



HAL
open science

Lex sportiva et investissements : interdiction du third party player ownership

Jean-Michel Marmayou

► **To cite this version:**

Jean-Michel Marmayou. Lex sportiva et investissements : interdiction du third party player ownership. Droit international (Aspects choisis), PUAM, pp.69, 2016, Collection droit du sport, 978-2-7314-1050-1. hal-04441969

HAL Id: hal-04441969

<https://amu.hal.science/hal-04441969>

Submitted on 6 Feb 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

*LEX SPORTIVA ET INVESTISSEMENTS : INTERDICTION DU *THIRD PARTY PLAYER* OWNERSHIP*

*Jean-Michel MARMAYOU*¹

Introduction

Si tout juriste sait que nommer c'est qualifier, il sait aussi que nommer c'est disqualifier. Désigner cette pratique, née pour le football en Amérique du Sud² et raffinée depuis dans certains pays européens, par l'expression *Third party player ownership* (*la tierce propriété d'un joueur*) n'est pas un acte innocent. Il y a du lobbying dans cette expression qui

¹ Maître de conférences (HDR), Aix-Marseille université, Centre de droit économique (CDE EA 4224). Directeur du Centre de droit du sport d'Aix-Marseille. Chargé d'enseignement à Kedge Business school.

² Il est admis que la pratique s'est surtout développée à partir des années 1980, à un moment où nombre de clubs sud-américains, brésiliens notamment, étaient en difficulté financière et où des investisseurs extérieurs ont participé à des opérations de refinancement sur les « droits économiques » des joueurs, parfois à la barre des tribunaux.

dévalorise la pratique et porte en elle la condamnation juridique et morale d'une opération qui n'est finalement qu'une simple technique de financement.

Les instances internationales du football ont adopté cette appellation : *Third party ownership* (TPO) ou *Third party player ownership* (TPPO), certainement à dessein pour déconsidérer la technique. Même la FIFA, qui dans ses règlements utilisait plutôt l'expression *Third party influence*³, a interdit début 2015 ce que ses communiqués de presse désignent maintenant par *Third party ownership*⁴.

La doctrine anglaise a emprunté ce chemin après les affaires très médiatisées *Tévez* et *Mascherano*⁵. Il n'y a bien que la doctrine sud-américaine, la plus avancée sur la question, qui répugne à utiliser cette expression⁶. Certains auteurs utilisent parfois, comme synonyme un peu

³ Cf. : article 18bis du Règlement FIFA sur le statut et le transfert des joueurs.

⁴ FIFA (media release), « *Executive Committee says stop to third-party ownership of players' economic rights* », 26 septembre 2014 (www.fifa.com/about-fifa/news/y=2014/m=9/news=executive-committee-says-stop-to-third-party-ownership-of-players-econ-2444471.html).

⁵ FAPL Disciplinary Panel, 27 avril 2007, *FAPL v/ West Ham United*. – FA Arbitration panel, 3 juillet 2007, *Sheffield United v/ FAPL*. – Adde : « *Tévez – out-of-court settlement (English Premier League)* », EPFL Sports Law Bulletin n°5, 2009, p.16. – F. Veiga Gómez et M. Pedreira, « *Third party ownership after Tévez and Mascherano* », EPFL Sports Law Bulletin n°6, 2010, p.72. – F. Goodman, « *Third party investment: investigating the concerns* », World Sports Law Report 2006, vol. 4, issue n°10, p.14. – S. Daneshku, « *Third party transfers, Carlos Tevez and FA arbitration* », World Sports Law Report 2009, vol. 7, issue n°5, p.3.

⁶ Ex multis : M.-G. Bacigalup Vértiz, « *Los derechos económicos de futbolistas mirados desde el derecho común* », Anales n°43, Facultad de Cs. jurídicas y sociales UNLP 2013. – P.-C. Barbieri, *Fútbol y Derecho*, 2^e éd., Buenos Aires, Editorial Universidad 2000. – A. De Bianchetti, « *¿Es el jugador una cosa que se contabiliza?* », Revista jurídica argentina La Ley, 13/9/2005, p.1. – R. Trevisán, « *El contrato de cesión de beneficios económicos ¿Un contrato bastardo en vías de ser reconocido?* », Suplemento de Derecho Deportivo (www.elDial.com : réf. : DC167B). – D.-R. Viola, « *¿El centroforward (morirá) al amanecer? (Homenaje al Dr. Agustín Cuzzani— (1924-1987) Ficción y realidad sobre derechos federativos y económicos de los futbolistas profesionales)* », Suplemento de Derecho Deportivo (www.elDial.com : réf. : DC167A). – H. González Mullin, « *La transferencia del futbolista profesional bajo el actual reglamento FIFA. Vigencia de los derechos federativos y una nueva noción de derechos económicos* », Cuadernos de derecho deportivo n°15, 2013, p.180. – G. Huarte-Petite, « *La cesión de derechos económicos* », Revista de derecho del deporte n°6, décembre 2013 (www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=7ab9d066c1452913d3bef0a2568736a8). – N.-O. Outerelo, « *Sobre derechos federativos, beneficios e inversores* », Iusport 28/01/2010 (www.iusport.es/images/stories/documentos/norberto-outerelo-derechos-federativos-2010-pdf.pdf). – G.-A. Abreu, « *Las transferencias de futbolistas en Argentina* », Revista de Derecho del Deporte n°3, 2012. – G. Amilibia Pérez, « *Los fondos de inversión y su influencia en el fútbol* », Iusport 08/07/2012 (www.iusport.es/images/stories/opinion/GUILLERMO-AMILIBIA-FONDOS-INVERSION-2012.pdf). – D. Cravo, « *¿La negociación de Derechos Económicos en el Fútbol Brasileño ha sido prohibida por las recientes alteraciones de la Ley Pelé?* », Revista Sul Sports n°37, 2011. – E. Bebekián, « *Validez o no de la Cesión de los Beneficios Económicos de los Deportistas en el Uruguay Especialmente de los Jugadores de Fútbol. Referencia a los Derechos Federativos* », Cuadernos de derecho deportivo n°13-14, 2011, p.179. – M.-T. Nadal, « *Un acercamiento a*

plus neutre les appellations *Third party arrangement*⁷ ou *Third party player agreement*⁸ ou *Third party interest* ou encore *Third party entitlement*. Les entreprises qui offrent des services de TPO utilisent quant à elles la formule plus technique et plus neutre d'*Economic rights participation agreement* (ERPA). En France, la doctrine, inexistante côté universitaires et fort peu fournie côté praticiens, a adopté la traduction de *Tierce propriété*, plus d'ailleurs par souci de simplification que par volonté de déconsidération. Prenons d'ailleurs le parti simple d'utiliser uniquement l'acronyme TPO. Bien que personne n'en ait la même conception, il est désormais bien ancré dans les esprits et les majuscules ont toujours moins de charge émotionnelle.

Les articles scientifiques sont encore rares sur ce phénomène alors qu'il fait désormais la une d'un certain nombre de médias spécialisés et qu'il suscite des colloques et séminaires professionnels⁹.

Un des premiers textes universitaires sur la question est l'œuvre d'un juriste américain intéressé par le football d'Amérique du Sud¹⁰. Il considère que les footballeurs ont trois types de droits : droits fédératifs¹¹, droits de travail et droits économiques. Le TPO porterait selon lui sur les droits économiques¹² qui sont divisibles et peuvent appartenir à n'importe quelle personne morale ou physique tandis que les

los derechos federativos y su contenido patrimonial», Revista Iuris, junio de 2008. – M. Auletta, « *Derechos y beneficios económicos en el fútbol profesional. Breve análisis jurídico de las transferencias de futbolistas profesionales y de algunos negocios vinculados a las mismas* », Revista republicana n°16, 2014, p.17. – L. Villas-Boas Pires, « *Third Party Ownership –To Ban or Not to Ban ?* », LawInSport, déc. 2013 (www.lawinsport.com/articles/regulation-a-governance/item/third-party-ownership-to-ban-or-not-to-ban).

⁷ D. Geey, « *Third Party Player Ownership: the Regulations for Premier League and Football League Clubs for the 2009/10 Season* », Entertainment and sports law journal 201, vol. 7, n°2 (<https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume7/number2/geey/geey.pdf>).

⁸ G. Castro, « *Should the football authorities allow third-party ownership of the registrations of football players ?* », Sports and the laws journal, vol 16, issue2, p.17.

⁹ 1^{er} séminaire de l'Association internationale des avocats du football, 31 mars 2013, Maison de l'Amérique Latine, Paris ; « *Quelle régulation pour les agents de joueurs et la tierce propriété dans le football ?* ». – Player contracts 2014, *The international summit dedicated to legal issues in football*, 29 octobre 2014, Emirates stadium London.

¹⁰ B. Williams, « *The fate of Third Party Ownership of professional footballers' rights: Is a complete prohibition necessary?* », Texas Review of Entertainment & Sports Law, Fall 2008, p.79 (10 Tex. Rev. Ent. & Sports L. 79).

¹¹ Les « droits fédératifs » constituent le droit d'inscrire un joueur auprès d'une fédération pour qu'il joue un championnat ou toute autre compétition officielle. Ce droit appartient nécessairement à un club.

¹² Les « droits économiques » sont le droit de prétendre à toute valeur économique issue de l'activité professionnelle sportive du joueur. Ces droits peuvent donc porter sur des salaires, des revenus tirés de l'exploitation de l'image ou des sommes déboursées lors du transfert du joueur. Ces droits peuvent appartenir à un club, le joueur lui-même, un tiers.

droits fédératifs seraient indivisibles et ne sauraient appartenir à quelqu'un d'autre que le club employeur du joueur. Sa conception juridique du TPO est uniquement fondée sur les cas *Tevez* et *Mascherano* qui étaient justement des dévoiements de la pratique. Il considère par exemple que le TPO est la situation dans laquelle une partie tierce acquiert les droits économiques d'un joueur pour ensuite « prêter » (« loan ») le joueur à un club.... Or l'examen des contrats de TPO en vigueur dans le monde du football montre bien qu'il n'existe pas de contrat de prêt entre le fonds de TPO et le club qui accueille le joueur. La lecture attentive de son article convainc finalement que sa théorie est une construction plutôt bancaire qui ne repose que sur des articles de presse bien éloignés de la réalité contractuelle, et donc juridique, des conventions de TPO.

Aujourd'hui, les universitaires américains sont un peu plus précis¹³. Il faut dire d'abord que la doctrine sud-américaine¹⁴ a largement défriché le terrain et que la récente interdiction du TPO par la FIFA a suscité de fortes réactions, notamment des praticiens¹⁵, ce qui a contribué à alimenter le débat théorique. Il faut dire ensuite qu'aux USA, la pratique est aujourd'hui utilisée dans les autres sports de manière plus « boursière », et qu'elle profite de l'expérience acquise dans d'autres domaines comme l'éducation¹⁶ et les arts¹⁷.

¹³ Cf. par ex. : W. Tyler Hall, « *After the Ban: The Financial Landscape of International Soccer After Third-Party Ownership* », *Oregon Law Review*, Vol. 94, 2015, n°1, p.179 (<https://law.uoregon.edu/images/uploads/entries/Hall2.pdf>).

¹⁴ Cf. les références citées note 5

¹⁵ Voir notamment le dossier spécial du EFPL Sports law bulletin (n°5, 2009) et de Football Legal (n°1, 2014).

¹⁶ Aux USA par exemple, il existe des contrats de financement d'études et de formation où les étudiants bénéficiaires promettent, contre une somme fournie par un groupe d'investisseurs (rassemblés dans un fonds) ou une association voire une administration publique, de payer pendant les années qui suivent (généralement 10 ans) un pourcentage (généralement 10%) de la ligne 22 de leur déclaration d'impôt sur le revenu (line 22 of IRS form 1040). Sur ces contrats, voir : R. Kapadia, « *A solution to the student loan crisis: human capital contracts* », *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 2015, p.591 (9 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* 591). – Au demeurant, ces contrats viennent d'une idée de l'économiste américain Milton Friedman mise en application par un universitaire américano-colombien au travers d'une société Lumni Inc., d'abord au Chili et ensuite dans différents pays d'Amérique du sud puis aux Etats-Unis : M. Palacios, *Investing in human capital: a capital markets approach to student funding*, Cambridge University Press, 2004. – M. Palacios, « *Human Capital Contracts* », *Policy Analysis* n°462, déc. 16, 2002 (www.cato.org/publications/policy-analysis/human-capital-contracts-equity-instruments-financing-higher-education).

¹⁷ Par exemple, en 1997, David Bowie avait créé des obligations (*David Bowie bonds*) sous la forme de titres adossés à des créances (asset-back securities) de revenus tirés de propriétés intellectuelles (en l'occurrence les revenus tirés de l'exploitation de 287 chansons issues de 25 albums enregistrés).

La littérature juridique est donc très largement l'œuvre de praticiens mais c'est loin de la déconsidérer. Les accords de TPO sont le fruit d'une pratique spécialisée, il est logique qu'elle soit la première à en rendre compte. Il n'en reste pas moins que l'analyse théorique et systématique des pratiques de TPO est encore en chantier. Phénomènes nouveaux, phénomènes d'ingénierie contractuelle donc par nature celés par les parties qui y participent, les TPO sont difficiles d'approche. Ils sont violemment décriés par ceux qui les combattent, peut-être survalorisés par ceux qui les utilisent et les promeuvent. Il est difficile de se faire un avis objectif dans ce maelstrom.

On peut cependant compter sur les ressources Internet et notamment sur un site de « whistleblowing » portugais *footballleaks2015* ayant fonctionné de novembre 2015 à avril 2016¹⁸. Ce site permet en effet de prendre connaissance d'une multitude de contrats de TPO du football, et de conventions satellites, offerts par des sociétés différentes, dans des langues différentes, et surtout dans des contextes juridiques différents. C'est la source de renseignements la plus utile pour se forger une opinion que l'on tentera de présenter de la manière la plus scientifique possible, même si la nature de ces documents ne nous a pas permis de les « sourcer » et vérifier avec toute la rigueur qui sied à un article de doctrine.

Le TPO reçoit plusieurs définitions différentes en doctrine et en pratique, pour la raison qu'il peut se présenter selon différents schémas, diverses formes. Un exercice définitoire est ainsi nécessaire. La recherche d'une définition du TPO est cependant impossible sans un recensement précis des différentes formes que ces accords peuvent prendre, dans le football comme dans d'autres sports.

Les formes de TPO

Dans le football où la pratique est répandue et vient surtout d'être interdite par la FIFA, on peut recenser trois catégories de TPO. Ces trois catégories se rencontrent dans les autres sports mais méritent alors quelques nuances.

¹⁸ <https://footballleaks2015.wordpress.com>. Ses activités avaient commencé avant novembre 2015 mais avaient fait l'objet de nombreuses interruptions. Il s'est mis en sommeil depuis avril 2016.

Première forme : le financement de l'opération de recrutement (TPO de transfert). – Dans cette hypothèse, le TPO accorde un soutien financier à un club qui n'a pas les fonds nécessaires pour recruter un ou plusieurs joueurs. En contrepartie de son soutien, le TPO peut obtenir que le remboursement des sommes avancées soit garanti sur la plus-value réalisée lors du transfert futur et éventuel des joueurs concernés. Il peut autrement dit obtenir que son investissement soit payé d'un intéressement direct, un droit, une quote-part, un pourcentage sur la plus-value future et éventuelle de transfert.

Dans cette hypothèse, le TPO n'a pas de rapport avec le joueur. Il n'a de rapport direct qu'avec le club employeur qui, en contrepartie ou en garantie du financement apporté par le TPO pour la réalisation d'une opération de recrutement, lui consent un droit sur une créance future et éventuelle à faire valoir en cas de transfert relatif au joueur.

Deuxième forme : le financement de trésorerie (TPO de trésorerie). – Le TPO de trésorerie se présente sous une forme particulière dans le monde de football à laquelle il ne faudrait pas la réduire. Dans le football, le TPO qui offre un service de trésorerie n'a pas de rapport avec le joueur. Il n'a de rapport direct qu'avec le club. Ce dernier a un besoin de trésorerie et ne peut le satisfaire immédiatement par une opération de vente de joueurs car la période de *mercato* n'est, par exemple, pas encore ouverte. En garantie d'un prêt d'argent, il peut tout de même offrir au prêteur de deniers une part sur la plus-value attendue d'un éventuel futur transfert d'un ou de plusieurs joueurs précisément désignés par la convention de TPO. Le TPO peut aussi, déclinaison différente du TPO de trésorerie, être un véritable investisseur et spéculer sur la plus-value de transfert ; il obtiendra alors en contrepartie de son soutien financier, non un engagement de remboursement mais un droit direct sur la plus-value future et éventuelle de transfert.

Deuxième forme bis : le financement d'invalidité¹⁹ (ISA et IPO de prévoyance). Dans les autres sports, le TPO de trésorerie peut aussi être utilisé directement par le sportif qui peut y trouver le moyen de mobiliser rapidement les revenus attendus d'un contrat, de travail ou de sponsoring, signé sur une longue durée. Le meilleur exemple de cette formule est à trouver aux USA où des start-up boursières ont récemment créé des fonds de placement spécialisés, à destination d'investisseurs

¹⁹ L'appellation n'a rien de juridique. Difficile en effet dans cette forme de TPO de systématiser les motifs qui conduisent un sportif à monétiser une partie de ses revenus futurs. Pour un athlète pratiquant un sport à risque, c'est un moyen de garantir l'obtention d'une certaine somme échappant aux conséquences d'une blessure future et éventuelle. Pour un sportif qui a des dettes fiscales ou la volonté d'investir c'est un moyen d'obtenir de la trésorerie pour couvrir ses besoins immédiats.

qualifiés et aguerris²⁰, portant sur les revenus à venir d'athlètes de baseball ou de football américain ayant contracté avec elles²¹. Cette formule ressemble au TPO de formation mais s'en distingue car les revenus futurs sur lesquels elle est fondée ne sont pas éventuels ; ils ont du moins un très fort degré de probabilité dans la mesure où les contrats de travail et les contrats d'image visés sont souvent déjà signés lorsque les titres du fonds de TPO sont émis²². Aux USA, ils sont désignés sous une appellation qui reflète mieux leur aspect essentiellement boursier et qui en outre n'exprime pas l'idée finalement fautive de réification de la personne humaine comme peut le faire l'expression TPO : ISA pour « *income share agreement* »²³ et IPO pour « *initial public offering* » lorsque l'ISA se négocie sur un marché boursier.

Troisième forme : le financement de la formation sportive (TPO de formation). – Dans cette hypothèse, le TPO a un rapport direct, contractuel, avec le sportif. En contrepartie de la prise en charge de tous les frais afférents à sa formation (hébergement, habillement, nourriture, suivi médical, matériel, scolarité, etc.), le sportif consent au TPO un droit sur ses futurs éventuels revenus (droit de créance sur les salaires, droit de créances sur des revenus liés à des contrats de sponsoring ou d'image, gains de compétitions). Ce droit de créance sur les salaires, lorsque c'est le cas, peut fort bien ensuite être réglé directement par le club employeur, le cas échéant au moyen des plus-values sur transfert²⁴ si l'opération se place dans un sport où les transferts sont valorisés.

²⁰ Informés par un prospectus spécial particulièrement pessimiste sur les risques liés à l'investissement. Exemple de prospectus officiel diffusé par la société Fantex lors de l'introduction d'un instrument relatif aux revenus futurs d'Arian Foster (« *to buy and sell shares that track the brand performance of a professional football player* ») : Fantex, Inc., Brand Agreement, Exhibit B du 30 octobre 2013 (www.sec.gov/Archives/edgar/data/1573683/000104746913010747/a2217440zex-10_2.htm).

²¹ Le cas le plus emblématique est celui de la société Fantex Brokerage Service Inc. Fantex, Inc. qui a notamment créé un fonds de placement en actions dénommé Baseball-Related Tracking Stock (<https://fantex.com/>) dont l'objet est de monétiser des contrats passés par Fantex avec des athlètes de renom, ces derniers ayant accordé à Fantex un pourcentage de leurs gains futurs.

²² L'aléa de la bonne exécution du contrat, de la blessure ou de la mort du sportif concerné ne pouvant a priori pas être éliminé.

²³ J. Scharwtz, « *The corporatization of personhood* », University of Illinois Law Review 2015, p.1119 (2015 U. Ill. L. Rev. 1119). – S.-Y Oei et D. Ring, « *Human equity? Regulating the new income share agreements* », Vanderbilt Law Review avril, 2015, p.681 (68 Vand. L. Rev. 681). – S.-Y Oei et D. Ring, « *The new "human equity" transactions* », California Law Review Circuit, juin 2014, p.266 (5 Cal. L. Rev. Circuit 266).

²⁴ Certains y voient un droit sur les « droits économiques » du joueur (les « droits économiques » seraient justement ceux liés à la valeur de transfert). Cette vision des choses est contestable. En effet, si les « droits économiques » sont justement ceux liés à la valeur de transfert, ils ne sont que la transcription économique, la valorisation du droit qu'a le club employeur (vendeur) de donner son accord au *mutuus dissensus* qui

Dans le football sud-américain, il est fréquent que ce rôle de TPO de formation soit joué par des agents. Il est aussi souvent « revendiqué » par un membre de la famille du joueur²⁵. Mais il ne faut pas avoir d'œillères : cette forme de TPO n'est pas réservée au football. On le rencontre depuis longtemps dans le baseball où des agents spécialisés, les *Buscones*²⁶, financent la formation de jeunes joueurs dominicains en contrepartie d'un pourcentage des gains à venir en cas de signature d'un contrat professionnel dans une franchise américaine. On le rencontre encore dans le tennis, le golf, la boxe et plus récemment dans le poker.

Les tierces parties. – Les TPO ne sont pas nécessairement des fonds d'investissements enregistrés comme tels auprès des autorités financières du pays de leur siège (SICAV, OPVCM, FCPR, FPCI, FIPS, FCT, FIA, *hedge funds*)²⁷. Ce peut être des personnes physiques, des personnes morales de droit commun, des agents sportifs ou des sociétés d'agence sportive. La société de TPO peut être une filiale d'un club, une société sœur voire un holding. Certaines regroupent parmi leurs associés un club et des investisseurs, des agents et des investisseurs, des établissements de crédit, un ou des sportifs, les membres de la famille du sportif, etc. Bien souvent, les sociétés de TPO (structurées ou non en groupe) cumulent différentes activités : agence sportive, conseils en gestion de carrière, conseils en gestion financière, services financiers de crédits traditionnels, services de TPO (financement spéculatif), et offrent les diverses formes de TPO : TPO de transfert, TPO de trésorerie, TPO de formation ; parfois même, très exceptionnellement cependant, à propos d'un même joueur.

Les formules contractuelles. – Dominés par le principe de liberté contractuelle, les TPO sont très hétérogènes, du plus frustré au plus raffiné. Au-delà du « cœur de réacteur » constitué par une cession de créances, les formules peuvent en effet contenir des clauses très différentes déplaçant l'équilibre économique et politique de la relation.

déclenche l'opération de transfert. Or cette valeur ne peut naître que dans le patrimoine d'un club employeur. Pour expliquer cette première forme de TPO, il convient mieux selon nous de parler d'indication de paiement, voire de « cession de dettes » ; le joueur (cédant) indiquant de payer à son club employeur (qui l'accepte) la dette contractée auprès du TPO, ce dernier acceptant d'avoir un autre payeur (nouveau débiteur).

²⁵ A. Reck, « *Third party player ownership : current trends in South America and Europe* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.50.

²⁶ du verbe espagnol *buscar* : chercher.

²⁷ OPCVM (Organisme de placement collectif en valeurs mobilières), SICAV (Société d'investissement à capital variable), FCPR (Fonds commun de placement à risques), FPCI (Fonds professionnel de capital investissement), FIPS (fonds d'investissement professionnel spécialisé), FCT (fonds commun de titrisation), FIA (Fonds d'investissement alternatifs), etc.

Le contrat de TPO peut organiser une prise de risques maximale par le fonds d'investissements qui accepte de consacrer une somme déterminée avec le risque de la perdre en totalité compensé par une chance d'un gain important (80% de la plus-value par exemple). Le contrat peut aussi permettre d'organiser une opération très prudente où le TPO a au moins la certitude d'être remboursé de la somme investie. Il peut aussi tendre vers l'opération léonine lorsque le TPO se réserve une part importante de la plus-value éventuelle tout en se garantissant, en cas de non revente ou d'absence de plus-value, le remboursement du capital prêté augmenté d'un taux d'intérêt prédéterminé. Susceptibles de contenir des clauses de résiliation ou de remboursement anticipés, de dédit-formation, de déclenchement automatique, de promesses unilatérales croisées, de « *minimum return* », de compensation, de conseils, de fidélité, d'information²⁸, d'audit, de subrogation sur les indemnités d'assurance perte de licence, de « *put option* », etc. ; susceptibles encore d'être associés à des garanties bancaires, des gages sur titre, des crédits documentaires, des « *deed of pledge* », des « *bailment* », des « *penhor em primeiro grau* », des « mandats de transfert », des contrats d'assurance, etc., les TPO résistent à l'exercice de définition.

Les définitions du TPO

Une définition à rejeter. – Le TPO est une expression qui est généralement utilisée pour désigner la situation dans laquelle une personne (morale ou physique) détient le droit d'obtenir une part (généralement exprimée en pourcentage) sur la valeur (appelée « droits économiques ») d'un futur et éventuel transfert d'un joueur.

Cette définition est admise par les autorités sportives²⁹, par le Tribunal arbitral du sport³⁰, par certaines juridictions étatiques comme en

²⁸ Le contrat de TPO peut contenir une clause selon laquelle le club doit informer les joueurs concernés que leur recrutement a été financé par le moyen du TPO.

²⁹ Voir la plainte conjointe déposée devant la Commission UE par la FIFPro et l'UEFA le 26 mars 2015.

