lex sportiva* pousse les juridictions de première instance et les organisations sportives à tenir compte de la « jurisprudence » du TAS et à respecter à la fois l'autonomie interprétative des arbitres et l'autorité des principes généraux qu'ils

²¹⁰¹CAS 2007/A/1298 Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian & CAS 2007/A/1299 Heart of Midlothian v/ Webster & Wigan Athletic FC & CAS 2007/A/1300 Webster v/ Heart of Midlothian, sentence du 30 janvier 2008.

²¹⁰² N. Morelli et B. Biancheri, 'Révolution au pays des transferts – A propos de la décision du Tribunal arbitral du sport du 30 janvier 2008', *Petites Affiches*, n°54, 14 mars 2008, p.9.

²¹⁰³ « Cette décision attendue par toute l'Europe du football n'a pas manqué de susciter une réaction immédiate de la FIFA. Celle-ci a diffusé dès le lendemain sur son site internet, un communiqué faisant part de sa consternation et de son inquiétude quant à la sentence du TAS qui aura selon elle « des conséquences aussi durables que dommageables sur l'ensemble du football ». » N. Morelli et B. Biancheri, 'Révolution au pays des transferts – A propos de la décision du Tribunal arbitral du sport du 30 janvier 2008', *Petites Affiches*, n°54, 14 mars 2008, p.9, para. 8. Voir aussi A. Meier, 'At What Costs May a Football Player Breach his Contract? Case Note on CAS Award of 30 January 2008', *ASA Bulletin*, Volume 26, n°3, 2008, p.529-542, p.529 et A. Pinna, 'La « surface de réparation » en cas de rupture abusive d'un contrat de travail de footballeur professionnel et l'arbitrage en matière sportive', in *Chronique de jurisprudence en matière d'arbitrage sportif*, *Gazette du Palais*, 03 juillet 2008, n°185, p.22.

²¹⁰⁴F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 333-335. « La *lex sportiva* est un droit finalisé par la satisfaction des besoins de la compétition sportive et ceux-ci priment sur l'équité du cas individuel soumis aux arbitres. » E. Loquin et G. Simon, 'Tribunal Arbitral du Sport : Chronique des sentences arbitrales', *Journal du droit international (Clunet)*, 2001, p.234-329, p. 259.

²¹⁰⁵D. Mavromati, 'Article R57 of the CAS Code: a purely procedural provision?', *International Sports Law Review*, n°2, 2013, p.36-44, p.37.

dégagent²¹⁰⁶. Dans le même temps, le TAS est aussi dépendant des organisations sportives et de la *lex sportiva* qu'elles ont bâtie pour lui assurer sa raison d'être. Les panels sont donc souvent plutôt respectueux des choix politiques et juridiques de ces organisations²¹⁰⁷. Ainsi, « [é]tant une émanation du Mouvement olympique, le T.A.S. s'érige naturellement en défenseur de ses exigences fondamentales, de ses valeurs et de ses intérêts les plus essentiels »²¹⁰⁸. Certes, il est capable, par à-coup, de s'émanciper, de se libérer, de la chape normative et institutionnelle qui pèse sur ses décisions²¹⁰⁹, mais avec « parcimonie »²¹¹⁰. En effet, il agit plutôt comme une « justice de proximité »²¹¹¹. Cependant, cette dialectique entre dépendance et indépendance a permis au Tribunal fédéral d'affirmer avec aplomb qu'il reconnaissait son indépendance, ce qui garantit la finalité juridique de ses sentences et rend sa compétence particulièrement attrayante pour la *lex sportiva*.

²¹⁰⁶F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 292-295.

²¹⁰⁷ Cette déférence est souvent la norme, et l'impertinence l'exception. D. Mavromati, 'Article R57 of the CAS Code: a purely procedural provision?', *International Sports Law Review*, n°2, 2013, p.36-44. "The respect for the autonomy of sporting federations shown by the CAS is part of a legal tradition that interferes only in a limited way with decision-making by powerful bodies." K. Foster, 'Lex sportiva and Lex ludica : the Court of Arbitration for Sport's jurisprudence', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, p.1-14, p.13.

²¹⁰⁸ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 356.

²¹⁰⁹ Même vis-à-vis du CIO d'après R. H. McLaren, "Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for sport : A look in the rear-view mirror", *Marquette Sports Law Review*, Volume 20, n°2, 2010, p.305-333, pp. 319-322.

²¹¹⁰ « Le constat est donc clair : les arbitres disposent de larges pouvoirs de contrôle et d'appréciation de la validité des mesures disciplinaires prononcées par les associations, fédérations et autres organismes sportifs. On peut émettre le souhait qu'ils usent de leurs compétences avec moins de parcimonie, d'autant plus qu'ils sont la seule instance juridictionnelle qui aura véritablement à connaître d'une telle décision. » A. Pinna, 'Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires', *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p.31.

²¹¹¹ « La Division ad hoc est représentative d'une tendance générale de la résolution contemporaine des litiges, tendance que j'appelle la justice de proximité. Proximité, parce que le fonctionnement de la Division ad hoc est calqué sur celui des activités qu'elle juge. » G. Kaufmann-Kohler, 'Nagano et l'arbitrage – ou vers une justice de proximité', *Bulletin ASA*, Volume 16, n°2, 1998, p.311-324.

iii. L'indépendance du TAS reconnue par le Tribunal fédéral suisse : La fin de l'histoire?

Enfin, et c'est peut-être la seule qui compte vraiment d'un point de vue juridique, vient la question de l'indépendance du TAS aux yeux du Tribunal fédéral suisse²¹¹². L'indépendance et l'impartialité du tribunal arbitral est une des conditions *sine qua non* de l'arbitrage international et une question âprement débattue en doctrine²¹¹³. Ainsi, la structure du droit de l'arbitrage est telle que pour que les sentences arbitrales soient reconnues dans les ordres juridiques étatiques, le tribunal arbitral doit être considéré comme indépendant, en particulier par les tribunaux du lieu où il a son siège²¹¹⁴. Or, en l'espèce, le siège du TAS est en Suisse, ce qui est admis même lorsque la procédure se déroule en dehors du territoire suisse (par exemple la procédure dite *ad hoc* durant les Jeux Olympiques)²¹¹⁵. Le Tribunal fédéral suisse est donc le principal concerné par la question de l'indépendance du TAS. Une question, qui pourrait aussi se poser lors d'une procédure de reconnaissance d'une sentence du TAS dans un Etat tiers²¹¹⁶.

Le Tribunal fédéral a, dès son premier arrêt consacré au TAS, reconnu cette indépendance²¹¹⁷. Toutefois, cette reconnaissance n'a pas été sans une certaine

²¹¹² Sur cette question dans son ensemble voir A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, pp.273-301 et M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, L.G.D.J., 2011, pp.45-52.

²¹¹³ Voir par exemple : H. Raeschke-Kessler, 'Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters - ein transnationales Rechtsproblem?', *ASA Bulletin* Volume 26, n°1, 2008, p.3-17; D. A. Lawson, 'Impartiality and Independence of International Arbitrators', *ASA Bulletin*, Volume 23, n°1, 2005, p.22-44 ; F-Z. Slaoui, 'The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification', *Arbitration International*, Volume 25, n°1, 2009, p.113-119; E. de la Rochefoucauld, 'L'indépendance des arbitres devant le TAS', *Bulletin TAS*, n°2, 2011, p.27-34.

²¹¹⁴ Une nécessité rappelée dans l'arrêt Gundel le Tribunal fédéral suisse : « Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une véritable sentence, assimilable au jugement d'un tribunal étatique, suppose que le tribunal arbitral qui la rend offre des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance, telles qu'elles découlent de l'art. 58 Cst. ([ATF 117 Ia 168](#) consid. 5a, [ATF 107 Ia 158](#) consid. 2b). A ce défaut, elle ne saurait constituer un jugement civil exécutoire dans toute la Suisse (art. 61 Cst.; [ATF 97 I 489](#) consid. 1) », Arrêt du Tribunal fédéral, *G. contre Fédération Equestre Internationale et Tribunal Arbitral du Sport*, du 15 mars 1993, 119 II 271 (dit Gundel), considérant 3.b).

²¹¹⁵ Sur cette question de la localisation de l'arbitrage voir A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, p.229-240 et G. Kaufmann-Kohler, 'Nagano et l'arbitrage - ou vers une justice de proximité', *Bulletin ASA*, Volume 16, n°2, 1998, p.311-324, p.320.

²¹¹⁶ Voir par exemple les deux arrêts récents des tribunaux bavarois dans l'affaire Pechstein: LG München I, 26 février 2014, 37 O 28331/12 et OLG München, 15 janvier 2015, U 1110/14 Kart.

²¹¹⁷ « Dans ces conditions, on peut admettre que le TAS présente les garanties d'indépendance auxquelles le droit suisse subordonne l'exclusion valable de la voie judiciaire ordinaire. Cette opinion est, au demeurant, corroborée par l'avis doctrinal selon lequel les sentences du TAS peuvent faire l'objet d'une

appréhension, notamment quant à l'indépendance du TAS vis-à-vis du CIO²¹¹⁸. Cette réticence a été levée dans un arrêt ultérieur impliquant deux skieuses qui contestaient l'indépendance du TAS vis-à-vis du CIO, dans une affaire dans laquelle celui-ci était partie²¹¹⁹. Le Tribunal fédéral considère qu' « on ne saurait suivre les recourantes lorsqu'elles affirment que les organes du CIAS sont structurellement dépendants du CIO en raison de leur appartenance au Mouvement olympique »²¹²⁰. Par ailleurs, il écarte le fait que la liste fermée d'arbitres puisse menacer l'indépendance du TAS, car « [d]ans le sport de compétition, en particulier aux Jeux Olympiques, un règlement rapide, simple, souple et peu onéreux des litiges, par des spécialistes au bénéfice de connaissances à la fois juridiques et sportives, est indispensable tant pour les athlètes que pour le bon déroulement des compétitions »²¹²¹. Le Tribunal fédéral estime que « le système mis en place pour la constitution de la liste d'arbitres, caractérisé par l'institution d'un organisme autonome - le CIAS - à qui il incombe d'établir cette liste, permet d'éviter que le CIO n'influence la composition de celle-ci » et que le fait que pour un cinquième (à l'époque) « les arbitres doivent être choisis en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes » permet « à l'athlète impliqué dans une procédure devant le TAS de puiser dans un réservoir de trente arbitres au moins ayant été sélectionnés dans ce but-là »²¹²². Il est aussi d'avis que lorsque le TAS agit comme une instance d'appel, « il s'apparente

exécution internationale en conformité avec la convention de New York en la matière (NAFZIGER, op.cit., p. 508). » et « Il reste que, étant donné, d'une part, la possibilité qui subsiste d'assurer, par la voie de la récusation, l'indépendance de la Formation appelée à connaître d'une cause déterminée, et, d'autre part, la déclaration solennelle d'indépendance souscrite par chaque membre du TAS avant son entrée en fonction, de telles objections ne permettent pas à elles seules de dénier au TAS la qualité de véritable tribunal arbitral (cf. JOLIDON, in: FS Kummer, p. 643 ss), quand bien même il serait souhaitable que l'on assurât une indépendance accrue du TAS à l'égard du CIO (CARRARD, ibid.). Enfin, le fait que le TAS est un organisme institutionnalisé n'interdit nullement de le considérer comme un véritable tribunal arbitral ([ATF 107 Ia 152](#)). Ainsi, sous l'angle procédural, la décision attaquée est bien une sentence arbitrale en matière internationale et peut être l'objet d'un recours de droit public au sens de l'art. 85 let. c OJ en liaison avec les art. 176 ss LDIP. » Arrêt du Tribunal fédéral, *G. contre Fédération Equestre Internationale et Tribunal Arbitral du Sport*, du 15 mars 1993, 119 II 271, considérant 3.b).1).

²¹¹⁸« Toutefois, certaines objections quant à l'indépendance du TAS ne sauraient être écartées sans autre forme de procès, en particulier celles qui prennent appui sur les liens organiques et économiques existant entre le TAS et le CIO. De fait, ce dernier est compétent pour modifier le Statut du TAS; il supporte en outre les frais de fonctionnement de ce tribunal et joue un rôle considérable dans la désignation de ses membres. » Ibid.

²¹¹⁹Arrêt du Tribunal f

édéral, *A. et B. contre Comité International Olympique, Fédération Internationale de Ski et Tribunal Arbitral du Sport*, du 27 mai 2003, BGE 129 III 445.

²¹²⁰Ibid, considérant 3.3.3.2.

²¹²¹Ibid.

²¹²²Ibid.

davantage à une autorité judiciaire indépendante des parties »²¹²³. Par ailleurs, le Tribunal fédéral suisse écarte aussi le fait que le financement du TAS par le Mouvement sportif puisse mettre en doute son indépendance en faisant un parallèle osé entre le financement d'une juridiction étatique et celui du TAS²¹²⁴. Le Tribunal fédéral peut alors conclure que « [l]e TAS a prouvé, dans les faits, qu'il n'est pas inféodé au CIO », et de s'émerveiller, « [v]éritabile "Cour suprême du sport mondial", selon l'expression utilisée par Juan Antonio Samaranch, ex-Président du CIO (cité par KÉBA MBAYE, in Recueil II, p. x), le TAS est en plein essor et son développement n'est pas encore terminé »²¹²⁵. Enfin, il s'appuie sur l'adoption récente de la déclaration de Copenhague et du Code mondial antidopage pour « y voir un signe tangible de la confiance que les Etats et tous les milieux concernés par la lutte contre le dopage accordent au TAS », il en déduit qu'« [o]n imagine mal que les intéressés aient pu consacrer de manière aussi éclatante le pouvoir juridictionnel de cette institution d'arbitrage, s'ils avaient eu le sentiment qu'elle se trouve sous la coupe du CIO », dans tous les cas, « [i]l n'est pas certain que d'autres solutions existent, qui soient susceptibles de remplacer une institution à même de résoudre rapidement et de manière peu coûteuse des litiges internationaux dans le domaine du sport »²¹²⁶. Beaucoup de commentateurs voient dans cette décision la fin de l'histoire concernant l'indépendance du TAS, elle est considérée comme indéniable²¹²⁷, ce qui n'exclut pas que l'indépendance d'un arbitre particulier soit contestable²¹²⁸. Cet

²¹²³Ibid.

²¹²⁴« On ajoutera, pour terminer l'examen de la question du financement du TAS, qu'il n'y a pas de relation de cause à effet nécessaire entre le mode de financement d'un organisme judiciaire et le degré plus ou moins élevé d'indépendance de cet organisme. Preuve en est, par exemple, le fait que, dans un Etat fondé sur le droit, les tribunaux étatiques seront régulièrement amenés à statuer sur des litiges mettant en cause cet Etat, sans que l'indépendance de leurs juges puisse être mise en doute au seul motif qu'ils sont liés financièrement à lui. De même, on doit présumer la capacité des juges du TAS de traiter le CIO à l'égal de toute autre partie, sans égard au fait qu'il assure une partie du financement du tribunal dont ils sont membres et qui leur verse des honoraires. » Ibid, §3.3.3.3.

²¹²⁵Ibid.

²¹²⁶Ibid.

²¹²⁷ "Today, the CAS is fully recognised as an arbitration court, its jurisdiction excluding the jurisdiction of state courts." F. Öschütz, 'Doping cases before the CAS and the World Anti-doping Code', in I.S. Blackshaw, R.C.R Siekmann et J.W. Soek (dir.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC ASSER Press, The Hague, 2006, p. 246- 265, p.247; "All these decisions by the Swiss Federal Tribunal when viewed as a whole, leave no doubt as to the fact that the CAS is an independent, credible international arbitral body which is authoritative in resolving sports disputes." R. H. McLaren, 'Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for sport : A look in the rear-view mirror', *Marquette Sports Law Review*, Volume 20, n°2, 2010, 305-333, p.305; "Not only did the Swiss court grant a stamp of legitimacy to the new CAS structure, it also furthered the contention that the CAS is a "true 'supreme court of world sport'". " A. Ravjani, 'The Court of Arbitration for Sport: A subtle form of international delegation', *Bulletin TAS*, n°1, 2010, p.13-33, p.24.

²¹²⁸ Voir par exemple : Arrêt du Tribunal fédéral, *X et Y contre A*, du 23 Septembre 2008, aff.4A_176/2008, considérant 3.3.

état de droit est certainement en contradiction partielle avec l'état de fait que nous avons détaillé ci-dessus²¹²⁹. Une contradiction qui est liée au fait que le Tribunal fédéral évalue l'indépendance du TAS vis-à-vis d'une organisation particulière le CIO ou une fédération et non du système juridique et institutionnel de la *lex sportiva* dans son intégralité. D'autre part, le Tribunal fédéral est extrêmement favorable à l'arbitrage international en général²¹³⁰. Il a d'ailleurs reconnu ouvertement faire preuve de « bienveillance »²¹³¹ dans son évaluation de l'existence d'une convention d'arbitrage en faveur du TAS. Il se range clairement à l'argument invoqué par les représentants du TAS, selon lequel celui-ci serait le seul garant de l'efficacité, de la célérité et de la stabilité de la justice sportive²¹³². Plus généralement, c'est l'idée qu'un certain nombre d'organisations sportives « ne font pas appel au TAS pour servir un intérêt privé mais afin de servir l'intérêt général de la communauté sportive à un sport sans dopage » qui permettrait d'affirmer qu'« il serait inapproprié de suggérer un lien entre le nombre de nominations d'un même arbitre par la même organisation anti-dopage et l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre concerné »²¹³³. Alors qu'en général, l'indépendance des

²¹²⁹ Une contradiction qui se manifeste en pratique par l'augmentation du nombre d'appel contestant auprès du Tribunal fédéral l'indépendance du TAS : A. Veuthey, 'Re-questioning the independence of the Court of Arbitration for Sport in light of the scope of its review', *International Sports Law Review*, n°4, 2013, p.105-115. Voir aussi A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, pp.288-299.

²¹³⁰ Ainsi sa bienveillance dans l'évaluation de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres s'étend au-delà de la question de l'arbitrage sportif au domaine de l'arbitrage commercial international. Voir E. de la Rochefoucauld, 'L'indépendance des arbitres devant le TAS', *Bulletin TAS*, n°2, 2011, p.27-34, pp.28-29. L. Beffa, 'Challenge of international arbitration awards in Switzerland for lack of independence and/or impartiality of an arbitrator - Is it time to change the approach?', *ASA Bulletin*, Volume 29, n°3, 2011, p.598-606.

²¹³¹« Qu'il y ait un certain illogisme, en théorie, à traiter de manière différente la convention d'arbitrage et la renonciation conventionnelle au recours, sous les rapports de la forme et du consentement, est sans doute vrai (dans ce sens, cf. FRANÇOIS KNOEPFLER, in François Knoepfler/Philippe Schweizer, *Jurisprudence suisse en matière d'arbitrage international*, in RSDIE 2006 p. 105 ss, 159). Toutefois, en dépit des apparences, ce traitement différencié obéit à une logique qui consiste, d'une part, à favoriser la liquidation rapide des litiges, notamment en matière de sport, par des tribunaux arbitraux spécialisés présentant des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité (au sujet du TAS, cf. [ATF 129 III 445](#) consid. 3.3.3.3), tout en veillant, d'autre part, à ce que les parties, et singulièrement les sportifs professionnels, ne renoncent pas à la légère à leur droit d'attaquer les sentences de la dernière instance arbitrale devant l'autorité judiciaire suprême de l'Etat du siège du tribunal arbitral. Exprimée d'une autre façon, cette logique veut que le maintien d'une possibilité de recours constitue un contrepoids à la "bienveillance" avec laquelle il convient d'examiner le caractère consensuel du recours à l'arbitrage en matière sportive (RIGOZZI, op. cit., n. 1352). » Arrêt du Tribunal fédéral, *X. contre ATP Tour et Tribunal Arbitral du Sport (TAS)*, du 22 mars 2007, BGE 133 III 235 S. 245, considérant 4.3.2.3.

²¹³²E. de la Rochefoucauld, 'L'indépendance des arbitres devant le TAS', *Bulletin TAS*, n°2, 2011, p.27-34, p.30

²¹³³Ibid, p.34

arbitres est de plus en plus contestée²¹³⁴ et que la doctrine s'efforce de définir des standards plus contraignants visant à garantir cette indépendance²¹³⁵, une telle bienveillance peut surprendre²¹³⁶. La Suisse semble être devenue un paradis juridique pour l'arbitrage sportif. Dans l'intérêt de la place Suisse, on peut comprendre qu'il soit prudent de ménager la susceptibilité des organisations sportives internationales, surtout lorsque celles-ci contribuent à la concentration d'un certain nombre d'emplois et d'institutions prestigieuses à Lausanne ou dans le Canton de Vaud. Ce choix « politique »²¹³⁷ du Tribunal fédéral suisse n'est pas irrationnel dans le jeu économique de la mondialisation, mais il se fait au détriment d'acteurs qui ne peuvent faire pleinement confiance au TAS pour contrôler les décisions et les règles des organisations sportives internationales.

Une fois l'indépendance du TAS reconnue juridiquement, celui-ci prend une place légitime dans le grand barnum judiciaire global. La dépendance pratique qu'il a vis-à-vis des organisations sportives et de leurs objectifs ne peut dès lors que renforcer sa popularité auprès d'elles. La reconnaissance de l'indépendance du TAS par le Tribunal fédéral suisse lui confère une légitimité universelle. Elle, elle est citée par exemple par la Commission européenne comme preuve de l'indépendance du TAS²¹³⁸. Ainsi, elle libère les autres ordres juridiques de leur devoir critique, en servant de point de référence pour juger de la nécessité ou non de respecter les sentences du TAS. Il s'agit d'une décision fondamentale, dont le contrecoup dépasse de loin les frontières de la Suisse. Dans ce cas de figure, le Tribunal fédéral suisse est non seulement le gardien de son

²¹³⁴ Notant l'augmentation des recours fondés sur le manque d'indépendance de l'arbitre : F-Z. Slaoui, 'The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification', *Arbitration International*, Volume 25, n°1, 2009, p.113-119.

²¹³⁵ Notamment les IBA-Guidelines de 2004. Voir, H. Raeschke-Kessler, 'Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters - ein transnationales Rechtsproblem?', *ASA Bulletin* Volume 26, n°1, 2008, p.3-17; D. A. Lawson, 'Impartiality and Independence of International Arbitrators', *ASA Bulletin*, Volume 23, n°1, 2005, p.22-44 et L. Beffa, 'Challenge of international arbitration awards in Switzerland for lack of independence and/or impartiality of an arbitrator - Is it time to change the approach?', *ASA Bulletin*, Volume 29, n°3, 2011, p.598-606.

²¹³⁶ "Indeed, in my view the existence of a closed list of arbitrators, in addition to the fundamentally non-consensual nature of sport arbitration, should rather call for stricter standards of independence and impartiality of arbitrators." A. Rigozzi, 'Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, n°1, 2010, p.217-265, p.229.

²¹³⁷ A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, p.287.

²¹³⁸ Voir Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./. CIO*, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), p.7 et p.14.

ordre public, mais aussi celui de l'ordre public européen ou au-delà. L'oscillation réelle en pratique entre dépendance et indépendance est résolue de manière absolue en droit, par la reconnaissance d'un seul de ces pôles. Cette reconnaissance est la recette du succès de la « troisième voie »²¹³⁹ entre tribunaux étatiques et organes disciplinaires internes, que constitue le TAS. Cette reconnaissance formelle de l'indépendance du TAS lui permet d'accomplir sa fonction principale : clore le système juridique de la *lex sportiva*.

c. La boucle est-elle bouclée ?

L'objet premier du TAS - sa principale raison d'être - est d'isoler la *lex sportiva* du contrôle des juges nationaux et/ou européens. L'arbitrage est très certainement un outil particulièrement adapté à cet égard, même s'il offre un certain nombre d'échappatoires que les parties peuvent emprunter pour contester les sentences rendues.

i. Le TAS et la clôture de la *lex sportiva*

Le droit pour prospérer doit nécessairement créer un espace de discussion juridique, où le doute et le contre-doute s'affrontent, ouvrant la voie à l'élaboration lente et réfléchie d'une décision qui elle sera finale²¹⁴⁰. En effet, le droit doit savoir hésiter²¹⁴¹ pour pouvoir clore un dossier, refermer une affaire, trancher un contentieux²¹⁴². Or, dans le système de la *lex sportiva* ce rôle de « checkpoint final »²¹⁴³ a été confié au TAS, qui est à la fois Cour d'appel, Cour de cassation, Conseil d'Etat et parfois Conseil Constitutionnel. Ainsi, grâce à la figure juridique de l'arbitrage, celui-ci se trouve quasi-exclusivement aux commandes du système juridictionnel de la *lex sportiva*, dont il peut impulser les inflexions, tant normatifs qu'institutionnels. La *lex sportiva* peut grâce au TAS

²¹³⁹ A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, p.123.

²¹⁴⁰ Pour Bruno Latour : « Si la balance de la justice doit être au début équilibrée, indifférente, hésitante, il faut qu'à la fin elle penche soit d'un côté, soit de l'autre. », B. Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2004, p.47.

²¹⁴¹ « Impossible, en tout cas, de définir l'expression « dire le droit » si l'on élimine les hésitations, le parcours sinueux, les méandres de la réflexion : ce n'est pas pour rien que l'on représente la justice aveugle et la balance en main ; c'est qu'elle hésite en effet et qu'elle procède à tâtons[...] » B. Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La découverte, 2002, p.162.

²¹⁴² « Le seul moyen d'en finir avec le jugement, c'est de juger. » Ibid, p.233.

²¹⁴³ R.H. McLaren, 'The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes', *Valparaiso University Law Review*, Volume 35, n°2, 2001, p.379-405, p. 380.

centraliser un grand nombre de décisions juridictionnelles et d'uniformiser l'interprétation de ses normes²¹⁴⁴. Le TAS est donc, et c'est là une différence fondamentale avec les juridictions arbitrales commerciales, capable de produire une jurisprudence stable, qui s'appuie sur la référence, non-obligatoire mais largement pratiquée, aux précédents²¹⁴⁵. La stabilité des solutions adoptées par le TAS et leur intégration dans une « logique institutionnelle »²¹⁴⁶ renforcent la cohérence et la systématicité de la *lex sportiva*. L'introduction, quasi-universelle, de conventions d'arbitrage en faveur du TAS dans les statuts des organisations sportives a permis d'entériner cette centralisation²¹⁴⁷. La clôture de la *lex sportiva* par le TAS est, en premier lieu, une clôture interne, au lieu d'avoir une multitude de mini-systèmes juridiques isolés placés côte-à-côte, le TAS permet de dessiner en pratique un système juridique unifié qui est le fruit « d'un processus continu »²¹⁴⁸. Dans le même temps, le recours à l'arbitrage permet, dans les relations extérieures de la *lex sportiva*, d'écarter la compétence du juge national. L'arbitrage, par définition, vise à tenir à l'écart les tribunaux nationaux, à clore les disputes sans le juge, à l'autorégulation²¹⁴⁹. Cette technique juridique transposée à l'échelle d'un système, d'un ensemble de disputes (et non plus d'une dispute individuelle), entraîne, par définition, l'isolement juridique de ce système et renforce son autonomie²¹⁵⁰. Les décisions arbitrales du TAS sont donc, *a priori*, bardées de la force de chose jugée caractéristique des sentences arbitrales et sont

²¹⁴⁴« A l'inverse de la justice arbitrale dans le domaine du commerce international, qui « se caractérise par la dispersion, l'autonomie, [...] et la non-permanence des innombrables tribunaux arbitraux appelés à siéger de par le monde », le T.A.S. dispose en matière d'arbitrage d'une position dans le monde sportif qui, à défaut d'être complètement monopolistique, en a au moins la vocation. » F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 285.

²¹⁴⁵ Une différence relevée par T. Schultz, 'Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes', *American Journal of Jurisprudence*, Volume 56, n°1, 2011, p.59-88 et G. Kaufmann-Kohler, 'Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?', *Arbitration International*, Volume 23, n°3, 2007, p.357-378, pp.365-366 et p.376. Voir sur le concept de jurisprudence appliqué au TAS, M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, L.G.D.J., 2011, pp.443-479.

²¹⁴⁶ F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 288.

²¹⁴⁷ « [...]le T.A.S. tend à remplir la fonction de « tribunal mondial du sport », ou du moins de juridiction suprême du Mouvement olympique tant il lui permet « de renforcer la solidarité et la cohérence institutionnelles sans lesquelles son unité serait menacées ». » Ibid, p.359.

²¹⁴⁸Ibid.

²¹⁴⁹ P. Kahn, 'L'autorégulation' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003, p.197-207, p. 205.

²¹⁵⁰ G. de La Pradelle, 'La société civile internationale et l'accès au contentieux' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003, p.125-139, pp.138-139.

protégées par la Convention de New York. Cependant, ces sentences ne peuvent échapper à la réouverture du contentieux dans des conditions exceptionnelles.

ii. Les potentielles échappatoires au TAS

Un certain nombre d'échappatoires existent. La première possibilité, c'est de contester, avant même l'introduction de la procédure d'arbitrage, l'existence de la convention d'arbitrage. La seconde consiste à introduire un recours en annulation contre la sentence rendue par le TAS auprès du Tribunal fédéral suisse. La troisième vise à bloquer l'exécution de cette sentence via le contrôle de l'exequatur exercé par le juge du lieu où l'on souhaite faire exécuter cette sentence. Ces trois cas de figure offrent un réconfort très limité à celui qui espère contester la compétence ou les décisions du TAS. En pratique ils relèvent du parcours du combattant juridique.

1. Les faiblesses de la clause d'arbitrage dans le domaine sportif

La condition *sine qua non* de tout arbitrage est l'existence d'une clause compromissoire volontairement acceptée par les parties, soit avant, soit après la naissance du litige²¹⁵¹. La validité de cette clause contractuelle est susceptible d'être contestée et de donner lieu à des débats juridiques complexes. Dès lors, il est envisageable de se tourner directement vers les juridictions étatiques qui sont amenées à se prononcer sur l'existence et la validité d'une clause d'arbitrage barrant leur compétence. Cette fondation contractuelle confère sa légitimité à l'arbitrage, elle trouve sa source dans le libre arbitre des parties²¹⁵². Elle reflète l'idéal libéral qui sous-tend le développement de l'arbitrage. L'individu choisit la juridiction à laquelle il souhaite soumettre son différend.

²¹⁵¹ Il s'agit d'une exigence reconnue notamment par la Cour européenne des droits de l'homme : J. Lukomski, 'Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights', *International Sports Law Journal*, Volume 13, n°1-2, 2013, p.60-70, pp.66-68; U. Haas, 'Role and application of article 6 of the European Convention on Human Rights in CAS procedures', *International Sports Law Review*, n°3, 2012, p.43-60.

²¹⁵² « La justice arbitrale n'est donc jamais obligatoire comme l'est celle de l'Etat : elle doit avoir été acceptée par toutes les parties au litige. » G. de La Pradelle, 'La société civile internationale et l'accès au contentieux' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003, p.125-139, p.133.

