



HAL
open science

La compatibilité du nouveau règlement FIFA sur les intermédiaires avec le droit européen

Jean-Michel Marmayou

► **To cite this version:**

Jean-Michel Marmayou. La compatibilité du nouveau règlement FIFA sur les intermédiaires avec le droit européen. Les cahiers de droit du sport, 2015, 41, pp.15-42. hal-01310555

HAL Id: hal-01310555

<https://amu.hal.science/hal-01310555>

Submitted on 2 May 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La compatibilité du nouveau règlement FIFA sur les intermédiaires avec le droit européen



Jean-Michel MARMAYOU

Maître de conférences (HDR) à l'Université d'Aix-Marseille

Directeur du Centre de droit du sport d'Aix-Marseille

Centre de droit économique (EA4224)

Le règlement FIFA sur la collaboration avec les intermédiaires applicable depuis le 1^{er} avril 2015 est-il compatible avec le droit de l'Union européenne ?

La question est éminemment légitime.

La conformité du Règlement des agents de joueurs FIFA 2008¹, qu'il abroge et remplace, avait été vérifiée² au regard du droit européen de la concurrence. Il n'y a aucune raison que la nouvelle version, même si elle se présente comme une « dérégulation », soit dispensée d'une telle vérification.

Si pour certains ça l'était moins avant, depuis l'arrêt *Meca Medina*³ il ne peut faire de doute que le

pouvoir normatif des fédérations sportives, internationales comme nationales, s'inscrit aussi dans l'ordonnement du droit européen de la concurrence et doit se conformer à ses prescriptions, notamment à celles qui découlent des articles 101 et 102 du TFUE.

Dans l'affaire *Piau*, la Commission européenne ne s'était-elle pas réservé le droit de réexaminer la réglementation en cause, ce qui avait été vivement approuvé par le Tribunal ?⁴ Le règlement ayant changé, surgit une excellente raison de pratiquer ce réexamen.

Les lignes qui suivent ont ainsi pour objet de confronter le nouveau règlement FIFA aux règles du droit de l'Union européenne de la concurrence pour en éprouver la compatibilité.

Mais pourquoi alors se contenter de ce seul prisme ? Pourquoi s'en tiendrait-on aux seules règles de concurrence. Pourquoi ne pas élargir l'examen à tout le droit de l'Union européenne ? Le droit des libertés fondamentales telles que la liberté de circulation des capitaux, des personnes, des

¹ adopté le 29 octobre 2007 il était applicable en partie depuis le 1^{er} janvier 2008.

² TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, [*Piau*] Laurent Piau c/ E Commission & FIFA, [2005] Rec. II-0209 ; Cah. dr. sport n°2, 2005, p.111, note F. Rizzo ; Rev. Lamy concurrence 2006/6, n°487, note V. Selinsky et F. Rizzo ; Gaz. Pal. n°142, 22 mai 2005, p.18, note J.-P. Gunther ; Rev. dr. UE 2005, n°1, p.208, obs. P. Ibáñez ; Europe mars 2005, Comm. n°93, p.23, obs. L. Idot ; Concurrences 2005, n°2, p.90, obs. F. Zivy ; Concurrences 2005, n°2, p.90, obs. C. Momège ; European Law Reporter 2005, p.115, note G. Mangeat. – En appel : CJUE, 23 février 2006, aff. C-171/05P, [2006] Rec. I-37 ; 43 Common Market Law Review (2006), p.1743, D. Walebroeck & P. Ibáñez Colomo. – Adde : A. Durand, « Le règlement FIFA gouvernant l'activité d'agent de joueurs au regard du droit communautaire de la concurrence », Lettre Lamy droit du sport, n°20. – R. Branco Martins, « The Laurent Piau Case of the ECJ on the Status of Players' Agents », Int Sports Law J (2005) 3-4, p.8. – A. Husting, « Le statut des agents de joueurs en Europe », Rev. jur. éco. sport, n°75, juin 2005, p.47. – L. Idot, « Activités sportives, note relative à la décision TPICE 26 janvier 2005, Piau », Europe, n°3, mars 2005, comm.93. – Dans la même affaire : CA Rennes 18 mai 2010, RG n°09/02939 (www.droidusport.com). – Cass. 1^{re} civ. 1^{er} février 2012, n°10-24843, Cah. dr. sport n°27, 2012, p.161, note S. Le Reste.

³ CJUE, 18 juillet 2006, aff. C-519/04 P, [*Meca-Medina*] David Meca-Medina and Igor Majcen c/ Commission of the

European Communities, [2006] Rec. I-06991 ; LPA 1 oct. 2007, p.4, obs. F. Rizzo ; Cah. dr. sport n°7, 2007, p.180, note J. Zylberstein ; RLDA 2006, n°9, p.51, obs. B. Cheynel ; JCP G 2006, II, 10194, note C. Miège ; Rev. jur. Liège, Mons et Bruxelles 2006, p.1799, note M. Wathélet ; JDI 2007, p.662, obs. C. Prieto ; LPA n°231, 2006, p.13, obs. P. Arhel ; European Law Reporter 2006, p.365, obs. G. Mangeat ; Europe oct. 2006, n°290, p.23, obs. L. Idot ; European Law Review 2007, p.95, obs. E. Szyszczak ; European Competition Law Review 2006, p.645, obs. S. Weatherill. – Adde : J. Zylberstein, « Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l'arrêt Meca-Medina », Cah. dr. euro. 2007, p.213. – S. Weatherill, « Anti-Doping Rules and EC Law », in European Sports Law (Ed. Asser Press - The Hague) 2014, p.283. – P. Icard, « La spécificité du sport menacée ? », D. 2007, p.635. Infirmant TPIUE, 30 septembre 2004, aff. T-313/02, D. *Meca-Medina et Majcen c/ Commission*, Cah. dr. sport n°1, 2005, p.133, note F. Rizzo ; JCP A 2005, n°16, p.3, note J.-C. Lapouble.

⁴ TPIUE, 26 jan. 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*, §104.

services. Et pourquoi ne pas y associer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ? Ne fait-elle pas partie depuis le Traité de Lisbonne du droit primaire de l'Union ?⁵

Il ne nous revient pas de décrire avec précision le contenu de ce nouveau règlement FIFA. Nous nous contenterons de sélectionner certaines de ses dispositions pour les confronter au droit de l'Union européenne.

Les dispositions qui nous paraissent devoir être analysées sont les suivantes :

-Le principe général de l'enregistrement préalable auprès de la fédération nationale et le système d'enregistrement opération par opération (art. 3 & 4) ;

-La technique de la « déclaration d'intermédiaire » (art. 2, 3 & 4) ;

-Les recommandations relatives au montant de la commission d'agent (interdiction pour les mineurs, plafonnement à 3%) (art. 7) ;

-l'indication de paiement (l'agent doit par principe se faire payer par son donneur d'ordre) (art.7.5) ;

-Les obligations de transparence imposant une communication détaillée au public des montants payés aux agents) (art. 6) ;

Evidemment, ce choix ne peut être complètement innocent. Il est le fruit d'un doute. Celui qui est né, un peu intuitivement, à la toute première lecture de ce nouveau règlement parce que quelques incompatibilités nous ont paru manifestes. Ce doute, il fallait le lever au moyen d'un examen plus poussé qui n'exprime qu'une position bien personnelle et finalement assez vaine puisque le dernier mot en la matière n'appartient vraiment qu'à la Cour de justice de l'UE.

Ce sont donc ces 5 séries de dispositions dont nous allons évaluer la compatibilité avec le droit de l'Union européenne. Tout le droit de l'Union européenne. Les principes du droit de la concurrence (I) comme les principes des libertés et droit fondamentaux (II).

I – Confrontation avec les principes de libre concurrence au sein de l'UE

Pour que le droit de la concurrence de l'UE puisse s'appliquer à un règlement tel que le Règlement FIFA sur les agents, il faut que l'on puisse considérer qu'il intervient dans un secteur

économique. Or cela ne fait aucun doute. Non seulement le sport est une activité économique⁶,

⁶ Par ex. : CJUE, 12 décembre 1974, aff. 36/74, B.N.O. [*Walrave*] *Walrave, L.J.N. Koch c/ Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie & Federación Española Ciclismo*, [1974] Rec. 01405 ; *European Law Review* 1975, p.67, obs. G. Morse ; *Cah. dr. euro.* 1976, p.209, obs. P. Delannay ; *The Journal of Business Law* 1975, p.169, obs. N. March Hunnings ; *Journal des tribunaux* 1975, p.604, obs. O.-E. Mac Gillavry ; *Gaz. Pal.* 1978, III, doct., p.23, obs. J.-Y. Plouvin ; *RTDeur.* 1976, p.635, obs. G.-M. Ubertazzi. – CJUE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, [*Bosman*] *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c/ Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois S.A c/ Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) c/ Jean-Marc Bosman*, [1995] Rec. I-04921 ; *European Competition Law Review* 1996, p.51, obs. M. Pullen ; *Rev. jur. de Liège, Mons et Bruxelles* 1996, p.150, note N. Parisi ; *JCP E* 1997, II, 675, note G. Parléani ; *Rivista di diritto sportivo* 1996, p.800, obs. A. De Silvestri ; *Rivista di diritto sportivo* 1996, p.436, obs. F. Romani, U. Moretti ; *The Juridical Review* 1996, p.289, obs. L. E. Ramsay ; *Rivista di diritto sportivo* 1996, p.469, obs. J. Díez-Hochleitner, A. Martínez Sanchez ; *European Business Law Review* 1996, p.141, obs. K. Pollet ; *RMUE* 1996, n°1, p.11, obs. P. Demaret ; *The Juridical Review* 1999, p.73, obs. P. M. Spink ; *JDI* 1997, p.550, note M. Luby ; *RMUE* 1995, n°4, p.194, obs. I. Coustet ; *The Columbia Journal of European Law* 1996, p.345, obs. P. Van Nuffel ; *European Law Review* 1996, p.313, obs. J.-M. Fernández Martín ; *Rivista di diritto sportivo* 1996, p.416, obs. A. Tizzano, M. De Vita ; *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 1996, p.111, note D. O'Keeffe, P. Osborne ; *Revue du Marché Commun* 1996, p.489, obs. M. Silvestro, A. Silvestro ; *RMUE* 1996, n°1, p.57, obs. A. Pappalardo, N. Parisi ; *European Business Law Review* 1996, p.55, obs. P. Spink, P. Morris ; *Common Market Law Review* 1996, p.991, obs. S. Weatherill ; *JDI* 1996, p.488, note D. Simon ; *RMUE* 1996, n°1, p.79, obs. S. Késenne ; *Rivista di diritto sportivo* 1996, p.393, obs. M. Clarich ; *Annales du droit luxembourgeois* 1995, Vol.5, p.461, note G. Friden ; *JCP E* 1996, I, 565, n° 2, note P.-H. Antonmattei ; *Rivista di diritto sportivo* 1996, p.458, obs. A. Anastasi ; *Rivista di diritto sportivo* 1996, p.650, obs. M. Coccia ; *RMUE* 1996, n°1 p.5, note K. Van Miert ; *Europe févr.* 1996, comm. n°73, p.17, obs. L. Idot ; *Europe févr.* 1996, comm. n°56, p.8, obs. F. Gazin, D. Simon ; *RMUE* 1996, n°1, p.17, note D. O'Keeffe, P. Osborne ; *Revue des affaires européennes* 1996, p.63, obs. C. Robin ; *The Columbia Journal of European Law* 1999, p.431, note A.-O. Kranz. – Adde : J.-L. Dupont, « *Le droit communautaire et la situation du sportif professionnel avant l'arrêt "Bosman"* », *RMUE* 1996, n°1, p.65. – M. Fernández Salas, « *De la possibilité de renverser l'arrêt "Bosman" par une modification du Traité - Perspectives juridiques* », *RMUE* 1996, n°1 p.155. – S. Weatherill, « *Bosman Changed Everything: The Rise of EC Sports Law* », *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* 2010, p.480. – G. Campogrande, « *Les règles de concurrence et les entreprises sportives professionnelles après l'arrêt "Bosman"* », *RMUE* 1996, n°1, p.45. – L. Nyssen, X. Denoël, « *La situation des ressortissants de pays tiers à la suite de l'arrêt "Bosman"* », *RMUE* 1996, n°1, p.119. – A. Manzella, « *L'Europa e lo sport: un difficile dialogo dopo "Bosman"?* », *Rivista di diritto sportivo* 1996, p.409. – J.-L. Dupont, « *Deporte profesional y ordenamiento jurídico comunitario después del caso Bosman* », *Revista de Instituciones Europeas*

⁵ Art. 6-1 TUE.

mais plus spécifiquement l'activité d'intermédiaire dans la conclusion des contrats relatifs directement (promesses d'embauche, contrat de travail, etc.) ou indirectement (contrats de prêts, de transfert) à l'activité salariée des sportifs et notamment des footballeurs professionnels constitue par définition une activité économique soumise au droit de l'UE.

Tout conduit donc à confronter le Règlement FIFA 2015 aux principes du droit des ententes (A) et à ceux des abus de dominance (B).

A – Droit des ententes

Le mécanisme de l'article 101 du TFUE qui proscribit les ententes est assez simple. Il pose d'abord les conditions de l'illicéité de l'entente (§1), il précise ensuite la sanction qui doit frapper une entente illicite (§2), enfin il accorde l'opportunité, restreinte, d'éviter la sanction de nullité (§3).

L'examen de la conformité du règlement de la FIFA peut donc se faire en deux étapes. Nous vérifierons s'il existe des raisons de considérer qu'il traduit une entente illicite (1) et nous contrôlerons si l'éventuelle nullité peut tout de même être évitée au titre d'une exemption individuelle (2).

1 – L'entente illicite

Pour analyser la conformité du nouveau règlement FIFA avec l'article 101 du TFUE, il faut en rappeler brièvement la grille d'analyse qui ressort tout à la fois de la jurisprudence de la CJUE et des différentes lignes directrices diffusées par la Commission européenne⁷.

1996, p.487. – M. Coccia, C. Nizzo, « *Il dopo-"Bosman" e il modello sportivo europeo* », Rivista di diritto sportivo 1998, p.335. – M. Thill, « *L'arrêt "Bosman" et ses implications pour la libre circulation des sportifs à l'intérieur de l'Union européenne dans des contextes factuels différents de ceux de l'affaire "Bosman"* », RMUE 1996, n°1, p.89. – N. Forte, « *I bilanci delle società sportive dopo la sentenza Bosman* », Rivista di diritto sportivo 1997, p.183. – S. Weatherill, « *Bosman Changed Everything: The Rise of EC Sports Law* », European Sports Law (Ed. Asser Press - The Hague) 2014, p.497. – S. Bastianon, « *La libera circolazione dei calciatori e il diritto della concorrenza alla luce della sentenza "Bosman"* », Rivista di diritto sportivo 1996, p.508. – CJUE, 18 juillet 2006, aff. C-519/04 P, *Meca-Medina, op. cit.*

⁷ Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, 27 avril 2004, JO C 101/07 du 27/04/2004, p.81. – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale, JO C 11, du 14/01/2011, p.1. – Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, §3, du TFUE (article 81, §3, du traité CE, JO C 101, du 27/04/2004, p.97.

Dans un premier temps, il faut vérifier si le Règlement de la FIFA peut être qualifié « d'accord entre entreprises, de décision d'association d'entreprises ou de pratique concertée » (a).

Dans un deuxième temps, il faut vérifier si le Règlement de la FIFA est « susceptible d'affecter le commerce entre États membres ». La pratique de la Cour de justice a certes pu laisser penser que cette vérification ne devait se faire que dans un troisième temps⁸ mais nous respecterons dans notre analyse l'ordre bien plus logique donné par le texte de l'article 101 du TFUE⁹ (b).

Dans un troisième temps, il faut vérifier si le Règlement de la FIFA a « pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur » (c).

a – Décision d'association d'entreprises

Le règlement FIFA sur la collaboration avec les intermédiaires est « une décision d'association d'entreprises ». Il faut bien le dire, cette qualification ne fait aucun doute. La CJUE¹⁰, la Commission¹¹, l'ont déjà dit de manière si convaincante que l'on pourrait presque se dispenser d'en discuter.

En premier lieu, il est admis que la FIFA soit une « association d'entreprises »¹² : « *la FIFA a pour*

⁸ CJUE, 28 avril 1998, aff. C-306/96, *Javico International et Javico AG contre Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, [1998] Rec. I-01983 ; LPA 1998 n°98 p.17 ; note P. Arhel ; Europa e diritto privato 1998 p.1165, F.-M. Di Majo ; Europe juin 1998, Comm. n°199, p.12, obs. L. Idot ; RTD com., 1998, p.988, obs. S. Poillot-Peruzzetto. – Adde : J.-L. Colombani, V. Tétu et L. Tsoraklidis « *Les arrêts Javico et Silhouette : Précisions ou contradictions de motifs dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ?* », LPA 1999 n°7 p.9.

⁹ CJUE, 21 janvier 1999, aff. jointes C-215/96 & C-216/96, *Carlo Bagnasco e.a. c/ Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) & Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige)*, [1999] Rec. I-00135 ; Euredia 1999, p.371, obs. G. Grill ; Contrats, concur., conso., 1999 n°76 p.15, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; RTD com 1999, p.795, obs. G. Jazottes, M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto ; Tributi 2000, n°1 p.101, obs. E. Monaco ; Europe mars 1999, Comm. n°118, p.19, obs. L. Idot.

¹⁰ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Pian, op. cit.*

¹¹ Commission staff working document « *The EU and sport: background and context* », accompagnant le Livre blanc sur le sport, p.66.

¹² Au sens donné notamment par les jurisprudences *Höfner* (CJUE, 23 apr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, [1991] Rec. I-01979 ; European Competition Law Review 2004, p.383, obs. K.P.E. Lasok ; Gaz. Pal. 1992, I, jur., p.200, obs. A. Carnelutti ; Common Market Law Review 1991, p.964, obs. P.-J. Slot ; European

membres des associations nationales qui regroupent des clubs pour lesquels la pratique du football constitue une activité économique. Ces 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 disposition¹³. Elle se présente d'ailleurs elle-même comme une association d'entreprises puisque l'article 10 de ses statuts recommande à tous les membres de la FIFA (les fédérations nationales) « d'impliquer toutes les parties prenantes du football dans leur propre structure ». Le fait qu'en tant que fédération sportive internationale, elle déclare n'avoir pas de but lucratif et ne tirer aucun avantage particulier direct à réglementer l'activité d'agent n'y change rien¹⁴. Le fait qu'elle déclare n'avoir qu'un idéal social et culturel n'y change pas plus. Le fait que la majorité des membres de la FIFA s'occupent de football amateur au travers de structures associatives amateurs y change encore moins¹⁵.

