



HAL
open science

Le TAS et le droit européen de la concurrence

Jean-Michel Marmayou

► **To cite this version:**

Jean-Michel Marmayou. Le TAS et le droit européen de la concurrence. Revue de l'arbitrage, 2021, 3, pp.904. hal-04410784

HAL Id: hal-04410784

<https://amu.hal.science/hal-04410784v1>

Submitted on 22 Jan 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Le TAS et le droit européen de la concurrence

Publié : Revue de l'arbitrage 2021, n°3, pp.904-913

Jean-Michel Marmayou

Note sous Trib. UE, 16 décembre 2020, aff. T-93/18, *International Skating Union*

On peut être résolument favorable à un modèle de justice arbitrale pour le monde du sport tout en laissant vivre des critiques portées sur le système TAS mis en place pour le concrétiser. La critique juridique ne tue pas. Même s'ils sont mis sous les projecteurs par de hautes juridictions étatiques dans des affaires médiatiques, les défauts que l'on peut relever ici ou là ne mettront pas à bas le système, Ce qui ne tue pas renforce. Tous les suiveurs du TAS le savent, la critique améliore et entre le système de 1984 et celui d'aujourd'hui, il y a eu des évolutions considérables dont l'origine est presque systématiquement à trouver dans une critique formulée devant ou par un juge étatique¹.

C'est bien pourquoi les grandes juridictions européennes se grandiraient à conserver leur degré d'exigence sans avoir peur de détruire le Tribunal arbitral du sport. Ne pas renier ses principes, conserver un haut degré d'exigence et un peu de cohérence dans les contrôles, tout cela n'implique pas nécessairement la fin du système TAS. Mieux, l'« institutionnalisation » du TAS pourrait en être accélérée ce qui lui ferait gagner la légitimité qu'il perd de sa « dé-contractualisation ».

On peut ainsi raisonnablement regretter, qu'après les contorsions discutables de la Cour EDH dans son arrêt *Mutu et Pechstein*, le TUE ait pris son tour de reniement et ait affadi la rigueur de ses raisonnements juridiques pour ne pas contrarier un système d'arbitrage reposant sur une institution internationale unique et spécialisée, dont par ailleurs les mérites sont indéniables.

L'affaire ayant donné lieu à l'intervention du TUE² naît d'une plainte dont deux patineurs de vitesse avaient saisi la Commission européenne à propos des « règles d'éligibilité » établies par la fédération internationale de patinage (ci-après ISU). Il faut dire que ces règles prévoyaient un double système d'autorisation préalable, à destination d'abord des sportifs qui ne pouvaient participer qu'aux compétitions autorisées par l'ISU et à destination ensuite des organisateurs de compétitions qui devaient obtenir l'autorisation de l'ISU selon une procédure favorisant très largement les entités membres de l'ISU par rapport aux organisateurs extérieurs. Ces règles étaient accompagnées d'un règlement d'arbitrage aux termes duquel les sportifs, qui s'exposaient à des sanctions et notamment à celle d'exclusion à vie de toute compétition organisée par l'ISU, de même que les organisateurs candidats, avaient la possibilité d'introduire un recours contre une décision d'inéligibilité mais uniquement auprès du TAS. Intéressée par

¹ Sur ce point voir : F. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia et F. Rizzo, *Droit du sport*, Manuel LGDJ, 6^e éd., 2020, n°120.

² Trib. UE, 16 décembre 2020, aff. T-93/18, *International Skating Union*, Europe 2021, comm. 67, obs. L. Idot ; JDI 2/2021, p.698, obs. M. Chagny ; Concurrences 1-2021, p.119, obs. M. Debroux.

l'affaire³, la Commission avait décidé d'ouvrir une procédure contre l'ISU, procédure au terme de laquelle elle adopta une décision constatant une infraction de concurrence à laquelle l'ISU devait mettre fin sous peine de sanctions financières⁴.