Or, dans le domaine sportif, on a pu estimer que « [c]e qui caractérise le plus l'arbitrage en matière sportive est le fait que la clause compromissoire n'est jamais librement acceptée par l'athlète »²¹⁵³. La clause est souvent insérée dans les statuts des associations sportives ou dans les formulaires d'inscription aux compétitions sportives. Dans les deux cas, l'athlète, lorsqu'il prend une licence auprès de sa fédération sportive ou lorsqu'il s'inscrit aux Jeux olympiques, se voit imposer une clause d'arbitrage en faveur du TAS. Il s'agit, en général, d'une clause par référence, ce qui n'emporte pas *per se* la nullité de l'arbitrage²¹⁵⁴. Certes, l'athlète fait le choix de s'inscrire à une compétition ou de rejoindre une fédération, mais le monde sportif est structuré de telle façon qu'un sportif est contraint de choisir entre ne pas exercer sa profession ou accepter en bloc les statuts et les règlements des organisations sportives internationales et donc l'arbitrage²¹⁵⁵. Le caractère factice du choix de l'athlète ne peut être que difficilement contesté²¹⁵⁶, il nous semble naturel dans ce contexte d'accepter « de se départir du dogme du caractère consensuel de l'arbitrage pour affirmer sans détours que l'arbitrage sportif n'est pas consensuel »²¹⁵⁷. Dans ces conditions on a pu évoquer un « arbitrage

²¹⁵³ A. Pinna, 'Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires', *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p.31

²¹⁵⁴ Voir par exemple les arrêts du Tribunal fédéral Suisse : *Nagel contre FEI*, du 31 octobre 1996, DFT 4C_44/1996; *Stanley Roberts contre FIBA*, du 7 février 2001, DFT 4P_230/2000, considérant 2.b. Pour une discussion approfondie de la question A. Rigozzi, 'Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, n°1, 2010, p.217-265, p.243 et D. Mavromati, 'Selected issues related to CAS jurisdiction in light of the jurisprudence of the Swiss Supreme Court', *Bulletin TAS*, n°1, 2011, p.31-40.

²¹⁵⁵ "...athletes consent to CAS jurisdiction because they simply have no choice in the matter." D. Yi, 'Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.312

²¹⁵⁶ Même si beaucoup continuent de faire appel au mythe contractuel pour justifier du recours à l'arbitrage du TAS : "En réalité, vu l'urgence du règlement des difficultés qui peuvent paralyser les compétitions et la nécessité d'éviter toute collision entre le droit national et la norme sportive, l'arbitrage y représente un risque partagé entre les parties et accepté par chacune, sous le contrôle des sportifs, des medias et de l'opinion." A. Plantey, 'Introduction générale', in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, pp.29-34, p.31. "The consent here is typically that expressed by an applicant for a licence to participate in a sports activity, who accepts TAS arbitration - henceforth under the new Appeals Arbitration Division - as a condition of the licence." J. Paulsson, 'Arbitration of International Sports Disputes', *Arbitration International*, Volume 9, n°4, 1993, p.359-369, p.369. "This consensual basis to the arbitration mechanism must be kept in mind when analyzing decisions. Sports arbitrations only exist because the athlete, the national governing body ("N.G.B."), and others in the sport world have agreed to be bound by arbitration and the outcome of the case." R.H. McLaren, 'The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes', *Valparaiso University Law Review*, Volume 35, n°2, 2001, p.379-405, p. 382; "As with all arbitration, the parties' consent to CAS arbitration is paramount." L. Reilly, 'An Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes', *Journal of Dispute Resolution*, Volume 5, n°1, 2012, p.63-81, p.63.

²¹⁵⁷G. Kaufmann-Kohler, 'Préface', in A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, p.XV.

imposé »²¹⁵⁸ ou un « arbitrage forcé »²¹⁵⁹, *a priori* contraire à l'esprit libéral qui sous-tend l'arbitrage²¹⁶⁰. Par conséquent, il est envisageable que la clause d'arbitrage insérée dans les statuts et les règlements des organisations sportives soit contestée avec succès devant les tribunaux étatiques²¹⁶¹ ou qu'elle soit considérée comme contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²¹⁶². L'intégralité de l'architecture juridictionnelle de la *lex sportiva* serait alors menacée, ce qui impliquerait un retour à la case départ pour le système juridictionnel sportif.

Mais, en pratique, cette question de la validité de la clause d'arbitrage en faveur du TAS s'est rarement posée²¹⁶³. L'arbitrage du TAS étant souvent moins coûteux pour les athlètes, ceux-ci ont généralement accepté, voir recherché, sa compétence. Tandis que, le Tribunal fédéral suisse conscient du problème théorique posé par l'imposition de la clause d'arbitrage dans le domaine sportif, a dégagé une interprétation « bienveillante »²¹⁶⁴, ou « libérale »²¹⁶⁵, de l'existence d'une convention d'arbitrage. Tout en reconnaissant la dépendance et l'absence de libre arbitre des joueurs vis-à-vis des fédérations²¹⁶⁶, le Tribunal a considéré que ces clauses d'arbitrage étaient valables car

²¹⁵⁸ A. Pinna, 'Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires', *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p.31. Foster parle lui de « binding arbitration », K. Foster, 'Lex sportiva and Lex ludica : the Court of Arbitration for Sport's jurisprudence', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, p.1-14, p.12.

²¹⁵⁹ A. Pinna, 'Réflexions sur l'arbitrage forcé', *Gazette du Palais*, 16 décembre 2008 n°351, p. 6.

²¹⁶⁰ K. Foster, 'Lex sportiva and Lex ludica : the Court of Arbitration for Sport's jurisprudence', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, p.1-14, p.12.

²¹⁶¹ C'est exactement le problème qui s'est posé dans le cadre de l'arrêt récent dans l'affaire Pechstein. Voir les deux arrêts récents des tribunaux bavarois dans l'affaire Pechstein: LG München I, 26 février 2014, 37 O 28331/12 et OLG München, 15 janvier 2015, U 1110/14 Kart.

²¹⁶² J. Lukomski, 'Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights', *International Sports Law Journal*, Volume 13, n°1-2, 2013, p.60-70. Pour un point de vue moins négatif sur la compatibilité de l'arbitrage sportif avec la Convention, voir U. Haas, 'Role and application of article 6 of the European Convention on Human Rights in CAS procedures', *International Sports Law Review*, n°3, 2012, p.43-60.

²¹⁶³ Cette pratique risque de changée après les arrêts Pechstein mentionnés ci-dessus.

²¹⁶⁴ Voir Arrêt du Tribunal fédéral, *X. contre ATP Tour et Tribunal Arbitral du Sport (TAS)*, du 22 mars 2007, BGE 133 III 235, considérant 4.3.2.3.

²¹⁶⁵ D. Mavromati, 'Jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal in appeals against CAS awards', *International Sports Law Review*, n°2, 2011, p.37-47, p.43.

²¹⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral, *A et B contre Agence Mondiale Antidopage (AMA) et Fédération flamande de tennis (VTV)*, du 13 février 2012, aff. 4A_428/2011, considérant. 3.2.2.

nécessaires à la bonne administration du sport²¹⁶⁷. Il existe bien deux cas isolés, dans lesquels le Tribunal fédéral a considéré que la clause d'arbitrage sur laquelle le panel avait fondé sa compétence n'était pas valide²¹⁶⁸, mais il s'agissait de circonstances particulières dans lesquelles les athlètes en cause n'avaient pas souscrits à une convention d'arbitrage, même par référence. Ainsi, la faiblesse du consentement à la clause arbitrale est compensée par la bienveillance du Tribunal fédéral suisse face au phénomène de l'arbitrage sportif et par l'utilité que trouvent les athlètes au TAS. Si l'arbitrage sportif ne peut trouver son fondement dans le consensualisme, il pourrait alors être fondé sur l'objectif de « bonne administration » du sport²¹⁶⁹, ou être de nature « institutionnelle »²¹⁷⁰. Le TAS tirerait alors sa légitimité de son rôle au service de l'intérêt général sportif, les organisations sportives internationales étant assimilées à un gouvernement du sport²¹⁷¹.

La contestation par un athlète de la clause d'arbitrage est donc peu susceptible d'aboutir, car l'arbitrage sportif dispose aux yeux de l'ordre juridique suisse d'un statut particulier au vu de sa fonction publique. C'est là un des nombreux atouts tirés de l'implantation du TAS sur le territoire helvète. Elle permet de blinder la clause d'arbitrage et de restreindre considérablement la possibilité d'échapper à un arbitrage devant le TAS.

²¹⁶⁷Voir à ce propos les observations de J. Lukomski, 'Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights', *International Sports Law Journal*, Volume 13, n°1-2, 2013, p.60-70, pp.63-64.

²¹⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral, *A contre AMA*, du 6 Novembre 2009, aff.4A_358/2009 et Arrêt du Tribunal fédéral, *X contre Y*, du 3 mai 20104, A_456/2009.

²¹⁶⁹ C'est la théorie proposée par Ulrich Haas dans U. Haas, 'Role and application of article 6 of the European Convention on Human Rights in CAS procedures', *International Sports Law Review*, n°3, 2012, p.43-60, pp. 52-53.

²¹⁷⁰M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, L.G.D.J., 2011.

²¹⁷¹« Au stade des conséquences, la question revient donc à déterminer si l'on doit persister à faire prévaloir le droit sur le fait. Il est d'autant plus tentant de considérer que nous sommes en présence de véritables arbitrages forcés que les tiers qui imposent la procédure arbitrale sont parfois des organismes qui se trouvent dans une situation de monopole qui aurait pu être celle d'un Etat. Ainsi, les fédérations internationales et les comités olympiques, qui ont un monopole de l'organisation de certaines compétitions sportives, jouent dans l'ordre juridique sportif un rôle équivalent à celui de l'Etat. » A. Pinna, 'Réflexions sur l'arbitrage forcé', *Gazette du Palais*, 16 décembre 2008 n°351, p. 6. Pour une idée similaire voir aussi, J. Lukomski, 'Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights', *International Sports Law Journal*, Volume 13, n°1-2, 2013, p.60-70, p.69.

2. Le recours contre une sentence du TAS auprès du Tribunal fédéral suisse

Le siège du TAS est situé à Lausanne en Suisse, et ce quel que soit le lieu effectif de l'arbitrage. Par conséquent, la sentence peut être contestée uniquement et directement devant le Tribunal fédéral suisse²¹⁷². Or, le Tribunal fédéral suisse est renommé pour sa jurisprudence extrêmement favorable à l'arbitrage international. Il s'agit certainement d'une raison, non-avouée, de l'implantation du TAS en Suisse. Ceci se traduit en termes statistiques par une proportion extrêmement réduite de recours étant accueillis favorablement. Une étude quantitative en la matière avait en 2009 placé autour de 5% le taux de succès d'un recours²¹⁷³. Dans le cas du TAS, un commentateur a relevé qu'en 2009-2010 seuls 1% des recours contre ses sentences ont été couronnés de succès²¹⁷⁴. Ce recours est encadré par les règles de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP). Le Tribunal fédéral ne revoit pas les faits²¹⁷⁵ et son contrôle est cantonné à un nombre très limité de griefs²¹⁷⁶, . Il est aussi possible d'introduire un recours en révision si de nouveaux éléments de fait susceptibles d'influencer la décision sont découverts²¹⁷⁷.

²¹⁷² A. Rigozzi, 'Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, n°1, 2010, p.217-265; M. Mangan, 'The Court of Arbitration for Sport: Current Practice, Emerging Trends and Future Hurdles', *Arbitration International*, Volume 25, n°4, p.591-602, p.594; C. Poncet, 'When is a "Swiss" "award" appealable?', *Bulletin TAS*, n°2, 2012, p.4-13; M. Coccia, 'The jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal on challenges against CAS awards', *Bulletin TAS*, n°2, 2013, p. 2-17.

²¹⁷³ F. Dasser, 'International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland – An Updated Statistical Analysis', *ASA Bulletin*, Volume 28, n°1, 2010, p.82-100, p.87-88

²¹⁷⁴ De plus, par rapport à l'ensemble des sentences rendues par le TAS seules 0,3% sont retoquées par le Tribunal fédéral, voir S. Netzle, 'Appeals against Arbitral Awards by the CAS', *Bulletin TAS*, n°2,2011, p.19-26, p.19.

²¹⁷⁵ D. Mavromati, 'Jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal in appeals against CAS awards', *International Sports Law Review*, n°2, 2011, p.37-47, pp.41-42.

²¹⁷⁶ L'article 190 2. de la LDIP liste les différents griefs pouvant être soulevés contre une sentence:

- Elle ne peut être attaquée que:
- a. lorsque l'arbitre unique a été irrégulièrement désigné ou le tribunal arbitral irrégulièrement composé;
 - b. lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent;
 - c. lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande;
 - d. lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté;
 - e. lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public.

²¹⁷⁷ S. Netzle, 'Appeals against Arbitral Awards by the CAS', *Bulletin TAS*, n°2,2011, p.19-26, p.25.

Dans le domaine de l'arbitrage sportif, le recours contre la sentence rendue dans l'affaire Gundel sera le premier d'une longue série. En effet, revers de la médaille du succès du TAS, les recours contre les sentences du TAS auprès du Tribunal fédéral se sont multipliés²¹⁷⁸. D'autant plus, que le Tribunal fédéral a écarté, dans le cadre de la procédure d'appel, la possibilité de renoncer *a priori* à ce recours²¹⁷⁹. Ces recours constituent une part importante (plus de 50%) des recours introduits contre les sentences arbitrales internationales suisses²¹⁸⁰. Mais les chances de succès sont extrêmement minces²¹⁸¹. Le Tribunal est particulièrement peu disposé à écarter une sentence du TAS sur le fondement de l'ordre public matériel²¹⁸². Au contraire, c'est sur des griefs procéduraux qu'il a annulé plusieurs sentences²¹⁸³. La notion d'ordre public procédural inclut notamment les droits inscrits à l'Article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²¹⁸⁴. Toutefois, lorsque le Tribunal fédéral casse une sentence du TAS, il renvoie du même coup l'affaire au même panel arbitral, celui-ci peut donc corriger les irrégularités de procédure constatées par le Tribunal fédéral sans altérer la solution de sa première sentence²¹⁸⁵. Il est donc notoire que le recours auprès du Tribunal fédéral, bien que coûteux, n'a que d'infimes chances d'aboutir à l'annulation définitive de la sentence et ne peut être considéré dans l'état actuel du droit comme une opportunité

²¹⁷⁸ Notant l'augmentation rapide du nombre d'appels, A. Veuthey, 'Re-questioning the independence of the Court of Arbitration for Sport in light of the scope of its review', *International Sports Law Review*, n°4, 2013, p.105-115, p.106; M. Reeb, 'Message of the CAS secretary General' in *Bulletin TAS*, n°1, 2010, p.2; S. Netzle, 'Appeals against Arbitral Awards by the CAS', *Bulletin TAS*, n°2, 2011, p.19-26; F. Dasser, 'International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland – An Updated Statistical Analysis', *ASA Bulletin*, Volume 28, n°1, 2010, p.82-100, p.94-98; C. Poncet, 'When is a "Swiss" "award" appealable?', *Bulletin TAS*, n°2, 2012, p.4-13, p.5.

²¹⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral, *X. contre ATP Tour et Tribunal Arbitral du Sport (TAS)*, du 22 mars 2007, BGE 133 III 235, considérant 4.3.2.2.

²¹⁸⁰ F. Dasser, 'International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland – An Updated Statistical Analysis', *ASA Bulletin*, Volume 28, n°1, 2010, p.82-100, p.94-98.

²¹⁸¹ A. Rigozzi, 'Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, n°1, 2010, p.217-265.

²¹⁸² Jusqu'à peu le Tribunal fédéral n'avait jamais annulé de sentence arbitrale sur ce fondement, voir Ibid, p.254 et F. Dasser, 'International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland – An Updated Statistical Analysis', *ASA Bulletin*, Volume 28, n°1, 2010, p.82-100, p.88. Mais récemment, Arrêt du Tribunal fédéral, *Matuzalem contre FIFA*, du 27 mars 2012, 4A_558/2011, considérants 4.3.4 et 4.3.5.

²¹⁸³ A. Rigozzi, 'Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, n°1, 2010, p.217-265, p.235-254.

²¹⁸⁴ U. Haas, 'Role and application of article 6 of the European Convention on Human Rights in CAS procedures', *International Sports Law Review*, n°3, 2012, p.43-60..

²¹⁸⁵ A. Rigozzi, 'Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, n°1, 2010, p.217-265, p.219.

réelle de contester une sentence du TAS²¹⁸⁶. Le Tribunal fédéral pourrait jouer un rôle de « gardien »²¹⁸⁷ actif de la qualité procédurale et substantielle des sentences du TAS, les réformes déclenchées après l'arrêt Gundel sont là pour le rappeler, mais il doit pour cela exercer un véritable contrôle. Mais, le refus presque absolu de contrôler la substance du droit appliqué par le TAS est de nature à limiter la fonction de « filet de sécurité »²¹⁸⁸ que pourrait jouer ce recours. La dépendance théorique du TAS, et de la *lex sportiva* en général, vis-à-vis du Tribunal fédéral suisse, est largement atténuée en pratique par l'intensité limitée du contrôle qu'il exerce, un positionnement qui n'est pas nécessairement irréversible²¹⁸⁹. Il est donc très difficile d'échapper à une sentence du TAS, tout comme il est très difficile d'échapper à sa compétence. Enfin, il est tout aussi compliqué d'échapper à l'exécution de ses sentences.

3. La reconnaissance de la sentence

L'ultime possibilité pour échapper à une sentence arbitrale se présente au moment de la reconnaissance de celle-ci. En effet, pour être exécutable en dehors de l'Etat où elle a été rendue, la sentence doit être reconnue par les tribunaux nationaux. La *Convention de New York*²¹⁹⁰ adoptée en 1958 régit cet aspect de la pratique arbitrale, elle joue un rôle clé dans la diffusion et l'exécution des sentences arbitrales²¹⁹¹. Elle définit

²¹⁸⁶D'ailleurs Antonio Rigozzi considère que « The counsels should be "very prudent in advising an athlete to file an action to set aside or a request for revision of an award" Ibid, p.265.

²¹⁸⁷"...quando è adito per sindacare sulla legittimità delle decisioni del Tas, questo organo [le SFT] diviene il custode della legalità di tutta la giustizia sportiva." L. Casini, *Il Diritto Globale dello Sport*, Giuffrè, 2010, p.222-223

²¹⁸⁸A. Rigozzi, 'Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, n°1, 2010, p.217-265, p.264.

²¹⁸⁹Certains en doctrine appellent à une redéfinition plus large de la notion d'ordre public internationale : "It is thus possible to argue that a slightly less restrictive definition of public policy should be adopted in sports matters that would allow the Supreme Court to set aside grossly unfair decisions against athletes. Recently, Professor Margareta Baddeley has even called for a 'redefinition of the public policy' under which the Supreme Court could freely review whether CAS has complied with the 'essential rights of the athletes'." Ibid, p.254. Pour une revendication similaire voir: A. Veuthey, 'Re-questioning the independence of the Court of Arbitration for Sport in light of the scope of its review', *International Sports Law Review*, n°4, 2013, p.105-115, p.115.

²¹⁹⁰ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York 1958.

²¹⁹¹ "The Convention ultimately allows the CAS to harness the police power of individual states, and thereby compel individual parties to carry out the dictates of the court. As such, even with statements that require a rather broad network of extra-linguistic institutions in order to have force, the CAS can feel fairly confident that its speech acts will have their intended effect." D. Yi, 'Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p.329

notamment les fondements sur lesquels la reconnaissance d'une sentence peut être refusée²¹⁹². La *Convention de New York* contraint les tribunaux étatiques à apporter leur concours à la procédure arbitrale et en pratique le contrôle exercé sur les sentences est souvent *a minima*²¹⁹³. On a pu y voir une « subversion de la souveraineté de l'Etat par les opérateurs économiques [dans notre cas sportifs] »²¹⁹⁴.

C'est d'autant plus vrai que le mouvement sportif n'a que très rarement mobilisé les tribunaux nationaux pour imposer l'exécution des sentences du TAS²¹⁹⁵. En effet, en cas de suspension d'un joueur ou d'un club, celles-ci peuvent être exécutées directement par les organes de la *lex sportiva*. Tandis que, les sanctions pécuniaires peuvent être accompagnées de menaces de suspension qui sont particulièrement efficaces pour forcer les mauvais payeurs à délier le cordon de leur bourse. Il est envisageable d'attaquer une suspension devant les tribunaux étatiques, et donc d'imposer un débat juridique sur la reconnaissance de la sentence du TAS, mais le coût d'une telle action est prohibitif au vu de ses chances minimales de succès²¹⁹⁶.

²¹⁹² Voir l'article V de la Convention de New York de 1958. « En toute hypothèse, les tribunaux étatiques qui auront à connaître d'une sentence du TAS, s'ils n'appliquaient pas la Convention EDH directement, pourraient censurer la sentence qui aurait bafoué de telles garanties au titre de l'exception d'ordre public international. » A. Pinna, Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires, *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p.31. A. Samuel et R. Gearheart, 'Sporting Arbitration and the International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Arbitration*, Volume 6, n°4, (1989), p.39-53, pp.50-51.

²¹⁹³ G. de La Pradelle, 'La société civile internationale et l'accès au contentieux' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003, p.125-139, p.136-139.

²¹⁹⁴ P. Kahn, 'L'autorégulation' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003, p.197-207, p.207.

²¹⁹⁵ "This is because the majority of CAS awards relate to disciplinary matters, which rarely require the imprimatur of a national court in order to be enforced." M. Mangan, 'The Court of Arbitration for Sport : Current Practice, Emerging Trends and Future Hurdles', *Arbitration International*, Volume 25, n°4, p.591-602, pp.599-600. « Quant aux risques de difficultés en matière d'exécution, ils semblent également peu plausibles. En effet, de par la nature des litiges et le contenu des décisions, l'exécution est généralement assurée par d'autres voies qu'une action en justice. G. Kaufmann-Kohler, 'Nagano et l'arbitrage - ou vers une justice de proximité', *Bulletin ASA*, Volume 16, n°2, 1998, p.311-324, p.321.

²¹⁹⁶ "...domestic courts have generally been reluctant to overturn a foreign arbitral award on any of these grounds...In Olympic disputes, courts have been even more unlikely to intercede." D. Yi, 'Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341, p. 327.

En pratique, très peu de sentences du TAS ont donné lieu à un exequatur par des tribunaux étatiques. Dans l'affaire *Gatlin*²¹⁹⁷, un juge américain a refusé de considérer la sentence en cause comme contraire à l'ordre public et ce malgré qu'il ait désavoué en substance la décision rendue par le TAS²¹⁹⁸. De plus, le juge rappelle que le Tribunal fédéral suisse est compétent pour contester la légalité d'une sentence rendue par le TAS²¹⁹⁹. De même dans l'affaire *Mutu*²²⁰⁰, un autre juge américain a reconnu la sentence du TAS et s'est opposé aux arguments avancés pour faire constater la contrariété de la sentence à l'ordre public²²⁰¹. Enfin, dans une affaire se déroulant au Brésil, l'Union Européenne de gymnastique a réussi à faire reconnaître une sentence du TAS par un tribunal brésilien²²⁰².

Par ailleurs, si une juridiction nationale venait à menacer la validité juridique des sentences du TAS, elle exposerait l'Etat dont elle fait partie à des représailles plus ou moins implicites du mouvement sportif, pouvant aller jusqu'à un boycott. L'asymétrie de pouvoir entre l'Etat et le pouvoir transnational des organes de la *lex sportiva* joue à plein pour empêcher qu'une telle situation se présente²²⁰³. En effet, la grande force du mouvement sportif, c'est de pouvoir se faire justice lui-même, mais aussi de pouvoir faire en sorte que cette justice soit respectée par les justiciables sans (presque) jamais

²¹⁹⁷ Les sentences du TAS, CAS 2008/A/1461 et 1462 *Gatlin c. USADA*, du 10 Septembre 2008. Voir, la décision de la Cour de district de Notre Dame en Floride, *Gatlin v. USADA*, 2008 WL 2567657 (N.D. Fla.).

²¹⁹⁸ « Although as expressed herein and in the previous Order, the Court takes exception to the decisions made by Defendants and the panels sitting in arbitration over this matter, and indeed finds their actions to be arbitrary and capricious, the Court does not find these wrongs to rise to the level of moral repugnance as is required under the law for the Court to consider piercing the veil of the jurisdictional issue.” Ibid, p.1.

²¹⁹⁹ « It appears, as Defendants indicate, that Plaintiff's remaining avenue for relief lies with the Swiss Supreme Court, which may in its discretion elect to review the case.” Ibid, p.1.

²²⁰⁰CAS 2008/A/1644, *Adrian Mutu c. Chelsea Football Club Limited*, sentence du 31 juillet 2009. Arrêt de la Cour de district des Etats-Unis de Miami en Floride, *Chelsea Football Club Limited v. Adrian Mutu*, aff.10-24028-CIV-MORENO.

²²⁰¹ En bref, “The Court for Arbitration's award calculation is related to damages caused by Mutu's breach of contract. This does not violate public policy.” Ibid, p.4.

²²⁰² Cour supérieur de Justice, Brasília (DF), *Union européenne de Gymnastique v. Multipole Distribuidora de Filmes LTDA*, 19 April 2006, aff.2005/0034908-7.

²²⁰³ Un tel cas de figure s'est présenté après la décision Reynolds défavorable à la Fédération international d'athlétisme. Dick Pound, qui présida ensuite l'AMA, avait alors considéré que : the "end result of [the judgment] will be no international competitions awarded to the U.S.... [if] everything [the federations] do is reviewed by U.S. courts” cité dans A. T. Polvino, 'Arbitration as preventative medicine for olympic ailments: The International Olympic Committee's Court of Arbitration for sport and the future for the settlement of international sporting disputes', *Emory International Law Review*, Volume 8, 1994, p.347-381, p.356.

avoir recours à la force publique, incarnée par l'Etat²²⁰⁴. La « facilité d'exécution de la sentence arbitrale accentuerait le phénomène d'exécution spontanée ou volontaire que nous avons déjà mentionné »²²⁰⁵. On ne peut, donc, en pratique, échapper à la compétence du TAS et à la force performative de ses sentences qu'au prix d'efforts juridiques surhumains.

En résumé, le succès récent du TAS est intimement lié à la pression mise sur la *lex sportiva* par l'interventionnisme juridique d'autres droits, comme celui de l'Union européenne. Ce succès repose sur deux caractéristiques très particulières de l'arbitrage sportif. D'une part, le jeu entre dépendance et indépendance, qui garantit l'attractivité du TAS. Son indépendance formelle légitime l'isolement juridique que procure l'arbitrage à la *lex sportiva*. Tandis que, sa dépendance institutionnelle réelle garantit que le TAS ne menacera pas, aux yeux des organisations sportives, l'intégrité des règles de la *lex sportiva* et de leur interprétation. Cette capacité, paradoxale, du TAS à dégager une apparence d'indépendance vers l'extérieur et de dépendance au système de la *lex sportiva*, est la clé de sa réussite. D'autre part, le jeu entre clôture et ouverture, soutient la centralité du TAS dans la *lex sportiva*. En effet, le TAS clôt en pratique la *lex sportiva* sur elle-même. Il met à distance les juges étatiques ou européens, sans écarter formellement leur contrôle, ce qui serait probablement insupportable d'un point de vue du droit étatique. Le droit de l'arbitrage permet donc d'isoler la *lex sportiva* sans donner l'impression d'isoler la *lex sportiva*. Il permet de faire l'économie des déclarations politiques vexatoires, qui affirmaient de manière péremptoire l'autonomie de la *lex sportiva* vis-à-vis des droits nationaux, tout en en préservant largement leurs effets. En bref, l'ouverture de la *lex sportiva* au contrôle extérieur (par le TAS et le Tribunal fédéral suisse) renforce en pratique la fermeture de la *lex sportiva* sur elle-même.

²²⁰⁴ « En effet, et là est toute la spécificité de l'ordre juridique sportif international, les décisions concernant le sport doivent être exécutées dans l'ordre juridique sportif international, lequel a la main sur les résultats sportifs comme sur la participation des sportifs aux compétitions. La situation est très différente de celle de l'arbitrage commercial international où les sentences doivent être exécutées dans l'ordre juridique d'un ou plusieurs Etats, lesquels peuvent refuser de leur donner force exécutoire. » E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, Janvier-Février-Mars 2008, p.234-309, p.272.

²²⁰⁵ A. Rigozzi, 'L'arbitrage international en matière de sport', Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005, p.160.

Cependant, on peut se demander si un tel isolement est durable juridiquement vis-à-vis du droit de l'UE. En effet, on constate que le TAS applique parfois le droit de l'UE dans certaines de ses sentences. Tandis que, l'UE a pu se saisir efficacement d'affaires que le TAS avait déjà tranchées. Comme nous l'avons vu, le TAS est lui aussi prisonnier d'un réseau d'interdépendances institutionnelles et juridiques, son rapport avec l'Union européenne n'échappe pas à cette réalité.

II. Le TAS prisonnier du droit de l'UE

Le TAS et le l'UE sont intimement liés, juridiquement et historiquement. Le développement de l'un, répond à l'activisme de l'autre. Mais, le TAS, pourtant utilisé comme pare-feu de la *lex sportiva*, ne peut pas ignorer totalement le droit de l'UE. Ainsi, le TAS s'est transformé, dans certaines sentences, en bouche (orientée) du droit de l'UE. D'un autre côté, il faut aussi s'interroger sur la capacité de saisie des sentences du TAS par le droit de l'UE, existe-t-il un contrôle exercé sur le TAS par les institutions de l'UE ? Et, si oui, sur quel fondement ?

a. Le TAS : bouche du droit de l'UE

Le droit de l'UE, en particulier le droit de la concurrence, ne saurait être ignoré par les tribunaux arbitraux. En effet, il est reconnu comme faisant partie de l'ordre public auquel les sentences, sous peine de voir leur exécution menacée, ne peuvent échapper.

i. Le droit de l'UE et l'arbitrage : une brève introduction

L'arbitrage international et le droit de l'UE se sont très longtemps ignorés. L'arbitrage n'était pas, et n'est d'ailleurs toujours pas²²⁰⁶, encadré au niveau européen. De plus, la

²²⁰⁶ Malgré les appels du pied insistants de la doctrine, et une proposition règlement allant dans ce sens de la part de la Commission européenne (voir : Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), COM(2010) 748 final, 2010/0383 (COD) (Dec. 14, 2010), art. 29(4).), le Règlement Bruxelles I révisé maintient l'exclusion de l'arbitrage de son champ d'application. Voir pour les appels : G.A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*,

Cour a refusé, de manière constante, d'autoriser les tribunaux arbitraux à avoir recours à la question préjudicielle²²⁰⁷. On avait d'un côté le monde de l'arbitrage international et de l'autre celui de l'Union européenne²²⁰⁸.

Mais, l'arrêt *Eco-Swiss*²²⁰⁹ est passé par là, un arrêt qui a profondément modifié la relation entre arbitrage et droit de l'UE²²¹⁰. La Cour de Justice a affirmé que « dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité »²²¹¹, dès lors « une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 85 du traité, dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public »²²¹². A partir de cet arrêt, le droit de la concurrence n'est plus considéré comme inarbitrable, et le juge chargé de la reconnaissance des sentences arbitrales doit tenir compte du droit de la concurrence en tant que faisant partie de l'ordre public des Etats membres²²¹³.

Volume 28, n°3, 2012, p.397-346, pp. 402-404; *contra* A. Mourre, 'Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage?', 23 *ASA Bulletin*, Volume 23, n°3, 2005, p.408.

