

BULLETIN D'ACTUALITÉ

EN DROIT DES RÉGULATIONS

N°47 / DECEMBRE 2020

*Par les étudiants du Master 2 DERE – Sciences Po Strasbourg
Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe*

■ ÉDITORIAL

Les étudiants du Master 2 DERE vous souhaite une excellente année 2021 !

Le 1er janvier 2021 marque le début d'une nouvelle période pour l'Union européenne. En effet, après de longues négociations, le Royaume-Uni a officiellement quitté la Communauté européenne au prix de certains compromis, notamment concernant les droits de douanes et les ressources halieutiques. C'est l'aboutissement d'un processus laborieux entamé entre le gouvernement britannique et la Commission en mars 2017, suite au référendum historique du 23 juin 2016. Cette séparation n'est pas sans conséquences, ni pour les citoyens européens ni pour les entreprises européennes.

Par ailleurs, au titre des nouveautés en matière de droit de la concurrence, la Commission a publié le 15 décembre 2020 deux propositions de réglementations nouvelles visant à réguler le comportement des entreprises régissant les grandes plateformes en ligne : Les *Digital services Act* et le *Digital markets Act*.

En parallèle, l'année 2021 symbolise, pour les secteurs des transports ferroviaires et de l'énergie, l'achèvement de marchés concurrentiels, en témoigne les fondations du projet « Hercule » en France. Ces sujets seront largement abordés dans le présent bulletin.

Enfin, deux de nos rédacteurs ont décidé de traiter des enjeux de la régulation financière dans le domaine du football et de sa compatibilité avec le droit de la concurrence dans une chronique *sui generis*, qui nous l'espérons vous plaira.

Bonne lecture !



Jean GILLMANN
Président de
l'ADERE



Julia GRESEQUE
Responsable
publication



– DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE –

1. **Nouveau vent de contestation chez EDF contre le projet dit « Hercule » de scission du groupe en plusieurs entités**
Par Eléa FONTAINE p.1

– DROIT DU MARCHÉ INTÉRIEUR –

2. **CBD : la CJUE juge la réglementation française contraire au droit de l'Union Européenne**
Par Luc BIEDERMANN p.4

– CONCURRENCE –

3. **Secteur ferroviaire : la concurrence a un train de retard**
Par Quentin SCHAEFFER p.8

– RÉGULATION SECTORIELLE –

4. **Le *Digital Markets Act* : une proposition de réglementation nouvelle visant à réguler le comportement des entreprises régissant les grandes plateformes en ligne**
Par Benjamin GRIMM p.12

5. **D'un objectif légitime aux doutes sur sa légalité : approche juridique et perspectives futures du fair-play financier**
Par Antonin DEMILLIER, Théo LEQUY p.17

L'ensemble de ces articles ont été rédigés par les étudiants du Master 2 DERE.
L'ADERE en détient la propriété.



Association étudiante du Master 2 DERE (ADERE)
Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe
Le Cardo – 7 rue de l'Ecarlate
67000 STRASBOURG

Nouveau vent de contestation chez EDF contre le projet dit « Hercule » de scission du groupe en plusieurs entités

Retour sur ce projet annoncé en 2019 à l'horizon 2021.

Par Eléa FONTAINE

Alors que le 4 décembre, Emmanuel Macron prenait position en faveur de la production d'énergie nucléaire lors d'une interview pour Brut, les syndicats de l'énergie protestaient en parallèle contre le projet de scission du groupe EDF en deux entités distinctes.

Les jeudi 10 et 17 décembre 2020, les syndicats de l'énergie ont appelé les salariés de l'énergéticien à la grève afin de protester contre ce projet connu sous le nom d'Hercule. Ils dénoncent un projet de « dépeçage » de l'opérateur historique, une privatisation déguisée ou encore un démantèlement du service public de l'énergie. Le projet, annoncé par le gouvernement en 2019 avait été soumis au conseil d'administration d'EDF le 28 mai et aux syndicats le 20 juin. Plus d'un an après la première levée de boucliers, les contestations grondent à nouveau en marge des négociations entre Paris et Bruxelles sur la régulation du nucléaire français.

Qu'est-ce que le projet Hercule ?

En janvier 2020, la mise en ligne d'un document de consultation publique sur la « nouvelle régulation économique du nucléaire existant » a ouvert la voie à la réorganisation de la filière nucléaire en France

¹Voir en ce sens l'article « Grève et manifestation contre le projet «Hercule» de scission d'EDF », *Le Figaro*, publié le 19/09/2019, <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/greve->

qui pourrait aboutir *in fine* à la réorganisation totale du groupe EDF.

La production électrique d'EDF ne se limite pas au nucléaire mais s'étend également aux énergies nouvelles et renouvelables (ENR) telles que l'éolien, le photovoltaïque, l'hydrogène ou encore l'hydraulique. C'est là que le projet Hercule intervient. Il prévoit en effet une scission *a minima* en deux parties avec d'un côté un EDF « bleu » qui rassemblerait les activités de production d'électricité d'origine nucléaire de l'entreprise qui exploite dix-neuf centrales en activité, les réacteurs pressurisés européens (EPR) en cours de construction, les sites de production hydroélectriques et le réseau de transport d'électricité détenu à 50,1% par le groupe. **De l'autre, un EDF « vert » qui regrouperait la production d'énergies renouvelables**, et éventuellement, la branche commerce, opérée par Enedis, qui fournit de l'électricité aux particuliers et aux entreprises. Enfin, il est également envisagé de créer **une troisième entité, EDF « azur » qui séparerait la production d'électricité par les barrages hydroélectriques**, dont l'UE souhaite la mise en concurrence des concessions. EDF « bleu » resterait ainsi entièrement publique de sorte à garantir son contrôle à 100% du capital par l'État. Quant à EDF « vert », l'entité serait introduite en bourse à hauteur environ de 35%¹.

Alors que ce projet a été annoncé en 2019 par le gouvernement nous disposons à ce jour de peu d'informations concernant la mise en œuvre du projet.

Les enjeux d'une réorganisation du marché de l'électricité d'origine nucléaire.