Au soutien de sa décision, la Commission considérait que l'ISU pouvait influencer la concurrence sur le marché mondial de l'organisation et de l'exploitation commerciale du patinage de vitesse, établi comme étant le marché pertinent. Selon elle, l'ISU était une association d'entreprises et ses règles d'éligibilité constituaient une décision d'une association d'entreprises au sens de l'article 101 §1 du TFUE. Or, lesdites règles d'éligibilité avaient non seulement pour objet, mais encore pour effet, de restreindre la concurrence en violation de l'article 101, §1 du TFUE. Ajoutant à ces constatations, la Commission n'a pas hésité à affirmer que le règlement d'arbitrage accompagnant les règles d'éligibilité litigieuses, renforçait les restrictions de concurrence dont ces dernières étaient la cause. Pour la Commission, qui ne reconnaît pas moins expressément la validité de principe du recours à l'arbitrage au regard du droit de la concurrence, le règlement d'arbitrage rendait difficile l'obtention d'une protection juridictionnelle effective contre les éventuelles décisions d'inéligibilité de la requérante qui ne seraient pas conformes à l'article 101 TFUE, et ce d'autant plus que les athlètes étaient contraints d'accepter le règlement d'arbitrage et la compétence exclusive du TAS.

Cette décision ne pouvait évidemment pas satisfaire l'ISU qui forma un recours devant le TUE, et, à côté des critiques relatives à la question de savoir si les règles d'éligibilité étaient contraires à l'article 101, contesta vivement la conclusion de la Commission selon laquelle le règlement d'arbitrage renforçait la restriction de la concurrence.

Sur ce point, qui seul nous intéresse dans le cadre d'une chronique à la Revue de l'arbitrage⁵, la Commission adopta une argumentation assez « curieuse »⁶ pour défendre sa position devant le TUE. Elle fit valoir en effet, ce qu'elle n'avait pas écrit dans sa décision, « qu'elle aurait pu considérer le règlement d'arbitrage comme une circonstance aggravante au sens du point 28 des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, §2, sous a) du règlement n°1/2003 » si elle avait décidé d'une amende, ce qu'elle ne fit pas.

Il n'en fallait pas plus pour alimenter la condamnation du TUE qui développa un raisonnement qui, sans être curieux, nous paraît critiquable.

Selon le Tribunal, si la décision attaquée n'emploie effectivement pas la notion de circonstance aggravante ni ne se réfère aux lignes directrices de 2006 sur la prise en considération de circonstances aggravantes dans le calcul des amendes, ni n'a imposé d'amende, il n'en reste pas moins que la Commission a continué à suivre une logique, celle des lignes directrices de 2006, qu'elle avait initiée au stade de la communication des griefs en envisageant de prononcer contre l'ISU des amendes. Toujours selon le Tribunal, lesdites lignes directrices, contraignantes pour la Commission au titre du principe de la confiance légitime, ne permettaient pas de considérer que le recours à un système d'arbitrage pouvait être qualifié de circonstance aggravante d'une infraction de concurrence.

³ Lorsqu'il s'agit de sport, la Commission est plutôt avare de ses moyens d'enquête et elle a tendance à classer les plaintes déposées contre de trop grosses instances sportives dont elle suppose qu'elles vont ardemment défendre leur réglementation.

⁴ Commission UE, C (2017) 8230, aff. AT/40208, Règles d'éligibilité de l'Union internationale de patinage (ISU).

⁵ Sur le premier point, le TUE considère que la Commission a établi à bon droit l'existence d'une restriction par objet : les règles d'éligibilité de l'ISU étaient donc bien contraires au droit UE de la concurrence.

⁶ Le mot est de L. Idot, Europe 2021, comm. 67.

Pour fonder sa position, le Tribunal expose une série d'arguments qui méritent d'être discutés l'un après l'autre.