²²⁰⁷ CJUE, 23 mars 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG*, aff.102/81, Rec p.1095. Voir aussi CJUE, 27 janvier 2005, *Denuit and Cordenier c. Transorient Mosaïque Voyages and Culture, S.A.*, aff. C-125/04, Rec. p.I-923, pt.13.

²²⁰⁸ Pour Bermann c'étaient deux « Distant Worlds », voir G. A. Bermann, 'Reconciling European Union Law demands with the demands of International Arbitration', *Fordham International Law Journal*, Volume 34, 2011, p.1193-1216, pp. 1194-1199 et G.A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, Volume 28, n°3, 2012, p.397-346, pp. 400-407.

²²⁰⁹ CJUE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, Aff. C-126/97, Rec p.I-3055.

²²¹⁰ "The landscape described above is, of late, changing in potentially dramatic ways, though its new contours are not yet clear. First, the Court of Justice has advanced a highly robust concept of European Union public policy." G. A. Bermann, 'Reconciling European Union Law demands with the demands of International Arbitration', *Fordham International Law Journal*, Volume 34, 2011, p.1193-1216, p.1200.

²²¹¹ CJUE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, Aff. C-126/97, Rec p.I-3055, pt37.

²²¹² *Ibid*, pt.41.

²²¹³ La doctrine est unanime sur l'effet de la jurisprudence *Eco-Swiss* dans le domaine de l'arbitrage. Voir G. A. Bermann, 'Reconciling European Union Law demands with the demands of International Arbitration', *Fordham International Law Journal*, Volume 34, 2011, p.1193-1216, p.1201-1202; G.A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, Volume 28, n°3, 2012, p.397-346, pp. 413-415; S. Prechal et N. Shelkopyas, 'National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond', *European Review of Private Law*, Volume 12, n°5, 2004, p.589-611, pp. 597-598.

Cette évolution répond à la place prépondérante prise par le droit de la concurrence dans la vie juridique européenne²²¹⁴. Elle s'inscrit dans le chemin tracé par l'arrêt Mitsubishi²²¹⁵ de la Cour suprême américaine. Elle permet donc aux tribunaux arbitraux d'appliquer le droit de la concurrence et d'en interpréter, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Justice et dans le respect des décisions de la Commission européenne, la portée concrète dans une espèce particulière. Mais, les arbitres sont-ils obligés de l'appliquer *sua sponte* ? La doctrine considère que les tribunaux ayant leur siège dans un Etat membre ne peuvent que difficilement s'exonérer d'un tel contrôle *ex officio*²²¹⁶. De même, lorsque le droit applicable au litige est celui d'un Etat membre²²¹⁷. Par contre, il en va autrement pour les tribunaux arbitraux qui n'ont pas leur siège sur le territoire de l'Union européenne, en Suisse par exemple²²¹⁸, ce qui n'exclut pas qu'un panel conscient de l'importance que sa sentence soit reconnue et appliquée sur le territoire de l'UE applique de son propre chef le droit de la concurrence de l'UE²²¹⁹.

Deux arrêts ultérieurs de la CJUE ont élargi le champ de l'ordre public européen aux règles concernant la protection des consommateurs²²²⁰. Les contours juridiques de la notion d'ordre public européen sont donc dynamiques. Tout cela relève du « désordre

²²¹⁴ En général, sur l'évolution du rapport entre droit de la concurrence et arbitrage voir H. van Houtte, 'Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty A State of Affairs', *ASA Bulletin*, Volume 23, n°3, 2005, p.431-448, pp.434-436 et S.I. Dempegiotis, 'EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003', *Journal of International Arbitration*, Volume 23, n°3, 2008, p.365-395.

²²¹⁵ Voir le fameux Arrêt Mitsubishi de la Cour suprême américaine, 472 U.S. 614 (1985)

²²¹⁶ H. van Houtte, 'Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty A State of Affairs', *ASA Bulletin*, Volume 23, n°3, 2005, p.431-448, p.438-439; G. Blanke, 'The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer', *European Business Law Review*, Volume 16, n°1, 2005, pp. 169-181, p.175-176.

²²¹⁷ A. P. Komninos, 'Arbitration and EU Competition Law', (accessible à <http://ssrn.com/abstract=1520105>), p.17

²²¹⁸ Le tribunal fédéral Suisse écarte l'obligation pour l'arbitre de soulever d'office l'application du droit de la concurrence. Selon lui, « on ne peut pas exiger de l'arbitre qu'il connaisse ou qu'il recherche systématiquement les lois de police (comme l'art.85 [du Trait6] CE, *pa rex.*) dans chacune des législations présentant un point de contact significatif avec la relation litigieuse » Arrêt du Tribunal fédéral du 13 novembre 1998, ATF 118 II 193 considérants I b) bb) al. 5.

²²¹⁹ Sont favorables à une application d'office : A. Rigozzi, 'Arbitrage, Ordre Public et Droit Communautaire de la Concurrence', *ASA Bulletin*, Volume 17, n°4, 1999, p.455-487, p.469 ; S.I. Dempegiotis, 'EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003', *Journal of International Arbitration*, Volume 23, n°3, 2008, p.365-395, p.385-386. *Contra* H. van Houtte, 'Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty A State of Affairs', *ASA Bulletin*, Volume 23, n°3, 2005, p.431-448, p.439-440.

²²²⁰ CJUE, 26 octobre 2006, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, aff. C-168/05, Rec p.I-10421 et CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL. c. Cristina Rodríguez Nogueira*, aff. C-40/08, Rec. p.I-9579. Voir G.A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, Volume 28, n°3, 2012, p.397-446, pp.415-418.

public »²²²¹, l'incertitude sur la portée de la notion d'ordre public est de mise²²²². Certains auteurs considèrent même qu'une grande part du droit de l'UE serait potentiellement d'ordre public²²²³. Il est probable que la Cour interrogée à ce propos considérerait les libertés fondamentales comme faisant partie intégrante de l'ordre public des Etats membres. Cette conception de l'ordre public européen menace, selon certains, la fonction spécifique de l'arbitrage et son autonomie²²²⁴. Toutefois, en pratique, le contrôle exercé *a posteriori* par les tribunaux nationaux sur les sentences au regard du droit de la concurrence est plutôt lâche²²²⁵. Ils répondent ainsi au plaidoyer quasi-unanime en faveur d'un contrôle très limité de l'application par les arbitres du droit de la concurrence²²²⁶. Les décisions des juridictions françaises extrêmement favorables à l'intégrité des sentences arbitrales ont d'ailleurs été quasi-unanimement saluées par la doctrine²²²⁷. La Cour de justice, elle-même, observait dans son arrêt *Eco-Swiss* « que les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales revête un caractère limité et que l'annulation d'une sentence ne puisse être obtenue, ou la reconnaissance refusée, que dans des cas

²²²¹J.D. Fry, 'Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy', *Chinese Journal of International Law*, Volume 8, n°1, 2009, p.81-134.

²²²² On a pu évoquer les « many faces of public policy », S. Prechal et N. Shelkopyas, 'National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond', *European Review of Private Law*, Volume 12, n°5, 2004, p.589-611, p.600-602. « To put it mildly, 'public policy' is a concept truly bedeviled." G. Blanke, 'The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer', *European Business Law Review*, Volume 16, n°1, 2005, pp. 169-181, p.171.

²²²³ G.A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, Volume 28, n°3, 2012, p.397-446, pp. 418-420; G. A. Bermann, 'Reconciling European Union Law demands with the demands of International Arbitration', *Fordham International Law Journal*, Volume 34, 2011, p.1193-1216, p.1204-1210. Très critiques S. Prechal et N. Shelkopyas, 'National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond', *European Review of Private Law*, Volume 12, n°5, 2004, p.589-611, p.605-606.

²²²⁴ "But the challenge that EU public policy presents to international arbitration runs still deeper. Arbitration's claims to efficiency are largely predicated on the notion that parties must bring all their legal claims – procedural and substantive alike – before arbitral tribunals rather than reserve them for ex post judicial challenges to unfavourable awards." G.A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, Volume 28, n°3, 2012, p.397-446, p. 420.

²²²⁵ Les cours nationales ont dans leur immense majorité adopté un contrôle minimaliste de la sentence au visa du droit de la concurrence de l'UE . Voir à ce propos plus généralement, G.A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, Volume 28, n°3, 2012, p.397-446, pp. 425-428.

²²²⁶ G.A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, Volume 28, n°3, 2012, p.397-446, pp. 444-445; H. van Houtte, 'Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty A State of Affairs', *ASA Bulletin*, Volume 23, n°3, 2005, p.431-448, p.447; S. Prechal et N. Shelkopyas, 'National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond', *European Review of Private Law*, Volume 12, n°5, 2004, p.589-611, pp. 606-607; A. P. Komninos, 'Arbitration and EU Competition Law', <http://ssrn.com/abstract=1520105>, p.37-42.

²²²⁷A. Mourre, 'Commentaire de l'arrêt Cytec', *Journal du droit international* (Clunet) n° 4, Octobre 2008, comm. 16.

exceptionnels »²²²⁸. De son côté, le Tribunal fédéral suisse écarte carrément la possibilité pour le droit de la concurrence de l'UE de faire partie de l'ordre public international Suisse²²²⁹, excluant ainsi toute contestation d'une sentence arbitrale internationale sur le fondement de son inapplication ou de sa mauvaise application²²³⁰. Enfin, les arbitres ne sont pas soumis à la surveillance qu'exerce la Commission européenne sur les décisions judiciaires rendues par les tribunaux des Etats membres dans le domaine du droit de la concurrence, ceux-ci ne sont donc pas obligés de transmettre à la Commission leurs sentences, ils ne peuvent pas non plus réclamer officiellement son aide dans une affaire (officieusement les échanges d'information sont possibles)²²³¹.

En résumé, après l'arrêt *Eco-Swiss*, le droit de la concurrence et plus largement le droit de l'UE, sont devenus plus difficiles à ignorer pour les arbitres. Le fait que le TAS ait son siège en Suisse, le protège en partie à cet égard. Cependant, l'utilisation du droit de l'UE pour bloquer la reconnaissance d'une sentence du TAS ne peut pas être exclue, quand bien même une telle reconnaissance est extrêmement rarement sollicitée²²³². La menace que fait peser le droit de l'UE sur les sentences du TAS est latente, mais réelle. Elle n'est pas totalement ignorée par les arbitres du TAS qui manient parfois le droit de l'UE au sein de leurs sentences.

²²²⁸CJUE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, Aff. C-126/97, Rec p.I-3055, pt.35. Voir aussi à ce propos voir S. Prechal et N. Shelkopyas, 'National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond', *European Review of Private Law*, Volume 12, n°5, 2004, p.589-611, p.603.

²²²⁹« Après s'être penchée derechef sur le concept d'ordre public (cf. consid. 2) et avoir examiné plus avant la nature du droit communautaire de la concurrence (cf. consid. 3.1), la Cour de céans estime que le doute n'est plus de mise: les dispositions du droit de la concurrence, quel qu'il soit, ne font pas partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. » Arrêt du Tribunal fédéral, *X. S.p.A. contre Y. S.r.l. ainsi que Tribunal arbitral CCI*, du 8 mars 2006, ATF 132 III 389, considérant 3.2 et 3.3.

²²³⁰Dans les mots de A. Rigozzi «...force est de constater qu'au regard du récent ATF, l'arbitre siégeant en Suisse est obligé d'appliquer le droit communautaire de la concurrence, mais que cette obligation ne peut faire l'objet d'aucune sanction au stade du recours en annulation. » A. Rigozzi, 'Arbitrage, Ordre Public et Droit Communautaire de la Concurrence', *ASA Bulletin*, Volume 17, n°4, 1999, p.455-487, p.474.

²²³¹H H. van Houtte, 'Arbitration and Arts. 81 and 82 EC Treaty A State of Affairs', *ASA Bulletin*, Volume 23, n°3, 2005, p.431-448, p.444-446; A. P. Komninos, 'Arbitration and EU Competition Law', <http://ssrn.com/abstract=1520105>, p.19-26; S.I. Dempegiotis, 'EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003', *Journal of International Arbitration*, Volume 23, n°3, 2008, p.365-395, p.389.

²²³²C'est la configuration d'un arrêt récent de l'Oberlandesgericht Bremen du 30 décembre 2014, 2 U 67/14.

ii. Le droit de l'UE dans la jurisprudence du TAS

Le TAS ne peut pas échapper intégralement à la jurisprudence *Eco-Swiss* et à l'application du droit de l'UE dans ses sentences. La conscience de l'applicabilité du droit de l'UE dans l'arbitrage sportif est d'autant plus vive que le monde sportif reste profondément marqué par l'arrêt *Bosman*. Par conséquent, les arbitres ont, dans certaines de leurs sentences, tenu compte expressément des règles de droit de la concurrence et de liberté de circulation de l'UE.

1. Le droit de la concurrence de l'UE devant le TAS

Le droit de la concurrence de l'UE demeure très rarement appliqué par le TAS²²³³. En effet, malgré l'arrêt *Eco-Swiss* et le fait que de nombreuses règles sportives aient un impact économique, le TAS rechigne à appliquer *ex officio* le droit de la concurrence et les parties ne s'appuient que très rarement sur le droit de la concurrence de l'UE. Par ailleurs, les arbitres du TAS ne sont de fait pas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, obligés de soulever d'office son application et se gardent bien souvent de le faire²²³⁴. Pourtant, l'impact potentiel dans les litiges sportifs du droit de la concurrence de l'UE est important, comme illustré par l'arrêt *Meca-Medina*.

Les sentences (publiées) ayant recours au droit de la concurrence de l'UE sont rarissimes. Nous en avons recensé trois dans la base de données du TAS.

Le TAS a, dans une de ses sentences les plus fameuses, été contraint d'appliquer pleinement le droit de la concurrence de l'UE à la *lex sportiva*. Il s'agit de la sentence, *AEK Athens and SK Slavia Prague c. Union of European Football Associations* du 20 août 1999²²³⁵. Dans sa sentence le panel du TAS était confronté à la question de la multipropriété des clubs de football. En effet, l'UEFA a, en 1998, adopté une règle

²²³³ On recense trois sentences publiées : CAS 98/200, *AEK Athens and SK Slavia Prague / UEFA*, sentence du 20 août 1999 ; CAS 2008/A/1644 *Mutu v/ Chelsea*, sentence du 31 juillet 2009 et CAS 2009/A/1788 *UMMC Ekaterinburg v. FIBA Europe e. V.*, sentence du 29 octobre 2009.

²²³⁴ Ils sont encouragés à ne pas le faire par certains auteurs, voir J. Adolphsen, 'Challenges for CAS decisions following the adoption of the new WADA Code 2009', *CAS Bulletin*, n°1, 2010, p.7.

²²³⁵ CAS 98/200 *AEK Athens and SK Slavia Prague / Union of European Football Associations (UEFA)*, sentence du 20 août 1999.

interdisant à deux clubs appartenant au même propriétaire de participer aux compétitions européennes de football qu'elle organise. L'AEK Athènes et le SK Slavia Prague appartenant au même propriétaire, la société ENIC, l'AEK Athènes fut exclu des compétitions européennes pour la saison 1998/1999, alors que le Slavia Prague put lui y participer²²³⁶. Les deux clubs décidèrent de contester cette décision et une convention d'arbitrage en faveur du TAS fut signée, il s'agit donc d'un arbitrage dit ordinaire au sens du Code du TAS. Les clubs demandeurs considèrent, entre autre, que la règle UEFA est contraire au droit de la concurrence de l'UE²²³⁷. En l'espèce, bien que les parties s'étaient accordées pour demander l'application du droit de la concurrence de l'UE²²³⁸, le panel considère que même en l'absence d'accord des parties il aurait été obligé d'en faire application d'office²²³⁹, notamment au vu de la connexion de ces règles avec le litige²²⁴⁰. Une fois l'applicabilité reconnue, le panel évalue concrètement la compatibilité de la règle de l'UEFA avec le droit de la concurrence²²⁴¹. Une évaluation qui est particulièrement détaillée. Le panel commence par exclure la possibilité de s'appuyer sur une décision préalable de la Commission en la matière. Les arbitres excluent de considérer une réponse apportée par le Commissaire à la concurrence à une question posée sur ce sujet par un député européen comme une décision de la Commission²²⁴². L'UEFA argue que cette règle ne tombe pas sous le coup du droit de la concurrence de l'UE du fait de l'exception sportive²²⁴³, mais le panel écarte cette objection et considère, avant que cette interprétation soit officiellement consacrée par la Cour de justice de l'UE dans l'arrêt *Meca-Medina*, qu'au vu de la difficile distinction entre aspects économiques

²²³⁶Ibid, pp.2-7.

²²³⁷Ibid, pt.2.

²²³⁸Ibid, pt.8.

²²³⁹ « With regard to EC competition law, the Panel holds that, even if the parties had not validly agreed on its applicability to this case, it should be taken into account anyway. Indeed, in accordance with Article 19 of the LDIP, an arbitration tribunal sitting in Switzerland must take into consideration also foreign mandatory rules, even of a law different from the one determined through the choice-of-law process, provided that three conditions are met:

(a) such rules must belong to that special category of norms which need to be applied irrespective of the law applicable to the merits of the case (so-called lois d'application immédiate);

(b) there must be a close connection between the subject matter of the dispute and the territory where the mandatory rules are in force;

(c) from the point of view of Swiss legal theory and practice, the mandatory rules must aim to protect legitimate interests and crucial values and their application must allow an appropriate decision. “ Ibid, pt.9.

²²⁴⁰Ibid, pt.11.

²²⁴¹Ibid, pt.71-145.

²²⁴²Ibid, pt.72-76.

²²⁴³Ibid, pt.79.

et aspects sportifs des normes de la *lex sportiva*, le champ d'application de cette exception est extrêmement réduit²²⁴⁴. Le panel décide donc de procéder à l'application du droit de la concurrence de l'UE, et s'interroge sur la qualité d'entreprise ou d'association d'entreprises de l'UEFA²²⁴⁵. Le panel reconnaît facilement la qualité d'entreprise de l'UEFA²²⁴⁶, mais étudie plus longuement le fait qu'elle puisse constituer une association d'entreprises au sens de l'article 101 paragraphe 1. TFUE²²⁴⁷. Bien qu'il émette des doutes circonstanciés sur la nature d'association d'associations d'entreprises de l'UEFA, le panel ne dispose pas de suffisamment d'informations pour trancher définitivement la question et se voit contraint de présumer cette qualité²²⁴⁸. Dès lors, est posée la question de l'effet restrictif de la concurrence de la règle de l'UEFA et de la définition du marché concerné par cette restriction²²⁴⁹. Le panel refuse l'idée, suggérée par les demandeurs, qu'un vaste marché européen du football serait concerné²²⁵⁰. Au contraire, il définit ce marché comme celui de l'investissement dans les clubs capables de se qualifier pour les compétitions organisées par l'UEFA²²⁵¹. Un marché qui serait constitué, d'une part, d'investisseurs, et de l'autre, des propriétaires de clubs européens susceptibles de se qualifier pour les compétitions de l'UEFA²²⁵². Une fois le marché concerné identifié, il s'agit pour le panel de déterminer si la règle a pour objet ou pour

²²⁴⁴ « In conclusion, the Panel is not convinced that existing EC case law provides a workable «sporting exception» and it must, therefore, proceed with a full analysis of the present dispute under Articles 81 (ex 85) and 82 (ex 86) of the EC Treaty.Arbitration” Ibid, pt.80-84.

²²⁴⁵Ibid, pt.85-94.

²²⁴⁶Ibid, pt.87.

²²⁴⁷Ibid, pt.88-93.

²²⁴⁸« In the light of this case law and in the light of the circumstances described above (supra, paras. 91-92), the Panel is quite doubtful as to whether UEFA can be truly characterized as an association of associations of undertakings and as to whether members of the UEFA Executive Committee or of the UEFA Congress can be seen as actually representing the «club undertakings». At the very least, before reaching any such conclusions, it would be necessary to examine in detail the process leading to the appointment or election of individuals to national federation posts and to the various UEFA bodies, to look into the links of those individuals with professional clubs, and to investigate case by case whether a UEFA measure is in fact the expression of an agreement by or with the professional clubs or whether it strengthens already existing agreements between these clubs. Neither the Claimants nor the Respondent have supplied any evidence which could help the Panel in any such analysis. Therefore, the Panel must content itself with the stated conclusion (supra, para. 87) that UEFA, with respect to the economic activities in which it is involved and in which national federations are involved, is surely an undertaking and an association of «federation undertakings», leaving the question open as to whether UEFA is also an association of «club undertakings» through which clubs coordinate their economic behaviour.” Ibid, pt.94.

²²⁴⁹ Ibid, pt.95-108.

²²⁵⁰Ibid, pt.97-100.

²²⁵¹“Accordingly, the Panel finds that the market more directly related to, and potentially affected by, the Contested Rule appears to be a market which can be defined as the «market for ownership interests in football clubs capable of taking part in UEFA competitions».” Ibid, pt.101.

²²⁵²Ibid, pt.102-104.

effet de restreindre la concurrence sur ce marché²²⁵³. Dans son appréciation, le panel considère que l'objet de la règle mise en place pour l'UEFA n'est pas anti-concurrentiel²²⁵⁴ et que l'effet de cette règle est plutôt pro-concurrentiel²²⁵⁵, car elle écarte la possibilité d'une dynamique de monopolisation des clubs par un nombre limité de propriétaires²²⁵⁶. Enfin, cette mesure n'a pas, selon le panel, de conséquences négatives sur les intérêts des consommateurs²²⁵⁷. Le panel aurait pu s'arrêter là et rejeter définitivement les arguments des deux clubs, mais, dans un souci d'exhaustivité, il va engager une évaluation *in concreto* de la proportionnalité de la mesure de l'UEFA²²⁵⁸. Les arbitres procèdent tout d'abord à l'évaluation de la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure²²⁵⁹. Ils considèrent qu'elle vise un objectif légitime, celui de garantir aux spectateurs/consommateurs une compétition sportive crédible²²⁶⁰. En ce qui concerne la question de la proportionnalité, le panel est d'avis que la mesure est suffisamment limitée (elle n'exclut pas la multipropriété et elle permet aux investisseurs de détenir des parts minoritaires dans plusieurs clubs engagés dans les compétitions de l'UEFA) pour ne pas aller au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif²²⁶¹. Les arbitres écartent aussi, une à une, les alternatives moins restrictives proposées par les clubs demandeurs, celles-ci n'étant pas considérées comme réalistes²²⁶². La sentence conclut à la compatibilité de la règle avec l'article 101 TFUE²²⁶³. La question de la compatibilité avec l'article 102 TFUE est abordée plus furtivement. En effet, les arbitres reconnaissent que l'UEFA peut être en position dominante sur certains marchés²²⁶⁴, mais excluent cette possibilité dans le cadre du marché de l'investissement dans les clubs de football²²⁶⁵. De plus, ils considèrent que les appréciations proposées dans le cadre de l'article 101 TFUE sont transposables à l'article 102 TFUE, la mesure incriminée ne peut donc être considérée comme incompatible avec cette disposition²²⁶⁶.

²²⁵³Ibid, pt.109-123.

²²⁵⁴Ibid, pt.110-113.

²²⁵⁵Ibid, pt.116-123.

²²⁵⁶Ibid, pt.118-119.

²²⁵⁷Ibid, pt.123.

²²⁵⁸Ibid, pt.124-136.

²²⁵⁹Ibid, pt.127-130.

²²⁶⁰Ibid, pt.130.

²²⁶¹Ibid, pt.131.

²²⁶² Ibid, pt.132-135.

²²⁶³ Ibid, pt.136.

²²⁶⁴Ibid, pt.139.

²²⁶⁵Ibid, pt.140-143.

²²⁶⁶Ibid, pt.144.

Enfin, les arbitres transposent aussi leur évaluation de la légitimité et de la proportionnalité de la mesure afin d'écartier toute contrariété avec la liberté de circulation du capital et la liberté d'établissement invoquées par ENIC²²⁶⁷. Bien qu'en l'espèce la règle de l'UEFA ne soit pas considérée comme contraire au droit de la concurrence de l'UE²²⁶⁸, un résultat qui sera corroboré par la suite par une décision de la Commission européenne²²⁶⁹, les arbitres du TAS ont démontré leur capacité à mettre en œuvre le droit de la concurrence. Malheureusement, le TAS n'aura plus véritablement l'occasion d'appliquer le droit de la concurrence de l'UE par la suite, à part de manière marginale²²⁷⁰. Le nombre limité de sentences faisant référence au droit de la concurrence de l'UE est peut être dû aux arguments des parties et de leurs conseils en majorité suisse. En effet, le TAS n'étant pas forcé par le Tribunal fédéral suisse de soulever d'office l'application du droit de la concurrence, il revient aux parties d'invoquer le droit de la concurrence de l'UE. Dans ce contexte, la spécialisation qu'impose la technique particulière du droit de la concurrence est peut être un frein à son utilisation. La plus grande popularité de la liberté de circulation des travailleurs auprès des plaideurs semblent aller dans ce sens, même si le « coup de pub » qu'a été l'arrêt *Bosman* n'y est certainement pas étranger.

2. La liberté de circulation des travailleurs devant le TAS

Peu avant l'arrêt *Bosman*, le TAS avait eu l'occasion d'appliquer la liberté de circulation des travailleurs dans une sentence concernant un joueur de Basketball²²⁷¹. Le joueur en question avait la double-nationalité belgo-américaine et souhaitait être considéré par la fédération internationale de Basket comme un joueur belge, afin de pouvoir participer aux matchs de l'équipe nationale belge et d'être assimilé à un joueur belge dans le cadre

²²⁶⁷Ibid.

²²⁶⁸Ibid, pt.150-154.

²²⁶⁹Décision de rejet de la Commission du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, Aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf) pt.25.

²²⁷⁰Les arbitres se sont bornés par la suite à écarter l'applicabilité du droit de la concurrence : «The Panel, in fact, finds that the obligation imposed by FIFA on clubs and players to pay damages in the event of breach of contract is not the result of a decision of an undertaking which may affect trade between Member States and which has as its object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, or an abuse by one undertaking of a dominant position within the common market, or in a substantial part of it, affecting trade between Member States.» CAS 2008/A/1644 *Adrian Mutu c. Chelsea Football Club Limited*, sentence du 31 juillet 2009, pt.48.

²²⁷¹ TAS 92/80 B. / Fédération Internationale de Basketball (FIBA), sentence du 25 mars 1993.

des coupes d'Europe de clubs. En effet, malgré sa double nationalité, la FIBA lui avait conféré la nationalité sportive américaine. Une « naturalisation sportive » n'était possible qu'après une période d'attente de 3 ans. Le sportif contestait cette décision auprès du TAS sur le fondement du droit à la libre circulation des travailleurs. Les arbitres penchèrent alors en faveur de l'exclusion de la question de la nationalité sportive du champ du droit de l'UE²²⁷². Par ailleurs, le panel considère qu'il s'agit d'une situation purement interne n'ayant pas d'élément d'extranéité, par conséquent il écarte l'applicabilité du droit de l'UE en l'espèce²²⁷³. Dans une autre affaire, postérieure celle-là à l'arrêt *Bosman*, relative à une suspension infligée par l'UEFA à un joueur ayant contesté avec entrain un décision arbitrale²²⁷⁴, le TAS considère que les restrictions infligées à la libre circulation du joueur (et aux libertés économiques du club qui l'embauche) sont compatibles avec le droit de l'UE, car la Cour de Justice de l'UE reconnaît « le droit d'autoréglementation des institutions sportives », par conséquent, et sans entrer plus dans les détails, les « atteintes aux libertés consacrées par le traité CE qui peuvent en résulter sont compatibles avec ce traité dans la mesure où elles poursuivent un objectif légitime, se justifient par des raisons d'intérêt général et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché », ce qui pour le panel était indubitablement avéré en l'espèce²²⁷⁵. Le TAS avait, à ses débuts, tendance à écarter l'applicabilité de la liberté de circulation lorsqu'elle était invoquée.

Les litiges liés à des transferts de joueurs ont, assez naturellement, donné lieu à l'application de la libre circulation des travailleurs. Ainsi, dans une sentence concernant le club écossais du Celtic Glasgow²²⁷⁶, le panel du TAS s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de Justice pour aboutir à sa décision. Cette affaire concernait le transfert d'un joueur de football écossais du club des Celtic Glasgow vers l'AS Monaco. Le joueur avait quitté son ancien club à la fin de son contrat, sans que soit versée une compensation comme l'autorisait l'arrêt *Bosman* et une circulaire de l'UEFA. Mais, le club écossais considérait que l'AS Monaco n'entrait pas dans le champ d'application de l'arrêt étant

²²⁷² Ibid, pt.7

²²⁷³ Ibid, pt.8-9

²²⁷⁴ TAS 2000/A/290 Abel Xavier & Everton FC / Union des Associations Européennes de Football (UEFA), sentence du 2 février 2001.

²²⁷⁵ Ibid, pt.17.

²²⁷⁶ Arbitration CAS 98/201 Celtic Plc / Union of European Football Associations (UEFA), sentence du 7 janvier 2000.

donné que son siège se trouvait à l'extérieur de l'UE. Le panel considère que le droit de l'UE est applicable au litige au vu de l'article 19 de La loi fédérale sur le droit international privé²²⁷⁷. Le panel rappelle que les parties reconnaissent que la circulaire de l'UEFA ne saurait être contraire au droit de l'UE et en particulier à la libre circulation des travailleurs²²⁷⁸. Les arbitres se réfèrent alors à la jurisprudence de la Cour de justice garantissant la jouissance de la liberté de circulation aux citoyens de l'UE exerçant partiellement ou temporairement leur activité professionnelle en dehors du territoire de l'UE²²⁷⁹. En l'espèce, après une évaluation *in concreto* des conditions de travail du joueur²²⁸⁰, ils considèrent que celui-ci a maintenu un lien suffisamment fort avec le territoire de l'UE pour pouvoir justifier que la jurisprudence *Bosman* lui soit applicable²²⁸¹ et refusent donc qu'une compensation soit octroyée pour son départ²²⁸².

Suite à l'adoption négociée du nouveau *Règlement FIFA du Statut et du Transfert des Joueurs*, le TAS s'est vu attribuer la compétence en appel contre les décisions prononcées par la Commission du Statut du joueur ou la Chambre de résolution des litiges de la FIFA²²⁸³. Par conséquent, le TAS a été amené à se prononcer de façon répétée sur des questions proche de celles auxquelles l'arrêt *Bosman* a répondu. Les arbitres du TAS sont d'ailleurs conscients du fait que le règlement repose sur un compromis avec la Commission européenne, ils en rappellent rituellement l'origine dans leurs sentences²²⁸⁴. Ainsi, dans la sentence *Philippe Mexès c. FIFA*²²⁸⁵, le panel fait référence au du droit à la libre circulation pour « déterminer si l'extension de la durée d'un contrat de joueur professionnel fait ou non courir une nouvelle période de stabilité pour

²²⁷⁷Ibid, pt.4.

²²⁷⁸Ibid, pt.33-34.

²²⁷⁹Ibid, pt.36.

²²⁸⁰Ibid, pt.38.

²²⁸¹Ibid, pt.39.

²²⁸²Ibid, pt.40.