L'organisation du marché de l'énergie en France est complexe. Sous l'impulsion de la Commission européenne, qui réclame une plus forte libéralisation du marché de l'énergie, la loi

[et-manifestation-contre-le-projet-hercule-de-scission-d-edf-20190919](#)

NOME² impose depuis 2011 à EDF de réserver un quart de sa production d'électricité à ses concurrents pour leur revendre à un prix fixé par les pouvoirs publics.

Depuis la première directive énergie sur l'électricité de 1996³, les opérateurs historiques du marché de l'énergie ont dû s'ouvrir à la concurrence, c'est-à-dire qu'ils ont dû perdre des parts de marché au profit de nouveaux concurrents. EDF, qui était auparavant un monopole étatique, a dû opérer pour cela un certain nombre de changements structurels, notamment en séparant ses activités de transport et de distribution de ses activités de production et de fourniture. Les directives imposent en effet une séparation comptable, juridique et patrimoniale notamment pour éviter les subventions croisées.

Depuis 1996 les directives se sont succédées avec un seul objectif : décloisonner les marchés nationaux de l'énergie afin de créer un marché commun efficace et interconnecté. Toutefois, en raison de la structure de ces entreprises, la nature de leur production et des enjeux économiques et politiques qui s'y attachent, leur marche forcée vers un marché concurrentiel de l'énergie a rencontré ses limites.

Aujourd'hui la production d'électricité est concurrentielle. Toutefois, en ce qui concerne la production nucléaire il existe des coûts et des enjeux politiques et sécuritaires spécifiques très importants qui ne peuvent être pris en charge que par l'État. Le Président Emmanuel Macron s'est d'ailleurs dit défavorable à une production nucléaire tributaire des variations de la bourse⁴. Il existe

en outre, une concurrence que l'on pourrait dire « artificielle »⁵ puisqu'en réalité les opérateurs se font concurrence sur le marché de la fourniture dont l'électricité provient en premier lieu d'EDF et qui leur a été vendu à un prix fixe, la plupart du temps inférieur au prix du marché de gros, qu'ils peuvent ensuite revendre au prix de revient d'EDF pour le concurrencer.

Pourquoi ce projet de scission ?

Les observateurs y voient en réalité un accord entre la France et la Commission qui dépendrait de la réforme de l'accès réglementé à l'énergie nucléaire historique (ARENH)⁶. Jacques Percebois, directeur du Centre de Recherche en Économie et Droit de l'Énergie, précise que « *c'est un élément incontournable. Pour convaincre Bruxelles, il faut faire la démonstration qu'on est prêt à séparer les deux.* »⁷. Alors que l'objectif premier des directives de libéralisation du secteur, puis de l'ARENH, était d'obtenir un marché parfaitement concurrentiel dans tous les secteurs libéralisés, la Commission européenne et la Commission de régulation de l'énergie (CRE) constatent en réalité l'échec de la libéralisation en ce qui concerne la production par le nucléaire. Aussi, l'objectif est de tourner une nouvelle page en se concentrant sur la libéralisation d'autres sources d'énergie. La Commission européenne donne en effet pour responsable des distorsions de concurrence créées des mesures de protection des énergies renouvelables⁸.

L'ARENH est un mécanisme créé en 2010 par la loi NOME qui prévoit qu'un quart de la production électrique d'EDF soit vendue à un prix fixé par les pouvoirs publics à de nouveaux opérateurs désireux d'intégrer le

² Loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité

³ Directive 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

⁴ Interview D'Emmanuel Macron pour Brut, le 4 décembre 2020

⁵ Percebois J., intervention France Culture : « Hercule ou le démantèlement d'EDF ? », diffusée le 11/12/2020, <https://www.franceculture.fr/emissions/entendez-vous-leco/entendez-vous-leco-emission-du-vendredi-11-decembre-2020>

⁶ Voir en ce sens l'article de Redortier A., *un point d'étape pour l'ARENH et la régulation économique du nucléaire existant*, bulletin n° 45 Octobre 2020

⁷ Ibid

⁸ Communication de la Commission, Clean Energy For All Europeans du 30 November 2016, COM(2016) 860 final

marché. Cette loi a pour objectif de pallier le déficit de concurrence en améliorant l'accès des fournisseurs alternatifs à la production nucléaire historique, en assurant le financement du démantèlement des centrales nucléaires d'EDF et en garantissant un prix juste pour le consommateur final.

Le mécanisme de l'ARENH vise ainsi à faciliter l'ouverture à la concurrence d'un marché très largement dominé par EDF qui, sans avoir un monopole de droit sinon de fait sur la production et la fourniture d'électricité en France, rend difficile la pénétration du marché par de nouveaux entrants.

Ce mécanisme a toutefois été mis à rudes épreuves à plusieurs reprises, notamment entre 2016 et 2017 et plus récemment durant la crise sanitaire de la Covid-19. Des voix se sont élevées pour une réforme à la hausse du plafond (la CRE recommande de porter le plafond de l'ARENH à 150 TWh pour éviter de faire supporter aux consommateurs le surcoût lié à l'atteinte du plafond, aujourd'hui fixé à 100 TWh⁹) voire une suppression du mécanisme en 2025.

Par ailleurs, le succès d'une réforme de l'ARENH ou de son extinction désirée par la France et la CRE est, du point de vue de la Commission européenne, la contrepartie à un approfondissement de la mise en concurrence des activités du groupe. Cependant les coûts fixes dans la filière nucléaire et l'endettement important d'EDF nécessitent le soutien financier de l'État notamment pour la construction de nouveaux EPR et la modernisation du parc existant. Dans ces conditions la distorsion de concurrence que cela peut engendrer n'est pas tolérable du point de vue européen. Pour que le projet puisse voir le jour il faudrait nationaliser partiellement EDF, c'est-à-dire la filière nucléaire, de sorte à garantir son contrôle étatique et la mise en

⁹ Rapport de la CRE du 22 juillet 2020, « en application de l'article R. 336-39 du code de l'énergie analysant les causes et les enjeux de l'atteinte du plafond du dispositif ARENH. »

concurrence de tout ce qui peut encore l'être, à savoir les ENR et les barrages hydroélectriques. Il est donc fort à parier que le projet Hercule sera la dernière étape du processus de libéralisation du marché français de l'électricité.

