



HAL
open science

INTERDICTION DE LA TPO : LE TAS PREND LES DEVANTS

Franck Latty

► **To cite this version:**

Franck Latty. INTERDICTION DE LA TPO : LE TAS PREND LES DEVANTS. *Jurisport : La revue juridique et économique du sport*, 2018. hal-02395329

HAL Id: hal-02395329

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-02395329v1>

Submitted on 5 Dec 2019

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.

INTERDICTION DE LA TPO : LE TAS PREND LES DEVANTS

Tribunal arbitral du sport, 2016/A/4490, *RFC Seraing c. FIFA*, sentence arbitrale du 9 mars 2017

Appelé à examiner la légalité, notamment au regard du droit de l'Union européenne, de la réglementation de la FIFA interdisant la « tierce propriété » (*Third Party Ownership*, TPO), le Tribunal arbitral du sport a rejeté les arguments du club demandeur au terme d'une analyse minutieuse dont l'écho devrait résonner au sein des instances nationales et européennes également saisies du procès de l'interdiction de la TPO.

Auteur : Franck Latty

Titre : professeur à l'Université Paris Nanterre, directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), membre de la Conférence des conciliateurs et de la Chambre arbitrale du CNOSF

Dans la guerre juridique contre la réglementation de la FIFA interdisant la « tierce propriété » des footballeurs (TPO selon l'acronyme anglais) lancée sur de multiples fronts par certains acteurs du *business* juteux des transferts (notamment le très controversé fonds d'investissement de droit maltais Doyen Sports Investment Ltd.)¹, la sentence rendue par le TAS représente une bataille importante remportée par la fédération internationale de football.

Le litige de l'espèce est né de la conclusion entre la société Doyen Sports et le Royal Football Club de Seraing, club belge évoluant en Division 1 amateur (troisième niveau du championnat belge), de contrats prévoyant le financement par la première de l'achat de joueurs par le second, en contrepartie de la cession d'un pourcentage de leurs droits économiques à l'occasion de leur futur transfert. Ces pratiques tombaient assurément sous le coup de la réglementation de la FIFA interdisant les contrats permettant à quiconque d'acquérir « la capacité d'influer sur l'indépendance ou la politique du club ou encore sur les performances de ses équipes » (art. 18 *bis* du Règlement du statut et du transfert des joueurs), ainsi que – et plus précisément – les contrats « 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 [...] » (art. 18, *ter*). Aussi le RFC Seraing a-t-il été l'objet de sanctions disciplinaires de la FIFA (interdiction d'enregistrer des joueurs pendant quatre périodes ; amende de 150 000 francs suisses), dont il a fait appel devant le TAS.

L'intérêt de la sentence rendue le 9 mars 2017 par une formation présidée par Bernard Foucher ne réside ni dans la légère réduction de la sanction infligée par la FIFA (interdiction de trois périodes d'enregistrement au lieu de quatre) au motif que les infractions ont été commises au cours d'une période transitoire en matière de réglementation sur la TPO (§ 179), ni dans la détermination de la date d'application de ***29*** la sanction, fixée à la première période suivant la notification de la sentence (§ 182). La sentence fera plutôt date en ce qu'elle constitue le premier procès au fond de l'interdiction de la TPO, cette pratique contractuelle que le tribunal désigne comme « l'investissement par une tierce partie dans les droits économiques d'un joueur de football en échange d'un droit à recevoir une part de la

¹ V. les enquêtes, à la suite des « *Football leaks* », du site Mediapart en date du 16 décembre 2016 (« TPO : les dessous du business qui a gangréné le football » ; « Doyen Sports : une pieuvre aux connexions mafieuses » ; « Caisses noires et commissions occultes : la méthode Doyen »).

valeur de tout transfert futur du joueur » (§ 17)². Le RFC Seraing ne contestait pas, en effet, que ses contrats avec Doyen Sports contrevenaient aux articles 18 *bis* et 18 *ter* ; il arguait, par voie d'exception, de l'illégalité de ces dispositions, et invoquait à cet égard tous azimuts les différentes libertés de circulation du droit de l'Union européenne ainsi que les règles de concurrence tirées de cet ordre juridique, puis les droits suisse et belge, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'UE et la Convention européenne des droits de l'homme.