²²⁸³ Article 23 et 24 du *Règlement FIFA du Statut et du Transfert des Joueurs*, version 2010.

²²⁸⁴“As already mentioned in CAS 2006/A/1152, the rationale of the above general principle is explained in the FIFA Principles for the amendment of the FIFA rules regarding international transfers, agreed in 2001 by FIFA, UEFA and the European Commission: “In order to promote player talent and stimulate competition in football it is recognized that clubs should have the necessary financial and sportive incentives to invest in training and education of young players”.” CAS 2008/A/1521 *VfB Admira Wacker Modling c. A.C. Pistoiese s.p.A.*, sentence du 12 décembre 2008, pt.14; CAS 2006/A/1152 *ADO Den Haag c. Newcastle United FC*, sentence du 7 février 2007, pt.9; CAS 2009/A/1757 *MTK Budapest c. FC Internazionale Milano S.p.A.*, sentence du 30 juillet 2009, pt.14; TAS 2012/A/2862 *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*, sentence du 11 janvier 2013, pt.94-95.

²²⁸⁵TAS 2004/A/708 *Philippe Mexès c. FIFA*, TAS 2004/A/709 *AS Roma c. FIFA*, TAS 2004/A/713 *AJ Auxerre c. AS Roma & Philippe Mexès*, sentence du 11 mars 2005.

le joueur concerné »²²⁸⁶. Le panel vérifie si cette extension poursuit un objectif légitime et si elle est proportionnée. Les arbitres considèrent que « [l]’introduction d’une période de stabilité limitée dans le temps a trouvé sa justification et sa légitimité au regard du droit européen par le fait qu’elle permet la construction d’une équipe stable et par voie de conséquence la régularité des compétitions »²²⁸⁷. Mais, un tel objectif ne saurait être applicable *in abstracto* à tous les cas de renouvellement contractuel sans menacer de contourner la raison d’être de l’existence de la période de stabilité souhaitée par la Commission²²⁸⁸. Le panel prône donc une évaluation *in concreto* des circonstances ayant mené à ce renouvellement contractuel afin de déterminer sa légitimité et sa proportionnalité²²⁸⁹. En l’espèce, les arbitres considèrent que cette extension de la période de stabilité est légitime et proportionnée, surtout que la violation de cette période de stabilité n’entraîne qu’une suspension de 6 semaines pour le joueur. Elle n’est, dès lors, pas susceptible de menacer sa liberté de circulation²²⁹⁰. En l’espèce, on a pu observer que « [l]e raisonnement du tribunal arbitral combine ainsi les impératifs du droit sportif et ceux du droit européen »²²⁹¹. Le TAS s’est vu contraint d’importer le cadre analytique utilisé dans le domaine des libertés fondamentales au cœur même de sa sentence. Par conséquent, en pratique, « est nécessairement posée la question de la conformité de la sentence à l’ordre public européen »²²⁹². La libre circulation des travailleurs joue ainsi un rôle non négligeable dans l’interprétation du règlement FIFA sur le Statut et le transfert des joueurs professionnels²²⁹³. Cependant, l’indemnité de formation prévue dans le règlement FIFA, bien que contestée sur le fondement des libertés de circulation a été reconnue compatible avec ces mêmes libertés par un panel du TAS²²⁹⁴. Les arbitres ont estimé que le système de compensation mis en place par la FIFA est justifié, car il viserait à encourager les investissements dans la formation²²⁹⁵.

²²⁸⁶ Ibid, pt.24.

²²⁸⁷Ibid, pt.25.

²²⁸⁸Ibid

²²⁸⁹Ibid, pt.26.

²²⁹⁰Ibid, pt.30

²²⁹¹D. Hascher et E. Loquin, ‘Chronique des sentences arbitrales du TAS’, *Journal du droit international (Clunet)*, Octobre, novembre décembre 2005, p.1301-1337, p.1334

²²⁹² Ibid, p.1336

²²⁹³ Un panel du TAS a pu considérer que la jurisprudence de la Cour de Justice imposait qu’ « any provisions in the FIFA regulations affecting the player’s freedom of movement should be interpreted narrowly” CAS 2004/A/691 *FC Barcelona SAD c. Manchester United FC*, sentence du 9 février 2005, pt. 38.

²²⁹⁴CAS 2008/A/1705 23 *Grasshopper c. Alianza Lima*, sentence du 18 juin 2009, pt.54-55.

²²⁹⁵Ibid, pt.56.

L'article 17 du Règlement FIFA sur la compensation due en cas de rupture d'un contrat sans juste cause a donné lieu à de nombreux débats juridiques, impliquant le droit de l'UE, devant le TAS. Dans sa fameuse, car extrêmement controversée dans le milieu du football, sentence Webster²²⁹⁶, le panel du TAS s'est appuyé sur le droit de l'UE pour adopter une interprétation restrictive du montant de la compensation due en cas de rupture du contrat de travail par le joueur²²⁹⁷. Par contre, un panel du TAS a refusé de donner raison à un club qui réclamait, toujours sur le fondement de la libre circulation des travailleurs, que la rupture de contrat par un joueur en dehors de la période de stabilité n'entraîne aucune compensation²²⁹⁸. Par ailleurs, concernant les restrictions imposées au transfert de mineur par le Règlement FIFA, elles ont aussi été contestées à plusieurs reprises sur le fondement de la libre circulation des travailleurs²²⁹⁹. Les différents panels ont concédé, parfois avec réticences²³⁰⁰, que ces dispositions devaient être conformes au droit de l'UE, mais se sont toujours refusés dans les faits à reconnaître une incompatibilité de l'article 19 du règlement FIFA avec la libre circulation des travailleurs²³⁰¹.

Enfin, dans l'affaire Mutu²³⁰² un panel arbitral était confronté à la question de la compatibilité des dommages intérêts octroyés, par l'organe de règlement des litiges de la FIFA au profit de l'ancien club de Adrian Mutu, Chelsea, suite à la rupture pour faute du contrat du joueur (celui-ci avait été testé positif à la cocaïne). En effet, le joueur

²²⁹⁶ CAS 2007/A/1298 *Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian* & CAS 2007/A/1299 *Heart of Midlothian v/ Webster & Wigan Athletic FC* & CAS 2007/A/1300 *Webster v/ Heart of Midlothian*, sentence du 30 Janvier 2008

²²⁹⁷ "Finally, because of the potentially high amounts of compensation involved, giving clubs a regulatory right to the market value of players and allowing lost profits to be claimed in such manner would in effect bring the system partially back to the pre-Bosman days when players' freedom of movement was unduly hindered by transfer fees and their careers and well-being could be seriously affected by them becoming pawns in the hands of their clubs and a vector through which clubs could reap considerable benefits without sharing the profit or taking corresponding risks. In view of the text and the history of article 17 par. 1 of the FIFA Status Regulations, allowing any form of compensation that could have such an effect would clearly be anachronistic and legally unsound", *Ibid*, pt.81.

²²⁹⁸ TAS 2009/A/1960 *Trabzonspor c. LOSC Lille Métropole* & TAS 2009/A/1961 *LOSC Lille Métropole c. Trabzonspor & T.*, sentence du 5 mai 2010, pt.65-66.

²²⁹⁹ CAS 2008/A/1485 *FC Midtjylland A/S c. FIFA*, sentence du 23 juillet 2009; TAS 2011/A/2494 *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*, sentence du 17 mai 2011 et TAS 2012/A/2862 *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*, sentence du 11 Janvier 2013

²³⁰⁰ TAS 2012/A/2862 *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*, sentence du 11 Janvier 2013, pt.101-102.

²³⁰¹ *Ibid*, pt.103

²³⁰² CAS 2008/A/1644, *Adrian Mutu c. Chelsea Football Club Limited*, sentence du 31 juillet 2009

considérait que le montant des dommages et intérêts (17,173,990€) qui lui avaient été imposés, restreignait sa liberté de circulation. Le panel écarte le fait que la réglementation FIFA puisse être *in abstracto* contraire au droit de l'UE, il se propose d'analyser *in concreto* l'interprétation qui en a été proposée dans le cas d'espèce par la Chambre de résolution des litiges de la FIFA²³⁰³. Les arbitres considèrent que la réglementation FIFA, telle qu'elle a été interprétée par la Chambre, n'est pas contraire au droit de l'UE²³⁰⁴. Le panel écarte l'applicabilité de la liberté de circulation du travailleur sur le fondement de l'absence de discrimination²³⁰⁵, ignorant ainsi que la Cour de justice a élargi avec l'arrêt *Bosman* le champ d'application de cette liberté aux simples restrictions. De plus, le joueur étant de nationalité roumaine, le panel considère qu'il ne peut se prévaloir de la libre circulation des travailleurs garantie par les traités²³⁰⁶ (la Roumanie ne faisait, à l'époque, pas partie de l'UE).

Il est intéressant de constater que les arbitres du TAS ressentent le besoin de justifier, souvent *a minima*, de la compatibilité des règles de la *lex sportiva*, en l'occurrence principalement de la « *lex Fifa* », avec la liberté de circulation des travailleurs. En effet, bien que certains panels invoquent comme droit applicable la *lex sportiva* et le droit suisse, ils ne peuvent pas s'exonérer complètement d'un contrôle au visa du droit de l'UE, tout particulièrement lorsqu'il a été invoqué par les parties. Le contrôle lui-même demeure très sommaire en l'absence de mécanisme de dialogue avec la Cour de justice de l'UE et la Commission européenne. Le refus du Tribunal fédéral suisse d'imposer aux arbitres une obligation d'effectuer ce contrôle *ex officio*, n'est pas de nature à renforcer leur ardeur. Ainsi, la transplantation du droit de l'UE dans le contexte de la *lex sportiva* aboutit à une dilution de sa fonction de contre-pouvoir. L'interpréteur prend le dessus sur l'interprété pour imposer une interprétation très restrictive de la portée du droit de l'UE. Son vocabulaire et son armature conceptuelle sont préservés, mais sa capacité à se saisir et à menacer la *lex sportiva* s'est perdue. Le TAS a « parfaitement digéré le fait que l'autonomie de la *lex sportiva*, encore peu limitée par le droit international des droits de

²³⁰³ Ibid, pt.18.

²³⁰⁴ Ibid, pt.45.

²³⁰⁵ Ibid, pt.46.

²³⁰⁶ Ibid, pt.45.

l'homme, l'est largement par les normes de l'UE »²³⁰⁷. Par contre, il ne semble pas disposé à appliquer pleinement la fonction de contrôle du droit de l'UE. Alors, existe-t-il des mécanismes juridiques permettant à l'Union européenne de limiter, d'encadrer, de contrôler l'autonomie du TAS dans l'application du droit de l'UE? Et, si oui, en fait-elle usage ?

b. Le TAS saisi par le droit de l'UE

La dernière section de ce chapitre est consacrée à la place donnée au TAS dans le droit de l'UE. A ce jour, seuls trois sportifs et la compagnie ENIC ont tenté de contester sur le fondement du droit de la concurrence de l'UE, auprès de la Commission européenne, du Tribunal et de la Cour de justice de l'UE, les sentences du TAS rendues à leur rencontre²³⁰⁸. Ces tentatives n'ont pas été couronnées de succès. Il est envisageable qu'un tribunal arbitral puisse être considéré comme instrument d'un comportement anti-concurrentiel²³⁰⁹, mais la Commission considère jusqu'alors que ce n'est pas le cas du TAS²³¹⁰. De plus, elle refuse tout net de se transformer en une sorte de Cour d'appel en matière d'arbitrage sportif. Dans l'affaire ENIC évoquée ci-dessus la Commission a épousé, sans la citer, l'argumentation utilisée par le TAS pour reconnaître la compatibilité de la réglementation en cause avec le droit de la concurrence de l'UE. Il est difficile d'en tirer des conclusions générales sur le rapport entre le TAS et le droit de l'UE, à part que la Commission semble disposée à respecter l'analyse juridique proposée

²³⁰⁷ F. Latty in 'Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive', *Revue de l'Arbitrage*, n°3, 2013, p.795-798, p.798

²³⁰⁸ Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./ CIO*, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf); Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291; CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. I-06991; Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf); Décision de rejet de la Commission du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, Aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf).

²³⁰⁹ A. P. Komninos, 'Arbitration and EU Competition Law', <http://ssrn.com/abstract=1520105>, p.34

²³¹⁰ Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf), pt.40.

par les arbitres du TAS lorsqu'elle prend rigoureusement en compte l'application du droit de la concurrence dans une espèce particulière.

Dans l'affaire *Meca-Medina*, les plaignants alléguaient que « le CIO s'efforce de renforcer les effets des pratiques anticoncurrentielles décrites ci-dessus en mettant en place des instances arbitrales chargées de la résolution de litiges en matière de sport, à savoir le TAS, organisé et financé par le Conseil International de l'Arbitrage dans le Sport (ci-après CIAS), dont les décisions ne font pas preuve d'impartialité et d'indépendance en raison de l'existence de liens étroits entre elles et le CIO »²³¹¹. La Commission considère que les règles de lutte antidopage ne sont pas anticoncurrentielles²³¹², mais elle va tout de même procéder à l'analyse du rôle du TAS dans le système de la *lex sportiva*. Elle rappelle tout d'abord que les parties à un arbitrage auprès du TAS disposent toujours d'une voie de recours auprès du Tribunal fédéral suisse²³¹³. En pratique on a vu que ce contrôle est pourtant quasiment inexistant. Par ailleurs, la Commission cite la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse quant à l'indépendance du TAS²³¹⁴. Sur ce point, elle affirme que « [l']argument des plaignants selon lequel le TAS ne peut pas être considéré comme indépendant et impartial dès lors qu'il doit juger de l'éventuelle annulation d'une décision d'une fédération internationale fondée sur des normes et pratiques du CIO (même si la décision n'a pas été prise par le CIO), ne trouve pas de fondement dans l'arrêt précité du Tribunal fédéral suisse [...] »²³¹⁵. La Commission exclut, en l'espèce, que le TAS serve à pérenniser une infraction au droit de la concurrence, d'autant plus qu'une possibilité de recours (en annulation ou en révision) était encore ouverte²³¹⁶.

Dans l'affaire Cañas, la situation était analogue. Le plaignant affirmait que le CIAS était partie à une association d'entreprises visant à restreindre la libre concurrence²³¹⁷. La

²³¹¹ Décision de rejet de la Commission du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./.* CIO, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf), pt.24.

²³¹² Ibid, pt.63.

²³¹³ Ibid, pt.65.

²³¹⁴ Ibid, pt.66-67.

²³¹⁵ Ibid, pt.67.

²³¹⁶ Ibid, pt.68-69.

²³¹⁷ Décision de rejet de la Commission du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff.

Commission considère, cependant, que le CIAS et le TAS n'exercent pas d'activité économique. En effet, elle affirme que « [l]e TAS est une institution indépendante mettant au service du sport international une organisation apte à trancher tous les litiges juridiques ayant un lien avec le sport dans des délais très brefs et à un coût moindre »²³¹⁸. Ainsi, « [l]e rôle du TAS est comparable à celui d'un tribunal », d'autant plus qu'« [i]l rend des décisions arbitrales qui ont généralement la même force que des jugements de juridictions de droit commun »²³¹⁹. Elle en déduit que « [l]'exercice de ces activités de jugement, ainsi que l'administration et le financement de ces activités par le CIAS, ne peuvent être considérés comme constituant une activité économique »²³²⁰. De plus, au regard de l'absence de liens économiques et/ou juridiques entre l'AMA, l'ATP et le CIAS, il « n'y a donc aucune raison de supposer que les trois entités forment une seule entreprise ou une association d'entreprises »²³²¹. Enfin, la Commission reconnaît plus généralement la légitimité de la compétence du TAS. Elle constate qu'« en saisissant le TAS, le plaignant a obtenu une sentence en sa faveur et une réduction de la sanction, ce qui confirme que le TAS est une instance efficace en matière de résolution des conflits sportifs »²³²². Par ailleurs, concernant l'absence de consentement à l'arbitrage de la part du sportif, elle rappelle qu'une restriction à l'accès aux tribunaux ne saurait à elle seule caractériser une pratique anticoncurrentielle, elle ne peut venir qu'en soutien d'une pratique existante, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce²³²³. Enfin, en ce qui concerne l'évaluation de l'abus d'une position dominante, la Commission est d'avis que le CIAS ne saurait être considéré comme une entreprise et son activité ne saurait constituer un abus²³²⁴. Elle conclut « qu'elle n'est en aucun cas l'instance d'appel compétente pour régler ce type de conflits individuels »²³²⁵.

La Commission européenne s'est appuyée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse pour s'autolimiter dans son contrôle du TAS et de ses sentences sur le fondement

COMP/39471,

(accessible

à

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf), pt.21.

²³¹⁸ Ibid, pt.7.

²³¹⁹ Ibid, pt.23.

²³²⁰ Ibid.

²³²¹ Ibid, pt.27.

²³²² Ibid, pt.39.

²³²³ Ibid, pt.40.

²³²⁴ Ibid, pt.44.

²³²⁵ Ibid, pt.49.

du droit de la concurrence de l'UE. Elle préserve ainsi l'autonomie de la *lex sportiva*, car, sinon, « tout l'édifice patiemment construit par le Mouvement sportif pour préserver le plus possible son autonomie au travers du recours systématique à l'arbitrage du TAS serait mis en danger »²³²⁶. La Commission a d'ailleurs récemment reconnue, dans un « arrangement » avec l'UEFA, que « [l']arbitrage est un instrument facultatif de poids qui permet de régler les litiges dans le sport et de faire en sorte que les règles sportives soient appliquées, interprétées et mises en œuvre de manière efficace et uniforme, tout en assurant le respect des règles juridiques applicables et des garanties procédurales au sein et en dehors de l'Union européenne »²³²⁷. Elle refuse donc pour le moment d'incarner la « valve »²³²⁸ de sécurité qu'on a pu voir en elle. Cependant, les outils juridiques nécessaires à un contrôle *a posteriori* des sentences du TAS sur le fondement du droit de l'UE sont disponibles au niveau national, comme européen. Il suffit juste que les juges et la Commission se décident à les utiliser pour que la dynamique du contrôle réflexif soit réenclenchée²³²⁹.

III. Conclusion du chapitre

L'émergence du TAS doit se concevoir de manière dynamique, en réaction à l'interventionnisme, à l'irritation externe provoquée, notamment, par l'arrêt *Bosman*. En bref, le TAS est la forme institutionnelle que prend l'adaptation de la *lex sportiva* à sa saisie par le droit de l'UE. A cette fin, le TAS joue un double jeu ambigu. D'une part, il introduit un recours face aux abus de pouvoir et à l'arbitraire des organisations sportives internationales. De l'autre, il sanctifie l'autonomie de la *lex sportiva* et l'isole efficacement du contrôle potentiel exercé par les tribunaux nationaux sur le fondement du droit de l'UE. Ainsi, il complexifie, et renchérit le coût, d'une contestation de la *lex*

²³²⁶J.-L. Chappelet, *L'autonomie du sport en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, 2010, p.29.

²³²⁷ Article 2.14. de *l'arrangement de coopération entre la Commission européenne et l'Union des associations européennes de football (UEFA)*, 14 octobre 2014, C(2014) 7378 final.

²³²⁸“Interestingly, given the resort of some athletes to the European Commission for an alleged violation of EU competition law, and of some others to the European Court of Human Rights for an alleged violation of their human rights, one might argue that there are even further safety valves for CAS proceeding.” M. Coccia, ‘The jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal on challenges against CAS awards’, *Bulletin TAS/CAS*, 2/2013, p. 2-17, p.17.

²³²⁹ Voir, A. Duval, ‘The Court of Arbitration for Sport and EU law : Chronicle of an Encounter’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, à paraître. La décision très récente de l'OLG Bremen est là pour nous le rappeler, voir OLG Bremen, 30 décembre 2014, 2 U 67/14.

sportiva en dehors de son enceinte. Mais, la création du TAS est intrinsèquement paradoxale, car si elle isole la *lex sportiva* du droit de l'UE, elle sépare aussi le pouvoir judiciaire du pouvoir exécutif et législatif encore logés au sein des organisations sportives internationales²³³⁰. Nous assistons avec cette séparation à une forme embryonnaire de démocratisation de la *lex sportiva*.

Il est extrêmement important de comprendre que cette transformation, ce processus de démocratisation, est intimement lié à la pression juridique exercée par le droit de l'UE depuis l'arrêt *Bosman*. Or, cette pression ne va pas disparaître avec l'apparition du TAS, celui-ci a seulement offert un répit passager à la *lex sportiva*. Le droit de l'UE est parfaitement capable d'exercer un contrôle sur les sentences du TAS et de continuer à faire office d'épouvantail pour œuvrer à la démocratisation de la *lex sportiva* et donc par exemple au renforcement de l'indépendance du TAS. Ainsi, la Commission pourrait user du droit de la concurrence, pour imposer certaines réformes institutionnelles au TAS. Elle doit, seulement, reconnaître que l'indépendance du TAS est loin d'être incontestable. De plus, les juges nationaux, et *in fine* la Cour de Justice de l'UE, ont la possibilité de contrôler sérieusement la compatibilité des sentences adoptées avec le droit de la concurrence de l'UE (et probablement des libertés fondamentales) via le contrôle exercé au nom de l'ordre public. Tout cela toujours dans l'optique non pas de détruire la *lex sportiva* et/ou le TAS, mais de pousser plus avant sa démocratisation.

Le TAS est le symbole de la dynamique d'auto-constitutionnalisation comme stratégie d'adaptation de la *lex sportiva* face à l'intervention du droit de l'UE. Il traduit la force réflexive du droit de l'UE, une poignée de fonctionnaires à Bruxelles et de juges à Luxembourg, incapables de suppléer en pratique les organisations sportives internationales, ont réussi à leur imposer par le droit une mutation politique et institutionnelle remarquable.

²³³⁰ Le pouvoir législatif en matière de dopage se trouve principalement localisé auprès de l'AMA, voir Chapitre 1 sous ce titre.

Conclusion du Titre 2

Les fabriques de la *lex sportiva* évoluent et l'intervention du droit de l'UE n'est certainement pas étrangère au sens que cette évolution a pris. Le système institutionnel de la *lex sportiva* plie et mute sous la pression de la critique juridique venant de Luxembourg et de Bruxelles. Cette adaptation épouse des formes institutionnelles atypiques, elle détourne des figures juridiques classiques pour laisser place à des hybrides inconnus jusqu'alors. On constate le caractère paradoxal de la dynamique à l'œuvre : la clôture appelle l'ouverture. L'autonomie de la *lex sportiva* ne peut être préservée, renforcée même, qu'en ouvrant ses procédures législatives à des acteurs extérieurs (dans le cadre de l'AMA), qu'en divisant les pouvoirs internes (le TAS est un embryon de pouvoir judiciaire indépendant), qu'en abandonnant une part de son arbitraire et en développant des procédures inclusives nouvelles. La structure institutionnelle de la *lex sportiva*, mise à l'épreuve par l'arrêt *Bosman*, fait sa mue. Cette transformation se réalise analogiquement au double-mouvement envisagé par Polanyi dans son ouvrage *La grande transformation*, vient d'abord l'émancipation constitutionnelle de la *lex sportiva* reflétée dans l'autonomisation de son système juridique, suivie d'un contre-mouvement d'encadrement et d'auto-limitation constitutionnelle de celle-ci²³³¹. Dès lors, l'AMA et le TAS symbolisent cette constitutionnalisation et démocratisation progressive de la *lex sportiva*, un véritable « constitutionnalisme sociétal »²³³² est en marche. Cette dynamique constitutionnelle est provoquée par l'irritation qu'exerce le droit de l'UE sur la *lex sportiva*, afin de la préserver il est donc essentiel que celui-ci conserve sa capacité de saisie et de contrôle. En pratique, il a démontré sa disponibilité à continuer d'agir pour contrecarrer l'AMA et le TAS si nécessaire, sa force de frappe juridique dissuasive est entière.

²³³¹Pour Gunther Teubner: "Analogous to Karl Polanyi's analysis of the transformation of modernity, there is a 'double movement' of transnational constitutionalism: first the expansion of sub-systems is supported by constitutive norms, and second, turbulent social conflicts force its inhibition by limitative norms that create a sphere of the commons in the centre of the economy." in 'Societal Constitutionalism and the Politics of the Common', *Finnish Yearbook of International Law*, Volume 21, 2010, p.111-124, p.119.

²³³²Ibid. Voir aussi G. Teubner, 'Constitutionalising Polycontextuality', *Social and Legal Studies* Volume 19, 2010, p.1-25.

CONCLUSION DE LA PARTIE

La *lex sportiva* a muté et l'intervention du droit de l'UE y est pour beaucoup. Le contre-pouvoir qu'incarne l'Union européenne dans l'espace transnational est avant tout réflexif. Elle force la *lex sportiva* à se repenser elle-même, à s'ouvrir aux personnes qu'elle affecte, à prendre en compte son environnement. Cette prise de conscience ne peut venir uniquement de la *lex sportiva*, elle est le résultat d'une irritation extérieure qui lui force la main. En cela l'Union européenne incarne aujourd'hui l'idéal « contre-démocratique »²³³³ dans l'espace politique et juridique transnational en construction.

La démocratisation, au sens de l'ouverture progressive des processus de production des règles à la participation des acteurs affectés par ces règles, de la *lex sportiva* se fait de manière atypique. Des espaces politiques s'ouvrent aux endroits les plus improbables, notamment dans les couloirs de la DG Concurrence de la Commission, où sont en ce moment débattus l'avenir de la réglementation FIFA des transferts et du Fair Play Financier de l'UEFA. Dans le même temps, on s'essaye, encore maladroitement, au dialogue social dans le football. Cette dynamique vise à (r)ouvrir la discussion sur le contenu des règles de la *lex sportiva* et non pas à imposer des normes substantielles aux organisations sportives.

Parallèlement, cette démocratisation se traduit institutionnellement dans les changements à l'œuvre au cœur même de la fabrique de la *lex sportiva*. On assiste à une séparation progressive des pouvoirs judiciaires, législatifs et exécutifs. L'AMA et le TAS incarnent cette dynamique de séparation des pouvoirs. En effet, l'AMA est devenu le législateur, formellement distinct des organisations sportives, des règles mondiales antidopage. Son indépendance vis-à-vis des organisations sportives est nécessairement relative, mais elle repose aussi sur des procédures nouvelles en termes tant de transparence que d'ouverture de ses processus législatifs. De plus, la séparation formelle

²³³³P. Rosanvallon, *La Contre-démocratie: La politique à l'âge de la défiance*, Le seuil, 2006.

avec l'exécutif des organisations sportives est actée. Parallèlement, l'émergence du TAS constitue un embryon de pouvoir judiciaire indépendant au sein de la *lex sportiva*. L'amorce d'un contre-pouvoir interne à celle-ci. On a vu que cette indépendance était tout aussi relative, mais cette relativité doit elle aussi être relativisée. Comparé aux organes judiciaires internes aux organisations sportives, le TAS est un modèle d'indépendance.

Enfin, cette dynamique réformatrice de la *lex sportiva* encouragée par l'Union européenne n'est pas finie. Au contraire, le droit de l'Union de part sa flexibilité dans sa capacité de saisie de la *lex sportiva* peut à tout instant la relancer, pour, par exemple, imposer une plus grande indépendance au TAS. C'est là la force du droit de l'UE dans l'espace transnational. L'Union européenne ne constitue pas, dans l'état actuel des choses, l'Etat fédéral espéré par certains. Cependant, de part son droit, il peut incarner la contre-démocratie dans l'espace transnational.

CONCLUSION GENERALE

« Nan je sais pas... franchement, l'Europe moi ça me fait pas penser à grand chose... à part le foot (rires) ».

« « Pour moi l'Europe c'est l'UEFA ! »²³³⁴

« On comprend mieux, maintenant, pourquoi l'Europe représente moins un étage supplémentaire de l'édifice étatique qu'un principe d'organisation transnational qui en bouleverse la composition. Avec elle, on perçoit que l'Etat n'est plus la seule instance publique d'intégration, que le territoire n'est pas le seul espace politiquement pertinent, que la citoyenneté nationale peut composer avec d'autres citoyennetés, que les hiérarchies normatives peuvent s'alterner et s'enchevêtrer, que la souveraineté peut être relative sans disparaître pour autant, que l'autonomie, enfin, peut se concilier avec l'interdépendance. »²³³⁵

Cette thèse visait à étudier un terrain juridique très particulier, celui de la *lex sportiva* et de sa relation avec le droit de l'Union européenne. Dans cette optique, on s'est attaché à retracer le plus fidèlement possible l'histoire de cette rencontre juridique transnationale. Elle nous a mené à nous intéresser à quatre dimensions principales: la force du droit de l'UE, les techniques du « transnationalisme délibératif », les nouveaux modes de co-production de la *lex sportiva* et les nouvelles fabriques de la *lex sportiva*.

I. La force transnationale du droit de l'UE

Le premier élément mis en lumière c'est la force du droit de l'UE dans l'espace juridique transnational. On a constaté que les libertés fondamentales et le droit de la concurrence étaient capables de capturer et de contrer la *lex sportiva*. On peut y voir une forme

²³³⁴ Extrait d'un entretien publié dans P-E. Weill, '« « Plutôt l'UEFA que l'UE ! ». » (dés)enchantement de l'identification à l'Europe des jeunes de milieux populaires issus de l'immigration', *Politique européenne*, 2010/1 n° 30, p. 107-130, p.114.

²³³⁵F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.76.

d'« autotransformation cosmopolitique de l'Etat »²³³⁶ réussie. En effet, pour Ulrich Beck « [s]eules les solutions transnationales, dont la condition est la déterritorialisation de la politique et de l'Etat par la création d'alliances de coopération et de régimes internationaux, offrent la possibilité de parvenir à des solutions pour régler les problèmes cruciaux de notre siècle »²³³⁷.

En s'appuyant sur sa téléologie, le droit de l'UE a démontré sa flexibilité doctrinale. La reconnaissance de la *lex sportiva*, comme équivalent fonctionnel du droit étatique dans le cadre de l'application des libertés fondamentales illustre la capacité du droit de l'UE à se départir des critères formels qui caractérisent la distinction public/privé au niveau national et paralyse l'Etat national dans le jeu politique et juridique transnational. Mais, cette force est aussi la force politique du collectif, là où les Etats seuls sont prisonniers d'une relation asymétrique avec des pouvoirs transnationaux, l'Union européenne brise cette asymétrie et renforce par là-même la capacité de résistance des Etats. En effet, dans le même temps, le rapport de force entre *lex sportiva* et droits nationaux se modifie aussi en faveur des seconds, qui peuvent s'appuyer sur le droit de l'UE pour contrer la puissance transnationale de la première. Le droit de l'UE incarne alors un contre-pouvoir démocratique au service des acteurs affectés par la *lex sportiva*²³³⁸. Ceux-ci peuvent s'appuyer sur l'interprétation large du champ d'application des libertés fondamentales et du droit de la concurrence pour contester la *lex sportiva*. S'ouvrent alors de nouvelles perspectives pour la légitimité du droit de l'UE, celui-ci n'est pas seulement un moyen de compenser les dérives potentiellement xénophobes des démocraties nationales²³³⁹, mais devient aussi un véhicule pour contrecarrer les pouvoirs privés transnationaux et les règles qu'ils imposent.