Pourquoi l'opposition des syndicats ?

Historiquement EDF occupe une place particulière dans le paysage industriel français. La loi de nationalisation du 8 avril 1946¹⁰ promulguée par le Conseil National de la Résistance crée un monopole étatique sur la production d'électricité et de gaz. De cette particularité découle également un acquis social et une forme d'organisation qui a déjà été secouée par la libéralisation à marche forcée du secteur.

Les 10 et 17 décembre les syndicats ont appelé à une grève générale des salariés de l'électricien pour manifester leur opposition au projet. Au-delà des incidences d'une telle réorganisation sur leur travail, ils dénoncent une privatisation masquée du 1er producteur et fournisseur d'énergie en Europe qui aurait pour conséquence finale la mise à mal du service public de l'électricité. À son annonce en 2019, le projet avait déjà fait l'objet d'une vive opposition des syndicats mais aussi des députés de tous horizons politiques. Un an plus tard, le « *timing* » n'est pas anodin, Emmanuel Macron s'est exprimé à plusieurs reprises durant le mois de décembre 2020 sur ses intentions pour le nucléaire. Après un entretien pour Brut, il était notamment en déplacement le 8 décembre au Creusot chez Framatome. Le président français se trouvait également à Bruxelles la même semaine pour une réunion du Conseil européen.

Les détracteurs du projet y voient le lieu et l'occasion d'une discussion non-publique sur l'avenir du groupe dont ils dénoncent le démantèlement. Ils y voient également une manière de nationaliser les pertes et de

¹⁰ Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

privatiser les gains. En effet, le nucléaire est une énergie très couteuse tandis que les ENR ont bénéficié de larges subventions au début des années 2000. Toutefois, d'autres spécialistes ne l'entendent pas de cette manière et considèrent que parler de pertes futures revient à exagérer la situation du nucléaire¹¹.

En outre, l'utilité d'une telle réforme face au gain espéré leur semble faible. En effet, la part visée par la mise en concurrence porte sur la fourniture, qui représente seulement 4% des coûts totaux du système¹², ce qui en ferait une mesure peu utile.

À l'heure du *Green Deal*, de la sortie du Royaume Uni de l'Union européenne, et par la même du traité Euratom, et des besoins grandissants en énergie, l'Europe de l'énergie génère de grandes attentes mais aussi de fortes frictions avec les structures en place. Scinder EDF sous cette impulsion est un pari à l'épreuve des opinions publiques et l'on peut raisonnablement s'attendre à davantage de contestations dans les années à venir. **E.F.**



¹¹ Derumaux Q., Directeur du département énergie et environnement chez Sia Partners, intervention France Culture : « Hercule ou le démantèlement d'EDF ? » diffusée le 11/12/2020



CBD : la CJUE juge la réglementation française contraire au droit de l'Union Européenne

CJUE, arrêt du 19 novembre 2020, affaire C-663/18 B S et C A/ Ministère public et Conseil National de l'ordre des pharmaciens dite « Kanavape »

Par Luc BIEDERMANN

Vers la fin d'un flou juridique autour du CBD ?

Le 19 novembre dernier, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a rendu un arrêt dans l'affaire C-663/18, jugeant ainsi illégale la législation française sur la commercialisation du cannabidiol, plus communément appelé « CBD », soulignant que cette molécule présente dans le chanvre (*cannabis sativa*) n'a « pas d'effet psychotrope ni d'effet nocif sur la santé humaine » (point 72 de l'arrêt).

Le CBD fait partie des nombreux cannabinoïdes présents dans le chanvre, plus communément appelé « cannabis ». Ce qui apparaît intéressant dans ce contexte, c'est que le cannabidiol, à l'inverse de l'autre actif le plus connu du chanvre, le delta-9-tétrahydrocannabidiol (THC), n'a lui pas d'effet stupéfiant.

La Cour de Justice a eu ici à se prononcer sur la licéité d'un actif, en proie à un massif effet de mode depuis 2018. En effet, en quelques mois à peine, des dizaines de boutiques spécialisées en produits dérivés ont été ouvertes

¹² Debregeas A., chercheuse à EDF R&D et membre de SUD Energie, intervention France Culture : « Hercule ou le démantèlement d'EDF ? » diffusée le 11/12/2020

partout en France. Ces sociétés ont effet trouvé une « faille » légale en vendant des produits présentant peu de THC, l'actif « stupéfiant » mais une concentration en cannabidiol ou CBD¹³.

Rappel des faits :

B.S et C.A sont les anciens dirigeants d'une société marseillaise ayant pour objet la commercialisation et la distribution de cigarettes électroniques à l'huile de cannabidiol, le CBD. En l'espèce, ce CBD était produit en République tchèque à partir de plants de chanvre cultivés légalement et utilisés dans leur intégralité feuilles et fleurs incluses. Ce CBD a ensuite été importé en France pour y être conditionné dans des cartouches de cigarettes électroniques.

En vertu de l'arrêté du 22 août 1990¹⁴, seules les fibres et les graines du chanvre peuvent faire l'objet d'une utilisation commerciale. Ainsi, des poursuites pénales ont été engagées à l'encontre de B.S et C.A.

Le Tribunal de grande instance de Marseille a condamné B.S et C.A à 18 et 15 mois d'emprisonnement avec sursis, ainsi qu'à 10 000 euros d'amende, les deux dirigeants ont alors interjeté appel devant la Cour d'appel d'Aix en Provence.

Cette dernière s'interroge alors sur la conformité, au regard du droit de l'Union européenne de la réglementation française, qui interdit la commercialisation du CBD légalement produit dans un autre Etat membre,

lorsqu'il est extrait de la plante de cannabis sativa et non de ses seules fibres et graines.

Le CBD : ni produit agricole, ni stupéfiant ?