Law Review 1991, p.501, obs. J. Shaw ; Rivista di diritto internazionale 1995, p.379, obs. P. Manzini ; JDI 1992, p.467, obs. M.-A. Hermitte ; RJS 1991, p.474 ; European Competition Law Review 1994, p.322, obs. S. Taylor.) et *Frubo* (CJUE, 15 mai 1975, aff. 71/74, *Nederlandse Vereniging voor de fruit- en groentenimporthandel, Nederlandse Bond van grossiers in zuidvruchten en ander geïmporteerd fruit "Frubo" c/ Commission of the European Communities and Vereniging of Fruitunie*, [1975] Rec. 00563 ; The Journal of Business Law 1975, p.311, obs. V. Korah ; Journal of World Trade Law 1976, n°6, p.575, obs. J. Micó ; JDI 1977, p.186, obs. R. Kovar).

¹³ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, op. cit., §69.

¹⁴ CJUE, 1^{er} juillet 2008, aff. C-49/07, [*Motoe*] *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID c/ Elliniko Dimosio*, [2008] Rec. I-4863 ; Europe, août-septembre 2008, comm. 276, obs. L. Idot ; Cah. dr. sport n°13, 2008, p.122, note B. Grimonprez ; Concurrences n°4, 2008, n°22221, p.87, obs. A.-L. Sibony ; AJDA 2008, 1533, obs. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RLC 2008, n°17, p.82, obs. S. Destours ; LPA, 9 sept. 2008, 5, obs. P. Arhel ; RJDA 2008, n°1053 ; RLDA 2008/31, n°1895, obs. Anadon ; Contrats, concurr., consom., 2008, n°213 obs. D. Bosco ; RLC, 2008/17, n°1192, obs. L. Arcelin ; Gaz. Pal. 22-24 mars 2009, p.22, obs. J. Zylberstein ; JDI 2009, chron. 4, p.693 ; Gaz. Pal. 11-14 nov. 2009, num. spéc., p.21 ; RTD eur. 2009, p.796, obs. Blaise. – Adde : S. Miettinen, « *Policing the Boundaries between Regulation and Commercial Exploitation: Lessons from the MOTOE Case* », Int Sports Law J (2008) 3-4, p.13. – S. Weatherill, « *Article 82 EC and Sporting Conflict of Interest: the Judgment in MOTOE* », Int Sports Law J (2009) 1-2, p.3.

¹⁵ CJUE, 11 avril 2000, Aff. jointes C-51/96 & C-191/97, [Deliège] *Christelle Delière c/ Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) et François Pacquée (C-191/97)*, pt.46, [2000] Rec. I-02549 ; Rev. dr. UE 2000, n°2, p.441, obs. P. Muñoz ; Rev. jur. de Liège, Mons et Bruxelles 2000, p.1381, obs. J.-Y. Carlier ; Europe juin 2000, Chron. n°6, p.4, obs. M. Thill ; European Competition Law Review 2002, p.256, note A. Bell, P. Turner-Kerr ; European Law Review 2000, p.554, obs. S. Van den Bogaert.

En deuxième lieu, aucune prérogative de puissance publique ne peut être mise en avant par la FIFA pour exclure son activité de la sphère économique et l'immuniser contre l'article 101 du TFUE¹⁶. En aurait-elle eu (de la part de qui ?) qu'il aurait en tout de cause fallu en détacher les activités économiques pour les traiter sous le prisme du droit de la concurrence¹⁷. Or, comme on le verra, la régulation d'une activité telle celle d'agent sportif touche nécessairement la sphère économique. Dans un pays comme la France, l'existence de la délégation de service public accordée aux fédérations sportives ne trouble pas l'analyse. D'une part, le nouveau règlement de la FIFA ne s'y appliquera pas car la régulation des agents sportifs fait justement partie des prérogatives de puissance de publique déléguées à la Fédération française de football (FFF). D'autre part, par application combinée des principes généraux du droit administratif français et des dispositions des articles 106 et 101 du TFUE, les règles édictées par la FFF sont des actes administratifs¹⁸ dont la légalité interne et la légalité externe peuvent faire l'objet de contrôle au regard de l'ordre public français dans lequel les règles européennes de concurrence prennent une bonne place¹⁹.

En troisième lieu, un règlement tel que celui sur la collaboration avec les intermédiaires peut sans conteste être considéré comme une « décision ». Le fait que les règlements de la FIFA soient édictés non à l'unanimité mais à la majorité ne change rien à cette réalité. Le fait qu'il se présente sous la forme d'une « simple recommandation » ne le déconsidère pas. Le droit européen a une compréhension autonome de la notion de « décision » et admet sans difficulté qu'une recommandation, même dépourvue de caractère obligatoire (ce qui n'est pas le cas du Règlement 2015), puisse valoir décision au sens de l'article

¹⁶ CJUE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, [1994] Rec. I-00043 ; European Journal of International Law 1996 p.112, obs. C. Vedder, H.-P. Folz ; European Law Review 1995, p.66, obs. J. Shaw ; Common Market Law Review 1995, p.1039, obs. J.-B. Drijber ; D. 1995, Jur., p.34, note G. Lhuillier ; Journal des tribunaux - droit européen 1994, p.58, obs. P.-E. Partsch.

¹⁷ CJUE, 24 octobre 2002, aff. C-82/01 P, *Aéroports de Paris c/ Commission of the European Communities*, [2002] Rec. I-09297 ; European Law Reporter 2003, p.15, obs. V. Kronenberger ; Rev. dr. UE 2002, n°4, p.857, note N. Falcone ; AJDA 2003, p.437, obs. J.-Y. Chérot.

¹⁸ CE, 22 novembre 1974, n°88828, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, Lebon, p.577, concl. J. Théry ; AJDA 1975, p.19, chron. Franc et Boyon.

¹⁹ F. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia et F. Rizzo, *Droit du sport*, LGDJ 2015, n°301 et s.

101²⁰. Comme en son temps le règlement 2001²¹, le règlement 2015 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* »²². Ce nouveau règlement traduit donc toujours « *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* ».

b – Affectation du commerce entre Etats membres

Le règlement FIFA sur la collaboration avec les intermédiaires est « susceptible d'affecter le commerce entre États membres ». Là non plus, le doute n'est pas vraiment permis. Si l'on tient compte de la jurisprudence de la Cour de justice²³, de la pratique décisionnelle de la Commission²⁴ et des lignes directrices qu'elle a adoptées en 2004²⁵, il est évident qu'un règlement d'une association d'entreprises qui recommande un niveau maximum de prix d'un service ayant vocation à être rendu dans chacun des Etats des sociétaires mais aussi au bénéfice d'opérateurs économiques installés dans des Etats membres différents « est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres » au sens du TFUE, et ce, « de manière sensible ».

En premier lieu, le règlement a pour objet de réguler une activité économique dans la mesure où les intermédiaires dont il est question sont des « *personnes physiques ou morales qui représentent – gratuitement ou contre rémunération – des joueurs et/ou des clubs dans le cadre de négociations ayant pour but de conclure un contrat de travail, ou qui représentent des clubs dans des négociations ayant pour but de conclure un accord de transfert* »²⁶. L'activité est ainsi la même que celle qu'avait eu à analyser le Tribunal dans l'affaire *Piau*²⁷.

En deuxième lieu, la recommandation de la FIFA a pour objet de déterminer le comportement de tous ses membres dans tous les pays au sein desquels elle déploie ses activités. Tous les Etats de l'Union étant concernés, il est évident que le « commerce entre États membres est susceptible d'être affecté ». Qu'en pratique, aucune des associations européennes de la FIFA ne suive ses recommandations ne change rien à cette considération car une potentialité suffit et il existe « *un degré de probabilité suffisant sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait* » pour que les nouvelles règles de la FIFA soient suivies. Même dans l'hypothèse où une seule fédération nationale européenne suivait la recommandation FIFA, on devrait encore conclure à l'affectation du commerce entre Etats membres. En effet, en agissant sur les prix d'un marché national, on agit corrélativement sur les autres marchés nationaux par accentuation du cloisonnement du marché en cause²⁸. Ce type de recommandation sur les prix a donc nécessairement une « *influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre États membres* ». Et le fait que la FIFA ait son siège en

²⁰ CJUE, 29 octobre 1980, aff. C-209/78, *Heintz van Landenyeck SARL c/ Commission*, [1980] Rec. 3125. – CJUE, 8 novembre 1983, aff. jointes C-96-82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82, 110/82, *LAZ c/ Commission*, [1983] Rec. 3369. – EU Comm., 5 décembre 1984, aff. COMP 85/75, *Fire insurance*. On appeal : CJUE, 27 janvier 1987, aff. C-45/85, *Verband der Sachversicherer c/ Commission*, [1987] Rec. 405. – TPIUE, 11 mars 1999, aff. T-136/94, *Eurofer c/ Commission*, [1994] Rec. II-263. – EU Comm., 24 juin 2004, aff. COMP/A.38549, *Belgian Architects' Association*, [2005] OJ L4/10. – CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi v Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

²¹ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*, §75.

²² Voir aussi : art. 13, statuts de la FIFA.

²³ CJUE, 19 février 2002, aff. C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] Rec. I-01577 ; *European Law Review* 2002, p.618, obs. E. Deards ; *Giornale di diritto amministrativo* 2002, p.611, obs. M. Gnes ; *Contrats, concurr., consom.*, 2002, n°64, p.38, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *Common Market Law Review* 2002, p.841, obs. A.-J. Vossestein ; *EIPR* 1994, p.323, J.-N. Adams ; *European Law Review* 2006, p.28, obs. E. Loozen.

²⁴ EU Comm., 24 juin 2004, aff. COMP/A.38549, *Belgian Architects' Association*, *op. cit.*

²⁵ Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, 27 avril 2004, JO C 101/07 du 27/04/2004, p.81.

²⁶ Voir Règl. FIFA 2015 sur la collaboration avec les intermédiaires, « *Définition d'un intermédiaire* », p.4.

²⁷ Cf. §73 : « *S'agissant, en second lieu, de la notion de décision d'association d'entreprises, il ressort du dossier que l'activité d'agent de joueurs a pour objet, selon les termes mêmes du règlement modifié, de « mettre en rapport régulièrement et contre rémunération un joueur et un club en vue de la conclusion d'un contrat de travail ou deux clubs en vue de la conclusion d'un contrat de transfert ». Il s'agit par conséquent d'une activité économique de prestation de services qui ne relève pas de la spécificité sportive telle que définie par la jurisprudence (arrêts de la Cour du 14 juillet 1976, *Donà*, 13/76, Rec. p.1333, points 14 et 15 ; du 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. 1-4921, point 127 ; *Deliege*, précité, points 64 et 69, et du 13 avril 2000, *Lehtonen et Castors Braine*, C-176/96, Rec. p. 1-2681, points 53 à 60).* ».

²⁸ CJUE, 17 octobre 1972, aff. 8/72, *Vereeniging van Cementbandelaren c/ Commission* ; *Common Market Law Review* 1973 p.415, obs. H.-W. Wertheimer ; *Rivista di diritto industriale* 1973, II, p.3451, note G. La Villa ; *The Journal of Business Law* 1973, p.62, obs. V. Korah. – CJUE, 11 juillet 1985, aff. 42/84, *Remia BV and others c/ Commission*, [1985] Rec. 02545 ; *Sociaal-economische wetgeving* 1986, p.207, obs. H.-W. Wertheimer ; *Revista Jurídica de Catalunya* 1987, p.250, B. Vilà Costa.

Suisse ne modifie pas la conclusion car on sait que seule la finalité de l'entente compte, non la localisation des entreprises membres.

c – Restriction de concurrence

Ici l'évidence n'est pas de mise car l'analyse de cette troisième condition d'application de l'article 101 du TFUE est la plus compliquée à mettre en œuvre. Mais nous considérons que le nouveau règlement a non seulement pour *effet* mais surtout pour *objet* de restreindre le jeu normal de la concurrence.

En premier lieu, le règlement FIFA impose une procédure d'enregistrement un peu spéciale que l'on peut considérer comme un obstacle à l'entrée sur le marché des services d'intermédiation sportive. Le nouveau dispositif d'enregistrement a clairement pour objet de retarder le commencement de l'activité et le déroulement de chacune des opérations qui la composeront par l'exigence de formalités d'enregistrement qui en outre généreront très certainement des frais. On ne voit pas en effet les fédérations nationales se charger des contrôles que la FIFA demande de faire sans réclamer aux opérateurs concernés des frais administratifs d'examen de dossier. Ces formalités, ces frais supplémentaires, peuvent évidemment être de nature à décourager certains candidats à se tourner vers l'activité d'agent sportif. On pourra bien avancer que le nouveau règlement se présente plus comme un ralentisseur que comme une véritable barrière, qu'il est bien plus léger que l'ancien règlement qui réclamait l'obtention d'une licence au terme d'un examen alors que le nouveau supprime l'examen pour se contenter d'un simple enregistrement en début d'activité et d'un enregistrement opération par opération. En réalité, si le nouveau règlement abandonne la lourde procédure qui avait été considérée comme restrictive²⁹ c'est pour lui préférer une procédure, certes plus légère, mais itérative : des contrôles perlés ! L'effet cumulatif de ces contrôles perlés n'est-il pas plus dissuasif qu'un examen, voire qu'un concours d'entrée ? En outre, la FIFA impose aux fédérations, aux clubs et aux

joueurs de faire tout leur possible³⁰ pour obtenir que l'agent signe « la déclaration d'intermédiaire ». Déclaration qui constitue en réalité le seul moyen juridique, une adhésion contractuelle, une sorte de traquenard en réalité, pour que les agents soient tenus par la réglementation FIFA. Car *es* qualité, un agent sportif n'est pas soumis à l'ordre juridique de la FIFA. Il peut l'être par contrat, s'il y consent. C'est le but de cette fameuse « déclaration » que clubs et joueurs vont devoir « arracher » aux agents à qui ils feront appel. Reste que chaque tentative d'obtenir une déclaration d'intermédiaire constituera un ralentisseur de plus à l'exercice de l'activité d'agent sportif.

En deuxième lieu, le règlement FIFA, parce qu'il recommande à ses membres de plafonner la rémunération des agents auxquels ils font appel à 3% du montant du contrat conclu grâce à leur intermédiation, peut être qualifié d'entente horizontale sur les prix : un cartel de prix. Une entente « injustifiable » selon certains³¹ car les ententes de prix restreignent la concurrence « *dans l'une de ses formes essentielles* »³². L'article 101(1), a° du TFUE est clair quand il vise justement les décisions d'associations d'entreprises qui consistent à « fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ». La Cour de justice considère en effet qu'un simple barème de prix indicatif élaboré par une association professionnelle constitue une entente illicite³³. La Commission européenne a le même avis³⁴ et c'est si clair que les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale n'en discutent même pas³⁵. Mais il est admis sans difficulté qu'une telle

²⁹ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*, §101. – On peut signaler aussi que le premier règlement FIFA avait été qualifié d'entente illicite par l'autorité française de concurrence et par les juridictions administratives parce que son système de licence et de garantie financière restreignait l'accès au marché : Cons. conc., avis n°99-A-20, 23 nov. 1999. – CAA Paris, 14 juin 2010, n°08PA00502, *Scalet*, réformant TA Paris, 6 sect., 1^{er} ch., 11 déc. 2007, *Scalet*, n° 0320569/6-1.

³⁰ Comparez : art 2.2 (« efforts raisonnables ») et art. 4.4 (« On considère que les associations ont satisfait à leurs obligations découlant des alinéas 1 et 3 ci-dessus si elles obtiennent de l'intermédiaire concerné une Déclaration d'intermédiaire [...] »), Regl. FIFA 2015.

³¹ N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Domat Droit privé, Montchrestien, 2013, n°1473 et s.

³² UE Comm., 19 décembre 1984, aff. COMP IV/29.725, *Wood pulp*, [1985] OJ L, 26.3.1985, p.1 (§114).

³³ CJUE, 17 octobre 1972, aff. 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren c/ Commission*, *op. cit.* – CJUE, 27 janvier 1987, aff. C-45/85, *Verband der Sachversicherer c/ Commission*, *op. cit.* – TPIUE, 22 octobre 1997, Aff. jointes T-213/95 et T-18/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) and Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK) c/ Commission*, [1997] Rec. II-01739 ; *European Competition Law Review* 1998, p.397, obs. G. Cumming ; *Europe déc.* 1997, Comm. n°388, p.15, obs. L. Idot ; *JDI* 1998, p.541, obs. M.-A. Hermitte ; *Europe déc.* 1997, Comm. n°373, p.9, obs. D. Simon.

³⁴ UE Comm., 24 juin 2004, aff. COMP/A.38549, *Belgian Architects' Association*, *op. cit.* – UE Comm., 5 juin 1996, aff. COMP/96/438, *Fenex*, [1996] OJ L181/28.

³⁵ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale, JO C 11, du

entente sur les prix constitue une restriction de concurrence par *objet*, susceptible par nature de restreindre le jeu de la concurrence au sens de l'article 101 (1) et dispensant donc d'en examiner les effets réels ou potentiels sur le marché³⁶. La teneur du règlement FIFA est limpide « la rémunération totale par transaction due à un intermédiaire [...] ne peut excéder 3% [...] » ; les objectifs qu'il vise à atteindre tout autant : réduire le coût d'un service utilisé par les membres de la FIFA ; et le contexte économique et juridique dans lequel il s'insère révèle que le point le plus important du règlement de la FIFA concerne non la professionnalisation de la profession (abandon d'une sélection qualitative) mais bien la baisse du prix du service³⁷. Le fait que le règlement FIFA se présente sous la forme d'une « recommandation » ne change pas notre conclusion dans la mesure où les clubs et les joueurs ont un intérêt commun à ce qu'elle soit suivie ; que les fédérations nationales ont l'obligation de faire tout leur possible pour l'implémenter dans leur propre règlement intérieur et qu'en tout état de cause, au vu notamment de la publicité qui lui est donnée, cette recommandation fournit à l'ensemble des acteurs du football un guide de négociations qui influera forcément sur les contrats conclus. Le seul argument que l'on pourrait éventuellement mettre en avant pour sauver une telle recommandation en justifiant qu'elle n'a ni pour *objet* ni pour *effet* de restreindre la concurrence est un argument par l'absurde. On pourrait en effet soulever la formule du règlement FIFA « À titre de recommandation et en prenant en considération la réglementation nationale et toute disposition obligatoire des lois nationales et internationales [...] ». Or, les lois nationales dans les pays de l'UE imposent justement un respect du droit européen de la concurrence. *De facto* et *de jure*, ce règlement FIFA

ne pourrait ainsi pas être intégré par les fédérations nationales de l'UE. Il n'aurait donc vocation à être efficace qu'en dehors de l'UE et ne devrait avoir aucun effet restrictif au sein du marché européen. L'argument est si absurde qu'il ne saurait être retenu.