Par son premier argument, le tribunal souligne que si les exemples de circonstances aggravantes donnés par les Lignes directrices ne sont pas listés de manière exhaustive, ils ont selon lui en commun de décrire des comportements ou des circonstances *illicites* qui rendent l'infraction plus nuisible. Dès lors, l'arbitrage constituant une méthode généralement acceptée de règlements des différends et le fait de conclure une clause d'arbitrage ne restreignant pas en lui-même la concurrence, le recours à l'arbitrage ne pouvait être qualifié de circonstance aggravante d'une infraction de concurrence. C'est là une interprétation très restrictive des Lignes directrices que l'on peut ne pas partager⁷. Cela ne correspond pas en effet au « large pouvoir d'appréciation » consacré par le Règlement 1/2003 et reconnu à la Commission européenne par la CJUE. Marge d'appréciation qui traduit le principe d'individualisation des peines et n'est pas concernée par les règles de l'interprétation restrictive propre à la question de la légalité de la peine. Cette marge d'appréciation est au demeurant rappelée par les Lignes directrices elles-mêmes qui précisent bien que « *Dans la détermination de l'amende, la Commission peut prendre en compte des circonstances qui mènent à une augmentation ou à une réduction du montant de base tel que déterminé à la section 1 ci-dessus. Elle le fera sur le fondement d'une appréciation globale tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes* »⁸. C'est donc à la lumière de cette considération, très ouverte, que le point 28 relatif aux circonstances aggravantes méritait d'être interprété et non de manière restrictive comme l'a fait le TUE. Il nous semble en outre assez illégitime de déduire, sur la base de trois exemples non expliqués dont on peut simplement dire qu'ils sont les plus fréquents en pratique, que toutes les circonstances aggravantes en matière d'amendes de concurrence doivent être des actes intrinsèquement illicites. Du large pouvoir d'appréciation conféré à la Commission, pour lui permettre de conduire une politique générale de concurrence en veillant au caractère dissuasif de son action, on aurait pu, plus raisonnablement, déduire que l'illicite d'une circonstance aggravante peut se repérer avec un élément matériel mais aussi avec un élément intentionnel, purement intentionnel. On pourrait donc considérer que le fait de mettre en place un système d'arbitrage avec l'objectif (ce qui reste à démontrer) de ralentir, voire d'empêcher, la constatation par des juges étatiques de la commission d'une infraction, constitue un comportement illicite d'intention. Il faut souligner par ailleurs, de manière plus générale, qu'une circonstance peut aggraver un délit sans être intrinsèquement illicite. Le meilleur exemple c'est la « réunion » (pluralité de personnes). Se réunir est en soi licite, mais se réunir pour la commission d'un délit rend plus grave ledit délit. On peut aller plus loin en remarquant que passer un contrat est licite mais que, s'il a un *effet* de restriction du marché, il pourra être considéré comme une entente. Si l'on en revient au TAS, on pourra s'attacher aux propos de ses premiers concepteurs d'où ne ressortent que des intentions louables de la part du CIO⁹, mais

⁷ Sauf erreur, la CJUE n'est s'est jamais prononcée expressément sur la question. Un auteur, spécialiste du thème estime que l'énoncé des circonstances aggravantes doit être considéré, à raison de leur « coloration » pénale « *comme étant, tant dans les lignes directrices de la Commission que dans le communiqué sanctions [de l'Autorité de la concurrence en France] soumis à une interprétation restrictive* » (L. Bernardeau, « Amendes pour pratiques anticoncurrentielles en droits interne et européen. – Circonstances aggravantes », in J. Classeur Concurrence – Consommation, Fasc. 308-8, spéc. n°6. Voir déjà : L. Bernardeau et J.-P. Christienne, *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel*, Larcier, 2013, n°I.256). En France, on doit signaler un arrêt de la CA de Paris ayant estimé au contraire que la liste n'était pas exhaustive et susceptible d'être complétée par l'autorité nationale de concurrence (CA Paris, 21 décembre 2017, n°2015/17638, JurisData, n°2017-027814).