Dans son arrêt du 23 octobre 2018¹⁵, la Cour d'appel d'Aix en Provence considère que les règlements n°s 1307 /2013 et 1308/ 2013¹⁶ relatifs à la PAC (Politique Agricole Commune) sont applicables au chanvre, pour en substance, qualifier le CBD de produit agricole.

Elle va ainsi baser sa question préjudicielle sur ces deux règlements et demander si les « dispositions dérogatoires instituées par l'arrêté du 22 août 1990 édictent, en limitant la culture du chanvre, son industrialisation et sa commercialisation, aux seules fibres et graines, une restriction non conforme au droit [de l'Union] ? » (point 43).

Aux points 44 et 45 de l'arrêt, la CJUE reformule la question posée par la juridiction nationale et fait alors apparaître les articles 34 et 36 du TFUE sur les restrictions quantitatives, ici à l'importation de marchandises, en l'espèce ici le CBD.

Dans sa reformulation, la Cour insiste en outre sur la commercialisation du CBD « lorsque celui-ci est extrait de la plante de cannabis sativa dans son intégralité et non de ses seules fibres et graines » (point 45).

En se prononçant sur le droit applicable à la situation en cause dans un premier temps, la Cour écarte tout d'abord les règlements relatifs à la PAC, cités précédemment.

¹³ « L'interdiction du CBD en France jugée illégale par la justice européenne », *Le Monde*, 19 novembre 2020, <https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/11/19/cb-d-l-interdiction-en-france-juguee-illegale-par-la-justice-europeenne-6060333-3224.html> (consulté pour la dernière fois le 30 décembre 2020).

¹⁴ Arrêté du 22 août 1990, portant application de l'article R. 5132-86 du code de la santé publique pour le cannabis (JORF du 4 octobre 1990, p. 12041), tel qu'interprété par la circulaire du ministère de la Justice n° 2018/F/0069/FD 2, du 23 juillet 2018, ayant pour objet le régime juridique applicable aux établissements proposant à la vente au public des produits issus du cannabis (coffee shops).

¹⁵ Aix-en-Provence, 5^{ème} chambre, 23 octobre 2018, affaire 2018/315, RG n°18/00250

¹⁶ Règlement (UE) n° 1307/2013, du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2013, établissant les règles relatives aux paiements directs en faveur des agriculteurs au titre des régimes de soutien relevant de la politique agricole commune et abrogeant le règlement (CE) n° 637/2008 du Conseil et le règlement (CE) n° 73/2009 du Conseil (JO 2013, L 347, p. 608) ; règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 17 décembre 2013, portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil (JO 2013, L 347, p. 671).

La Cour considère en effet que le CBD, extrait de l'intégralité de la plante de cannabis sativa ne saurait être considéré comme un produit agricole, à la différence, par exemple, du chanvre brut. Or, ces textes de droit dérivé ne s'appliquent qu'aux « produits agricoles » visés à l'annexe I des traités.

Pour cela, elle se base sur la nomenclature du Système Harmonisé (SH), un code de reconnaissance internationale des marchandises pour le commerce international), notamment au point 52. Ensuite, aux points puis aux points 53 à 56 où la Cour déduit de son analyse que la position de nomenclature pouvant être attribuée au CBD (2932) n'est pas mentionnée dans l'annexe I des traités et qu'ainsi « *le CBD présent dans la plante de cannabis sativa dans son intégralité ne saurait être considéré comme un produit agricole et, partant, ne saurait être considéré comme un produit visé par les règlements nos 1307/2013 et 1308/2013* ». Par la même, elle confirme l'analyse de l'avocat général Tanchev, dans ses conclusions du 14 mai 2020¹⁷, notamment aux points 35 et 36.

Après avoir conclu que le CBD, en l'espèce l'huile de CBD utilisée ici n'était pas un produit agricole, la Cour va s'interroger sur la question de savoir si ce produit doit être considéré comme un stupéfiant ou non. Si non, alors les dispositions relatives aux articles 34 et 36 du TFUE sont applicables.

Pour ce faire, aux points 59 à 62, la Cour, en rappelant une jurisprudence constante, maintient que « *leur commercialisation [des stupéfiants] est interdite dans tous les États membres, exception faite d'un commerce strictement contrôlé en vue d'une utilisation à des fins médicales et scientifiques (arrêt du 16 décembre 2010, Josemans, C-137/09, EU:C:2010:774, point 36)* ».

¹⁷ Conclusions de l'avocat général M. Evgeni Tanchev, présentées le 14 mai 2020, affaire C-663/18

¹⁸ Renvoi fait notamment par l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous a), de la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil, du 25 octobre 2004, concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue (JO 2004, L 335, p. 8).

Ensuite, la Cour s'attelle à la définition des notions de « drogue » ou « stupéfiant » retenue en droit de l'Union. Ici, un renvoi est fait à l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous a), de la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil, du 25 octobre 2004¹⁸, fait notamment référence à deux conventions des Nations unies : la convention sur les substances psychotropes d'une part¹⁹ et d'autre part la convention unique sur les stupéfiants²⁰.

Concernant la première, le CBD n'y est pas mentionnée : « *il convient de relever que cette substance n'est pas visée par la convention sur les substances psychotropes* » (point 64).

Dans la deuxième, et la Cour y fait référence au point 71 de l'arrêt, « [...] *une interprétation littérale des dispositions de la convention unique pourrait induire la conclusion que, en tant que le CBD est extrait d'une plante du genre cannabis et que cette plante est utilisée dans son intégralité, y compris ses sommités florifères ou fructifères, celui-ci constitue un extrait de cannabis, au sens du tableau I de cette convention et, par conséquent, un « stupéfiant »* [...] ».

Toutefois, se basant notamment d'une part sur le point 34 de son arrêt qui dit que « [...] *le CBD en cause au principal n'apparaît pas avoir d'effet psychotrope et d'effet nocif sur la santé humaine sur la base des données scientifiques disponibles.* [...] » (point 72) et d'autre part sur le point 67 qui dit que « [...] *la convention unique est fondée, notamment, sur un but de protection de la santé physique et morale de l'humanité.* [...] » (point 73), la Cour, au point 75, dit « [...] *il y a lieu de considérer que, le CBD ne comportant pas de principe psychoactif* [...], *il serait contraire au but et à l'esprit général de la convention unique d'inclure celui-ci dans la définition des « stupéfiants », au sens de cette convention, en tant qu'extrait de cannabis.* ».