³⁰ Le TAS a admis à de nombreuses reprises la distinction « droits économiques » et « droits fédératifs » : ex multis : Trib. arb. sport, 27 janvier 2005, 2004/A/ 635, *RCD Espanyol de Barcelona S.A.D. c/ Club Atlético Vélez Sarsfield*. – Trib. arb. sport, 17 mars 2005, 2004/A/701, *Sport Club Internacional c/ Galatasaray Spor Kulübü Derneği*. – Trib. arb. sport, 18 mars 2005, 2004/A/662, *RCD Mallorca S.A.D. c/ Club Atlético Lanús*. – Trib. arb. sport, 23 février 2006, 2005/A/848, *Sport Club Internacional c/ Bayer 04 Leverkusen Fussball GmbH*. – Trib. arb. sport, 19 décembre 2006, 2005/O/985, *Feyenoord Rotterdam N.V. c/ Cruzeiro Esporte Club*. – Trib. arb. sport, 24 décembre 2008, 2008/A/1568, *M. c/ Football Club Wil 1900 c/ FIFA c/ Club PFC Naftex AC Bourgas*. – Trib. arb. sport, 9 février 2009, 2008/A/1482, *Genoa CFC c/ C. D. Maldonado*. – Trib. arb. sport, 21 juin

Espagne³¹ ou en Argentine³². Elle est portée par nombre de commentateurs spécialisés³³. Quand ils pratiquent le TPO de transfert et de trésorerie, les fonds de TPO se définissent eux-mêmes, dans les préambules de leurs contrats, comme des tiers investisseurs, allouant une assistance financière à un club de football en échange du droit à une partie de l'indemnité de transfert (ou autre indemnité) à l'occasion du transfert d'un joueur déterminé appartenant à l'équipe dudit club.

Cette définition recouvre une part importante de la réalité des opérations des TPO. Il faut dire que les contrats de travail des footballeurs sont des contrats à durée déterminée (CDD) dont la rupture unilatérale anticipée est légalement interdite et expose à des sanctions sportives non négligeables. Par conséquent, la rupture avant-terme du CDD ne peut intervenir que par un commun accord du club employeur et du joueur. Or l'accord du club employeur peut avoir un prix pour le club qui se propose d'accueillir le joueur. L'accord du club de départ est ainsi une valeur économique pour laquelle un marché existe : le « marché des transferts »³⁴. Ce marché est admis, il est même règlementé par les instances sportives. Il existe ainsi des périodes d'ouverture (les fenêtres de *mercato*), un système informatique d'enregistrement des mutations (système TMS pour *transfer matching system*³⁵), des intermédiaires contrôlés. Il n'existe pas encore de bourse mais une fondation de droit privé suisse, affiliée à l'Université de Neuchâtel, consacre son énergie à développer un système pour déterminer de la meilleure manière la valeur des

2012, 2011/O/2580, *xxx GmbH c/ joueur de football*. – Trib. arb. sport, 28 février 2013, 2012/A/2875, *Helsingborgs IF c/ Parma FC S.p.A.* – Trib. arb. sport, 13 septembre 2013, 2013/A/3054, *Club Atlético River Plate c/ US Città di Palermo*. – Trib. arb. sport, 8 mai 2014, 2012/A/3012, *Club Atlético Boca Juniors c/ Sport Club Corinthians Paulista*. – Trib. arb. sport, 21 décembre 2015, 2014/O/3781 et 2014/O/3782, *Sporting clube de Portugal futebol SAD c/ Doyen sports investment limited*. Il semble que les formations du TAS prennent toujours soin de ne pas confondre « droits économiques » et « droits réels ».

³¹ Tribunal Supremo, Sentencia en Sala de lo Contencioso-Administrativo, 24 mars 2014, n° de recurso 3827/2010, ROJ : STS 1205/2014, *Administracion general del estado c/ Unión Deportiva Salamanca S.A.D* (<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7013204&links=&optimize=20140404&publicinterface=true>).

³² ex multis : *Santo Tome SA c/ Asociacion civil club Chacarita JRS s/ Ordinario*, Sentencia 8 de junio de 2012, Camara nacional de apelaciones en lo comercial, Sala B, Capital federal, ciudad autónoma de Buenos Aires (Id SAIJ: FA12130569 - www.saij.gob.ar).

³³ Par ex. : J.-D. Crespo Perez, « TPO : pros and cons », *Football legal* n°2, 2014, p.8. – J. Lindholm, « *Can I please have a slice of Ronaldo? The legality of FIFA's ban on third-party ownership under European union law* », *International Sports Law Journal* 2016, vol. 15, issue 3, p.137.

³⁴ Sans être un énorme marché puisque l'on considère qu'il atteint seulement les 2 milliard d'euros par *Mercato*, le marché des transferts est donc bien un marché économique mondialisé où se réalisent avec de multiples transactions.

³⁵ La gestion de ce système a été confiée depuis 2007 à une société de droit suisse créée pour l'occasion : FIFA Transfer Matching System GmbH.

transactions³⁶. Sur ce marché, on dit que l'on « achète » et que l'on « vend », que l'on « prête » et que l'on « emprunte » mais il ne faut pas se tromper, ce ne sont ni des contrats de vente ni des contrats de prêt. Ce sont des conventions par lesquelles un club obtient un prix en contrepartie d'un accord, son accord de libération (définitive ou provisoire) concernant un joueur³⁷. De l'autre côté, le nouveau club du sportif, en contrepartie de la somme qu'il débourse, acquiert une prérogative contractuelle précise : la libération (définitive ou provisoire) du joueur de ses obligations à l'égard de son ancien club et le droit de l'engager afin de profiter de ses services dans les différentes compétitions officielles. Le transfert est une opération contractuelle onéreuse où le prix s'amortit et où l'on peut spéculer sur les augmentations de valeur des prérogatives qui passent de mains en mains³⁸.

Les clubs détiennent donc, attachés à chacun des CDD conclus avec leurs joueurs, des droits de créance potentiels, des droits de créance en germe, des valeurs économiques, des droits de créances futures et éventuelles. Des créances qu'ils peuvent mobiliser, transférer et/ou utiliser comme garanties³⁹. Et c'est justement là qu'interviennent ce que l'on appelle les fonds de TPO qui, en contrepartie ou en garantie d'un soutien financier, recueillent ces droits de créances.

Cette définition est malgré tout trompeuse et incomplète, notamment parce que la notion de « droits économiques » qui y est centrale est contestable. Doublement contestable même. En effet, et en premier lieu,

³⁶ Centre international d'étude du sport (CIES – www.football-observatory.com).

³⁷ voir l'analyse faite par F. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia et F. Rizzo, *Droit du sport*, 4^e édition, LGDJ 2015, n°1417 et s., p.705 et s.

³⁸ Du strict point de vue de l'analyse économique, les clubs n'adoptent pas tous la même stratégie pour la gestion de leurs créances de transferts. Pour certains joueurs la logique sportive domine. Leur club les « utilisent » complètement et exclusivement pour leur valeur sportive, sans considération ou presque pour leur valeur économique. Pour d'autres, c'est le potentiel sportif qui est ignoré, le joueur n'étant considéré que comme un actif sur lequel il faut investir en vue d'une « revente » profitable à court terme. Reste que dans la plupart des cas, les clubs tentent de combiner ces deux logiques. Il est cependant admis par certains fins analystes que les règles de saine gestion voudraient que les clubs ne soient pas « propriétaires » des valeurs attachées au transfert des joueurs. Il serait mieux qu'ils puissent n'être que « locataires » pour ne pas avoir à subir le risque de dépréciation d'un actif bien trop volatile (L. Ferrari, « *Some thoughts on third party ownership* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.66).

³⁹ cf. CA Rennes, 7 février 1996, *Me Corre c/ Sté de banque et d'investissements*, JCP G 1997, I, n° 3991, obs. P. Delebecque et P. Simler ; JCP E 1996, pan. 901 : « [...] le nantissement porte sur les sommes versées en cas de transfert de joueurs ; il s'agit d'un nantissement de créances, dont l'objet est constitué par un droit patrimonial, à savoir une créance future de l'association sportive sur les clubs au profit desquels les transferts de joueurs peuvent intervenir ».

la notion de « droits économiques »⁴⁰ est inappropriée car elle laisse entendre que le TPO a un droit sur le joueur ou un droit né directement du joueur ce qui n'est justement pas le cas lorsqu'il y a transfert. La créance de prix d'une opération de mutation de joueur ne naît pas dans le patrimoine du joueur. Elle naît dans le patrimoine du club de départ. Elle n'est pas liée au joueur lui-même mais au droit qu'a son club employeur de consentir ou de ne pas consentir à la rupture anticipée du contrat de travail et à la mutation. A chercher la rigueur juridique, on ne peut parler de « droits économiques *sur* le joueur » qu'en cas de TPO de formation puisque c'est la seule hypothèse où le TPO obtient une prérogative directe contre le joueur. En deuxième lieu, la notion de « droits économiques » emporte avec elle le fantasme du droit de suite, le fantasme du droit réel, alors que le TPO ne met en jeu que des droits de créances personnelles. Il ne constitue pas le joueur comme une chose, un bien objet de transaction. Il y a simplement que le joueur et son activité font naître des droits de créances au profit du joueur ou au profit de son employeur et que seuls ces droits de créances font l'objet de transactions. La notion de « droits économiques » (qui seraient divisibles alors que les droits fédératifs ne le seraient pas) est trop pensée comme un droit réel alors que c'est un simple droit personnel. Cette notion de « droits économiques » n'est certes pas complètement fautive, mais elle porte en elle le germe d'une terrible confusion. Confusion entretenue par les détracteurs des TPO mais aussi confusion que, malheureusement, certains TPO font eux-mêmes lorsqu'ils envisagent les fruits de leurs investissements comme des droits sur lesquels ils auraient un droit de suite. Juridiquement, les « droits économiques » sont de simples droits personnels ; ils ne sont pas divisibles à proprement parler : ils sont transmissibles, partiellement ou en totalité. Un TPO ne spéculer donc pas *sur* un sportif, il spéculer sur la capacité de ce sportif à générer des profits et la différence n'a rien de jésuitique.

Cette définition est aussi trompeuse parce qu'elle présume que les intérêts du TPO ne sont satisfaits à terme que par la réalisation ultérieure d'une opération de transfert du joueur générant une plus-value dont une partie doit revenir au TPO ce qui n'est pas toujours le cas lorsque le TPO n'a obtenu son droit qu'à titre de garantie de remboursement et qu'il est justement remboursé sans avoir à mobiliser sa sûreté.

⁴⁰ Sur la notion de droits économiques, ex multis : M.-G. Bacigalup Vértiz, « *Los derechos económicos de futbolistas mirados desde el derecho común* », Anales n°43, Facultad de Cs. jurídicas y sociales UNLP 2013.

Enfin et surtout, cette définition ne permet pas de contenir le TPO de formation dont la pratique est pourtant quotidienne dans le football en Amérique du Sud et en Afrique et dans bien d'autres sports aux USA.

Il est certes fréquemment soutenu que la technique du TPO serait étroitement liée au marché des transferts et que sans ce marché des transferts, le marché des TPO n'aurait plus d'assise⁴¹. Sur ce constat, certains⁴² estiment d'ailleurs que le TPO de formation n'aurait pas de fondement car le contrat de TPO, à défaut de saisir des droits économiques liés à un *mutuus dissensus* (à un transfert), n'aurait pas d'objet licite. Dans l'hypothèse du TPO de formation il n'y aurait ainsi selon les mêmes, que des droits fédératifs, or ces droits ne pouvant circuler, ils ne pourraient être mobilisés comme dans les TPO de trésorerie et de transfert. Cette analyse, sans être fausse, nous paraît réductrice dans la mesure où la personne qui finance la formation d'un joueur peut sans difficulté recueillir, comme garantie de remboursement ou de retour sur investissement, les créances futures et éventuelles du joueur ; non pas celles de ses futurs transferts car le joueur n'est pas créancier dans ces opérations, mais celles de ses futurs salaires ou futurs droits d'image, ou futurs gains de compétition. La technique du TPO n'a pas besoin de transferts⁴³, elle a besoin de créances futures, éventuelles ou non. Ce sont ces créances que l'on vise lorsqu'on utilise la notion un peu contestable de « droits économiques ».

La définition proposée. – Nous militons donc pour une définition plus large et pensons qu'il vaut mieux considérer que le TPO est une expression désignant la convention synallagmatique par laquelle une personne (morale ou physique) acquiert, contre un service financier, le droit d'obtenir d'un sportif ou de son employeur, une part (généralement exprimée en pourcentage) sur la valeur des (éventuelles) futures créances liées à la carrière dudit sportif (contrat de travail, mutations, contrats d'image, gains de compétition, etc.).

Juridiquement, le TPO prend donc appui par principe sur une cession de créances futures. La technique peut alors être raffinée, l'ingénierie contractuelle permettant par exemple de viser des créances non seulement futures mais encore éventuelles, de l'intégrer dans un

⁴¹ C'est d'ailleurs pour cette raison que la FIFPro, le syndicat international des joueurs, attaque d'un même élan le système des transferts et la TPO.

⁴² P. Moyersoen, « *What is TPO ?* », Football legal n°1, juin 2014, p.21.

⁴³ Elle peut se pratiquer pour les sports individuels tels la boxe, le golf, le tennis. Elle est aussi très utilisée aux USA dans des sports où les transferts à titre onéreux sont interdits (sur ce point voir : S. F. Ross, « *Player restraints and competition law throughout the world* », Marquette sports law review 2004, vol. 15, issue 1, article 7, p.49 - <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1316&context=sportslaw>)

mécanisme de placement de valeurs mobilières, d'en faire un instrument financier (actions, obligations) avec d'éventuels dérivés, d'en privilégier l'effet de garantie et surtout de l'envisager pour différents sports et différents acteurs (clubs, sportifs en formation, sportifs accomplis). Finalement, le TPO est une convention dont l'objet principal est la cession de créances futures liées à la carrière d'un sportif.

Le mécanisme de la cession de créance future est connu de la plupart des systèmes juridiques qui sous une forme ou sous une autre en reconnaissent l'efficacité⁴⁴. Mais ce n'est pas ce mécanisme qui est en jeu dans la critique du TPO. Pour ses adversaires le TPO pose une question de morale et d'éthique avant de mettre en jeu un problème de légalité⁴⁵. La carrière du sportif concerné est sous l'influence plus ou moins directe d'une personne qui n'est pas nécessairement un club, ni un simple entraîneur, ni une fédération, mais une tierce personne ayant des intérêts économiques à son déroulement. Le TPO apparaît ainsi aux yeux de ses opposants comme une des métastases de la financiarisation du football.

Une des difficultés du traitement à apporter à la question des TPO et aux risques qu'ils comportent est que l'influence véritable du TPO sur le joueur et le club, sur leur liberté de décision, dépend des termes du contrat de financement et des pouvoirs consentis au TPO en contrepartie de son apport de trésorerie. Les contrats de TPO ne sont pas standardisés. Si chaque fonds de TPO a évidemment sa propre matrice contractuelle, chaque contrat est spécial dans la mesure où il est le fruit d'une négociation entre le fonds de TPO et les clubs ou le joueur cocontractant. La charge des obligations et des renoncements pesant sur le client du TPO dépend de la contrepartie qu'il reçoit, du service qu'il obtient du TPO. Quelle que soit la nature du contrat passé, les contractants abandonnent nécessairement une part de leur liberté, c'est le prix de l'avantage qu'ils retirent par ailleurs du contrat. La question est alors de savoir jusqu'à quel point le club ou le joueur peuvent aller sans (risquer de) porter atteinte au principe de l'intégrité des compétitions. Doit-on nécessairement empêcher que le TPO se réserve la prérogative

⁴⁴ Ex multis : France : Articles 2356 et 2357 du Code civil. – Espagne : Art. 1526 de Código civil. – Argentine : art. 1446 à 1448 de Código civil (cf. : M.-G. Bacigalup Vértiz, « *Los derechos económicos de futbolistas mirados desde el derecho común* », Anales n°43, Facultad de Cs. jurídicas y sociales UNLP 2013). – Brésil : Art. 286 do Código civil. – Italie : Art. 1260 et 1348 di Codice civile. – Venezuela (Cf. : V.- M. Ocando Finol, « *Compatibilidad de la prohibición de la propiedad de los derechos económicos de jugadores por parte de terceros (TPO) dentro del ordenamiento jurídico venezolano* », Revista de derecho del deporte, n°11, déc. 2015).

⁴⁵ Juridiquement, la pratique est une technique par laquelle une personne réalise une prestation de service de financement et reçoit en contrepartie des droits personnels. Les obligations sont causées, le contrat est équilibré et aucune interdiction étatique n'est violée.

de décider de la sélection des joueurs dans l'équipe gérée par le club, de décider de la politique de recrutement du club ?

Les instances internationales du football ont tranché. Le risque est à leurs yeux trop grand pour l'intégrité de la compétition, la circularité de la finance du football, et, ne pouvant contrôler l'activité des sociétés de TPO ni le contenu de leurs contrats, elles ont décidé d'interdire leurs membres d'avoir recours aux TPO.

L'interdiction du TPO

France. – Ce sont, semble-t-il⁴⁶, les instances sportives françaises qui ont les premières interdit la pratique du TPO à une époque où l'expression n'était pas encore consacrée. Elles le firent après l'affaire dite du FC Brest Armorique en 1986-1987, club qui avait notamment financé le recrutement d'un joueur paraguayen et d'un joueur argentin en s'appuyant sur une société privée d'investissement constituée pour l'occasion par près d'une centaine de chefs d'entreprise locaux. Ainsi, les règlements administratifs de la Ligue nationale de football interdirent-ils aux clubs, dès 1988, la cession à des tiers « des droits patrimoniaux » résultant des transferts. L'interdiction, radicale, a été reprise par la Ligue de football professionnel et est maintenant exprimée à l'article 221 du règlement administratif de la LFP⁴⁷. L'interdiction en revanche n'est pas exprimée dans le Code du sport ; aucune loi, aucun décret ne se préoccupant de cette technique.

Grande-Bretagne. – Les instances sportives anglaises ont, en 2008 pour Premier League et en 2009 pour la fédération, emboîté le pas français après les affaires *Tevez* et *Mascherano*⁴⁸. Elles l'ont fait de la

⁴⁶ Pour une photographie des réglementations nationales antérieures à l'interdiction adoptée par la FIFA en 2015, Cf. : E. Abatan, « *An overview of third party ownership in european professional football* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.22.

⁴⁷ Art. 221, Règl. adm. LFP : « *Un club ne peut conclure avec des personnes morales, à l'exception d'un autre club, ou physiques, une convention dont l'objet entraîne, directement ou indirectement, au bénéfice de telles personnes, une cession ou une acquisition totale ou partielle des droits patrimoniaux résultant de la fixation des diverses indemnités auxquelles il peut prétendre lors de la mutation d'un ou plusieurs de ses joueurs.*

La violation du premier alinéa du présent article est passible d'une amende au moins égale au montant des sommes indûment versées, infligée au club en infraction, et de sanctions disciplinaires à l'encontre de ses dirigeants. Elle peut également entraîner la limitation d'homologation ou la non homologation des nouveaux contrats durant une ou plusieurs saisons. La Direction nationale du contrôle de gestion est compétente pour connaître des violations de la règle fixée au premier alinéa du présent article ».

⁴⁸ D. Geey, « *Third Party Player Ownership: the Regulations for Premier League and Football League Clubs for the 2009/10 Season* », Entertainment and sports law journal 2011, vol. 7, n°2 *op. cit.*. – D. Geey, « *Third party player ownership : a UK perspective* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.55.

manière la plus radicale qui soit (« *the most radical approach to the problem* »⁴⁹) en excluant de manière très détaillée tous les types d'*ownership*⁵⁰. Cela dit, comme en France, le législateur ne s'est pas risqué à l'exercice. Une proposition de loi prévoyant une simple obligation de déclaration des contrats de TPO a bien été plusieurs fois présentée mais elle n'a jamais franchi le stade d'une première lecture à la Chambre des communes⁵¹.

Pologne. – La fédération polonaise de football a suivi en 2012 en introduisant dans ses règlements une nouvelle disposition interdisant aux tiers d'obtenir des droits dans le cadre des transferts de joueurs⁵².

UEFA. – Profitant de la mise en place des règles du Fair-play financier, l'UEFA a pointé du doigt les pratiques de TPO. Estimant qu'elles pouvaient permettre de contourner l'obligation d'équilibre financier imposée par le FPF, l'UEFA a puissamment milité auprès de la FIFA afin que celle-ci mondialise une interdiction absolue.

FIFA. – La FIFA s'est ainsi intéressée à la question des TPO. Jusqu'en 2014, elle se contentait de prohiber « l'influence » des tierces parties sur la politique des clubs et les performances des équipes⁵³ et d'interdire aux agents sportifs de prétendre à la moindre part de l'indemnité de transfert⁵⁴.

⁴⁹ L. Ferrari, « *Some thoughts on third party ownership* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.66.

⁵⁰ Cf. FA Handbook : Third party interest in players regulations 2015-2016 (www.thefa.com/football-rules-governance/more/financial-regulation). – PL rules : Section U : Prohibition of thirs party investment (www.premierleague.com/content/dam/premierleague/site-content/News/publications/handbooks/premier-league-handbook-2015-16.pdf).

⁵¹ Football (Financial Transparency) Bill 2010-12 (HC Bill 316) : lue le 13 mars 2012, elle a été annulée du rôle de la chambre des communes (<http://services.parliament.uk/bills/2010-12/footballfinancialtransparency.html>). – Football (Financial Transparency) Bill 2012-13 : lue le 25 juin 2012, elle a été annulée du rôle de la chambre des communes (<http://services.parliament.uk/bills/2012-13/footballfinancialtransparency.html>).

⁵² Aujourd'hui, cette interdiction se trouve au §20-2 de l'Uchwała nr VIII/124 z dnia 14 lipca 2015 roku Zarządu Polskiego Związku Piłki Nożnej w sprawie statusu zawodników oraz zasad zmian przynależności klubowej (*Résolution n°VIII/124 du 14 juillet 2015 du conseil d'administration de l'Association polonaise de football sur le statut et le transfert des joueurs*) (www.pzpn.pl/public/system/files/site_content/635/1150-Uchwa%C5%82a%20nr%20VIII.124%20z%20dnia%2014%20lipca%202015%20roku%20Zarządu%20PZPN%20w%20sprawie%20statusu%20zawodnik%C3%B3w%20oraz%20zasad%20zmian%20przynale%C5%BCno%C5%9Bci%20klubowej.pdf).

⁵³ Art. 18bis du RSTJ : « 1. *Aucun club ne peut signer de contrat permettant à une quelconque autre partie ou à des tiers d'acquérir dans le cadre de travail ou de transferts, la capacité d'influer sur l'indépendance ou la politique du club ou encore sur les performances de ses équipes. / 2. La Commission de Discipline de la FIFA peut imposer des sanctions aux clubs ne respectant pas les obligations stipulées dans le présent article.* ».

⁵⁴ Cf. art. 29-1 de l'ancien Règlement FIFA des agents de joueurs (version 2008) : « *Aucune indemnité, y compris de transfert, de formation ou au titre du mécanisme de solidarité payable dans le cadre du transfert d'un joueur d'un club à un autre ne peut être payée en tout ou en partie par le*

A la fin du mois de septembre 2014, le Comité exécutif de la FIFA s'est prononcé en faveur d'une interdiction rapide de la tierce propriété des joueurs de football. Constatant que les fonds de TPO ne seraient jamais dans sa juridiction et qu'elle ne pourrait donc jamais elle-même les réguler, la FIFA a choisi d'interdire à ses membres d'y avoir recours. C'est ainsi qu'elle a annoncé en décembre 2014 sa décision d'interdire les pratiques de TPO dès le mois de mai 2015, avec l'instauration d'une période de transition. Elle publiait dans la foulée une circulaire n°1464⁵⁵ détaillant les nouvelles dispositions à inclure dans le Règlement du Statut et du Transfert des Joueurs de la FIFA concernant la propriété des droits économiques des joueurs par des tiers⁵⁶.

Depuis le 1^{er} mai 2015, l'article 18 ter de ce règlement dispose donc que :

- « 1. *Aucun club ou joueur ne peut signer d'accord avec un tiers permettant à celui-ci de pouvoir prétendre, en partie ou en intégralité, à une indemnité payable en relation avec le futur transfert d'un joueur d'un club vers un autre club, ou de se voir attribuer tout droit en relation avec un transfert ou une indemnité de transfert futur(e).*
2. *L'interdiction énoncée à l'alinéa 1 entre en vigueur le 1^{er} mai 2015.*
3. *Les accords couverts par l'alinéa 1 antérieurs au 1^{er} mai 2015 peuvent rester valables jusqu'à leur expiration contractuelle. Cependant, leur durée ne peut être prolongée.*
4. *La durée de tout accord couvert par l'alinéa 1 signé entre le 1^{er} janvier 2015 et le 30 avril 2015 ne peut excéder un an à partir de la date effective.*
5. *D'ici à la fin du mois d'avril 2015, tous les accords existants couverts par l'alinéa 1 doivent être entrés dans TMS. Tous les clubs ayant signé des accords de ce type doivent les soumettre – dans leur intégralité et en incluant tout amendement ou annexe – dans TMS, en spécifiant les informations relatives au tiers concerné, le nom complet du joueur ainsi que la durée de l'accord.*
6. *La Commission de Discipline de la FIFA peut imposer des sanctions disciplinaires aux clubs ou joueurs ne respectant pas les obligations stipulées dans la présente annexe ».*

débiteur (club) à l'agent de joueurs, pas même en compensation d'un montant dû à l'agent de joueurs par le club qui l'a mandaté en sa qualité de créancier. Ce principe vaut aussi, sans s'y limiter, pour les intérêts dus sur toute indemnité de transfert ou future valeur de transfert d'un joueur ».

⁵⁵ Circulaire n°1464 du 22 décembre 2014 (http://fr.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/49/57/42/tpocircul ar1464_fr_french.pdf).

⁵⁶ J.-M. Montenegro, « *Third party ownership: Goliath's victory* », World Sports Law Report 2015, vol. 13, issue n°1, p.14.

Sur la base de cette nouvelle disposition, différents clubs européens ont été sanctionnés par la Commission de discipline de la FIFA et/ou par leurs instances sportives nationales⁵⁷. Le cas du club néerlandais de Twente⁵⁸, mais surtout celui du club belge de Seraing qui s'est engagé dans une longue procédure devant les tribunaux étatiques belges⁵⁹, font aujourd'hui le plus de bruit.