⁸ Pt. 27.

⁹ Voir les propos de K. M'Baye, « Sport et arbitrage », Bull. ASA 1990, n°2, p.116 : « *En réalité, une autre idée était peut-être à la base de la création de ce tribunal : le Comité olympique international venait de connaître un procès qui avait été intenté par un de ses membres et qui avait un peu irrité certains dirigeants du Mouvement*

la vérification doit être faite au niveau de chacune des instances sportives et être renouvelée avec chaque règlementation litigieuse car un système d'arbitrage peut avoir été conçu avec de bonnes intentions et être, ensuite, dévoyé par certains de ses utilisateurs.

Par son deuxième argument, le Tribunal s'emploie à justifier de la légitimité du système d'arbitrage pour, d'une certaine manière, confirmer que le recours à un tel système constitue un comportement licite. Dans cette entreprise, il s'en remet à l'analyse réalisée par la Cour EDH à propos de l'affaire *Mutu & Pechstein*¹⁰ en en reprenant une partie de la formule : « Elle [la Cour EDH] a reconnu qu'il y avait un intérêt certain à ce que les différends qui naissent dans le cadre du sport professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, puissent être soumis à une juridiction spécialisée qui soit à même de statuer de manière rapide et économique. Elle a ajouté que les manifestations sportives internationales de haut niveau étaient organisées dans différents pays par des organisations ayant leur siège dans des États différents et qu'elles étaient souvent ouvertes aux athlètes du monde entier. Dans ce cadre, le recours à un tribunal arbitral international unique et spécialisé facilite une certaine uniformité procédurale et renforce la sécurité juridique ». Reste que si cette affirmation est vraie et doit être approuvée en substance (le recours à un système arbitral est licite en soi), elle ne saurait constituer un blanc seing définitif pour toute critique portée à propos du TAS. D'une part, la décision de la Cour EDH ne concernait pas une difficulté relative à l'application d'un corpus normatif que l'UE considère comme d'ordre public matériel, mais un problème d'indépendance du panel arbitral. D'autre part, cette décision, plus complexe que la présentation succincte faite par le TUE, est critiquable et a été critiquée¹¹, notamment parce que la Cour EDH, en renvoyant à la position du Tribunal fédéral suisse réputé pour son action en faveur de la place arbitrale helvète, avait abandonné son pouvoir « autonome » d'analyse. Le dialogue des juges peut parfois aboutir à une succession de surdités... ou d'aveuglements.

Le troisième argument du TUE est incontestable mais sa logique mérite d'être retournée. Le TUE martèle en effet que toute personne est en droit de saisir une juridiction nationale et de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 101 TFUE. L'affirmation qu'il en déduit est la suivante : « En l'espèce, s'il est vrai que le règlement d'arbitrage ne permet pas aux patineurs de saisir une juridiction nationale d'un recours en annulation contre une décision d'inéligibilité qui méconnaîtrait l'article 101, paragraphe 1 TFUE, il n'en demeure pas moins que les patineurs peuvent introduire, s'ils le souhaitent, en application de la jurisprudence citée aux points 157 et 158 ci-dessus¹², un recours en indemnité devant une juridiction nationale. En outre, les organisateurs tiers peuvent eux aussi introduire un recours en indemnité lorsqu'ils estiment qu'une décision de refus d'autorisation méconnaît l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

olympique. Il avait été décidé qu'on ajouterait au serment que doit prêter tout nouveau membre du Comité international olympique une disposition disant que les décisions du Comité international olympique sont sans appel pour les membres, mais on s'est aperçu très vite que ce n'était pas suffisamment efficace et alors on a pensé que, peut-être, en ayant un tribunal, cela permettrait de ne pas recourir aux juridictions ordinaires et de pouvoir régler, disons, les problèmes qui se posent sur le plan du sport dans un tribunal spécialisé. Mais très vite on a dépassé cette idée. On s'est aperçu que ce tribunal du sport pouvait en réalité avoir une compétence beaucoup, beaucoup plus vaste »).