En troisième lieu, le règlement FIFA peut encore être qualifié de cartel par les prix, restrictif de concurrence par *objet*, parce qu'il impose un principe de gratuité renforcé lorsque l'intermédiaire intervient dans une opération où le joueur concerné est mineur, que son intervention se fasse au profit du club comme du mineur. Il va sans dire en effet que l'élimination du prix d'un service par la mise en œuvre d'une interdiction de payer ce service constitue une entente ayant pour objet de fixer un prix ... à 0.

En quatrième lieu, il n'y a aucune raison de justifier cet effet restrictif par l'éventuelle application du fameux critère de « l'inhérence » qui découlerait, selon la Commission européenne³⁸, de la jurisprudence *Wouters*³⁹. Pour rappel, ce critère de « l'inhérence » est présenté par certains comme ayant le pouvoir de neutraliser la qualification de restriction par *objet* en offrant une sorte d'exemption dans le cadre du premier paragraphe de l'article 101 (exemption plus simple à obtenir car fondée sur seulement deux conditions), sans attendre une exemption au titre du troisième paragraphe (exemption fondée sur quatre conditions) qui est quasiment impossible à obtenir pour les restrictions par *objet*. D'une part, ce test *Wouters* ne doit pas être utilisé comme une exemption d'une entente illicite au titre d'une justification de son effet restrictif par appréciation du « contexte général ». En effet, l'arrêt *Wouters*, comme d'autres après lui⁴⁰, ne constitue qu'une

14/01/2011, p.1. – *Adde* : Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, §3, du TFUE, *op. cit.*, pt. 21.

³⁶ A défaut de reconnaître que le règlement FIFA a un *objet* restrictif, il nous paraît absolument impossible de démontrer qu'il n'a pas un *effet* restrictif au sens de l'article 101(1) du TFUE. Il suffit pour cela de mobiliser le standard de « l'analyse contrefactuelle ». Aujourd'hui, sans la mise en application du nouveau règlement, les prix pratiqués dans le marché des agents (déjà limités dans certains pays comme la France) tournent autour de 5-10% du montant du contrat conclu grâce à l'entremise de l'agent (UEFA, The European Club footballing landscape - Club Licensing Benchmarking Report Financial year 2012 : www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/02/09/18/26/2091826_DOWNLOAD.pdf). Si les fédérations nationales, les clubs et les joueurs suivent la recommandation, cette fourchette de prix établie dans un marché à peu près libre sera modifiée ce qui est suffisant pour démontrer un effet restrictif sur la concurrence.

³⁷ Ce sont les trois critères mis en avant pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'une entente.

³⁸ Livre blanc sur le sport, 11 juillet 2007, COM(2007) 391 final : « *Tel qu'expliqué en détail dans le document de travail des services de la Commission et ses annexes, il est possible que certaines règles relevant de l'organisation du sport ne constituent pas – eu égard à leurs objectifs légitimes – une violation des dispositions du traité interdisant les ententes, sous réserve que leur incidence négative sur la concurrence, le cas échéant, soit inhérente et proportionnée aux objectifs poursuivis* » (p.14). – *Adde* : J.-L. Arnaut, *Independant european sport review*, 2006, p.47 : « *rules concerning players' agents are inherent to the proper regulation of sport and therefore compatible with European Community law* » (l'étude était financée par l'UEFA).

³⁹ CJUE, 19 février 2002, aff. C-309/99, *J. C. J. Wouters, e. a, op. cit.*

⁴⁰ CJUE, 28 février 2013, aff. C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c/ Autoridade da Concorrência*, [2013] Rec. 00000 ; *European Law Reporter* 2013, p.221, obs. T. Frazão Nunes ; *Journal of European Competition Law & Practice* 2013, Vol. 4, n°4, p.319, obs. T. Baumé ; *Rev. jur.*, de Liège, Mons et Bruxelles 2013, p.756, obs. P. Hallet ; *RLDA* 2013, n°81, p.46, J. De Romanet ; *Europe avril*

illustration⁴¹ de ce que les Lignes directrices appellent les « restrictions accessoires »⁴², ces restrictions, qui parce qu'elles sont de simples accessoires à une décision principale ne relevant pas du TFUE suivent le régime de cette décision ... *accessorium sequitur principale*. D'autre part, bien que ce test ait déjà été utilisé en matière de pouvoir normatif des fédérations sportives, notamment par l'arrêt *Meca Medina*⁴³, il faut bien noter qu'il relève plus d'une sorte de procédé permettant à la Cour d'économiser ses moyens et ses efforts de raisonnement dans des affaires où sont en cause à la fois les principes du droit de la concurrence et ceux des libertés fondamentales. Ce test relève donc d'un syncrétisme de motivation et n'implique pas qu'il faille mettre de côté le fonctionnement normal de l'article 101 du TFUE. Enfin, à vouloir tout de même appliquer cette espèce de balance entre les effets anticoncurrentiels et pro concurrentiels de la mesure⁴⁴, il faudrait relever que la FIFA ne peut se prévaloir d'une quelconque délégation de service public qui impliquerait par exemple que l'on puisse traiter différemment ses activités commerciales et certains aspects de son pouvoir normatif de régulation. Il faudrait encore relever qu'elle n'a pas pour objet associatif de défendre l'intérêt général mais bien au contraire les intérêts particuliers de ses membres qui sont par ailleurs clients des agents sportifs ; qu'elle n'a aucune légitimité qui rendrait son intervention « indispensable » en matière de régulation de la profession d'agent et surtout qu'une mesure de fixation d'un prix maximum du service d'intermédiation sportive est loin d'être la mesure la plus adaptée et la plus proportionnée pour « moraliser » l'activité d'intermédiaire dans le football ou pour assurer la transparence des transferts.

De tout cela ressort que le règlement FIFA sur la collaboration avec les intermédiaires constitue

2013, Comm. n°4, p.30, obs. L. Idot ; European Competition Law Review 2015, p.39, obs. J. Nowag. – CJUE, 4 septembre 2014, Aff. jointes C-184/13 à C-187/13, C-194/13, C-195/13 et C-208/13, [API] - *Anonima Petroli Italiana SpA c/ Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti and Ministero dello Sviluppo economico, e. a.*, RLDA 2014, n°98, p.69, obs. J. Grangeon.

⁴¹ D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence – Ententes et abus de position dominante*, Bruylant 2013, n°575 et n°598 et s.

⁴² Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, §3, du TFUE, *op. cit.*, §2.2.3.

⁴³ CJUE, 18 juillet 2006, aff. C-519/04 P, *Meca-Medina*, *op. cit.*

⁴⁴ Qui ne doit être faite que dans le cadre de l'article 101, §3 du TFUE : Voir : pt.11 des Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, §3, du TFUE, *op. cit.*

une entente illicite au sens de l'article 101, §1 du TFUE et mérite à ce titre l'annulation au sens de l'article 101, §2 du TFUE. La question se pose cependant de savoir s'il peut éviter cette annulation par l'effet d'une exemption individuelle qui lui serait accordée au titre de l'article 101, §3 du TFUE.

2 – La possibilité d'une exemption individuelle

A lire l'article 101, §3 du TFUE, une exemption individuelle peut être accordée si quatre conditions cumulatives sont remplies⁴⁵. Ainsi, exceptionnellement au regard du principe de libre concurrence, l'entente illicite peut être sauvée si elle permet un gain d'efficacité (condition n°1), qu'elle réserve une partie équitable de ce gain aux utilisateurs (condition n°2), qu'elle n'est pas inutile ou disproportionnée par rapport aux objectifs qu'elle poursuit (condition n°3), qu'elle n'élimine pas la concurrence (condition n°4). Même si, par économie de moyens, les lignes directrices recommandent un ordre différent dans l'examen des quatre conditions générales de l'article 101, §3 du TFUE et que l'absence de l'une d'elles rend inutile l'examen des trois autres, nous suivront l'ordre complet du TFUE.

Néanmoins, avant de faire cet examen, on doit se poser la question de savoir si l'illicéité de l'entente réalisée par le Règlement FIFA 2015 est justifiable ? L'interrogation est légitime car on admet qu'il puisse exister des ententes tellement nocives pour la concurrence qu'elles sont en pratique injustifiables. Ces ententes ne sont pas *de jure* exclues du champ d'application de l'article 101 §3 mais il est « *fort peu probable* » qu'elles puissent en pratique remplir cumulativement les quatre conditions d'exemption. On parle souvent dans cette hypothèse de « restrictions caractérisées » ou d'« *hardcore restriction* »⁴⁶. Or au titre de ces « restrictions caractérisées » on trouve justement les ententes de fixation de prix, et le Règlement FIFA 2015 réalise une telle entente de prix.

⁴⁵ C'est sur les instigateurs de l'entente que pèse la charge de la preuve que ces quatre conditions sont cumulativement remplies.

⁴⁶ Voir pt. 23, 46, 55, 79 et 82 des Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, §3, du TFUE, *op. cit.*

a – Les gains d'efficacité

Pour être sauvée de la nullité, une entente doit d'abord contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. Elle doit avoir un effet économique pro-concurrentiel et/ou un effet non économique d'amélioration du bien-être. Cet effet se mesure par rapport à l'objectif poursuivi au travers de l'entente restrictive de concurrence. Pour justifier des gains d'efficacité liés à son nouveau règlement, la FIFA doit ainsi démontrer qu'elle poursuit à travers lui un but légitime permettant soit plus de concurrence dans le secteur de l'agence sportive, soit une meilleure concurrence, soit l'amélioration même de la qualité de ce service.

A cet égard, la FIFA prend soin d'afficher ses objectifs : « promouvoir et préserver des standards éthiques élevés dans les relations entre clubs, joueurs et tierces parties, et ainsi de respecter les exigences de la bonne gouvernance et les principes de responsabilité financière » ; « protéger les joueurs et les clubs contre toute implication dans des pratiques illégales et/ou contraires à l'éthique dans le contexte de la conclusion d'accords de transferts et de contrats de travail liant clubs et joueurs » ; « permettre un véritable contrôle et une plus grande transparence au niveau des transferts ».

De tels objectifs sont-ils légitimes ?

In abstracto, on peut l'admettre sans difficulté. Imposer des obligations déontologiques à des professionnels pour améliorer la sécurité des transactions, la qualité du service rendu au consommateur ou à l'utilisateur et réduire les occasions de fraude relève de l'intérêt général, cet intérêt dont les Etats se préoccupent en réglementant certaines professions (avocats, architectes, experts-comptables, agents de voyages, etc.) ou certains contrats (contrat de vente, contrat de crédit, etc.).

In concreto, il est cependant permis de s'interroger sur la légitimité de la FIFA à se préoccuper de tels intérêts. Il est même permis d'en douter publiquement comme l'avait fait le Tribunal dans l'affaire *Piau*⁴⁷ :

« Pt. 74 : [...] le règlement gouvernant l'activité des agents de joueurs a été adopté par la FIFA de sa propre autorité et non en vertu de pouvoirs normatifs qui lui auraient été délégués par des autorités publiques dans le cadre d'une mission reconnue d'intérêt général visant l'activité sportive (voir par analogie, arrêt de la Cour du 19 février 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99,

Rec. p. I-1577, points 68 et 69). Ce règlement ne relève pas davantage de la liberté d'organisation interne des associations sportives (arrêts *Bosman*, précité, point 81, et *Delège*, précité, point 47). [...] ».

Pt. 76 : En ce qui concerne la légitimité, contestée par le requérant, de la FIFA pour édicter une telle réglementation, qui n'a pas pour objet sportif mais régit une activité économique périphérique à l'activité sportive en cause et touche à des libertés fondamentales, on peut effectivement s'interroger sur le pouvoir normatif que s'attribue une organisation privée comme la FIFA dont le but statutaire premier est la promotion du football (voir point 2 ci-dessus) au regard des principes communs aux Etats membres sur lesquels l'Union européenne est fondée.

Pt. 77 : En effet, le principe même de la réglementation d'une activité économique ne concernant ni la spécificité sportive ni la liberté d'organisation interne des associations sportives, par un organisme de droit privé dépourvu de toute délégation d'une autorité publique pour ce faire, tel que la FIFA, ne peut être tenu d'emblée pour compatible avec le droit communautaire, s'agissant en particulier du respect dû aux libertés civiles et économiques.

Pt. 78 : Une telle réglementation qui relève de la police d'une activité économique et touche à des libertés fondamentales, ressortit en principe à la compétence des autorités publiques [...]. ».

Pour le Tribunal, et son analyse est toujours d'actualité, il ne relevait donc pas des compétences d'une association de droit privé suisse de réguler sur le territoire de l'Union européenne une activité économique telle celle d'agent sportif. On nous répondra toutefois que dans cette affaire *Piau*, le Tribunal avait, malgré cette réserve, validé l'ancien règlement. A vrai dire il ne pouvait pas faire autrement, car dans le cadre de ce litige « la compétence normative exercée, en l'absence quasi générale de réglementations nationales, par la FIFA ne saurait être examinée qu'en tant qu'elle affecte les règles de concurrence, au regard desquelles la légalité de la décision attaquée doit être appréciée, sans que les considérations relatives à la base juridique permettant à la FIFA d'exercer une activité réglementaire, pour importantes qu'elles soient, puissent ici faire l'objet d'un contrôle juridictionnel ». C'est donc une raison procédurale⁴⁸ qui a conduit le Tribunal à ne pas « dessaisir » la FIFA d'une compétence qu'elle s'était illégalement accaparée.

Depuis cet arrêt, les choses n'ont pas changé dans un sens très positif pour la FIFA.

⁴⁷ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*

⁴⁸ Voir aussi TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*, pt.81.

En effet, elle ne peut toujours pas s'autoriser d'une quelconque délégation de mission d'intérêt général que lui aurait conférée une autorité publique étatique ou communautaire. Pire, elle est désormais obligée de composer avec toutes les réglementations nationales en vigueur dans les pays de l'Union. En 2015 en effet, cinq pays au moins se sont dotés de lois spéciales relatives aux agents sportifs (France, Grèce, Portugal, Bulgarie, Hongrie). Et les autres pays règlent aussi cette profession même s'ils ne le font qu'au travers d'une loi générale sur le placement de salariés. Il en ressort que la FIFA ne peut même plus prétexter la vacance de la puissance publique pour occuper une compétence normative nécessaire mais délaissée.

En outre, la justification avancée par la FIFA pour se saisir de la question est fallacieuse. Cherche-t-elle vraiment à protéger les joueurs ? Pourquoi, sous prétexte que les joueurs seraient des proies faciles parce qu'ils gagnent beaucoup d'argent et que l'on aimerait qu'ils puissent se consacrer sans arrières pensées au football, la FIFA aurait-elle une légitimité à réguler tous les contrats passés par ces joueurs ? Le contrat d'achat d'un bien immobilier, l'ouverture d'un compte en banque, le contrat d'assurance, le contrat de fourniture d'électricité, le contrat du jardinier, le contrat d'achat d'un véhicule : tous ces contrats peuvent fort bien être dangereux et source de fraude au détriment des joueurs. Pourquoi ne s'en occupe-t-elle pas ? Parce qu'il n'y a que le contrat d'agence sportive qui intéresse la FIFA. Parce qu'elle considère que l'agent est le vecteur d'une déperdition vers l'extérieur du monde du football de l'argent du monde du football. C'est exactement le même objectif qui la guide lorsqu'elle décide d'interdire la technique du TPO : protéger la circularité de l'économie du football. Si l'on porte un regard distancié sur la question, on peut se rendre compte qu'en valeur absolue les agents ne sont pas nombreux en Europe ; que leur activité n'est pas dangereuse en soi ; que le milieu du football a besoin des agents ; que leur activité se situe dans un contexte concurrentiel sans asymétrie qu'il faudrait corriger ; que leur activité n'a pas d'influence sur la compétition. Et que si on veut le faire croire cela relève du contrefeu grossier. Lorsqu'un joueur change de club ce n'est pas systématiquement parce que l'agent lui a fait miroiter une herbe plus verte. Ce peut-être parce que le joueur, infidèle avec ses conseillers, n'est pas plus fidèle avec ses employeurs. Ce peut être aussi parce que son premier employeur n'a pas su conserver la « fraîcheur de son pré » en comparaison du pré du club voisin. Et on ne voit pas en quoi l'agent serait responsable de la tension

concurrentielle du marché de l'emploi des talents sportifs. C'est un fait, les talents sont rares et les clubs sont prêts à payer cher pour se les réserver. Il n'en va que de la décision des clubs, pas des intermédiaires qui les mettent en relation avec lesdits talents même si ces intermédiaires participent aux négociations. Il serait bon que les clubs assument les décisions financières qu'ils prennent sans chercher à désigner l'agent comme victime sacrificielle de leur propre médiocrité. Surtout, ce qui rend totalement inutile la régulation de cette profession c'est qu'elle peut parfaitement être traitée par la loi sur le placement privé. Par la voie de la réglementation donc. C'est d'ailleurs le choix qui est fait dans nombre de pays européens (Allemagne, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni, etc.).