L'interdiction de la FIFA se réalise ainsi de manière indirecte. En effet, aux yeux de la FIFA, les sociétés de TPO, les membres et les associés des clubs, les agents et les joueurs sont considérés comme des tiers dans les opérations de transfert. Les clubs, quelle que soit leur position dans la chaîne des mutations, ne sont justement pas des tiers et ont ainsi le droit à une portion ou la totalité de « l'indemnité » née de l'opération de transfert. Mais c'est en interdisant aux clubs (et aux joueurs), sur lesquels elle a un pouvoir disciplinaire associatif, de traiter avec des sociétés de TPO que la FIFA entend interdire l'intervention de ces sociétés dans le monde du football.

Il n'en reste pas moins qu'il existe des moyens de contourner cette interdiction.

Les moyens de contourner l'interdiction. – Quelques investisseurs ont récemment acheté des clubs, généralement de très petite taille, pour en faire leur véhicule de spéculation : des clubs de paille en quelque sorte. Actionnaires d'une entité pouvant acheter et vendre des joueurs et en capacité juridique d'encaisser les sommes correspondantes aux transferts, ils profitent de leur qualité d'actionnaires pour spéculer sur les plus-values de transfert. L'investissement se fait alors par apport en capital, voire par avance en compte-courant et l'intéressement se réalise par distribution de dividende, le cas échéant prioritaire, ou par remboursement d'avance avec taux d'intérêt.

⁵⁷ Cf. : « *Several clubs sanctioned for breach of third-party influence/third-party ownership rules* », Football legal n°5, 2016, p.84.

⁵⁸ D. Koolaard, « *FC Twente sanctioned by the KNVB licensing committee in relation to Doyen-contracts* », Football legal n°5, 2016, p.82.

⁵⁹ Pour l'instant, seules les décisions en référés ont été rendues : TPI Liège, 4 janvier 2016, n°15/224/C, *P. Camara et ASBL Royal football club Seraing united c/ URBSFA et FIFA*. – TPI Bruxelles, 24 juillet 2015, n°15/67/C, *Doyen sports Investments ltd et ASBL RFC Sérésien c/ URBSFA, FIFA et UEFA*. – CA Bruxelles, 18^e ch. F, aff. civ., 10 mars 2016, n°2015/KR/54, *Doyen sports Investments ltd et ASBL Royal football club Seraing united c/ URBSFA, FIFA, UEFA et FIFPro*. – et une décision de mise en état : TGI Paris, 8 septembre 2016, RG n°15/05993, *Doyen sports Investments ltd c/ FFF, LFP, FIEA et UEFA*. – Adde : L. Misson et G. Dujardin, « *The Belgian saga of the validity of third-party ownership/third-party influence continues...* », Football legal n°5, 2016, p.76.

On remarque même qu'en Amérique du Sud, certains fonds de TPO locaux ont, à titre préventif, commencé à acheter des petits clubs au cas où le TPO venait à être interdit⁶⁰.

L'avantage de cette formule est que les investisseurs bénéficient de toutes les garanties (notamment de paiement) offertes par la *Lex FIFA*.

Une fois le club de paille détenu, il suffit de s'insérer dans les opérations de transfert et de faire « le pont ». L'expression est imagée mais correspond bien à la méthode utilisée. Schématiquement, un joueur employé par un club A et qui est destiné à être muté dans un club B est d'abord transféré dans un club C (le club « pont ») qui ensuite⁶¹ conclura, après une très courte période, un contrat de transfert avec le club B, club de destination finale⁶². Autrement dit, le club C s'interpose un court laps de temps dans le parcours du joueur qui, pour sa mutation du club A au club B, est au centre de deux opérations de transfert et non d'une seule. Une gestion intelligente du montant de chacune de ces deux opérations de transfert permet non seulement d'optimiser la charge de l'indemnité de formation, de la contribution de solidarité FIFA et du traitement fiscal de la mutation mais aussi et surtout offre au club « pont » et à ses actionnaires, des prérogatives sur la plus-value (plus ou moins artificiellement créée) d'indemnité de transfert.

Per se, le « bridge-transfert » n'a rien d'illégitime. Il arrive fréquemment qu'un club obtienne la mutation d'un joueur dans une période de *mercato* et, devant les sollicitations et les propositions financières d'un autre club⁶³, accepte de s'en séparer durant le même *mercato* sans avoir pu l'aligner sur la moindre feuille de match. On peut en revanche douter des intentions des clubs en cause lorsque le joueur est, pour une faible somme, muté quelques jours auprès d'un club évoluant dans une catégorie très inférieure à son niveau et est ensuite, pour une somme bien plus importante, muté vers un club plus conforme à son niveau. Au demeurant, rien aujourd'hui dans les règlements de la FIFA n'interdit la pratique⁶⁴. Même si la FIFA a bien conscience que les « *bridge-transfers* » permettent de contourner l'interdiction de TPO et tente de les prohiber, le Tribunal arbitral du sport a bien été obligé de lui dire que ses règlements actuels étaient silencieux sur la question et que la mauvaise foi supposée (mais non démontrée à l'aune de critères clairs et

⁶⁰ Cf. A. Reck, « *Third party player ownership: current trends in South America and Europe* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.50.

⁶¹ Le « pont » est en réalité prévu dès l'origine.

⁶² A. Reck, « *What is a bridge transfer in football?* », LawInSport 30 avril 2014 (www.lawinsport.com/sports/football/item/what-is-a-bridge-transfer-in-football).

⁶³ Ou un changement d'entraîneur, ou une dispute avec un coéquipier, ou n'importe quelle autre raison.

⁶⁴ A. Reck, « *Bridge transfers under the FIFA regulation* », Football legal n°1, 2014, p.36

prédéterminés) des clubs concernés ne suffisait pas à justifier leur condamnation sans base textuelle⁶⁵.

L'interdiction du TPO n'est ainsi pas complètement étanche. Elle se veut pourtant radicale et absolue. C'en est presque caricatural d'ailleurs. Suffisamment pour que l'on s'interroge sur sa légitimité (I) et sa validité (II).

I – Légitimité de l'interdiction

Mesurer la légitimité de l'interdiction de la FIFA commande une recension rigoureuse des arguments contre le TPO (A) et des arguments pour (B).

A – Contre le TPO

Le TPO (et plus précisément le TPO de transfert et de trésorerie) fait l'objet de très nombreuses critiques qu'il est indispensable de comptabiliser et présenter de la manière la plus neutre possible.

Un danger pour l'intégrité des compétitions. – Au titre des critiques formulées par les instances du football, organisatrices des compétitions, contre le recours au TPO figure en première place celle qui consiste à dire que le TPO constituerait un danger pour l'intégrité des compétitions⁶⁶. Un danger à double détente d'ailleurs.

1-Les situations de conflits d'intérêts. Le fait qu'une personne puisse posséder des droits économiques sur plusieurs joueurs inscrits dans des clubs différents susceptibles de s'affronter dans une même compétition lui permettrait en effet d'influer sur lesdits joueurs, sur leur valeur sportive, sur leur palmarès et partant sur les résultats de la compétition. Le fait qu'un fonds de TPO puisse à la fois posséder des droits dans un

⁶⁵ Trib. arb. sport, 5 mai 2015, 2014/A/3536, *Racing club asociación Civil c/ FIFA*.

⁶⁶ Le principe d'intégrité des compétitions sportives s'est vu reconnaître la nature « d'objectif légitime » par la Commission européenne (Comm. UE, aff. COMP/37806, *ENIC/UEFA*) et par la CJUE (CJUE, 18 juillet 2006, aff. C-519/04 P, *Meca-Medina*). Sur ce principe, cf. : C. Dudoignon et alii (sous la coordination de), *Intégrité des compétitions sportives*, Dalloz-Juris éditions, 2014 (signalons que dans cet ouvrage la question du TPO n'est pas abordée).

club et des droits relatifs à un joueur inscrit dans un club adverse d'une même compétition pose le même problème. Le fait qu'un fonds de TPO puisse être dirigé par une personne qui dirige aussi un club ou une instance sportive nationale suscite les mêmes inquiétudes.

2-Le risque de trucages liés aux paris sportifs. Le fait qu'une personne puisse exercer des droits relatifs à plusieurs joueurs inscrits dans des clubs différents susceptibles de s'affronter dans une même compétition lui permettrait en effet d'influer sur lesdits joueurs et partant sur les résultats de la compétition. Le risque existerait donc que les matchs soient truqués par ces réseaux d'influences étant ajouté, qu'associé au développement des paris sportifs, le TPO accentuerait, en fournissant un autre moyen de fraude, ce risque de trucages et de corruption. Et même s'il est honnêtement reconnu que le lien entre TPO et matchs arrangés n'est pas aujourd'hui démontré, pour les contempteurs du TPO, la tentation de fraude que le TPO générerait doit suffire à justifier son interdiction.

Certains d'ailleurs n'hésitent pas, et l'argument n'est pas dénué de pertinence, à mettre en avant qu'en matière de conflits d'intérêts et de protection de l'intégrité des résultats sportifs, les apparences, la réputation, comptent plus que la réalité. Pour appuyer leur démonstration, ils brandissent une sentence fameuse du TAS validant l'interdiction de la multipropriété des clubs de football par la nécessité de préserver la perception qu'a le public de l'authenticité des résultats d'une compétition⁶⁷.

Un danger pour la transparence des mouvements financiers. –

Les clubs ne sont pas les derniers à critiquer le recours au TPO. Lors d'une récente assemblée annuelle de l'Association européenne des clubs de football (ECA – European club association), son secrétaire général, Michele Centenaro, avait pointé du doigt l'opacité des contrats

⁶⁷ Trib. arb. sport, 20 août 1999, n°98/200, *AEK Athens and SK Slavia Prague / Union of European Football Associations (UEFA)*, Rec. TAS II, p.38 et spéc. p.103, § 136 : « *In conclusion, the Panel finds that the Contested Rule is an essential feature for the organization of a professional football competition and is not more extensive than necessary to serve the fundamental goal of preventing conflicts of interest which would be publicly perceived as affecting the authenticity, and thus the uncertainty, of results in UEFA competitions. The Panel finds the Contested Rule to be proportionate to such legitimate objective and finds that no viable and realistic less restrictive alternatives exist. As a result, also in the light of the previous findings that the Contested Rule does not appear to have the object or effect of restricting competition, the Panel holds that the Contested Rule does not violate Article 81 (ex 85) of the EC Treaty* ». – La Commission européenne avait eu un avis identique dans une affaire fréquemment citée (aff. COMP/37.806 : *ENIC c/ UEFA* : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37806/37806_7_3.pdf) : « [...] *since the public's perception that the underlying sporting competition is fair and honest is an essential precondition to keep its interest and marketability.* » (§32).

organisant les TPO : « *Personne n'en sait suffisamment là-dessus car ce n'est pas transparent* ». La pratique serait donc opaque en ce que l'identité des tierces parties, leur nombre, leurs structures et la part leur revenant ne seraient pas nécessairement connus de l'ensemble des contractants dans l'opération de transfert. Et une telle opacité faciliterait les détournements de valeurs et le blanchiment d'argent issu de trafics divers mais illicites. A semblable chapitre il est d'ailleurs signalé que contrairement aux fonds de TPO, les clubs, qui profitent des plus-values générées par les transferts, ne peuvent pas librement s'installer dans des paradis fiscaux et que s'ils le sont par le simple effet de leur nationalité, les règles du Fair-play financier les obligent en tout état de cause à la transparence de leurs comptes.

Un danger pour le principe de stabilité contractuelle. – Les articles 13 à 17 du Règlement FIFA du statut et du transfert des joueurs consacrent le principe de stabilité contractuelle dont ils modulent les effets selon l'âge du joueur. Ce principe est regardé par la FIFA comme essentiel au regard de la nécessité de sauvegarder l'équité des compétitions. Or le mécanisme du TPO porterait en lui le risque de multiplication des transferts et donc le risque d'une violation du principe de stabilité contractuelle prôné par la FIFA. Parce qu'il donne, sur les décisions de mutation des joueurs, de l'influence à des personnes et des éléments décisifs extérieurs au monde du football, le TPO réduirait à néant la volonté de conserver une certaine stabilité aux effectifs sportifs des clubs.

Un danger pour le mécanisme de solidarité de la FIFA. – La FIFA a mis en place un mécanisme dit « de solidarité » dont les détails sont arrêtés par l'article 21 du Règlement FIFA du statut et du transfert des joueurs. Ce mécanisme vise à promouvoir la formation des jeunes joueurs en répartissant un pourcentage du prix de transfert payé par le club acheteur entre tous les clubs ayant formé le joueur tout au long de son activité sportive. En réduisant la somme finalement reçue par le club vendeur, le TPO a pour effet automatique de diminuer les sommes perçues par les clubs formateurs. Or les instances du football considèrent que la protection de la politique de formation des jeunes joueurs est un objectif légitime susceptible de légitimer des mesures, certes contraires au droit européen, mais indispensables pour garantir la protection poursuivie⁶⁸.

⁶⁸ Elles s'appuient pour cela sur le Livre blanc sur le sport (11 juillet 2007, COM(2007) 391 final) et même sur l'arrêt *Bernard* (CJCE, 16 mars 2010, aff. C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c/ Olivier Bernard and Newcastle UFC*, Rec. 2010, I-02177 ; *Journal des tribunaux / droit européen* 2010, n°168, p.110, note L. Misson, G. Ernès ; JCP S 2010,

Un danger pour les consommateurs de football. – En première ligne dans le combat pour l'interdiction des TPO, l'UEFA soutient que l'existence des TPO porte atteinte aux intérêts des consommateurs en ce qu'elle empêcherait qu'ils puissent se forger une confiance parfaite dans l'authenticité des résultats des compétitions.

Un danger pour la politique de recrutement des clubs (influence). – Détenant des prérogatives sur les futurs transferts du joueur, le TPO est suspecté de pouvoir influencer la politique de recrutement du club. Le club ne serait plus seul maître de ses décisions dont on suppose qu'elles seront désormais prises uniquement sur des considérations purement financières et non simplement sportives. Précisément, il est reproché au TPO qui a un intérêt à la revente du joueur de vouloir influencer pour que la revente ait lieu. Le TPO empêchera nécessairement que le joueur arrive au terme de son contrat à durée déterminée.

Un danger pour la simplicité. – Le TPO est par ailleurs mis à l'*Index* parce qu'il introduit de la complexité dans les opérations de mutation et d'engagement des joueurs. Il augmente d'une part les parties prenantes dans ces opérations et complique ainsi le processus de négociation comme celui d'exécution. Parce que d'autre part il n'est pas toléré dans tous les pays, il brouille l'instrumentation juridique des opérations internationales dans lesquelles un joueur sous TPO est transféré d'un pays où cela est permis à un pays où cela ne l'est pas⁶⁹.

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 ; 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 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).

⁶⁹ Cf. Dans leur plainte (Plainte conjointe déposée devant la Commission UE le 26 mars 2015) la FIFPro et l'UEFA justifie leur demande d'enquête par les différences de réglementation selon les pays. Selon elles, alors que l'UEFA est un législateur du footballeur européen, cette distorsion ferait naître un besoin d'harmonisation.

Un danger pour l'image du football. – Complexe, opaque, facilitateur de fraudes, le TPO serait la source de nombreux litiges, de nombreuses « affaires » dont pourraient se repaître les médias. Au vu de ses inconvénients et des risques qu'elle présente, cette pratique comporterait donc le germe d'une destruction de la réputation du football, au moins d'une détérioration de son image. Or le football est déjà pour de multiples raisons dans le viseur des médias qui ne sont pas toujours tendres avec son organisation, les principes qui le gouvernent et les pratiques qu'on y repère.

Un danger pour la finance du football. – Au-delà de l'opacité qui le caractériserait et des risques de blanchiment qui lui seraient consubstantiels, le TPO présenterait d'autres risques liés à l'existence d'un marché financier du football. En premier lieu, en faisant intervenir parmi les bénéficiaires des flux financiers générés par les transferts de joueurs des personnes autres que les clubs et les joueurs, la présence d'un TPO contribuerait à rompre le cercle fermé du football, à briser la circularité de la finance du secteur⁷⁰. Des sommes s'échapperaient vers l'extérieur et les masses d'argent en circulation dans le monde du football s'en verraient d'autant diminuées au détriment de tous les acteurs des compétitions et *in fine* de la compétition elle-même. Les investissements liés au TPO transiteraient ainsi dans le football sans l'enrichir. En deuxième lieu, la technique du TPO pourrait servir à un dirigeant ou un propriétaire de club (partie prenante du TPO) à récupérer de l'argent sur le chiffre d'affaires lié aux transferts réalisés par son club alors que celui-ci serait globalement soit tout juste à l'équilibre soit carrément en défaillance. D'une certaine manière, le risque serait grand qu'un dirigeant/propriétaire se « paie sur la bête » sans se soucier de la bonne santé économique ou de la survie de cette dernière. En troisième lieu, le TPO ne serait qu'un miroir aux alouettes pour les clubs les moins riches, et partant les plus tentés par le mécanisme. En effet, si un petit club « vend des droits économiques » sur un sportif avant qu'ils ne naissent ou avant qu'ils n'atteignent la plénitude de leur valeur, il se prive de la chance d'une augmentation postérieure de cette valeur. Et ce alors que l'opération de transfert est justement un moyen pour les petits clubs de financer leurs activités auprès de gros clubs.

Un danger pour la gouvernance du football. – Dans un ordre d'idées assez semblable, il est soutenu que cette nouvelle forme d'investissement qu'est le TPO « *met en péril la capacité des instances sportives*

⁷⁰ J. Purdon, « *Third party investment* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.38 (il faut signaler que l'auteur était *Director of governance of Premier League* à l'époque de son article).

dirigeantes de réguler leurs activités »⁷¹. De la même manière que les agents sur lesquels le pouvoir disciplinaire et associatif des fédérations sportives glisse pour la raison qu'ils n'en sont pas naturellement membres *es* qualités, la maîtrise des TPO échappe à la hiérarchie conventionnelle du mouvement sportif. Il ne s'en satisfait pas et prétend donc le dénoncer, le réguler voire l'interdire.

Un danger pour le Fair-play financier. – Certains thuriféraires du Fair-play financier (FPF) tel qu'il est mis en place par l'UEFA considèrent que le TPO est contraire aux prescriptions de déontologie financière de l'instance européenne. Selon eux, les clubs qui recourent à cette technique de financement spéculatif travestissent la réalité de leur budget et de leurs capacités véritables d'achat en s'offrant les services de joueurs qu'ils ne pourraient normalement pas attirer ni retenir. En outre, cette technique de financement rendrait les clubs dépendants d'une ressource jugée volatile.

Un danger pour la santé financière des clubs. – Dans le droit fil des objectifs poursuivis par le Fair-play financier de l'UEFA, il est souligné que les clubs qui ont recours à des fonds d'investissement sont entraînés dans le cercle vicieux de l'endettement. Les fonds de TPO créeraient ainsi le besoin ; certains n'hésitant pas même à dire que les méthodes des TPO pour cela équivaldraient à celles des vendeurs de drogue⁷².

Un danger pour l'équité des compétitions. – Les deux précédents dangers nourrissent celui qui est finalement le plus important : la déloyauté de certains compétiteurs. La plupart des contempteurs du TPO mettent en avant que cette technique est utilisée essentiellement par des clubs surendettés dont elle accroît encore le surendettement. A cet égard la technique du TPO constituerait donc un avantage déloyal dans la compétition. En outre, cet avantage traduirait aussi une véritable distorsion de concurrence entre les clubs installés dans des pays où le TPO est autorisé et ceux à qui le TPO est interdit.

Un danger pour les droits fondamentaux des sportifs. – Le TPO est accusé de participer des dérives mercantilistes du football ; dérives dont il faudrait à tout prix le préserver. Par ceux-là même qui dénoncent ces dérives, le TPO est regardé comme une sorte de trafic d'êtres

⁷¹ *Aspects économiques et juridiques des transferts de joueurs*, janvier 2013, par KEA et CDES, cf : synthèse p.1.

⁷² Cf. interview de Bruno De Carvalho (président du Sporting club de Portugal) dans l'Equipe du 12 novembre 2015.

humains qui serait d'autant plus odieuse qu'elle concernerait le plus souvent des sportifs mineurs⁷³. Le TPO, dérivé de l'esclavage, serait ainsi condamnable *per se* en ce qu'il ne réaliserait rien moins qu'une appropriation de la personne humaine contraire à tous les principes des droits de l'Homme⁷⁴. Les plus mesurés dans la critique ne vont pas jusque-là mais relèvent que le TPO implique une atteinte à la liberté du joueur, notamment et surtout lorsqu'il a servi à financer la formation du joueur. Ce n'est en effet que dans cette hypothèse que la tierce partie peut avoir une influence directe sur le joueur puisque ce n'est que dans cette hypothèse que le joueur a par avance, en contrepartie du financement de sa formation, abandonné une partie de ses « droits économiques » et promis un comportement destiné à les faire augmenter.

Dans le même ordre d'idées mais de manière encore plus mesurée, tous ceux qui critiquent le TPO soulignent que cette technique de financement porte atteinte, ou a le potentiel de porter atteinte à la libre circulation des travailleurs sportifs, à leur liberté de négocier leurs conditions de travail, à la liberté de négocier des employeurs recruteurs. A ce titre, ils soulignent que le TPO, forcément intéressé à la revente du joueur, empêchera que ce dernier devienne libre, « *free agent* », en forçant le club à s'en séparer avant la date convenue.

Un danger pour la formation des sportifs. – Le recours au TPO est souvent vilipendé car il inciterait les clubs qui l'utilisent à se désintéresser de la formation des sportifs. Plutôt que de former leurs futures pépites, ils préfèrent utiliser les moyens artificiels conférés par le recours au TPO pour embaucher des joueurs plus confirmés.

Une pratique contraire à l'éthique. – Dans le discours de ceux qui s'opposent au TPO, l'éthique est l'argument qui vient alourdir la démonstration financière et juridique d'une masse irrésistible et irréfutable. Le TPO serait ainsi le dernier visage financier des dangers moraux qui gangrènent le football mondial.

Des arguments qui portent. – Cette longue liste d'arguments condamnant les pratiques de TPO est assez largement reprise dans les milieux politiques. En France par exemple, les responsables publics sont

⁷³ T. Van Seggelen, « *Les effets du TPO sur le football sont dévastateurs* », Jurisport n°160, 2016, p.30 (T. Van Seggelen est le secrétaire général de la FIFPro).

⁷⁴ Voir le raisonnement de J.-T. Holden, « *Owning shares of athletes and the 13th amendment* », Mississippi sports law review 2013-2014 (3 Miss. Sports L. Rev. 153 2013-2014) en droit constitutionnel américain.

prompts à porter les discours véhiculés par la FIFA et l'UEFA⁷⁵. En Europe, nombre de députés européens participent au mouvement qui est régulièrement alimenté par des études auxquelles les institutions sportives ne sont pas complètement étrangères⁷⁶. A chaque fois⁷⁷, il est avancé que le TPO est contraire au principe de bonne foi et de loyauté, au principe de transparence, au principe de confiance mutuelle. A chaque fois, il est souligné que le joueur n'est pas informé du TPO, qu'il n'y consent pas et que ses intérêts sont bafoués.

B – Pour le TPO

Le TPO présente à n'en pas douter quelques avantages⁷⁸ qu'il convient de lister sans les enjoliver. A cela s'ajoute que beaucoup des critiques dont il souffre ne sont pas réellement fondées.

⁷⁵ Par exemple, interrogé par un député, le ministre des sports de l'époque avait répondu « *La détention par des sociétés tierces, autres que les clubs sportifs, de droits des sportifs est une pratique que dénonce le rapport d'information n° 1215 sur le fair-play financier européen et son application au modèle économique des clubs de football professionnel français déposé par Madame et Messieurs les députés Buffet, Braillard, Deguilhem et Huet et publié le 3 juillet 2013. L'interdiction pour les clubs de football professionnel français de conclure des contrats de travail avec des joueurs lorsque des sociétés tierces détiennent des droits sur les indemnités de transfert de ces derniers est déjà prévue par l'article 221 des règlements de la ligue de football professionnel qui dispose qu'« un club ne peut conclure avec des personnes morales, à l'exception d'un autre club, ou physiques, une convention dont l'objet entraîne directement ou indirectement, au bénéfice de telles personnes, une cession ou une acquisition totale ou partielle des droits patrimoniaux résultant de la fixation des diverses indemnités auxquelles il peut prétendre lors de la mutation d'un ou plusieurs joueurs ». Cet article est pris en application de l'article 18 bis du règlement du statut et du transfert des joueurs de la FIFA qui interdit déjà cette pratique. Si cette règle est bien respectée en France grâce à la vigilance de la direction nationale de contrôle et de gestion des clubs professionnels, le ministère va inviter la FIFA à renforcer le contrôle de l'application de cette interdiction à l'ensemble des clubs concernés » Q AN n°35096, JOAN Q 30/07/2013, p.8107. – *Adde* : le rapport Glavany affirme la nécessité de proscrire totalement la tierce propriété des joueurs en prenant compte de considérations « éthique, humanistes, économiques et sportives » (J. Glavany, « *Pour un modèle durable du football français* », rapport remis à Madame la Ministre des sports le 29.01.2014, [http://www.sports.gouv.fr/IMG/pdf/footdurable_rapport_m3.pdf]).*

⁷⁶ Cf. : KEA et CDES et EOSE, *Étude sur les aspects économiques et juridiques des transferts de joueurs*, étude réalisée pour la Commission européenne, janvier 2013 (<http://ec.europa.eu>)

⁷⁷ Voir la Plainte conjointe déposée devant la Commission UE par la FIFPro et l'UEFA le 26 mars 2015.

⁷⁸ P. Gonçalves, « *Brief note for a positive view on player's third party ownership* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.61.