L'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

La question préalable du droit applicable à l'affaire se posait donc avec acuité. En l'absence de moyens tirés de la réglementation de la FIFA et à défaut de choix subsidiaire de droit par les parties, l'application frustrée de l'article R58 du Code de l'arbitrage en matière de sport (droit applicable dans la procédure dite d'appel)³ aurait dû conduire le tribunal arbitral à apprécier les articles 18 *bis* et *ter* au regard du seul droit suisse (« droit du pays dans lequel la fédération [...] ayant rendu la décision attaquée a son domicile »). Mais en l'occurrence, le club requérant ne tirait de cet ordre juridique que des moyens manifestement subsidiaires, dont la pauvreté aux yeux du tribunal a d'ailleurs entraîné le rejet, en quelques lignes (§§ 152-161)⁴.

C'est qu'au cœur du litige se posait la question de la conformité au droit de l'UE de la réglementation de la FIFA. Non pas que cette dernière, association de droit suisse, soit immédiatement assujettie aux prescriptions européennes. Mais depuis – au moins – l'arrêt *Bosman*, il est établi que la norme sportive transnationale n'est pas viable sur le territoire de l'Union européenne si elle est contraire à son droit⁵. Le TAS aurait manqué de pragmatisme s'il avait examiné la légalité des articles 18 *bis* et *ter* en faisant l'impasse sur ce pan normatif aussi essentiel pour l'avenir de la TPO. Restait à en justifier l'application au différend.

Il se trouve que l'article R58 du code de l'arbitrage permet aussi au TAS de statuer « selon les règles de droit que la Formation estime appropriées » dès lors qu'il motive son choix. Les considérations pragmatiques ci-dessus évoquées, couplées à l'absence de contestation par la FIFA de l'applicabilité au différend du droit de l'UE (§ 93), auraient sans doute suffi à justifier le caractère « approprié » des principes de libre circulation et du droit de la concurrence : ne pas appliquer le droit de l'UE alors qu'il conditionne l'effectivité de la réglementation sur l'ensemble du territoire européen – et le litige de l'espèce était bien européen – n'aurait pas permis d'évaluer de manière satisfaisante et complète la légalité de l'interdiction de la TPO. Partant, le TAS aurait failli à sa mission juridictionnelle. Les arbitres se sont néanmoins lancés dans un complexe tour de passe-passe juridique, consistant à

² Pour une définition plus large, v. J.-M. Marmayou, « *Lex sportiva* et investissements : interdiction du *Third Party Player Ownership* », in F. Latty, J.-M. Marmayou, J.-B. Racine, *Sport et droit international (aspects choisis)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2016, pp. 77 et s. On relèvera que cet auteur était l'un des conseils du RFC Seraing dans l'affaire commentée. Aussi ne sera-t-on pas surpris que cet article, très détaillé et abondamment documenté, tourne à la défense de la TPO et au plaidoyer en faveur de l'illégalité de son interdiction.

³ Art. R58 : « La Formation statue selon les règlements applicables et, subsidiairement, selon les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile ou selon les règles de droit que la Formation estime appropriée. Dans ce dernier cas, la décision de la Formation doit être motivée. »

⁴ Rejetant de manière aussi lapidaire les moyens manifestement infondés ou non étayés tirés de la violation de la Charte des droits fondamentaux et de la Convention européenne des droits de l'homme et de son 1^{er} Protocole, v. les §§ 145-151 de la sentence.

⁵ CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463. V. F. Latty, *La lex sportiva – Recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 697 et s.

appliquer, à l'instar d'un tribunal suisse, le droit international privé du for. Le tribunal s'est en effet appuyé sur l'article 19 de la loi suisse sur le droit international privé (« Prise en considération de dispositions impératives de droit étranger »), en vertu duquel il s'est dit tenu de prendre en compte les principes de libre circulation et de libre concurrence du droit de l'UE en tant que règles impératives (§§ 75-76). La question de la soumission des tribunaux *arbitraux* à l'article 19 LDIP, dont il est communément admis qu'il concerne les tribunaux *étatiques*, demeure néanmoins très contestée⁶. ***30*** Dans le domaine sportif, en particulier, l'application à titre de loi de police de tel ou tel droit étranger est critiquable en ce qu'elle est de nature à fragmenter la norme sportive transnationale à vocation universelle⁷ – on notera d'ailleurs que le tribunal a rejeté l'applicabilité à l'espèce des dispositions impératives du droit belge invoquées par le club (§ 78). Les risques de fragmentation sont certes moindres en ce qui concerne les règles impératives du droit de l'UE auxquelles les organisations sportives se soumettent *de facto*, mais le raisonnement « conflictualiste » du TAS n'emporte pas pour autant l'adhésion⁸.