¹⁰ Cour EDH, 2 oct. 2018, n°40575/10 et n°67474/10, *Mutu et Pechstein c/ suisse*, JDI 2019, comm. 8, p.172, note J. Guillaumé ; JCP G 2018, 1391, note L. Milano ; RTD civ. 2018, p.850, obs. J.-P. Marguénaud ; JCP G 2019, 32, n°8, obs. F. Sudre ; RTDH 2019, p.687, note M. Maisonneuve ; LPA n°242, 2019, note J.-M. MARMAYOU ; *Rev. arb.* 2019, p.914, note A. RIGOZZI.

¹¹ LPA n°242, 2019, obs. J.-M. Marmayou ; *Jurisport* n°192, 2018, p.31, note F. Latty ; RTDH 2019, p.687, note M. Maisonneuve ; JCP G 2019, 32, n°8, note F. Sudre. – Adde : S. Ceccaldi, « *Procès équitable dans l'arbitrage sportif – Affaire Mutu et Pechstein c. Suisse : satisfecit pour le TAS ou cheval de Troie ?* », LDSS n°57, nov. 2018, p.1 (www.droitdusport.com).

¹² CJUE, 5 juin 2014, C-557/12, EU:C:2014:1317. – CJUE, 20 septembre 2001, C-453/99, EU:C:2001:465.

Dans de tels cas, la juridiction nationale n'est pas liée par l'appréciation effectuée par le TAS sur la compatibilité de la décision d'inéligibilité ou le refus d'autorisation avec le droit de la concurrence de l'Union et, le cas échéant, peut saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle conformément à l'article 267 TFUE. Par ailleurs, il convient de relever que les patineurs et les organisateurs tiers ayant fait l'objet d'une décision d'inéligibilité ou d'un refus d'autorisation contraire à l'article 101, paragraphe 1, TFUE peuvent également déposer une plainte auprès d'une autorité nationale de la concurrence ou de la Commission, ainsi que les plaignants l'ont fait en l'espèce ».

Sous prétexte d'uniformisation mondiale¹³, le sportif européen doit-il donc sans protester admettre que sa citoyenneté européenne soit diminuée ? Un sportif européen doit-il avoir moins de droits qu'un citoyen européen ?

L'affirmation selon laquelle, le sportif justiciable du TAS a d'autres voies pour bénéficier du droit UE de la concurrence est triplement biaisée, donc fautive. D'une part, l'action en indemnisation intervient par définition a posteriori dans le but d'obtenir la réparation d'un acte illicite réalisé, et, sauf son hypothétique caractère dissuasif, ne contribue que modestement à la prévention ou à la cessation de l'illicite. D'autre part, les autorités nationales de concurrence, comme la Commission elle-même, ont des moyens limités qui les conduisent à prioriser les plaintes en refusant d'en traiter le plus grand nombre. Enfin, nul n'ignore que les règles de l'arbitrage international, suivies par la quasi-totalité des États du monde, offrent une priorité, voire une exclusivité juridictionnelle à l'arbitrage qui rendra parfaitement illusoire le recours parallèle au juge étatique gardien des règles de concurrence. Pour l'heure et sauf erreur de notre part, nous ne connaissons qu'un seul juge étatique qui n'ait pas été « impressionné » ni par une clause TAS ni par la Convention de Lugano de 1988 et ait pris l'initiative de mettre en œuvre des mesures provisoires destinées à faire cesser un comportement dénoncé comme attentatoire au droit UE de la concurrence¹⁴.