¹⁹ Convention des Nations unies de 1971 sur les substances psychotropes, conclue à Vienne le 21 février 1971 (Recueil des traités des Nations unies, vol. 1019, n° 14956).

²⁰ Convention unique des Nations unies de 1961 sur les stupéfiants, conclue à New York le 30 mars 1961, amendée par le protocole de 1972 (Recueil des traités des Nations unies, vol. 520, n° 7515).

Ainsi, la Cour conclut que le CBD ne constitue pas un stupéfiant et elle rappelle également au point suivant que le CBD en cause a été légalement produit et commercialisé en République tchèque (point 77).

Une qualification classique d'entrave à la libre-circulation des marchandises dans l'Union Européenne.

La Cour, ayant classé le CBD comme une substance n'appartenant pas à la catégorie des stupéfiants, considère alors qu'« [...] il y a lieu de conclure que les articles 34 et 36 TFUE sont applicables au CBD en cause au principal » (point 78).

Il ressort d'une jurisprudence constante en la matière et par un principe consacré depuis l'arrêt Dassonville du 11 juillet 1974 que « toute réglementation commerciale des États membres, susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »²¹. (point 80). Est ainsi visé ici l'arrêté du 22 août 1990.

Il est néanmoins possible d'outrepasser l'article 34 du TFUE grâce à l'article 36 TFUE : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes [...]. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

Ainsi au point 83, la Cour nous dit que la mesure « [...] doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint (arrêt du 18 juin 2019, Autriche/Allemagne, C-591/17, EU:C:2019:504, point 122). » De plus, elle insiste également au point 84 sur la

cohérence de la réalisation de l'objectif recherché par la mesure restrictive.

En l'occurrence, la raison impérieuse d'intérêt général invoquée par la France est la protection de la santé publique. À cet égard, la Cour rappelle que les États membres disposent d'une marge d'appréciation²².

En particulier cette marge d'appréciation est mise en valeur ici par les incertitudes qui subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique quant à certaines substances utilisées par les consommateurs²³.

La Cour insiste notamment sur le fait que la décision d'interdire une commercialisation est l'entrave à la libre circulation des marchandises la plus restrictive qui existe. Ainsi, cette décision « [...] ne saurait être adoptée que si le risque réel allégué pour la santé publique apparaît comme suffisamment établi sur la base des données scientifiques les plus récentes [...] l'évaluation du risque que l'État membre est tenu d'effectuer a pour objet l'appréciation du degré de probabilité des effets néfastes de l'emploi des produits interdits pour la santé humaine et de la gravité de ces effets potentiels » (point 88).

Aux points 89 et 92, la Cour donne des indications à la juridiction de renvoi en invoquant le respect du principe de proportionnalité dans leur pouvoir d'appréciation (point 89), mais aussi le principe de précaution qui peut conduire un État à « [...] prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. Toutefois, l'évaluation du risque ne peut se fonder sur des considérations purement hypothétiques »²⁴ (point 90).

La Cour précise ensuite au point 92, que concernant le principe de précaution « lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque [...], mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique

²¹ CJCE, 11 juillet 1974, Dassonville aff C-8-74, ECLI:EU:C:1974:82

²² CJUE, 19 octobre 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, aff C 148-15, pt 30.

²³ CJUE, 28 janvier 2010, Commission/France, aff C 333/08, pt 86.

²⁴ Ibid, pt 91.

persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives, sous réserve qu'elles soient non discriminatoires et objectives »²⁵

D'une part, au point 94, la Cour relève que l'interdiction en cause au principal ne frapperait pas la commercialisation du CBD de synthèse. Si cela est avéré, cela indiquerait que la « [...] réglementation française n'est pas propre à atteindre, de manière cohérente et systématique, l'objectif de protection de la santé publique. » Cependant, c'est à la juridiction de renvoi de vérifier cette circonstance.

D'autre part, au point 95, la Cour rappelle que ce n'est pas à la France de « [...] démontrer que la propriété dangereuse d'un tel produit est identique à celle des stupéfiants tels que les substances figurant aux tableaux I et II de la convention unique... » Néanmoins, la juridiction de renvoi se doit d'apprécier les données scientifiques disponibles.

Ainsi, dans son verdict, la Cour dit pour droit : « Les articles 34 et 36 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale interdisant la commercialisation du cannabidiol (CBD) légalement produit dans un autre État membre, à moins que cette réglementation soit propre à garantir la réalisation de l'objectif de la protection de la santé publique et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint ».

À l'orée de cet arrêt, il apparaît clairement visible qu'il existe un débat important quant à la légalité de la commercialisation de produits issus de chanvre et notamment en l'espèce du CBD.

Prudence est donc de mise après ce jugement de la CJUE, en attendant une clarification faite par les pouvoirs publics. De nombreux devraient également être privés de base légale en France. **L.B**

²⁵ Ibid, pt 93.



Secteur ferroviaire : la concurrence a un train de retard

Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 « Pour un nouveau pacte ferroviaire »

Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 « d'orientation des mobilités »

Communiqué du Ministère de la transition écologique datant du 17 décembre 2020

Communiqué de la région Grand est datant du 20 février 2020

Décision de l'ART n° 2020-019 du 28 février 2020.

Décision de l'ART n° 2020-044 du 30 juillet 2020.

Communiqué d'Ile-de-France Mobilité, datant du 10 décembre 2020.

Par Quentin SCHAEFFER

Une concurrence à quai pour les Trains d'Equilibre du Territoire (TET)

Conformément à la loi N°2018-515 du 27 juin 2018 « Pour un nouveau pacte ferroviaire » transposant le quatrième paquet ferroviaire, l'Etat, en tant qu'autorité organisatrice (AO) dispose, jusqu'en 2023, de la possibilité d'attribuer directement les lignes dites TET (Trains d'Equilibre du Territoire) à la Société nationale des chemins de fer (SNCF) ou bien de

lancer un appel d'offre et d'ouvrir l'exploitation de ces lignes à la concurrence.