Enfin, le gain d'efficacité qu'avait implicitement reconnu le Tribunal au temps de l'affaire *Piau* a disparu avec la soi-disant dérégulation opérée par le nouveau règlement. En effet, pour soutenir l'exemption qui avait été accordée à l'ancien règlement, il avait été noté que le système de la licence obligatoire préalable délivrée sur examen emportait davantage « 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 »⁴⁹. Or s'il est incontestable que le nouveau règlement n'institue pas de restriction quantitative à l'accès au marché de l'agence sportive puisqu'un simple enregistrement entraîne encore moins de sélection qu'un processus d'examen préalable, il n'offre plus la moindre garantie d'une amélioration des normes professionnelles des agents, il ne garantit plus de gain d'efficacité. La première condition de l'exemption n'est ainsi pas satisfaite.

b – Profit partagé avec l'utilisateur

Dans la vision ordo-libérale du droit européen de la concurrence, sauver une entente illicite ne peut s'envisager que si les éventuels effets positifs de l'entente, ceux qui viennent contrebalancer la nocivité concurrentielle du cartel, profitent à des acteurs économiques qui ne sont pas partie à l'entente. Il faut qu'une portion équitable des gains d'efficacité liés à l'entente soit répercutée au consommateur final, à tout utilisateur intermédiaire, à tout client du service ou du produit en cause.

⁴⁹ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*, pt.103.

En analysant l'objet du règlement FIFA 2015 ou ses effets potentiels, quant à ses dispositions par rapport au prix, la tentation vient d'affirmer que les utilisateurs des services d'agent sportif (les clubs et les joueurs) vont nécessairement profiter de la baisse de prix consécutive à l'implémentation au niveau national de la recommandation du plafond de 3%. A première vue c'est même plutôt évident.

Mais ce serait commettre une double erreur d'analyse.

Premièrement, et l'argument est tellement fort qu'il dispense de discuter de la deuxième erreur, les utilisateurs du service concernée, c'est-à-dire les clubs et les joueurs, sont des parties à l'entente. Ils ne sont pas tiers à la décision d'association d'entreprises qui formalise le cartel illicite. Et l'on ne saurait permettre à l'utilisateur final, sous couvert de la condition de partage des gains d'efficacité, de fixer lui-même le prix du service qu'il utilise. Ce n'est pas un cas de partage équitable du profit, c'est un cas où l'utilisateur s'octroie ce profit au moyen de l'entente dont il est partie prenante. Certains laisseront peut-être croire que l'utilisateur final dans notre affaire est le spectateur de football. Les clubs et les joueurs ayant à payer moins cher leurs agents, ils pourront offrir un spectacle de meilleure qualité. Outre que l'automatisme de ce type de conséquence ne saute pas aux yeux, il faut tout de même remarquer qu'une telle analyse ne se situerait pas sur le marché le plus pertinent⁵⁰. Car le marché en cause dans le Règlement FIFA 2015 est celui des services d'intermédiaires, pas celui du spectacle sportif, pas celui des droits audiovisuels, pas celui du sponsoring : celui des services d'agence sportive. Et à vouloir éventuellement élargir le marché, on ne pourrait le faire qu'à celui de l'emploi des joueurs ou celui des transferts, deux marchés sur lesquels les opérateurs sont encore les clubs et les joueurs, c'est dire les parties prenantes à l'entente.

Deuxièmement, et bien que la discussion de cet argument ne soit pas utile au vu de la force du premier, il est très loin d'être certain que les joueurs profiteront de cette baisse de prix. En effet, une baisse de prix de ce type de services, à un niveau qui pour certaines transactions ne permettra même pas à l'agent de couvrir ses frais⁵¹, ne peut

qu'entraîner une baisse de la qualité du service. Une baisse d'autant plus grande que le salaire du joueur sera faible. Et il ne faut pas croire que tous les joueurs de football évoluant en Europe ont des salaires mirobolants, bien au contraire si l'on songe seulement à tous ceux qui jouent dans des équipes de 2^o ou 3^o division. Et que dire de la situation du footballeur mineur, qui est certainement celui qui a le plus besoin de conseils mais qui ne pourra espérer en avoir de très bons puisque l'agent qui se mettra à son service devra le faire gratuitement. A ce propos, nul ne sert de répondre qu'en offrant ses services gratuitement à un mineur, l'agent investira pour l'avenir. Un « avenir » à 3% et non à 5 ou 10% n'incite pas vraiment à investir du temps, surtout quand on connaît la fidélité, la loyauté et la constance des joueurs de football.

c – Test de proportionnalité

L'examen de la troisième condition consiste à vérifier le caractère indispensable de la restriction de concurrence par rapport aux objectifs affichés, qui doivent normalement être les gains d'efficacité et le partage équitable du profit en résultant avec le tiers utilisateur. Cet examen impose donc, par rapport auxdits objectifs dont nous avons déjà discuté, d'évaluer à quel point la restriction de concurrence est indispensable et proportionnée. Cela commande donc le triple contrôle de savoir s'il existe une mesure aussi efficace mais moins attentatoire, s'il existe une mesure aussi attentatoire mais plus efficace et s'il existe une mesure plus efficace et moins attentatoire. En outre, *chacune* des mesures restrictives en cause doit subir cet examen étant précisé que *l'ensemble* des mesures peut être jugé efficace et proportionné dans le contexte bien qu'une desdites mesures, prise isolément, s'avère non nécessaire ou disproportionnée.

S'agissant des règles d'enregistrement des articles 3 et 4, on peut admettre qu'elles soient aptes à remplir l'objectif « d'éthique » et de « moralisation » de la profession d'agent. C'est une mesure largement utilisée par les États quand ils souhaitent contrôler la moralité et les capacités des personnes souhaitant exercer une activité, notamment d'intermédiaire⁵². Le Tribunal avait d'ailleurs dans l'arrêt *Piau*⁵³, estimé que la

⁵⁰ Voir : pt. 43 des Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, §3, du TFUE, *op. cit.*

⁵¹ Par ex. : supposons un agent installé à Paris qui assiste un jeune joueur souhaitant s'engager dans un club de Marseille pour 2 années et pour un salaire de 5 000 € brut par mois. Avec 10% de commission il recevra 12 000 HT € ce qui peut à la fois couvrir des frais de négociation et de suivi sur les 2 années et lui assurer une marge. En revanche, avec 3% de commission, il recevra 3 600 HT € ce qui est insuffisant

pour payer les 3 A/R par an pour suivre le joueur, couvrir les autres frais et permettre une marge.

⁵² En France par exemple, ce type de mesures s'applique pour les agents immobiliers, les agents artistiques, les agents de voyage, etc.

⁵³ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*, §102 et 104.

Commission n'avait pas commis d'erreur manifeste en considérant qu'un système de licence obligatoire pouvait constituer une mesure adaptée et proportionnée pour réaliser le « *double objectif de professionnalisation et de moralisation de l'activité d'agent de joueurs afin de protéger ces derniers dont la carrière est brève* ». Or justement dans cet arrêt *Piau*, la licence obligatoire impliquait une sélection qualitative regardée comme potentiellement efficace par la Commission au regard du contexte de l'époque. Dans le contexte actuel en revanche, il n'est pas acquis que le nouveau système d'enregistrement soit jugé apte à remplir son but. D'autant moins qu'il faudra que sa mise en œuvre soit objective, efficace et impartiale et qu'entre les différentes fédérations nationales chargées de l'appliquer il n'y ait pas de distorsions (liste des documents à fournir, longueur de la procédure de contrôle, coût du contrôle, procédures de contestation, etc.) qui aboutiraient à cloisonner inutilement les marchés nationaux.

S'agissant de la « déclaration d'intermédiaire » que les joueurs et les clubs doivent s'attacher à faire signer aux agents, il est en revanche difficile de considérer qu'elle soit indispensable à réaliser les objectifs affichés. En effet, si certaines des clauses de ce contrat « forcé » peuvent éventuellement s'inscrire dans une volonté de transparence et d'éthique, la plupart n'ont aucun rapport avec ces objectifs. En outre, les quelques déclarations faites par l'agent ne sont pas forcément les plus efficaces pour atteindre une éthique individuelle irréprochable. Elle est en plus source de très grande inégalité entre les agents qui accepteront (ou se plieront à) la déclaration et ceux qui auront les armes pour y résister.

S'agissant des dispositions relatives au prix du service d'intermédiaire (plafond, indication de paiement), poser la question de la nécessité revient presque à y répondre : la fixation d'un prix ne peut avoir d'effet positif sur l'éthique et la moralité des acteurs, la transparence des opérations et la lutte contre les pratiques illégales. Bien au contraire, en fixant un plafond aussi bas, il est évident que les agents, pour maintenir leur niveau de rémunération et remettre avec la complicité des clubs de la concurrence dans ce marché, seront incités à maquiller la réalité des opérations pour contourner le plafonnement. La mesure est ainsi inadaptée car contreproductive par rapport à l'objectif qu'elle se destine à atteindre. Et même si elle était associée à un contrôle infranchissable, elle ne serait vraiment efficace que si le prix était fixé à 0 ce qui aurait pour effet d'empêcher toute forme de fraude, d'extorsion ou de blanchiment et, corrélativement, toute forme de concurrence par les prix ce qui est

interdit. Ce simple test (absurde) du prix 0 permet donc encore de conclure que la mesure n'est pas indispensable car elle ne peut être utile qu'en étant totalement disproportionnée.

S'agissant des dispositions relatives à l'interdiction de rémunération en cas de sportif mineur, la disproportion est manifeste. Qu'un mineur ait besoin de plus de protection qu'un majeur ne fait aucun doute. Mais en quoi une interdiction de paiement pourrait éviter d'éventuelles fraudes, extorsions ou mauvais conseils ? Il y a dans la régulation imposée aux agents sportifs une sorte de présomption d'immoralité qui, dès lors qu'ils s'occupent de mineur, devient irréfragable. Autrement dit, un sportif mineur ne peut bénéficier d'un conseil de qualité prodigué par un agent à la moralité impeccable et vérifiée. Car nul ne sert de se payer de mots. Un bon conseil, l'assistance d'un professionnel, ça se paye ! Non seulement disproportionnée, cette interdiction est donc aussi contreproductive.

S'agissant des obligations de transparence qui imposent une communication détaillée au public des montants payés aux agents, il est là encore aisé de démontrer l'existence d'une mesure à la fois plus efficace et moins attentatoire pour atteindre cet objectif de transparence et de contrôle de la légalité des opérations. En effet, plutôt que fournir en bloc au public des informations financières sur toutes les opérations auxquelles les intermédiaires participent, ce qui n'aura d'autres effets que de renforcer une vision démagogique du football, il vaut mieux que ces informations soient transmises à une autorité de contrôle composée de personnes spécialisées, expérimentées et tenues à diverses obligations de moralité, impartialité, confidentialité.

Pour renforcer la démonstration de l'inadéquation des mesures imposées par la FIFA, il est enfin possible de proposer d'autres systèmes de régulation, plus efficaces et moins attentatoires par rapport aux objectifs affichés.

En premier lieu, la FIFA devrait inciter les acteurs à se regrouper et s'autoréguler au sein d'un ordre professionnel qui aurait bien plus de légitimité pour définir les standards de moralité, de qualité et de transparence de l'exercice de l'activité d'agent sportif. Quitte à consommer de l'énergie et de l'argent à la structuration de cette profession pourquoi ne pas financer la création d'un ordre professionnel international ? Il existe déjà dans certains pays des syndicats d'agents bien organisés, il existe aussi un syndicat européen ; c'est sur ces entités que la FIFA doit s'appuyer pour inciter à la constitution d'une instance d'autorégulation du

secteur, et ensuite la laisser vivre de manière autonome. N'ayant pas les mêmes caractéristiques que la profession d'avocat ou celle de médecin qui peuvent prétendre à un ordre unique hégémonique, l'instance propre aux agents pourrait dans un premier temps créer un label de qualité, une marque collective par exemple, attractive pour les clubs et joueurs clients. Libre à eux de faire appel à des agents non labellisés mais en connaissance de cause et avec l'obligation d'assumer d'éventuelles déconvenues.

En deuxième lieu, il n'apparaît pas que des mesures de contrôle préalable soient les mesures les plus adaptées et les plus proportionnées pour lutter contre d'éventuelles fraudes. En effet, pour mettre en place ce type de mesures *a priori*, il faudrait d'une part justifier de la réalité des fraudes et de leur importance et d'autre part démontrer l'inefficacité des mesures *a posteriori*. Cela revient ainsi à dire qu'un contrôle *a posteriori*, renforcé le cas échéant et pratiqué par des instances compétentes et légitimes (les services de police le sont), est certainement plus conforme à la réalité du problème. Cela revient encore à confirmer que la FIFA n'a pas la légitimité pour prétendre réguler une activité économique comme celle d'intermédiaires.

d – Non élimination de la concurrence

Le bilan économique opéré par combinaison des trois premières conditions de l'article 101, §3, du TFUE peut éventuellement déboucher, s'il est positif (ce qui ne saurait être le cas dans notre hypothèse), sur une justification de la restriction de concurrence. Reste qu'un bilan économique positif est impuissant à valider une suppression de la concurrence. L'entente sous examen ne doit donc pas donner à ses instigateurs la possibilité d'éliminer la concurrence sur le marché des agents sportifs ou sur leur propre marché.

Sans être économiste, on peut, une fois cette règle rappelée, estimer qu'un règlement comme celui de la FIFA, qui ne remplit pas par ailleurs les autres conditions par l'article 101, §3 et ne mérite donc pas une exemption, n'a pas à première vue le pouvoir d'éliminer la concurrence entre acteurs sur le marché des agents. Il dissuadera nombre de candidats d'entrer sur le marché ; il rendra l'activité des petites structures et des « petits » agents très difficile. Il convaincra peut-être certains d'entre eux de réorienter leur activité voire de l'abandonner car insuffisamment rentable. Mais il ne réservera pas

forcément le marché aux opérateurs actuellement les plus importants dont on ne connaît d'ailleurs pas exactement la réelle puissance sur le marché. Toutefois, la condition d'élimination de la concurrence ne s'envisage pas de manière aussi simpliste, par les seules parts de marché. En effet, d'autres paramètres doivent être pris en compte. Et à ce titre, la concurrence sur les prix fait l'objet d'une attention toute particulière. La Commission le dit sans détour : « *La dernière condition de l'exemption prévue à l'article 81, paragraphe 3, n'est pas remplie si l'accord élimine la concurrence sous l'une de ses expressions les plus importantes, ce qui est particulièrement le cas lorsqu'un accord élimine la concurrence sur les prix [...]* »⁵⁴. Or en fixant un plafond de prix à 3%, qui n'est pas raisonnablement suffisant, on enlève toute latitude financière aux agents pour se concurrencer sur le rapport qualité/prix de leur service.

En outre, il faut penser à la compétitivité des nouveaux arrivants potentiels qui commenceront leur activité avec des jeunes joueurs ou des joueurs à revenus modestes par rapport à un agent déjà bien installé qui peut compter sur des joueurs avec des salaires élevés. En appliquant un plafond de 3% sur des opérations de faible importance, ces nouveaux arrivants n'auront pas la possibilité d'investir dans leur développement et de concurrencer les opérateurs historiques qui profiteront des rentes, certes diminuées mais réelles, obtenues sur des opérations économiquement plus importantes.

Cette quatrième condition d'exemption n'est donc pas, elle non plus, remplie.

B – Le droit des abus de dominance

La lettre de l'article 102 du TFUE, qui prohibe les abus de domination, est moins complète et moins claire que celle de l'article 101. En effet, si elle pose les conditions de principe de la prohibition, elle reste silencieuse sur celles qui permettent, par exception, de l'éviter. Pourtant, il existe bien, selon la jurisprudence de la Cour de justice et la pratique décisionnelle de la Commissions des causes de justifications objectives en cas d'abus de domination. Nous confronterons donc le nouveau règlement de la FIFA à deux étapes d'analyse. Nous vérifierons d'abord s'il réalise un abus de domination (1) et nous contrôlerons ensuite si l'éventuelle interdiction peut être évitée au titre d'une justification objective (2).

⁵⁴ Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, §3, du TFUE, *op. cit.*, pt. 110.

1 – L’abus de domination

L’article 102 du TFUE, comme l’article 101, dispose de sa propre grille d’analyse et c’est en la suivant que l’on analysera la conformité du nouveau règlement FIFA.

Dans un premier temps, il faut donc vérifier si la FIFA peut être qualifiée d’entreprise exploitant une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci (a).

Dans un deuxième temps, il faudrait logiquement vérifier si le Règlement de la FIFA est « susceptible d’affecter le commerce entre États membres ». Mais cette vérification ayant déjà été faite dans le cadre de l’analyse de l’article 101, nous renvoyons le lecteur aux développements précédents.

Dans un troisième temps, il faut vérifier si le Règlement de la FIFA caractérise ou non une exploitation abusive de la domination préalablement démontrée (b).

a – La domination

La domination prohibée par l’article 102 du TFUE s’entend d’une domination sur un marché à déterminer que l’on désigne sous l’appellation de « marché pertinent ». C’est par rapport à la délimitation de ce marché pertinent que l’on peut en effet dire si une ou plusieurs entreprises occupent une position dominante.

Le marché que met en cause le règlement FIFA sur la collaboration avec les intermédiaires est le marché des services d’agence sportive. Un marché sur lequel les clubs et les joueurs sont des donneurs d’ordres, des utilisateurs, tandis que les agents sportifs sont des prestataires. Si l’on voulait réduire le propos à une simple description économique, en faisant fi de la rigueur des qualifications juridiques, on pourrait dire que, sur ce marché, les agents sportifs sont des « vendeurs » et que les clubs et joueurs sont des « acheteurs ».

Le règlement FIFA ne vise pas à réguler autre chose que ce marché mais il a certainement aussi des effets indirects sur le marché des transferts et le marché des talents sportifs qui sont nécessairement concernés par une réglementation spécifique des intermédiaires participant aux opérations de transferts et aux opérations de placement des sportifs. Et sur ces deux marchés accessoires on retrouve encore les clubs et les sportifs. Toutefois, sur aucun de ces marchés on ne retrouve la FIFA

qui n’est acteur ni du marché de l’agence sportive, ni du marché des transferts, ni du marché des talents sportifs. S’il est évident que la FIFA est un acteur du marché de l’organisation sportive, sur lequel sa domination peut être reconnue sans difficulté⁵⁵, il est tout aussi évident qu’elle n’est pas elle-même acteur du marché de l’intermédiation sportive. La FIFA peut-elle alors être en position de dominance sur un marché où elle n’agit pas ? Si l’on considère que la FIFA est une association d’entreprises regroupant justement les acteurs du marché en cause, la réponse est forcément positive. Or, la FIFA a déjà été reconnue comme telle, notamment dans l’affaire *Piau* où le Tribunal a estimé 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 »⁵⁶. A ce propos d’ailleurs, on regrette que l’analyse du Tribunal n’ait été que partielle car la FIFA, par l’effet de la pyramide fédérale, regroupe non seulement les clubs mais aussi les joueurs qui sont également des « acheteurs » sur le marché pertinent.

