

*Jurisprudence - Droit des sports***Évolution des rapports entre le droit et le sport : à propos des affaires
Deliège, Lethonen et Malaja**

Arrêt(s) annoté(s) : voir  Cour de justice des Communautés européennes - 11 avril 2000

voir  Cour de justice des Communautés européennes - 13 avril 2000

-
- I. Libre circulation des services - Sports - Participation à une compétition sportive internationale - Sélection par une fédération nationale - Nécessité inhérente à l'organisation des compétitions - Restriction prohibée à la libre prestation des services (non).**
 - II. Libre circulation des services - Sports - Joueurs professionnels - Interdiction d'aligner un joueur transféré après une date limite - Distinction entre les joueurs nationaux et les joueurs issus de la Communauté européenne - Raisons objectives intéressant uniquement le sport.**
-

Deux décisions de la Cour de justice des Communautés européennes ici reproduites (Deliège et Lethonen) ainsi qu'un arrêt de la cour d'appel de Nancy (Malaja) permettent de poser quelques questions au regard de l'évolution future des rapports entre le droit et le sport (III). Cet examen du futur doit être précédé du passé et du présent, c'est-à-dire, respectivement de rappels de la jurisprudence Bosman (I) et de l'analyse des trois décisions citées : Deliège, Lethonen et Malaja (II).

Au-delà des enseignements que le praticien doit tirer de ces arrêts, l'on retiendra la nécessité de mettre progressivement en place une meilleure cohabitation entre des ordres juridiques distincts qui entendent encore s'affirmer par trop concurrents : d'une part, les ordres juridiques étatiques et européens, d'autre part, les ordres juridiques transnationaux du sport. À la revendication d'une «exception sportive», il paraît préférable de substituer la reconnaissance d'un pluralisme juridique qui, tout en reconnaissant une spécificité du sport et de son organisation, ne l'affranchit pas du respect des droits fondamentaux.

I. Le passé (affaire Bosman)

Le 15 décembre 1995, la Cour de justice des Communautés européennes avait dit pour droit, dans l'affaire Bosman [1], que l'indemnité de transfert qui conditionne la possibilité pour un joueur professionnel de football de jouer dans un club d'un autre Etat membre et les clauses de nationalité qui limitent le nombre de joueurs professionnels, ressortissants d'un autre Etat membre, que les clubs peuvent aligner, étaient contraires à l'article 48 du Traité CEE (devenu 39 CE) relatif à la libre circulation des travailleurs [2]. Ce faisant, la Cour condamnait non seulement une entrave discriminatoire (les clauses de nationalité) mais également une entrave indistinctement applicable, en l'espèce l'indemnité de transfert, frappant indistinctement tout joueur professionnel de football quelle que soit sa nationalité, et quel que soit le champ spatial du transfert : national ou européen.

L'arrêt Bosman fut diversement accueilli [3]. Si la doctrine y était, en majorité, favorable, les milieux sportifs et politiques y voyaient une ingérence excessive dans l'autonomie du sport, mettant en péril sa subsistance même. Au lendemain de l'arrêt, le Premier ministre Jean-Luc Dehaene plaissait pour «une exception culturelle» en faveur du sport. Sans doute, les nuances de l'arrêt et des conclusions de l'avocat général LENZ furent-elles ignorées [4] pour ne retenir que la «condamnation» au profit du «petit joueur sorti de l'ombre» des règles édictées par les puissantes associations belges et européennes de football. Certes, la Cour avait écarté les arguments tirés de l'autonomie du sport, du principe de subsidiarité et de «prétendues analogies entre le sport et la culture», jugeant qu'ils ne pouvaient limiter «la portée de la libre circulation des travailleurs, garantie par l'article 48, qui constitue une liberté fondamentale dans le système des Communautés» [5]. Il ne fallait pas en déduire que la Cour condamnait toute entrave à la liberté de circulation et, partant, toute réglementation sportive. Est seule condamnée, l'entrave qui soit ne poursuit pas un objectif légitime d'intérêt général, soit le fait par des moyens disproportionnés en cela que soit ils ne sont pas efficaces, soit ils ne sont pas nécessaires pour atteindre l'objectif poursuivi. En l'espèce, la Cour considérait que les clauses de nationalités, en-dehors «des rencontres spécifiques, opposant des équipes représentatives de leur pays» [6] ne poursuivaient pas un but légitime alors que les indemnités de transfert poursuivent un objectif légitime «consistant à assurer le maintien

d'un équilibre entre les clubs, en préservant une certaine égalité des chances et l'incertitude des résultats, ainsi qu'à encourager le recrutement et la formation des jeunes joueurs» [7], mais ne sont ni un moyen efficace au vu des disparités entre clubs ni un moyen nécessaire car d'autres moyens comme une convention collective plafonnant la rémunération des joueurs et une répartition des recettes entre clubs [8] permettraient d'atteindre «les mêmes objectifs ... de manière au moins aussi efficace par d'autres moyens qui n'entravent pas la libre circulation des travailleurs» [9].

En résumé, tout en fermant la porte aux entraves disproportionnées, la Cour ouvrait les fenêtres des mesures proportionnées d'intérêt général. Ce sont ces mesures qui sont, plus largement sans doute, reconnues dans les arrêts Deliège et Lethonen, favorisées par le vent du Traité d'Amsterdam, dont la déclaration annexe, relative au sport, «souligne l'importance sociale du sport et en particulier son rôle de ferment de l'identité et de trait d'union entre les hommes [10]».

II. Le présent (affaires Deliège, Lethonen, Malaja)

Un exposé des faits et des questions abordées permet de distinguer ces affaires de l'arrêt Bosman (a) avant d'examiner deux aspects du droit communautaire : la libre circulation (b) et la concurrence (c).

a. Les faits

— Deliège

Christelle Deliège est une judoka belge, ancienne championne de Belgique, d'Europe et du monde, qui se plaint de ne pas avoir été sélectionnée par les Ligues belge et francophone de judo pour participer à certains tournois, particulièrement à un tournoi de Paris, qui conditionnent sa participation future à des compétitions importantes : championnats d'Europe, du monde, jeux olympiques. À la différence de Bosman, n'étant pas liée par un contrat de travail qui permettrait de considérer qu'elle exerce des prestations contre rémunération sous la direction de son club, elle peut difficilement être considérée comme travailleuse. Pour les ligues, il y va d'un sport amateur. Madame Deliège se considère sportive professionnelle ou semi-professionnelle entravée dans sa liberté de participer à une prestation de services dans un autre Etat membre et se heurtant à des pratiques contraires à la liberté de concurrence, voire à un monopole dans le chef des ligues. Saisi en référé et au fond, le tribunal de première instance de Namur pose deux questions préjudicielles ayant même objet : l'obligation de disposer d'une autorisation préalable d'une fédération sportive pour pouvoir s'aligner à une compétition internationale est-elle contraire aux articles 59 (libre circulation des services), 85 et 86 (concurrence) du Traité CEE ?