En annonçant dès le 14 janvier 2019 la mise en concurrence des lignes Nantes-Lyon-Bordeaux, l'ancienne ministre des transports Elisabeth Borne a voulu faire de l'Etat le bon élève de l'ouverture à la concurrence du service de transports ferroviaire de voyageurs. Le lancement de l'appel d'offre, sous forme de concession a eu lieu le 28 janvier 2020 et un cahier des charges a été établi et transmis aux potentiels candidats dès juillet 2020 en vue d'un démarrage d'exploitation prévu en 2022.

L'appel d'offre a néanmoins été annulé à la dernière minute, l'État ayant en effet décidé de ne y pas donné suite, la SNCF étant la seule à avoir fait acte de candidature à sa propre succession.

Dans son communiqué du 17 décembre 2020, le ministère des transports évoque les raisons de sa décision : « *au regard des difficultés économiques rencontrées par les acteurs ferroviaires suite à la crise sanitaire et en l'absence de perspective fiable de reprise des trafics, le Gouvernement constate que les conditions ne sont pas remplies, à ce jour, pour permettre une concurrence juste et équitable, propre à garantir le meilleur service à l'usager au meilleur prix, et a décidé de déclarer sans suite l'appel d'offres en cours* »²⁶.

En effet, minés par la crise de la Covid-19, et en grave difficultés économiques, aucun des trois opérateurs alternatifs pressentis, le français Transdev, l'allemand Arriva et le belge Eurorail, n'ont en effet pas voulu se positionner sur l'offre du gouvernement.

Au vu des circonstances exceptionnelles, la SCNF est donc reconduite *sine die* dans sa mission d'exploitation des deux lignes jusqu'au lancement d'un nouvel appel d'offre, voir au-delà. En effet, le ministère a fait état dans son communiqué d'une réorganisation du service ferroviaire sur ses deux lignes avec une augmentation du nombre d'aller-retours quotidiens d'ici 2022 laissant présager un prolongement de la convention conclue avec l'opérateur historique.

C'est donc un échec à la fois pour le projet du gouvernement mais aussi pour

²⁶ Communiqué du 17 décembre 2020 disponible sur le site du Ministère de la transition écologique.

l'ouverture à la concurrence du transport de voyageur sur le segment particulier des services conventionnés, qui sera visiblement de nouveau retardé. La concurrence en ce qui concerne les TET semble donc devoir rester encore à quai pour de nombreuses années, l'État s'orientant selon toute vraisemblance vers le renouvellement de la convention le liant à la SNCF pour les autres lignes Intercités²⁷ jusqu'à fin 2020.

Une ouverture en demi-teinte pour le segment des Transport Express Régionaux (TER)

Si pour l'instant aucun matériel roulant autre que celui de l'opérateur historique ne semble pouvoir opérer sur les lignes des TET dans un avenir proche, il en est autrement avec les lignes des « Trains Express Régionaux » dont l'exploitation peut, depuis le 3 décembre dernier et similairement au TET, être susceptible d'être soumise à un appel d'offre si la région, en qualité d'autorité organisatrice sur ce segment, en prends l'initiative.

La région Provence Alpes Côte d'azur (PACA) a ainsi d'ores et déjà pris les devants en votant en décembre 2019 une *procédure de délégation de service public* préparant le lancement d'un appel d'offre pour un lot comprenant deux liaisons Marseille-Toulon-Nice d'une part et pour plusieurs lignes ceinturant Nice d'autre part. La région devrait être en mesure de désigner l'opérateur retenu pour chaque lot dès juin 2021 et espère pouvoir démarrer leur exploitation dès 2022.

La région Grand-Est s'est elle aussi pleinement saisie des nouvelles possibilités offertes par l'ouverture à la concurrence. La région a déjà identifié trois lots qu'elle envisage d'ouvrir à la concurrence et deux appels offres ont déjà été lancés au courant de l'été 2020, comprenant notamment la très rentable ligne Strasbourg-Piémont des Vosges. De nouveaux investissements devraient ainsi permettre la réouverture de deux tronçons abandonnés avec notamment la ligne Saint-Dié-Epinal, ainsi que la ligne Nancy-Contrexéville respectivement à l'arrêt depuis 2014 et 2016. La région envisage enfin de passer un troisième appel d'offre dans le

²⁷ Il s'agit en l'occurrence des lignes Paris-Limoges-Toulouse, Paris-Clermont, Bordeaux-Toulouse-Marseille, Toulouse-Hendaye et deux lignes de trains de nuit.

futur en vue de renforcer les liaisons avec l'Allemagne et la Suisse frontalières.

Il est important de souligner le caractère spécifique et complet de l'ouverture à la concurrence dans le Grand-Est. L'Etat a en effet délégué à la région une partie de la gestion des infrastructures ferroviaires, faisant de ses appels d'offre les seuls comprenant à la fois le service de transport de voyageur et la gestion des infrastructures²⁸.

D'autres régions en revanche tel que la région Occitanie ou la région Bretagne se montrent en revanche bien plus frileuses et ont déjà verrouillé leurs lignes conventionnées à l'opérateur historique. Les deux régions ont respectivement renouvelé leurs conventions avec la SNCF jusqu'en 2025 pour la première et jusqu'en 2029 pour la deuxième retardant considérablement l'arrivée de potentiels nouveaux opérateurs sur leurs lignes.