Une autre question théorique se pose cependant : la FIFA peut-elle être à la fois une association d’entreprises au sens de l’article 101 du TFUE et une entreprise dominante au sens de l’article 102 ? La question est légitime car un comportement peut à la fois être examiné et, éventuellement sanctionné, sous l’angle du droit des ententes et sous celui des abus de domination. Or, les deux qualifications semblent à première vue incompatibles. Il n’en est cependant rien car l’article 102 TFUE vise deux hypothèses : celle où « une entreprise » a une position dominante et celle où « plusieurs entreprises » occupent cette même position dominante. Or de cette deuxième hypothèse est justement née la notion de « domination collective » qui a déjà été appliquée à la FIFA dans l’affaire *Piau*⁵⁷. En effet, c’est par l’intermédiaire de la FIFA que les clubs (acheteurs du service d’agence sportive) se présentaient aux yeux du Tribunal comme « une entité collective »⁵⁸. A notre sens, ils se présentent toujours comme tels et l’on doit en outre associer à cette entité collective

⁵⁵ Livre blanc sur le sport, COM(2007) 391 final, Annexe I, p. 68. – CJUE, 1 juillet 2008, aff. C-49/07, *Motoe*, *op. cit.*

⁵⁶ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*, §112 et §116.

⁵⁷ En France, la position dominante collective de la FIFA a déjà été reconnue en matière de vente de billets d’accès à une compétition : Cass. com., 8 juillet 2003, n°01-17015, BOCCRF, 21 novembre 2003. – Adde : F. Rizzo, « Sport et droit de la concurrence », Encyclopédie DroitduSport.com, n° 178-245).

⁵⁸ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*, §113.

les joueurs qui sont acheteurs du service d'agence sportive et eux aussi visés par le règlement FIFA en tant que membres des associations nationales regroupées au sein de la FIFA.

Ainsi, même si la FIFA n'est pas active sur le marché en cause, comme elle peut l'être par exemple sur le marché de l'organisation d'événements sportifs, elle mérite d'être considérée comme occupant une position dominante sur ce marché au simple motif qu'elle y exerce des activités par le biais de ses membres.

Elle doit d'autant plus l'être qu'elle regroupe une catégorie entière des acteurs du marché, en l'occurrence les « acheteurs ». En effet, aucun acheteur n'échappe à son pouvoir de régulation car, par définition, tous les clubs de football européens et tous les joueurs qui y sont employés participent de « l'entité collective ». Il est dès lors évident qu'en dictant le comportement de tous les acheteurs d'un marché, une entité les regroupant sans exception occupe une position dominante, ne serait-ce que parce qu'elle est dans une « situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire »⁵⁹. La question est alors de savoir si elle en abuse.

b – L'abus

La FIFA abuse-t-elle de sa position de dominance collective en édictant un règlement par lequel elle recommande un niveau maximum de prix pour les opérations d'agence sportive, interdit toute rémunération dans les opérations avec des joueurs mineurs et impose diverses mesures d'enregistrement et de transparence ? Car reconnaître la position dominante de la FIFA ne suffit pas à condamner son règlement puisque « la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte à une

concurrence effective »⁶⁰. La question est donc de savoir si, par son nouveau règlement, la FIFA adopte « une pratique de nature à influencer la structure du marché »⁶¹.

Pour répondre à une telle question on pourrait se contenter de mettre en avant les restrictions de concurrence démontrées au titre de l'application de l'article 101 TFUE dans la mesure où tout effet restrictif de concurrence rend abusive la situation de dominance dont il dérive.

S'agissant des dispositions ayant pour objet de fixer le plafond de 3% ou d'interdire toute rémunération en cas de joueur mineur, la réponse ne fait pas vraiment de doute. Ce type de pratiques est justement visé par le a) de l'article 102 du TFUE qui précise que les abus qu'il entend combattre « peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ». Il faut le répéter : la fixation d'un prix de marché autrement que par le jeu normal de l'offre et de la demande est perçue, dans la vision ordo-libérale européenne, comme la preuve la plus flagrante que la concurrence n'y est pas libre. Le raisonnement suivi à propos de l'article 101 du TFUE est ainsi tout autant pertinent à propos de l'article 102.

S'agissant des dispositions relatives à l'enregistrement des agents et de chacune de leurs opérations, la réponse n'est peut-être pas aussi nette car elle ne peut directement s'autoriser de la lettre du TFUE. Mais là encore, le raisonnement tenu à propos de l'article 101 peut être transposé.

⁵⁹ CJUE, 13 février 1979, aff. 85/76, [Hoffmann] *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, pt. 41, [1979] Rec. 461 ; *European Law Review* 1979, p.423, obs. C.W. Baden Fuller ; *La vie judiciaire* 1979, n°1727, p.1, note P. Krsjak ; *Journal of World Trade Law* 1981, n°4, p.305, obs. L. Zanon ; *EIPR* 1979, p.357, note J. Maitland-Walker ; *Journal des tribunaux* 1979, p.401, obs. B. Dhaeyer ; *European Law Review* 1979, p.210, obs. T.J. Bennett ; *Journal of International Law and Economics* 1980, Vol.14, p.485, obs. S.-S. Garner ; *Gaz. Pal.* 1980, III, Doct. p.64, obs. P. Laurent.

⁶⁰ CJUE, 9 novembre 1983, aff. 322/81, [Michelin] *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission*, pt. 57, [1983] Rec. 3461 ; *Gaz. Pal.* 1984, I, Jur. p.337, obs. P. Laurent ; *European Law Review* 1984, p.116, obs. J. Shaw ; *Common Market Law Review* 1986, p.193, obs. W.L. Sniijders. – TPIUE, 7 octobre 1999, aff. T-228/97, [Irish Sugar] *Irish Sugar plc c/ Commission*, pt.112, [1999] Rec. II-02969 ; *Europe déc.* 1999, Comm. n°420, p.15, obs. L. Idot ; *D.* 2000, jur., p.413, note S. Cristin-Belmont ; *RTDcom* 2000, p.500, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

⁶¹ CJUE, 13 février 1979, aff. 85/76, *Hoffmann, op. cit.*, pt. 91. – CJUE, 9 novembre 1983, aff. 322/81, *Michelin, op. cit.* – CJUE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *AKZO Chemie BV c/ Commission*, pt.69, [1991] Rec. I-03359 ; *European Business Law Review* 1991, p.170, obs. L. Gormley ; *European Competition Law Review* 1991, p.205, obs. J. Smith ; *Common Market Law Review* 1992, p.415, obs. N. Levy ; *JCP G* 1992, II, 21855 et 21867bis, note L. Vogel ; *RTDcom* 1992, p.310, obs. C. Bolze. – TPIUE, 7 octobre 1999, aff. T-228/97, *Irish Sugar, op. cit.*, pt.111. – TPIUE, 25 juin 2010, aff. T-66/01, *Imperial Chemical Industries Ltd c/ European Commission*, pt.193, [2010] Rec. II-02631 ; *Concurrences* 2010, n°4, p.125, obs. F. Marty ; *Gaz. Pal.* 2011 n°42-43, p.20, obs. M. Trabucchi ; *Europe août-sept.* 2010, Comm. n°279, p.24, obs. L. Idot.

En effet, l'application d'un simple test de la situation contrefactuelle permet de dire que ce genre de mesures peut avoir pour effet de ralentir l'installation de nouveaux entrants sur le marché, voire de les décourager, et de compliquer inutilement l'exercice de l'activité au détriment finalement de ses utilisateurs. Toutes ces dispositions sont donc de nature à influencer la structure du marché.

Elles le sont parce que le nouveau règlement FIFA, bien qu'il se présente avec mille précautions comme une simple recommandation, est en réalité absolument obligatoire pour les membres directs et indirects de la FIFA (fédérations nationales, clubs, joueurs) qui ne peuvent s'y soustraire sous peine de sanction. Et un agent qui refuserait de se plier aux exigences des clubs et des joueurs chargés d'appliquer sur le terrain les obligations de la FIFA serait immédiatement exclu du marché. Il en serait exclu non parce que la qualité de son service serait moindre ou son prix trop élevé par rapport à d'autres agents concurrents mais seulement en raison de son refus de signer la « déclaration d'intermédiaire » et de consentir à toutes les obligations qui en découlent. Autrement dit, il serait exclu du marché sans pouvoir lutter avec les armes normales du marché : son prix, les conditions de son offre, la qualité de son service, sa capacité d'innovation.

Le nouveau règlement de la FIFA a donc assurément le potentiel d'influencer les conditions dans lesquelles s'effectuent les prestations de services d'agence sportive sur le marché pertinent en cause.

La question qui se pose alors est de savoir si l'utilisateur du service, « le consommateur » au sens de l'article 102 du TFUE, subit un préjudice du chef de la mesure critiquée. En effet, si l'on suit les recommandations de la Commission, les restrictions de concurrence, les évictions de concurrents, ne peuvent être retenues que dans la mesure où elles créent un préjudice aux consommateurs. Toutefois, cette question prend un tour très particulier dans l'affaire qui nous intéresse car le règlement litigieux émane justement des utilisateurs du service concerné. On pourrait alors arguer que, consentant à la restriction de concurrence puisqu'auteurs de la mesure, les consommateurs n'en subissent aucun préjudice. Mais l'argument porterait à faux pour au moins deux raisons⁶². La première est que la qualité du

service ne peut sortir qu'amoindrie lorsque les offreurs dudit service ne peuvent pas moduler le prix de leur prestation ni ses conditions contractuelles. La seconde est que le consommateur dont il est question dans les recommandations de la Commission est nécessairement un tiers. On ne peut en effet être, dans la logique de la prohibition des abus de dominance, à la fois un consommateur qu'il s'agirait de protéger et une entreprise en position dominante dont il convient de surveiller le comportement.

2 – La possibilité d'une justification

Même si l'article 102 du TFUE ne prévoit aucune justification possible à un abus de position dominante, deux sources d'exemption sont en pratique admises par la Commission⁶³ et la Cour de justice⁶⁴. La première consiste à soutenir que la mesure critiquée n'est pas directement imputable à l'entreprise en situation de dominance qui n'agirait que sous la contrainte d'une législation étatique. La deuxième consiste à justifier le comportement critiqué par une nécessité objective.

⁶³ Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO C 45, du 24/02/2009, p.7.

⁶⁴ CJUE, 17 février 2011, aff. C-52/09, [*TeliaSonera*] *Konkurrensverket c/ TeliaSonera Sverige AB*, pt.75, [2011] Rec. I-00527 ; Concurrences 2011, n°2, p.108, obs. A.-L. Sibony ; Gaz. Pal. 2011, n°259-260, Jur., p.23, note J. Philippe et M. Trabucchi ; JDI 2011, p.553, obs. C. Prieto et J.-C. Roda ; *European Competition Law Review* 2013, p.490, obs. M. Rauber ; *Common Market Law Review* 2012, p.721, obs. W. Wurmnest ; *Europe avr.* 2011, Comm. n°4, p.21, obs. L. Idot ; RDUE 2011, n°1, p.144, obs. N. Tuominen. – CJUE, 27 mars 2012, aff. C-209/10, [*Post Danmark*] *Post Danmark c/ Konkurrenserådet*, pt. 40, RDC 2012 p.849, obs. L. Idot ; *Europe mai* 2012, Comm. n°5, p.196, obs. L. Idot ; *Journal of European Competition Law & Practice* 2012, Vol.3, n°5, p.466, note S. Barazza ; *European Law Reporter* 2012, p.212, obs. G.-M. Galletti ; JCP G 2012, p.740, note F. Picod ; *European Competition Law Review* 2012, p.482, note B. Milan ; RDUE 2012, n°2, p.352, obs. J. Probst ; D. Dittert, « *Abus de position dominante: vers une approche plus "économique"?* », Rev. aff. euro. 2012, p.197. Cette hypothèse avait déjà été posée (IPIUE, 7 octobre 1999, aff. T-228/97, *Irish Sugar*, *op. cit.* pt. 218. – CJUE, 15 mars 2007, aff. C-95/04 P, *British Airways plc c/ Commission*, pt.69, [2007] Rec. I-02331 ; *Europe mai* 2007, Comm. n°142, p.19, obs. L. Idot ; JDI 2007, p.659, note C. Prieto ; Rev. Lamy concur. 2007, n°12, p.28, obs. C. Robin ; *Competition Law Insight* 2006, Vol.5, Issue 4, p.6, note S. Lawrance ; *European Competition Law Review* 2007, p.597, obs. K. Pfeiffer.

⁶² Deux raisons déjà développées à propos du partage des gains d'efficacité en matière d'entente.

a – La contrainte étatique

La FIFA ne peut rien espérer du premier moyen de défense. Aucun Etat membre ne lui a ordonné de réguler la profession d'agent sportif et elle ne saurait se prévaloir d'aucun contexte normatif particulier duquel émanerait une contrainte ou un commandement étatique ou supra-étatique. Certaines fédérations nationales pourraient éventuellement se réfugier derrière la législation de leur pays lorsque celui-ci règlemente la profession d'agent sportif en particulier. C'est le cas en France par exemple où les dispositions du Code du sport imposent une autorisation préalable d'exercice, fixent un plafond (à 10% cependant) et diverses obligations de transparence (plus légères). Reste que, même dans ces cas bien particuliers, le moyen de défense doit être relativisé. En effet, il faut souligner que la contrainte étatique n'est admise comme justification que de manière restrictive⁶⁵, qu'elle doit elle-même être justifiée objectivement par une impérieuse nécessité d'intérêt général à laquelle la législation en cause doit être strictement proportionnée. En outre, il convient de rappeler que le droit de l'Union Européenne⁶⁶ supporte mal que les Etats prennent ou maintiennent en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises⁶⁷. Ils n'ont ainsi pas la possibilité de retirer à leur propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des

décisions d'intervention d'intérêt économique⁶⁸. Ils ne sauraient donc déléguer aux fédérations nationales le soin de fixer le prix d'un service qui devrait normalement être laissé au libre jeu de l'offre et de la demande.

b – La nécessité objective

La FIFA ne peut pas non plus espérer du deuxième moyen de défense. En effet, pour être accueilli, il nécessite que soit rapportée la preuve convaincante de trois conditions cumulatives étant précisé que le fardeau de la preuve pèserait sur la FIFA. Elle devrait ainsi démontrer que son nouveau règlement entraîne un gain d'efficacité, qu'une partie de ce gain économique est partagé avec l'utilisateur, que ce nouveau règlement est indispensable et strictement proportionné pour réaliser l'objectif de progrès qu'il poursuit et qu'il n'a pas pour effet d'éliminer la concurrence⁶⁹. Si la FIFA souhaite sauver son règlement au regard de l'article 102, elle doit finalement justifier l'existence de conditions identiques à celles utilisées dans le cadre de l'article 101. Or, ainsi que l'avons déjà démontré, aucune de ces conditions ne peut être remplie de manière convaincante par le nouveau règlement FIFA. Au demeurant, la Cour de justice n'admet ce moyen de défense que si l'objectif poursuivi par l'entreprise en situation de dominance est non seulement légitime, ce qui n'est pas à notre sens le cas, et relève d'un « facteur

⁶⁵ CJUE, 20 mars 1985, aff. 41/83, *Italia c/ Commission*, [1985] Rec. p.873, pt. 19. – CJUE, 10 décembre 1985, aff. jointes 240/82 à 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 et 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie e.a. c/ Commission*, [1985] Rec. p.3831, pt. 27 à 29. – CJUE, 9 septembre 2003, aff. C-198/01, *CIF*, [2003] Rec., I 8055, pt. 67.

⁶⁶ Voir : art. 4, TUE et art. 106 TFUE.

⁶⁷ CJUE, 5 décembre 2006, aff. C-94/04, *F. Cipolla c/ R. Portolese*, et aff. C-202/04, *S. Macrino & C. Capoparte c/ R. Meloni*, [2006] Rec., I-11421, pt. 46. – CJUE, 1 juillet 2010, aff. C-393/08, *Emanuela Sbarigia c/ Azienda USL RM/A and others*, pt.31, [2010] Rec. I-06337 ; Europe oct. 2010, n°10, Comm. p.21, obs. V. Michel. – *Ex multis* : J. Biancarelli et Y. Galmot, « Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire », RTD eur. 1985, p.269. – J.-L. Delvolvé, « Légalité des réglementations nationales des prix et responsabilité des Etats membres et des entreprises au regard du droit communautaire de la concurrence », Gaz. Pal. n°240, 1985, p.3. – R. Joliet, « Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire », Cah. dr. eur. 1988, p.363. – G. Marengo, « Le traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence ? », Cah. dr. eur. 1986, p.286. – E. Paulis, « Les Etats peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 du traité CEE ? », Journal des Tribunaux, 104, 1985, p.209.

⁶⁸ CJUE, 5 octobre 1995, aff. C-96/94, *Centro Servizi Spedipporto Srl c/ Spedizioni Marittima del Golfo Srl*, pt.21, [1995] Rec. I-02883 ; JDI 1996, p.526, obs. M.-A. Hermitte ; RTDeur 2001, p.49, note C. Leroy ; JDI 1996, p.494, obs. C.-J. Berr. – CJUE, 16 novembre 1977, aff. 13/77, *Gb-Inno-Bm*, [1977] Rec., p.2115, pt. 29-31 ; Rev. march. comm. 1986, p.281, note L. Focsaneanu. – CJUE, 21 septembre 1988, aff. 267/86, *Van Eycke*, [1988] Rec., p.4769, pt. 16 ; ECLR, 1990, p.11, note A. B. Hoffman ; World Competition 1990, n°1, p.79, note U. Ehrlicke. – CJUE, 18 juin 1998, aff. C-35/96, *Commission c/ Italia*, [1998] Rec., I-3851 ; RTD com. 1998, p.984, note S. Poillot-Peruzetto ; Europe, août-sept. 1998, n°288, obs. L. Idot. – CJUE, 19 février 2002, aff. C-35/99, *Arduino*, [1988] Rec., I-01529. – CJUE, 9 septembre 2003, aff. C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi & Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, [2003] Rec., I-8055.