À la différence de Bosman, l'autorisation d'exercer son sport n'est pas ici conditionnée par le paiement du transfert mais par une sélection abandonnée à l'appréciation des organes sportifs nationaux et régionaux reconnus par la fédération internationale.

La Cour rend son arrêt le 11 avril 2000.

— Lethonen

Jyri Lethonen est un joueur de basket-ball de nationalité finlandaise. Transféré en Belgique, au club des Castors Braine, à une date ultérieure à la date limite autorisée pour les transferts européens. Pour ce motif, la licence est refusée par la Fédération internationale de basket-ball et la participation de monsieur Lethonen à un match de même que son inscription, sans participation, sur la feuille d'un autre match sont sanctionnées de deux scores forfaitaires perdant par la fédération belge.

Comme Bosman, Lethonen est un joueur professionnel sous contrat qui peut être qualifié de travailleur. Comme Bosman, ce sont des règles de transfert qui l'empêchent de jouer. À la différence de Bosman, ce n'est pas le coût du transfert mais les délais de transfert qui sont en cause.

Saisi en référé, le tribunal de première instance de Bruxelles demande à la Cour de justice des Communautés européennes si «des dispositions réglementaires d'une fédération sportive, faisant interdiction à un club d'aligner pour la première fois un joueur en compétition s'il a été engagé après une date déterminée sont (...) ou non contraires au Traité de Rome (et notamment aux articles 6, 48, 85 et 86) lorsqu'il s'agit d'un joueur professionnel ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, nonobstant les raisons sportives invoquées par les fédérations pour justifier lesdites dispositions, à savoir la nécessité de ne pas fausser la compétition?».

La Cour rend son arrêt le 13 avril 2000.

— Malaja

Lilia Malaja est une joueuse de basket-ball de nationalité polonaise recrutée par le Racing Club de Strasbourg, qui compte déjà une Croate et une Bulgare. Le règlement de la Fédération française de basket-ball ne permettant l'alignement que de deux étrangères «hors espace économique européen», la fédération refuse d'homologuer le contrat.

Joueuse professionnelle comme Bosman, madame Malaja peut être considérée comme une travailleuse dont la libre circulation est entravée par une mesure discriminatoire directement fondée sur la nationalité. A la différence de Bosman, madame Malaja n'est pas protégée par le Traité de Rome, n'ayant pas la nationalité d'un Etat membre. Elle va demander l'annulation de la décision de la Fédération française de basket-ball et se prévaloir de l'accord entre la C.E. et la Pologne, dont l'article 37 comporte un principe de non-discrimination ainsi libellé : *«Sous réserve des conditions et modalités applicables dans chaque Etat membre : les travailleurs de nationalité polonaise légalement employés sur le territoire d'un Etat membre ne doivent faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur la nationalité, en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération ou de licenciement par rapport aux ressortissants dudit Etat membre»* [11].

Le tribunal administratif de Strasbourg ayant rejeté sa demande, madame Malaja interjette appel devant la cour administrative d'appel de Nancy qui se prononce le 3 février 2000 [12].

b. La libre circulation

1. Les services (Deliège)

La Cour laisse entendre que «la participation d'un athlète de haut niveau à une compétition internationale est susceptible d'impliquer les prestations de plusieurs services distincts mais étroitement imbriqués, qui peuvent relever de l'article 59 du Traité (article 49 CE)» [13]. Parmi ces services, la Cour cite le spectacle offert au public, les retransmissions télévisées, la publicité [14]. Il ne suffit pas qu'une fédération sportive qualifie unilatéralement ces sportifs d'amateurs pour qu'ils échappent à l'exercice d'activités économiques au sens de l'article 2 du Traité CE [15]. En pratique, il appartiendra au juge national de déterminer s'il y a activité «économique et en particulier prestation de services» [16]. Une fois établi que l'on se trouve dans le champ d'application matériel et personnel du Traité, il reste à examiner, selon le schéma Bosman, s'il y a une entrave à la libre circulation, ici des services et, en cas de réponse affirmative, si cette entrave est justifiée parce qu'elle poursuit un but légitime par des moyens proportionnés. Sans pousser l'examen jusqu'à la légitimité et à la proportionnalité, la Cour affirme que les règles en cause «ne peuvent (...) en elles-mêmes être regardées comme constitutives d'une restriction à la libre prestation de services» car les règles de sélection entraînent une limitation «inhérente au déroulement d'une compétition sportive internationale» [17], en manière telle que même «si un système de choix peut s'avérer plus favorable envers une catégorie d'athlètes qu'un autre» [18], cela n'aurait pas d'importance puisque ce choix est fait par des fédérations sportives auxquelles «il revient naturellement (...) d'édicter les règles appropriées et d'effectuer la sélection en vertu de celles-ci» [19]. En conséquence, aucune règle de sélection sportive ne constitue une entrave à la libre prestation de services.