Si certaines régions se sont très tôt positionnées et organisées en faveur où en défaveur de l'ouverture à la concurrence, la majorité des autres régions se montrent pour l'instant relativement attentistes. Dans un rapport datant du 23 octobre 2019 la Cour des Comptes pointe du doigt l'état d'impréparation latent de nombreuses d'entre elles : « quatre régions (*Auvergne-Rhône-Alpes, Normandie, Pays de la Loire*) ont prévu une mise en concurrence de certaines lignes durant la période 2019-2023, mais semblent pour l'instant y renoncer en pratique ». Ce constat semble toujours d'actualité, les régions en question n'ayant pas réellement communiqué ou agit dans le sens d'une ouverture à la concurrence de leurs réseau TER. S'il est vrai que la région Auvergne-Rhône-Alpes a bel et bien lancé une étude devant déterminer les modalités d'une potentielle ouverture à la concurrence de la ligne Saint-Gervais-Vallorcine, elle n'a pour l'instant lancé aucun appel d'offre ni procédure d'avis de pré-information. La région Normandie n'a à ce stade encore rien décidé et la région du Pays de la Loire commence tout juste à identifier les lots qu'elle souhaite ouvrir à la concurrence.

C'est donc une ouverture graduelle et territorialisée que connaîtra le segment TER

²⁸ Voir en ce sens l'article *La Région Grand Est devient la 1ère région gestionnaire de son réseau TER*, accessible sur le site de la région Grand-Est, publié le 20 février 2020.

dans les prochaines années. Si certaines régions ont d'ores et déjà franchit le pas et fait le choix de la concurrence, la technicité et la complexité des dossiers explique les importants délais nécessaires à la mise en place l'ouverture à la concurrence. La question de l'accès aux données d'exploitation, prérequis essentiel à l'élaboration de tout appel d'offre, n'est pas sans poser de nombreuses difficultés et a déjà causé de nombreux différends entre les régions et l'opérateur historique.

L'ouverture à la concurrence, source de litiges entre la SNCF et les régions

L'ouverture à la concurrence des segments TER a fait surgir un certain nombre de litiges entre les régions et SNCF voyageur notamment sur la question de la transmission des informations nécessaire à la constitution des appels d'offres.

Un premier différent avait surgi entre SNCF voyageur et la région PACA concernant le calcul du nombre d'emplois devant être transféré en cas de changement d'opérateur. Le code des transports prévoit en effet en son article L.2121-20 les modalités et les conditions de ce transfert. Saisi par la région PACA l'Autorité de régulation des transports a dans sa décision du 28 février 2020²⁹ tranché en faveur de la région et a enjoint à SNCF voyageur de transmettre toutes les informations nécessaires à la constitution de l'appel d'offre.

Similairement, un autre conflit avait opposé SNCF voyageur à la région des Hauts-de-France sur les informations relatives à l'exploitation des lignes TER. La région Haut-de-France reprochait en effet à SNCF voyageur de ne pas se conformer à l'article L.2121-19 relatif à l'obligation de transmission de toute information relative à l'organisation ou à l'exécution du contrat de service public et de faire obstruction à l'ouverture à la concurrence. L'Autorité de Régulation des transports, dans sa décision du 30 juillet 2020³⁰ a, après avoir longuement développé sur la nécessaire transmission des informations dans le cadre de l'ouverture à la concurrence pour éviter toute *rente informationnelle* et asymétrie entre les différents opérateurs, a de nouveau condamnée

²⁹ Voir en ce sens la décision de l'ART n° 2020-019 du 28 février 2020.

³⁰ Voir en ce sens la décision de l'ART n° 2020-044 du 30 juillet 2020.

SNCF voyageur et l'a enjoint à transmettre les données demandées par la région.

La situation particulière de l'Ile de France

Si, depuis la loi du 27 juin 2018 les régions et l'Etat auront l'obligation dès 2023 de procéder à la mise en concurrence de leurs lignes, l'exécutif a réservé à l'Ile-de-France un rythme et une temporalité spécifique dans l'ouverture à la concurrence de ses services de transports.

Le calendrier fixé par le gouvernement dans sa loi du 27 juin 2018 et en parti modifié par la loi du 24 décembre 2019 dite « *d'ouverture des mobilités* » (LOM) prévoit en effet de repousser à 2025 l'ouverture de la ligne de RER E entre 2033 et 2039 pour les RER C et D et seulement à partir de 2040 pour les RER A et B. Le métro francilien ne sera pas ouvert à la concurrence avant 2039.

Résolument engagé à ouvrir à la concurrence son réseau de transport, Ile-de-France Mobilité (ILFM), autorité organisatrice de la région avait déjà prévu dès février 2020 de soumettre dès 2021 à un appel **les lignes T4 et T11** du Transilien (lignes non RER) en vue d'un début d'exploitation en 2023. ILFM a par ailleurs détaillé à l'occasion de son conseil d'administration du 9 décembre 2020 l'échéancier complet de l'ouverture de ses lignes actuellement exploitées par la SNCF³¹. Celui-ci respecte scrupuleusement le calendrier fixé par la législation et prévoit l'ouverture de la plupart des lignes exploitées par l'opérateur historique d'ici 2033.

Le matériel roulant d'un opérateur alternatif pourrait ainsi assurer le service et l'exploitation des lignes J et L du Transilien dès décembre 2025, de la ligne du RER E dès décembre 2027 et des lignes de RER D et C dès décembre 2031 et 2032.

La région entend par ailleurs faire pression sur l'exécutif afin d'accélérer le processus de l'ouverture à la concurrence en Ile-de-France notamment en ce qui concerne les lignes exploitées par la RATP et les deux lignes de RER A et B. La présidente de la région, Valérie Pécresse, a ainsi fait part de son

³¹ Voir en ce sens le communiqué d'Ile-de-France Mobilité, accessible sur le site de l'IDFM, publié le 10 décembre 2020.

intention d'avancer de 10 ans l'échéancier prévu par le gouvernement afin que toutes les lignes de RER soit soumises à un régime d'appel d'offre d'ici 2033.

Conclusion

C'est donc une ouverture à la concurrence partielle et incomplète qui caractérise le segment des lignes conventionnées en France, 4 ans après l'adoption du pilier « *marché* » du 4^e paquet ferroviaire aucun opérateur alternatif n'a encore eu la possibilité d'exploiter le réseau des services conventionnés français³².

L'ouverture à la concurrence à néanmoins fait ces deux dernières années de réels progrès, les autorités organisatrices ayant en règle générale pris au sérieux le calendrier fixé par le législateur. C'est ainsi particulièrement le cas des régions PACA, Grand Est et Ile-de-France. Certaines, tel que l'Occitanie ou la Bretagne ont néanmoins fait le choix de renouveler leur convention avec l'opérateur historique et ne devraient pas lancer d'appel d'offre sur leurs lignes de TER avant 2025 voire 2029.