1 – Les avantages

Les avantages financiers. – Sous une perspective financière, le TPO apparaît comme une technique de financement bien ordinaire. Dans le monde des affaires on connaît en effet les financements fondés sur le crédit : paiement à terme, prêt d'argent, billet à ordre, lettre de change relevée, affacturage, cession Dailly, et les financements dits spéculatifs : recours aux marchés boursiers, *business angels*, émission de titres divers, actions, obligations convertibles en actions, etc. Dans les deux cas, le financeur prend le risque de perdre sa mise. Mais les financements fondés sur le crédit rémunèrent le financeur sur une base déterminée à l'avance (dans un prêt d'argent, le prêteur ne peut espérer plus que les intérêts prévus comme gain à la bonne réalisation de l'opération), tandis que les financements spéculatifs offrent aux financeurs la possibilité d'espérer bien plus qu'un remboursement ou un taux d'intérêt, ils ont vocation à une portion des gains tirés de la bonne réalisation de l'opération. Le TPO peut être rangé dans cette catégorie tout à fait commune et habituelle des financements spéculatifs (ou des garanties spéculatives⁷⁹), celle dans laquelle un opérateur économique fait appel à un tiers pour financer une opération commerciale comportant des risques de pertes et des chances de gains ; opération commerciale qu'il ne peut faire avec ses propres ressources et que le tiers accepte de financer car il obtient en contrepartie de son aide au moins une chance de profiter des gains à venir. Le TPO est donc bien un moyen comme un autre de mobiliser des créances futures et incertaines liées à des opérations économiques. Il en présente tous les avantages que l'on peut décliner et « spécialiser » au monde du sport et spécifiquement du football.

Premier avantage, le recours au TPO permet du financement là où les banques trouveraient le risque trop grand pour prêter de l'argent ou accorder d'autres formes de crédits. Deuxième avantage, le recours au TPO permet aux petits clubs de recruter des joueurs qui seraient sans cela au-dessus de leurs moyens. Troisième avantage, le recours au TPO permet de dégager plus de trésorerie pour financer les autres activités du club et renforcer ainsi son assise structurelle. Il est en effet souvent souligné que les clubs disposant de peu de moyens les consacrent tous à leur effectif sportif au détriment de la construction de structures pérennes détachées des résultats sportifs (personnels administratifs, investissements immobiliers, etc.). En augmentant la trésorerie du club, le TPO peut donc faire évoluer les structures du club et l'architecture de son haut de bilan. Quatrième avantage, le recours au TPO peut être le

⁷⁹ Lorsque le TPO est constitué en garantie du remboursement d'un crédit financier.

moyen pour un dirigeant/propriétaire de club de récupérer de l'argent alors que son club est soit tout juste à l'équilibre soit carrément en défaillance. La technique, en ce qu'elle permet d'absorber en partie les risques liés à la gestion d'un effectif sportif, peut donc convaincre des investisseurs d'entrer au capital des clubs pour les reprendre ou les faire monter de catégorie. Cinquième avantage, le recours au TPO implique certes un partage des éventuels gains mais aussi un partage des risques entre le club et son financeur, d'où pour le club une garantie plus grande quant à sa stabilité financière. Sixième avantage, le TPO offre de la souplesse dans la gestion du « capital sportif » puisqu'il permet de s'abstraire des périodes de mercato et n'implique pas forcément de mutations des joueurs. En effet, le club détenteur de « droits économiques » sur un joueur peut décider de ne céder à un TPO (TPO de trésorerie) qu'une partie des droits qu'il possède (10%, 20 %) sans avoir à se séparer dudit joueur. Le club obtient donc du financement en tirant partie de son capital sportif sans être obligé de se priver de ses forces sportives en cours de compétition et sans avoir à attendre la période de mercato. D'ailleurs, le club peut aussi bien racheter ces « droits économiques » en cours de route pour augmenter sa part dans le TPO. Ce type de mouvements, associé à une excellente gestion sportive et de bonnes prédictions, permet de dégager de la trésorerie dans un premier un temps et de prendre des bénéfices dans un deuxième temps.

Une chance pour l'équité des compétitions. – En permettant aux petits clubs de s'offrir les services de joueurs qui seraient sans cela au-dessus de leurs moyens, le recours au TPO permet une meilleure répartition des talents entre les clubs riches et les clubs moins riches. L'égalité des compétiteurs ne peut s'en trouver que renforcée. A cet égard, on peut remarquer que l'UEFA se fait le chantre de l'équité des compétitions qu'elle organise, ce qui est la moindre des choses, mais pilote des mécanismes qui ne participe pas, loin s'en faut, de sa sauvegarde. Il n'est qu'à songer aux modalités de redistribution des droits audiovisuels de la Champions league qui sont gouvernées non par les résultats sportifs mais essentiellement par la proportion des montants obtenus des diffuseurs pays par pays⁸⁰.

Une chance pour l'intérêt des compétitions. – Dans la ligne de l'avantage précédent, le recours au TPO peut participer d'un

⁸⁰ Pour faire sa répartition, l'UEFA tient compte de critères sportifs (prime de participation, prime de résultat, primes de match) et d'un critère commercial appelé « market pool ». La « market pool » (ou marché national) de chaque pays est égale aux sommes déboursées par les opérateurs nationaux pour diffuser la ligue des champions sur leur territoire. Le montant total associé (tous marchés nationaux confondus) à la Market pool est distribué proportionnellement à la valeur de chaque marché TV représenté par les clubs participants à l'UEFA Champions League et est divisé entre le nombre d'équipes participantes (de quatre à une).

accroissement de l'intérêt de la compétition. L'effet positif que le TPO peut avoir sur l'égalité des chances des compétiteurs et sur le niveau des joueurs doit pouvoir rejaillir sur la qualité du spectacle sportif proposé.

Une chance pour les joueurs. – Le TPO ne profite pas qu'au club qui y a recours. Les joueurs sous TPO, et les autres, peuvent y trouver grand avantage quant à leur progression sportive. Dans sa forme relative au financement de la formation du joueur, c'est assez évident : le joueur profite des fonds investis par le TPO pour payer les frais liés à sa formation. La formation de très nombreux joueurs sud-américains est assurée traditionnellement de cette manière. Celle de beaucoup de joueurs africains l'est aussi désormais. Le schéma ne diffère pas beaucoup d'autres exemples où la formation d'un étudiant, d'un futur salarié ou d'un salarié déjà engagé est assumée financièrement par un tiers en contrepartie d'une partie des salaires à venir sur une période définie ou par l'employeur lui-même en contrepartie d'un engagement de fidélité de la part du bénéficiaire, généralement assorti d'une clause de dédit-formation.

Mais l'avantage est également sensible dans le cadre du TPO initié par un club. En effet, les footballeurs qui jouent dans des petits clubs ayant tout de même les moyens d'attirer des bons joueurs grâce au TPO côtoient ces bons joueurs. Or jouer avec des sportifs de très bon niveau contribue à un meilleur apprentissage et une plus grande progression. Jouer avec d'excellents footballeurs c'est multiplier ses chances de gagner et donc ses chances d'être ensuite convoité par un club plus réputé qui offrira de meilleures conditions financières. Si le sportif sous TPO peut ainsi directement profiter du mécanisme, tous ses coéquipiers le peuvent également. Au demeurant, il n'y a pas que des intérêts sportifs pour les joueurs sous TPO. Leurs intérêts financiers peuvent aussi coïncider avec ceux du TPO puisque ce dernier n'a aucun avantage à bloquer la progression des joueurs concernés par ses investissements et parce que, à chaque mouvement, ils ont vocation à profiter d'un « *signing-on fee* ».

Des gains de transparence. La finance internationale profite certainement encore de nombreuses zones d'opacité, régulièrement et légitimement dénoncées d'ailleurs. C'est cependant un monde où la transparence est un objectif primordial et où les mécanismes pour la garantir y sont bien maîtrisés. Les marchés financiers réglementés sur lesquels agissent nombre de fonds spéculatifs sont dominés par les obligations de transparence. Même les fonds domiciliés dans des paradis fiscaux ont l'obligation de s'enregistrer auprès des autorités de marchés des pays dans lesquels ils commercialisent leurs produits et développent leurs activités. Pour faire simple, il y a bien plus de transparence à espérer d'un fonds de TPO inscrit à un marché réglementé que d'un club détenu par un système de cascades de sociétés dont l'identité des actionnaires finaux est impossible à exiger.

2 – La critique de la critique

La finance du football. – Le TPO est critiqué parce qu'il contribue à faire sortir l'argent du cercle du monde du football en dérivant des plus-values tirées de progressions sportives vers des tiers. Cette critique résulte d'un protectionnisme simpliste et terriblement passéiste. Que sont les revenus tirés de la billetterie, du sponsoring, des droits TV ? Des revenus provenant de l'extérieur du monde du football. On devrait donc accepter que cet argent provienne de l'extérieur et imposer qu'une fois entré dans le cercle de la finance footballistique, cet argent y circule sans jamais en sortir ? A pousser le raisonnement aussi loin, il faudrait imposer aux footballeurs professionnels de ne consommer leurs salaires qu'en places de stade et en produits dérivés de marques de leurs clubs. C'est évidemment absurde. Le TPO est un moyen de financement des activités du football par apport de trésorerie extérieure : l'argent entre dans la finance du football ; il n'est pas anormal ensuite qu'il en sorte, souvent pour y être réinvesti d'ailleurs. Juridiquement, on ne voit pas pourquoi un club aurait seul le droit de récupérer les plus-values générées par une « revente » de joueur qu'il n'a pu « acheter » qu'avec l'aide d'un tiers. Sous quel prétexte juridique réserver au club un droit sur les transferts qu'un tiers se verrait refuser ? Il n'y a pas de raison que la finance du football obéisse à des règles différentes de celles qui prévalent dans d'autres secteurs. Avec le TPO, les chances de gains sont certes immenses mais les risques de perte sont en conséquence. Le recours au TPO implique aussi ce partage de risques en cas de mauvais investissements. En réalité, la finance du football en tire avantage puisque cela joue sur la pérennité financière des clubs et partant sur l'intégrité des compétitions.

L'intégrité et l'équité des compétitions. – Le TPO est critiqué car il expose les compétitions aux périls des conflits d'intérêts. Il n'y a pourtant pas plus de risques de conflits d'intérêts avec un TPO qu'avec un agent sportif qui aurait une écurie de joueurs inscrits dans plusieurs clubs concurrents. L'utilité des agents dans le monde du football, même si elle fait souvent l'objet de débats, est reconnue et les risques que leurs activités génèrent sont surveillés, contrôlés et au demeurant pas, ou tellement peu, établis. Il n'y a pas de raison de traiter différemment le TPO. Il présente une utilité. Comme n'importe quelle activité, il présente des risques potentiels. Ces risques peuvent être contrôlés.

Il n'y a pas plus de risques de conflits d'intérêts avec un TPO qu'avec un établissement bancaire qui serait créancier de plusieurs clubs participant à un même championnat.

Par ailleurs, l'argument de l'intégrité des compétitions doit être relativisé. En effet, en permettant une fenêtre de *mercato* au mois de janvier, c'est-à-dire en plein cœur des championnats européens, la FIFA admet et organise une perturbation des effectifs sportifs, et donc des résultats des compétitions, alors que ces dernières sont en cours. Les règles de la FIFA permettent également aux clubs de prévoir contractuellement des clauses d'*earn out* dans les transferts, ou de prêter leurs joueurs à d'autres clubs le temps d'une saison. Ce sont pourtant des situations où le club conserve une influence, du moins un intérêt, sur un joueur qui n'affiche pas ses couleurs dans la compétition. C'est bien la preuve que ce concept d'intégrité et d'équité des compétitions n'est pas si absolu que les autorités du football veulent bien le faire croire.

Transparence. – Les fonds d'investissements spéculatifs ne sont ni plus ni moins opaques que toutes les autres sources de financement du football. Bien sûr, certains fonds et non des moindres sont installés dans des pays à fiscalité privilégiée⁸¹. Mais beaucoup de banques traditionnelles y sont aussi installées, nombre d'actionnaires ou de propriétaires de clubs de football y ont leur siège ou au moins un établissement. Et la FIFA n'est-elle pas elle-même installée dans un paradis juridico-fiscal ? Souligner – surligner devrait-on dire – l'opacité des fonds de TPO pour justifier leur interdiction participe d'un fantasme à la limite du mensonge. Tracer les fonds qui permettent le financement des transferts est aisé. Les comptes des clubs sont suffisamment surveillés pour cela et il n'y a pas de motif raisonnable pour interdire un mode de financement sous prétexte que l'identité des actionnaires de la société de TPO ou l'origine des fonds qui y transitent est mal connue. A-t-on jamais vraiment connaissance de l'identité des actionnaires d'une banque ?

Le souci de la transparence est évidemment et éminemment légitime⁸². L'inquiétude de la FIFA s'inscrit assez bien dans ce mouvement sociétal multipliant 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 de transparence doit être manipulée avec précaution. En aucune manière elle ne peut justifier une interdiction absolue d'une pratique. Bien mieux, elle doit composer avec le droit au respect de la vie privée dont le droit au secret des affaires⁸³ est une facette⁸⁴.

⁸¹ Doyen sports est ainsi une société dont le siège est à Malte étant précisé que Malte est un Etat membre de l'Union européenne depuis le 1^{er} mai 2004.

⁸² Rapport annuel de la Cour de cassation 2010 : Le droit de savoir.

⁸³ F. Moulière, « *Secret des affaires et vie privée* », D. 2012, p.571. Ce n'est pas parce que la Cour de cassation a récemment réservé l'article 9 du Code civil aux personnes physiques

D'ailleurs, on pourrait réclamer de la FIFA un peu de cohérence dans ses combats. Impose-t-elle par exemple à ses fédérations nationales une exigence de transparence s'agissant de l'actionnariat des clubs ? Impose-t-elle un contrôle de moralité aux dirigeants et propriétaires des clubs ? Pourtant, conformément à la volonté de la FIFA, les clubs sont les seuls à pouvoir agir et spéculer sur le marché des transferts. Ici, l'opacité serait satisfaisante quand elle serait, là, nécessairement source de fraude...

Si l'on cherche la transparence, ne suffit-il pas de soumettre les fonds de TPO, certains le sont déjà, à toutes les obligations déclaratives qui pèsent sur les fonds de placement, les fonds de capital-risque, et autres sociétés financières agissant sur des marchés réglementés et enregistrés à ce titre auprès d'autorités officielles de marchés ?

Les droits fondamentaux du joueur. – Dire du TPO qu'il est un vecteur d'appropriation de la personne humaine est un non-sens. Ce n'est même pas un raccourci acceptable dans un bar des sports de la Canebière. Tout le monde comprend en effet que les droits que revendique le TPO pour garantie de son soutien ne sont rien d'autres que les droits sur lesquels les clubs eux-mêmes spéculent avec la bénédiction des autorités du football. L'« esclavage » monopolistique des clubs serait ainsi encouragé quand la « copropriété » des TPO serait inacceptable⁸⁵.

Pas plus que le club, le TPO n'a évidemment aucun droit de propriété sur le corps du joueur ou sur sa personne. Aucun pays n'admet ce rapport juridique d'une personne sur une autre personne qui serait ravalée au rang de chose. Le TPO ne confère aucun droit réel sur le sportif ou sur sa force de travail. Ce n'est qu'un droit personnel soit sur les résultats financiers, positifs ou négatifs d'une opération future et incertaine de transfert concernant le joueur, soit sur les gains futurs et éventuels du sportif. Le joueur conserve sa liberté de choisir son employeur, de rester dans son club ou d'aller conclure un contrat de travail avec un autre. Encore moins que l'employeur dont le pouvoir hiérarchique ne saurait lui permettre de transférer le salarié sans son accord, le TPO ne dispose du pouvoir d'imposer au joueur le lieu

(Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 2016, n°15-14072) que les sociétés ne disposent plus d'un droit relatif au secret de leurs activités.

⁸⁴ Cf. : 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.

⁸⁵ Cf. J. Lindholm, « *Can I please have a slice of Ronaldo? The legality of FIFA's ban on third-party ownership under European union law* », *International Sports Law Journal* 2016, vol. 15, issue 3, p.137 : « *It is difficult to see how having one slave owner is preferable to having two or more* ».

d'exercice de son talent. Que le TPO cherche à le convaincre d'accepter une mutation dont il tirera profit est naturel. Ça n'en rend pas le joueur esclave ; pas plus qu'il n'est esclave de son club qui cherchera lui aussi à le convaincre de changer d'horizon dans l'espoir d'une plus-value ; pas plus qu'il n'est esclave de son agent dont l'intérêt est porté par l'obtention de conditions salariales toujours plus importantes pour son client. En réalité, le salarié est déjà suffisamment protégé par les règles les plus communes du droit du travail et le TPO ne le met pas plus ni moins en danger que la relation contractuelle qu'il entretient avec son employeur.

Le TPO de formation reste en tout état de cause fortement stigmatisé comme une forme moderne d'esclavage. C'est que dans cette catégorie de TPO, l'idée que le joueur doit payer (rembourser) lui-même la société ayant financé sa formation est regardée comme une obligation au travail, un travail forcé. Cette angoisse est cependant sur-jouée. Outre que le contrat de TPO ne confère aucun droit réel sur le joueur et le laisse libre de continuer ou non sa carrière comme de choisir son employeur, il doit être souligné que le monde du football maîtrise depuis bien longtemps les mécanismes permettant de faire garantir les dettes personnelles des joueurs par leur club employeur. Par exemple, en matière de résiliation de contrat de travail par le joueur sans juste cause, son nouveau club est solidairement responsable du paiement de l'indemnité à son ancien employeur⁸⁶ et il est aussi sanctionnable sur le terrain disciplinaire.

On ne peut nier qu'il existe des accords de TPO contenant des clauses particulièrement agressives pour les joueurs et partant très nocives pour leur liberté. Mais la technique de TPO n'implique pas nécessairement l'utilisation de telles clauses attentatoires à la liberté du joueur concerné ou à celles de son club employeur. Il ne faut pas faire des dévoiements exceptionnels le genre et pour cette raison condamner le genre tout entier.

Danger pour la stabilité. – Ce n'est pas le TPO qui viole le principe de stabilité issu des articles 13 à 17 du Règlement FIFA. Le principe de stabilité n'est en effet pas un principe absolu et le TPO n'implique pas une violation de la période de stabilité. Le TPO ne met pas à l'écart la règle d'origine sportive. Le TPO ne peut ignorer l'application des articles 13 à 17 du règlement FIFA. Le joueur n'est pas forcé à violer ses engagements ni la période de stabilité qu'il a promise de même qu'il n'impose pas aux clubs concernés dans l'opération de transfert à réaliser la mutation au mépris de la règle FIFA. Le transfert, pour se réaliser conformément à cette règle, reste une opération consensuelle pour

⁸⁶ Art. 17 du règlement FIFA sur le statut et le transfert des joueurs.

laquelle chaque partie doit être d'accord sans que l'on puisse affirmer que le TPO vicie les consentements recueillis, ni par erreur, ni par dol, ni même par violence. C'est qu'en réalité le principe de stabilité contractuelle consacré par le Règlement FIFA ne signifie pas qu'il faille éviter les mutations de joueurs. Il tend simplement à rappeler le principe universel *Pacta sunt servanda*. Et même si on associait ce (mal désigné) principe de stabilité contractuelle à un objectif de stabilité des effectifs, il faudrait par exemple remarquer que le TPO a permis justement au club brésilien Santos de conserver Neymar jusqu'en 2013 alors qu'il aurait certainement été transféré dans un club européen dès 2006⁸⁷. Le TPO n'est donc pas nécessairement un facteur d'accélération des mutations de joueurs. C'est plus sûrement et plus simplement leur progression sportive et l'augmentation corrélative de leur valeur qui influent sur leurs mutations, que la plus-value soit ensuite retirée par un club ou par un TPO n'y change rien.

Un danger pour la politique de recrutement des clubs (influence). – Comme il vient d'être dit, l'existence d'un TPO n'a pas pour conséquence nécessaire une accélération des mutations de joueurs. Rien ne démontre en effet qu'il puisse être le déterminant exclusif de la politique de recrutement d'un club. Il est évident qu'en augmentant les capacités financières du club il permet de déclencher plus facilement l'acte d'achat mais il ne le fait pas plus que ne le font l'augmentation des droits audiovisuels ou la signature d'un excellent contrat de sponsoring. Les opérateurs audiovisuels comme les équipementiers ou autres sponsors ne sont-ils pas des tiers ? Ils influencent eux aussi la politique d'achat des clubs. Comme la politique de vente d'ailleurs. Que des droits TV diminuent, qu'un sponsor décide de mettre fin à son partenariat et ce sont des joueurs qu'il faudra vendre pour adapter la masse salariale à la réalité d'un nouveau budget. De là à dire que les diffuseurs audiovisuels ou que les sponsors ont le contrôle d'une politique de recrutement, il y a un pas que l'on ne saurait franchir sans précaution. En réalité, les TPO n'ont pas plus ni moins d'influence qu'un sponsor ou même que les supporteurs dans la mise en œuvre d'une politique de recrutement de club. Ils y ont un intérêt c'est certain mais leur influence, si elle existe, est minime et n'est pas différente d'autres parties prenantes.

⁸⁷ 40 % des droits économiques de Neymar étaient détenus par le Groupe Esporte Dis, TPO partenaire du club de Santos et ce même club avait cédé 5% de ses droits à Terceira estrela investimentos SA, un autre TPO créé par ses soins. Cf: <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http://www.santosfc.com.br/noticias/conteudo.asp?id=23416&title=%C2%AB%C2%A0NOTA%20OFICIAL%3A%20Santos%20FC%20esclarece%20rela%C3%A7%C3%A3o%20com%20a%20Terceira%20Estrela%20Investimentos%20S.A.%C2%A0%C2%BB>

Par ailleurs, en ayant recours à un TPO lors du recrutement d'un joueur, le club admet par avance, c'est sa propre décision, qu'un futur transfert est envisagé pour le joueur concerné. Sous cet angle il est ainsi spécieux de dénigrer l'influence qu'aurait le TPO sur la politique de recrutement du joueur.

Il faut noter que la nouvelle interdiction de la FIFA n'interdit pas qu'un club puisse obtenir au titre d'un contrat de transfert une clause de « sell-on » ou « d'earn-out », c'est-à-dire un pourcentage sur le transfert futur et éventuel du joueur concerné du club acheteur vers un autre club acheteur. Dans cette hypothèse, le club vendeur conserverait une certaine influence sur la politique de vente du club acheteur ainsi que sur la politique de recrutement du deuxième club acheteur. Il y a là une situation bien plus inquiétante pour l'intégrité des compétitions que dans l'hypothèse où c'est un TPO, n'ayant aucun intérêt sportif direct, qui détient un droit de partage sur les bénéfices liés au transfert du joueur.

Le fair-play financier. – Une des finalités poursuivies par le Fair-play financier et plus largement le contrôle de gestion mis en place par les instances sportives est de préserver l'intégrité de la compétition des conséquences d'une liquidation ou d'une faillite d'un club en cours de compétition. Le TPO peut constituer un des moyens d'atteindre cet objectif puisqu'il permet au club qui y a recours de faire face à d'éventuelles difficultés financières en mobilisant très rapidement son capital sportif sans être contraint par les fenêtres du marché des transferts. A cet égard, on peut signaler que le TPO est absolument vital pour les clubs d'Amérique du Sud dont la gestion financière est souvent erratique et qui trouvent dans les tiers investisseurs, parfois à la barre d'un tribunal, le seul moyen de se renflouer en cours de championnat. Plus largement, en renforçant l'égalité entre les compétiteurs et en accroissant l'équité et donc l'intérêt des compétitions, le TPO s'inscrit dans les objectifs poursuivis par la mise en place du Fair-play financier.

La stabilité financière des clubs. – La critique selon laquelle les TPO agiraient comme des revendeurs de drogue cherchant à créer l'addiction ne peut porter. Trop grossière, elle laisse entendre que les clubs et leurs dirigeants qui ont recours au TPO ne sont que de vulgaires drogués. Autant la protection des consommateurs contre les dangers de l'excès de crédit trouve quelque justification, autant celle des professionnels ne se justifie pas. Le crédit est un carburant de l'économie ; on n'imagine pas interdire purement et simplement les banquiers sous prétexte que leur activité, licite, peut créer chez certains esprits faibles une forme d'intempérance financière. Les dirigeants de

clubs sont censés être des professionnels aguerris. Ils sont accompagnés de directeurs financiers, de directeurs juridiques, de services de contrôle de gestion, ils profitent des formations mises en place par les syndicats des clubs et les ligues professionnelles, ils ont toutes les armes pour résister « aux vendeurs de drogues ».

La réputation. - Interdire le TPO sous prétexte de risques d'une mauvaise réputation pour le football serait une solution bien trop radicale. Toute activité humaine expose à un risque de procès. Faudrait-il interdire toute forme d'activités humaines ? C'est absurde d'autant que l'image des entreprises, l'image des fédérations, à la différence de l'image des personnes physiques sont relativement immunisées contre les procès même très médiatisés.

Gouvernance sportive. – Le rôle des instances sportives est d'organiser et de réguler leurs compétitions. Qu'elles aient une volonté d'hégémonie sur tous les aspects de leurs compétitions, des plus directs au plus indirects, est compréhensible. Que cette volonté se réalise pleinement le serait moins. Comme elles ont à souffrir du pouvoir normatif des Etats, les instances sportives doivent aussi souffrir le pouvoir économique de ceux qui investissent dans le sport. Elles se sont habituées aux « stakeholders » traditionnels que sont les diffuseurs audiovisuels et les sponsors. Elles s'habituent aux agents. Elles s'habitueront aux TPO. Il y aura certainement des frictions mais c'est plutôt sain.

L'éthique. – Le discours éthique pour condamner le TPO est tellement artificiel et axiomatique qu'il n'est pas vraiment besoin de le discuter. Et puis, il faut bien le dire, ces derniers temps, les leçons de morale et d'éthique financière provenant de la FIFA ont une saveur particulière. L'argument éthique dans le football est en réalité aujourd'hui complètement déconsidéré. La rigueur intellectuelle est bien plus éthique que toutes les démagogies pour journalistes.

II – Validité de l'interdiction

L'interdiction totale des TPO est manifestement disproportionnée. Au point d'ailleurs que l'idée d'un passage vers une régulation plus souple est déjà exprimée par la FIFA⁸⁸. Il faut dire que la contestation ne s'est pas fait attendre. Plusieurs recours sont en effet pendants devant des instances nationales et la Commission européenne. Aujourd'hui

⁸⁸ Cf. R. David, « TPO/TPI : a regulation rather than a ban ? », *Football Legal* n°5, 2016, p.61.

nombre de voix s'élèvent contre l'interdiction des TPO (A) et militent plutôt pour leur régulation (B).