Le raisonnement peut étonner et prêter le flanc à la critique. Qu'est-ce qui permet de décider *a priori* que les règles de sélection édictées par des fédérations sportives ne constituent pas des entraves à la libre circulation ? Ce raisonnement est-il conforme à la jurisprudence Bosman ? L'arrêt Bosman relevait notamment que des dispositions «qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un Etat membre [d']exercer son droit à la libre circulation constituent des entraves à cette liberté même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés» [20], dès qu'elles sont «susceptibles de restreindre la libre circulation des joueurs» [21]. Ne fallait-il pas, selon la jurisprudence Bosman, constater l'existence d'entraves de nature à empêcher ou dissuader la libre circulation pour, ensuite, examiner les motifs d'intérêt général poursuivis et le caractère proportionné des moyens utilisés ? La justification de cette acceptation *a priori* des règles de sélection est plus explicite dans les conclusions de l'avocat général COSMAS : «le droit communautaire reconnaît aux autorités en matière sportive un pouvoir limité d'autogestion et d'auto-réglementation des questions économiques qui se rattachent à la nature spécifique du sport» [22]. Cette justification elle-même ne résiste pas à la jurisprudence Bosman qui, en réponse à la liberté d'association et au respect des règles internes qui en découlent, répond qu'on ne saurait en déduire «que les règles édictées par des associations sportives (...) sont nécessaires pour garantir l'exercice de cette liberté par lesdites associations (...) ou qu'elles en constituent une conséquence inéluctable» [23]. Conscient que le rejet *a priori* de la qualification d'entrave pour les règles de sélection n'est point d'évidence, l'avocat général pousse l'examen plus avant afin d'évaluer si les mesures «sont justifiées par des nécessités impérieuses d'intérêt public, sont aptes à la réalisation de l'objectif poursuivi et ne sont pas

excessivement contraignantes par rapport à la nécessité d'atteindre cet objectif» [24]. Certes, le résultat est le même : les règles de sélection ne sont pas jugées contraires au Traité dès lors qu'elles poursuivent un objectif légitime par des moyens proportionnés. Il reste qu'en ne développant pas l'ensemble du raisonnement de proportionnalité, élaboré dans la jurisprudence Bosman, la Cour révèle des prémices différentes : il ne s'agit plus tant de fermer la porte aux entraves résultant des réglementations propres aux organisations sportives en leur laissant quelques fenêtres de proportionnalité entrouvertes, que de leur offrir de larges portes-fenêtres par où s'introduit «la nécessité de garantir le droit d'auto-réglementation du sport» [25].

2. Les travailleurs, ressortissants d'un Etat membre (Lethonen)

Dans la mesure où le fait conduit au dit du droit, il n'est pas surprenant de constater que l'arrêt Lethonen suit avec plus de fidélité le schéma Bosman : la similitude des faits est plus grande. Après avoir reconnu la qualité de travailleur de Lethonen en tant que joueur professionnel de basket-ball sous contrat, la Cour va accepter qu'il y a entrave à la liberté de circulation, ici des travailleurs, par ces règles de délais de transfert «susceptibles de restreindre la libre circulation des joueurs» même si «les règles en question ne concernent pas l'emploi de ces joueurs, qui n'est pas limité, mais la possibilité pour leurs clubs de les aligner lors d'un match officiel (...) dans la mesure où la participation à ces rencontres constitue l'objet essentiel de l'activité d'un joueur» [26]. Ce constat établi – qui n'eût point étonné dans l'arrêt Deliège [27] – la Cour examine l'existence de justifications à l'entrave. Elle note l'existence d'un objectif légitime : «assurer la régularité des compétitions sportives» car «des transferts tardifs seraient susceptibles de modifier sensiblement la valeur sportive de telle ou telle équipe au cours du championnat, remettant ainsi en cause la comparabilité des résultats entre les différentes équipes engagées dans ce championnat et, par conséquent, le bon déroulement du championnat dans son ensemble» [28].

Le raisonnement est conforme au schéma classique, s'enquerrant de l'efficacité du moyen mis en oeuvre en vue d'atteindre l'objectif légitime. Sa force de conviction est toutefois assez faible : «la régularité des compétitions sportives» consiste-t-elle vraiment en une certaine «comparabilité des résultats» qui pourraient nuire aux éléments nouveaux permettant de relancer l'émulation et la concurrence ?

Acceptant toutefois la légitimité du but (la régularité des compétitions) et l'efficacité du moyen (les délais de transfert), la Cour s'interroge sur la nécessité du moyen, particulièrement sur la différence des délais de transfert selon que les joueurs proviennent ou non de la zone européenne, ceux n'appartenant pas à la zone européenne bénéficiant d'un délai supplémentaire d'un mois : «à première vue, une telle réglementation doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi» [29]. Pourquoi, en effet, durant ce mois, le transfert d'un joueur de la zone européenne entraîne-t-il plus de risque pour la régularité du championnat que le transfert d'un joueur de la zone non européenne ? En conséquence, la Cour condamne non l'existence d'un délai de transfert mais la différence de délais de transfert selon la zone de provenance du joueur, sauf à trouver des raisons objectives qui justifient une telle différence de traitement. La Cour abandonne à la juridiction nationale le soin de vérifier l'existence ou non de ces raisons objectives.

Bien que plus respectueux du schéma Bosman que l'arrêt Deliège, l'arrêt Lethonen s'en écarte aussi sensiblement. Alors que les coûts de transfert sont condamnés avec la plus grande fermeté, les délais de transfert ne le sont en principe pas : il suffit de les uniformiser. Si l'objectif poursuivi est similaire – un certain équilibre entre clubs –, les moyens seraient distincts : l'argent et le temps. A l'analyse, la distinction s'édulcore. Sans simplifier le rapprochement au motif que le temps c'est de l'argent, il est permis de s'interroger sur la nécessité et l'efficacité des deux moyens pour atteindre l'objectif d'équilibre entre clubs. En réalité, comme dans l'affaire Deliège mais de façon moins directe sous l'apparence du principe de proportionnalité, c'est à un revirement de prémices que l'on assiste. Les conclusions de l'avocat général ALBER ne trompent pas : se référant à la Déclaration d'Amsterdam sur le sport, il note qu'une «autorégulation [du sport] est en principe acceptable» et «trouve également sa justification dans la liberté d'association» en manière telle que «le pouvoir souverain d'organisation des fédérations sportives constitue un motif général digne de protection, et que tout règlement édicté par les fédérations sportives a en principe vocation à traduire matériellement l'exercice de ce pouvoir souverain d'organisation» [30].