L'arrêt *Bosman* est, de loin, l'arrêt le plus connu de la Cour de justice en dehors du cercle des initiés au droit de l'UE. Il a même donné lieu à la création d'un substantif en anglais « a Bosman », c'est-à-dire un transfert gratuit d'un joueur en fin de contrat. Mais, dans

²³³⁶Pour Ulrich Beck la question fondamentale posée à l'Etat par la mondialisation est : « Comment faire en sorte qu'une autotransformation cosmopolitique de la politique et de l'Etat devienne possible ? » U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.315.

²³³⁷Ibid, p.328.

²³³⁸P. Rosanvallon, *La Contre-démocratie: La politique à l'âge de la défiance*, Le seuil, 2006.

²³³⁹M. Poiares Maduro, *We The Court. The European Court of Justice and The European Economic Constitution*, Hart, 1999.

l'imaginaire collectif, il reste accolé à l'idée que l'Union européenne est un monstre néolibéral qui a imposé une commercialisation sauvage au « beautiful game ». Or, nous avons essayé de déconstruire cette interprétation, qui s'appuie sur une lecture partielle de la jurisprudence de la Cour. En effet, elle réduit l'action de la Cour à la saisie de la *lex sportiva* et omet de rendre compte de l'élément central du contrôle exercé: le contrôle de proportionnalité. Ce contrôle de proportionnalité ne vise pas à libéraliser la *lex sportiva*, mais à la démocratiser en imposant aux autorités privées qui la contrôlent un devoir de justification²³⁴⁰. La force du droit de l'UE, c'est d'avoir la capacité d'imposer cette obligation à la *lex sportiva*. Elle illustre la position privilégiée de l'UE sur l'échiquier du nouveau « méta-jeu politique mondiale »²³⁴¹. Nous pensons que la prise de conscience de cette position de force par les citoyens européens et des possibilités qu'offre le droit de l'UE pour l'opérationnaliser est susceptible de renforcer la légitimité de l'UE. En bref, la conceptualisation de l'UE comme un contre-pouvoir démocratique dans la mondialisation est susceptible de combler en partie son « déficit démocratique ».

II. Vers un « transnationalisme délibératif » entre le droit de l'UE et la *lex sportiva*

Cette force juridique du droit de l'UE ne s'exprime pas sans limite, elle n'est pas aveugle ni impérialiste. C'est un contre-pouvoir et non un pouvoir. Au contraire, elle est soucieuse de préserver l'autre, ce respect s'exprime à travers le contrôle de proportionnalité des règles de la *lex sportiva*. Ce contrôle n'est pas identique à celui opposé aux Etats membres, car il tient compte de la forme spécifique de la *lex sportiva*, il s'adapte au contexte particulier. Paradoxalement, aux yeux de la légitimité chancelante du CIO ou de la FIFA, il est souvent plus doux et respectueux de l'autonomie de la *lex*

²³⁴⁰M. Cohen-Eliya et I. Porat, 'Proportionality and the Culture of Justification', *American Journal of Comparative Law*, Volume 59, n°2, 2011, p.463-490 et J. Neyer, *The Justification of Europe: A Political Theory of Supranational Integration*, Oxford University Press, 2012.

²³⁴¹« Le scénario unique dans lequel les Etats nationaux et le système des relations internationales entre Etats déterminaient l'espace collectif de l'agir politique – ce scénario est mis en pièces à la fois de l'intérieur et de l'extérieur, et remplacé ensuite par un méta-jeu de pouvoir plus complexe, qui fait fi des frontières et modifie les règles du pouvoir, un méta-jeu riche de paradoxes, imprévisible, touchant la sphère infra-politique comme la politique mondiale, et dont l'issue est ouverte. » U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003, p.28.

sportiva que des lois adoptées démocratiquement par les Etats membres. Cependant, le test de proportionnalité permet de réouvrir le débat politique entourant l'adoption d'une règle particulière en acceptant de discuter son économie propre. La Cour ne déploie pas dans ce contexte le biais dé-régulateur qu'on a pu souvent lui reprocher. Au contraire, il semble que face à des règles qui n'ont plus comme objet, ou comme effet, de segmenter le marché intérieur, mais simplement de réguler une sphère sociale transnationalisée, elle s'avère disposée à accueillir positivement une restriction des libertés économiques (que ce soit dans le cadre du droit de la concurrence ou des libertés fondamentales). De plus, elle est ouvertement encouragée par l'article 165 TFUE à faire preuve de bienveillance vis-à-vis de la *lex sportiva*.

Le contrôle de proportionnalité est le mécanisme juridique qui ouvre le dialogue dans l'espace juridique transnational. En lieu et place du syllogisme juridique qui prône une logique binaire du dedans et du dehors conceptuel, est employée une méthode juridique qui prône la gradation et l'évaluation contextuelle. Ainsi, quand le flou règne, le contrôle de proportionnalité laisse une marge de manœuvre importante au juge. Celle-ci lui permet de faire preuve de sensibilité contextuelle, tout en imposant un véritable devoir de justification à la *lex sportiva*. L'introduction de ce type de mécanisme juridique permet d'exprimer une souveraineté relative dans l'espace juridique transnational. On ne peut pas, dès lors, reprocher à l'Union européenne de ne pas prendre la constitutionnalisation des droits privés transnationaux au sérieux²³⁴². Leurs fonctions publiques et les objectifs légitimes qu'ils remplissent sont intégrés à son logiciel juridique. Dès lors, il n'est jamais question d'abolir ou de détruire la *lex sportiva*, l'UE reconnaît que celle-ci est incontournable (cette reconnaissance est particulièrement évidente au regard de la transposition du contrôle de proportionnalité en droit de la concurrence). Les rêves les plus fous du post-modernisme constitutionnel semblent se

²³⁴² Sur cette constitutionnalisation voir K-H. Ladeur et L. Vellechner, 'Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte. Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes', *Archiv des Völkerrechts*, Volume 46, 2008, p. 42-73, pp. 71-72 et G. Teubner, *Constitutional Fragments*, Oxford University Press, 2012. Voir aussi dans le cadre du droit de l'UE, H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, p.661-673.

réaliser, l'approche juridique est procédurale et expérimentale, elle vise à imposer des contraintes négatives qui permettent à la *lex sportiva* de se repenser de l'intérieur²³⁴³.

III. Les nouveaux modes de production de la *lex sportiva* à l'ombre du droit de l'UE

Nous avons essayé de concevoir la relation entre la *lex sportiva* et le droit de l'UE comme une interaction juridique en forme de double mouvement : à l'interventionnisme du droit de l'UE répond l'auto-constitutionnalisation de la *lex sportiva*. Ces deux mouvements stylisés ne peuvent être séparés aussi nettement. En effet, une partie des nouveaux modes de production de la *lex sportiva* qui émergent s'épanouie à l'ombre du droit de l'UE ou avec son soutien actif. Autrement dit, l'arrêt *Bosman* entraîne un « New Deal sportif »²³⁴⁴, car « en faisant céder la forteresse de la réglementation autonome du sport, [il] déstabilise le système hiérarchique des autorités du football »²³⁴⁵ (et du sport en général).

En s'appuyant sur sa compétence en droit de la concurrence, et en mobilisant les espaces de négociations offerts par sa procédure de mise en oeuvre, la Commission européenne a pu s'octroyer un rôle de chef d'orchestre d'un nouveau processus politique de production des règles de la *lex sportiva*. Elle a pu, sous la menace d'une action sur le fondement du droit de la concurrence, ré-ouvrir le débat législatif autour des règles de la *lex sportiva*. Parallèlement, en s'appuyant sur l'opportunité offerte par le dialogue social européen institué par le droit de l'UE, une nouvelle procédure législative à vu le jour en ce qui concerne la régulation du football professionnel. Elle est encore à un stade expérimental, sa portée étant minée par de nombreuses incertitudes concernant la mise en oeuvre de l'unique accord conclu, surtout elle doit encore trouver sa place au sein même de la *lex sportiva*. On peut voir dans ses développements une

²³⁴³Voir la proposition de « post-modern constitutional theory » de Karl-Heinz Ladeur dans 'Post-Modern Constitutional Theory: A Prospect for the Self-Organising Society', *Modern Law Review*, Volume 60, n°5, September 1997, p.617-629, pp.626-629.

²³⁴⁴O. Le Noé, 'Le New Deal sportif après l'arrêt Bosman : stratégie judiciaire et reconfiguration des relations professionnelles dans le football', in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p.201-214.

²³⁴⁵Ibid, p.206.

ouverture progressive des procédures législatives de la *lex sportiva*, dominées jusqu'alors par les administrations technocratiques et anti-démocratiques que constituent les organisations sportives internationales, aux acteurs affectés par ces règles. Ainsi, le droit de l'UE n'est pas uniquement un outil pour contrecarrer la *lex sportiva*, il met aussi à disposition des acteurs des procédures de négociations pour ré-ouvrir la discussion politique sur sa forme et son contenu. Le contre-mouvement réformateur de la *lex sportiva* s'est parfois exprimé via des procédures propres au droit de l'UE, mais il a connu son impact le plus durable dans l'émergence de nouvelles fabriques de la *lex sportiva* au cœur même de son système institutionnel.

IV. Les nouvelles fabriques de la *lex sportiva*

Enfin, l'intervention du droit de l'UE a contraint la *lex sportiva* à faire preuve de réflexivité institutionnelle. En effet, en réaction à l'intrusion du droit de l'UE, celle-ci a adapté ses institutions au défi juridique qui lui a été imposé. De nouvelles fabriques de la *lex sportiva* ont vu le jour : le TAS et l'AMA. Selon nous, on doit interpréter leur émergence comme un « dommage collatéral » de l'arrêt *Bosman*. L'effet réflexif du droit de l'UE permet à la *lex sportiva* d'exprimer sa créativité institutionnelle et la force à rechercher son autonomie dans la réforme de ses propres fabriques. Le paradoxe étant que dans sa recherche d'autonomie, celle-ci se voit contrainte de s'auto-constitutionaliser en divisant les pouvoirs internes et en ouvrant ses processus politiques.

Le TAS est typique à cet égard, les organes exécutifs internes aux organisations sportives se dépossèdent d'une partie de leur pouvoir de dire la *lex sportiva*, afin de préserver l'existence et l'autonomie de celle-ci. Bien que l'indépendance du TAS soit contestable, il demeure bien plus indépendant que les anciens « tribunaux » des organisations sportives. Il autonomise nécessairement, au moins partiellement, son interprétation des règles de la *lex sportiva*. On peut, dès lors, l'assimiler à l'émergence d'un pouvoir judiciaire indépendant au cœur de celle-ci. Similairement, la fondation de l'AMA est le fruit de cette stratégie paradoxale de préservation de l'autonomie de la *lex sportiva*. Elle aboutit à l'intégration des Etats dans une institution hybride chargée de produire les normes antidopage. La dynamique est similaire, on assiste en interne à une

diffusion du pouvoir de produire les règles afin de renforcer l'autonomie de l'ensemble. Ainsi, sous l'impulsion du droit de l'UE, les contours de la fabrique institutionnelle de la *lex sportiva* sont en train d'être redessinés. Toutefois, ces nouvelles fabriques ne sauraient échapper à la compétence du droit de l'UE. En effet, celui-ci reste en surplomb, telle une épée de Damoclès imposant une réflexivité sociale toujours plus grande à une *lex sportiva* sensibilisée à son environnement.

Nous pensons que cette rencontre juridique atypique a encore beaucoup à nous apprendre sur les mécanismes juridiques à l'oeuvre dans un monde en voie de transnationalisation. Elle ouvre des perspectives nouvelles encore inexplorées sur la fonction du droit de l'UE et sa légitimité. Elle ouvre des perspectives nouvelles sur la trajectoire suivie par la *lex sportiva* et sur la démocratisation progressive d'une autorité privée transnationale. Nous espérons qu'elle servira de point de départ pour une étude plus approfondie des mécanismes juridiques qui régissent la *lex sportiva* et de leur signification pour un droit en voie de transnationalisation. Cette thèse se voulait une étude descriptive, prise d'un angle de vue juridique original, sur une rencontre à la fois sur et sous-étudiée. Elle est aussi une contribution à l'observation, et donc à l'invention, d' « un monde dans lequel les phénomènes eschériens pourraient exister »²³⁴⁶. Elle propose une réinterprétation de cette rencontre, qui est placée dans le contexte plus général de la transnationalisation contemporaine de nos sociétés et du retournement du plateau jeu juridique et politique dans la mondialisation. Le produit fini n'est jamais entièrement satisfaisant, mais nous espérons qu'il aura contribué à nourrir certaines réflexions, à provoquer les imaginations, et à poser de nouvelles questions.

Au-delà de ces considérations relevant de la théorie et de la doctrine juridique, cette thèse est aussi un cri du cœur. A un moment où l'Union européenne est à la dérive, où le nationalisme pointe son vilain nez, elle ambitionne de promouvoir une réinterprétation réaliste d'une rencontre juridique que l'on a presque unanimement caricaturée par le passé. Le football parle aux citoyens européens²³⁴⁷, l'arrêt *Bosman* fait partie de leur

²³⁴⁶F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002, p.6.

²³⁴⁷ Pour un exemple particulièrement saisissant voir P-E. Weill, '« « Plutôt l'UEFA que l'UE ! ». » (dés-)enchantement de l'identification à l'Europe des jeunes de milieux populaires issus de l'immigration', *Politique européenne*, 2010/1 n° 30, p. 107-130.

vocabulaire, il est donc essentiel pour la survie même de l'Union européenne de déconstruire le mythe auto-réalisateur d'un arrêt *Bosman* à l'ambition exclusivement dé-régulatrice. A cet égard, notre thèse vise à expliquer les nuances juridiques de l'intervention du droit de l'UE et à décrire l'effet réflexif qu'il a eu sur la *lex sportiva*. L'Union européenne ne gagnera en légitimité aux yeux des citoyens européens que si elle est perçue comme un bouclier, un contre-pouvoir démocratique, face à l'arbitraire privé libéré par la mondialisation. Vingt ans après l'arrêt *Bosman*, il nous semblait nécessaire de montrer que celui-ci constitue un pas dans ce sens.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

- R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2010
- K. Alter, *Establishing the Supremacy of European law : The Making of an International Rule of law in Europe*, Oxford University Press, 2003
- G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power : The dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart, 1997
- W. Andreff, *Économie internationale du sport*, Presses Universitaires de Grenoble, 2010
- J-B. Auby, *La Globalisation le droit et l'Etat*, Montchrestien, 2003
- B. Badie et M-C Smouts, *Le retournement du monde : sociologie de la scène internationale*, Dalloz, 1992
- M. Baddeley, *L'association sportive face au droit : les limites de son autonomie*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1994
- J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, 2002
- A. Barak, *Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012
- C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2004
- J. Basedow, *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, R.C.A.D.I., 1997, vol. 264, pp.9-178
- U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Flammarion, Champs Essais, 2003
- U. Beck et E. Grande, *Pour un empire européen*, Flammarion, 2007
- U. Beck, *World at Risk*, Polity, 2008
- P.S. Bermann, *Global Legal Pluralism : A jurisprudence of law beyond borders*, Cambridge University Press, 2012
- R. Blanpain, *Le statut du sportif en droit international, droit européen, droit belge fédéral et communautaire*, Larcier, 2004

G-P. Callies et P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A theory of transnational private law*, Hart, 2010

L. Casini, *Diritto globale dello sport*, Giuffrè, 2011

J-G. Castel, *The extraterritorial effect of antitrust laws*, R.C.A.D.I., 1983, vol.179, pp.9-144

L. Chabaud, C. Dudognon, D. Primault, *Le sportif et la communauté européenne : Le « statut social » du sportif de haut niveau*, Paris, Dalloz, 1993

D. Chalmers, *European Union Public Law*, Cambridge University Press, 2010

D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2013

J-L. Chappellet, *L'autonomie du sport en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, 2010

J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., 2^e édition, 2009

A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006

M. Cohen-elyat et I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, 2013

P. Craig et G. de Búrca, *EU Law*, Oxford University Press, 5th Edition, 2011

P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2012

C. Cutler, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003

M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit (I)*, Seuil, 2004

M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (II)*, Seuil 2006

Y. Dezalay, *Marchands de droit: La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992

Y. Dezalay et B. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996

G. Duval, *Made in Germany*, Seuil, 2013

E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Auflage 1989

N. Elias et E. Dunning, *Quest for excitement, Sport and Leisure in the civilising process*, Blackwell, Oxford, 1986

N. Emiliou, *The Principle of proportionality in European law: A Comparative Study*, Kluwer, 1996

M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, RCADI, 1995, t. 253, pp. 9-282

M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, cours au Collège de France 1978-1979*, éd. Gallimard/Seuil, 2004

M. Freedland and J-B. Auby (dir.), *The Public Law/Private Law Divide : Une entente assez cordiale*, Hart Publishing, 2006

T. Friedmann, *La terre est plate*, éditions Saint-Simon 2006

S. Gardiner, M. James, R. Welch, J. O'Leary, S. Boyes, I. Blackshaw et A. Caiger, *Sports Law*, Cavendish Publishing, Second Edition, 2001

C. Garrigues, *Activités sportives et droit communautaire*, Université de Strasbourg, 1982

D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe : Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2nd edition, 2001

D. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford University Press, 2010

S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution – A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, 2005

B. Goldman, *Les Champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, R.C.A.D.I, 1969, vol.128, pp.631-729

J. Habermas, *Droit et démocratie, Entre Faits et Normes*, Gallimard, 1997

J. Habermas, *Après l'Etat-Nation : Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000

J. Habermas, *Zur Vefassung Europas*, Suhrkamp, 2011

H.L.A. Hart, *Le Concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2^{nde} édition, 2005

F. Hayek, *La route de la servitude*, Presses Universitaires de France, 6^{ème} édition, 2013

L. Idot, *Droit Communautaire de la Concurrence*, Bruylant 2004

N.C. Ipsen, *Private Normenordnungen als Transnationale Recht ?*, Duncker & Humboldt, 2009

A. Jennings, *The New Lords of the Rings*, Pocket Books, 1996

R. Joliet, *The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market Law in Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff, 1967.

J-L. Karaquillo, *Le droit international du sport*, R.C.A.D.I, 2004, vol. 309, pp.9-124

M. Klatt et M. Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012

M. Krogman, *Grundrechte im Sport*, Dunckler & Humblot, 1998

J. Laroche, *Politique Internationale*, 2^e édition, LGDJ 2000

B. Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La découverte, 2004

- F. Latty, *Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007
- N. Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humbolt, 1974
- N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Surhkamp 1995
- M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, L.G.D.J., 2011
- A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité: Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Thèse Paris 1, 2013
- P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques*, R.C.A.D.I., 2007, vol. 327, pp. 9-377
- G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007
- M-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation : Confrontations et mutations*, Dalloz, 2006
- J. Neyer, *The Justification of Europe: A Political Theory of Supranational Integration*, Oxford University Press, 2012
- O. Odudu, *The boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006
- F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de Saint Louis, 2002
- R. Parrish, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003
- R. Parrish et S. Miettinen, *The Sporting Exception in European Union Law*, TMC ASSER Press, 2008
- E. Piontek, *European Integration and Economic Interdependence*, R.C.A.D.I., 1992-V, vol. 236, pp.9-126
- M. Poiares Maduro, *We The Court. The European Court of Justice and The European Economic Constitution*, Hart, 1999
- F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, 1977
- F. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, R.C.A.D.I., 1989-I, vol.213, pp.13-407
- A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005

P. Rodière, *La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, 1987

P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J., 2008

R. Rogowski et T. Wilthagen, *Reflexive Labour Law*, Kluwer, 1994.

R. Rogowski, *Reflexive Labour Law In The World Society*, Edward Elgar, 2013.

S. Romano, *L'ordre Juridique*, traduit par L. François et P. Gothot, Dalloz, 1975

P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat-providence*, Le Seuil, 1981

P. Rosanvallon, *La Contre-démocratie: La politique à l'âge de la défiance*, Le seuil, 2006

P. Rosanvallon, *La société des égaux*, Le Seuil, 2011

X. de Roux et D. Voillemot, *Le droit de la concurrence de la C.E.E*, Gide Loyrette Nouel, 1982

S. Sassen, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Columbia University Press, 1996

S. Sassen, *Territory, authority, rights : from medieval to global assemblages*, Princeton University Press 2006

W. Sauter et H. Schepel, *State and Market in European Union Law The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, 2009

M. Schmitt, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009

G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, L.G.D.J., 1990

F. Souty, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2003

S. Strange, *Le retrait de l'Etat : La dispersion du pouvoir dans l'économie mondiale*, édition du Temps présent, 2011

A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, 1994

W. Twining, *Globalization and Legal theory*, Cambridge University Press, 2000

G. Teubner, *Constitutional Fragments*, Oxford University Press, 2012

W. Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global perspective*, Cambridge University Press, 2009

S. Van den Bogaert, *Practical Regulation of the Mobility of Sportsmen in the EU Post Bosman*, Kluwer Law International, 2005

B. Van Rompuy, *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy?*, Kluwer, 2012

- D. Von Daniels, *The Concept of Law from a Transnational Perspective*, Ashgate, 2010
- N. Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, 2014
- S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007
- G. Webber, *The negotiable constitution: On the limitation of rights*, Oxford University Press, 2009
- R. Wesseling, *The Modernization of EC Anti Trust law*, Hart, 2000

Ouvrages collectifs

- L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011
- C. Barnard et J. Scott (dir.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart, 2002
- C. Barnard et O. Odudu (dir.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, 2009
- J-S. Bergé, M. Forteau, M-L. Niboyet et J-M. Thouvenin (dir.) *La Fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, 2011
- I.S. Blackshaw, R.C.R. Siekmann et J.W. Soek (dir.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC ASSER Press, The Hague, 2006
- R. Blanpain (dir.), *The future of sports law in the European Union*, Kluwer 2008
- E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002
- R. Bruce Hall et T. J. Biersteker (dir.) *The Emergence of Private Authority in Global governance*, Cambridge University Press, 2002
- F. Brunet et G. Canivet (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J, 2008
- P. Collomb (dir.), *Sport, Droit et Relations Internationales*, Economica, 1988
- E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013
- E. Ellis (dir.), *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999
- M. Freedland and J-B. Auby (dir.), *The Public Law/Private Law Divide : Une entente assez cordiale*, Hart Publishing, 2006
- S. Gardiner, R. Parrish et R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy - Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009

- H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux n°18, 2003
- G. Huscroft, B. W. Miller et G. Webber (dir.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2014
- C. Joerges, I.-J. Sand et G. Teubner (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, 2004
- R.O. Keohane et J.S. Nye (dir.) *Transnational Relations and World Politics*, Harvard University Press, Cambridge 1972
- E. Loquin et C. Kessedjan (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000
- M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011
- C.-A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001
- A. Mourre (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence. Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne*, Bruylant, 2004
- D. Oliver et J. Fedtke (dir.), *Human Rights and the Private Sphere -A Comparative Study*, Routledge, 2007
- K.K. Patel et H. Scheitzer (dir.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford University Press, 2013
- M. Poares Maduro et L. Azoulai (dir.), *The Past and Future of EU law*, Hart Publishing, 2010
- H. Ruiz-Fabri et M. Rosenfeld (dir.), *Repenser le Constitutionnalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation*, Société de législation comparée, 2011
- G. Simon (dir.) *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, Presses Universitaires de France, 2003
- F. Snyder (dir.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart, 2000
- A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi : Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999
- G. Teubner (dir.), *Global Law Without the State*, Dartmouth, 1997
- S. Weatherill et D. Leczykiewicz (dir.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Hart, 2013

Articles

J. Adolphsen, 'Challenges for CAS decisions following the adoption of the new WADA Code 2009', *Bulletin TAS*, n°1, 2010, p.3-12

P. Akman et H. Kassim, 'Myths and myth making in the institutionalization and interpretation of EU action : The case of EU competition policy', *Journal of Common Market Studies*, Volume 48, n°1, 2010, p.111-132

R. Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing and Rationality', *Ratio Juris*, Volume 16, n°2, 2003, p. 131-140

R. Alexy, 'Constitutional Rights and Proportionality', *Revue*, n°22, 2014, p.51-65

C-M. Alves, 'Une réglementation antidopage peut-elle être contestée au regard des dispositions sur la libre prestation de services ?', *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 38, 21 Septembre 2005, II 10124

C. Amson, 'Le contentieux du dopage et le Tribunal arbitral du sport', *Gazette du Palais*, 8 février 2005, n°39, p.2-5

J. Anderson, "'Taking Sports Out Of The Courts": Alternative Dispute Resolution and the International Court of Arbitration for Sport', *Journal of Legal Aspects Sport*, Volume 10, 2000, p.123-126

J. Arato, 'Corporations as Lawmakers', *Harvard International Law Journal*, Volume 56, 2015, à paraître.

G. Auneau et P. Jacq, 'Les particularismes des contentieux sportifs', *La Semaine Juridique, Edition Générale* n° 28, 10 Juillet 1996, I 3947

G. Auneau, 'Note de Jurisprudence Bosman', *La semaine Juridique, Edition Générale*, 1996, n°22660-22661, p.273-276

G. Auneau, 'Aspects européens du droit du travail dans la pratique sportive, professionnelle et amateur', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.338-351

G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Principes fondamentaux', *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 603, 1^{er} Juin 2004

G. Auneau, 'Libre Circulation des Travailleurs Sportifs- Spécificité des pratiques sportives compétitives', *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 604, 1^{er} Juin 2004

G. Auneau, 'L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives', *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2007, p.365-377

L. Azoulai, 'The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization', *Common Market Law Review*, Volume 45, n°5, 2008, pp.1335-1356

- L. Azoulay, 'Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence', *Revue trimestrielle de droit européen*, n°1, 2008, p.29-45
- L. Azoulay, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p.842-860
- L. Azoulay, 'Constitution économique et citoyenneté de l'union européenne', *Revue internationale de droit économique*, 2011/4, t.XXV, p.543-557
- L. Azoulay, 'La formule de l'entrave', L. Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.1-21
- L. Azoulay, 'Un nouveau téléologue', S. Besson, N. Levrat et E. Clerc (dir.), *L'interprétation en droit européen/Interpretation in European Law*, Zurich/Bale, Schulthess Verlag, 2011, p. 139-148
- L. Azoulay, 'The Force and Forms of European Legal Integration', *EUI Working Paper, LAW* 2011/06 (accessible à http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16894/LAW_2011_06.pdf?sequence=1)
- L. Azoulay, 'L'autonomie de l'individu européen et la question du statut', in C. Kessedjan (dir.), *Autonomie en droit européen*, Bruylant 2013, p.187-205
- R. Badinter, 'Préface', in F. Alaphilippe et J-P Karaquillo, *L'activité sportive dans les balances de la justice*, T. 1, Dalloz, 1985
- A. Bailleux, 'Les traductions de la Cour de justice. La libre circulation et ses dérogations entre domination, transposition et reconnaissance', *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 58, n°1, 2007, p.63-97
- A. Bailleux et F. Ost, 'Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche', *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/1 Volume 70, p.25-44
- J. Barave, 'Les prérogatives de puissance sportive', *Petites affiches*, 22 juillet 1994 n° 87
- C. Barnard, 'Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?' in C. Barnard et O. Odudu, *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, 2009, p.273-299
- J. Barthélémy, 'Conditions, limites et effets de la négociation sociale au plan européen', *La Semaine Juridique, Entreprise et Affaires*, n°16, 16 avril 1992
- O. Beaud, 'Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande', *Jus Politicum*, n°10, 2013 (accessible à <http://www.juspoliticum.com/Les-obligations-imposees-aux.html>)

- U. Beck, 'Réinventer l'Europe. Une vision cosmopolite', *Cultures & Conflits*, Volume 68, 2007, p.17-29
- L. Beffa, 'Challenge of international arbitration awards in Switzerland for lack of independence and/or impartiality of an arbitrator – Is it time to change the approach?', *ASA Bulletin*, Volume 29, n°3, 2011, p.598–606
- M. J. Beloff, 'The specificity of sport rhetoric or reality?', *International Sports Law Review*, n°1, 2012, p.97-107
- B. Bercuson, 'Maastricht: a fundamental change in European labour law', *Industrial Relations Journal*, Volume 23, 1992, p.177–190
- B. Bercuson, 'Globalizing Labour Law: Transnational Private Regulation and countervailing actors In European Labour Law' in G. Teubner (dir.), *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, p.134-173
- J-S. Bergé, 'La summa divisio droit privé / Droit public et le droit européen', CEJEC-wp, 2009/9, (accessible à <http://cejec.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2009/12/cejec-wp-colloque-st-etienne-oct-2009-contribution-jsberge.pdf>)
- G.A. Bermann, 'Proportionality and subsidiarity' in C. Barnard & J. Scott (dir.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart, 2002, p.75-99
- G. A. Bermann, 'Reconciling European Union Law demands with the demands of International Arbitration', *Fordham International Law Journal*, Volume 34, 2011, p.1193-1216
- G.A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, Volume 28, n°3, 2012, p.397-346
- E. Bernard, « « L'activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3 t. XXIII, p. 353-385
- J. Black, 'Constitutionalising Self-Regulation', *The Modern Law Review*, Volume. 59, n°1, 1996, p.24-55
- I.S. Blackshaw, 'Resolving International Sports Disputes', *Business Law Review*, July 1993, p.194-196
- I. Blackshaw, 'The Court of Arbitration for Sport: An International Forum for Settling Disputes Effectively 'Within the Family of Sport'', *Entertainment Law*, Volume 2, n°2, 2003, p.61-83

- G. Blanke, 'The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A *Plaidoyer*', *European Business Law Review*, Volume 16, n°1, 2005, p. 169-181
- D. Bodin et G. Sempé, « Faut-il légaliser le dopage ? », *Revue du MAUSS*, n°40, 2012/2, p.321-334
- I. Bouhlin-Ghica, 'La déclaration de Nice sur la spécificité du sport', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°447, avril 2001, p.237-239.
- P. Bourdieu, 'Les Jeux Olympiques', *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 103, Juin 1994, p.102-103
- E. Bournazel, 'Le sport et le droit: antiquité, modernité' in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.35-39
- A. Branch, 'The evolution of the European Social Dialogue towards greater autonomy : Challenges and Potential Benefits', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 21, n°2, 2005, p.321-346
- J-C. Breillat, 'Le droit social sportif et l'ordre juridique communautaire', *Revue Juridique et économique du sport*, n°40, Juillet 1996, p.5-18
- J-M. Brohm, « La compétition, c'est la mort », *Outre-Terre*, n°8, 2004/3, p. 181-190
- P. Brunet, 'L'articulation des normes – analyse critique du pluralisme ordonné', in J-B Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010 pp. 195-213
- F. Cafaggi, 'Rethinking private regulation in the European regulatory space', *EUI Working Paper LAW*, n°2006/13 (accessible à <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/4369/LAW2006.13.PDF?sequence=1>),
- F. Cafaggi, 'Self-Regulation in European Contract Law', *European Journal of Legal Studies*, n°1, 2007, p.1-52
- F. Cafaggi, 'Private regulation, supply chain and contractual networks : The case of food safety', *EUI Working Paper*, RSCAS 2010/10 (accessible à http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13219/RSCAS_2010_10.pdf?sequence=1)
- P. Caro de Sousa, 'Horizontal Expressions of Vertical Desires: Horizontal effect and the scope of the EU fundamental freedoms', *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Volume 2, n°3, 2013, p.1-27