⁶⁹ Si la Cour de justice ne semble pas tenir compte de cette quatrième condition (CJUE, 17 février 2011, aff. C-52/09, *TeliaSonera*, *op. cit.*, pt.76. – CJUE, 27 mars 2012, aff. C-209/10, *Post Danmark*, *op. cit.*), elle est néanmoins listée par la Commission dans ses recommandations (Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *op. cit.* §30).

extérieur»⁷⁰, ce qui est encore moins le cas en l'occurrence. En effet, le principe qui gouverne l'application de l'article 102 est qu'il appartient normalement aux autorités publiques de fixer et de faire respecter les normes ressortissant de l'intérêt général tels la santé publique, la sécurité, l'environnement, ou encore la protection des consommateurs. En principe, il ne revient donc pas à l'entreprise en position dominante de prendre des initiatives pour satisfaire ce type de buts et ce ne peut être qu'à titre vraiment exceptionnel, et après avoir justifié à la fois de la nécessité impérieuse de l'action et de la carence des Etats qu'une entreprise dominante peut légitimer l'atteinte qu'elle porte à la concurrence. Or, on ne voit pas comment la FIFA pourrait convaincre de l'ensemble de ces conditions alors que l'activité d'agent sportif est déjà régulée, certes à divers degrés, par les Etats européens et qu'il ne revient pas à une association de droit suisse de juger suffisante ou insuffisante la régulation étatique d'une profession ou d'une activité économique. On le voit d'autant moins que le règlement FIFA a en réalité pour objectif de dispenser les membres directs et indirects de la FIFA de tout effort de réflexion, d'innovation et de négociation dans les opérations conclues avec les agents ; sans que l'on puisse raisonnablement qualifier les clubs et les joueurs de « consommateurs » faibles qu'il s'agirait de protéger de la dureté du marché. Enfin, la démonstration de ces quatre conditions nous paraît d'autant plus impossible à rapporter par la FIFA que celle-ci pourrait fort bien être qualifiée d'entreprise en « super position dominante »⁷¹ dans la mesure où elle regroupe tous les « acheteurs » d'un service sur l'ensemble du marché européen et même mondial et qu'au titre de cette qualification il conviendrait de la traiter encore plus sévèrement quant aux justifications objectives qu'elle pourrait mettre en avant.

⁷⁰ Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *op. cit.* §29.

⁷¹ Sur cette question : CJUE, 16 mars 2000, aff. jointes C-395/96 P, C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) and Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) c/ Commission*, [2000] Rec. I-01365 ; *European Competition Law Review* 2001, p.295, obs. C. Withers, M. Jephcott ; *European Competition Law Review* 2000, p.388, obs. S. Preece ; *Contrats, concurr., consom.* 2000, n°113, p.19, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *Common Market Law Review* 2000, p.1249, obs. S. Stroux ; *Europe mai* 2000, Comm. n°143, p.16, obs. L. Idot ; *JDI* 2001, p.665, note C. Prieto ; *RTDcom.* 2000, p.1050, obs. G. Jazottes, M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto.

II – Confrontation avec les principes des libertés et droits fondamentaux de l'UE

L'analyse de la conformité du Règlement FIFA 2015 avec le droit européen peut être abordée sous différents angles. Son incompatibilité manifeste aux principes du droit de la concurrence n'empêchant pas de poursuivre l'examen sous l'angle différent des libertés et droits fondamentaux de l'UE, il nous appartient maintenant de le confronter aux libertés fondamentales du Traité (A) ainsi qu'aux droits fondamentaux du droit de l'Union (B).

A – Les libertés fondamentales du Traité

Sur les quatre grandes libertés du TFUE, trois sont directement concernées par le Règlement FIFA 2015 : la liberté de circulation des capitaux (1), la liberté de circulation des travailleurs (2) et la liberté d'établissement et de prestations de services (3). La liberté de circulation des marchandises, très éloignée de l'activité des agents sportifs, peut ainsi être ignorée.

1 – Liberté de circulation des capitaux

A première vue, le nouveau règlement FIFA n'entre pas en contradiction avec la liberté de circulation des capitaux, telle qu'elle est garantie par l'article 63 du TFUE. En effet, on ne peut soutenir de manière vraiment convaincante que l'enregistrement préalable de l'agent, l'enregistrement de chacune de ses opérations, la publication du détail des commissions payées, affectent directement les mouvements de capitaux entre Etats membres. La libre circulation des capitaux a sa fonction propre et ne vise pas, a priori, à rendre plus fluide les prestations de services autres que celles liées au monde de la finance. Or une prestation d'agence sportive n'est pas à proprement parler une prestation de services financiers comme l'est par exemple la prestation de TPO.

Néanmoins, le règlement FIFA peut avoir des effets sur des « paiements » à réaliser entre Etats membres ou entre états membres et Etats tiers ce qu'interdit le §2 de l'article 63 du TFUE. En empêchant que des agents sportifs reçoivent le moindre paiement lorsqu'ils interviennent dans une

opération mettant en cause un mineur, le règlement FIFA n'implique-t-il pas potentiellement une restriction des paiements transfrontaliers (il a déjà été montré que l'activité d'agence sportive était transfrontalière) ? En imposant que le paiement de l'agent ne soit fait que par son donneur d'ordre⁷², le règlement FIFA ne restreint-t-il pas les paiements au sens du §2 de l'article 63 ?

La réponse à de telles questions nous paraît positive dans la mesure où l'on admet qu'il y a atteinte à la libre circulation des capitaux et des paiements dès lors qu'un obstacle de droit ou de fait a pour objet ou pour effet d'empêcher ou de limiter, directement ou indirectement, un mouvement de capital ou un paiement. Et cela condamne une nouvelle fois le règlement FIFA. D'autant plus que le principe de la liberté de circulation n'a pas à souffrir de l'application d'une règle *de minimis* ..., une atteinte même mineure devant être sanctionnée⁷³.

Certains souligneront que le paiement d'une activité de service ne fait pas partie des opérations spécialement visées par la nomenclature des mouvements de capitaux donnée à l'annexe I de la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988. Mais cette directive n'est qu'indicative et la Cour a toujours reconnue qu'elle n'était ni exhaustive ni limitative⁷⁴.

Certains souligneront peut-être que l'article 63 du TFUE ne vise formellement que les Etats membres et les institutions de l'UE et qu'en conséquence les personnes privées ne sont pas concernées par ses dispositions. Toutefois, la doctrine admet sans difficulté, et on ne voit pas ce qui pousserait la Commission et la Cour de justice à ne pas en faire de même, que les termes de l'article 63 du TFUE sont très proches de ceux

applicables aux autres libertés et qu'ils sont donc susceptibles, comme les autres, de s'appliquer également aux personnes privées⁷⁵. Pour donner un effet utile à l'article 63 du TFUE, il convient de l'imposer aussi bien aux Etats membres qu'aux personnes privées tels les établissements bancaires, les établissements de crédits, les ordres professionnels et le cas échéant les associations d'entreprises comme l'UEFA ou la FIFA.

Certains souligneront alors que le règlement FIFA mérite d'être sauvé par application de la règle de raison. Mais encore faudrait-il rapporter la preuve que la mesure restrictive s'autorise d'une « raison impérieuse d'intérêt général » et qu'elle est strictement proportionnée au but poursuivi⁷⁶. Une preuve dont on a vu, les conditions d'exemption étant à peu près les mêmes en matière de droit de la concurrence, qu'elle était à notre sens impossible à rapporter.

A vrai dire, l'argument le plus pertinent pour écarter l'application de l'article 63 du TFUE au nouveau règlement de la FIFA relève de l'articulation des libertés garanties par le TFUE. En effet, la libre circulation des capitaux a un caractère naturellement extensif dans la mesure où elle a vocation à concerner tous les mouvements d'argent peu important leur source. Or, cette réalité fait que la liberté de circulation des capitaux est susceptible d'être invoquée avec toutes les autres libertés de circulation, à titre alternatif ou du moins à titre complémentaire. Elle peut même être invoquée pour toutes les questions de concurrence liées à la notion de prix car un cartel sur les prix n'entraîne-t-il pas mécaniquement une entrave à la libre circulation des capitaux ? Il convient donc de confiner le domaine d'application de la liberté de circulation des capitaux. L'habitude a ainsi été prise par la Cour de justice, par souci d'économie de moyens, de ne confronter une réglementation étatique ou une mesure privée sous examen qu'à la seule liberté principalement entravée et ce en prenant en considération l'objet de la mesure en cause⁷⁷. S'agissant du Règlement FIFA, il nous

⁷² Art. 7.5, Règl. FIFA.

⁷³ CJUE, 1 juillet 2010, aff. C-233/09, *Gerhard Dijkman and Maria Dijkman-Lavaleije c/ Belgium*, pt.42, [2010] OJ C 234, 28.8.2010, p.13 ; [2010] Rec. I-06649 ; Tax Notes International 2010, Vol. 59, n°4, p.240, obs. T. O'Shea ; Rev. dr. fiscal 2011, p.8, note L. Bernardeau ; Europe oct. 2010, n°10, Comm. p.22, obs. F. Kauff-Gazin.

⁷⁴ CJUE, 16 mars 1999, aff. C-222/97, *Manfred Trummer and Peter Mayer*, [1999] Rec. I-01661 ; Europe mai 1999, Comm. n°175, p.13, obs. L. Idot ; RMUE 1999, n°2, p.262, note J. Tenenbaum ; Legal Issues of Economic Integration 2000, p.195, obs. A. Landsmeer ; JDI 2000, p.495, note M. Luby ; RTDcom. 2000, p.227, obs. G. Jazottes, M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto ; Rev. dr. com. belge 2000, p.311, note H. Moureau Taymans d'Eyepnon. – CJUE, 7 novembre 2013, aff. C-322/11, *K. c/ Finland*, [2014] OJ C 9, 11.1.2014, p.3 ; EC Tax Review 2014, p.64, obs. R. Neyt, S. Peeters ; Europe janv. 2014, Comm. n°1, p.34, obs. A.-L. Mosbrucker ; EC Tax Review 2014, p.56, obs. M.-A. Peetermans, M. Staes ; European Taxation 2014, p.160, obs. G. Meussen ; JCP G 2013, n°49, p.2220, note F. Picod.

⁷⁵ F. Picod, « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une nouvelle denrée communautaire ? », in Mélanges en hommage à G. Vandersanden », Bruxelles, Bruylant, 2008, p.635.

⁷⁶ Par ex. : CJUE, 13 mai 2003, aff. C-463/00, *Commission c/ Espagne*, [2003] Rec. I-04581 ; Rev. dr. UE 2003, n°2, p.530, obs. R. Ballester ; Rev. dr. UE 2003, n°1, p.39, obs. E. Gippini-Fournier, J.-A. Rodríguez Míguez ; European Law Reporter 2003, p.327, obs. L. Volck Madsen ; JDI 2004, p.601, obs. M. Luby.

⁷⁷ Par ex. : CJUE, 24 mars 1994, aff. C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise c/ Gerhart Schindler and Jörg Schindler*, [1994] Rec. I-01039 ; European Law Review 1994, p.644, obs. L. Gormley ; Europe mai 1994, Comm. n°195, p.14,

paraît que son objet se rapporte principalement à la régulation d'une prestation de service et accessoirement à la circulation des sommes générées par la fourniture des services en cause. Il en résulte qu'en l'espèce, la liberté de circulation des services doit prévaloir et que l'on peut dispenser le règlement FIFA d'un examen au titre de la libre circulation des capitaux.

2 – Liberté de circulation des travailleurs

Le règlement FIFA constitue-t-il une entrave susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice par les joueurs de football ressortissants des États membres de leur liberté de circuler telle que garantie par l'article 45 du TFUE⁷⁸ et par

obs. L. Idot ; Rev. dr. com. belge 1998, p.278, obs. E. Balate ; Europe mai 1994 Comm. n°188, p.12, D. Simon ; AJDA 2004, p.321 obs. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert ; Gaz. Pal. 1995, n°344, jur., p.21, obs. J.-G. Huglo ; Common Market Law Review 1995 p.845, obs. V. Hatzopoulos. – CJUE, 3 octobre 2006, aff. C-452/04, *Fidium Finanz AG c/ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, [2006] Rec. I-09521 ; Cah. dr. euro. 2007, p.239, note. P. Vigneron ; Europe déc. 2006, comm. n°369, p.22, F. Kauff-Gazin ; Common Market Law Review 2007, p.1483, obs. M. O'Brien. – CJUE, 24 mai 2007, aff. C-157/05, *Winfried L. Holböck c/ Finanzamt Salzburg-Land*, [2007] Rec. I-04051 ; Europe juillet 2007, n°183, p.19, obs. F. Mariatte ; Rev. dr. fiscal 2007, Comm. n°764, p.51, obs. H. Kruger ; Tax Notes International 2007, p.1131, obs. T. O'Shea.

⁷⁸ CJUE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Dieter Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, [1993] Rec. I-01663 ; Common Market Law Review 1993, p.1251, obs. W.-H. Roth ; European Law Review 1994, p.67, obs. L. J. Smith ; LPA 1993, n°108, p.19, obs. L. Cartou ; Gaz. Pal. 1995, III, doct. p.668, obs. J.-G. Huglo ; LPA 1993, n°108, p.17, obs. M. De Guillen Schmidt, J.-C. Bonichot ; Cah. dr. euro. 1994, p.643, obs. C. Denys. – CJUE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman, op. cit.* – CJUE, 16 mars 2010, aff. C-325/08, [*Bernard*] *Olympique Lyonnais SASP c/ Olivier Bernard and Newcastle UFC*, [2010] Rec. I-02177 ; European Labour Law Journal 2010, Vol.1, n°3, p.380, obs. F. Hendrickx ; Journal des tribunaux / droit européen 2010, n°168, p.110, note L. Misson, G. Ernès ; JCP S 2010, n°1216, p.29, note F. Mandin ; D. 2010, n°29, p.1917, note F. Buy ; Revue du marché commun et de l'Union européenne 2010, n°543, p.653, note J. Zylberstein ; Europe mai 2010, Comm. n°165, p.25, obs. D. Simon ; Common Market Law Review 2010, Vol.47, n°4, p.1187, obs. J. Lindholm ; RLDA 2010, n°50, p.34, note M. Wathelet, J. Wildemeersch ; AJDA 2010, p.941, chron. M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat ; Journal des tribunaux 2010, p.405, obs. C. Cheneviere. – *Adde* : G. Monte, « *Judgment of the Court of 16 March 2010 in the case C-325/08: Olympique Lyonnais SASP v Olivier Bernard and Newcastle United FC* », in European Sports Law and Policy Bulletin, The Bernard Case, Sports and Training Compensation, Sports Law and Policy Centre, Rome 2010, Issue 1, p.37. – M. Colucci, « *The Bernard case: An opportunity*

l'article 15, 2° de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ? Cette question simple ne vient pas immédiatement à l'esprit à la lecture du règlement FIFA car il vise directement les agents sportifs et affiche plutôt la volonté de protéger les joueurs. Toutefois, en entravant l'activité des agents, ne participe-t-il pas à diminuer la liberté des sportifs eux-mêmes qui ont recours aux services des intermédiaires pour trouver un employeur, changer d'employeur et négocier avec lui leurs salaires ? La question est d'autant plus légitime que les instances du football ont bien souvent mis en avant que le rôle des agents sportifs était primordial dans ces transactions et qu'il fallait au demeurant le réguler pour limiter la multiplication des mouvements de joueurs.

En conséquence, si l'on considère, ce qui est notre cas, que le règlement FIFA a pour *objet* et pour *effet* de restreindre la concurrence entre agents au détriment notamment de nouveaux entrants et des petits acteurs, et d'entraver leur liberté d'établissement et de prestations de services, on doit logiquement conclure que la diminution du nombre d'agents et de la qualité de leurs services aura un impact sur le placement des joueurs, sur leur niveau de salaires, et donc, sur leur liberté de circulation en tant que travailleurs. Le joueur qui ne sera pas aidé pour négocier son salaire et ses avantages n'obtiendra pas les conditions de travail qu'il mérite. Il considérera peut-être moins attrayante la perspective d'avoir à rechercher un nouvel employeur sans l'aide d'un agent et sera ainsi dissuadé de changer de club et donc d'exercer sa liberté de circulation. Il est évident que le marché du travail des footballeurs professionnels ne s'en verra pas complètement fermé, mais l'on sait bien qu'il n'y a pas de test *de minimis* en matière de liberté de circulation des travailleurs ; là encore une atteinte même mineure devant être sanctionnée.

Il faudra donc que la FIFA apporte la preuve que les quatre conditions d'une justification sont cumulativement réunies pour sauver son règlement au regard de l'article 45 du TFUE. Autrement dit : (i) qu'il s'applique de manière non discriminatoire ;

for all sports stakeholders », in European Sports Law and Policy Bulletin, The Bernard Case - Sports and Training Compensation, Sports Law and Policy Centre, Rome 2010, Issue 1, p.143. – J. Zylberstein, « *The Olivier Bernard judgment: A significant step forward for the training of players* », in European Sports Law and Policy Bulletin, The Bernard Case - Sports and Training Compensation, Sports Law and Policy Centre, Rome 2010, Issue 1, p.51. – S. Weatherill, « *The Olivier Bernard Case: How, if at all, to Fix Compensation for Training Young Players?* », European Sports Law (Ed. Asser Press - The Hague) 2014, p.485.

(ii) qu'il se justifie par une raison impérieuse d'intérêt général ; (iii) qu'il est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'il poursuit ; et (iv) qu'il ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Ce test est bien connu et on l'a déjà mis en œuvre, sous une forme à peine différente, en appliquant l'article 101 du TFUE.