A – Contre l'interdiction du TPO

Mesure privée de police économique, l'interdiction totale des TPO fait évidemment naître un doute quant à sa conformité au droit de l'Union européenne. On ne peut donc manquer de la confronter avec les principes du droit de la concurrence et les principes des libertés et droit fondamentaux des traités européens. L'objectivité scientifique commande d'examiner, au prisme de ces principes, la pratique du TPO elle-même. La rigueur intellectuelle implique par ailleurs de confronter la pratique comme l'interdiction aux ordres juridiques nationaux.

1 – Conformité au droit de l'UE

Le droit de la concurrence de l'UE a sans aucun doute vocation à s'appliquer à un règlement tel que le Règlement FIFA interdisant le recours au TPO. Le sport est une activité économique⁸⁹, le football professionnel l'est aussi, les activités d'intermédiaires le sont également : tout conduit à considérer que l'activité de TPO qui consiste à financer les opérations de recrutement de footballeurs professionnels le soit⁹⁰.

⁸⁹ Par ex. : CJCE, 12 décembre 1974, aff. 36/74, B.N.O. *Walrave, L.J.N. Koch c/ Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie & Federación Española Ciclismo*, Rec. 1974, 01405. – CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, I-04921. – CJUE, 18 juillet 2006, aff. C-519/04 P, *David Meca-Medina and Igor Majcen c/ Commission*, Rec. 2006, 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. Cheynet ; JCP G 2006, II, 10194, note C. Miège ; Rev. jur. Liège, Mons et Bruxelles 2006, p.1799, note M. Wathelet ; JDI 2007, p.662, obs. C. Prieto ; LPA n°231, 2006, p.13, obs. P. Arhel ; Europe oct. 2006, n°290, p.23, obs. L. Idot.

⁹⁰ Ex. multis : S. Hornsby et C. Smith, « *The FIFA ban on third party ownership and EU law* », World Sports Law Report 2015, vol. 13, issue n°3, p.8. – J. Lindholm, « *Can I please have a slice of Ronaldo? The legality of FIFA's ban on third-party ownership under European Union Law* », International Sports Law Journal 2016, vol. 15, issue 3, p.137. – M. Del Fabro, « *The ban on TPO and its potential breach of EU law* », World Sports Law Report 2015 Vol. 13, Issue n°12.

a – Conformité avec le principe de liberté de la concurrence

Le TPO est-il conforme à l'article 101 du TFUE ? – L'article 101 du TFUE sanctionne les ententes illicites d'une nullité, susceptible d'exemption individuelle. Pour justifier l'illicéité de l'entente, il faut, on le sait, vérifier si la mesure en cause constitue « un accord entre entreprises, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée », si elle est « susceptible d'affecter le commerce entre États membres » et si elle a « pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ». Et pour sauver de la nullité une mesure jugée au préalable illicite, il faut vérifier si elle permet un gain d'efficacité, réserve une partie équitable de ce gain aux utilisateurs, n'est pas inutile ou disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis et n'élimine pas la concurrence ; ces conditions étant cumulatives.

Selon la plainte conjointe déposée devant la Commission par la FIFPro et l'UEFA, les accords de TPO constitueraient des « pratiques concertées » entre les clubs qui auraient des effets anticoncurrentiels sur le marché européen des transferts ainsi que sur le marché des droits audiovisuels liés au football. Ils entraîneraient notamment une inflation des prix de transfert des joueurs. Autrement dit, le contrat de TPO n'est pas visé en lui-même comme réalisant l'entente, mais c'est la multiplication de ces contrats qui révélerait une pratique concertée entre les clubs y ayant recours et donc une entente entre eux⁹¹.

Cette vision peut séduire au premier abord mais elle ne résiste pas longtemps à l'analyse. En effet, les accords de TPO sont très différents les uns des autres et il ne faut pas croire qu'il n'existe sur ce marché que l'entreprise Doyen. Doyen Sports a certes une position de leader en Europe mais nombre d'autres sociétés et fonds agissent selon des procédés différents : TPO de trésorerie, TPO de transfert, voire TPO de

⁹¹ Aucun contrat de TPO pris isolément ne saurait être qualifié d'entente illicite. Il n'est d'abord pas systématiquement un accord au sens de l'article 101 du TFUE car certains fonds de TPO sont détenus à 100% ou presque par les clubs avec qui ils traitent tandis que d'autres sont détenus par des personnes morales ou physiques qui par ailleurs détiennent le contrôle des clubs faisant appel aux services des fonds de TPO en cause. Selon la CJUE, un groupe de sociétés est susceptible de constituer une seule et même entreprise au sens de l'article 101 si « la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché » car dans cette hypothèse, les deux personnes juridiques forment une « unité économique » (CJCE 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission*, n°48-69, Rec. 1972, -00619. – CJCE 12 juillet 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c/ Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, aff. 170/83, Rec. 1984 - 02999). Il n'est ensuite jamais suffisamment important par rapport au marché pertinent en cause pour franchir le seuil de sensibilité qui déclencherait la mise en œuvre de l'article 101 du TFUE.

formation. Il n'est pas prouvé ensuite que tous les clubs recourent à cette technique ou y recourraient si d'aventure elle était libéralisée dans leur juridiction. Surtout, il nous paraît impossible de démontrer la restriction de concurrence qui serait liée à ces pratiques. Pris isolément, aucun accord de TPO n'est suffisamment important par rapport au marché pertinent en cause pour franchir le seuil de sensibilité. Pris ensemble, ils ne peuvent à notre sens être considérés au titre de la notion « *d'effet cumulatif de contrats identiques* »⁹² puisque justement les contrats de TPO ne sont pas tous substantiellement identiques comme c'est par exemple le cas dans les « contrats de bière ». Enfin, en aucun cas on ne peut dire que leur *objet* serait restrictif. Bien au contraire, c'est généralement pour rattraper un déficit concurrentiel que le TPO est utilisé par certains clubs, pour fluidifier le marché et non pour l'obstruer. D'ailleurs, à vouloir tout de même prétendre à l'illicéité de la pratique, il faudrait aussi reconnaître justement le gain d'efficacité que génère le TPO (le TPO permet de corriger certains déséquilibres de ressources et donc de limiter la puissance des clubs déjà puissants) dont une partie profite aux consommateurs de spectacle sportifs en ce qu'ils peuvent espérer des corrections de marché un aléa sportif plus grand, partant un spectacle plus intéressant.

L'interdiction du TPO est-elle conforme à l'article 101 du TFUE ? – La FIFA est une « association d'entreprises »⁹³ au sens donné notamment par les jurisprudences *Höfner*⁹⁴ et *Frubo*⁹⁵. Le règlement FIFA du statut et du transfert des joueurs est donc soumis à l'article 101 du TFUE comme « décision d'association d'entreprises ». Il y est d'autant

⁹² Cf. : CJCE 28 février 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. 1991, I-00935 ; RTD com. 1992, 296, obs. C. Bolze ; RTD eur. 1991, p.494, note R. Kovar ; JDI 1991, p.485, note M.-A. Hermitte ; JDI 1992 p.419, note V. Constantinesco et D. Simon ; Rev. concur., conso., 1991, p.35, obs. G. Dalens ; Contrats, concur., conso. 1991, n°6, p.10, obs. L. Vogel. – CJCE 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, Rec. 1994, I-01477 ; D. 1995, jur., 18, obs. J. Duthéil de la Rochère ; LPA, 1995, n°17, p.15, obs. C. Gavalda ; JCP E 1994, 1, 415, obs. C. Gavalda et G. Parléani ; Europe, 1994, n°243, obs. L. Idot ; LPA, 1995, n° 31 et 6, obs. O. Raymundie ; Europe, 1994, n°223 et 230, obs. D. Simon ; JDI 1995, p.427, note D. Simon ; Rev. arb. 1995, p.505, note P. Fouchard.

⁹³ TPIUE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Laurent Piau c/ Commission & FIFA*, Rec. 2005, 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. – *Adde* : Commission staff working document « The EU and sport: background and context », accompagnant le Livre blanc sur le sport, p.66.

⁹⁴ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, Rec. 1991, I-01979 ; Gaz. Pal. 1992, I, jur., p.200, obs. A. Canelutti ; JDI 1992, p.467, obs. M.-A. Hermitte ; RJS 1991, p.474.

⁹⁵ CJCE, 15 mai 1975, aff. 71/74, *Frubo c/ Commission*, Rec. 1975, 00563 ; JDI 1977, p.186, obs. R. Kovar.

plus qu'aucune prérogative de puissance publique ne saurait être mise en avant par la FIFA pour exclure son activité de la sphère économique et l'immuniser contre cet article⁹⁶.

En tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice, de la pratique décisionnelle de la Commission et des lignes directrices qu'elle a adoptées en 2004⁹⁷, il est évident qu'un règlement d'une association d'entreprises qui interdit un service de financement 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 ». Une telle interdiction est par nature restrictive de concurrence puisqu'elle diminue la rivalité entre les membres de l'entente (les clubs) et a une incidence défavorable sensible sur un paramètre essentiel de la concurrence : la production et la diversité des services de financement offerts.

L'article 18ter a non seulement pour *effet* mais a surtout pour *objet* de restreindre le jeu normal de la concurrence. Il diminue les possibilités et les techniques d'investissements ce qui constitue en soi une restriction de concurrence par l'objet⁹⁸. Il réalise une exclusion⁹⁹ en ce qu'il empêche tous les opérateurs autres que les clubs de faire commerce de ces valeurs que l'on désigne mal sous l'appellation de « droits économiques ». Il implique une discrimination dans la mesure où les fonds de TPO, les établissements bancaires, les agents, et même les joueurs sont exclus de ce commerce réservé aux seuls clubs indirectement membres de la FIFA. Cela correspond finalement assez bien à un « boycottage collectif »¹⁰⁰ dont la nocivité n'a plus à être démontrée¹⁰¹.

⁹⁶ CJCE, 19 janvier 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, Rec. 1994, I-00043 ; D. 1995, Jur., p.34, note G. Lhuilier. 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 concurrence : CJCE, 24 octobre 2002, aff. C-82/01 P, *Aéroports de Paris c/ Commission*, Rec. 2002, I-09297 ; Rev. dr. UE, 2002, n°4, p.857, note N. Falcone ; AJDA 2003, p.437, obs. J.-Y. Chérot.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Un gel, même provisoire, des acquisitions de points de distribution décidé par des opérateurs d'un marché a été considéré comme une restriction par objet : Décision de la Commission du 29 septembre 2004 (aff. COMP/C.37.750/B2, *Brasseries Kronenbourg/Brasseries Heineken*), JO L. 184 15/7/2005, p.57.

⁹⁹ L'exclusion d'un marché présente objectivement un degré de nocivité suffisant pour que l'impact négatif sur la concurrence effectif n'ait pas besoin d'être démontré. Sur cette notion de « degré de nocivité », cf. : CJUE 11 septembre 2014, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, aff. C-67/13 P. ; RLDA 2014, n°98, p.43, obs. A. Giraud ; Rev. Lamy dr. concurr., 2015, n°42, p.36, obs. C. Robin.

¹⁰⁰ TPICE, 20 mars 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG et autres c/ Commission*, aff. T-9/99, Rec. 2002, II-01487, Rev. dr. UE 2002, n°2, p.398, obs. N. Falcone « un boycottage peut être imputé à une entreprise sans qu'il y ait besoin que celle-ci participe effectivement ou même puisse participer à sa mise en œuvre. En effet, la position contraire

En élargissant le prisme, on peut aussi affirmer que la mesure oppose un obstacle infranchissable à des opérateurs capables de fournir des services alternatifs de financement aux clubs professionnels de football qui n'ont d'autres choix que de se tourner vers les établissements bancaires traditionnels pour conclure avec eux des opérations de financement classiques assorties de techniques de garanties ordinaires. D'une certaine manière, il offre un monopole (sur un marché certes restreint) à une seule catégorie d'opérateurs économiques. C'est aussi une restriction par *objet*.

Pire, il est manifeste que la mesure d'interdiction réalise non seulement une restriction par *objet* mais encore une restriction à ce point « caractérisée » qu'elle en est injustifiable¹⁰².

De toute façon, il faut être bien convaincu qu'il n'y a nul recours à attendre des possibilités d'exemption offertes par le traité.

En premier lieu, le soi-disant critère de « l'inhérence » qui découlerait, selon la Commission européenne¹⁰³, de la jurisprudence *Wouters*¹⁰⁴ n'est pas pertinent en l'occurrence¹⁰⁵. Outre son existence discutable, il est inapplicable à la cause puisque 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. 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 TPO. Elle n'a donc aucune légitimité qui rendrait son intervention « indispensable » en matière de régulation de l'activité de TPO.

mènerait au résultat que les entreprises qui ont approuvé des mesures de boycottage mais qui n'ont pas trouvé l'occasion d'adopter elles-mêmes une mesure pour le mettre en œuvre échapperaient à toute forme de responsabilité pour leur participation à l'accord ».

¹⁰¹ Cf. : Décision de la Commission, du 23 juillet 1974, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/426 - *Papiers peints de Belgique*), JO L 237 29/8/1974, p.3.

¹⁰² Même si la notion de « restriction caractérisée » (ou d'« hardcore restriction ») a été ravalée par la CJUE (CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, Rec. 2011, I-09419) au rang des notions de simple *soft law* utilisées par la Commission (pt. 23, 46, 55, 79 et 82 des Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, §3, du TFUE, op. cit), elle sert encore à désigner des ententes tellement nocives pour la concurrence qu'il est « fort peu probable » qu'elles puissent en pratique remplir cumulativement les quatre conditions d'exemption.

¹⁰³ Livre blanc sur le sport, 11 juillet 2007, COM(2007) 391 final (p.14). – Adde : J.-L. Arnaut, *Indépendant european sport review*, 2006, p.47.

¹⁰⁴ CJUE, 19 février 2002, aff. C-309/99, *Wouters c/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Rec. 2002, I-01577 ; Contrats, concur., consom., 2002, n°64, p.38, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

¹⁰⁵ 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.

En second lieu, aucune des quatre conditions d'exemption n'est présente. Le règlement n'améliore pas la production ou la distribution des services, bien au contraire. Il n'a aucun effet pro-concurrentiel et ne trouve pas de justification légitime. Il est d'ailleurs significatif que la FIFA et l'UEFA n'aient jamais pris le soin d'afficher officiellement et publiquement leurs objectifs pour expliquer leur démarche. C'est que beaucoup des véritables raisons de cette interdiction sont inavouables. Car derrière la volonté de préserver l'intégrité des résultats des compétitions (objectif parfaitement légitime mais qui n'autorise pas tout), la FIFA et l'UEFA sont surtout soucieuses d'exclure des marchés qu'elles régulent des opérateurs (les TPO) sur lesquels elles n'ont aucune prise juridique puisqu'ils ne sont membres de ces organisations ni directement ni indirectement. Elles sont surtout intéressées à préserver la circularité de la finance du football et l'indépendance de décisions des clubs¹⁰⁶. Ces objectifs sont totalement illégitimes et condamnables, et à leur contact tous les autres prétextes deviennent fallacieux. D'autant plus fallacieux qu'elles ne peuvent se réclamer d'aucune prérogative de puissance publique propre à faire bénéficier de l'allègement du test de proportionnalité réservé aux Etats et qu'une mesure d'interdiction absolue n'est (presque) jamais la mesure la plus adaptée et la plus proportionnée. Ajoutons à cela que la supposée proportionnalité d'une mesure ne saurait en aucun cas couvrir un effet d'élimination de la concurrence. Or l'interdiction d'une technique de financement alternative sur un marché où s'échangent certains services, confère un monopole à ceux qui offrent la technique traditionnelle de financement. La concurrence sur ce marché du financement est éliminée ce qui empêche toute exemption individuelle, peu importe les mérites des justifications avancées par ailleurs.

Supportant la charge de la preuve que les quatre conditions d'exemption sont cumulativement remplies, la FIFA aura bien de la peine à couvrir l'illicéité de sa mesure.

Interrogée récemment sur la question, l'autorité espagnole de la concurrence a très sèchement affirmé que la mesure d'interdiction prise par la fédération espagnole sur injonction de la FIFA n'était absolument pas proportionnée, qu'elle était nocive pour les consommateurs et qu'à ce titre elle était en contradiction avec le droit espagnol de la concurrence et le TFUE¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Cf. la recension d'une réunion de l'Intergroupe Sport du Parlement européen organisée le 26 janvier 2016 avec la présence de représentants de la FIFA et de l'UEFA : R. David, « TPO/TPI : a regulation rather than a ban ? », *Football Legal* n°5, 2016, p.61.

¹⁰⁷ Comisión nacional de los mercados y la competencia, 2 juillet 2015, INF/CNMC/002/15 Informe sobre la prohibición de la propiedad de los derechos económicos de los jugadores de fútbol por parte de terceros (www.cnmc.es).

Le TPO est-il conforme à l'article 102 du TFUE ? – Dans leur plainte conjointe, l'UEFA et la FIFPro soutiennent que certaines sociétés de TPO occupent une position dominante dont elles abuseraient.

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 ». Plusieurs marchés sont en l'occurrence concernés par les techniques de TPO. Le plus directement touché est le marché des services de financement des opérations de recrutement de footballeurs professionnels. Un marché sur lequel les clubs (et les joueurs) sont des utilisateurs, tandis que les TPO (et les banques traditionnelles) sont des prestataires. Les autres marchés indirectement concernés sont le marché des recrutements et transferts des talents sportifs et le marché des intermédiaires du sport.

Sans être économiste, il paraîtrait curieux qu'une société de TPO soit réellement dominante à titre individuel sur l'un de ces marchés¹⁰⁸. Bien que Doyen Sports fasse régulièrement la une des journaux, il ne saurait en être déduit qu'elle détient une part significative du marché de services de financement des opérations de recrutement de footballeurs. À côté de la puissance de la plupart des banques traitant avec les clubs de football, Doyen fait juste figure de nain. Et même en réduisant le marché pertinent aux seules entreprises offrant des services alternatifs de financement comme les accords de TPO, il n'est nullement prouvé que Doyen sports détienne une part de marché suffisante pour caractériser une domination¹⁰⁹. Pour que la caractérisation d'une position dominante soit envisageable, il faudrait selon la Commission que l'entreprise en cause occupe au moins 40% des parts du marché¹¹⁰. Et dans cette hypothèse encore faudrait-il démontrer l'abus pour condamner la pratique. Or il n'y a pas d'abus automatique dans la pratique du TPO. Qu'un créancier s'octroie un certain pouvoir de contrôle et de suite sur les activités de son débiteur n'a rien que de très commun. Tous les contrats de financement, même les plus traditionnels, comportent des

¹⁰⁸ Une étude récente (financée par la FIFA), dont quelques extraits seulement ont été publiés, avance le fait que les TPO représentent 9,68 % du montant total des indemnités de transfert payées en 2013 (cf. : CDES et CIES, *Research on third-party ownership of players economic rights*, 30 avril 2014. – *Adde* : J.-F. Brocard, « *Le poids du TPO avant son interdiction* », *Jurispport* n°160, janvier 2016, p.24). C'est peu !

¹⁰⁹ En comparant les documents financiers de Doyen sports récupérés sur <https://footballleaks2015.wordpress.com/2016/01/27/doyen-sports-map-of-deals-and-transactions-updates-until-10-march-2015/>, qui n'ont pour cette raison pas de valeur scientifique certaine, avec les résultats de l'étude précédemment citée (trop partiellement publiée pour être vérifiée), on peut conclure que Doyen sports ne représente que moins de 18% du marché des TPO dans le monde.

¹¹⁰ Cf. : Communication de la Commission : 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, 24/2/2009, p.7, spéc. §14.

clauses répondant à cet objectif et toutes les techniques de sûretés (cautionnement, hypothèse, nantissement, etc.) s'appuient sur ce type de stipulations qui n'ont, *per se*, rien d'inéquitable ou de discriminatoire.

L'interdiction du TPO est-elle conforme à l'article 102 du TFUE ? – L'article 18ter du règlement FIFA sur le statut et le transfert des joueurs ne vise pas à réguler autre chose que le marché des services de financement des opérations de recrutement de footballeurs professionnels mais il a certainement aussi des effets indirects sur le marché des recrutements et transferts des talents sportifs qui est nécessairement concerné par une réglementation spécifique portant sur une des techniques permettant leur financement. Et sur ce marché accessoire 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 du financement, 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 difficulté¹¹¹, il est tout aussi évident qu'elle n'est pas elle-même acteur du marché du financement. 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 »¹¹².

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

¹¹¹ Livre blanc sur le sport, COM(2007) 391 final, Annexe I, p. 68. – CJCE, 1^{er} juillet 2008, aff. C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID c/ Elliniko Dimosio*, Rec. 2008, 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, concur., 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.

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

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 *Pian*¹¹³. 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 »¹¹⁴. A notre sens, ils se présentent toujours comme tels aujourd'hui quant au marché du financement des opérations de transfert.

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 »¹¹⁵. La question est alors de savoir si elle en abuse.

La FIFA abuse-t-elle de sa position de dominance collective en édictant un règlement par lequel elle interdit à ses membres d'avoir recours aux techniques de TPO ? Cette interdiction est-elle de nature « à porter atteinte à une concurrence effective »¹¹⁶ et/ou « à influencer la structure du marché »¹¹⁷ ? La réponse à une telle question est acquise puisque les

¹¹³ 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).

¹¹⁴ TPICE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, *Pian*, *op. cit.*, §113.

¹¹⁵ CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, pt. 41, Rec. 1979, p.461.

¹¹⁶ CJCE, 9 novembre 1983, aff. 322/81, *Michelin c/ Commission*, pt. 57, Rec. 1983, 3461. – TPICE, 7 octobre 1999, aff. T-228/97, *Irish Sugar plc c/ Commission*, pt.112, Rec. 1999, 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.

¹¹⁷ CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, *Hoffmann*, *op. cit.*, pt. 91. – CJCE, 9 novembre 1983, aff. 322/81, *Michelin*, *op. cit.* – CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *AKZO Chemie BV c/ Commission*, pt.69, Rec. 1991, I-03359 ; JCP G 1992, II, 21855 et 21867bis, note L. Vogel ; RTD com 1992, p.310, obs. C. Bolze. – TPICE, 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/ Commission*, pt.193, Rec. 2010, 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.

restrictions de concurrence démontrées au titre de l'application de l'article 101 TFUE rendent mécaniquement abusive la situation de dominance dont elles dérivent. Il y a nécessairement abus lorsque la situation de domination est utilisée par une association pour exclure un opérateur particulier du marché et le réserver à ses membres (directs ou indirects)¹¹⁸.

Pour se justifier, la FIFA ne peut pas soutenir qu'elle a pris son règlement sous la contrainte d'une législation étatique. Aucun Etat membre ne lui a ordonné d'interdire (ni même de réguler) l'activité de TPO et elle ne saurait se prévaloir d'aucun contexte normatif particulier duquel émanerait une contrainte ou un commandement étatique ou supra-étatique. Aucune des fédérations nationales qui en sont membres ne peut aujourd'hui se réfugier derrière la législation de son pays, car nul pays européen n'a interdit cette activité¹¹⁹.

La FIFA ne peut pas non plus justifier son règlement par une nécessité objective, ce qui implique la démonstration de quatre conditions cumulatives (gain d'efficacité, partage de ce gain économique avec l'utilisateur, test de proportionnalité, non élimination de la concurrence) identiques à celles utilisées dans le cadre de l'article 101. Or, ainsi que nous l'avons déjà démontré, aucune de ces conditions ne peut être remplie de manière convaincante par le nouveau règlement FIFA. Au demeurant, 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* »¹²⁰ 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.

¹¹⁸ CJCE 13 février 1979, aff. 85/76, *Hoffmann*, *op. cit.* – TPICE 14 décembre 2005, *General Electric c/ Commission*, T-210/01, Rec. 2005, p.II-5575.

¹¹⁹ Soulignons que la contrainte étatique n'est admise comme justification que de manière restrictive (CJUE, 20 mars 1985, aff. 41/83, *Italie c/ Commission*, Rec. 1985, 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 Sigaretenindustrie e.a. c/ Commission*, Rec. 1985, p.3831, pt. 27 à 29. – CJUE, 9 septembre 2003, aff. C-198/01, *CIF*, Rec. 2003, I 8055, pt. 67), 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.

¹²⁰ Sur cette question : CJCE, 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*, Rec. 2000, I-01365 ; Contrats, concurr., consom. 2000, n°113, p.19, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; 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.

b – Conformité avec le principe de liberté de circulation des capitaux

Une interdiction pure et simple de la technique du TPO par la FIFA constitue-t-elle une atteinte illicite à la liberté de circulation des capitaux ? – A notre avis la réponse ne peut être que positive. Plusieurs arguments militent en ce sens. On peut soutenir en premier lieu que la FIFA, association de droit privé suisse, est tenue par les dispositions de l'article 63 du TFUE. « Rédigé en des termes proches de ceux applicables aux autres libertés, l'article 63 du TFUE devrait, comme ces derniers, être susceptible d'imposer des obligations aux personnes privées [...]. Une telle solution serait d'autant plus justifiée que de telles entraves pourraient trouver leur origine dans des actes, voire des comportements des établissements bancaires ou de crédit »¹²¹. Ainsi, la FIFA, l'UEFA peuvent-elles être sanctionnées au titre d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux comme les États membres et les institutions de l'UE s'ils commettaient ou soutenaient une mesure ayant cet effet. En la matière d'ailleurs, il n'y a pas de test de *minimis* : une atteinte même mineure devant être sanctionnée¹²², soit par le juge national soit par la CJUE.

Il y a justement 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. Or comment pourrait-on nier que l'article 18ter du règlement FIFA entre en contradiction avec la liberté de circulation des capitaux, telle qu'elle est garantie par l'article 63 du TFUE ?

Le TPO est un mouvement de capital au sens du TFUE. Le doute n'est pas permis. La simple lecture de la nomenclature fournie par l'Annexe n°1 à la directive n°88-361 du 24 juin 1988 convaincra les derniers réfractaires, s'il y en a. Selon la formule utilisée, le TPO est en effet alternativement et même cumulativement un « investissement direct »¹²³, une « opération sur titres normalement traités sur le marché

¹²¹ 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 s., spéc. p.641. – F. Picod, « Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement » ; J.-Cl. Europe, fasc. 890, spéc. n°47.