- P. Caro de Souza, 'Quest for the Holy Grail—Is a Unified Approach to the Market Freedoms and European Citizenship Justified?', *European law Journal*, Volume 20, 2014, p.499-519
- L. Casini, 'Global Hybrid Public-Private Bodies : The WADA', *International organizations Law Review*, Volume 6, 2009, p.421-446
- A. Cassese, 'Remarks on Scelle's Theory of « Role Splitting » (dédoublément fonctionnel) in International Law', *European Journal of International Law*, Volume 1, 1990, p.210-231
- S. Cassese, 'Le Droit administratif global : une introduction', *Droit Administratif*, n°5, Mai 2007, Etude 8, p.17-29
- S. Cassese, 'A global due process of law ?', G. Anthony, J-B. Auby, J. Morison et T. Zwart, *Values in Global Administrative Law*, Hart, 2011, p.17-60
- L. Cata Backer, 'Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator', *University of Connecticut Law Review*, Volume 39, n°4, 2007, p.1739-1784
- G. Cavalier et R. Upex, 'The Concept Of Employment Contract In European Union Private Law', *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 55, 2006, p. 587-608
- C. Chenevière, 'Indemnités de formation des footballeurs : l'arrêt *Olympique Lyonnais* confirme-t-il la jurisprudence Bosman?' *Journal des Tribunaux*, Volume 23, n°6399, 2010, p.405-406
- O. Cherednychenko, 'EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law', *European Review of Private Law*, n°1, 2006, p.23-61
- M. Coccia, 'The jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal on challenges against CAS awards', *Bulletin TAS*, n°2, 2013, p. 2-17
- M. Cohen-Eliya et I. Porat, 'Proportionality and the Culture of Justification', *American Journal of Comparative Law*, Volume 59, n°2, 2011, p.463-490
- H. Collins, 'The Impact of Human Rights Law on Contract Law In Europe', *European Business Law Review*, Volume 4, 2011, p.425-435
- P. Collomb, 'Les sportifs de haut niveau sont-ils des citoyens de seconde zone ?', *La Semaine Juridique Edition Générale* n°19, 9 Mai 2011, p.936-939
- M. Colucci et A. Geeraert, 'The 'Social Dialogue' in European professional football', *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 33, 2012, pp. 203-234
- D. Comandè, 'The post-national constellation of industrial relations systems in the European Legal order', *EUI Working Papers*, MWP 2012/06 (accessible à

http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22160/MWP_Comande_2012_06.pdf?sequence=1)

J-P. Costa, 'Avis de droit sur le projet de révision du code mondial antidopage', 25 juin 2013 (accessible à [http://extranet.wada-ama.org/Documents/World Anti-Doping Program/WADP-The-Code/Code Review/Code%20Review%202015/Code%20Final%20Draft/WADC-Legal-Opinion-on-Draft-2015-Code-FR_2013-06-25.pdf](http://extranet.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-The-Code/Code_Review/Code%20Review%202015/Code%20Final%20Draft/WADC-Legal-Opinion-on-Draft-2015-Code-FR_2013-06-25.pdf))

G. Couturier, 'Nature et Validité de la Charte', in G. Simon (dir.), *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 61-78

A. Cygan, 'Are All Sports Special? Legal Issues in the Regulation of Formula One Motor Racing', *European Business Law Review*, Volume 18, n°6, 2007, p.1327-1352

B. Dabscheck, 'International Unionism's Competitive Edge : FIFPro and the European Treaty', *Industrial Relations*, volume 58, n°1, 2003 p.85-108

B. Dabscheck, 'The Globe At Their Feet: Fifa's New Employment Rules – I', *Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics*, Volume 7, n°1, 2004, p.69-94

B. Dabscheck, 'The Globe At Their Feet: FIFA's New Employment Rules – II', *Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics*, Volume 9, n°1, 2006, p.1-18

B. Dabscheck, 'The Sporting Cartel in History', *Sport in History*, Volume 8, n°2, 2008, p.329-350

F. Dasser, 'International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland – An Updated Statistical Analysis', *ASA Bulletin*, Volume 28, n°1, 2010, p.82-100

G. Davies, 'Freedom of Movement, Horizontal Effect, and Freedom of Contract', *European Review of Private Law*, n°3, 2012, p.805-828

G. Davies, 'Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law', in S. Weatherill et D. Leczykiewicz (dir.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Hart, 2013, p.53-70

G. De Búrca, 'The Principle of Proportionality and its Application in EC Law', *Yearbook of European Law*, Volume 13, 1993, p.105-150

G. De Búrca et O. Gerstenberg, 'The Denationalization of Constitutional Law', *Harvard International Law Journal*, Volume 47, n°1, 2006, p.243-261

R. Dehousse, 'Integration Through Law Revisited: Some Thoughts on the Juridification of the European Political Process' in F. Snyder (dir.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart, 2000, p.15-29

- R. Dehousse, 'Naissance d'un constitutionnalisme transnational', *Pouvoirs*, 2001/1 n° 96, p.19-30
- S.I. Dempegiotis, 'EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003', *Journal of International Arbitration*, Volume 23, n°3, 2008, p.365-395
- M. Derlén et J. Lindholm, 'Goodbye *van Gend en Loos*, Hello *Bosman*? Using Network Analysis to Measure the Importance of Individual CJEU Judgments.' *European Law Journal*, Volume 20, 2014, p.667-687
- B. De Witte, 'The crumbling public/private divide: horizontality in European anti-discrimination law', *Citizenship Studies*, Volume 13, n°5, 2009, p.515-525
- F. De Witte, 'EU Law, Politics, and the Social Question', *German Law Journal*, Volume 14, n°5, 2013, p.581-612
- C. Didry, 'L'émergence du dialogue social en Europe : Retour sur une innovation institutionnelle méconnue', *L'année sociologique*, Volume 59, n°2, 2002, p.417-447
- J.-Ph. Dubey et J.-L. Dupont, 'Droit européen et sport : Portrait d'une cohabitation', *Journal des tribunaux*, n°85, Janvier 2002, p.1-16
- E. Dubout, 'Les formes publique et privée de l'État. Essai de modélisation à l'aune du droit européen de la concurrence', *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2013, étude 17
- E. Dubout, 'Libertés de circulation et situations horizontales La personne privée comme destinataire commun?', in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p.103-137
- E. Dunning, 'Civilisation, formation de l'Etat et premier développement du sport moderne', in A. Garrigou et B. Lacroix (dir.), *Norbert Elias, la politique et l'histoire*, Edition Armillaire, 1997, p.131-143
- J. Dutheil de la Rochère, 'Préface' in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011
- A. Duval, 'The Court of Arbitration for Sport and EU law : Chronicle of an Encounter', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, à paraître.
- A. Dyevre, « La prise en considération de critères « extraconcurrentiels » dans le droit communautaire de la concurrence », *Revue internationale de droit économique*, Volume 21, n°4, 2007, p. 415-440
- S. Engle-Merry, 'Legal Pluralism', *Law and Society Review*, Volume 22, N°5, 1988, p. 869-896

- A. Erbsen, 'The Substance and illusion of Lex sportiva' in I.S. Blackshaw, R.C.R Siekmann et J.W. Soek (dir.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC ASSER Press, The Hague, 2006, p.441-454
- D. J. Ettinger, 'The Legal Status of the International Olympic Committee', *4 Pace Yearbook of International Law*, Volume 4, 1992, p.97-121
- J.A. Faylor, 'The Dismantling of a German Champion: Katrin Krabbe and her Ordeal with the German Track and Field Association and the International Amateur Athletic Federation (IAAF)', *Arbitration International*, Volume 17, n°2, 2001, p. 163-172
- A. Fischer-Lescano, 'Themis Sapiens: Comments on Inger-Johanne Sand' in C.Joerges, I-J. Sand et G. Teubner (dir.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, 2004, p.67-80
- K. Foster, 'Global Administrative Law : The next step for Global Sports Law ?', *Sport and the Law Journal*, Volume 19, n°1, 2011, p.45-51.
- K. Foster, 'Lex sportiva and Lex ludica : the Court of Arbitration for Sport's jurisprudence', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, p.1-14
- E. Fox, 'Antitrust without borders : From roots to codes to networks' in A. Guzman (dir.), *Cooperation, Comity and Competition Policy*, Oxford University Press, 2010, p.265-285
- E. Franssen et A.T.J.M. Jacobs, 'The question of representativity in the European social dialogue', *Common Market Law Review*, Volume 35, n°6, 1998, p.1295-1312
- J.D. Fry,' Désordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy', *Chinese Journal of International Law*, Volume 8, n°1, 2009, p.81-134.
- B. Frydman, 'Comment penser le droit global ?' in J.Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la mondialisation*, Bruylant, 2012, p.17-48
- B. Frydman, 'La rapport du droit au contexte selon l'approche pragmatique de l'école de Bruxelles', *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 70, n°1, 2013, p.92-98
- A. Garapon, 'Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain', *Raisons politiques*, n°52, 2013/4, p. 39-49.
- B. Garcia, 'UEFA and the European Union: From Confrontation to Co-operation?', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.202-223

- B. Garcia, 'The New Governance of Football : What role for the EU ?' in S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy - Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, p.115-137
- B. Garcia et S. Weatherill, 'Engaging with the EU in order to minimize its impact : sport and the negotiation of the Treaty of Lisbon', *Journal of European Public Policy*, Volume 19, n°2, 2012, p.238-256
- B. Garcia et H. Meier, 'Limits of interest empowerment in the European Union : The Case of Football', *Journal of European Integration*, Volume 34, n°4, 2012 p.359-378
- B. Garcia, 'The 2001 informal agreement on the international transfer system', *European Sports Law and Policy Bulletin*, I-2011, p.17-29
- S. Gardbaum, 'The « horizontal effect » of constitutional rights', *Michigan Law Review*, Volume 102, 2003, p.387-459
- S. Gardbaum, 'Proportionality and Democratic Constitutionalism', in G. Huscroft, B. Miller & G. Webber (dir.) *Proportionality and the Rule of Law: Rights*, Cambridge University Press, 2014, p.259-283
- S. Gardiner et R. Welsh, 'Bosman—There and Back Again: The Legitimacy of Playing Quotas under European Union Sports Policy', *European Law Journal*, Volume 17, n°6, 2011, p.828–849
- A. Garrigou, 'Le "grand jeu" de la société ', in A. Garrigou et J. Lacroix (dir.), *Norbert Élias, la politique et l'histoire*, Paris, La Découverte-Syros, p.100-127
- W. Gasparini et J-F. Polo, « L'espace européen du football » Dynamiques institutionnelles et constructions sociales, *Politique européenne*, n°36, 2012, p. 9-21
- H. Gaudin, 'Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire', *Revue des affaires européennes*, 2003-2004/1, p.7-20
- D. Geradin, M. Reysen and D. Henry, 'Extraterritoriality, Comity, and Cooperation in EU Competition Law', in A.T. Guzman (dir.), *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford University Press, 2010, p.21-44
- P. Gilliaux, 'Les Entraves à la Libre Circulation des Personnes', *Cahier de droit européen*, Volume 44, n°3-4, 2008, p.407-460
- B. Goldman, 'Frontières du droit et lex mercatoria', *Archives de philosophie du droit*, 1964, p.177-186

- A. Goldstone, 'Obstruction of justice : The Arbitration Process for Anti-doping violations during the Olympic Games', *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Volume 7, 2006, p.361-444
- L. Grard, 'Le sport dans le droit de l'Union européenne – Exception, dérogations, spécificités et droit commun', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p. 288-304
- J-Y. Grenier et A. Orléan, 'Michel Foucault, l'économie politique et le libéralisme', *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°5, 2007, p. 1155-1182, p.1164-1165
- D. Grisay, 'Concurrence : le droit européen dans le contexte international', *Journal Des Tribunaux*, n°65, janvier 2000, p.1-11
- S. Grundmann, 'The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law', *European Review of Private Law*, Volume 16, n°4, 2008, p.553-581
- J. Guillaumé, 'L'autonomie de la nationalité sportive', *Journal du droit international (Clunet)* n°2, Avril 2011, Doctrine 5, p.313-336.
- S. Gutwirth, 'Le contexte du droit se sont ses sources formelles et les faits et moyens qui exigent son intervention', *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 70, n°1, 2013, p.108-116
- U. Haas, 'Role and application of article 6 of the European Convention on Human Rights in CAS procedures', *International Sports Law Review*, n°3, 2012, p.43-60
- J. Habermas, 'Democracy in Europe: Why the Development of the EU into a Transnational Democracy Is Necessary and How It Is Possible', *European Law Journal*, 2015, en attente de publication (accessible en early view à <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/eulj.12128/abstract>)
- T-I. Harbo, 'The Function of the Proportionality Principle in EU Law', *European Law Journal*, Volume 16, n°2, March 2010, p.158–185
- A. Hartkamp, 'The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law', *European Review of Private Law*, n°3, 2010, p.527-548
- D. Hascher, E. Loquin et G. Simon, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2002, p.325-346
- D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, 2004, p. 291-340

D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, Octobre, novembre décembre 2005, p.1301-1337

D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, janvier-février-mars 2007, p.199-254

D. Hascher et E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, Janvier-février-mars 2010, p.199-278

V. Hatzopoulos, 'The Economic Constitution of the EU Treaty and the Limits between Economic and Non-economic Activities', *European Business Law Review*, Volume 23, n°6, 2012, p.973-1007

P.W. Heermann, 'Sport und europäisches Kartellrecht', *Sport und Recht*, 3/2003, p.89-95

M. J. Horwitz, 'The history of the public/private distinction', *University Pennsylvania Law Review*, Volume 130, n°6, 1982, pp.1423-1428

M. Hourcade, 'Le sport et l'Etat de droit : approche sociologique', *Droit et Société*, n°32, 1996, p.141-155

A. Husting, 'Quelle reconnaissance pour l' « exception » ou pour la « spécificité » sportive dans la nouvelle constitution européenne?', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°481, septembre 2004, p.515-519

A. Husting, 'La lutte contre le dopage : une prérogative des fédérations sportives ; observations sur l'arrêt Meca-Medina et Majcen contre la Commission européenne', *Revue Juridique et économique du sport*, n°73, décembre 2004, p.55-66.

P. Ibañez-Colomo, 'The Application of EC Treaty Rules to Sport: the Approach of the European Court of First Instance in the *Meca Medina* and *Piau* cases', *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 3, n°2, January 2006, (accessible à <http://go.warwick.ac.uk/eslj/issues/volume3/number2/colomo/>)

P. Ibañez Colomo, 'Three shifts in EU Competition Policy: Towards standards decentralization, settlements', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 20, n°3, 2013, pp. 363-384

P. Icard, 'La spécificité du sport menacée ?', *Recueil Dalloz, édition générale*, 1er mars 2007, p. 635-639

L. Idot, 'A propos des engagements en droit de la concurrence : quelques réflexions sur la pratique communautaire et française », *Cahier de Droit Européen*, n°4, 1999, p.569-610

L. Idot, 'Accès à l'emploi: CJCE, 6 juin 2000, R. Angonese, aff. C-281/98', *Europe* n° 8, Août 2000, comm. 258

L. Idot, 'Avocats et droit de la concurrence: La rencontre a eu lieu...', *Europe* n° 5, Mai 2002, chron. 6

L. Idot, 'Concurrence et libre circulation – Regards sur les derniers développements', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2005, p.391-409

L. Idot, 'La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel', *Concurrences*, n° 2, 2006, p.1-13

L. Idot, 'Contrôle des réglementations sportives', *Europe*, N°10, octobre 2006, comm. 290

L. Idot, 'Application des règles à l'organisation de compétitions sportives', *Europe* n° 8, Août 2008, comm. 276

L. Idot, 'Champ d'application des règles', *Europe* n° 5, Mai 2009, comm. 198

L. Idot, 'Association d'entreprise et ordre professionnel', *Europe* n° 12, Décembre 2010, comm. 425

L. Idot, 'Entrave et restriction de concurrence', in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.169-190.

G. Infantino, 'Meca-Medina: a step backwards for the European Sports Model and the Specificity of Sport?', INF, 02.10.2006 (accessible à http://www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/uefa/KeyTopics/480391_DOWNLOAD.pdf)

G. Infantino et P.C. Mavroidis, 'Inherit the Wind: A Comment on the Bosman jurisprudence', in M. Poares Maduro et L. Azoulai (dir.), *The Past and Future of EU law*, Hart Publishing, 2010, p.498-504

J.G. Irving, 'Red Card: The Battle Over European Football's Transfer System', *University of Miami Law Review*, Volume 56, 2002, p.667-725

M. James et G. Osborn, 'London 2012 and the impact of the UK's Olympic and Paralympic legislation: protecting commerce or preserving culture?', *Modern Law Review*, Volume 74, n°3, 2011, p.410-429

F. G. Jacobs, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law', in E. Ellis (dir.), *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 1-21

D. Jacotot, 'Les différents modes de rupture du contrat de travail', in G. Simon (dir.), *Les contrats des sportifs : l'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p.196 et s

- C. Joerges, 'The Market without the State? The 'Economic Constitution' of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics', *European Integration online Papers* (EIoP) Volume 1, n°19, 1997 (accessible à <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>)
- C. Joerges, 'Sur la légitimité d'européaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale', *Revue internationale de droit économique*, Volume 18, n°2, 2004, p.133-170
- C. Joerges, « La constitution économique européenne en processus et en procès », *Revue internationale de droit économique*, Volume 20, n°3, 2006, p. 245-284
- C. Joerges et J. Neyer, "'Deliberative Supranationalism" Revisited', *EUI LAW Working Paper*, 2006/20 (accessible à <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6251/LAW-2006-20.pdf?sequence=1>)
- C. Joerges & F. Rödl, 'Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*', *European Law Journal*, Volume 15, n°1, 2009, p.1-19
- C. Joerges, 'Unity in Diversity as Europe's Vocation and Conflicts Law as Europe's Constitutional Form', LEQS Paper No. 28/2010 (accessible à <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPaper28.pdf>)
- C. Joerges et J. Neyer, 'À propos de l'évolution fonctionnelle du droit des conflits de lois II: une constitution légitime pour la constellation post-nationale', *Revue internationale de droit économique*, Volume 28, n°1-2, 2013, p.79-93
- C. Joerges, 'Law and Politics in Europe's Crisis: On the History of the Impact of an Unfortunate Configuration', *EUI Working Paper*, LAW 2013/09 (accessible à http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/27560/LAW_2013_09_Joerges.pdf?sequence=1)
- P. Kahn, 'L'autorégulation' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale: Vers la privatisation du droit international?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003, p.197-207
- G. Kaufmann-Kohler, 'Nagano et l'arbitrage – ou vers une justice de proximité', *Bulletin ASA*, Volume 16, n°2, 1998, p.311-324
- G. Kaufmann-Kohler, 'Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?', *Arbitration International*, Volume 23, n°3, 2007, p.357-378
- C. Kaupa, 'Maybe not activist enough? On the Court's alleged neoliberal bias in its recent labor cases', in B. De Witte, M. Dawson et E. Muir (dir.), *Judicial Activism at the European Court of Justice: Causes, Responses and Solutions*, Edward Elgar, 2012, p.56-75

- B. Keller, 'Social dialogue – The Specific Case of the European Union', *The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*, Volume 24, n°2, 2008, p.201-227
- D. Kennedy, 'Genealogy of Proportionality in Private Law' in R. Brownsword, H. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (dir.), *The foundations of European private Law*, Hart, 2011, p.185-220
- B. Kingsbury, N. Krisch et R. Stewart, 'The emergence of global administrative law', *Law and contemporary problems*, Volume 68, 2005, p.15-61
- M. G. Kohen, « Internationalisme et mondialisation », in C-A. Morand, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.107-130
- A. P. Komninos, 'Arbitration and EU Competition Law', (accessible à <http://ssrn.com/abstract=1520105>),
- F. Kratochwil, 'Globalization : What It Is and What It Is Not. Some critical reflections on the discursive formations dealing with transformative change' in D. Fuchs et F. Kratochwil (dir.), *Transformative Change and Global Order: Reflections on Theory and Practice*, Hamburg, Litt 2002, p. 25-43
- M. Kumm, 'Who is afraid of the Total Constitution ? Constitutional Right as Principles and the constitutionalization of Private Law', *German Law Journal*, Volume 7, n°4, 2006, p.341-370
- M. Kumm, 'Democracy is not enough : Rights, proportionality and the point of judicial review.' *NYU Public Law & Legal theory Research Paper Series Working Paper, N.09-10*, (accessible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356793)
- K-H. Ladeur, 'Post-Modern Constitutional Theory: A Prospect for the Self-Organising Society', *Modern Law Review*, Volume 60, n°5, September 1997, p.617-629
- K-H. Ladeur, 'We, the European People . . .'—Relâche?', *European Law Journal*, Volume 14, n°2, 2008, p.147–167
- K-H. Ladeur et L. Viellechner, 'Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte. Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes', *Archiv des Völkerrechts*, Volume 46, 2008, pp. 42–73
- K-H. Ladeur, 'Ein Recht der Netzwerke für die Weltgesellschaft oder Konstitutionalisierung der Völkergemeinschaft?', *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 49, 2011, p.246–275

R. Lane et N. Nic Shuibhne, 'Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Judgment of 6 June 2000, not yet reported', *Common Market Law Review*, Volume 37, n°5, 2000, p.1237-1247

G. de La Pradelle, 'La société civile internationale et l'accès au contentieux' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale : Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux N°18, 2003, p.125-139

F. Latty, 'Les Nouveaux modes de coopération dans le domaine du sport, révélateurs d'une « privatisation » du droit international public' in H. Gherari et S. Szurek (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, CEDIN, Cahiers Internationaux n°18, 2003, p.301-321

F. Latty, 'L'Arrêt, Le Livre Blanc et Le Traité : La Lex Sportiva dans l'ordre juridique communautaire développements récents', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°514, janvier 2008, p.43-52

F. Latty, 'Les Règles applicables aux relations sportives transnationales, Le regard de l'internationaliste publiciste' in J-S. Bergé, M. Forteau, M-L. Niboyet et J-M. Thouvenin (dir.) *La Fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, 2011, p.83-94

F. Latty, 'La lex fifa' in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, p.9-28

F. Latty in 'Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive', *Revue de l'Arbitrage*, n°3, 2013, p.795-798

F. Latty, 'La gestion internationale du football, un service public international ?' in M. Touzeil-Divina et M. Maisonneuve (dir.), *Droit(s) du football*, Lextenso, 2014, p.21-26

D. A. Lawson, 'Impartiality and Independence of International Arbitrators', *ASA Bulletin*, Volume 23, n°1, 2005, p.22-44

Y. Le Lostecque, 'Les transferts de joueurs', *Revue des affaires européennes*, n°3, 2001-2002, p.324-331

O. Le Noé, 'Le New Deal sportif après l'arrêt Bosman : stratégie judiciaire et reconfiguration des relations professionnelles dans le football', in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez (dir.), *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 201-214

H. Lindahl, 'Legal Order and the 'Globality' of Global Law', *Tilburg Law Review*, Volume 17, 2012, p.168-176

J. Lindholm, 'Bernard Case C-325/08', *Common Market Law Review*, Volume 47, n°4, 2010, p.1187-1197

J. Lindholm, 'The Challenging European Landscape of Anti-doping following the Lisbon Treaty', *International Sports Law Review Pandektis*, Volume 9, n°1-2, 2011 p. 92-106.

J. Lindholm, 'The impact of SBF v KKV on sport: Swedish fender-bender or European pileup?', *European Competition Law Review*, Volume 34, n°7, 2013, pp.367-372

A. Lo Faro, 'Bargaining in the shadow of 'optional frameworks'? The rise of transnational collective agreements and EU law', *European Journal of Industrial Relations* Volume 18, n°2, 2012, p.153-165

E. Loozen, 'Professional ethics and restraints of competition', *European Law Review*, Volume 31, n°1, 2006, p.28-47

E. Loquin et G. Simon, 'Tribunal Arbitral du Sport : Chronique des sentences arbitrales', *Journal du droit international (Clunet)*, 2001, p.234-329

E. Loquin, 'Chronique des sentences arbitrales du TAS', *Journal du droit international (Clunet)*, Janvier-Février-Mars 2008, p.234-309

V. Louri, "'Undertaking' as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules", *Legal Issues of Economic Integration*, Volume 29, n°2, 2002, p.143-176

G. Low et E. Muir, 'Editorial: The Privatization of European Law and Constitutionalization of Private Law: Two Sides of the Same Coin', *European Review of Private Law*, n°5 et 6, 2013, p.1159-1164

N. Luhmann, 'Le droit comme système social', *Droit et Société*, Volume 11, n°12, 1994, p.53-67

J. Lukomski, 'Arbitration clauses in sport governing bodies' statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights', *International Sports Law Journal*, Volume 13, n°1-2, 2013, p.60-70

I. Maher, 'Competition Law and Transnational Private Regulatory Regimes : Marking the Cartel Boundary', *Journal of Law and Society*, Volume 38, n°1, March 2011, p.119-137

M. Maisonneuve, 'Les ordres juridiques sportifs transnationaux', *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, n°3, 2005, p. 1564-1596

M. Malaurie-Vignal, 'Les rapports entre la personne et le commerce au travers des liens entretenus par le sport et le droit de la concurrence', *Contrats Concurrence Consommation*, n° 11, novembre 2006, comm. 228

- F. Mandin, 'La libre circulation des sportifs en formation professionnelle', *La Semaine Juridique, Edition Sociale*, n°44-45, 28 octobre 2008
- A. Manzella, 'La dérégulation du football par l'Europe', *Pouvoirs*, 2002/2, n°101, pp. 39-47
- P. Manzini, 'The European rule of reason-crossing the sea of doubt', *European Competition Law Review*, Volume 23, n°8, 2002, p.392-399
- P. Marginson et M. Keune, 'European social dialogue as multi-level governance : Towards more autonomy and new dependencies' in J-C. Barbier, *EU Law, Governance and Social Policy*, European Integration Online Papers (EIoP), Special Mini-Issue 1, Vol.16 (accessible à <http://eiop.or.at/eiop/pdf/2012-004.pdf>)
- F. Martucci, 'Coupe du Monde et droit de l'Union européenne', in M. Maisonneuve (dir.), *Droit et Coupe du Monde*, Economica, 2011, p.357-391
- D. Mavromati, 'Selected issues related to CAS jurisdiction in light of the jurisprudence of the Swiss Supreme Court', *Bulletin TAS*, n°1, 2011, p.31-40
- D. Mavromati, 'Jurisprudence of the Swiss Federal Tribunal in appeals against CAS awards', *International Sports Law Review*, n°2, 2011, p.37-47
- D. Mavromati, 'Article R57 of the CAS Code: a purely procedural provision?', *International Sports Law Review*, n°2, 2013, p.36-44
- R.H. McLaren, 'The Court of Arbitration for Sport: An Independent Arena for the World's Sports Disputes', *Valparaiso University Law Review*, Volume 35, n°2, 2001, p.379-405
- R. McLaren, 'CAS Doping jurisprudence: What can we learn?', *International Sports Law Review*, n°1, 2006, p.4-22
- R. H. McLaren, 'Twenty-Five Years of the Court of Arbitration for sport : A look in the rear-view mirror', *Marquette Sports Law Review*, Volume 20, n°2, 2010, p.305-333
- K. Mehta et M-L. Tierno Centella, 'Settlement procedure in EU cartel cases', 4 *Competition Law International*, Volume 4, 2008, p.11-18
- A. Meier, 'At What Costs May a Football Player Breach his Contract? Case Note on CAS Award of 30 January 2008', *ASA Bulletin*, Volume 26, n°3, 2008, p.529-542
- F. E. Mezzanotte, 'Interpreting the Boundaries of Collective Dominance in Article 102 TFEU', *European Business Law Review*, Volume 21, n°4, 2010, p.519-538
- A. Mias, 'Du dialogue social européen au travail législatif communautaire : Maastricht, ou le syndical saisi par le politique', *Droit et société*, n°58, 2004/3, p.657-680

- C. Miège, 'Le droit autonome du sport existe-t-il encore ?', in E. Bournazel (dir.) *Sport et droit*, 2002, p.121-133
- C. Miège, 'Contrôle d'une réglementation anti-dopage au regard des règles communautaires de concurrence', *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°48, 29 Novembre 2006, II 10194
- S. Miettinen, 'Policing the boundaries between regulation and commercial exploitation: Lessons from the Motoe Case', S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy: Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, pp. 137-149.
- L. Misson 'Préface', in R. Blanpain, *Le statut du sportif en droit international, droit européen, droit belge fédéral et communautaire*, Larcier, 2004
- G. Monti, 'The scope of collective dominance under article 82 EC', *Common Market Law Review*, Volume 38, n°1, 2001, p.131-157
- G. Monti, 'Article 81 EC and Public Policy', *Common Market Law Review*, Volume 39, n°5, 2002, p.1057-1099
- N. Morelli et B. Biancheri, 'Révolution au pays des transferts – A propos de la décision du Tribunal arbitral du sport du 30 janvier 2008', *Petites Affiches*, n°54, 14 mars 2008, p.9
- K. Mortelmans, 'Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition', *Common Market Law Review*, Volume 38, n°3, 2001, p.613-649
- A. Müller-Armack, 'Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes', in A. Müller-Armack *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Freiburg, Rombach, 1964, p.401-415
- J.A.R. Nafziger, 'Dispute Resolution in the Arena of International Sports Competition?' *The American Journal of Comparative Law*, Volume 50, 2002, p.161-179
- S. Netzele, 'Appeals against Arbitral Awards by the CAS', *Bulletin TAS*, n°2, 2011, p.19-26
- M. Noth, E. Hasler et A. Rigozzi, 'Chapter 5' in M. Arroyo (dir.), *Arbitration in Switzerland – the Practitioner's Guide*, Kluwer, 2013, p.936-1083
- O. Odudu, "The meaning of undertaking within Article 81 EC" *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 7, 2005, pp. 209-239
- O. Odudu, 'Economic Activity as a Limit to Community Law', in C. Barnard et O. Odudu (dir.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, 2009, p.225-243
- O. Odudu, 'The public/private distinction in EU Internal Market Law', *Revue trimestrielle de droit européen*, octobre-décembre 2010, p.826-841

- D. O’Keeffe et P. Osborne, ‘L’affaire Bosman : Un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen’, *Revue du Marché Unique Européen*, n°1, 1996, p.17-44
- D. O’Keeffe et P. Osborne, ‘The European Court Scores a Goal’, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Summer 1996, p.111-130
- P. Oliver et W-H. Roth, ‘The Internal Market and the Four Freedoms’, *Common Market Law Review*, Volume 41, N°2, 2004, p.407-441
- R. O’Loughlin, ‘EC competition rules and free movement rules: an examination of the parallels and their furtherance by the ECJ Wouters decision’, *European Competition Law Review*, Volume 24, n°2, 2003, p.62-69
- F. Öschütz, ‘Doping cases before the CAS and the World Anti-doping Code’, in I.S. Blackshaw, R.C.R Siekmann et J.W. Soek (dir.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC ASSER Press, The Hague, 2006, p.246- 265
- F. Ost et M. van de Kerchove, ‘Comment Concevoir aujourd’hui la science du droit ?’, *Déviance et Société*, 1987, Vol.11, No 2, pp.183-193
- F. Ost et M. van de Kerchove, ‘Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit ?’, *Droit et Société*, Volume 17/18, 1991, p. 173-205
- F. Ost, ‘Mondialisation, Globalisation, Universalisation: S’arracher, encore et toujours, à l’Etat de nature’, in C-A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, 2001, p.5-36
- S. Palmer, ‘Public functions and private services: A gap in human rights protection’, *International Journal of Constitutional law*, Volume 6, n°3 & 4, 2008, p.585-604
- G. Parléani, ‘Un an après l’arrêt Bosman : que faire du « foot » en droit communautaire?’, *La Semaine juridique, Europe*, n°30, 1997, p.318-321
- R. Parrish, ‘Football’s Place in the Single European Market’, *Soccer & Society*, Volume 3, n°1, 2002, p.1-21
- R. Parrish, ‘The Birth of European Union Sports Law’, *Entertainment Law*, Volume.2, N°2, Summer 2003, p.20-39
- R. Parrish, ‘Social Dialogue in European Professional Football’, *European Law Journal*, Volume 17, n°2, 2011, p.213-229
- R. Parrish, ‘Lex sportiva and EU sports law’, *European Law Review*, Volume 37, n°6, 2012, p.716-733