3 – Liberté d'établissement et liberté de prestation des services

Le règlement FIFA de 2015 porte-t-il atteinte aux principes, généralement associés, de liberté d'établissement (articles 49 et 54 du TFUE) et de prestations de services (article 56 du TFUE) ? Une réponse positive nous paraît évidente dans la mesure où ce règlement met en place de véritables entraves auxquelles on ne peut trouver de justifications convaincantes qui permettraient de les sauver.

a – Les entraves

Au sens du TFUE, une prestation de services est une prestation offerte de manière indépendante ouvrant droit à rémunération, peu important le secteur économique dans lequel elle est proposée. A ce titre, il est admis sans aucune contestation que l'activité de courtage, l'activité de mandataire et plus largement l'activité d'intermédiaire constituent bien des activités économiques⁷⁹. Dans cette ligne, l'activité de placement de salariés a été reconnue comme une activité économique⁸⁰ et il n'y a donc

rien d'étonnant à ce que Tribunal ait appliqué à la prestation d'agent sportif l'article 56 du TFUE⁸¹ dans la mesure où cette activité économique est indubitablement une activité de dimension européenne puisqu'elle a vocation à être exercée par-dessus les frontières.

De manière générale sont jugées contraires aux principes de liberté les mesures qui entravent l'accès aux marchés nationaux de même que celles qui rendent moins attractif l'exercice des libertés d'établissement et de prestation de service. Qu'il y ait ou non-discrimination ne change rien à la notion d'entrave, une mesure indistinctement applicable pouvant être jugée attentatoire. Dans cette optique, la Commission et la Cour de justice sont attentives tout autant à l'objet qu'à l'effet de la mesure litigieuse. Une mesure qui n'aurait pas pour *objet* de régler les conditions d'établissement ou celles d'exercice d'une prestation peut avoir un *effet* sur l'accès au marché en cause et donc être justiciable du TFUE⁸². Par ailleurs, la nature de la mesure litigieuse importe peu. Qu'elle soit d'origine législative, administrative ou judiciaire, étatique ou privée, une mesure supprimant ou diminuant la liberté d'établissement et de prestation de services doit être regardée comme une entrave⁸³. Au demeurant, le caractère mineur de l'atteinte est sans influence puisque le test *de minimis*... ne s'applique pas en matière de libertés de circulation des services⁸⁴.

A notre avis, le règlement FIFA, et notamment ses dispositions relatives à l'enregistrement préalable des intermédiaires, à l'enregistrement de chacune des opérations ainsi que ses dispositions prévoyant des sanctions disciplinaires, constituent des atteintes flagrantes aux libertés garanties par le

⁷⁹ CJUE, 6 juin 1996, aff. C-101/94, *Commission c/ Italia*, [1996] Rec. I-02691 ; Journal des tribunaux / droit européen 1997, p.10, obs. M. Dasseuse ; JDI 1997, p.561, note M. Luby ; JCP E 1997, I, 653, n°21, obs. C. Gavaldà, G. Parléani. – CJUE, 26 novembre 1975, aff. 39-75, *Robert-Gerardus Coenen and others c/ Sociaal-Economische Raad*, [1975] Rec. 01547 ; European Law Review 1976, p.227, obs. G. Morse.

⁸⁰ CJUE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner, op. cit.* – CJUE, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c/ Siderurgica Gabrielli SpA*, [1991] Rec. I-05889 ; RFDA 1993, p.356, obs. G. Mattei-Dawance, R. Rezenhél ; Common Market Law Review 1992, p.1229, obs. L. Gyselen ; RTDcom. 1993, p.436, obs. C. Bolze ; Le droit maritime français 1992, p.120, obs. P. Bonassies ; JDI 1992, p.477, note M.-A. Hermitte ; Europe févr. 1992, comm. n°65, p.14 ; European Competition Law Review 1994, p.322, obs. S. Taylor. – CJUE, 19 octobre 1995, aff. C-111/94, *Job Centre Coop. arl*, [1995] Rec. I-03361 ; Europe déc. 1995, comm. n°415, p.6 ; RMUE 1995, n°4, p.180, obs. F. Berrod ; JDI 1996, p.488, note D. Simon ; New Law Journal 1996, p.340, obs. M. Cornwell-Kelly, G. McFarlane. – CJUE, 11 décembre 1997, aff. C-55/96, *Job Centre (2) coop.*

ArL [1997] Rec. I-07119 ; Gaz. Pal. 1998, II, somm. p.306, note M. Nicoletta ; Europe févr. 1998, comm. n°49, p.16, obs. F. Berrod ; RMUE 1998 n°2, p.259, obs. P. Cabral ; Europe 1998, Comm. n°66, p.21, obs. L. Idot. – CJUE, 8 juin 2000, aff. C-258/98, *Giovanni Carra and others*, [2000] Rec. I-04217 ; Europe aout/sept. 2000, comm. n°263, p.20, obs. L. Idot ; RTDcom. 2000, p.1051, obs. G. Jazottes, M. Luby, S. Poillot-Peruzzetto.

⁸¹ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau, op. cit.*

⁸² Par ex. : CJUE, 18 juillet 2006, aff. C-519/04 P, *Meca-Medina, op. cit.*

⁸³ Voir Directive services n°2006/123/CE, 12 décembre 2006, art. 4 :

⁸⁴ CJUE, 1 avril 2008, aff. C-212/06, *Government of Communauté française and Government wallon c/ Government flamand*, [2008] I-01683 ; European Law Reporter 2008, p.114, obs. M. Am Ende ; D. 2008, p.1655, note P. Icard ; European Journal of Migration and Law 2008, Vol.10, n°3, p.365, obs. D. Martin ; Rev. dr. UE 2008, n°3, p.603, note C. Dautricourt ; Common Market Law Review 2009, p.287, T. Vandamme ; Europe juin 2008, Comm. n°182, p.15, obs. L. Driguez.

TFUE. Il est acquis en effet qu'une mesure qui soumet l'exercice d'une profession à un régime de licence, d'enregistrement ou d'autorisation préalable constitue une entrave en ce qu'elle retarde le commencement des activités, peut engendrer, dans certaines circonstances des frais supplémentaires et peut donc décourager les intéressés à s'établir et à exercer une activité pourtant licite. Comme nous l'avons déjà dit, le règlement FIFA 2015 met en place une procédure de « contrôles perlés » dont l'effet cumulatif est autrement plus attentatoire et dissuasif que l'examen préalable qui existait auparavant. Le Règlement FIFA nous paraît ainsi directement contraire au TFUE. Et toute fédération nationale qui l'intégrerait dans ses propres règlements internes se mettrait aussi en contradiction avec le TFUE et prendrait le risque de se faire sanctionner par son juge national.

Ce risque de sanction est d'autant plus grand que l'activité d'agent sportif ou d'intermédiaire du sport est soumise à la Directive services n°2006/123/CE du 12 décembre 2006. Cette Directive n'exclut pas ce type d'activités de son champ d'application : ni celle d'intermédiaire ni celle de placement de salariés. Elle se contente d'exclure les services des agences de travail intérimaire ce qui n'est pas la même chose, et, si elle le fait, c'est justement parce qu'il existe par ailleurs une directive d'harmonisation spécifique⁸⁵. Mieux, elle vise précisément les activités d'agence immobilière, d'agence de voyages, et elle vise aussi textuellement les services liés au recrutement⁸⁶.

Cette Directive « services » interdit par principe, et n'admet que par exception et sous justifications⁸⁷, les « régimes d'autorisation » dont elle donne une définition autonome et très large visant les autorisations au sens strict mais également les systèmes de déclarations, d'enregistrement, de conventionnement, etc.⁸⁸. Elle estime qu'il y a entrave lorsque le prestataire est ralenti dans son installation ou lorsque sa prestation de services est compliquée par une procédure injustifiée. Mais elle considère qu'il y a aussi entrave lorsque le consommateur (ou l'utilisateur) voit son recours à une prestation de services ralenti ou compliqué, par exemple par une déclaration préalable ou un enregistrement auprès

d'un organisme administratif⁸⁹. Or, en exigeant des clubs et des joueurs qu'ils fassent tout leur possible pour obtenir la signature par l'agent de la déclaration d'intermédiaire, le règlement FIFA ralentit aussi la prestation de services de l'agent et porte atteinte aux libertés du TFUE.

On signalera en outre que la Directive Services interdit aux Etats membres (mais en réalité à quiconque puisque les Etats doivent faire en sorte de ne pas apporter leur concours à un système d'entrave), s'agissant de la libre prestation de services, d'imposer « l'application d'un régime contractuel particulier entre le prestataire et le destinataire qui empêche ou limite la prestation de service à titre indépendant »⁹⁰. Surtout, il faut souligner que la Directive Services porte une attention toute particulière à certaines mesures et certaines exigences étatiques qu'elle soumet à évaluation par rapport à l'objectif de libéralisation qu'elle poursuit. A ce titre, elle vise spécifiquement « les tarifs obligatoires minimum et/ou maximum que doit respecter le prestataire »⁹¹ qu'elle présume donc comme ayant un effet d'entrave. Or, nous l'avons déjà suffisamment vu, le Règlement FIFA 2015 fixe un tarif maximum en imposant un taux de 3% et en interdisant tout paiement lorsqu'un joueur mineur est concerné.

b – La possibilité d'une justification

Depuis l'arrêt « *Cassis de Dijon* »⁹², la règle de raison s'applique en matière de libre circulation et

⁸⁵ Directive n°2008/104/EC, 19 novembre 2008, sur les agences d'emploi temporaire, [2008] OJ L 327, 5.12.2008, p.9.

⁸⁶ Voir : Considérant n°33.

⁸⁷ Art. 9.

⁸⁸ Considérant n°39.

⁸⁹ Considérants n°92 et Art. 19. – Adde : CJUE, 28 avril 1998, aff. C-118/96, *Jessica Safir c/ Skattemyndigheten i Dalarnas Län, formerly Skattemyndigheten i Kopparbergs Län*, [1998] Rec. I-01897 ; JDI 1999, p.575, note M. Luby ; Tax Notes International 1998, p.1914, obs. L. Mutén ; JCP G 1998, I, 189, obs. M.-C. Boutard-Labarde ; European Law Review 1999, p.396, obs. P. Cabral, P. Cunha ; RMUE 1998, n°2, p.268, obs. N. Notaro ; RJF 1998, p.733 ; Journal de droit fiscal 1998, p.168, obs. C. Docclo ; Europe juin 1998, Comm. n°196, p.11, obs. L. Idot ; Journal des tribunaux / droit européen 1999, n°55, p.10, obs. M. Dasse ; Journal des tribunaux / droit européen 1999, n°60, p.129, obs. J. Malherbe, D. Berlin, O. Bertin, M. De Wolf ; Tax Notes International 1998, Vol.17, n°2, p.81, obs. A. Rainer.

⁹⁰ Art. 16, 2°, d).

⁹¹ Art. 15, 2°, g).

⁹² CJUE, 20 février 1979, aff. 120/78, [*Cassis de Dijon*] *Reve-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] Rec. 00649 ; RTD eur. 1980, 611, obs. J.-L. Maslet ; European Law Review 1980, p.213, obs. D. Wyatt ; JDI 1981, p.106, obs. R. K. ; European Law Review 1981, p.454, obs. L. Gormley ; Revue du Marché Commun 1980, p.505, obs. A. Mattera ; European Law Review 1981, p.185, obs. D. Wyatt ; EIPR 1981, p.268, obs. A. Dashwood ;

une entrave peut trouver une justification si cinq conditions cumulatives sont réunies : (i) le domaine n'est pas harmonisé, (ii) la mesure en cause s'applique de manière non discriminatoire, (iii) la mesure est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, (iv) la mesure est objectivement nécessaire et efficace pour atteindre l'objectif qu'elle poursuit, (v) la mesure est proportionnée à l'objectif poursuivi.

S'agissant des deux premières conditions qui nous paraissent en l'occurrence étroitement combinées, un retour sur l'affaire *Piau*⁹³ est indispensable. Au temps de l'arrêt *Piau*, la question d'une régulation internationale et harmonisée de l'activité d'agent sportif pouvait se poser. Il était à l'époque envisageable d'éventuellement accorder à la FIFA que son règlement sur les agents sportifs répondait à un besoin d'intérêt général, et ce bien qu'elle s'était auto-attribuée une compétence a priori étatique. Aujourd'hui, après l'arrêt *Piau*, après le Livre blanc sur le sport⁹⁴, après l'Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne⁹⁵, après que certains Etats membres ont fait le choix d'une législation et d'autres de ne rien changer, il nous paraît plus raisonnable de conclure que le besoin d'une régulation harmonisée sur le territoire européen ne semble pas essentiel aux yeux des Etats membres. Alors que depuis l'arrêt *Piau* ils sont tous sensibilisés, ils n'ont mis en œuvre aucune harmonisation. Aujourd'hui donc, personne ne peut se situer au-dessus des Etats qui ont exprimé leur souveraineté, les uns en légiférant, les autres en renforçant une législation existante, les autres en conservant l'activité d'agent sportif dans le giron des activités de placement de droit commun. Aujourd'hui, la FIFA ne peut pas s'arroger le droit de réguler cette activité sur le territoire de l'UE.

Sans doute doit-on considérer que la protection des destinataires d'un service fait partie de ces « raisons impérieuses d'intérêt général » visées par la Directive Services, de même que la protection de la loyauté des transactions commerciales ou la lutte contre la fraude⁹⁶. Mais c'est aux Etats membres qu'il revient de justifier par ces éventuelles raisons

impérieuses d'intérêt général leurs propres mesures lorsqu'elles constituent des entraves aux deux libertés. C'est aux Etats qu'il revient de poser leur conception de l'intérêt général et de règlementer le cas échéant tel ou tel service de sorte que sur leur territoire, un niveau particulier de qualité de service soit assuré. Et même sous la couverture de l'intérêt général, les Etats sont tenus à des obligations permettant de garantir l'exercice des libertés de l'UE : principe de reconnaissance mutuelle des diplômes ; système d'équivalence, obligation de motivation du refus, procédure de recours, etc. Car l'intérêt général n'autorise que les entraves justifiées et strictement proportionnées. La Cour l'a souvent dit⁹⁷, la Commission en est convaincue : « un « régime d'autorisation »⁹⁸ n'est admissible que lorsqu'un contrôle a posteriori ne serait pas efficace compte tenu de l'impossibilité de constater a posteriori les défauts des services concernés et compte tenu des risques et dangers qui résulteraient de l'absence de contrôle a priori »⁹⁹. Et encore faut-il préciser que la possibilité d'un régime d'autorisation justifié ne se conçoit vraiment qu'à propos de la liberté d'établissement et non à propos de la liberté d'exercice¹⁰⁰ et qu'une restriction à la libre circulation des services ne saurait bénéficier d'une exception qu'à la condition d'être « conforme aux droits fondamentaux qui font partie intégrante des principes généraux du droit inscrits dans l'ordre juridique communautaire »¹⁰¹.

La conclusion est ainsi nette : le règlement FIFA 2015 n'est pas conforme aux articles 49, 54 et 56 du TFUE. Il faut dire qu'il ne formalise pas la bonne méthode pour assainir la profession des agents sportifs et protéger les intérêts des sportifs. A vouloir poursuivre ces objectifs mieux vaut en effet suivre les recommandations de la Directive Services qui encourage les Etats membres et la Commission à travailler pour inciter à la création d'ordres professionnels et à la rédaction de codes de bonne conduite¹⁰².

New Law Journal 1983, p.347, obs. A. Arnall ; Business Law Review 1981, p.199, obs. A. Painter.

⁹³ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Piau*, *op. cit.*

⁹⁴ Livre blanc sur le sport, 11 juillet 2007, COM(2007) 391 final.

⁹⁵ KEA *et alii*, Étude sur les agents sportifs dans l'Union européenne, étude réalisée pour la Commission européenne, nov. 2009 (<http://ec.europa.eu>).

⁹⁶ Considérants n°40 et Art. 4.

⁹⁷ CJUE, 22 janvier 2002, aff. C-390/99, *Canal Satellite Digital SL c/ Administración General del Estado, and Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, [2002] Rec. I-00607 ; JDI 2002, p.563, obs. C.-J. Berr ; JDI 2003, p.611, note M. Luby ; Rev. aff. euro. 2002, p.914, obs. C. Vial ; Common Market Law Review 2003, p.193, obs. M. Dougan.

⁹⁸ Au sens donné par la directive : Considérant n°39.

⁹⁹ Considérants n°54 et Art. 9.

¹⁰⁰ Comparez : Art. 9 et Art. 16.

¹⁰¹ Considérant n°83.

¹⁰² Considérants n°7 et 113 et Art. 37.

B – Les droits fondamentaux

L'article 6 du TUE, §3, reconnaît que « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Examiner la compatibilité du Règlement FIFA 2015 avec le droit de l'UE commande donc aussi de le confronter avec le corpus de droits du Conseil de l'Europe, cet *autre* Droit européen, de même qu'avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE, partie intégrante du droit primaire de l'UE depuis le Traité de Lisbonne. Dans ce double corpus, il faut cependant faire une sélection pour ne retenir que les plus pertinents au regard du contenu du règlement FIFA. C'est la raison pour laquelle, nous ne nous intéresserons qu'aux libertés de travailler et d'entreprendre (1), au droit des salariés à un placement gratuit (2) et au droit au secret, corollaire du droit à la protection de la vie privée (3).

1 – La liberté de travailler et la liberté d'entreprendre

La Charte des droits fondamentaux de l'UE consacre deux articles aux libertés professionnelles : l'article 15 relatif à la liberté professionnelle et au droit de travailler et l'article 16 relatif à la liberté d'entreprendre.

L'article 15 ne diffère qu'assez peu du TFUE. En effet, son deuxième paragraphe se contente de réaffirmer les principes de la libre circulation des travailleurs salariés (art. 45 TFUE), de la liberté d'établissement (art. 49 TFUE) et de la libre prestation de services (art. 56 TFUE). Ce faisant, il renvoie implicitement aux conditions et limites prévues par le TFUE et développées par la jurisprudence de la Cour de justice ; conditions que nous avons déjà amplement vues. Cela dit, son paragraphe premier consacre le droit pour toute personne de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée ; droit qui n'est pas expressément listé dans le TFUE. Ce droit de choisir librement son activité participe de la logique libérale de l'UE et implique une élimination de tous les obstacles (règles, conditions, formalités, etc.) non justifiés restreignant la libre rencontre des volontés entre employeurs et salariés. Il suppose

non seulement une interdiction de toutes les discriminations à l'emploi mais aussi le droit pour les salariés d'être recrutés sur la seule considération de leurs compétences et aptitudes professionnelles. Or à cet égard, il apparaît que le Règlement FIFA 2015 peut avoir pour effet de limiter cette liberté dans la mesure où il est exigé des joueurs salariés qu'ils ne contractent, sous peine de sanction, qu'avec des agents dûment enregistrés et signataires de la fameuse « déclaration d'intermédiaires ». Les sanctions étant aussi applicables aux clubs employeurs, il pourrait ainsi advenir qu'un joueur ne soit pas recruté par un club au prétexte que son agent n'est pas en conformité avec le Règlement FIFA.