3. Les travailleurs, ressortissants d'un Etat tiers (Malaja)

Joueuse de basket professionnelle, de nationalité polonaise, engagée par un club français, madame Malaja subit à l'évidence une entrave discriminatoire à sa libre circulation en qualité de travailleuse : son contrat n'est pas homologué par la fédération française parce que le club concerné dépasse le quota de deux joueuses ressortissantes d'Etats tiers [31]. Ici se situe la difficulté d'une application *a priori* de la jurisprudence Bosman : peut-on l'étendre aux ressortissants d'Etats tiers en application du principe de non-discrimination inscrit dans différents accords signés entre la C.E. et des Etats tiers ? Oui, selon la Cour de Nancy qui accepte de suivre le raisonnement de madame Malaja sans poser de question préjudicielle à la Cour comme demandé par la

Fédération française de basket [32]. La cour administrative considère que «la possibilité, pour un sportif professionnel, de jouer dans une équipe déterminée, fait partie des conditions de travail et de rémunération» soumises au principe de non-discrimination inscrit à l'article 37 précité de l'accord d'association C.E. – Pologne et précise que l'intéressée est «légalement employée» au sens de cette disposition dès l'instant où elle dispose d'un titre de séjour et d'un contrat de travail sans que la validité légale de ce contrat ne puisse être conditionnée par l'homologation attribuée par la fédération, ce qui fit précisément l'objet du litige.

Si cette jurisprudence devait se confirmer, elle concernerait de nombreuses nationalités. Le principe de non-discrimination dans l'exercice d'un emploi se retrouve non seulement dans les accords d'association [33] mais aussi dans les accords de coopération [34] et les accords de Lomé avec les pays A.C.P. [35]. Sous réserve d'interprétation de certaines dispositions, au total ce sont plus de nonante nationalités qui sont concernées. Si le champ d'application spatial est très vaste, le champ d'application matériel demeure limité. La cour de Nancy rappelle expressément qu'en l'espèce l'intéressée est «légalement employée» parce qu'elle dispose déjà d'un titre de séjour et d'un contrat d'emploi. Ce n'est pas un droit à la libre circulation des sportifs – ou autres professionnels – de toutes nationalités qui est ouvert : il n'y a ni droit d'accès au territoire ni droit d'accès à l'emploi [36]. Ce n'est que lorsque l'intéressé a obtenu un titre de séjour, un permis de travail et un contrat de travail, qu'il est, pour les conditions d'exercice de ce travail, couvert par le principe de non-discrimination.

La condamnation de cette entrave serait-elle aussi ferme par la Cour de justice des Communautés européennes, au vu des jurisprudences Deliège et Lethonen ? Faut-il penser que les juridictions nationales appliquent et étendent la jurisprudence Bosman (affaire Malaja) alors que la Cour de Luxembourg aurait déjà opéré un revirement de jurisprudence accordant une plus large part d'autorégulation au monde du sport ?

Ces questions demeurent ouvertes pour le futur (III).

Avant de les examiner, il convient de constater que, dans ses deux jurisprudences ici commentées, la Cour de justice des Communautés européennes a, aujourd'hui déjà, laissé ouverte une autre question : celle de la violation des règles relatives à la concurrence.

c. La liberté de concurrence

Madame Deliège et monsieur Lethonen avaient obtenu du juge national qu'il invite la Cour de justice des Communautés européennes à se prononcer sur la violation du droit communautaire de la concurrence. L'affaire Bosman y invitait : l'avocat général avait développé ce point en ses conclusions. La Cour s'était abstenue considérant que le constat de violation des dispositions relatives à la libre circulation suffisait. Ne pouvant invoquer ce prétexte en l'absence de constat de tout violation (Deliège) ou en présence d'un constat de violation très relative (Lethonen) des principes de libre circulation, la Cour parvient à sauvegarder son silence par un artifice de procédure : le jugement de renvoi ne contient pas d'indications suffisantes relatives au cadre factuel et réglementaire pour permettre aux parties de présenter des observations et à la Cour d'apporter des réponses utiles [37]. Font notamment défaut les indications quant à «la définition du ou des marchés en cause», «la nature et le nombre des entreprises exerçant leur activité sur ce ou ces marchés», «l'importance des échanges entre Etats membres», «la possibilité que ceux-ci soient affectés par les règles» en cause [38]. Certes, le droit de la concurrence impose un examen plus développé, parce que comparatif, qu'en matière de liberté de circulation. Ce rôle d'«instruction» du dossier est généralement joué par la commission saisie d'une plainte (article 89, devenu article 85 CE). Déjà saisie en son temps par Bosman [39], il n'est pas exclu que la commission poursuive l'examen du monde du sport au regard du droit de la concurrence, comme elle l'avait annoncé après l'arrêt Bosman [40]. Prudente, la Cour, conseillée en ce sens par ses avocats généraux, se réserve. Ceux-ci avaient toutefois, à titre subsidiaire, examiné dans leurs conclusions, le fondement d'une violation du droit de la concurrence. Dans l'affaire Bosman, l'avocat général LENZ avait conclu à la violation de l'article 85 (devenu article 81 CE) par les «accords entre clubs et (les) décisions d'associations sportives» sur le coût du transfert et les clauses de nationalité [41]. Dans l'affaire Deliège, l'avocat général COSMAS conclut, à titre subsidiaire, à l'absence de violation de l'article 85 (accords, décisions ou pratiques concertées entre entreprises ayant pour

objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence; devenu article 81 CE) et de l'article 86 (abus de position dominante susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres) pour le même motif central par lequel il invite à constater l'absence de violation de l'article 59 (*supra*): «le règlement litigieux (...) est indispensable pour atteindre les objectifs légitimes qui découlent de la *spécificité* du judo» [42]. Dans l'affaire Lethonen, l'avocat général ALBER conclut à la violation de l'article 85 (devenu article 81 CE) dans la seule mesure où les différences entre les délais de transfert ne sont pas «nécessaires et appropriées» pour atteindre l'objectif légitime du «caractère comparable» des résultats pendant une saison [43]. Il se déduit de ces trois avis que si les clubs et fédérations sportives peuvent être considérés comme des entreprises qui, par accords, décisions ou pratiques concertées, peuvent avoir des comportements constitutifs d'ententes restreignant la concurrence et affectant le commerce entre Etats, c'est, comme en matière de libre circulation, la légitimité de l'objectif poursuivi et la proportionnalité des moyens utilisés qui deviennent la clé permettant l'entrée de ces pratiques dans la légitimité communautaire. La mesure de la proportionnalité est bien la question centrale. Faisant référence à une jurisprudence de 1994 [44], les trois avocats généraux ont souligné qu'en matière de concurrence il y a lieu d'examiner *in concreto* si les pratiques qui peuvent être qualifiées de restrictions à la concurrence ne sont pas en réalité «nécessaires», «raisonnables» et «proportionnées» au bon fonctionnement du marché concerné.