- R. Parrish, 'Article 17 of the FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players: Compatibility with EU Law', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, à paraître
- J. Paulsson, 'Arbitration of International Sports Disputes', *Arbitration International*, Volume 9, n°4, 1993, p.359-369
- J. Paulsson, 'Why Good Arbitration Cannot Compensate for Bad Courts', *Journal of International Arbitration*, Volume 30, n°4, 2013, p.345-360
- G. Pearson, 'Sporting Justifications under EU Free Movement and Competition Law: The Case of the Football "Transfer System"', *European Law Journal*, Volume 21, n°2, 2015, p.220-238
- M. Peruzzi, 'Autonomy in European Social Dialogue', *International Journal of Comparative Labour Law*, Volume 27, n°1, 2012, p. 3-21
- P. Pescatore, 'Public and Private Aspects of Community Competition Law', in *Fordham International Law Journal*, Volume 10, n°3, p.373-419
- A. Peters, 'Verhältnismässigkeit als globales Verfassungsprinzip' in B. Baade, S. Ehrlich, M. Fink, R. Frau, M. Möldner, I. Risini, T. Stirner (Dir.), *Verhältnismässigkeit im Völkerrecht*, Mohr Siebeck 2015, à paraître
- B. Pfister, 'Meca-Medina, kein Schritt zurück!', *Sport und Recht*, 2/2007, p.58-59
- P. Piat, 'Les joueurs : Histoires d'un combat permanent', *Pouvoirs*, n°101, 2002/2, p. 49-64
- F. Picod, 'Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire?', in A. De Walsche et L. Levi (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, p.635-651
- A. Pinna, 'Les vicissitudes du Tribunal arbitral du sport : Contribution à l'étude de l'arbitrage des sanctions disciplinaires', *Gazette du Palais*, n°140 à 141, 20 mai 2004
- A. Pinna, 'La « surface de réparation » en cas de rupture abusive d'un contrat de travail de footballeur professionnel et l'arbitrage en matière sportive', *Gazette du Palais*, n°185, 3 juillet 2008
- A. Pinna, 'Réflexions sur l'arbitrage forcé', *Gazette du Palais*, 16 décembre 2008, n°351, p.6
- A. Plantey, 'Introduction générale', in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.29-34
- M. Poiras Maduro, 'L'État-caméléon. Formes publique et privée de l'Homo Economicus', in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Pedone, 2006, p. 79-91

- S. Poillot-Peruzzetto, 'La collaboration entre avocats et experts-comptables révolutionne l'analyse de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE', *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, Avril 2002
- S. Poillot-Peruzzetto, 'Beaucoup de confusion pour une solution évidente', *Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, Décembre 2004, comm. 182
- S. Poillot-Peruzzetto, 'Nouveau dialogue entre le sport et le droit de la concurrence', *Contrats Concurrence Consommation*, n° 6, Juin 2005, comm. 119
- J-F. Pons, Sport et politique européenne de la concurrence : « règles du jeu » et exemples récents d'application', discours 18 octobre 2001 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_022_fr.pdf)
- R. Poli, 'Transferts de footballeurs : La dérive de la marchandisation', *Finance & Bien Commun*, 2007/1 N°26, p. 40-47
- A. T. Polvino, 'Arbitration as preventative medicine for olympic ailments: The International Olympic Committee's Court of Arbitration for sport and the future for the settlement of international sporting disputes', *Emory International Law Review*, Volume 8, 1994, p.347-381
- C. Poncet, 'When is a "Swiss" "award" appealable?', *Bulletin TAS*, n°2, 2012, p.4-13
- A. Portuese, "Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency", *European Law Journal*, Volume 19, n°5, September 2013, p.612-635
- R. Pound, 'Mechanical jurisprudence', *Columbia Law Review*, 1908, p.605-623
- R. Pound, 'The World Anti-Doping Agency : an Experiment in International Law', *International Sports Law Review*, n°2, 2002, p.54
- S. Prechal et N. Shelkopyas, 'National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond', *European Review of Private Law*, Volume 12, n°5, 2004, p.589-611
- D. Primault, 'La convention collective : un outil de conciliation des ordres juridiques sportifs et étatiques' in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.439-444
- H. Raeschke-Kessler, 'Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters - ein transnationales Rechtsproblem?', *ASA Bulletin* Volume 26, n°1, 2008, p.3-17
- S. M. Ramirez Perez et S. van de Scheur, 'The evolution of the law on Article 85 and 86 EEC' in K.K. Patel et H. Scheitzer (dir.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford University Press, 2013, p.21-53

- G. Rasquin, 'Sport et droit communautaire', in E Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.387-395
- A. Ravjani, 'The Court of Arbitration for Sport: A subtle form of international delegation', *Bulletin TAS*, n°1, 2010, p.13-33
- J. Raz, 'Why the State?', accessible à <http://ssrn.com/abstract=2339522>
- A. Reale, 'Representation of interests, participatory democracy and lawmaking in the European Union : Which role and which rules for the social partners ?' *Jean Monnet Working Paper* 15/2003 (accessible à <http://civic-forum.fr/site/images/stories/pdf/whatroleforsocialpartners.pdf>)
- M. Reeb, 'Le Tribunal arbitral du sport : son histoire et son fonctionnement ' in E. Loquin et G. Simon, 'Tribunal Arbitral du Sport : Chronique des sentences arbitrales' *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, 2001, p. 234-329
- M. Reeb, 'Message of the CAS secretary General' in *Bulletin TAS*, n°1, 2010, p.2
- L. Reilly, 'An Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes', *Journal of Dispute Resolution*, Volume 5, n°1, 2012, p.63-81
- J. Rideau 'Règles sportives et droit communautaire' in P. Collomb (dir.), *Sport, Droit et Relations Internationales*, Economica, 1988, pp. 141-154.
- A. Rigozzi, 'Arbitrage, Ordre Public et Droit Communautaire de la Concurrence', *ASA Bulletin*, Volume 17, n°4, 1999, p.455-487
- A. Rigozzi, G. Kaufmann-Kohler et G. Malinverni, 'Doping and Fundamental Rights of Athletes: Comments in the wake of the adoption of the world anti-doping Code', *International Sports Law Review*, n°3, 2003, p.39-67
- A. Rigozzi et G. Kaufmann-Kohler, 'Legal opinion on the conformity of Article 10.6 of the 2007 draft world anti-doping code with the fundamental rights of athletes' (accessible à <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/Legal Opinion Conformity 10 6 complete document.pdf>)
- A. Rigozzi, 'Challenging awards of the Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 1, n°1, 2010, p.217-265
- A. Rincon, 'EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.224-237

- D. Ritleng, 'Les Etats membres face aux entraves', in L. Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant 2011, p.303-324
- D. Ritleng, 'L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation?' in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant 2013, p. 159-183
- R. Robertson, 'Glocalization: Time-space and homogeneity-heterogeneity', in M. Featherstone, S. Lash et R. Robertson (dir.) *Global Modernities*, Sage Publication, 1995, p.25-44
- S. Robin-Olivier, 'Revisiter la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne : une invitation au débat', *CEJEC Working Paper*, 2010/7 (accessible à <http://cejec.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2010/07/loic-oke3.pdf>)
- E. de la Rochefoucauld, 'L'indépendance des arbitres devant le TAS', *Bulletin CAS/TAS*, n°2, 2011, p.27-34
- M. Rosenfeld, 'Repenser l'ordonnement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique' in H. Ruiz-Fabri et M. Rosenfeld (dir.), *Repenser le Constitutionalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation*, Société de législation comparée, 2011, p.93-142
- C. Sabel et O. Gerstenberg, 'Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order', *European Law Journal*, Volume 16, n°5, September 2010, p.511-550
- A. Samuel et R. Gearheart, 'Sporting Arbitration and the International Olympic Committee's Court of Arbitration for Sport', *Journal of International Arbitration*, Volume 6, n°4, 1989, p.39-53
- P. Saunier, 'La formation des règles sportives internationales' in P. Collomb (dir.), *Sport, Droit et Relations Internationales*, Economica, 1988, p.119-138
- F. Scharpf, 'Negative and positive integration in the political economy of European welfare states', in G. Marks, F. Scharpf, P. Schmitter et W. Streeck (dir.), *Governance in the European Union*, Sage 1996, p.15-39
- F. Scharpf, 'Legitimacy in the Multilevel European Polity', *MPIfG Working Paper* 09/1 (accessible à <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp09-1.pdf>)
- F. W. Scharpf, 'The Asymmetry of European Integration or why the EU cannot be a „Social Market Economy“, KFG Working Paper Series, No. 6, September 2009 (accessible à <http://www.polsoz.fu->

berlin.de/en/v/transformeurope/publications/working_paper/WP_06_September_Scharpf1.pdf)

H. Schepel, 'Delegation of regulatory powers to private parties under EC Competition Law : Towards a procedural public interest test', *Common Market Law Review*, Volume 39, n°1, 2002 p.31-51

H. Schepel, 'The Enforcement of EC Law in Contractual Relations: Case Studies in How Not to 'Constitutionalize' Private Law', *European Review of Private Law*, n°5, 2004, p.661-673

H. Schepel, 'Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law', *European Law Journal*, Volume 18, n°2, March 2012, p. 177-200

H. Schepel, 'The new approach to the new approach: The juridification of harmonized standards in EU law', *20 Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 20, n°4, 2013, p.521-533

D. Schiek, 'Autonomous collective agreements as a regulatory device in European Labour Law : How to read Article 139 EC', *Industrial Law Journal*, Volume 34, n°1, 2005, p.23-56

D. Schiek, 'Private rule making and European governance – issues of legitimacy', *European Law Review*, Volume 32, n°4, 2007, p.443-466

D. Schiek, 'The EU Constitution of social governance in an economic crisis in defence of a transnational dimension to social europe', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 20, n°2, 2013, p.185-208

M. Schillig, 'The Interpretation of European Private Law in the Light of Market Freedoms and EU fundamental rights', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume 15, n°3, 2008, p.285-321

B. Schlink, 'Proportionality', in M. Rosenfeld et A. Sajo (dir.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional law*, Oxford University Press, 2012, p.718-737

M. Schotté, 'La structuration du football professionnel européen. Les fondements sociaux de la prévalence de la « spécificité sportive »', *Revue Française de Socio-économie*, n°13, 2014, p.85-106

W. Schroeder, 'Sportrecht und Europäisches Wettbewerbsrecht', *Sport und Recht*, 1/2006, pp. 1-7

T. Schultz, 'La lex sportiva se manifeste aux Jeux olympiques de Turin: suprématie du droit non étatique et boucles étranges', *JusLetter*, 2006

- T. Schultz, 'Secondary Rules of Recognition and Relative Legality in Transnational Regimes', *American Journal of Jurisprudence*, Volume 56, n°1, 2011, p.59-88
- S. Sciarra, 'Collective Exit Strategies' in G. Davidov et B. Langille (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p.405-419
- C. Scott, F. Cafaggi, et L. Senden, 'The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation', *Journal of Law and Society*, Volume 38, n°1, March 2011
- J-C. Séché, 'Free Movement of Workers under Community Law', 14 *Common Market Law Review*, Volume 14, 1977, p.385-410
- R. Siekmann, 'Some thoughts about the European Club Association's Possible Participation in a Social Dialogue in the European Professional Football Sector', *The International Sports Law Journal*, n°1-2, 2008, p.95-96
- L. Silance, 'Les ordres juridiques dans le sport' in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.107-119
- M. Silvestro et A. Silvestro, 'Le sport dans L'Union européenne et l'arrêt Bosman', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°400, Juillet- aout 1996, p.489-492
- D. Simon, 'Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes', *Petites Affiches*, 05 mars 2009, n°46
- G. Simon, 'Les fondements du droit du sport', in E. Bournazel (dir.), *Sport et droit*, 2002, p.93-106
- G. Simon, 'Les sources du droit du sport', *Gazette du Palais*, 8 Novembre 2007, n°312
- F-Z. Slaoui, 'The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators': A Call for Clarification', *Arbitration International*, Volume 25, n°1, 2009, p.113-119
- S. Smismans, 'The European social dialogue between constitutional and labour law', *European Law Review*, Volume 32, n°3, 2007, p.341-364
- S. Smismans, 'The European Social Dialogue in the shadow of Hierarchy', *Journal of Public Policy*, Volume 28, n°1, 2008, p.161-180, p.178
- J. Snell, 'The notion of market access : A concept or a slogan', *Common Market Law Review*, Volume 47, 2010, p.437-472
- E. Spaventa, 'From Gebhard to Carpenter : Towards a (non-) economic european constitution', *Common Market Law Review*, Volume 41, 2004, p.743-773
- A. Somek, 'The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement', *European Law Journal*, Volume 16, n°3, 2010, p.315-344

- A. Somek, 'The Argument from Transnational Effects II: Establishing Transnational Democracy', *European Law Journal*, Volume 16, n°4, 2010, p. 375-394.
- A. Somek, 'The Social Question in a Transnational context', *LEQS Paper* No. 39/2011 (accessible à <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPaper39.pdf>)
- A. Somek, "The Darling Dogma of Bourgeois Europeanists", *European Law Journal*, Volume 20, n°5, 2014, p.688-712
- A. Somek, 'Europe: Political, Not Cosmopolitan', *European Law Journal*, Volume 20, n°2, 2014, p.142-163
- B. Soulé et L. Lestrelin, 'Les failles de la gouvernance sportive, « L'affaire puerto » comme illustration', *Revue européenne des sciences sociales*, Volume 50, n°1, 2012, p.127-160
- E. Stein, 'Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution', *75 American Journal of International Law*, Volume 75, n°1, 1981, p.1-27
- A. Stone Sweet et J. Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism', *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 47, 2008, pp. 73-165
- M. S. Straubel, 'Doping Due Process : A Critique of the Doping Control Process in International Sport', *Dickinson Law Review*, Volume 106, n°3, 2002 p.523-572
- M. Straubel, 'The International Convention against doping in sport: Is it the Missing Link to USADA being a State Actor and WADC coverage of U.S. Pro-Athletes', *Marquette Sports Law Review*, Volume 19, 2008-2009, p.63-86
- S. Streinz et R. Leible, 'Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten Überlegungen aus Anlass von EuGH', *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, p.459-468
- R. Streinz, 'EG-Grundfreiheiten und Verbandsautonomie', *SpuRt*, 6/2000, pp.221-228
- R. Subiotto, 'How a lack of analytical rigour has resulted in an overbroad application of EC competition law in the sport sector', *International Sports Law Review*, n°2, 2009, p.21-29
- R. Subiotto, 'The adoption and enforcement of anti-doping rules should not be subject to European competition law', *European Competition Law Review*, Volume 31, n°8, 2010, p.323-330
- E. Szyszczak, 'Competition and Sport', *European Law Review*, Volume 32, n°1, 2007, p.95-110
- F. Terré, 'La proportionnalité comme principe ?', *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 25, 15 Juin 2009

- G. Teubner, 'Substantive and Reflexive Elements in Modern Law', *Law & Society Review*, Volume 17, n°2, 1983, p.239-285
- G. Teubner, 'Industrial democracy through law ? Social Functions of Law in Institutional Innovations', in T. Daintith et G. Teubner (dir.), *Contract and Organisation : Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Walter de Gruyter, 1986, p.261-273
- G. Teubner, "Global Bukowina' : Legal pluralism in the World Society' in G. Teubner (dir.), *Global law without the state*, Dartmouth, 1997, p.3-22
- G. Teubner, 'Un droit spontané dans la société mondiale', in C-A. Morand, *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p.197-218
- G. Teubner, 'Breaking Frames : Economic Globalisation and the Emergence of lex mercatoria', *European Journal of Social Theory*, Volume 5, n°2, 2002, p. 199- 217
- G. Teubner et A. Fischer-Lescano, 'Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law', *Michigan Journal of International Law*, Volume 25, n°4, 2004, p.999-1045
- G. Teubner, 'The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors', *Modern Law Review*, Volume 69, n°3, 2006, p.327-346
- G. Teubner, 'Societal Constitutionalism and the Politics of the Common', *Finnish Yearbook of International Law*, Volume 21, 2010, p.111-124
- G. Teubner, 'Constitutionalising Polycontextuality', *Social and Legal Studies* Volume 19, 2010, p.1-25.
- G. Teubner, 'Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Volume 74, 2014, p.733-761
- N. Trainor, 'The 2009 WADA Code : A more proportionate deal for athletes?', *Entertainment and Sports law journal*, Volume 8, n°1, 2010
- T. Tridimas, 'Searching for the appropriate standard of scrutiny', in E. Ellis (dir.), *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 65-84
- S. Tsakyrakis, 'Proportionality an assault on human rights?', *International Journal of Constitutional Law*, Volume 7, n°3, 2009, p.468-493
- F. Urbina, ' "Balancing as reasoning" and the problems of legally unaided adjudication: A reply to Kai Möller', *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, n°1, 2014, p.214-221

- A. Vallery, 'Les procédures de règlement négocié de la Commission européenne en matière de concurrence : entre flexibilité et sécurité juridique', in A. De Walsche et L. Levi (dir.), *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, p.734-770
- I. Van Bael, 'The Antitrust Settlement Practice of the EC Commission', *Common Market Law Review*, Volume 23, n°1, 1986, p.61-90
- F. Vandamme, 'La Communauté européenne et le sportif professionnel', *Revue du Marché Commun de l'Union Européenne*, n°398, mai 1996, p.353-357
- S. Van den Bogaert, 'Horizontality: The Court Attacks?', C. Barnard & J. Scott (dir.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart, 2002, p.123-153
- S. Van den Bogaert et A. Vermeersch, 'Sport and the EC Treaty : a tale of uneasy bedfellows ?', *European Law Review*, Volume 31, n°6, 2006, p.821-840
- S. Van den Bogaert, 'Bosman : The genesis of European Sports Law' in L. Azoulai et M. Maduro (dir.), *The past and future of EU law*, Hart, 2010, p.488-497
- J.P. Van den Brink, 'EC competition law and the regulation of football: Part 2', *European Competition Law Review*, Volume 21, n°9, 2000, p.420-427
- W. Van Gerven, 'The effect of proportionality on the actions of Member states', E. Ellis (dir.), *The Principle of proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 37-63
- R. Van Gestel et H-W. Micklitz, 'European Integration Through Standardization : How Judicial Review is Breaking Down the Club House of Private Standardization Bodies', *Common Market Law Review*, Volume 50, n°1, 2013, p.145-182.
- K. Van Miert, 'L'arrêt « Bosman » : la suppression des frontières sportives dans le Marché unique européen', *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1996, p. 5-9
- A. Van Vaerenbergh, 'Regulatory features and administrative law dimensions of the Olympic movement's antidoping regime', *IILJ Working Paper*, 2005/11 (accessible à <http://www.iilj.org/oldbak/papers/documents/2005.11Vaerenbergh.pdf>)
- A. Vermeersch, 'The European Union and the Fight against doping in sport: on the field or on the sidelines?' *Entertainment and Sports Law Journal*, Volume 4, n°1, April 2006
- A. Vermeersch, 'All's fair in sport and competition ? The application of EC competition rules to sport', *Journal of Contemporary European Research*, Volume 3, n°3, 2007, p.238-254

- A. Vermeersch, 'Case C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 July 2008, not yet reported', *Common Market Law Review*, Volume 46, n°4, 2009, p.1327-1341
- R. Vetter, 'Das FIFA-Spielervermittler-Reglement im Spannungsverhältnis zum europäischen Kartellrecht', *Sport und Recht*, 6/2005, p.233-236
- A. Veuthey, 'Re-questioning the independence of the Court of Arbitration for Sport in light of the scope of its review', *International Sports Law Review*, n°4, 2013, p.105-115
- A. Vialfont, 'Le droit de la concurrence et les procédures négociées', *Revue Internationale de droit économique*, Volume 21, n°2, 2007, p.157-184
- D. Waelbroeck et P. Ibañez-Colomo, 'Case C-171/05 P, *Laurent Piau*, Order of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 February 2006, [2006] ECR I-37', *Common Market Law Review*, Volume 43, n°6, 2006, p.1743-1756
- D. Waelbroeck, 'Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?', *GCLC Working Paper 01/08* (accessible à https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/gclc_wp_01-08.pdf?download=1.)
- N. Walker, 'Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales : cartographie du désordre global des ordres normatifs', in H. Ruiz-Fabri & M. Rosenfeld (dir.), *Repenser le Constitutionnalisme à l'Age de la Mondialisation et de la Privatisation*, Société de législation comparée, 2011, p.45-73
- M. Wathelet, 'Sport Governance and EU Legal Order : Present and Future' in R. Blanpain (dir.), *The future of sports law in the European Union*, Kluwer 2008, p.51-75
- P-E. Weill, '« « Plutôt l'UEFA que l'UE ! ». » (dés-)enchantement de l'identification à l'Europe des jeunes de milieux populaires issus de l'immigration', *Politique européenne*, 2010/1 n° 30, p.107-130
- S. Weatherill, 'Discrimination on grounds of nationality in sport', *Yearbook of European Law*, Volume 9, 1989, p. 55-92
- S. Weatherill, 'Do sporting associations make "law" or are they merely subject to it?', *European Business Law Review*, July/August 1998, p.217-220
- S. Weatherill, "'Fair Play Please!": Recent Developments in the Application of EC Law to Sport', *Common Market Law Review*, Volume 40, n°1, 2003, pp.51-93

- S. Weatherill, 'Anti-doping rules and EC law', *European Competition Law Review*, Volume 26, 2005, p.416-421
- S. Weatherill, 'European Football law', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.53-86
- S. Weatherill, 'The Helsinki Report on Sport', S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, pp.143-154
- S. Weatherill, 'Resisting the pressures of "Americanization": The influence of European community law on the "European sport model"', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.155-176
- S. Weatherill, 'Is the Pyramid compatible with EC law?' in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.259-271,
- S. Weatherill, 'Anti-Doping Revisited – The Demise of the Rule of 'Purely Sporting Interest'', in S. Weatherill, *European Sports law*, Collected Papers, TMC Asser Press, 2007, p.335-353
- S. Weatherill, 'The Influence of EU law on sports governance', in S. Gardiner, R. Parrish, R.C.R. Siekmann (dir.), *EU, Sport, Law and Policy - Regulation, Re-regulation and Representation*, TMC Asser Press, 2009, p.79-100
- S. Weatherill, 'Bosman changed everything: The Rise of EC sports Law' in M. Poares Maduro et L. Azoulai (dir.), *The Past and Future of EU law*, Hart Publishing, 2010, p.480-487
- S. Weatherill, 'EU Sports Law: the effect of the Lisbon Treaty', *Legal Research Paper Series No 3/2011*, Oxford University, 2011 (accessible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1747916)
- S. Weatherill, 'The Constitutional Context of (Ever-Wider) Policy-Making', in *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford University Press, 2012, p.570-582
- C. Weber, 'Die Freizügigkeit für Arbeitnehmer in der EG nach der Entscheidung « Bosman »', *Recht der Arbeit*, Volume 2, 1996, p.107-110
- J.H.H. Weiler, 'The Transformation of Europe', *Yale Law Journal*, Volume 100, n°8, 1991, p.2403-2483
- S. Wernicke, 'Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens', *European Law Journal*, Volume 13, n°3, May 2007, p.380-407

M. A. Weston, 'Doping Control, Mandatory Arbitration, and Process Dangers for Accused Athletes in International Sports', *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Volume 10, n°1, 2009, p.5-50

W.P.J. Wills, 'Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003' *World Competition*, Volume 29, n°3, 2006, p.345-366

A. Winckler, 'Les nouveaux pouvoirs de la Commission européenne en matière de mesures correctives et de sanctions', in F. Brunet et G. Canivet (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J, 2008, p.349-397

D. Wyatt, 'Horizontal effect of fundamental freedoms and the right to equality after Viking and Mangold, and the implications for community competence', *Croatian Yearbook on European law and Policy*, Volume 4, 2008, p.1-48

D. Yi, 'Turning Medals into Metal : Evaluating the Court of Arbitration of sport as an international tribunal', *Asper Review International Business & Trade Law*, Volume 6, 2006, p.289-341

P. Zumbansen, 'Transnational Legal Pluralism', *Transnational Legal Theory*, Vol.1, No.2, 2010, pp. 141-189

J. Zylberstein, 'Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina', *Cahier de droit européen*, volume 43, n°1-2, 2007, p.214-237

J. Zylberstein, 'Que reste t-il de la spécificité du sport en droit communautaire ?', *Gazette du Palais*, n°311-312, 7 et 8 novembre 2007

J. Zylberstein, 'Inquiétant arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire Meca-Medina – Ou comment deux nanogrammes de nandrolone pourraient bouleverser le sport européen', *Cahiers de droit du sport*, 2007, n°7, p.174-192

J. Zylberstein, 'L'arrêt Olivier Bernard : Une avancée significative pour la formation des sportifs', *Revue de l'Union européenne*, n°543, décembre 2010, p.653-661

Rapports

Rapport d'information sur le sport et l'Union européenne, Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union Européenne, 25 novembre 1999

Harmonisation of methods and measures in the fight against doping in sport, Prince A. de Mérode et Dr. P. Schamasch 1999 (accessible à <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/growth/docs/hardop-en.pdf>)

Le Sport de haut niveau et l'argent, Rapport du Conseil économique et social, 2002 (accessible à http://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2002/2002_jean-luc_bennahmias.pdf)

Aren't we all positive? A (socio) economic analysis of doping in elite sport, T.M.C. ASSER Institute et KPMG, Report to the European Commission, 2002

Independent European Sport Review, J-L. Arnaut, 2006

Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future, E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak et F. Valdés Dal-Ré, Report to the European Commission, 2006

The Lisbon Treaty and EU Sports Policy, R. Parrish, B. Garcia, S. Miettinen et R. Siekmann, 2010

European Social Dialogue : State of Play and Prospects, Confédération européenne des syndicats et European Social Observatory, janvier 2011, (accessible à http://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/Dialogue_social_2010_Rapport_OSE_CE_S_EN.pdf)

The use of legislation in relation to controlling the production, movement, importation, distribution and supply of performance-enhancing drugs in sport (PEDS), B. Houlihan et B. Garcia, août 2012 (accessible à <http://www.unesco.org/shs/sport/addbase/media/docs/doc-506aac23e2af9.pdf>).

Report to WADA Executive Committee on the lack of effectiveness of Testing Programs, WADA, 2013 (accessible à <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/2013-05-12-Lack-of-effectiveness-of-testing-WG-Report-Final.pdf>)

Rapport d'information sur l'Union européenne et le sport professionnel, J-F. Humbert (Rapporteur), déposé le 20 février 2013, Sénat

Rapports des États parties sur les mesures qu'ils ont prises pour appliquer la Convention internationale contre le dopage dans le sport, Unesco, ICDS/4CP/Inf.1/Rev.2, 2 mai 2013 (accessible à <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002227/222725f.pdf>)

Rapport d'information sur le fair-play financier européen et son application au modèle économique des clubs de football professionnel français, Brailard, M-G. Buffet, P. Deguilhem et G. Huet (Rapporteurs), déposé le 3 juillet 2013, Assemblée Nationale

Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'efficacité de la lutte contre le dopage, F. Humbert et J-J Lozach (Rapporteurs), déposé le 17 juillet 2013, Assemblée nationale

Articles de presse

- A. Supiot, 'Voilà l' "économie communiste de marché"', *Le Monde*, 24 Janvier 2008
- 'Sports d'élite et dopage de masse' Entretien avec Marc Sanson, *Esprit*, Août-Septembre, 2010
- C. Spiller, 'Im zweifel für den Doper', *Die Zeit*, 2 mai 2012
- S. Mandard, 'Dopage : Buffet dénonce les pressions avant le Mondial 1998', *Le Monde*, 21 mars 2013
- C. Spiller, 'Zusammen gegen IOC und Fifa', *Die Zeit*, 31 mai 2013
- 'Faut-il interdire les transferts ?', *Le Monde*, 11 juillet 2013
- P. Trabal, 'Osons un vrai débat de société sur le dopage', *Le Monde*, 30 juillet 2013
- O. Fritsch, 'Staatsdoping gab es auch im Westen', *Die Zeit*, 1 août 2013.
- O. Fritsch, 'Deutschland einig Dopingland', *Die Zeit*, 14 août 2013
- O. Fritsch, 'Döper müssen vor Gericht', *Die Zeit*, 22 août 2013
- T. Rohan, 'Study Revealing Doping in Track Strikes Hurdle', *New York Times*, 22 août 2013
- V. Reith, 'Von Dopern ums Treppchen betrogen', *Die Zeit*, 2 septembre 2013

Arrêts de la Cour de justice de l'UE

- CJUE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, Aff. 26/62, Rec. p.3
- CJUE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, aff. 75/63, Rec. p.177
- CJUE, 30 juin 1966, *Société Technique Minière c. Maschinenbau*, aff.56/65, Rec. p.337
- CJUE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission*, aff. 56 et 58/64, Rec. p.429
- CJUE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff.11/70, Rec. p.114
- CJUE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. UCI*, aff. 36/74, Rec. p.1405
- CJUE, 14 Juillet 1976, *Gaetano Donà c. Mario Mantero*, aff.13/76, Rec. p.1333
- CJUE, 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental c. Commission*, aff.27/76, Rec. p.207
- CJUE, 23 Mars 1982, *D.M. Levin c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. 53/81, Rec. p.1035

CJUE, 23 mars 1982, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG*, aff.102/81, Rec p.1095.