Quoi qu'il en soit, la prise en compte du droit de l'UE par les arbitres s'imposait d'autant plus que la contestation de l'interdiction de la TPO a fait l'objet de plusieurs recours auprès d'autres instances que le TAS (autorités nationales de concurrence, Commission européenne, juridictions belges et françaises)⁹, devant lesquelles la validité des art. 18 *bis* et *ter* au regard du droit de l'UE ne manquera pas de se poser.

LA LÉGALITÉ DE L'INTERDICTION DE LA TPO

C'est en ce sens que le TAS a *pris les devants*. La rapidité de la justice arbitrale sportive le plaçant aux avant-postes, le TAS est en effet le premier à juger au fond de la légalité de l'interdiction de la TPO. La solution, en l'occurrence, est celle de la conformité des articles 18 *bis* et *ter* aux règles de libre circulation (des capitaux, des travailleurs et de libre prestation de services) et aux règles de concurrence du droit de l'UE (interdiction des ententes et des abus de position dominante).

Il n'était certes guère discutable que la réglementation de la FIFA entravait certaines libertés fondamentales européennes : circulation des capitaux à coup sûr (§ 97) et, de manière néanmoins bien plus limitée ou mal établie par le RFC Seraing, celles de circulation des travailleurs et de prestation de services (§ 127). De même, adoptée par une association d'entreprises au sens de l'article 101 TFUE voire par une entité en position dominante selon l'article 102, l'interdiction de la TPO était susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres de l'UE, bien que le TAS ait relevé qu'aucune restriction de concurrence sur le marché des transferts n'avait été prouvée par les demandeurs (§§ 135 et s.). ***31***

⁶ V. M. Maisonneuve, *L'arbitrage des litiges sportifs*, Paris, LGDJ, 2011, pp. 368 et s.

⁷ V. TAS 2005/A/983 & 984, *Club Atlético Peñarol c/ Paris Saint-Germain et al.*, sentence du 12 juillet 2006, §§ 57-58.

⁸ Suivant un raisonnement similaire, voir les affaires citées au § 76 de la sentence (CAS 98/200, *AEK Athens and Slavia Prague c. UEFA*, sentence du 20 août 1999 et 2016/A/4492, *Galatasaray c. UEFA*, sentence du 23 juin 2016, §§ 41 et s.).

⁹ V. le § 88, qui fait le point sur les procédures en cours, au titre du contexte dans lequel la sentence intervient. Le procès en appel de la décision du 17 novembre 2016 par laquelle le tribunal de commerce de Bruxelles s'est déclaré incompétent s'est ouvert le 26 octobre 2017. Le journal belge *L'Echo* indique par ailleurs dans un article du 14 octobre 2017 (« L'avenir du foot business mondial se joue dans les tribunaux bruxellois », consulté le 31 octobre 2017 sur www.lecho.be), que la Commission européenne aurait rejeté la plainte adressée par Doyen Sports et le RFC Seraing.

Toujours est-il qu'à défaut de consacrer une « exception sportive » longtemps revendiquée par la FIFA, le droit de l'UE autorise des dérogations à ces principes fondamentaux au titre des « spécificités du sport »¹⁰, dès lors que les mesures restrictives répondent à un objectif légitime et sont nécessaires et proportionnées¹¹. Le TAS a ainsi retenu que les objectifs présentés par la FIFA (préservation de la stabilité des contrats, garantie de l'indépendance et de l'autonomie des clubs et des joueurs en matière de recrutement et de transfert, intégrité des compétitions de football, prévention des conflits d'intérêt, transparence) présentaient un caractère légitime (§§ 101 et s.), sans tenir pour établis les objectifs déguisés (maintien du marché des transferts parmi les clubs, visées monopolistiques) invoqués par le club (§§ 106 et s.).