On le sait, la conception suisse de l'arbitrabilité des litiges est très libérale ; le contrôle au fond des sentences internationales est quasi inexistant à raison de l'article 190 de la LDIP¹⁵ ; le Tribunal fédéral suisse, juge de recours, continue de considérer que le droit de la concurrence ne relève pas de l'ordre public international au sens de l'ordre juridique suisse¹⁶ ; la structure hiérarchisée du mouvement sportif rend inutile de fait toute procédure d'exequatur pour

¹³ Même l'approche inverse montre l'aporie de la position puisque pour une même question sportive (l'éligibilité ou l'inéligibilité à une compétition), certains sportifs n'auront que le TAS pour traiter de leur sort, tandis que les sportifs européens auraient le TAS et les autorités de concurrence. L'égalité de traitement qui fonde la légitimité du TAS nécessite l'intégration dans le système TAS (au niveau des panels arbitraux ou au niveau du tribunal fédéral) des grands principes les plus partagés des « nations civilisées » ou en tout cas ceux en vigueur dans l'ordre public des pays des continents importants du monde du sport.

¹⁴ Ju. mercantil n°17 de Madrid, 11 mai 2021 et Ju. mercantil n°17 de Madrid, 2 juillet 2021, NIG: 28.079.00.2-2021/0091553, *A22 sports management SL european Super League company S.L. c/ UEFA et FIFA*. Dans d'autres pays, à moins que la clause compromissoire TAS soit écartée pour invalidité (par ex : CA Bruxelles, 29 août 2018, n°2016/AR/2048, *Seraing FC et alii c/URBSFA, FIFA et alii*, Rev. arb. 2018, p. 653, obs. S. Besson ; JDI 2019, p.298, obs. J. Guillaumé ; LPA n°242, 2019, note J.-M. Marmayou), elle aura pour effet de motiver une décision d'incompétence de la part du juge étatique au profit de l'arbitre (Cass.1^e civ., 6 juill. 2016, n°15-19521, D. 2016, p.2589, obs. T. Clay ; LPA 2018, n°135, p.12, obs. J.-M. Marmayou ; Procédures 2016, 330, note L. Weiller ; Gaz. Pal. 15 nov. 2016, o.35, obs. D. Bensaude. – BGH, 7 juin 2016, *Pechstein c/ ISU*, KZR 6/15, Cah. arb. 2017/2, p.367, obs. D. Kühner et A. Chamieh ; Rev. arb. 2016, n°3, p.908, note M. Maisonnette).

¹⁵ Sur la question des rapports entre l'ordre public et l'arbitrage : C. Legendre, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2020, spéc. n°301 et s.

¹⁶ Trib. féd., 8 mars 2006, n° 4P 278/2005, ATF 132 III 389 ; www.bger.ch ; Bull. ASA 2006-3, p.521 ; Bull. ASA 2006-3, p.535, note P. Landolt.

l'application des sentences dans l'ordre juridique sportif¹⁷. Autrement dit, ce n'est qu'après le mal fait que le sportif concerné par une règle anticoncurrentielle d'une instance sportive pourra obtenir éventuellement une indemnisation ou une annulation pour l'avenir. Et encore, s'il se contente d'agir dans un seul pays pour contester la sentence arbitrale, il ne pourrait obtenir plus qu'un refus d'exequatur sur le territoire de ce pays. À cela s'ajoute que ledit sportif ne pourra compter sur aucune mesure provisoire puisque les seules auxquelles il pourrait prétendre sont celles du règlement TAS¹⁸. A cela s'ajoute encore que les institutions sportives nationales comme internationales, ne pratiquent pas vraiment l'auto-évaluation ex ante¹⁹ dans la mesure où la procédure de notification n'existe plus ; celle de demande d'orientations informelles²⁰ n'est pas applicable aux institutions sportives qui ne remplissent pas les conditions posées par la commission²¹ ; et dans la mesure également où aucun des instruments d'auto-évaluation (communications, règlements d'exemption par catégorie et lignes directrices) publiés par la Commission ne concerne spécifiquement le secteur sportif²². À cela s'ajoute enfin que l'obligation de coopération loyale ne s'applique pas aux panels arbitraux²³ et que la procédure d'*amicus curiae* de l'article 15(3) du règlement 1/2003 n'est pas utilisée et ne semble pas utilisable non plus que celle d'information et consultation de l'article 15(1) du même règlement. On pourra toujours objecter que le Tribunal fédéral suisse est soucieux que le TAS examine tous les moyens soulevés devant lui au titre du droit de l'UE de la concurrence mais ce serait oublier que son contrôle s'en tient là. Jamais il ne vérifiera que le droit UE a été correctement appliqué²⁴ : il ne le souhaite certainement pas car cela impliquerait qu'il reconnaisse à la CJUE une supériorité hiérarchique²⁵.