De son côté, l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux confirme l'un des plus essentiels principes constitutifs du droit communautaire ; la liberté d'entreprendre étant au fondement même du marché unique. Comme les libertés de circulation, elle n'est pas absolue et peut avoir à souffrir des restrictions. Mais celles-ci doivent répondre aux conditions de l'article 52 de la Charte qui indique, en reprenant la méthode bien connue pour les libertés du TFUE, que toute limitation « doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Et justement, au regard de ce principe de la liberté d'entreprendre, il nous paraît évident que le Règlement FIFA 2015, notamment ses dispositions sur l'enregistrement des intermédiaires et celles relatives aux sanctions disciplinaires, formalise des restrictions non justifiées portées à la liberté d'entreprendre. En retardant le début d'activité, en compliquant chaque opération, en alourdissant l'exercice de la profession d'agent sportif par un système perlé de déclarations, le règlement FIFA peut avoir pour effet de décourager les candidats à l'activité d'agence sportive sans que cela ne soit justifié par la volonté très discutable d'assainir la profession et de protéger les utilisateurs. Encore une fois le règlement FIFA ne réussit pas le test de proportionnalité.

2 – Droit des salariés à un placement gratuit

L'article 7.5 du règlement FIFA sur la collaboration avec les intermédiaires est-il compatible avec les principes fondamentaux du droit social européen ? A notre avis la réponse est nécessairement négative.

Selon cet article, « *tout paiement pour les services d'un intermédiaire doit être exclusivement effectué par le client de l'intermédiaire en faveur dudit intermédiaire* ». La disposition emporte ainsi ce que l'on peut appeler une stricte indication de paiement et corrélativement l'interdiction pour l'intermédiaire d'être payé par quelqu'un d'autre que son donneur d'ordre. Le fait que l'article 7.6 précise que « *après la conclusion de la transaction, et sous réserve de l'accord du club, le joueur peut autoriser le club, par consentement écrit, à rémunérer l'intermédiaire pour son compte* » ne change rien à cette interdiction de principe. Il prévoit simplement une exception, qui ne peut intervenir que dans un sens. L'agent ne peut, avant que l'opération n'ait abouti, « offrir » ses services au joueur donneur d'ordre pour en faire supporter le coût au club. Surtout, la dette de paiement de la commission due à l'agent naît dès l'origine dans le patrimoine du donneur d'ordre (généralement le joueur), peu important qu'ensuite les parties conviennent que la commission sera payée, en totalité ou une portion seulement, par le club.

Or en matière de placement de salariés¹⁰³, il est de principe que les frais de placement soient entièrement supportés par les employeurs sans qu'aucune rétribution ne puisse être reçue des employés¹⁰⁴.

L'article 7 de la Convention n°C181 sur les agences d'emploi privées signée en 1997 sous l'égide de l'Organisation internationale du travail (OIT) stipule ainsi :

« 1. Les agences d'emploi privées ne doivent mettre à la charge des travailleurs, de manière directe ou indirecte, en totalité ou en partie, ni honoraires ni autres frais.

2. Dans l'intérêt des travailleurs concernés, l'autorité compétente peut, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, autoriser des dérogations aux dispositions du

paragraphe 1 ci-dessus pour certaines catégories de travailleurs et pour des services spécifiquement identifiés, fournis par les agences d'emploi privées.

3. Tout Membre qui aura autorisé des dérogations en vertu du paragraphe 2 ci-dessus devra, dans ses rapports au titre de l'article 22 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, fournir des informations sur ces dérogations et en donner les raisons ».

Autrement dit, au sens de cette convention internationale¹⁰⁵, s'il est de principe que les frais de placement ne soient pas mis à la charge de l'employé, il peut être dérogé à ce principe mais seulement s'il en va de l'intérêt du salarié. Or, on ne voit pas en quoi il irait de l'intérêt du sportif professionnel de prendre en charge les frais de son placement.

De même, le Code de déontologie (adopté le 27 novembre 2006) de la Confédération internationale des agences d'emploi privées (CIEPI) interdit explicitement de demander aux travailleurs le versement d'honoraires :

« Principe 3 – Respect for free-of-charge provision of services to jobseekers

Private employment services shall not charge directly or indirectly, in whole or in part, any fees or costs to jobseekers and workers, for the services directly related to temporary assignment or permanent placement ».

Surtout, il faut signaler que l'article 29 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE donne à ce principe de gratuité le vêtement d'un droit fondamental du travailleur : « Toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement ».

En définitive, la gratuité des services de placement constitue bien un principe auquel il ne peut être dérogé que s'il en va de l'intérêt du salarié concerné.

Lorsque le salarié, une fois le placement réalisé, accepte, par un consentement sain et éclairé, de payer tout ou partie de la rémunération de l'agent de placement, on doit évidemment admettre qu'il y

¹⁰³ Sur le principe de gratuité pour le salarié des services de placement, voir : Y. Rousseau, *Agences d'emploi*, Rép. Dalloz droit du travail. – C. Willmann, *Placement et recrutement*, Juris-Classeur Travail – Traité, fasc. n°17-10.

¹⁰⁴ J.-M. Marmayou et F. Rizzo, « *L'agent sportif au centre des intérêts* », Cah. dr. sport n°32, 2013, p.37.

¹⁰⁵ Cette convention a été ratifiée par 30 pays dont l'Espagne, la Belgique, l'Italie, le Japon, la Pologne, l'Uruguay. Elle n'a toutefois pas encore été ratifiée par la France, mais il faut préciser que la France a ratifié les conventions n°C2 sur le chômage (1919), n°C88 sur le service de l'emploi (1948) et n°C96 sur les bureaux de placement payants (1949) qui toutes formulent le principe de la gratuité des services de placement de salariés.

a vu son intérêt. Mais, lorsque le règlement FIFA, ou une loi¹⁰⁶, laisse entendre que la dette de rémunération naît de manière automatique dans le patrimoine du sportif qui missionne son agent pour lui trouver un engagement, on ne saurait présumer l'intérêt du sportif. D'autant moins que la pratique démontre justement le contraire : les sportifs refusent de prendre économiquement en charge les frais relatifs à leur placement.

Les règles sur les agents sportifs devraient ainsi prendre plutôt modèle sur celles en vigueur dans le métier des agents artistiques et indiquer qu'il est de principe que la commission d'agent sera réglée par l'employeur.

On opposera certainement à cette vision des choses que les sportifs ont largement les moyens de payer les frais relatifs à leur placement et qu'ils doivent donc supporter la charge de la rémunération de leur agent. Toutefois, ceux qui mettent en avant ce type d'argument feignent de ne considérer chez les sportifs que les plus grandes stars, celles qui ont les salaires les plus importants. Or, la grande masse des sportifs et sportives ayant recours à un agent, ceux et celles qui en ont d'ailleurs le plus besoin (les footballeurs de 2^e ou 3^e division) sont loin d'avoir des salaires mirobolants. Ils ont des carrières relativement courtes et ce serait diminuer sensiblement leurs revenus que de leur imputer par principe les frais de leur placement. Les sportifs, de manière générale, doivent être considérés comme des salariés comme les autres et méritent la même protection si ce n'est une protection plus grande.

3 – Droit au secret / droit à la vie privé

Une organisation privée peut-elle imposer à ses membres de publier des informations économiques et financières sur le contenu de conventions qu'ils ont passées avec des cocontractants tiers à l'organisation ? La FIFA peut-elle, comme elle entend le faire avec l'article 6 de son Règlement sur la collaboration avec les intermédiaires, obliger les joueurs et les clubs à communiquer à leur fédération nationale « *les informations complètes concernant toute rémunération ou tout paiement convenu, de quelque nature que ce soit, qu'ils ont effectué ou prévoient d'effectuer en faveur d'un intermédiaire* » ? La FIFA peut-elle imposer à ses fédérations nationales de publier le détail des

transactions dans lesquelles les agents ont été impliqués, le montant total des rémunérations ou paiements effectués en leur faveur par les joueurs et les clubs et le total cumulé concernant tous les joueurs ainsi que le total cumulé club par club ?

Dans une société où la transparence¹⁰⁷ apparaît comme une vertu cardinale, on peut trouver à l'injonction quelque légitimité. Puisque l'on accuse le monde du football de blanchiment d'argent, de fraude fiscale, de corruption, autant mettre un projecteur aveuglant sur les transactions qui s'y déroulent et révéler ainsi au grand public les sommes qui sortent de la poche des clubs et des joueurs pour aller dans celle des agents. La mesure finalement s'inscrit assez bien dans ce mouvement sociétal qui multiplie les obligations de transparence économique en temps de crise et les dispositifs de lutte contre l'opacité du monde des affaires et plus particulièrement celui de la finance internationale.

Mais l'injonction ne heurte-t-elle pas d'un autre côté le droit que l'on peut accorder à toute personne, physique ou morale, de vivre et d'agir dans le secret ?

Car s'il est difficile de soutenir qu'un droit au secret, notamment des affaires, soit directement garanti par le droit de l'UE, il faut bien reconnaître qu'une forme plutôt efficace de droit à la confidentialité s'inscrit dans le sillage du droit au respect de la vie privée¹⁰⁸. Si la transparence s'autorise sans doute du droit à l'information que l'on peut décliner en liberté d'expression et droit d'accès aux informations au nom d'impératifs publics, elle ne saurait être totale et absolue. Elle doit souffrir les frontières que lui oppose le droit au respect de la vie privée, droit certes non absolu mais tout aussi fondamental.

D'un côté donc le droit au respect de la vie privée dont le droit au secret des affaires¹⁰⁹ est une facette. Il est garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il profite aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales et se décline même selon la Cour européenne des droits de

¹⁰⁶ C'est le cas par exemple de la loi française : art. L.222-17, C. sport.

¹⁰⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation 2010 : Le droit de savoir.

¹⁰⁸ Sur cette question : P. Spinosi, « *Le secret des affaires et le secret du patrimoine face aux droits et libertés individuels* », Dr. et patr., 2014, 233. – V. Magnier, « *Transparence du patrimoine et société* », RLDA 2012/68, p.107. – M.-C. de Lambertye-Autrand, « *Transparence du patrimoine et droits fondamentaux* », RLDA 2012/68, p.79.

¹⁰⁹ F. Moulière, « *Secret des affaires et vie privée* », D. 2012, p.571.

l'Homme en un droit à la protection du domicile « commercial »¹¹⁰. La CJUE a elle aussi reconnu le droit à l'inviolabilité du domicile commercial¹¹¹. Elle a même estimé qu'« il ne saurait être considéré que la notion de vie privée doit être interprétée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales »¹¹². Et elle a déjà eu l'occasion de reconnaître « l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués » et qu'« une protection toute spéciale est ainsi assurée aux secrets d'affaires » par l'effet d'un « principe général » du droit européen¹¹³.

De l'autre côté, le droit à l'information qui tire sa force de l'article 10 de la Convention EDH sur la liberté d'expression. Il donne aux journalistes la liberté d'informer le public sur tout sujet qui pourrait l'intéresser et oblige même les Etats à des actions positives dans certains domaines (comme l'environnement) pour que le public soit correctement informé, même sur des activités de personnes privées, et que les lanceurs d'alerte soient suffisamment protégés¹¹⁴. Pour « ménager un juste équilibre dans la protection de deux valeurs garanties par la Convention »¹¹⁵, il est maintenant admis que les

journalistes et les lanceurs d'alerte puissent lever le voile sur des pratiques secrètes si l'information révélée « contribue à un débat public relatif à une question d'intérêt général »¹¹⁶ ou si « les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguer ou publier »¹¹⁷ ladite information¹¹⁸.

Il convient dès lors de s'interroger sur la légitimité de la FIFA à revendiquer pour elle-même la liberté dont profite les journalistes (impensable) et les lanceurs d'alerte (pourquoi pas?). La question se pose de savoir si les informations relatives aux sommes payées par les clubs aux agents et corrélativement le montant encaissé par ces agents relève ou non d'un intérêt général suffisant pour justifier la mise de côté du droit au respect de la vie privée. La question se pose aussi de savoir si ces informations relève d'un intérêt général suffisant pour obliger les Etats à des actions positives de transparence comme en matière d'environnement.

La réponse juridique paraît évidente. La FIFA n'a pas cette légitimité. Mais sa posture est politique : elle traite de cette question pour la mettre en lumière, la constituer comme un problème, la mettre au centre du débat ... et obliger éventuellement la Cour de justice à se prononcer, à dire qu'il ne revient certes pas à la FIFA de s'occuper du problème mais que le problème existe et doit être traité par les Etats, directement ou indirectement avec l'aide d'instances privées (les fédérations nationales) à qui ils confèreraient des prérogatives de puissance publique déléguée.

C'est toutefois oublier que si le droit au secret peut aussi céder devant les besoins de l'autorité publique il profite en tout état de cause de garanties procédurales. Même devant des intérêts généraux aussi impérieux que le besoin de vérité pénale et l'efficacité de la législation fiscale, le droit au secret ne cède que si sa levée est indispensable (test de proportionnalité) et qu'elle s'accompagne du droit

¹¹⁰ CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c/ France*, Rec. CEDH 2002, III, § 41, AJDA 200, p.502, obs. J.-F. Flauss ; D. 2003, p.527, obs. C. Birsan ; D. 2003, p.1541, obs. A. Lepage ; JCP E 2003, p.492, obs. J. Raynaud. – CEDH, 4^e sect., 16 octobre 2007, aff. 74336/01, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c/ Autriche*, § 45. – CEDH, 1^{re} sect., 3 juillet 2012, aff. 30457/06, *Robatkin c/ Autriche*, § 39. – En France, ce droit a été reconnu par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 29 décembre 1983, décis. n°83-164 DC, JCP 1984. II. 20160, obs. R. Drago et A. Decocq) et par la Cour de cassation (Cass. crim., 23 mai 1995, Bull. crim. n°193 ; RTD civ. 1996, p.130, obs. J. Hauser ; Rev. sociétés 1996, p.109, note B. Bouloc).

¹¹¹ CJUE, 22 octobre 2000, aff. C-94/00, *Roquette SA*, § 29.

¹¹² CJUE 14 février 2008, aff. C-450/06, *Varec SA c/ Belgique*, § 48, Contrats Marchés publ. 2008, n°4, comm. 80, obs. J.-P. Pietri. Signalons que la directive européenne (Dir. n°2002/58/CE du 12 juill. 2002) concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques préconise d'accorder une protection identique de la vie privée et des données à caractère personnel aux personnes physiques et aux personnes morales (consid. 12).

¹¹³ CJCE, 24 juin 1986, aff. 53/85, *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd. c/ Commission*, § 28. – CJCE 19 mai 1994, *SEP c/ Commission*, aff. C-36/92 P, Rec. CJCE I-1991 ; RTD com. 1996, p.380, obs. C. Bolze ; RTD eur. 1995, p.859, obs. J.-B. Blaise et L. Idot. – Adde : CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste c. UFEX e. a.*, aff. C-341/06 P et C-342/06 P, Rec., I, 4777.

¹¹⁴ CEDH, 2^e sect., 10 janvier 2012, aff. 30765/08, *Di Sarno et a. c/ Italie*. – CEDH, 3^e sect., 30 mars 2010, aff. 19234/04, *B cil c/ Roumanie*. – CEDH, 3^e sect., 27 janvier 2009, aff. 67021/01, *T tar c/ Roumanie*. – CEDH, anc. 1^{re} sect., 5 décembre 2013, aff. 52806/09 et 22703/10, *Vilnes et a. c/ Norvège*.

¹¹⁵ CEDH, gde ch., 7 février 2012, aff. 39954/08, *Axel Springer AG c/ Allemagne*, § 84.

¹¹⁶ CEDH, gde ch., 21 janvier 1999, aff. 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France*. – CEDH, 1^{re} sect., 1^{er} mars 2007, aff. 510/04, *Tonsbergs Blad AS et Hankom c/ Norvège*.

¹¹⁷ CEDH, gde ch., 12 février 2008, aff. 14277/04, *Gujja c/ Moldavie*. – CEDH, 5^e sect., 21 juillet 2011, 28274/08, *Heinisch c/ Allemagne*.

¹¹⁸ On peut retrouver cette recherche d'équilibre entre le droit au secret des affaires et la liberté d'expression dans la Proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, COM(2013) 813 final. – Adde : J. Lapousterle, « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », D. 2014, p.682.

aux recours effectifs¹¹⁹ et du droit à un procès équitable¹²⁰.

A la simple aune du test de proportionnalité, on peut déjà répondre que la transmission des contrats à une autorité de contrôle spécialisée (mais tenue au secret) paraît plus efficace et moins attentatoire que la communication brute au public d'informations financières détaillées.

De toute cela ressort que le règlement FIFA 2015 ne paraît pas en parfaite conformité avec les exigences du droit au respect de la vie privée.

On pourrait toutefois encore souligner que ce règlement prévoit justement que l'agent signe une « déclaration d'intermédiaire » par laquelle il consent « à ce que l'association concernée détienne et traite toute donnée à des fins de publication ». Or le droit au respect de la vie privée, dans le sillage duquel le droit au secret s'inscrit, est un droit auto-délimité. Un droit dont l'assiette est déterminée par la personne elle-même qui décide d'inclure ou non tel ou tel élément dans la sphère d'intimité qu'il veut conserver à l'abri du regard des tiers. L'argument pourrait avoir quelque force si l'accord de l'agent sportif était parfaitement libre, s'il n'était pas forcé par la situation, si sa signature n'était pas une sorte de condition à l'entrée sur le marché. Ce pseudo consentement ne sauve donc pas le dispositif dont le caractère attentatoire va bien au-delà de ce qui est nécessaire.

¹¹⁹ Art. 13, Conv. EDH.

¹²⁰ Art. 6, Conv. EDH.