CJUE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, aff.66/85, Rec. p. 2121

CJUE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a*, aff. C-331/88, Rec. p.I-4023

CJUE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, aff. C-41/90, Rec. p.I-01979

CJUE, 17 janvier 1993, *Christian Poucet c. Assurances générales de France*, aff. C-159 et C-169/91, Rec. p.I-637

CJUE, 19 janv. 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH contre Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. p.I-43

CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4165

CJUE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl contre Servizi ecologici porto di Genova SpA*, aff. C-343/95, Rec. p.I-1547

CJUE, 9 décembre 1997, *Commission contre République française*, Affaire C-265/95, Rec. p.I-06959

CJUE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, Aff. C-126/97, Rec p.I-3055

CJUE, 21 septembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, aff. C-67/96, Rec. p.I-05751

CJUE, 11 avril 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo*, aff. C-51/96, Rec. p.I-02549

CJUE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen et Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL contre Fédération royale belge des sociétés de basket-ball*, aff. C-176/96, Rec. p.I-02681

CJUE, 6 juin 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, Rec. p.I-04139

CJUE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, aff. C-309/99, Rec. p.I-1577

CJUE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband et al*, aff. C-264/01, Rec. p.I-2493

CJUE, 27 janvier 2005, *Denuit and Cordenier c. Transorient Mosaique Voyages and Culture, S.A.*, aff. C-125/04, Rec. p.I-923

CJUE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-519/04 P, Rec. p.I-06991

CJUE, 26 octobre 2006, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, aff. C-168/05, Rec p.I-10421

CJUE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, aff. C-438/05, Rec. I-10779

CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, Rec. p.I-11767

CJUE, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. p.I-04863

CJUE, 17 juillet 2008, *Andrea Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft*, aff. C-94/07, Rec. p.I-05939

CJUE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau*, aff. C-350/07, Rec. p.I-1513

CJUE, 26 mars 2009, aff. C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission*, Rec. p.I-02207

CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL. c. Cristina Rodríguez Nogueira*, aff. C-40/08, Rec. p.I-9579

CJUE, 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, aff. C-325/08, Rec. p.I-02177.

CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance c. Beaudout*, aff. C-437/09, Rec. p.I-973.

CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd et al c. QC Leisure et al et Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, Rec. p.I-09083,

CJUE, 4 décembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media contre Staat der Nederlanden*, aff. C-413/13, non publié

Arrêts du Tribunal de l'UE

Tribunal de l'UE, 17 juin 1998, *Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) c. Conseil*, aff.T-135/96, Rec. p.II-2335.

Tribunal de l'UE, 18 Septembre 2001, *Métropole Télévision (M6) et al. v. Commission*, aff. T-112/99, Rec. p. II-2459

Tribunal de l'UE, 30 septembre 2004, *David Meca-Medina et Igor Majcen c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/02, Rec. p.II-03291

Tribunal de l'UE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. p.II-209

Actes de l'Union Européenne

Règlement n° 17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, publié au JO L 13 du 21 février 1962, p. 204-211

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, publiée au JO L 281 du 23 novembre 1995, p.31-50

Directive 96/34/CE du Conseil de l'Union européenne du 3 juin 1996 concernant l'accord cadre sur le congé parental, publiée au JO L 145 du 19 juin 1996, p. 4-9

Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, publiée au JO L 14 du 20 janvier 1998, p. 9-14

Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, publiée au JO L 175 du 10 juillet 1999, p. 43-48

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), publiée au JO L 201 du 31 juillet 2002, p. 37-47.

Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, publié au JO L 1 du 4 janvier 2003, p. 1-25

Déclaration n°29 relative au sport annexée au Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, publiée au JO C 340 du 10 novembre 1997, p.1-144

Accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, publié au JO C 191 du 29 juillet 1992, p. 91

Actes de la Commission européenne

Décisions et communications de la Commission européenne en droit de la concurrence

Décision du 11 mars 1964, *Grosfillex-Fillistorf*, publiée au JO 58 du 9 avril 1964, p.915-916

Décision du 19 décembre 1984, *Pâte de bois*, publiée au JO L 85 du 26 mars 1985, p.1-52
Communication relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration, publiée au JO C 203 du 14 août 1990, p. 5-9

Décision du 27 octobre 1992, *Distribution des forfaits touristiques lors de la Coupe du monde de football 1990*, publiée au JO L 326 du 12 novembre 1992, p. 31-42.

Communication concernant les affaires COMP/35.163 — Notification de règlements de la FIA, COMP/36.638 — Notification par FIA/FOA d'accords relatifs au championnat du monde de Formule 1 de la FIA, COMP/36.776 — GTR/FIA et autres, publiée au JO C169 du 13 juin 2001 p.5-11

Décision de rejet du 15 avril 2002, *Piau vs FIFA*, aff.COMP/37124 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37124/37124_10_3.pdf)

Décision de rejet du 25 juin 2002, *ENIC/UEFA*, aff. COMP/37 806, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf)

Décision de rejet du 30 mai 2002, *SETCA et FGTB/FIFA*, aff. IV/36 583 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36583/36583_54_3.pdf)

Décision de rejet du 1^{er} août 2002, *Meca Medina et Majcen ./ CIO*, aff. COMP/38158 (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf)

Décision de rejet du 12 octobre 2009, *Certain joueur de tennis professionnel /Agence mondiale antidopage, ATP Tour Inc. et Fondation Conseil international de l'arbitrage en matière de sport*, aff. COMP/39471, (accessible à http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39471/39471_146_5.pdf)

Communications, Livre Blanc et autres actes de la Commission européenne

Décision concernant l'institution de comités de dialogue sectoriel destinés à favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux au niveau européen, publiée au JO L 225 du 12 août 1998, p.27-28

Communication : La Communauté européenne et le sport, 31 juillet 1991, SEC(91)1438 final

Communication sur le dopage dans les activités sportives, 14 novembre 1991, SEC(91)2030 final

Rapport de la Commission au Conseil Européen dans l'optique de la sauvegarde des structures sportives actuelles et du maintien de la fonction sociale du sport dans le cadre communautaire du 10 décembre 1999, COM(1999)644 final

Communication : Plan d'appui communautaire à la lutte contre le dopage dans le sport, COM(1999)643 final

Gouvernance européenne - Un livre blanc, COM(2001)428 final, publié au JO C 287 du 12 octobre 2001, p.1-29

Communication concernant la participation de la Commission à l'Agence mondiale antidopage ainsi que son financement, COM(2002)220 final

Communication : Partenariat pour le changement dans une Europe élargie - Renforcer la contribution du dialogue social européen, COM(2004)557 final

Livre blanc sur le sport, COM(2007)391 final

Analyse d'impact accompagnant le Livre blanc sur le sport, SEC(2007)932

L'Union européenne et le sport : Historique et contexte, document accompagnant le *Livre blanc sur le sport*, SEC(2007)935, p.1-130

Communication : Développer la dimension européenne du sport, COM(2011)12 final

Impact Assessment, accompanying document to the Communication 'Developing the European Dimension in Sport', SEC(2011)67 final

Commission Staff Working Document, Sport and Free Movement, accompanying document to the Communication 'Developing the European Dimension in Sport', SEC(2011)66 final

Communiqués de presse de la Commission européenne

Les contrats des joueurs de football professionnels : MM. Pdraig Flynn et Karel Van Miert écrivent à la FIFA, 4 juillet 1997, IP/97/615 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-615_fr.htm?locale=en)

Réactions des commissaires Flynn et Van Miert aux articles de presse consacrés à la proposition de la FIFA d'exclure le sport du champ d'application de la législation européenne, 7 janvier 1998, IP/98/8 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-98-8_fr.htm)

La Commission ouvre la procédure formelle à l'encontre de la Formule 1 et des autres compétitions sportives automobiles internationales, 30 juin 1999, IP/99/434 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-99-434_fr.htm)

Déclaration de la Commission relative à une procédure en instance à la Cour sur la Formule 1, 26 juillet 1999, IP/99/564 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-99-564_fr.htm)

Discours du 17 avril 2000 de M. Monti, 'Sport and Competition' (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-152_en.htm?locale=en)

La Commission ouvre la procédure formelle à l'encontre des règles de la FIFA en matière d'agents de joueurs, 21 octobre 1999, IP/99/782, (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-99-782_fr.htm)

Discours du 30 juin 2000 de Mme Viviane Reding, 'Renforcer le dialogue entre la Commission européenne et le monde du sport pour renforcer la fonction sociale du sport' (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-250_fr.htm)

Discours du 7 septembre 2000 de Mme Viviane Reding, 'L'enquête de la Commission sur les règles de transfert de la FIFA' (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-290_fr.htm)

Transferts de footballeurs : la Commission met l'accent sur les perspectives de progrès, 6 décembre 2000, IP/00/1417 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-1417_fr.htm)

Déclaration à l'issue de la quatrième réunion sur les règles FIFA sur les transferts internationaux de joueurs, 24 janvier 2001, MEMO/01/19, 24 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-01-19_fr.htm)

La Commission se félicite des progrès réalisés dans la voie d'une résolution du litige de longue date opposant la Commission à FIA/Formula One Administration, 26 janvier 2001, IP/01/120 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-120_fr.htm)

Déclaration commune de M. Monti, de Mme Reding et de Mme Diamantopoulou, membres de la Commission et de M. Blatter, Président de la FIFA, et de M. Johansson, Président de l'UEFA, 14 février 2001, IP/01/209 (accessible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-209_fr.htm)

Résultats des discussions techniques avec la FIFA/l'UEFA sur le système des transferts, 16 février 2001, IP/01/225 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-225_fr.htm)

Discours du 26 février 2001 de M. Monti, 'Competition and Sport the Rules of the game' (accessible à [http://europa.eu/rapid/press-release SPEECH-01-84 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-84_en.htm))

Résultat des discussions entre la Commission et la FIFA/UEFA sur les règles relatives aux transferts internationaux de joueurs de football, 5 mars 2001, IP/01/314 (accessible à [http://europa.eu/rapid/press-release IP-01-314 fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-314_fr.htm))

Le président de la Commission, Romano Prodi, se félicite des résultats des discussions sur les transferts de joueurs de football, 6 mars 2001, IP/01/320 (accessible à [http://europa.eu/rapid/press-release IP-01-320 fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-320_fr.htm))

Discours du 13 mars 2001 de Mme Viviane Reding, 'La réforme des règles de la FIFA sur les transferts internationaux', (accessible à [http://europa.eu/rapid/press-release SPEECH-01-117 fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-117_fr.htm)).

La Commission clôt ses enquêtes sur les règles de la FIFA concernant les transferts internationaux de footballeurs, 5 juin 2002, IP/02/824 (accessible à [http://europa.eu/rapid/press-release IP-02-824 fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-824_fr.htm))

L'application aux sports des règles de concurrence de l'UE, 5 juin 2002, MEMO/02/127 (accessible à [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-02-127 fr.htm?locale=FR](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-02-127_fr.htm?locale=FR))

L'Agence mondiale antidopage adopte une nouvelle version du standard pour la protection des données et poursuit son dialogue fructueux avec l'UE, 11 mai 2009, IP/09/733 (accessible à [http://europa.eu/rapid/press-release IP-09-733 fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-733_fr.htm))

Discours du 19 avril 2012 de A. Vassiliou, 'Introductory remarks Meeting of social partners of professional football sector - Signing Ceremony' (accessible à [http://europa.eu/rapid/press-release SPEECH-12-284 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-284_en.htm))

Actes du Parlement européen

Résolutions du Parlement européen

Résolution sur le vandalisme et la violence dans le sport, publiée au JO C 49 du 22 février 1988, p. 68

Résolution sur le sport dans la Communauté européenne et l'Europe des citoyens, publiée au JO C 69 du 20 mars 1989, p.234.

Résolution sur la libre circulation des footballeurs professionnels, publiée au JO C 326 du 16 décembre 1991, p.208-209

Résolution sur le sport et le dopage, publiée au JO C 205 du 25 juillet 1994, p.484

Résolution sur le rôle de l'Union européenne dans le domaine du sport, publiée au JO C 200 du 30 juin 1997 p.252

Résolution sur les mesures urgentes à prendre contre le dopage dans le sport, publiée au JO C 098 du 09 avril 1999 p. 291

Résolution sur la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur un plan d'appui communautaire à la lutte contre le dopage dans le sport (COM(1999) 643 — C5-0087/2000 — 2000/2056(COS)), publiée au JO C 135 du 07 mai 2001 p.270

Résolution sur le rapport de la Commission au Conseil européen „Dans l'optique de la sauvegarde des structures sportives actuelles et du maintien de la fonction sociale du sport dans le cadre communautaire – Rapport d'Helsinki sur le sport”, publiée au JO C 135 du 07 mai 2001 p.274-278

Résolution sur la lutte contre le dopage dans le sport, publiée au JO C 33 E du 09 février 2006, p.590-591

Résolution sur l'avenir du football professionnel en Europe, publiée au JO C27 E du 31 janvier 2008, p.232-240

Résolution sur le rôle du sport dans l'éducation, publiée au JO C 282 E du 06 novembre 2008, p.131-138

Résolution sur le Livre blanc sur le sport, publiée au JO C 271 E du 12 novembre 2009, p.51-67

Résolution sur la dimension européenne du sport, publiée au JO C 239 E du 20 août 2013 pp. 46–60

Questions écrites et rapports des parlementaires européens

Question écrite n°20 de M. Delorozoy (H-701/87) à la Commission : *Action contre le dopage*, Débats du PE (éd. française): n° 359 p. 198

Question écrite n°1856/87 de Sir Jack Stewart-Clark à la Commission: *Mesures communautaires en matière de contrôle anti-dopage*, publiée au JO C 160 du 20 juin 1988, p. 15

Question n°28 de M. Pasty (H-291/88) à la Commission: *Dopage dans le sport*, publiée au JO C 235 du 12 septembre 1988, p. 63

Question écrite n°2511/87 de M. Luc Beyer de Ryke à la Commission: *Italie - dopage d'athlètes - dispositions à prendre pour limiter la circulation des produits anabolisants*, publiée au JO C 332 du 27 décembre 1988, p. 27

Question écrite n°1510/88 de Mme Anne André à la Commission: *Dopage - assuétude - toxicomanie*, publiée au JO C 151 du 19 juin 1989, p. 25

Question écrite n°622/91 de M. Lataillade à la Commission: *Le dopage sportif*, publiée au JO C 240 du 16 septembre 1991, p. 92

Question écrite n°700/91 de Mme Ceci à la Commission: *Code anti-dopage*, publiée au JO C 240 du 16 septembre 1991, p. 92.

Question écrite n°102/00 de M. Mennea à la Commission: *Le sport de détente*, publiée au JO C 225 E du 89 août 2000, p. 219

Question écrite n°2501/00 de M. Ribeiro e Castro à la Commission: *Reconnaissance de la spécificité du sport dans les traités*, publiée au JO C 89 E du 20 mars 2001

Question écrite n°4077/00 de M. Mantovani à la Commission : *Transfert des footballeurs*, publiée au JO C 174 E du 19 juin 2001, p.229

Rapport au Parlement Européen sur l'avenir du football professionnel en Europe, par M. Belet, 13 février 2007, A6-0036/2007 (accessible à <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007-0036+0+DOC+PDF+V0//FR>)

Actes du Conseil

Résolution relative à une action communautaire de lutte contre le dopage, y compris l'abus de médicaments, dans les activités sportives, publiée au JO C 329 du 31 décembre 1990, p.4-5

Déclaration relative à la lutte contre le dopage, y compris l'abus de médicaments, dans les activités sportives, publiée au JO C 170 du 29 juin 1991, p.1

Déclaration annexée aux conclusions du Conseil de Nice relative aux caractéristiques spécifiques du sport et à sa fonction sociale en Europe devant être prises en compte dans la mise en oeuvre des politiques communes, décembre 2000 (accessible à http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_fr.htm#an4)

Conclusions sur la lutte contre le dopage, publiée au JO C 356 du 12 décembre 2000, p.1

Déclaration sur la valeur sociale du sport pour la jeunesse, publiée au JO C 134 du 07 juin 2003, p.3

Résolution concernant le dialogue structuré de l'UE sur le sport, publiée au JO C 322 du 27 novembre 2010, p.1-2

Résolution sur un plan de travail de l'Union européenne en faveur du sport pour 2011-2014, publiée JO C 162 du 1 juin 2011, p.1

Résolution concernant la représentation des États membres de l'UE au sein du conseil de fondation de l'Agence mondiale antidopage (AMA) et la coordination des positions de l'UE et de ses États membres avant chaque réunion de l'AMA, publiée au JO C 372 du 20 décembre 2011, p. 7-9.

Autres documents de l'Union européenne

Avis du Comité économique et social sur la « Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions: Plan d'appui communautaire à la lutte contre le dopage dans le sport », publié au JO C 204 du 18 juillet 2000, p.45-50

Avis 3/2008 sur le projet de norme internationale de protection de la vie privée du code mondial antidopage, Groupe « Article 29 » sur la protection des données, adopté le 1er août 2008, 1576-00-00-08/FR WP 156 (accessible à http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp156_fr.pdf)

Avis 4/2009 sur le standard international pour la protection des renseignements personnels de l'Agence mondiale antidopage (AMA), sur les dispositions du code de l'AMA s'y rapportant et sur d'autres questions relatives à la vie privée dans le cadre de la lutte contre le dopage dans le sport par l'AMA et les organisations (nationales) antidopage, Groupe « Article 29 » sur la protection des données, adopté le 6 février 2009, 0746/09/FR WP 162 (accessible à http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp162_fr.pdf)

Contributions et propositions d'amendements déposées lors de la Convention européenne

Contribution présentée par M. Olivier Duhamel du 17 avril 2002, CONV 33/02 (accessible à <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/fr/02/cv00/cv00033.fr02.pdf>)

Contribution de M. Antonio Tajani du 10 octobre 2002, 'Protection de la spécificité du sport dans l'ordre juridique communautaire', CONV 337/02 (accessible à <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/fr/02/cv00/cv00337.fr02.pdf>)

Contribution de MM. Hubert Haenel et al du 10 janvier 2003, 'La place du sport dans le futur traité', CONV 478/03 (accessible à <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/fr/03/cv00/cv00478.fr03.pdf>)

Proposition d'amendement à l'article III-177 du Traité instituant une constitution pour l'Europe de M. Hain (accessible à <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/856/Art%20III%20177%20Hain%20EN.pdf>).

Proposition d'amendement à l'article III-177 du Traité instituant une constitution pour l'Europe de M. De Villepin (accessible à <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/856/Art%20III%20177%20de%20Villepin%20FR.pdf>)

Proposition d'amendement à l'article III-177 du Traité instituant une constitution pour l'Europe de Mr Göran Lenmarker (accessible à <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/pdf/856/Art%20III%20177%20Lenmarker%20EN.pdf>)

Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse

Arrêt du Tribunal Fédéral, *G. contre Fédération Equestre Internationale et Tribunal Arbitral du Sport*, du 15 mars 1993, ATF 119 II 271

Arrêt du Tribunal Fédéral, *A. et B. contre Comité International Olympique, Fédération Internationale de Ski et Tribunal Arbitral du Sport*, du 27 mai 2003, ATF 129 III 445

Arrêt du Tribunal Fédéral, *X. S.p.A. contre Y. S.r.l. ainsi que Tribunal arbitral CCI*, du 8 mars 2006, ATF 132 III 389

Arrêt du Tribunal Fédéral, *X. contre ATP Tour et Tribunal Arbitral du Sport (TAS)*, du 22 mars 2007, BGE 133 III 235.

Arrêt du Tribunal Fédéral, *X et Y contre A*, du 23 Septembre 2008, aff.4A_176/2008

Arrêt du Tribunal Fédéral, *A contre AMA*, du 6 Novembre 2009, aff.4A_358/2009

Arrêt du Tribunal Fédéral, *X contre Y*, du 3 mai 2010, aff.4A_456/2009

Arrêt du Tribunal Fédéral, *Matuzalem contre FIFA*, du 27 mars 2012, 4A_558/2011

Arrêt du Tribunal Fédéral, *A et B contre Agence Mondiale Antidopage (AMA) et Fédération flamande de tennis (VTV)*, du 13 février 2012, aff. 4A_428/2011

Autres décisions des Cours nationales

Cour suprême des Etats-Unis, *Mitsubishi*, 472 U.S. 614 (1985)

Cour de district de Notre Dame en Floride, *Gatlin v. USADA*, 2008 WL 2567657

Cour de district des de Miami en Floride, *Chelsea Football Club Limited v. Adrian Mutu*, 10-24028-CIV-MORENO

Cour supérieur de Justice, Brasília (DF), *Union européenne de Gymnastique v. Multipole Distribuidora de Filmes LTDA*, 19 April 2006, aff.2005/0034908-7

OLG Frankfurt am Main, 18 avril 2001, 13 U 66/01 (affaire Baumann)

OLG Bremen, 30 décembre 2014, 2 U 67/14 (affaire SV Wilhelmshaven)

OLG München, 15 Janvier 2015, U 1110/14 Kart (affaire Pechstein)

Sentences du Tribunal Arbitral du Sport

TAS 92/80 *B. / Fédération Internationale de Basketball (FIBA)*, sentence du 25 mars 1993

CAS 98/200 *AEK Athens and SK Slavia Prague / Union of European Football Associations (UEFA)*, sentence du 20 août 1999.

TAS 2000/A/290 *Abel Xavier & Everton FC / Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, sentence du 2 février 2001

CAS 2004/A/691 *FC Barcelona SAD c. Manchester United FC*, sentence du 9 février 2005

TAS 2004/A/708 *Philippe Mexès c. FIFA*, TAS 2004/A/709 *AS Roma c. FIFA*, TAS 2004/A/713 *AJ Auxerre c. AS Roma & Philippe Mexès*, sentence du 11 mars 2005

CAS 2006/A/1152 *ADO Den Haag c. Newcastle United FC*, sentence du 7 février 2007

CAS 2007/A/1298 *Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian* & CAS 2007/A/1299 *Heart of Midlothian v/ Webster & Wigan Athletic FC* & CAS 2007/A/1300 *Webster v/ Heart of Midlothian*, sentence du 30 Janvier 2008

CAS 2008/A/1461 et 1462 *Gatlin c. USADA*, sentence du 10 Septembre 2008

CAS 2008/A/1521 *VfB Admira Wacker Modling c. A.C. Pistoiese s.p.A.*, sentence du 12 décembre 2008

CAS 2008/A/1705 *23 Grasshopper c. Alianza Lima*, sentence du 18 juin 2009

CAS 2009/A/1757 *MTK Budapest c. FC Internazionale Milano S.p.A.*, sentence du 30 juillet 2009

CAS 2008/A/1485 *FC Midtjylland A/S c. FIFA*, sentence du 23 juillet 2009

CAS 2008/A/1644 Adrian Mutu v/ Chelsea Football Club Limited, sentence du 31 juillet 2009

CAS 2009/A/1788 UMMC Ekaterinburg v. FIBA Europe e. V, sentence du 29 octobre 2009

TAS 2009/A/1960 Trabzonspor c. LOSC Lille Métropole & TAS 2009/A/1961 LOSC Lille Métropole c. Trabzonspor & T., sentence du 5 mai 2010

TAS 2011/A/2494 FC Girondins de Bordeaux c. FIFA, sentence du 17 mai 2011

TAS 2012/A/2862 FC Girondins de Bordeaux c. FIFA, sentence du 11 Janvier 2013

Autres

Documents de l'UEFA

UEFA's position on Article 165 of the Lisbon Treaty (accessible à http://www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/uefaorg/EuropeanUnion/01/57/91/67/1579167_DOWNLOAD.pdf)

Protocole d'accord entre l'Union des Associations Européennes de Football («UEFA») et la Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels («FIFPro») «FIFPRO Division Europe», du 11 octobre 2007 (accessible à http://fr.uefa.com/multimediafiles/download/uefa/others/601344_download.pdf)

UEFA, 'Un accord pour une nouvelle ère', Vendredi 25 janvier 2008, <http://fr.uefa.com/uefa/stakeholders/clubs/news/newsid=648370.html>

'UEFA agreement with social partners ensures better working conditions for players', 19 avril 2012 (accessible à <http://www.uefa.org/mediaservices/mediareleases/newsid=1786485.html>)

Protocole d'accord entre l'UEFA et l'EPFL renouvelé en 2012 : http://fr.uefa.com/MultimediaFiles/Download/EuroExperience/uefaorg/Leagues/01/78/06/63/1780663_DOWNLOAD.pdf

Documents de la FIFA

FIFA Circulaire n°769, 'Version révisée du Règlement de la FIFA concernant le Statut et les Transferts des joueurs', 24 août 2001 (accessible à http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/ps%20769%20fr_85.pdf)

FIFA Circulaire n°827, 10 decembre 2002 (accessible à http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/tas%20827%20fr_71.pdf).

Règlement de la FIFA concernant le Statut et les Transferts des joueurs, version 2001 (accessible à http://s.ucpf.fr/ucpf/file/200603/txt_aut_fifa_statuttansfert_2001.pdf)

Règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs, FIFA, 2001 (accessible à <http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/67/03/46/playersagentsregulations%28edition2001%29.pdf>).

Règlement des agents de joueurs, FIFA, version 2008 (accessible à http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/51/55/18/playersagents_fr_32513.pdf).

Communiqué de presse de la FIFA du 21 mars 2014, 'Le Règlement sur la collaboration avec les intermédiaires approuvé' (accessible à <http://fr.fifa.com/aboutfifa/organisation/administration/news/newsid=2301244/>)

Documents de la lutte anti-dopage

Déclaration de Cap Town sur la lutte contre le dopage dans le sport du 31 mai 2001 (accessible à <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-capetown-declaration-fr.pdf>)

Déclaration de Copenhague contre le dopage dans le sport du 3 mars 2003 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Dec_Copenhague_FR.pdf)

Convention internationale contre le dopage dans le sport, UNESCO, 19 octobre 2005

Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA du 20 novembre 2005 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_executivecommitteeminutes_200511_fr.pdf)

Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 20 septembre 2008 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_executivecommitteeminutes_200809_fr.pdf)

Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 22 novembre 2008 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_executivecommitteeminutes_200811_fr.pdf)

prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_executivecommitteeminutes_200811_fr.pdf)

Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA du 9 mai 2009 (accessible à [https://wada-main-](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_executivecommitteeminutes_200905_fr.pdf)

[prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_executivecommitteeminutes_200905_fr.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_executivecommitteeminutes_200905_fr.pdf))

Procès-verbal de la réunion du Comité exécutif de l'AMA 8 mai 2010 (accessible à [https://wada-main-](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_exco_minutes_2010may8_final_fr.pdf)

[prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_exco_minutes_2010may8_final_fr.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_exco_minutes_2010may8_final_fr.pdf))

Procès-verbal de la réunion du Conseil de fondation du 23 novembre 2008 (accessible à [https://wada-main-](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_foundationboardminutes_200811_fr.pdf)

[prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_foundationboardminutes_200811_fr.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada_foundationboardminutes_200811_fr.pdf))

)
Commentaires de l'AMA. sur l'avis du G29, p.1 (disponible à [https://wada-main-](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Comments_WP29_FullVersion.pdf)
[prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Comments_WP29_FullVersion.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Comments_WP29_FullVersion.pdf))

Statuts de l'Agence Mondiale Antidopage, version 2014 (accessibles à [https://wada-](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA-Revised-Statutes-4-July-2014-FR.pdf)
[main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA-Revised-Statutes-4-July-2014-](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA-Revised-Statutes-4-July-2014-FR.pdf)
[FR.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA-Revised-Statutes-4-July-2014-FR.pdf))

Déclaration de l'AMA à propos de l'avis du Groupe de travail européen sur la protection des données, 15 avril 2009 (accessible à [https://wada-main-](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Statement_WP29_FR.pdf)
[prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Statement_WP29_FR.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/WADA_Statement_WP29_FR.pdf))

CAHAMA, Data Protection issues in anti-doping, T-DO (2012) INF 16, 11 June 2012 (accessible à [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/T-](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/T-DO%282012%29INF16_EN_data_protection.pdf)
[DO%282012%29INF16_EN_data_protection.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/T-DO%282012%29INF16_EN_data_protection.pdf))

WADA Comments to the proposed EU Data Protection Regulation, (accessible à [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/T-DO%20-](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/T-DO%20-%20Item_5_1_Attach_1_WADA_Comments_to_DP_Regulation-EU_Presidency_FINAL.pdf)
[%20Item_5_1_Attach_1_WADA_Comments_to_DP_Regulation-EU_Presidency_FINAL.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/tpd_documents/T-DO%20-%20Item_5_1_Attach_1_WADA_Comments_to_DP_Regulation-EU_Presidency_FINAL.pdf))

WADA News, N°2, Juin 2002, p.8 (accessible à [https://wada-main-](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2002_2_WADA_News_FR.pdf)
[prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2002_2_WADA_News_FR.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2002_2_WADA_News_FR.pdf))

Franc Jeu, 'Comment le Code est né', n°3, 2006 (accessible à [https://wada-main-](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2006_3_The_World_Anti_Doping_Code_FR.pdf)
[prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2006_3_The_World_Anti_Doping_Co](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2006_3_The_World_Anti_Doping_Code_FR.pdf)
[de_FR.pdf](https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2006_3_The_World_Anti_Doping_Code_FR.pdf))

: Franc Jeu, 'Révision du Code et processus de consultation', N°3, 2006 (accessible à https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2006_3_The_World_Anti_Doping_Code_FR.pdf), p.10

Autres:

Accord relatif aux exigences minimales requises pour les contrats types de joueurs dans le secteur du football professionnel dans l'Union européenne et sur le reste du territoire de l'UEFA (accessible à <http://www.ecaeurope.com/Documents/Dialogue%20social%20IX%20Final%20Version.pdf>)

'Open letter to the ministers of sport', FIFPro, 15 avril 2010 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/open-letter-to-the-ministers-of-sport>)

'Only FIFPro is ready to sign minimum requirements', FIFPro, 1 mars 2011 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/only-fifpro-is-ready-to-sign-minimum-requirements>)

'Wonderful European football family finds solutions', FIFPro, 20 avril 2012 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/wonderful-european-football-family-finds-solutions>)

'A pass from FIFPro, and Platini scores...', FIFPro, 8 août 2011 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/a-pass-from-fifpro-and-platini-scores>)

'FIFPro announces legal challenge to transfer system', FIFPro, 17 décembre 2013 (accessible à <http://www.fifpro.org/en/news/fifpro-announces-legal-challenge-to-transfer-system>).

Déclaration commune sur la reconnaissance mutuelle de EASE, d'EURO-MEI et du dialogue social du 8 février 2008 (accessible à [http://mail.uniglobalunion.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/BFB006F500A33C1FC1257598002C5A7E/\\$FILE/2008-02-08Mut-RecSport-FINAL-FR-SIGNED.pdf](http://mail.uniglobalunion.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/BFB006F500A33C1FC1257598002C5A7E/$FILE/2008-02-08Mut-RecSport-FINAL-FR-SIGNED.pdf))

Déclaration Commune sur le dialogue social européen dans le secteur du sport de EASE et EURO-MEI, 27 mai 2009 ([http://mail.union-network.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/2557CCAAC9559E42C125761500544B79/\\$FILE/JointStatementSDSport-FINAL-FR.pdf](http://mail.union-network.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/2557CCAAC9559E42C125761500544B79/$FILE/JointStatementSDSport-FINAL-FR.pdf))

Position commune de EASE et d'UNI Europa Sport sur l'article relatif au dialogue social européen dans la Communication de la Commission européenne "Développer la dimension européenne du sport", 21 février 2011 (accessible à

http://ease.franceolympique.com/ease/fichiers/File/Communucation_CE_2011/Positions communes/EASE_UNI_Europa_Sport/ease_uni_europa_sport_position_commune_com_ce_fev11_fr.pdf).

Communiqué de presse de l'UNI, 'Important Step – European Social Dialogue in Sport', 17 December 2012, (accessible à http://www.uniglobalunion.org/Apps/uni.nsf/pages/sec_sportEn?Opendocument&exURL=http://www.uniglobalunion.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpById/6CA881F07F629652C1257AD700511F94?OpenDocument).