Déjà dans l'affaire Bosman, l'avocat général relevait que «compte tenu de ces *spécificités* [du monde du football professionnel], il n'est pas exclu que des restrictions puissent être nécessaires pour garantir le bon fonctionnement de ce secteur» tout en considérant qu'en l'espèce «on n'a toutefois pas démontré que ce sont précisément les clauses de nationalité et les règles de transfert dont il s'agit qui sont nécessaires et indispensables pour atteindre ce but» [45].

La jurisprudence postérieure aux conclusions, de 1999, accentue cette tendance en excluant du champ d'application de l'article 85, paragraphe premier (devenu article 81 CE) une convention collective constituant le résultat d'une négociation collective entre les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs «en raison de la nature et de l'objet» de ces accords y reconnaissant les objectifs de la politique sociale communautaire [46]. Mais il y a là, semble-t-il, un pas supplémentaire qui passe de l'examen *in concreto* de la proportionnalité vers l'affirmation *a priori* de la légitimité de pratiques dans certains domaines.

C'est presque reconnaître une exception équivalente à celle des entreprises publiques «chargées de la gestion de services d'intérêt économique général» [47].

Au-delà d'une «spécificité», ce serait reconnaître une véritable «exception» sportive. Est-ce la voie à suivre ?

III. Le futur

Le futur est mieux cerné si l'on distingue les enseignements (a) de la jurisprudence commentée des incertitudes qui demeurent ouvertes (b).

a. Les enseignements

Le praticien, avocat ou magistrat national, retiendra quelques enseignements utiles des trois arrêts commentés.

1. Procédure

La Cour de justice des Communautés européennes rappelle le rôle important de la juridiction nationale dans ce mécanisme de juge à juge que constitue la question préjudicielle. A trois égards au moins, le rôle du juge national et, partant, des plaideurs, est souligné.

— La *recevabilité* de la question préjudicielle est conditionnée par son utilité pour la juridiction de renvoi. La procédure devant le juge statuant en référé, au provisoire et en urgence, sera souvent achevée, au profit d'une procédure au fond, lorsqu'il recevra réponse à la question préjudicielle. C'est ce qui avait poussé le juge namurois, saisi au fond dans l'affaire Deliège à reposer une question préjudicielle à la Cour. Saine prudence si la Cour avait suivi les conclusions de l'avocat général proposant l'irrecevabilité de la première question préjudicielle posée en référé. Plus souple, la Cour a considéré que les deux questions pouvaient être examinées conjointement car elles étaient «en substance, identiques».

— Le *contenu* de la question préjudicielle doit permettre, tant à la Cour qu'aux parties, de disposer du «cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions (...) ou que, à tout le moins, [le juge] explique les

hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées» [48]. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine de la concurrence et a conduit la Cour à ne pas examiner cet aspect des questions dans les affaires Deliège et Lethonen (*supra*).

— Le *pouvoir d'appréciation* abandonné par la Cour de Luxembourg au juge national est important. Il aurait tendance à s'accroître, probablement sous la poussée conjointe de l'idée de subsidiarité et du nombre croissant de questions préjudicielles. Sans doute est-ce dans cette optique que la cour administrative de Nancy s'est abstenue de poser une question préjudicielle dans l'affaire Malaja, encore que la solution n'était pas certaine.

Dans l'affaire Deliège, la Cour abandonne au juge national le soin d'examiner «si les activités sportives de madame Deliège, et notamment sa participation aux tournois internationaux, constituent une activité économique» [49]. A dire vrai, dans l'esprit d'une saine collaboration et d'un respect mutuel, la Cour eût pu s'abstenir de déléguer au juge national une coquille vide puisqu'aussi bien elle dit pour droit que «en supposant que l'activité de madame Deliège puisse être qualifiée de prestation de services... [la règle de qualification en cause] ... ne constitue pas en elle-même une restriction à la libre prestation de services» [50]. Nettement plus nourrie est la délégation de compétence dans l'affaire Lethonen, puisqu'«il appartient à la juridiction nationale de vérifier dans quelle mesure des raisons objectives intéressant uniquement le sport en tant que tel ou tenant à des différences existant entre la situation des joueurs (...) justifient une telle différence de traitement [entre les délais de transfert]» [51]. Certes, la Cour, par la formulation négative de son dispositif, laisse entendre que des raisons objectives n'existent pas en l'espèce. Il reste que la délégation de compétence porte ici sur la clé qui agit sur le pêne, cette pièce mobile qui, selon l'interprétation donnée à la légitimité de l'objectif et à la proportionnalité des moyens ouvre ou non la porte du licite.

2. Fond

Sur le fond, l'enseignement des trois décisions paraît contrasté :

— Les critères de sélection aux compétitions sportives ne sont pas condamnés (Deliège, judo).

— Les délais de transfert de joueurs professionnels sont condamnés dans la mesure où ils comportent des différences selon que le joueur provient ou non de la «zone européenne» (Lethonen, basket).

— La clause de nationalité, appliquée aux joueurs professionnels ayant la nationalité d'un Etat avec lequel un accord comportant un principe de non-discrimination, est condamnée dans la mesure où ce joueur dispose déjà d'un contrat de travail et d'un titre de séjour (Malaja, basket).

— L'examen de la compatibilité de certaines réglementations du sport au regard du droit de la concurrence demeure ouvert.

Au-delà des contrastes, les jurisprudences de Luxembourg indiquent une évolution commune : la prise en compte d'objectifs légitimes d'intérêt général poursuivis par le monde du sport. Cette évolution n'est pas inconciliable avec la condamnation ferme, par la Cour de Nancy, des entraves discriminatoires directement fondées sur la nationalité.

L'incertitude ou la flexibilité, délice des plaideurs et manifestation de vie réelle, se situe dans l'extension donnée aux notions d'intérêt général et de proportionnalité.

b. Les incertitudes

Tant pour la liberté de circulation que pour le droit de la concurrence, sans compter de nombreux autres domaines du droit que le sport interroge [52], l'incertitude relative à la place du sport dans les ordonnancements juridiques se concentre sur l'étendue réservée à l'intérêt général qu'il poursuit ainsi qu'à la proportionnalité des moyens mis en oeuvre.