¹⁷ M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, 2011, spéc. p.403 et s. – F. Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, spéc. p.578 et s. – Ce pouvoir est même reconnu par le Trib. féd., 5 février 2007, arrêt 4P.240/2007, Gaz. Pal. 13-17 juillet 2007, p.40, obs. A. Rigozzi. – Trib. féd., 22 mars 2007, Canas c/ATP Tour et TAS, Gaz. Pal. 13-17 juill. 2007, p. 35, obs. A. Pinna ; Cah. dr. sport n° 8, 2007, p. 43, note F. Buy ; Rev. arb. 2008, p. 570, obs. M. Maisonneuve ; LPA, 1^{er} oct. 2007, p. 7, obs. J.-M. Marmayou.

¹⁸ Si l'article 37 du Règlement de procédure du TAS prévoit la possibilité de mesures provisoires et conservatoires c'est en stipulant que les parties « renoncent à requérir de telles mesures auprès des autorités ou tribunaux étatiques ». On objectera peut-être qu'il suffit de ne pas saisir le TAS pour s'ouvrir les possibilités d'une mesure provisoire décidée par un juge étatique national, mais les sportifs concernés par un problème d'accès à une compétition sont placés dans un dilemme stratégique et beaucoup optent pour le recours au TAS en se disant qu'en cas de succès, la sentence aura plus d'effets que la mesure provisoire étatique.

¹⁹ Sur ces mesures, voir N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, 3^e éd., Montchrestien 2020, p.601 et s.

²⁰ Procédure évoquée au §38 du préambule du règlement 1/2003 du conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

²¹ Conditions précisées dans la communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du traité CE (lettres d'orientation) (2004/C 101/06)

²² Le livre blanc sur le sport ne peut pas vraiment être compté comme une communication de la Commission en matière de concurrence.

²³ Voir N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, 3^e éd., Montchrestien 2020, n°1654 et s.

²⁴ Une sentence récente est fréquemment citée pour montrer à quel point les formations du TAS sont sensibles au droit UE de la concurrence (Trib. arb. sport, 9 mars 2017, 2016/A/4490, *RFC Seraing c/FIFA*, Rev. arb. 2017/3, p.1046, note M. Peltier ; Jurisport n°183, 2018, p.28, note F. Latty ; LPA n°124, 2018, p.11, obs. J.-M. Marmayou) mais il est rarement fait remarquer que les arbitres, après avoir fait un long rappel des règles matérielles du droit UE de la concurrence, en avaient totalement ignoré les principes procéduraux le plus essentiels et notamment ceux relatifs à la charge de la preuve. L'erreur est manifeste mais le Tribunal fédéral suisse n'y a rien trouvé à redire conformément à sa vision de l'ordre public international (Trib. féd., 1^{er} Cour dr. civil, 20 févr. 2018, 4A_260/2017, *RFC Seraing c/FIFA*).

²⁵ Il ne peut soumettre à la CJUE la moindre question préjudicielle et, sauf à assumer le risque d'une divergence d'interprétation, il ne peut se permettre de développer une jurisprudence parallèle à celle de la CJUE.