¹²² CJCE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-233/09, *G. Dijkman et M. Dijkman-Lavaleije c/ Belgische Staat*, Rec. 2010 I-06649 ; Revue de droit fiscal 2011, p.8, obs. L. Bernardeau ; Europe 2010, n°10, Comm. p.22, F. Kauff-Gazin.

¹²³ « Au sens de la présente nomenclature et aux seules fins de la directive, on entend par : Investissements directs : Les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques, les entreprises commerciales, industrielles ou financières et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont

des capitaux », une « opération sur parts d'organisme de placement collectif », un « crédit lié à des transactions commerciales ou à des prestations de services auxquelles participe un résident », un « prêt et crédit financiers », un « cautionnement, une autre garantie et droit de gage ».

Il convient de souligner en outre que tous les fonds de TPO qu'ils soient ou non domiciliés dans un Etat membre de l'UE, toutes les opérations de TPO, dès lors qu'elles franchissent une frontière d'un Etat membre de l'UE ou de l'EEE, sont concernés par le principe de la libre circulation des capitaux. En effet, la liberté de circulation des capitaux s'étend au-delà des frontières du marché intérieur, puisqu'elle couvre aussi les mouvements de capitaux entre les États membres et les pays tiers. L'article 63 du TFUE s'applique à tous les mouvements de capitaux vers ou au départ de l'UE et de l'EEE. L'interdiction mondiale du TPO par la FIFA affecte donc directement, frontalement, brutalement, la liberté de mouvement des capitaux entre Etats membres.

La FIFA prétend bien sûr que son règlement mérite d'être sauvé par application de la règle de raison. Encore faudrait-il pour cela qu'elle rapporte la preuve que sa mesure restrictive est non discriminatoire et que, strictement proportionnée au but poursuivi, elle s'autorise d'une « raison impérieuse d'intérêt général »¹²⁴. La lutte contre la fraude fiscale et la lutte contre la criminalité¹²⁵, voire la protection des droits fondamentaux des personnes¹²⁶ peuvent certes constituer une raison impérieuse d'intérêt général mais ces préoccupations relèvent de la compétence exclusive des Etats membres et non d'une association de droit suisse qui, à défaut de se prévaloir d'une délégation étatique, ne peut s'ériger en gardien de l'ordre public international ou européen. Surtout, il n'y a presque aucune chance qu'une interdiction absolue puisse apparaître proportionnée aux yeux de la Cour. A supposer légitimes les objectifs justifiant une régulation, il existe forcément une mesure aussi efficace mais moins attentatoire, une mesure aussi attentatoire mais plus efficace, voire une mesure plus efficace et moins attentatoire. Les rédacteurs de l'étude sur les aspects économiques et juridiques des transferts l'avaient bien fait comprendre en 2013¹²⁷.

destinés en vue de l'exercice d'une activité économique. Cette notion doit donc être comprise dans son sens le plus large » (notes explicatives accompagnant la nomenclature).

¹²⁴ Par ex. : CJCE, 13 mai 2003, aff. C-463/00, *Commission c/. Espagne*, Rec. 2003, I-04581 ; Rev. dr. UE 2003, n°2, p.530, obs. R. Ballester ; JDI 2004, p.601, obs. M. Luby.

¹²⁵ Justifications visées par l'article 65 du TFUE.

¹²⁶ F. Picod, « *Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement* » ; J-Cl. Europe, fasc. 890, spéc. n°89 et n°111.

¹²⁷ Cf. : KEA et CDES et EOSE, *Étude sur les aspects économiques et juridiques des transferts de joueurs*, étude réalisée pour la Commission européenne, janvier 2013 (<http://ec.europa.eu/sport/library/documents/cons-study-transfers-final-rpt.pdf>) : « *the*

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. 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 entravée¹²⁸ et ce en prenant en considération l'objet de la mesure en cause¹²⁹. S'agissant de l'article 18ter du Règlement FIFA, il nous paraît que son objet se rapporte principalement à l'interdiction non d'une prestation de service mais bien de mouvements de capitaux. Ce que l'article litigieux prohibe, ce ne sont pas directement les prestations de services de financement mais tous les mouvements de capitaux qui pourraient intervenir entre un club et une partie tierce à propos des opérations de transfert. Il en résulte qu'en l'espèce, la liberté de circulation des capitaux nous semble devoir prévaloir et que l'on peut dispenser le règlement FIFA d'un examen au titre de la libre circulation des services.

c – Conformité avec le principe de liberté d'établissement et de liberté de circulation des services

L'interdiction du TPO est-elle conforme aux articles 49, 54 et 56 du TFUE ? – L'article 18ter du règlement FIFA de 2015 porte-t-il atteinte aux principes, généralement associés, de liberté d'établissement et de prestations de services ? La réponse est évidente : l'article 18ter interdit aux clubs et aux joueurs d'avoir recours à ce type de prestations

rules should not disproportionately hinder financial investment in football and should be compatible with EU rules on free movement of capital» (p.8).

¹²⁸ CJCE, 17 septembre 2009, aff. C-182/08, *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG c/ Finanzamt München II*, Rec. 2009 I-08591. – CJCE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-233/09, *G. Dijkman et M. Dijkman-Lavaleije c/ Belgische Staat*, *op. cit.*

¹²⁹ Par ex. : CJCE, 24 mars 1994, aff. C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise c/ G. et J. Schindler*, Rec. 1994, I-01039 ; Europe mai 1994, Comm. n°195, p.14, obs. L. Idot ; 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. – CJCE, 3 octobre 2006, aff. C-452/04, *Fidium Finanz AG c/ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Rec. 2006, I-09521 ; Cah. dr. euro. 2007, p.239, note. P. Vigneron ; Europe déc. 2006, comm. n°369, p.22, F. Kauff-Gazin. – CJCE, 24 mai 2007, aff. C-157/05, *W.-L. Holböck c/ Finanzamt Salzburg-Land*, Rec. 2007, I-04051 ; Europe juillet 2007, n°183, p.19, obs. F. Mariatte ; Rev. dr. fiscal 2007, Comm. n°764, p.51, obs. H. Kruger.

de services. Il y a mécaniquement une entrave. Car la libre prestation de services est une prérogative, un droit, aussi bien du prestataire de services que du bénéficiaire.

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, bien que la directive « Services » n°2006/123/CE du 12 décembre 2006 exclue de son champ d'application les services financiers (art. 2), il est admis sans aucune contestation que l'activité d'établissement bancaire, de société de crédit et de financement, de fonds d'investissements, de conseils en investissements, de cautionnement, etc., constituent bien des activités économiques¹³⁰, de dimension européenne puisqu'elles ont vocation à être exercées par-dessus les frontières.

Sont jugées contraires aux principes de liberté les mesures qui entravent l'accès aux marchés nationaux et 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. L'article 18ter est de toute façon clairement discriminatoire. En effet, si l'on considère les différentes techniques de TPO comme des services de financement, on doit forcément analyser la situation des fonds de TPO à l'aune de celle des établissements de crédit traditionnels. Or, l'interdiction imposée par la FIFA ne vise que les techniques de crédits spéculatifs et non les techniques traditionnelles de prêts à intérêts. Par conséquent, seuls les fonds de TPO se voient interdire d'offrir leurs services et non les établissements bancaires traditionnels. Il y a là à l'évidence une discrimination injustifiée. C'est tellement évident qu'en Espagne, l'autorité de concurrence n'a eu aucun mal à qualifier de

¹³⁰ CJCE, 10 mai 1995, aff. C-384/93, *Alpine Investments BV c/ Minister van Financiën*, Rec. 1995 I-01141, JCP E 1996 I 531 n° 17, obs. C. Gavalda et G. Parléani ; D. 1995 som. p.317, obs. J.-P. Pizzio ; JDI 1997, p.564, note M. Luby ; Europe 1995, Comm. n°256, p.9, obs. F. Gazin ; RTD eur 1995, p.827, note J.-G. Huglo ; Europe 1995, Comm. n°264, p.11, obs. L. Idot ; Bulletin Droit et Banque 1995, n°24, p.99, note W. Devroe ; RMUE 1995 n°3, p.305, note F. Berrod. – CJCE, 14 novembre 1995, aff. C-484/93, *Svensson et Gustavsson c/ Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, Rec. 1995 I-03955 ; JDI 1997, p.566, obs. M. Luby ; Rev. aff. eur. 1995, n°4, p.87, obs. J.-B. Blaise et C. Robin-Delaine ; RMUE 1996, n°2, p.129, note J.-M. Binon ; Europe 1996, Comm. n°32, p.19, obs. L. Idot. – Adde : Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, JO n° L 145 du 30/04/2004, p.0001. – Communication de la Commission, du 11 mai 1999, sur la « Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers : Plan d'action » [COM(1999) 232 final].

discriminatoire la mesure des instances sportives espagnoles ayant transcrit dans leur corpus national l'interdiction FIFA du TPO¹³¹.

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 TFUE. En l'occurrence, une interdiction absolue des TPO a sans conteste pour objet de créer un obstacle aux libertés de services.

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 entrave. Le caractère mineur de l'atteinte étant sans influence puisque le test *de minimis*... ne s'applique pas en matière de libertés de circulation des services¹³².

Depuis l'arrêt « *Cassis de Dijon* »¹³³, la règle de raison s'applique en matière de libre circulation et une entrave peut trouver une justification si cinq conditions cumulatives sont réunies¹³⁴. En l'occurrence ces conditions ne peuvent être réunies ensemble pour sauver l'article 18ter. Si la question des TPO n'est certes pas traitée de manière harmonisée sur le territoire européen, il n'en reste pas moins que la FIFA ne peut pas s'arroger le droit d'y réguler cette activité.

Sans doute doit-on considérer que la protection des destinataires d'un service financier fait partie des « raisons d'intérêt général », de même que la protection de la loyauté des transactions commerciales ou la lutte contre la fraude. 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

¹³¹ Comisión nacional de los mercados y la competencia, 2 juillet 2015, INF/CNMC/002/15 Informe sobre la prohibición de la propiedad de los derechos económicos de los jugadores de fútbol por parte de terceros (www.cnmc.es).

¹³² CJCE, 1^{er} avril 2008, aff. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, Rec. 2008 I-01683 ; D. 2008, p.1655, note P. Icard ; Rev. dr. UE 2008, n°3, p.603, note C. Dautricourt ; Europe juin 2008, Comm. n°182, p.15, obs. L. Driguez.

¹³³ CJUE, 20 février 1979, aff. 120/78, *Reve-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Rec. 197900649 ; RTD eur. 1980, 611, obs. J.-L. Masclet ; JDI 1981, p.106, obs. R. K. ; Revue du Marché Commun 1980, p.505, obs. A. Mattera. – CJCE 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Reinhard Gebhard c/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Rec. 1995 I-04165 ; JDI 1997, p.545, note M. Luby ; RMUE 1996, n°1, p.210, note F. Berrod ; RTD eur 1996, p.741, obs. J.-G. Huglo ; JCP G 1996, II, 22633, note R. Martin ; Europe 1996, Comm. n°30, p.17, obs. L. Idot.

¹³⁴ (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.

Etats qu'il revient de poser leur conception de l'intérêt général et de régler 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. Or, à supposer même que les Etats décident de soutenir l'action de la FIFA, en rien, un système d'interdiction absolue ne saurait être proportionné. Dès lors qu'un régime d'autorisation n'est admissible que si le contrôle a posteriori est inefficace¹³⁵, on voit mal comment le principe d'une interdiction a priori pourrait apparaître proportionné aux yeux des autorités européennes.

Trop radical, l'article 18ter du règlement FIFA 2015 n'est pas conforme aux articles 49, 54 et 56 du 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 national¹³⁶.

d – Conformité avec le principe de liberté de circulation des travailleurs

Le TPO est-il conforme à l'article 45 du TFUE ? – Les accords de TPO réalisent-ils 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 TFUE¹³⁷ et par l'article 15, 2° de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ?

L'UEFA le pense. A tort à notre avis.

Même dans les TPO de formation, le joueur conserve la liberté de choisir son employeur. Si en contrepartie du financement de sa

¹³⁵ CJCE, 22 janvier 2002, aff. C-390/99, *Canal Satélite Digital SL c/ Administración General del Estado, and Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, Rec. 2002I-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.

¹³⁶ Comisión nacional de los mercados y la competencia, 2 juillet 2015, INF/CNMC/002/15, *op. cit.*

¹³⁷ CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Dieter Kraus c/ Land Baden-Württemberg*, Rec. 1993, I-01663 ; 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 Guillenchmidt, J.-C. Bonichot ; Cah. dr. euro. 1994, p.643, obs. C. Denys. – CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, I-04921.

formation sportive, il a abandonné une partie de ses « droits économiques » et promis un comportement destiné à les faire augmenter, il ne se prive pas de la liberté d'arrêter son activité, de changer ou de ne pas changer d'employeur. Le cas échéant, il autolimité cette liberté car il reçoit justement une contrepartie. Rien que de très normal finalement à ce que par exemple, le joueur s'oblige à dédommager son TPO en cas de dédit. La Cour de justice a justement considéré que les clauses de dédit-formation étaient licites si leur montant était en correspondance avec le coût de la formation dispensée¹³⁸. Qu'elles soient intégrées dans un contrat de travail ou un contrat de TPO ne change rien à leur légitimité.

S'agissant des autres catégories de TPO, le risque d'entrave est en tout état de cause nul ou quasi nul¹³⁹. Nous l'avons déjà dit, le joueur conserve sa liberté de choisir son employeur, de rester dans son club ou d'aller conclure un contrat de travail avec un autre. Encore moins que l'employeur dont le pouvoir hiérarchique ne saurait lui permettre de transférer le salarié sans son accord, le TPO ne dispose du pouvoir d'imposer au joueur le lieu d'exercice de son talent. Un transfert reste une opération contractuelle à trois personnes où l'accord de chacune est indispensable.

On pourrait même penser que les contrats de TPO ont certaines vertus pour la circulation des sportifs. La FIFA le dénonce suffisamment lorsqu'elle stigmatise le danger que font courir les TPO pour le principe de stabilité contractuelle consacré par les 13 à 17 du Règlement FIFA du statut et du transfert des joueurs.

L'interdiction du TPO est-elle conforme à l'article 45 du TFUE ? – L'article 18ter 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 TFUE et par l'article 15, 2° de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ?

Cette question pourrait paraître incongrue car le règlement FIFA affiche plutôt la volonté de protéger les joueurs. Toutefois, en entravant l'activité des TPO, ce règlement diminue les possibilités des clubs employeurs de financer leurs recrutements. Mécaniquement, la liberté des sportifs eux-mêmes s'en trouve diminuée. D'une certaine manière, la FIFA, l'UEFA et la FIFPro en ont fait l'aveu dans leur plainte

¹³⁸ CJCE, 16 mars 2010, aff. C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP c/ Olivier Bernard and Newcastle UFC*, *op. cit.*

¹³⁹ Il existe certainement des contrats de TPO contenant des clauses particulièrement nocives pour la liberté des joueurs. Mais la technique du TPO n'implique pas nécessairement l'utilisation de telles clauses. Les cas particuliers ne doivent pas condamner le principe.

puisqu'elles n'hésitent pas à soutenir que les accords de TPO représentent un danger pour le principe de stabilité¹⁴⁰. Si les TPO entraînent une multiplication des transferts, ils favorisent la circulation des footballeurs bien plus qu'ils ne l'entravent. C'est alors l'interdiction du TPO qui constitue un obstacle à cette liberté. Sans doute, cette interdiction ne ferme-t-elle pas complètement le marché du travail des footballeurs professionnels, mais cela reste une entrave et il n'y a pas de test *de minimis* en matière de liberté de circulation des travailleurs.

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 ; (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.

e – Conformité avec le principe de la liberté de travailler et la liberté d'entreprendre

L'interdiction du TPO est-elle conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'UE ? – 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

¹⁴⁰ « [...] *the challenged agreements are intrinsically calculated to promote contractual instability* ».

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 il apparaît à cet égard que l'article 18 ter du Règlement FIFA peut avoir pour effet de limiter cette liberté dans la mesure où il est exigé des joueurs salariés qu'ils ne contractent pas, sous peine de sanction, « avec un tiers permettant à celui-ci de pouvoir prétendre, en partie ou en intégralité, à une indemnité payable en relation avec le futur transfert d'un joueur d'un club vers un autre club, ou de se voir attribuer tout droit en relation avec un transfert ou une indemnité de transfert futur(e) ». L'interdiction visant aussi les clubs employeurs, il pourrait ainsi advenir qu'un joueur ne soit pas recruté par un club au prétexte qu'empêché d'avoir recours à une société de TPO, il ne peut financer le recrutement envisagé.

De son côté, l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux confirme que la liberté d'entreprendre est l'un des principes les plus essentiels du droit communautaire et 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 l'article 18ter formalise une restriction injustifiée, et en tout état de cause disproportionnée, portée à la liberté d'entreprendre.

2 – Conformité au droit européen

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 l'Union européenne n'empêchant pas de poursuivre l'examen sous l'angle différent de celui du Conseil de l'Europe¹⁴¹, il nous appartient maintenant de le confronter au droit de propriété et à l'interdiction du travail forcé.

¹⁴¹ Au demeurant, 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 ».

a – Conformité avec le principe de la protection du droit de propriété

Dans quasiment tous les pays du monde, on trouve une constitution, une charte, un préambule, comportant des dispositions relatives au droit de propriété. Droit de première génération comme en France ou droit socio-économique comme au Portugal¹⁴², le droit de propriété fait en outre partie des droits fondamentaux visés par les instruments internationaux consacrés aux droits de l'Homme. De valeur inégale selon les pays et les traités qui le consacrent, le droit de propriété est tout de même conçu unanimement comme une prérogative essentielle pour les personnes physiques et morales, de droit privé comme de droit public, qui peuvent généralement l'opposer à l'Etat comme aux autres sujets.

En France, il est certes défini par l'article 544 du Code civil mais il est surtout constitutionnellement garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946. Il profite aussi de la « supralégalité » de l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui consacrent tous les deux le droit de propriété.

Ce n'est certes pas un droit absolu car les Etats peuvent y porter atteinte mais c'est un droit fondamental sous le contrôle protecteur des juges nationaux, de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁴³ et surtout de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁴⁴ qui vérifient que les privations et restrictions de propriété reposent sur une base légale¹⁴⁵, sont justifiées par une finalité d'utilité publique auxquelles elles doivent être proportionnées et sont compensées par une juste indemnisation.

Dans son volet droit fondamental, le droit de propriété fait l'objet d'une interprétation autonome¹⁴⁶ et dynamique menée par la

¹⁴² Art. 62 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976

¹⁴³ CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. 1970, 01125. – CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission*, Rec. 1974, 00491. – CJCE, 10 janvier 1992, aff. C-177/90, *Ralf-Herbert Kühn c/ Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, Rec. 1992 I-00035.

¹⁴⁴ Cour EDH, 23 septembre 1982, n°7151/75 et n°7152/75, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, série A n°52 ; AFDI 1985, p.415, obs. V. Coussirat-Coustère ; JDI 1985, p.205, obs. P. Tavernier. – Cour EDH, 21 février 1986, n°8793/79, *James c/ Royaume-Uni*, série A n° 98, § 46 ; AFDI 1987, p.239, obs. V. Coussirat-Coustère ; JDI 1987, p.772, obs. P. Tavernier.

¹⁴⁵ Cour EDH, 25 mars 1999, n°31107/96, *Iatridis c/ Grèce*.

¹⁴⁶ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Matos e Silva c/ Portugal*, Rec. CEDH 1996, IV, § 75. – Cour EDH, 18 juin 2002, *Öneriyildiz c/ Turquie*. – Cour EDH, 17 janvier 2002, *Tsiridakis c/ Grèce*.

jurisprudence de la Cour EDH qui ne limite pas le concept de « biens » aux choses corporelles mais l'étend à tout élément ayant une valeur patrimoniale, à tout ce qui présente un intérêt patrimonial, une utilité économique. Cette conception autonome, fondée sur la patrimonialité, permet ainsi d'inclure dans le champ de protection supranationale les biens incorporels comme les droits de propriétés intellectuelles et les droits de créance¹⁴⁷ mais encore les clientèles¹⁴⁸ et les « espérances légitimes »¹⁴⁹. Et cette conception extensive consacre encore le principe selon lequel le droit de propriété est protégé à travers ses deux éléments : le droit de disposer¹⁵⁰ et le droit de jouissance¹⁵¹.

Ce droit est à notre avis sérieusement remis en cause par l'interdiction du TPO par la FIFA. En effet, si l'on se place du côté du joueur, ce dernier est directement victime d'une restriction d'usage d'un de ses « biens » puisqu'il ne lui est plus possible de mobiliser les créances futures et éventuelles qu'il a sur ses (futurs et éventuels) employeurs et sponsors pour obtenir le financement de sa formation. Il sera peut-être répondu que de telles créances ne sont ni exigibles, ni actuelles, ni liquides mais ce serait oublier qu'une créance éventuelle et future peut être considérée comme suffisamment probable pour constituer une « espérance légitime » et ainsi bénéficier de la qualification de « bien » dont le titulaire doit pouvoir librement disposer et librement jouir. En France, cette espérance légitime se retrouve souvent sous l'appellation de « perte de chance ». Par exemple, un footballeur victime d'une agression fautive le contraignant à interrompre sa carrière professionnelle a droit à une indemnisation, substantielle, représentant la perte de chance de conclure les contrats de travail qui auraient dû ponctuer sa carrière probable¹⁵². C'est bien que ses futures et éventuelles créances de salaires

¹⁴⁷ Cour EDH, 26 septembre 2006, n°57516/00, *Sté de gestion du port de Campoloro c/ France*. – Cour EDH, 27 mai 2004, n°42219/98, *Ogis-Institut Stanislas*. – Sur la propriété des droits de créances : Y. Emerich, *La propriété des créances. Approche comparative*, LGDJ, coll. bibl. dr. privé, tome 469, Paris, 2007/Cowansville, Editions Yvon Blais, 2006. – J. Laurent, *La propriété des droits*, LGDJ, coll. bibl. dr. privé, tome 537, Paris 2012.

¹⁴⁸ Cour EDH, 26 juin 1986, n°8543/79, n°8674/79, n°8675/79 et n°8685/79, *Van Marle et autres C/ Pays-Bas*. – Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c/ Belgique*, série A n°127.

¹⁴⁹ Cour EDH, 20 novembre 1995, *Pressos compania naviera SA c/ Belgique*, série A n°332 ; RTDH 1996, p.577, note S. Depré et M. Verdussen ; AJDA 1996, p.390, note J.-F. Flauss ; JDI 1996, p.259, note E. Decaux et P. Tavernier. – Cour EDH, 28 septembre 2004, *Kopecky c/ Slovaquie*, JCP G 2005, I, 103, obs. F. Sudre.

¹⁵⁰ Le droit de disposer vise à la fois le droit d'aliéner le bien et le droit de refuser de disposer du bien et donc de le conserver dans son patrimoine.

¹⁵¹ Le droit de jouissance vise à la fois le droit d'usage du bien et le droit d'en percevoir les fruits.

¹⁵² Cf. par exemple : CA Bordeaux, 13 mai 2015, n°13/03311, *SA Allianz LARD c/ B. Sohler*, Cah. dr. sport n°41, 2015, p.123, note J.-P. Vial (victime d'un tacle violent un joueur de footballeur avait obtenu une indemnisation de 500 000 euros représentant la perte de chance de conclure un contrat de joueur professionnel pour la saison 2005/2006 avec son club et de poursuivre dans cette carrière pendant 8 ans). – CA Aix, 4 février

représentent des valeurs économiques sur lesquelles il peut compter, dans un rapport exprimant évidemment sa plus ou moins forte probabilité de carrière. Ces droits de créances sont protégés a posteriori lorsqu'il en est fautivement privé par un tiers, il n'y a aucune raison qu'on le prive a priori de les mobiliser au titre d'une opération de TPO de formation, pas plus qu'on ne le priverait de souscrire auprès d'une compagnie d'assurance une garantie « perte de licence ».

Si l'on se place du côté du club, on peut pareillement dire que l'interdiction du TPO le prive des créances futures et éventuelles liées aux mutations des joueurs qu'il aurait pu engager au moyen d'un TPO. Car lui aussi peut nourrir une « espérance légitime » quant à ses valeurs. Le règlement FIFA sur le statut et le transfert du joueur consacre cette indemnité de transfert comme une valeur appartenant aux clubs et aux seuls clubs. Le TAS, sur le fondement du règlement FIFA, reconnaît pareillement que ces indemnités de transfert sont des valeurs économiques¹⁵³ sur lesquelles les clubs peuvent compter. Pourquoi alors reconnaître que les clubs sont titulaires de ces valeurs et restreindre leur droit de propriété en diminuant leur liberté d'en disposer et leur droit d'en user sans entrave ? Car leur interdire de les mobiliser auprès de « tiers » c'est sans conteste une restriction. Or sans le secours d'une base légale étatique, sans une finalité d'utilité publique, dont elle serait bien en peine de justifier, et sans une juste indemnisation, la FIFA ne saurait restreindre le droit de propriété des clubs et des joueurs comme elle le fait avec l'article 18ter de son Règlement. C'est contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme, c'est contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, c'est contraire au droit français des biens, c'est contraire au droit de propriété tel que garanti dans la grande majorité des Etats.

2009, n°08/02006, *Masi* (un jeune footballeur admis dans un centre de formation victime d'une agression qui le contraint à modifier son cursus scolaire et sportif est justifié à recevoir une indemnité au titre de la perte de chance de faire une carrière professionnelle).