Une fois acceptée l'existence d'un ordre juridique sportif au sein du pluralisme juridique (1), il paraît plus opportun de favoriser le dialogue par la reconnaissance d'une spécificité du sport dans le respect des droits fondamentaux plutôt que d'attiser le conflit par la création d'une «exception sportive» (2).

1. L'ordre juridique sportif

Le monisme de Kelsen, attribuant le monopole du droit à l'Etat a pu s'accommoder de la construction pyramidale du droit supranational. Après tout, ces ordres juridiques supranationaux que sont Luxembourg et Strasbourg, puisent davantage leur légitimité dans les nourritures terrestres du national que dans les nourritures célestes du supra.

La multiplication des relations humaines et, partant, des sources de leur ordonnancement rend souhaitable aujourd'hui la reconnaissance du pluralisme juridique. Des Etats décentralisés comme la Belgique acceptent plus facilement cette idée de pluralisme. À côté des ordres juridiques étatiques se développent des ordres juridiques qualifiés d'infra-étatiques [53] ou, plus correctement, de transnationaux [54]. Ces ordres juridiques transnationaux se sont construits dans des espaces laissés à l'abandon par le droit étatique tantôt volontairement par délégation de compétence comme en France, tantôt involontairement par simple passivité. Ainsi en va-t-il de l'ordre juridique sportif. L'originalité qui relève de la spécificité de son objet ne se traduit guère dans sa forme qui emprunte largement aux structures pyramidales des Etats : fédérations régionales, nationales, européennes, internationales. L'intérêt des masses et des médias pour le domaine ainsi couvert, plus que leur autonomie de structure, en ont fait des puissances économiques remarquables. Il serait vain de vouloir les conquérir sans risquer d'anéantir leur objet : les sports concernés. Plutôt que de nier cette réalité, il paraît sage de reconnaître à l'ordre juridique sportif une part d'autorégulation dans la mesure où celui-ci reconnaît également les ordres juridiques étatiques ou supra-étatiques dans lesquels il doit s'insérer et qui doivent demeurer les gardiens ultimes des droits fondamentaux.

Se pose alors l'étendue de l'autonomie des ordres juridiques sportifs et l'objet du contrôle exercé par les ordres juridiques «classiques», étatiques et européens.

2. L'étendue et le contrôle de la spécificité du sport

La reconnaissance d'une «spécificité» du sport [55] est préférable à la création d'une «exception» sportive. La spécificité entend reconnaître que tout en ayant des qualités propres, un domaine s'inscrit dans un milieu plus large dont il doit accepter pour partie les règles. L'insularité [56] des espaces d'exercice du sport (stades, terrains) est une image trompeuse si elle conduit à l'insularité de l'ordre juridique sportif. Cette image même est erronée. Lors du drame du Heysel, la querelle sur les responsabilités en matière de sécurité entre les fédérations sportives organisatrices de l'événement, et l'Etat en tant que détenteur de la puissance publique et de la police illustrent cette erreur de perspective : d'un côté, l'Union européenne de football, renonçant à l'autorégulation largement proclamée et pratiquée par ailleurs, refusait toute responsabilité prétendant n'avoir aucune emprise sur la gendarmerie et la police. D'un autre côté, le cabinet du ministre de l'Intérieur affirmait que la sécurité «relève de la compétence de l'organisateur de l'événement» [57]. L'autonomie reconnue au sport en raison de sa spécificité doit pouvoir s'insérer harmonieusement dans le respect des principes fondamentaux des droits étatiques et européens par l'entremise du principe de proportionnalité posant trois questions. Premièrement, la règle du sport poursuit-elle un objectif légitime d'intérêt général ? Si cette règle est relative à l'exercice du sport elle serait, *a priori*, acceptée [58]. Il reste à rencontrer les deux autres questions qui synthétisent le principe de proportionnalité : deuxièmement, est-ce que le moyen mis en œuvre par cette règle est efficace pour atteindre l'objectif poursuivi et, troisièmement, est-ce que ce moyen est nécessaire en cela qu'il ne peut être remplacé par un autre moyen moins attentatoire à la liberté concernée ?

Lorsque la règle est constitutive d'une discrimination directement fondée sur la nationalité, elle paraît *a priori* dépasser les limites du nécessaire. Le même constat devrait, dans le futur, se déduire des discriminations fondées sur d'autres motifs visés à l'article 13 CE : sexe, race ou origine ethnique, religion, conviction, handicap, âge, orientation sexuelle. Sauf motif évident, comme l'organisation de jeux olympiques spéciaux pour handicapés, de telles discriminations seraient condamnables. Certaines discriminations pourraient faire l'objet d'accommodements pour lesquels le monde du sport devrait, lui aussi, faire preuve d'originalité. Ainsi en va-t-il des catégories d'âge et de sexe pour certains sports. Entre ceux qui estiment ces catégories nécessaires à la pratique de certains sports pour l'équilibre des compétitions et ceux ou celles qui y voient des discriminations condamnables, il paraît possible de trouver des moyens termes. Qu'est ce qui empêche de créer, à côté des compétitions réservées aux hommes ou aux femmes, des compétitions mixtes dans lesquelles non seulement des équipes paritaires d'hommes et de femmes se rencontrent, comme au tennis en double mixte, mais dans lesquelles des équipes ou des individus se mesurent aussi au sexe opposé ?

L'exemple donné permet d'attirer l'attention sur deux erreurs de perspectives qui guettent la jurisprudence future.

La première erreur consiste à vouloir, pour les plaideurs, confronter les règles sportives plus au droit économique et social, droits fondamentaux de l'ordre juridique luxembourgeois, qu'aux droits fondamentaux des droits de l'homme. Certaines jurisprudences strasbourgeoises relatives, par exemple, à la notion de travail forcé, sont susceptibles d'évolution dans le souci d'un droit vivant [59]. Il y a quelques contradictions entre le reproche de puissance économique adressé aux fédérations sportives et la tentative de les amener sur ce même

terrain économique du droit de la concurrence pour les censurer. A tout prendre, si les associations sportives entendent fonder leur spécificité sur l'intérêt général de «l'éthique du sport», celui-ci s'appréciera plus volontiers à l'aune des droits de l'homme.