Si le recours à l'arbitrage TAS, qui dans nombre de cas est un arbitrage forcé rappelons-le²⁶, oblige les personnes qui y sont soumises à introduire soit un recours en indemnité, soit une plainte devant une autorité de concurrence pour faire reconnaître un droit que son ordre juridique naturel lui reconnaît comme d'ordre public²⁷ mais que le système d'arbitrage ne garantit pas, alors on doit en conclure que le système d'arbitrage constitue un moyen pour diminuer l'effectivité de ce droit d'ordre public. L'efficacité du droit européen de la concurrence est en effet garantie par sa verticalité et son horizontalité : n'importe quel juge national dans n'importe quel litige a compétence pour l'appliquer. Or, si une personne est forcée de recourir à un système d'arbitrage dans lequel les arbitres refusent d'appliquer le droit européen de la concurrence ou l'appliquent de manière sensiblement édulcorée, elle est contrainte à abdiquer une partie de ses droits, ce qui pourrait ne pas être grave si lesdits droits n'étaient d'ordre public.

La Commission avait donc eu raison, au terme d'une analyse particulièrement fouillée, de dire que « *the Appeals Arbitration rules make it difficult to obtain effective judicial protection against ineligibility decisions of the ISU that violate Article 101 of the Treaty* »²⁸. Ça ne fait pas du recours à l'arbitrage à TAS une infraction autonome au droit de la concurrence mais s'il y a par ailleurs infraction au droit de la concurrence, le système TAS contribue à la renforcer puisqu'il en ralentit la détection, la prévention, le traitement et la sanction. Cela va d'ailleurs dans le sens de ce qu'avait relevé l'autorité de la concurrence allemande lorsque, après avoir reproché un abus de position dominante aux instances olympiques dans l'application de la règle 40 de la charte olympique, elle avait souligné qu'une procédure devant le TAS était considérablement plus chère, demandait plus d'efforts qu'une procédure devant une juridiction étatique et ne permettait pas un contrôle effectif du droit UE de la concurrence²⁹.

Le TUE a semble-t-il eu peur. Peur du raisonnement glissant et qu'on ne l'accuse d'avoir détruit les fondations du système TAS. Peur, qu'en considérant le recours à l'arbitrage comme une circonstance aggravante d'une restriction de concurrence, on ne lui reproche de condamner de manière abstraite et générale tous les systèmes internationaux d'arbitrage.

Cette peur n'est pourtant juridiquement pas fondée car un système arbitral peut parfaitement être considéré comme licite mais être qualifié de circonstance aggravante s'il sert l'efficacité d'un délit (violation du droit UE de la concurrence). L'arbitrage est une faveur que les États concèdent. Il est logique que cette faveur ne soit pas dévoyée (ce qui nécessite d'être prouvé) au service d'un comportement contraire aux intérêts des États et de leurs citoyens.

²⁶ Ce n'est pas rédhibitoire, c'est même très utile dans un monde comme celui du sport international, mais cela doit être compensé par des garanties plus grandes offertes aux litigants.

²⁷ Sur les rapports entre ordre public de la concurrence et arbitrage privé : L. Idot, « *Ordre public, concurrence et arbitrage* », *Concurrences*, n°3, 2006, p.10. – N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, 3^e éd., Montchrestien 2020, n°1649 et s. – Sur les rapports entre arbitrage sportif et droit UE : M. Maisonneuve, « *Le Tribunal arbitral du sport et le droit de l'Union européenne* », in *Le sport au carrefour des droits*, Mélanges G. Simon, Lexis-Nexis, coll. CREDIMI, 2021, p.383.

²⁸ Pt. 270.

²⁹ Bundeskartellamt, 27 févr. 2019, B2-26/17, *DOSB, IOC c/Athleten Deutschland e.V.*, (voir spéc. pts. 76 et 124 de la décision).