¹⁵³ Une indemnité de transfert manquée en raison d'un départ prématuré du joueur peut, selon la majorité des formations du TAS, constituer un élément de calcul du dommage subi par le club quitté : Trib. arb. sport, 5 décembre 2005, n°2004/A/902/903, *Mexès et AS Rome c/ AJ Auxerre, AJ Auxerre c/ Mexès et AS Rome*, Cah. dr. sport n°3, 2006, p.274, note F. Buy. – Trib. arb. sport, 17 juillet 2007, n°2004/A/791, *Le Havre AC c/ FIFA, Newcastle United et Charles N'Zogbia*. – Trib. arb. sport, 19 mai 2009, n°2009/A/ 1519 et 1520, *Matuszalem*. – Trib. arb. sport, 5 mai 2010, n°2009/A/1960 et 1961, *Jurisport 2011*, n°110, p.29, obs. J.-P. Dubey. – Trib. arb. sport, 1^{er} juin 2010, n°2009/A/1880 et 1881, *FC Sion*, *Jurisport 2011*, n°110, p.29, obs. J.-P. Dubey. – Trib. arb. sport, 26 mai 2008, n°2007/A/1358, *FC Pyunik Yerevan c/ Carl Lombe, AFC Rapid Bucaresti et FIFA*, *JDI 2009*, p.255, obs. E. Loquin).

b – Conformité avec le principe de l'interdiction du travail forcé

Le TPO est-il conforme à l'article 4 de la Convention EDH ? –

Dans la mesure où le TPO est dénoncé comme une forme spéciale de trafic d'êtres humains, une technique d'appropriation de la personne humaine, on ne peut faire l'économie d'une analyse de cette technique à l'aune de l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui interdit le travail forcé ou obligatoire.

Le paragraphe 2 de cet article 4 ne définit pas la notion de « travail forcé ou obligatoire » et rien dans les travaux préparatoires à la Convention EDH n'éclaire son sens. Mais l'on trouve une définition utile¹⁵⁴ dans la Convention n°29 de l'Organisation internationale du travail (OIT) selon laquelle l'expression « travail forcé ou obligatoire » désigne « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré »¹⁵⁵. Il est ainsi acquis que le travail forcé évoque l'idée d'une contrainte, physique ou morale. Il est également évident que le travail obligatoire ne peut viser une obligation juridique quelconque et que, par exemple, « un travail à exécuter en vertu d'un contrat librement conclu ne saurait tomber sous le coup de l'article 4 par cela seul que l'un des deux contractants s'est engagé envers l'autre à l'accomplir et s'expose à des sanctions s'il n'honore pas sa signature »¹⁵⁶.

A la lumière de cet éclairage on peut sans nul doute considérer que la TPO n'a pas grand-chose à voir avec le travail forcé ou obligatoire. Dans les hypothèses de TPO de formation, le joueur est indubitablement obligé à un certain comportement mais il a donné au préalable son accord, il reçoit une contrepartie (le financement de sa formation), il conserve normalement le droit de choisir (au moins un droit de véto) ses futurs employeurs, et il n'est pas obligé de réussir ni même de continuer sa carrière de sportif professionnel. Sauf disproportion des engagements relevant de simples cas particuliers, la technique du TPO de formation, *per se*, ne confère ainsi aucun droit réel sur le sportif ou sur sa force de travail.

Dans les TPO de transfert et de trésorerie, le joueur n'a aucun lien avec la société de TPO qui ne peut rien exiger de lui ni le frapper de la moindre sanction. Le joueur n'a de rapport direct qu'avec son club employeur et le fait que celui-ci ait eu recours à une société de TPO ne

¹⁵⁴ Reprise par la Cour EDH : Cour EDH, 23 novembre 1983, n°8919/80, *Van der Musselle c/. Belgique*. – Cour EDH, 7 juillet 2011, n°37452/02, *Stummer c/. Autriche*.

¹⁵⁵ Art. 2, Convention OIT, Co n°29, concernant le travail forcé ou obligatoire, 1930.

¹⁵⁶ Cour EDH, 23 novembre 1983, n°8919/80, *Van der Musselle c/. Belgique*, §34.

change rien au contenu du contrat de travail. Si le TPO influence les décisions du club, le contrat de travail reste inchangé et les obligations du joueur ne sont pas alourdies. L'existence du TPO ne transforme donc pas le contrat de travail en situation d'esclavage ou de travail forcé. Si le joueur refuse d'être muté alors que son club le souhaite, il ne risque aucune sanction spéciale, en tout cas aucune sanction qu'il ne puisse valablement contester : il ne saurait être privé de salaires, il ne peut être interdit de travailler, etc.

Le TPO, dans aucune de ses formes n'est donc contraire à l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme ni même d'ailleurs à l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE selon laquelle « toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée ».

Il n'est pas interdit, en revanche, de penser que l'interdiction du TPO réalise une violation de cet article 15 ...

3 – Conformité au droit national

Si le premier réflexe du juriste de droit du sport est de confronter la règle sportive de dimension internationale avec les instruments normatifs supra-étatiques, il ne peut manquer ensuite de revenir vers son droit national et réfléchir dans quelles conditions la règle sportive pourra s'inscrire dans son ordre juridique. Car il est évident que l'interdiction du TPO a aussi des conséquences une fois mise en perspective avec certaines des techniques juridiques les plus communes des droits nationaux.

Prenons le cas de la France qui, au titre de ces mécanismes de droit des obligations, connaît l'action oblique¹⁵⁷ et au titre de ses procédures civiles d'exécution, la saisie-conservatoire¹⁵⁸. Il est normal qu'un prêteur de deniers cherche une garantie de remboursement et l'obtienne en prenant des droits sur les créances futures et éventuelles de son débiteur. Il est admis que ce créancier puisse utiliser l'action oblique pour revendiquer à son propre compte la créance future de son débiteur dans les mains du débiteur de son débiteur. Il est légitime que ce créancier, sachant les risques de défection de son débiteur, pratique une saisie conservatoire des créances futures, voire éventuelles, de son débiteur dans les mains des propres débiteurs de ce dernier. Rapporter à la situation d'un club de football, cela conduit à admettre que ses créanciers

¹⁵⁷ Cf. art. 1166 du Code civil (qui sera remplacé à partir du 1^{er} octobre 2016 par l'article 1341-1 du Code civil).

¹⁵⁸ Cf. art. L.511-1 et L.521-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

(peu importe l'origine de leur créance) puissent agir obliquement pour revendiquer les créances liées aux transferts et le cas échéant pratiquer à leur propos des saisies conservatoires. A la lettre des textes sportifs¹⁵⁹, cela ferait de ces créanciers des tiers, des TPO.

Une règle sportive peut-elle ainsi avoir pour effet de priver un créancier des instruments légaux lui permettant de préserver son droit de gage général ? Bien sûr que non ! Une règle sportive ne saurait bousculer le droit des sûretés, le droit des obligations et le droit des voies d'exécution. D'autant que comme dans bien d'autres pays, la loi française autorise la cession de créances futures et leur nantissement¹⁶⁰. C'est le cas, et ce ne sont que des exemples qui reflètent mal la quasi-universalité de ces mécanismes, en Espagne¹⁶¹, Argentine¹⁶², Brésil¹⁶³, Italie¹⁶⁴,

¹⁵⁹ Le texte de l'article 221 du règlement administratif de la LFP parle de « *convention dont l'objet entraîne, directement ou indirectement, une cession ou une acquisition ...* ». La formule est plutôt générale en ce que la convention proscrire est celle qui implique cession (transfert de propriété) immédiatement ou dans le futur, celle qui transfère la propriété de la créance et celle qui a le potentiel de réaliser ce transfert. Or la prise de garantie sur les créances futures de transfert est une telle convention car en cas de réalisation le tiers créancier obtient une prérogative directe sur la créance de transfert parce que sa satisfaction implique qu'il acquiert pour son compte la créance de son débiteur, en totalité ou partiellement.

¹⁶⁰ Articles 2356 et 2357 du Code civil.

¹⁶¹ Art. 1271 de Código civil : « Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres ». / Art. 1526 : « La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro ». / Art. 1911 : « Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros » (droit de gage général).

¹⁶² Art. 1446 de Código civil : « Los créditos condicionales, o eventuales, como los créditos exigibles, los alcatorios, a plazo, o litigiosos, pueden ser el objeto de una cesión ». / Art. 1447 : « Los derechos sobre cosas futuras, como los frutos naturales o civiles de un inmueble, pueden igualmente ser cedidos con anticipación ». / Art. 1448 : « Pueden también cederse los créditos que podrían resultar de convenciones aún no concluidas, como también los que resultaren de convenciones ya concluidas ».

¹⁶³ Art. 286 do Código civil : « O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação ».

¹⁶⁴ Art. 1260 di Codice civile : « Il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge. Le parti possono escludere la cedibilità del credito; ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione ». / Art. 1348 : « La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge ».

Venezuela¹⁶⁵, USA¹⁶⁶, etc. C'est aussi le cas des corpus doctrinaux transnationaux, Principes du droit européen des contrats¹⁶⁷ et Principes d'Unidroit¹⁶⁸, qui sans être directement applicables, reflètent tout de même un sentiment partagé des contractualistes de tous horizons.

Il n'est finalement pas étonnant de retrouver dans les recueils de jurisprudence de nombre de pays des décisions de juges étatiques donnant effet à des accords de TPO ou des opérations équivalentes portant sur des créances futures de transferts de sportifs. C'est le cas, et la liste n'est pas exhaustive, en France¹⁶⁹, en Espagne¹⁷⁰, en Argentine¹⁷¹.

Le règlement de la FIFA ne peut pas non plus mettre de côté les mécanismes étatiques de traitement des difficultés de l'entreprise. Il arrive en effet que l'organe chargé de redresser ou de liquider l'entreprise en difficulté exige de cette dernière qu'elle cède ses actifs pour rembourser les créanciers déclarés, qu'elle les mobilise sur des marchés financiers pour retrouver de la trésorerie et espérer continuer son activité. Il peut même arriver qu'une vente aux enchères de tous les actifs soit décidée. Il y a là des hypothèses où l'administration étatique (si c'est elle qui a en charge cette mission) ou l'administrateur de faillite influence directement la décision du club sur sa politique de transferts. Dans le même ordre d'idées, il est fréquent que dans les pays où le TPO se

¹⁶⁵ Cf. : V.- M. Ocando Finol, « *Compatibilidad de la prohibición de la propiedad de los derechos económicos de jugadores por parte de terceros (TPO) dentro del ordenamiento jurídico venezolano* », Revista de derecho del deporte, n°11, déc. 2015.

¹⁶⁶ cf. : S.-Y Oei et D. Ring, « *The new "human equity" transactions* », California Law Review Circuit, juin 2014, p.266 (5 Cal. L. Rev. Circuit 266) qui mettent en avant le concept américain de « debt-equity ».

¹⁶⁷ Art. 11 :101 et s. des Principes du droit européen des contrats.

¹⁶⁸ Art. 9.1.5 des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (2010).

¹⁶⁹ cf. CA Rennes, 7 février 1996, *Me Corre c/ Sté de banque et d'investissements*, JCP G 1997, I, n° 3991, obs. P. Delebecque et P. Simler ; JCP E 1996, pan. 901, *op. cit.*

¹⁷⁰ Tribunal Supremo, Sentencia en Sala de lo Contencioso-Administrativo, 24 mars 2014, n° de recurso 3827/2010, ROJ : STS 1205/2014, *Administración general del estado c/ Unión Deportiva Salamanca S.A.D* (<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7013204&links=&optimize=20140404&publicinterface=true>). – Adde : J. de D. Crespo Perez et S. San Torcuato Caffa, « *TPO special report : in Spain* », Football legal n°1, 2014, p.32.

¹⁷¹ *Santo Tome SA c/ Asociacion civil club Chacarita JRS s/ Ordinario*, Sentencia 8 de junio de 2012, Cámara nacional de apelaciones en lo comercial, Sala B, Capital federal, ciudad autónoma de Buenos Aires (Id SAIJ: FA12130569 - www.saij.gob.ar). - *Corominas Eduardo Anibal c/ Club Atlético San Lorenzo de Almagro s/ ordinari*, Sentencia 6 de mayo de 2013, Cámara nacional de apelaciones en lo comercial, Sala A, Capital federal, ciudad autónoma de Buenos Aires (Id SAIJ: FA13130102 - www.saij.gob.ar). – P.-C. Barbieri, « *Las cesiones de "derechos económicos" a la luz de los análisis judiciales* », ID Infojus DACF 130257, 23/9/2013 (www.infojus.gov.ar). – P.-C. Barbieri, « *Los derechos económicos y la prohibición de influencia de terceros: la justicia avanza en cuestiones jurídico-deportivas* », ID SAIJ: DACF140206, 11/04/2014 (www.infojus.gov.ar).

pratique, l'administration fiscale séquestre ou fasse une mainmise sur les droits économiques des clubs ayant des dettes fiscales pour en garantir l'entier règlement. A lire le texte de l'article 18ter, ces hypothèses entrent dans son champ d'application. Mais imagine-t-on vraiment des normes d'ordre public céder devant le texte d'une association de droit privé suisse ?

Enfin, il ne faut pas oublier que le droit de l'Union européenne est d'application directe, les Etats membres s'étant engagés à l'intégrer dans leur ordre juridique ou du moins à faire en sorte que leur ordre juridique y soit conforme. Le fait que la FIFA exige de ses fédérations nationales membres qu'elles se chargent elles-mêmes de l'implémentation de l'interdiction du TPO au niveau national ne change donc rien. En France par exemple, 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 Fédération française de football, délégataire d'une mission de service public, sont des actes administratifs¹⁷². Leur légalité interne et leur légalité externe peuvent faire l'objet de contrôle au regard de l'ordre public français dans lequel on trouve le droit français de la concurrence, lui-même harmonisé sur le modèle des règles européennes¹⁷³.

Terminons par le droit suisse car la présence du siège de la FIFA et du TAS implique l'application du droit de la confédération helvétique aussi bien à la mesure d'interdiction prise par la FIFA qu'à un certain nombre de contrats de TPO contenant une clause compromissaire TAS.

S'agissant de l'interdiction du TPO, il faut bien souligner que la Suisse dispose elle aussi d'un corpus de droit de la concurrence et qu'à ce titre elle prohibe les cartels et les abus de domination¹⁷⁴. Or, bien que non soumis à l'harmonisation de l'Union européenne, le droit suisse de la concurrence est similaire à celui de l'Union. Non seulement les textes se ressemblent mais surtout les raisonnements sont identiques¹⁷⁵. Par exemple, les ententes sont, comme dans le droit UE, illicites dès lors qu'elles révèlent une convention, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprise affectant de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services. Et elles ne peuvent être sauvées que si elles sont justifiées par des motifs d'efficacité économique, qu'elles sont proportionnées et qu'elles ne suppriment pas une

¹⁷² 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.

¹⁷³ F. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia et F. Rizzo, *Droit du sport*, 4^e édition, LGDJ 2015, n°301 et s.

¹⁷⁴ Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) du 6 octobre 1995 et Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (L.Cart) du 6 octobre 1995 (www.admin.ch).

¹⁷⁵ Cf. : V. Martenet et A. Heinemann, *Droit de la concurrence*, LGDJ-Schulthess, Zurich 2012.

concurrence efficace. En conséquence, les raisonnements développés à propos du droit européen sont transposables en Suisse dès lors que l'article 18ter du Règlement FIFA peut avoir pour effet d'empêcher un club suisse d'avoir recours à une société de TPO, et d'empêcher une société de TPO de proposer ses services à des clubs ou des sportifs installés en Suisse.

S'agissant des contrats de TPO, la sentence récente du TAS sur l'affaire dite « *Rojo* »¹⁷⁶ est particulièrement instructive. Dans cette affaire, le TAS était appelé à juger de la validité de deux contrats de ERPA passés entre le Sporting Club de Portugal et la société Doyen Sports Investments. En l'espèce, le club portugais s'était lié au fond d'investissement domicilié à Malte pour le financement du recrutement des joueurs Marcos Rojo et Zakaria Labyad et lui avait dans ce cadre concédé un pourcentage des droits économiques liés à ces joueurs. La nouvelle direction du club ayant refusé d'honorer les deux contrats, Doyen avait saisi le TAS dont la compétence était prévue aux termes d'une clause compromissoire. Pour s'exonérer de son inexécution, le Sporting avait soulevé toute une série d'arguments destinés à contester la validité des contrats de TPO/ERPA au regard du droit suisse désigné par les parties comme le droit applicable auxdits contrats. Or au regard du droit civil suisse, les contrats de TPO soumis au TAS ne présentaient aucun vice susceptible d'emporter leur invalidité¹⁷⁷. C'est que comme tant d'autres droits nationaux, le droit suisse autorise la cession de créances futures et leur nantissement¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Trib. arb. sport, 21 décembre 2015, 2014/O/3781 et 2014/O/3782, *Sporting clube de Portugal futebol SAD c/ Doyen sports investment limited* (sentence non publiée).

¹⁷⁷ Pour la formation arbitrale du TAS, les contrats litigieux devaient être déclarés valables sur le fondement des principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté consacrés en droit suisse. Aucun élément sérieux ne permettait de dire que l'objet de ces contrats était impossible ou illicite au sens des articles 19 et 20 du Code des obligations. En outre, aucune critique sérieuse ne pouvait porter s'agissant de l'immoralité prétendue des contrats puisque le Sporting qui n'était pas en situation de faiblesse et était expérimenté, avait librement contracté et que les contrats ne présentaient pas de déséquilibre manifeste.

¹⁷⁸ Art. 899 du Code civil : « 1° Les créances et autres droits aliénables peuvent être constitués en gage. / 2 Sauf disposition contraire, les règles du nantissement sont applicables ». / Art. 164 A. : « 1 Le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession n'en soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire. / 2 Le débiteur ne peut exciper de ce que la créance avait été stipulée incessible, si le tiers est devenu créancier sur la foi d'une reconnaissance écrite ne mentionnant pas l'incessibilité ». Il faut d'ailleurs remarquer l'article 27 du Code civil suisse (qui garantit les libertés personnelles des individus) n'a pas pour effet d'interdire la cession de créances futures (la jurisprudence suisse est constante et approuvée par la doctrine : Trib. féd., 1^e cour civ., 12 mai 1987, ATF 113 II 163. – Trib. féd., 1^e cour civ., 11 décembre 1986, ATF 112 II 434. – Trib. féd., 1^e cour civ., 25 avril 1986, ATF 112 II 243, - Trib. féd., 2^e cour civ., 13 mars 1958, ATF 84 II 366). Le TAS n'a d'ailleurs pas manqué de le souligner (Trib. arb. sport, 21 décembre 2015,

B – Pour une régulation du TPO

Besoin de régulation ? – Une position pourrait être soutenue tendant à considérer que les TPO n'ont pas besoin d'être spécialement régulés ; que les contrôles étatiques sont bien suffisants pour traiter des questions de fraude fiscale, de blanchiment d'argent (TRACFIN) et éventuellement de protection des investisseurs (régulation financière en cas de fonds ouverts à l'épargne publique). Technique, certes alternative, de financement, le TPO est un instrument reposant sur la liberté contractuelle et le droit commun de l'Etat reste largement armé pour en traiter les dérives propres à troubler l'ordre public.

Besoin de régulation. – Reste que le TPO contribue à la création de situations de conflits d'intérêts potentiels que le droit commun n'embrasse pas ou mal. Et dans la mesure où il faut un peu de souplesse pour tenir compte des réalités, de l'histoire, des pratiques de tous les pays où le football s'est développé et se développe encore¹⁷⁹, le besoin d'une certaine régulation se fait sentir¹⁸⁰. Beaucoup pensent qu'il faut réguler l'activité des TPO car il peut y avoir des oppositions d'intérêts entre le tiers investisseur qui spéculer sur la valeur du joueur, le club qui spéculer aussi sur la valeur du joueur mais vise des intérêts sportifs et le joueur lui-même qui exécute une obligation de travail et doit être maître de l'évolution de sa carrière sportive. Le recours à la tierce propriété présente à l'évidence des avantages, des inconvénients et des risques. A choisir entre une interdiction et une régulation, nous sommes convaincu que la combinaison de ces avantages et inconvénients peut efficacement se faire au moyen d'une bonne régulation et, si possible, d'une harmonisation souple. Mais nous sommes surtout convaincu que la liberté contractuelle est la meilleure et la plus souple des régulations.

2014/O/3781 et 2014/O/3782, *Sporting clube de Portugal futebol SAD c/ Doyen sports investment limited*, spéc. §243).

¹⁷⁹ L'Inde par exemple, cf. S. Chandrashekar et M. Anand, « *TPO/TPI Indian perspective* », *Football legal* n°5, 2016, p.85.

¹⁸⁰ Ex multis : S. Thorp, « *Third party football finance: regulating the industry* », *World Sports Law Report* 2009, vol. 7, issue n°12, p.6. – A. Reck et D. Geey, « *UEFA's FFPR & "third party" rules: an English handicap* », *World Sports Law Report* 2011, vol. 9, issue n°12, p.3. – J. de D. Crespo Perez, « *TPO : pros and cons* », *Football legal* n°2, 2014, p.8. – K. Andrews et I. McDonald, « *Prohibition on third-party ownership: analysis* », *World Sports Law Report* 2012, vol. 10, issue n°12, p.14. – Burgess Williams, « *The fate of Third Party Ownership of professional footballers' rights: Is a complete prohibition necessary?* », 10 *Tex. Rev. Ent. & Sports L.* 79 : « *TPO ... is a practice that should be monitored, rather than prohibited* ».

1 – Les grands principes de la régulation

Les moyens de la régulation. – Une régulation implique pour être effective que soit mis en œuvre un large panel de moyens qui dépasse la simple réglementation ; des moyens adaptés et ajustés. Pour que les moyens mis en œuvre dans le cadre d'une régulation mondiale soient adaptés, il faut déterminer à quoi ils doivent s'adapter. Ce qui signifie que l'on doit fixer des objectifs à la régulation et que ces objectifs doivent être admis et considérés par les régulés comme légitimes. Cela implique une certaine ouverture d'esprit, une vision globale, la capacité à traiter des cas très particuliers sans en tirer des règles générales¹⁸¹, la capacité de se projeter dans l'avenir et l'espace. Car réguler dans un sens pour traiter avec efficacité une difficulté née en Europe peut avoir des conséquences néfastes, à court ou long terme, sur le continent américain ou africain, ... et donc réduire à néant tout l'intérêt de l'harmonisation qui n'apparaîtra plus comme légitime. Réguler nécessite un véritable effort d'écoute et d'attention. Du haut vers le bas : la FIFA doit écouter les clubs, les joueurs, les agents, les TPO ; véritablement ; pas de manière artificielle comme elle a voulu le faire croire en organisant des réunions sans les sociétés de TPO. Et du bas vers le haut : les régulés doivent écouter les arguments de la FIFA. De cette écoute devrait naître au moins un plus petit dénominateur commun de régulation sur des moyens qui, parce qu'ils auront été considérés par tous comme adaptés, seront acceptés dans leur mise en œuvre.

Au-delà de cette légitimité, les moyens mis en œuvre doivent être ajustés, au sens de juste, qui tombent juste, avec justice. Pour cela il convient de choisir des moyens de régulation juridiquement incontestables. Dans cette perspective, il faut absolument tenir compte des contraintes substantielles de la régulation et du cadre processuel de toute régulation. Les contraintes substantielles sont celles qui découlent du droit étatique. En effet si la régulation implique une mise à distance de l'Etat, elle ne saurait être complètement indépendante de lui et elle doit se conformer aux grands principes qui structurent l'ordre juridique étatique. Les européens connaissent bien toute l'influence du droit de l'Union européenne. Il ne faut pas ainsi prétendre réguler l'activité des TPO en Europe sans tenir compte des principes de liberté de la concurrence, de circulation des capitaux, des services, des travailleurs, etc. Mais dans un contexte mondial, la régulation des TPO doit aussi

¹⁸¹ Bien sûr qu'il y a des agents sportifs voyous mais est-ce que cela condamne la profession ? Bien sûr que la tierce propriété présente des risques importants de dérives mais est-ce une raison pour la prohiber de manière totale ?

tenir compte du droit substantiel produit par les autres grandes organisations supra-étatiques¹⁸².

Et à chaque fois, il faudra que la régulation réponde à un test qui est somme toute assez partagé dans le monde : le test de proportionnalité. Si la régulation réalise une atteinte à un grand principe du droit étatique, il conviendra de démontrer le motif légitime qui la justifie et sa stricte adéquation avec la poursuite de ce but. A cet égard, par exemple, une interdiction radicale et totale de la tierce propriété ne répond manifestement pas au test de proportionnalité en vigueur dans les frontières de l'UE. Or une régulation qui n'est pas conforme à un impératif étatique est une régulation inutile car fragile et contestable.

Le cadre processuel de la régulation. – Pour être incontestable, toute régulation doit également obéir au grand cadre processuel de la régulation : elle doit être l'œuvre d'une autorité de régulation irréprochable. En effet, une autorité véritable de régulation possède nécessairement des pouvoirs qui participent aux trois fonctions de l'Etat (législatif, exécutif, judiciaire). Cette concentration des trois pouvoirs est à première vue choquante. Elle s'explique pourtant et se comprend parce que la technicité du secteur à réguler, très complexe et international comme le football, ne peut pas se satisfaire d'un partage de pouvoirs. Mais cette concentration de pouvoirs ne se justifie pleinement que si elle est compensée par un exercice adéquat des trois pouvoirs. C'est-à-dire un exercice qui obéit aux grands principes processuels suivants : impartialité, motivation des décisions, transparence des procédures, proportionnalité des décisions, en ce sens que toute décision doit répondre strictement (pas plus, pas moins) à l'objectif légitime qui a été fixé à l'origine. En bref, il faut interdire que ces pouvoirs soient utilisés plus qu'il n'est requis. Sans le respect de ces principes, la régulation perd toute légitimité. Les moyens sont dévoyés et le besoin n'est pas satisfait. Evidemment, il se pose alors une question essentielle en matière de football. La FIFA est-elle l'autorité la plus légitime pour réguler la tierce propriété ? Rien n'est moins sûr ! C'est, cela dit, la seule qui manifeste un intérêt véritable et mondial à la question. Qu'elle s'en charge donc mais qu'elle mesure, à tous les sens du terme, sa responsabilité ! Qu'elle comprenne au moins qu'il est parfaitement possible d'autoriser l'investissement d'une tierce partie dans la valeur économique du joueur tout en empêchant que cette tierce partie ait une influence sur l'intégrité des compétitions sportives auxquelles participent le joueur et les clubs concernés¹⁸³.