La deuxième erreur consiste à accorder trop aisément un blanc seing à la réglementation sportive dès qu'elle prétend régir l'exercice du sport. Cette orientation paraît trop affirmée dans l'affaire Deliège. Parce qu'il y va de règles de sélection, considérées indissociables de toute compétition, fallait-il affranchir ces règles du principe de proportionnalité et ne pas les soumettre au test d'efficacité et au test de nécessité ?

Raisonnement sans prendre garde à ces deux erreurs de perspectives, oubliant les droits de l'homme et le principe de proportionnalité, conduirait aux mêmes errements que la décision de cette fédération sportive féminine qui, en 1925, refuse une licence à l'une de ses adhérentes, avec pour conséquence qu'elle ne peut participer aux compétitions, «au motif qu'en affectant, en cette occasion, des allures masculines, elle donnait aux jeunes filles du groupe un exemple de nature à les détourner de leurs devoirs de femme, contrairement aux buts [légitimes ?] de la fédération» [60].

Jean-Yves CARLIER

[1] C.J.C.E., 15 décembre 1995, C-415/93, *Bosman, Rec.*, I, p. 4921, et *cette revue*, 1996, p. 128; J.Y. CARLIER et M. VERWILGHEN, *La libre circulation des travailleurs dans la Communauté européenne, Recueil des arrêts de la C.J.C.E.*, Bruxelles, Bruylant, 1998, vol. I, p. 243.

[2] La numérotation du Traité de Rome, fondateur de la C.E.E., a été revue dans une nouvelle version consolidée après le Traité d'Amsterdam. Pour la facilité du lecteur, le commentaire utilise la numérotation, encore ancienne, des arrêts, tout en indiquant entre parenthèses la nouvelle numérotation suivie des lettres CE.

[3] Voy. parmi les commentaires : un numéro spécial de la *Revue du marché unique européen*, 1996/1; un numéro de la revue *Sport* édité par l'ADEPS, n° 158 ; L. DEFALQUE, *J.T.*, 1996, p. 541; J.-C. SECHE, *C.D.E.*, 1996, n° 3-4, p. 355; J.-P. COT, *Gaz. Pal.*, Gazette européenne, n° 12, 22-23 mai 1996, p. 4; I. MARTIN, *E.L. Rev.*, 1996, p. 313; J.Y. CARLIER, *J.T.D.E.*, 1996, p. 63.

[4] Par parti pris ou par paresse, car il fallait lire vingt-neuf pages d'arrêt et cent vingt pages de conclusions.

[5] Arrêt, point 78.

[6] *Idem*, point 128.

[7] *Idem*, point 106.

[8] Conclusions de l'avocat général, points 226 et suivants.

[9] Arrêt, point 110.

[10] Déclaration n° 29. L'avocat général COSMAS y fait expressément référence dans les conclusions relatives à l'affaire Deliège, point 75, note 62 et au point 42 de l'arrêt.

[11] Accord CEE – Pologne, signé à Bruxelles, le 16 décembre 1991, *J.O.C.E.*, L 348, p. 1.

[12] *R.T.D.Eur.*, 2000, p. 384, note G. AUNEAU, "Les conditions de résolution d'un contentieux sportif national à la lumière de la jurisprudence communautaire".

[13] Arrêt Deliège, point 56.

[14] *Idem*, point 57.

[15] *Idem*, point 46.

[16] *Idem*, point 59.

[17] *Idem*, point 64.

[18] *Idem*, point 66.

[19] *Idem*, point 67.

[20] Arrêt Bosman, point 96.

[21] *Idem*, point 99.

[22] Conclusions sur Deliège, point 76.

[23] Arrêt Bosman, point 80.

[24] Conclusions sur Deliège, point 82.

[25] *Idem*, point 87.

[26] Arrêt Lethonen, points 49-50.

[27] Ce constat apparaissait dans les conclusions sur Deliège, relevant que les règles de sélection «ne se réfère(nt) pas simplement au mode d'organisation d'un service, mais touche(nt) directement à la question de l'accès à celui-ci» (point 66).

[28] Arrêt Lethonen, points 53-54.

[29] *Idem*, point 58.

[30] Conclusions sur Lethonen, points 69-70.

[31] En pratique, cette difficulté était souvent contournée par l'acquisition rapide de la nationalité de l'Etat concerné, notamment par mariage. Pour combattre ces pratiques, les fédérations de basket imposaient une condition supplémentaire de durée de présence dans le club, généralement trois ans, avant de considérer le joueur comme national. Plusieurs juridictions ont condamné cette réglementation en raison de sa contrariété aux législations relatives à la nationalité par l'introduction d'une discrimination au sein des nationaux : en Belgique : Bruxelles, 24 décembre 1991, *Sportrechtspraak*, 2.2.3, n° 23; Civ. Bruxelles (réf.), 11 septembre 1992, *Sportrechtspraak*, 2.2.3, n° 29, cités par M. VAN HOECKE, "Des ordres juridiques en conflit : sport et droit", *R.I.E.J.*, 1995, p. 87, note 61; en France : C.E., 23 juin 1989, *Bunoz, Recueil*, 1989, p. 144; *Gaz. Pal.*, 1989, I, p. 878, note R. HOEVER; en Espagne : Audience provinciale, 23 mars 1992, *Smith*, cité par A. BORRAS, "Existe-t-il un droit international du sport ?", in *Mélanges Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 120. Seule la jurisprudence Bosman a entraîné la suppression de cette règle par la fédération de basket. Actuellement, l'article 46 de la Charte olympique prévoit encore que tout athlète naturalisé depuis moins de trois ans doit avoir l'accord de son pays d'origine pour arborer en compétition les couleurs du pays d'adoption. C'est ainsi que pour les jeux olympiques de Sidney, le Maroc refuse à trois athlètes de représenter la France (*Le Monde*, 15 août 2000).

[32] L'arrêt est toutefois soumis à la censure du Conseil d'Etat.