La question de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure s'avérait plus délicate à trancher, dans la mesure où la FIFA avait opté pour l'interdiction pure et simple de la TPO. Des mesures moins restrictives n'étaient-elles pas envisageables ? A cela le TAS répond que les schémas de financement de club par des tiers pour recruter des joueurs sont autorisés dès lors qu'ils ne prennent pas la forme d'une TPO : en ce sens il n'y a pas d'interdiction totale du financement des recrutements par des tiers (§§ 109 et s.). Quant à l'interdiction de la TPO à proprement parler, le TAS considère que des mesures alternatives « n'apparaissent pas raisonnablement à même d'atteindre les objectifs poursuivis » (§ 118). Les arbitres font le constat que les règles de la FIFA ne s'appliquent qu'à ses affiliés (fédérations, clubs, joueurs), à l'exclusion des autres acteurs de la TPO (du type Doyen Sports) dont les comportements seraient, au reste, impossibles à contrôler efficacement par la FIFA (§ 117). Dès lors, la mesure radicale que constitue l'interdiction totale imposée aux affiliés de la FIFA serait justifiée. Peut-être ce passage crucial de la sentence paraîtra-t-il un peu lapidaire, mais force est de constater que le club demandeur n'avait donné aux arbitres aucune mesure alternative concrète à se mettre sous la dent¹². La sentence du TAS ne mettant un terme qu'à l'Acte premier du procès de l'interdiction de la TPO, il est probable que le RFC Seraing, Doyen Sports *et al.*, emmenés par l'ancien avocat de Jean-Marc Bosman, auront à cœur de corriger cette lacune de leur argumentation lorsqu'ils la feront valoir devant d'autres *fora*.

Cela étant, dès qu'il en a eu l'occasion – même pour la question inédite de la conformité d'une réglementation sportive à la liberté de circulation des capitaux (§ 94) – le TAS s'est ostensiblement appuyé sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE ou encore sur les décisions en référé rendues par les juridictions belges. Plus généralement, en empruntant leurs solutions ou à tout le moins leurs raisonnements, les arbitres semblent s'être glissés dans la peau des juges habituels du droit de l'UE que sont les juges nationaux et la Cour de Justice. Il

¹⁰ V. CJUE, *Olympique lyonnais SASP c. Olivier Bernard et Newcastle UFC*, arrêt du 16 mars 2010, C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143, § 40. La Cour estime que l'article 165 TFUE (qui attribue des compétences d'appui à l'UE dans le domaine du sport tout en précisant qu'elle doit tenir compte de ses « spécificités ») « corrobore » l'approche jurisprudentielle à l'œuvre depuis l'arrêt *Bosman*.

¹¹ CJCE, *Bosman*, précité, §§ 104 et s. V. F. Latty, « L'Union européenne et la *lex sportiva* », in M. Benlolo-Carabot, U. Candau, E. Cujo (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 845 et s.

¹² Cf. J.-M. Marmayou, *op. cit.*, p. 117, qui estime habilement qu'« il existe forcément une mesure aussi efficace mais moins attentatoire, une mesure aussi attentatoire et plus efficace, voire une mesure plus efficace et moins attentatoire », mais n'en identifie aucune précisément. Il préconise néanmoins (*supra* pp. 137 et s.) le retour à l'ancienne réglementation de la FIFA (le seul article 18 *bis*) ou, à des fins de transparence, l'obligation de transmission des contrats de TPO à une autorité de contrôle spécialisée, avant d'en appeler à un encadrement par les Etats, et non par la FIFA, de cette pratique contractuelle.

F. Latty, « Interdiction de la TPO : le TAS prend les devants (TAS 2016/A/4490, *RFC Seraing c. FIFA*, sentence arbitrale du 9 mars 2017) », *Jurisport*, n° 183, février 2018, pp. 28-31

est à prévoir que, parmi ces derniers¹³, ceux qui auront à connaître de la TPO ne seront pas insensibles à l'argumentation du TAS, même si sa sentence est dépourvue de toute autorité formelle à leur égard. Sous un ciel judiciaire peu serein au vu des nombreux recours pendants¹⁴, la sentence a tracé un sentier dont la vocation est de devenir une route.

¹³ La CJUE pourrait être saisie à titre préjudiciel, ou dans le cadre d'un recours contre une décision de la Commission agissant en tant qu'autorité de la concurrence.

¹⁴ La sentence fait elle-même l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse, dont les chances de succès semblent maigres à première vue.