¹⁸² AELE (pour la Suisse par exemple) / Alena ou Nafta / OEA (organisation des Etats américains) / Mercosur / CGC (conseil de coopération des Etats arabes du Golfe) / CARICOM (communauté des caraïbes) / ASEAN (association des nations de l'Asie du sud-est) / OHADA / COMESA / CEDEAO / UEMOA / CEMAC.

¹⁸³ La préservation de l'intégrité des compétitions sportives est un objectif susceptible de justifier une régulation non étatique. Il a été reconnu comme tel par la Commission

Techniques exclues de régulation. – Certaines pistes proposées ici ou là doivent être immédiatement écartées comme directement contraires à tous ces principes de régulation. Vouloir par exemple limiter le nombre des joueurs sous TPO dans chaque club au regard du nombre de joueurs dans l'effectif¹⁸⁴ demeure pour partie une interdiction et il existera forcément une mesure aussi efficace et moins attentatoire. Si l'on admet que des joueurs soient concernés par des accords de TPO au prétexte par exemple qu'il y a suffisamment de transparence pour éviter des conflits d'intérêts, en limiter le nombre ne trouve pas de justification. La transparence obtenue pour certains accords doit profiter à tous les autres et l'autorisation générale constituera donc une mesure moins attentatoire et tout aussi efficace qu'une interdiction partielle.

Pour la même raison, l'idée¹⁸⁵ selon laquelle on devrait autoriser le TPO mais réserver leur utilisation aux seuls clubs professionnels doit être exclue. Empêcher que les clubs amateurs puissent recourir aux services des fonds de TPO est une interdiction, certes partielle, mais cela constitue une interdiction nécessairement disproportionnée. Elle se caractérise en outre par un effet de discrimination. Pourquoi les clubs amateurs ne pourraient-ils pas espérer tirer de techniques alternatives de financement comme le TPO les moyens de devenir des clubs professionnels ?

2 – Techniques possibles de régulation

D'autres pistes méritent d'être envisagées, quelques-unes sont même, ou étaient, concrètement en vigueur. L'ancienne version du règlement FIFA¹⁸⁶ par exemple, apparaît autrement plus proportionnée¹⁸⁷ que celle

européenne (affaire COMP/37806 : ENIC/UEFA) dans un domaine, la multipropriété des clubs de football, où étaient justement en cause des situations de conflits d'intérêts.

¹⁸⁴ Idée proposée par exemple par la Liga de Fútbol Profesional (Espagne) : « *Debating FIFA's TPO Ban : Asser international sports law blog symposium* », *International Sports Law Journal* 2016, vol. 15, issue 3, p.233.

¹⁸⁵ Idée émise par exemple par : P. Moyersoen, « *Would a general prohibition resist a showdown with European law and the fundamental principles of freedom trade ?* », *Football legal* n°1, 2014, p.41. – P. Moyersoen, « *Faut-il vraiment interdire la TPO ?* », *Officiel juridique du sport* n°88, oct. 2014, p.2. – F. Veiga Gomes, « *Third party player ownership, Again !* », *EPFL Sports Law Bulletin* n°10, 2012, p.63.

¹⁸⁶ Art. 18bis - Influence d'une tierce partie sur des clubs : « 1. Aucun club ne peut signer de contrat permettant à une quelconque autre partie ou à des tiers d'acquérir dans le cadre de travail ou de transferts, la capacité d'influer sur l'indépendance ou la politique du club ou encore sur les performances de ses équipes. / 2. La Commission de Discipline de la FIFA peut imposer des sanctions aux clubs ne respectant pas les obligations stipulées dans le présent article ».

découlant de la réforme de 2015 qui emporte interdiction absolue. On pourra certes relever avec d'autres que cette notion « d'influence » sur laquelle reposait l'ancienne version était un peu obscure¹⁸⁸, mais ne vaut-il pas mieux travailler pour la préciser que de se laisser aller à la paresse intellectuelle de l'interdiction totale ? Et puis les juristes peuvent se satisfaire de notions un peu molles, un peu fourre-tout, qui laissent à la (juris)prudence du juge ou de l'arbitre, le soin de placer le curseur en fonction des spécificités du cas traité. Au demeurant, rien n'interdit de préciser dans la règle un seuil au-delà duquel on peut fixer ou présumer « l'influence ». C'est ce qui est fait par exemple en matière de régulation de la multipropriété et des multi-contrôles pour les sociétés sportives. Même si en France, le dispositif a récemment été victime de l'incompétence légistique du Gouvernement¹⁸⁹, la notion « d'influence notable » est définie par les textes et c'est largement suffisant. Ce pourrait être fait directement par la FIFA qui n'a qu'à préciser la formule de son article 18bis. L'expérience de l'UEFA en matière de multi-contrôles peut l'y aider.

Quelques pays ont une approche intéressante de la question et peuvent aussi donner des idées.

Au Brésil par exemple¹⁹⁰, l'Etat a offert à l'instance sportive un socle de réglementation. Le TPO y est un contrat innomé mais valable placé sous l'empire de l'article 286 du Code civil qui régit la cession de créance. Et depuis 2011, la loi Pelé a été agréementée de deux nouvelles dispositions destinées notamment à limiter les situations d'influence et d'interférence possiblement créées par les contrats de TPO¹⁹¹.

¹⁸⁷ L. Ferrari, « *Some thoughts on third party ownership* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.66.

¹⁸⁸ J.-D. Crespo Perez, « *TPO : pros and cons* », Football legal n°2, 2014, p.8.

¹⁸⁹ Cf. : J.-M. Marmayou, « *C'est l'histoire d'un renvoi qui ne renvoie plus vraiment...* », Cah. dr. sport n°42, 2016, p.9.

¹⁹⁰ D. Cravo et P. de Castro Moreira Sordi, « *in Brazil* », Football legal n°1, 2014, p.29.

¹⁹¹ Lei (Pelé) n° 9.615, 24 mars 1998, modifiée par la loi n°12.395 du 16 mars 2011. Art. 27-b. : « São nulas de pleno direito as cláusulas de contratos firmados entre as entidades de prática desportiva e terceiros, ou entre estes e atletas, que possam intervir ou influenciar nas transferências de atletas ou, ainda, que interfiram no desempenho do atleta ou da entidade de prática desportiva, exceto quando objeto de acordo ou convenção coletiva de trabalho ». / Art. 27-c : « São nulos de pleno direito os contratos firmados pelo atleta ou por seu representante legal com agente desportivo, pessoa física ou jurídica, bem como as cláusulas contratuais ou de instrumentos procuratórios que : I - resultem vínculo desportivo ; II - impliquem vinculação ou exigência de receita total ou parcial exclusiva da entidade de prática desportiva, decorrente de transferência nacional ou internacional de atleta, em vista da exclusividade de que trata o inciso I do art. 28 ; III - restrinjam a liberdade de trabalho desportivo ; IV - estabeleçam obrigações consideradas abusivas ou desproporcionais ; V - infrinjam os princípios da boa-fé objetiva ou do fim social do contrato ; ou VI - versem sobre o gerenciamento de carreira de atleta em formação com idade inferior a 18 (dezoito) anos. (www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm).

Au Portugal¹⁹², où seul l'ancien article 18bis du Règlement FIFA est applicable, les clubs qui pratiquent le TPO doivent publier la liste de leurs joueurs sous TPO ainsi que le pourcentage de TPO correspondant en annexe des comptes sociaux eux-mêmes publiés. Par ailleurs, les fonds de TPO dont le siège est au Portugal sont enregistrés auprès de l'autorité financière locale¹⁹³, ils publient donc leurs comptes au titre des normes du droit boursier et financier portugais. Dans ce pays, la limitation des « influences » néfastes se double donc d'une obligation de transparence qui en permet le contrôle.

La transparence est justement un des meilleurs outils pour traiter la question des conflits d'intérêts posée par les TPO. Les instances du football peuvent en effet, sans l'aide des pouvoirs publics, réclamer un minimum de transparence sur les pratiques des clubs. C'est le cas en Espagne où il existe un registre spécial des contrats de TPO¹⁹⁴ ; c'était¹⁹⁵ le cas en Argentine¹⁹⁶. Si les instances sportives ne peuvent absolument rien exiger des fonds de TPO qui n'en sont pas membres, une obligation (associative) de communication est envisageable à l'endroit des clubs, voire des joueurs. Attention tout de même au droit au secret car s'il peut 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

¹⁹² F. Veiga Gomes, « *Third party player ownership, again !* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.63. – F. Majani, « *Third-party ownership in Portuguese football* », World Sports Law Report 2013, vol. 11, issue n°9, p.6.

¹⁹³ Comissão do mercado de valores mobiliários (www.cmvm.pt).

¹⁹⁴ Cf. art. 25 du Reglamento general de la Liga nacional de fútbol profesional (<http://files.laliga.es/201603/09182825estatutos-y-reglamento-general-lfp-diciembre-2015.pdf>).

¹⁹⁵ Depuis le 20 février 2015, l'Argentine a intégré dans son ordre juridique l'interdiction FIFA des TPO, cf. : Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), Resolución General 3740/2015, Impuesto a las Ganancias. Imposibilidad de que los derechos económicos de jugadores profesionales estén en manos de "hombres de negocios del fútbol". Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores (FIFA) (<http://eco-nomicas.com.ar/7183-rg-3740-afip-ganancias-transferencia-de-jugadores>).

Auparavant, outre le registre spécial, l'Argentine possédait, pour des raisons essentiellement fiscales, une réglementation financière très complète qui imposait aux clubs de centraliser tous les paiements relatifs aux opérations portant sur des joueurs professionnels sur des comptes bancaires spéciaux (R. Ortega Sanchez, « *Argentina outlaws third-party ownership* », World Sports Law Report 2013, vol. 11, n°2, p.14).

¹⁹⁶ Cf. : Boletín Especial n°3819, 24 novembre 2005, Régimen de anotación y archivo de cesiones de beneficios económicos por transferencia (www.aladde.org/wp-content/uploads/2015/01/Regimen-de-transferencias.pdf). – M. Remmer, « *Argentina: Registration of Beneficiaries from Player Contracts* », World sports law report, vol. 4, issue 12, déc. 2006.

proportionnalité), cohérente¹⁹⁷, et qu'elle s'accompagne du droit aux recours effectifs¹⁹⁸ et du droit à un procès équitable¹⁹⁹.

A cet égard, il faut bien souligner que la transmission des contrats de TPO à une autorité de contrôle spécialisée (mais tenue au secret) paraît plus efficace et moins attentatoire que la brute communication au public d'informations financières détaillées. En Espagne, la ligue de football professionnel et le ministère des sports se sont engagés à créer une commission paritaire ayant pour mission de contrôler le contenu des contrats de TPO et toutes les opérations liées²⁰⁰.

De leur côté, les Etats peuvent apporter leur écot à cette lutte contre les conflits d'intérêts en exigeant des fonds de TPO qu'ils adoptent une forme officielle de fonds d'investissement reconnus sur une place financière transparente²⁰¹. Dans cette optique, seuls seraient autorisés à pratiquer des investissements TPO les fonds ayant adopté une forme prédéfinie et s'étant fait enregistrés auprès d'une autorité de régulation financière étatique (en France l'AMF). Cette idée n'est pas choquante puisque le TPO n'est rien d'autre qu'une technique financière et l'habitude est installée en matière de droit financier d'une régulation par l'information²⁰². A semblable chapitre, pourquoi ne pas puiser dans les techniques de contrôles financiers des idées pour réguler l'activité des fonds de TPO ? On pourrait ainsi leur imposer la présence d'un commissaire aux comptes indépendant (ou équivalent) et/ou la présence d'un déontologue comme dans certaines sociétés de conseil en investissements financiers. On pourrait également définir un certain nombre de mentions obligatoires dans les contrats de TPO qui pourraient faire l'objet d'une validation préalable, au coup par coup, par l'autorité de marché concernée. Cette dernière pourrait fort bien être gardienne de ce qui doit absolument être protégé au-delà des intérêts du marché financier, c'est à dire l'intégrité de la compétition ; pas plus, pas moins.

¹⁹⁷ Il serait ainsi incohérent d'imposer aux fonds de TPO des obligations de transparence qui ne seraient pas imposées par ailleurs, ou pas aussi efficacement, aux propriétaires et actionnaires des clubs de football.

¹⁹⁸ Art. 13, Conv. EDH.

¹⁹⁹ Art. 6, Conv. EDH.

²⁰⁰ Cf. : art. 4, Protocolo entre el Ministerio de educación, cultura y deporte, el Consejo superior de deportes y la Liga nacional de fútbol profesional, 25 avril 2012 (www.csd.gob.es/csd/estaticos/noticias/Protocolo-ministerio-csd-lfp.pdf)

²⁰¹ M. Galavotti, « *A sustainable model of TPO* », Football legal n°1, juin 2014, p.43.

²⁰² cf. : A. Couret, H. Le Nabasque, M.-L. Coquelet, T. Granier, D. Poracchia, A. Raynouard, A. Reygrobelle, D. Robine, *Droit financier*, Précis Dalloz 2^e édition, 2012.

La FIFA ne saurait toutefois, faute d'une légitimité suffisante, mettre en place des systèmes de régulation plus intrusifs qui ne peuvent relever que des prérogatives de puissance publique des Etats.

Par exemple, sans l'aide d'un Etat, il n'est pas question qu'une fédération oblige les sociétés de TPO à devenir membres pour pouvoir traiter avec les clubs et joueurs inscrits aux compétitions qu'elle organise. Eventuellement, on pourrait envisager sur le modèle de la régulation française des agents sportifs que l'Etat délègue à la fédération sportive concernée le contrôle de l'activité des TPO. Mais il faut faire attention aux fausses bonnes idées. Premièrement, l'efficacité du contrôle opéré sur les agents sportifs n'est pas flagrante et on peut douter qu'une fédération sportive soit armée pour « monitorer » des opérateurs financiers. Deuxièmement, il ne faut pas oublier que les régimes d'autorisation, même lorsqu'ils sont mis en place par des Etats, ne sont admissibles 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* »²⁰³. Enfin, il convient de souligner que la détermination des critères d'autorisation mérite en tout état de cause d'être adaptée aux opérations régulées. Or les cadres de contrôle prédéterminés apparaissent souvent comme trop rigides et trop systématiques. La véritable régulation de pratiques hétérogènes comme les TPO appelle plutôt une approche casuistique et des grilles d'analyse souples²⁰⁴. Il faut pouvoir par exemple utiliser des méthodes de contrôle spécifiques aux contrats de prêts à des professionnels lorsque le TPO s'apparente à un contrat de prêt, et des méthodes de contrôle spécifiques aux joint-ventures lorsque le TPO se rapproche plutôt d'une opération de conserve avec partage de risques. Autrement dit, et pour généraliser, une régulation proportionnée et adaptée est une régulation par analogie où chaque nouveau cas est traité comme les cas desquels il se rapproche le plus.

Autre exemple, certains pays ont fait le choix d'intéresser le joueur à toutes les transactions le concernant. Il a ainsi droit, en vertu d'un texte étatique ou d'une convention collective, à un pourcentage de « l'indemnité » de transfert ou de la plus-value réalisée sur sa mutation : au moins 25% de la plus-value au Venezuela²⁰⁵, au moins 15% du

²⁰³ CJCE, 22 janvier 2002, aff. C-390/99, *Canal Satellite Digital*, *op. cit.*

²⁰⁴ Sur cette régulation au « cas-par-cas », lire les développements très fouillés de S.-Y Oei et D. Ring, « *Human equity? Regulating the new income share agreements* », *Vanderbilt Law Review* avril 2015, p.681 (68 *Vand. L. Rev.* 681).

²⁰⁵ Cf. art. 220, Ley orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras (LOTT) « Cuando las cesiones, traslados o transferencias produzcan beneficio económico para el patrono o patrona, el trabajador o trabajadora del deporte tendrá derecho a una participación equivalente a una cantidad no menor del veinticinco por ciento del

montant du transfert en Espagne²⁰⁶, au moins 12% du montant si le transfert est national et au moins 20% s'il est international au Paraguay²⁰⁷, 20% des droits « fédératifs » en cas de transfert vers l'étranger en Uruguay²⁰⁸, au moins 10% du montant du transfert au Chili²⁰⁹, au moins 8% du montant du transfert en Colombie²¹⁰, au moins 15% du montant du transfert en Argentine²¹¹. Cet intéressement limite mécaniquement les possibilités d'investissements des TPO et offre au joueur un poids plus important dans la décision de mutation.

C'est un peu la même idée qui guide tous ceux qui militent pour une réglementation du contenu des contrats de TPO²¹². Un certain nombre d'analystes estiment en effet que l'on doit pouvoir limiter la part des droits conférés aux tiers investisseurs à un montant prédéterminé et ainsi plafonner le pourcentage de TPO sur chaque joueur²¹³ ; faire en sorte que le contrat de TPO ne puisse avoir aucun effet avant que le joueur n'ait joué une saison entière dans le club ; imposer une durée maximale à

beneficio establecido. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de deporte, determinará las condiciones conforme a las cuales se ejerce este derecho » (www.lottt.gob.ve/wp-content/uploads/2012/05/LOTTT-Gaceta-6.076.pdf). – Adde V.-M. Ocando Finol, « *Compatibilidad de la prohibición de la propiedad de los derechos económicos de jugadores por parte de terceros (TPO) dentro del ordenamiento jurídico venezolano* », Revista de derecho del deporte, n°11, déc. 2015.

²⁰⁶ Cf. : art. 11-4 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-12313).

²⁰⁷ Cf. : art. 12 ley n°5322 del 29 octubre 2014 que establece el Estatuto del Futbolista Profesional (www.escritosdederecho.com/2014/11/ley-5322-del-29-10-2014-estatuto-del-futbolista-profesional.html).

²⁰⁸ Cf. : art. 34 del estatuto del futbolista profesional (www.mutual.com.uy/single.php?i=361). Signalons que l'Uruguay prohibe le TPO : art. 2, Decreto-Ley n°14.996 de 18 de marzo de 1980, D.O. 9 abr/1980, n°20715.

²⁰⁹ Cf. : art. 152 bis I del Código del Trabajo (modifié par la ley n°20178 du 2 avril 2007) (www.dt.gob.cl/m/1620/articulos-95516_recurso_1.pdf).

²¹⁰ Cf. : art. 14 del estatuto del jugador de la federación colombiana de fútbol (<http://fcf.com.co/index.php/la-federacion-inferior/normatividad-y-reglamento/158-estatuto-del-jugador>).

²¹¹ Cf. : art. 8 del Convenio colectivo de trabajo celebrado entre futbolistas argentinos agremiados y la asociación del fútbol argentino n°577/2009 (<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158453/norma.htm>). En Argentine, l'article 249 del Reglameto general de Asociación del fútbol Argentino interdit les « droits économiques » mais il est tout de même possible de pratiquer le TPO car une tierce personne peut profiter des « *beneficios económicos derivados de la transferencia de derechos federativos* ».

²¹² L. Ferrari, « *Some thoughts on third party ownership* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.66.

²¹³ P. Moyersoen, « *Faut-il vraiment interdire la TPO ?* », Officiel juridique du sport n°88, oct. 2014, p.2. – M. Galavotti, « *A sustainable model of TPO* », Football legal n°1, juin 2014, p.43.

l'accord de TPO²¹⁴; ou prévoir plus largement des contrats standardisés²¹⁵. C'est certainement une piste à explorer mais elle doit l'être en ayant à l'esprit que seuls les Etats, ou des autorités déléguées par eux, peuvent forcer le contenu de ces contrats. Tant que les fonds de TPO ne seront pas membres des instances sportives, et on ne voit pas ce qui pourrait les y obliger, ces dernières n'auront pas le pouvoir de leur prescrire des clauses ni encore moins des conventions types. Au demeurant, même les Etats doivent justifier de la légitimité de leur intervention lorsqu'ils se décident à diminuer la liberté contractuelle, et corrélativement, la liberté d'entreprendre de leurs sujets. A ce propos, le forçage des contrats de TPO pourrait trouver une justification s'il poursuivait des objectifs équilibrés, à « charge et à décharge » serait-on tenté de dire. Si la préservation des droits fondamentaux du joueur est essentielle, les intérêts légitimes des investisseurs TPO doivent être tout aussi garantis. Quelle que soit la forme de son intervention, il faut éviter que le fonds de TPO puisse se « réserver »²¹⁶ le droit de définir la capacité du joueur à recevoir des salaires ni l'identité de son futur employeur. Il faut réguler la relation contractuelle de telle manière que l'investissement réalisé par un TPO au sein d'un club, en rapport avec un joueur donné, ne soit pas de nature à restreindre la liberté du joueur (ni affecter sa dignité) au-delà de la restriction qui naît déjà pour ce joueur du fait qu'il a décidé de conclure un contrat de travail d'une certaine durée avec un club donné. Il faut donc quelques garde-fous. Mais il faut pareillement protéger les prérogatives des TPO²¹⁷. Pour souligner encore plus la déloyauté de ceux qui dévoient la technique du TPO, on doit garantir un minimum de droits à la tierce partie. Elle doit pouvoir compter sur la conservation si ce n'est le développement de la valeur ou du potentiel du joueur. Elle doit pouvoir être certaine que le joueur sera transféré, s'il l'est (cela relève de sa décision), à un moment où sa valeur sera optimale. Elle doit pouvoir être certaine qu'au moment de l'éventuel transfert, personne ne lui cache une partie de la somme sur laquelle elle a vocation à faire jouer son droit. Elle doit pouvoir compter, en cas d'absence de transfert (le joueur et le club restent libres de décider ce transfert) et en fonction du montant de son investissement d'un minimum de dédommagement : une clause forfaitaire, une clause de retour minimum sur investissement, voire une clause de remboursement

²¹⁴ prévoir par exemple que les droits du TPO ne peuvent être efficacement mis en œuvre que si le transfert en cause intervient dans le délai de (x) années à compter de la signature de l'accord de TPO.

²¹⁵ J. Lindholm, « *Can I please have a slice of Ronaldo? The legality of FIFA's ban on third-party ownership under European union law* », *International Sports Law Journal* 2016, vol. 15, issue 3, p.137.

²¹⁶ Au sens d'une exclusivité.

²¹⁷ J. Scharwitz, « *The corporatization of personhood* », *University of Illinois Law Review* 2015, p.1119 (2015 U. Ill. L. Rev. 1119).

partiel ou total. Le recours obligatoire à certaines formes d'assurance peut aussi permettre la prise en compte des intérêts légitimes de chacune des parties. Elle doit pouvoir compter sur une information loyale relativement aux contrats de travail et/ou d'image sur lesquels sa prérogative d'investisseur doit se calculer. Elle doit pouvoir être certaine que si le joueur décide de mettre un terme à sa carrière avant la date envisagée, cela soit pour des raisons légitimes. Etc.

Il faut surtout avoir à l'esprit que le standard, le contrat-type, est l'ennemi de la professionnalisation. Outre le sentiment de défiance qu'il traduit, il est déresponsabilisant. Un contractant qui n'a pas le choix de sa formule contractuelle n'y réfléchit pas. Le tout impératif, le modèle imposé correspond à une logique d'assistance aux bénévoles et aux ignorants. La rigidité a quelque chose de rassurant pour un amateur que la logique de simple acceptabilité, floue et contingente du droit angoisse profondément. Il est tellement tranquillisant de se couler dans un moule préconstruit. Mais si le monde du sport veut se professionnaliser, il faut lui donner la liberté qui sied mieux aux professionnels. La professionnalisation doit passer par un abandon des modèles fournis d'en haut (Etat, fédération). Il faut se passer des statuts types, des contrats types, des règlements intérieurs types, des clauses types. Il faut autrement dit se passer du « tout prévu – tout impératif ». La professionnalisation est un environnement où les professionnels : juristes professionnels, managers professionnels, financiers professionnels, savent se mouvoir, agir, évoluer, s'adapter dans une réglementation qui devrait correspondre aux vœux minimalistes de Portalis.

Cela nous conduit vers une vision bien plus libérale de la question. Il est en effet possible de penser que les TPO qui cherchent à préserver leurs intérêts et à maximiser leurs chances de gains seront naturellement amenés à proposer des contrats très complets, très précis, où tous les engagements seront clairement établis. Afin d'éviter que le club emprunteur ne prenne prétexte de la moindre ambiguïté pour se défilier, les sociétés de TPO sont condamnées à la transparence, la précision, la complétude, la minutie, l'extrême détail.

Corrélativement, les clubs auront une vue complète et précise de leurs obligations. Ils pourront s'engager en connaissance de cause. Tirer profit d'une source de financement alternative tout en maîtrisant à l'avance les coûts financiers et comportementaux de ce financement.

Il ne faut jamais oublier que les clubs, comme les TPO, doivent être considérés comme des professionnels aguerris, non comme des consommateurs. Ils sont parfaitement compétents²¹⁸ pour combiner leurs intérêts sportifs et leurs intérêts économiques, leurs intérêts sportifs et les intérêts économiques de leurs partenaires.

²¹⁸ Ou devraient l'être.

On peut attendre donc d'un marché libéralisé des formules contractuelles transparentes et équilibrées où toutes les grandes difficultés susceptibles d'être soulevées sont traitées clairement et par avance : Que faire si le joueur n'est jamais transféré ? Que faire si le joueur ne renouvelle pas le contrat et se libère vis-à-vis de son club employeur ? Que faire si le club, au lieu de vendre le joueur, le garde jusqu'à la fin de sa carrière ? Que faire si le club veut vendre le joueur à un prix insuffisant ? Que faire si le club ne veut pas vendre, en dépit d'une offre intéressante financièrement ? Que faire si le club transfère le joueur au terme d'un échange de joueur avec ou sans soulte ? Que faire si le club détourne une partie des frais de transfert sur la vente d'un autre joueur dans laquelle la TPO n'a aucun intérêt ? Etc.

Le contrat n'est-il pas l'instrument juridique le plus efficace pour rapprocher des personnes qui ne partagent pas nécessairement les mêmes intérêts ? Il nous semble que l'on peut y croire, l'ingénierie contractuelle, collaborative par définition, est au service de la régulation : « *good contract engineering can do miracles* »²¹⁹.

²¹⁹ L'expression est de L. Ferrari, « *Some thoughts on third party ownership* », EPFL Sports Law Bulletin n°10, 2012, p.66.