[33] Turquie (12 septembre 1963) *J.O.C.E.*, 1972, L 293/13, Hongrie (16 décembre 1991, *J.O.C.E.*, 1993, L 347/1), Pologne (16 décembre 1991, *J.O.C.E.*, 1993, L 348/1), Slovaquie (4 octobre 1993), Tchéquie (4 octobre 1993), Roumanie (8 mars 1993), Bulgarie (8 mars 1993), Etats Baltes (12 juin 1995), Slovénie (10 juin 1996), Ukraine (14 juin 1994), Russie (24 juin 1994), Kazakhstan (23 janvier 1995), Kirghistan (9 février 1995), Moldavie (28 novembre 1994), Biélorussie (6 mars 1995), Georgie, Arménie, Azerbaïdjan (22 avril 1995).

[34] Maroc, Algérie, Tunisie (25 avril 1978, *J.O.C.E.*, 1978, L 263, 264, 265). Sur l'ensemble de ces accords, voy. D. MARTIN et E. GUILD, *Free Movement of persons in the European Union*, London, Butterworths, 1996, p. 253 et suivantes.

[35] Pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique comportant septante et un pays (15 décembre 1989, *J.O.C.E.*, 1991, L 229).

[36] C.J.C.E., 24 novembre 1977, Razanatsimba, C-65/77, *Rec.*, p. 2229, qui ne juge pas contraire à la Convention de Lomé le refus opposé par le barreau de Lille à l'inscription d'un avocat malgache, en raison de sa nationalité.

[37] Arrêt Deliège, points 30, 31, 37; arrêt Lethonen, points 22, 23, 29.

[38] Arrêt Deliège, point 36; arrêt Lethonen, point 28.

[39] Mais sans qu'il y ait une «décision» de la Commission, voy. C.J.C.E., 4 octobre 1991, Bosman c. Commission, C-171/91, *Rec.*, p. I-4837.

[40] G. CAMPOGRANDE, "L'application des règles de concurrence après l'arrêt Bosman", *Sport*, n° 158, p. 16 : chef d'unité à la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, l'auteur annonçait des actions de la Commission en ce sens, notant que «l'application de l'article 85 (devenu 81 CE) comporte non seulement l'interprétation du droit, mais aussi l'appréciation approfondie des éléments du marché. Et ce n'est que par des moyens d'instruction appropriés et bien balancés, étrangers *de facto* à une procédure préjudicielle, que ces éléments peuvent être obtenus et appréciés».

[41] Conclusions sur Bosman, point 287.

[42] Conclusions sur Deliège, point 112, italiques ajoutées.

[43] Conclusions sur Lethonen, points 107 et 110. L'avocat général ne se prononce pas sur l'article 86 (devenu 82 CE) à défaut de connaissance des éléments de fait et de droit nécessaires mais rappelle que «à elle seule, la participation à une entité ayant pour activité de coordonner la concurrence ne suffit pas pour qu'il y ait position dominante collective sur le marché. Il faut au contraire que les entreprises soient suffisamment liées entre elles» (point 112).

[44] C.J.C.E., 15 décembre 1994, C-250/92, *DLG*, *Rec.*, p. I-5641.

[45] Conclusions sur Bosman, point 270.

[46] C.J.C.E., 21 septembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*; C-115 à 117/97, *Brentjens' Handelsonderneming* et C-119/97, *MDB BV (Bokken)*.

[47] Article 90 (devenu 86 CE). Pour qu'une entreprise puisse être considérée comme service d'intérêt général, il faut, en principe, un acte formel de la puissance publique ce qui peut entraîner des situations différentes d'un Etat membre à l'autre, à la différence de la notion commune «d'administration publique» dégagée par la jurisprudence en application de l'article 48, paragraphe 4 (devenu 39, paragraphe 4, CE). Ainsi, s'agissant du sport, en France, à la différence d'autres pays, les fédérations reçoivent «délégation du ministre chargé des sports pour organiser les compétitions sportives...», L n° 92.652 du 13 juillet 1992, article 17. Voy. sur cet argument de l'«entreprise

sportive chargée d'une mission d'intérêt économique général», G. AUNEAU, "Le mouvement sportif européen à l'épreuve du droit communautaire", *R.T.D.Eur.*, 1996, p. 101, particulièrement p. 109.

[48] Arrêt *Deliège*, point 30, Lethonen, point 22.

[49] Arrêt *Deliège*, point 59.

[50] Arrêt *Deliège*, points 60 et 69.

[51] Arrêt Lethonen, point 59.

[52] Voy. A. HUSTING, *L'Union européenne et le sport*, Lyon, Juris, 1998, et, du même auteur, "Sport et construction européenne : l'inventaire", *La lettre de l'économie du sport*, n° 504, novembre 1999, p. 12.

[53] M. VAN HOECKE, "Des ordres juridiques en conflit : sport et droit », *R.I.E.J.*, 1995, p. 61; L. SILANCE, "Les ordres juridiques en droit du sport", *Sport*, n° 158, p. 31.

[54] F. RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *R.C.A.D.I.*, 1989, I, p. 13, spéc. p. 283 et suivantes; A. BORRAS, "Existe-t-il un droit international du sport ?", in *Mélanges Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 111.

[55] Mot indiqué en italiques dans les extraits de conclusions des avocats généraux cités *supra*, et utilisé par G. ANNEAU, *op. cit.*, *R.T.D.Eur.*, 2000, p. 399.

[56] Selon la belle image de F. RIGAUX, "Le droit disciplinaire du sport", *R.T.D.H.*, 1995, p. 295, spéc. p. 306.

[57] M. VAN HOECKE, *op. cit.*, p. 73.

[58] En ce sens, les conclusions de l'avocat général ALBERTS, sur Lethonen, point 70.

[59] L'on songe à la décision de la Commission européenne, X. c. Pays-Bas, du 3 mai 1983, Req. n° 9322/81, *D. R.*, vol. 32, p. 180, jugeant manifestement non fondée la requête d'un joueur professionnel de football considérant que le coût du transfert l'empêchant d'exercer son activité professionnelle et sportive s'apparente à la servitude ou à un travail forcé obligatoire, contraire à l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[60] Tribunal civil de la Seine, 13 février 1925, *Gaz. Trib.*, 1926, II, p. 28, cité par P. LAMBERT, "Le droit disciplinaire du sport et la Convention européenne des droits de l'homme", *Sport*, n° 158, p. 3.