Néanmoins ralenti par la crise de la Covid-19, notamment en ce qui concerne le segment des TET, avec l'annulation de l'appel d'offre pionnier concernant la ligne Bordeaux-Nantes-Lyon, la concurrence devrait être malgré tout effective *a minima* sur plusieurs lignes de TER et de Transilien à l'horizon 2022/2023 et s'accélérer dans les années suivantes. **Q.S**



Le *Digital Markets Act* : une proposition de réglementation nouvelle visant à réguler le comportement des entreprises régissant les grandes plateformes en ligne

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the contestable and fair markets in the digital sector (*Digital Markets Act*) », 15 décembre 2020

Par Benjamin GRIMM

Le 15 décembre 2020, la Commission européenne a rendu publiques deux ambitieuses propositions de règlement visant à offrir un nouveau cadre au secteur du numérique : le *Digital Services Act* et le *Digital Markets Act*. Ces projets sont une concrétisation de l'attention actuelle portée par la Commission von der Leyen sur les grandes problématiques du numérique, la Commission ayant en effet exprimé depuis longtemps la stratégie qu'elle entendait mettre en place au travers d'annonces telle que la communication du 19 février 2020 «*Shaping Europe's Digital Future* ».

Tandis que le *Digital Services Act* s'attarde sur des questions d'ordre sociétal comme l'encadrement des contenus en ligne ou encore le rôle que doivent endosser les acteurs du numérique dans diverses matières, le *Digital Markets Act* s'intéresse au contraire à des questions plus économiques. Consciente des dysfonctionnements économiques qui s'opèrent dans le secteur du numérique en raison de la structuration des marchés autour de certains « Géants du Web » (Les GAFAM³³ et BATX³⁴ notamment), la Commission européenne, via le *Digital Markets Act*, cherche à garantir globalement des marchés du numérique innovants, concurrentiels, équitables et ouverts à tous.

Il s'agira donc ici de présenter les raisons économiques ayant abouti à la proposition de cette nouvelle réglementation,

³³ GAFAM: Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft

son champ d'application, ainsi que son contenu et ses effets sous-jacents sur les acteurs du numérique.

Le *Digital Markets Act* : une réponse aux dysfonctionnements économiques dans le secteur du numérique

En Europe, il est admis que le secteur du numérique se caractérise par ses effets à la fois bénéfiques, mais aussi néfastes, pour le Marché intérieur et les consommateurs. La proposition de règlement de la Commission européenne cherche donc à promouvoir lesdits effets bénéfiques tout en contenant les caractéristiques plus négatives de l'économie du numérique.

S'agissant des effets bénéfiques, l'avènement et l'évolution continue des technologies de l'information et de la communication ont participé au développement d'une économie numérique dynamique et très innovante, en faveur des consommateurs. Les acteurs du secteur, notamment via la création de plateformes (à l'instar des moteurs de recherches ou des réseaux sociaux), ont su proposer de nombreux services, dont des services d'intermédiation facilitant la rencontre entre, par exemple, les consommateurs et les professionnels. Ces services proposés par les plateformes en ligne, qui permettent notamment cette rencontre entre consommateurs et vendeurs (professionnels ou non) ont encouragé, entre autres, le développement de marchés dits « multifaces ».

L'accroissement des échanges transfrontaliers et l'élargissement de l'offre et de la demande pour les différents intervenants du secteur (consommateurs, professionnels...), qui résultent en partie du développement des services d'intermédiation précités, ont donc participé à ce dynamisme (propice à l'innovation et à la concurrence) caractérisant le secteur du numérique. Aujourd'hui, la Commission européenne ne dénombre pas moins de 10 000 plateformes en ligne opérant en Europe, la très grande majorité étant administrée par des petites et moyennes entreprises (PME).

³⁴ BATX : Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi

Pour autant, le secteur du numérique souffre de véritables dysfonctionnements économiques, qui risqueraient de mettre à mal le dynamisme des marchés le composant. La plupart du temps, la qualité des services proposés par les plateformes dépend beaucoup du nombre d'utilisateurs. En effet, plus le nombre d'utilisateurs est important, plus les services proposés par une plateforme sont efficaces (ce sont les effets de réseau³⁵). Or, les effets de réseaux ont encouragé une concentration des marchés du numérique autour de quelques acteurs détenteurs des plateformes en ligne. Cette concentration à la faveur de certaines entreprises a permis à ces dernières, en parallèle, de réaliser des économies d'échelles et de collecter une quantité démesurée de données relatives aux utilisateurs professionnels et non-professionnels de leurs services.

Véritables avantages compétitifs, il découle de ces économies d'échelles et de ces collectes de données une possibilité pour les entreprises gérant les plus grandes plateformes de créer de nouveaux services et d'améliorer la qualité des services proposés existants, tout en empêchant les entreprises concurrentes de pouvoir véritablement rivaliser avec ces dernières en raison du nonaccès à ces données (et en raison de la capacité des plus grandes entreprises à réaliser potentiellement des « *acquisitions tueuses* », dans le but d'empêcher de voir se développer des innovations créées par d'autres entreprises qui remettraient en cause leur place dans le secteur).

De véritables écosystèmes hermétiques ont ainsi été créés autour de certaines grandes plateformes, écosystèmes en constante expansion par la création de nouveaux services et l'acquisition, par les entreprises maîtres de ces écosystèmes, d'entités réalisant d'autres activités annexes (complémentaires ou non aux services déjà proposés par les grandes plateformes en ligne). Ces écosystèmes qui structurent les marchés du numérique sont devenus des canaux indispensables pour

³⁵ Un effet de réseau se produit lorsque de nouveaux utilisateurs s'abonnent à un produit ou à un service augmentent sa valeur et son utilité pour les utilisateurs actuels et futurs. Si un produit ou un service a un effet de réseau, sa valeur et son utilité augmentent en même temps que le nombre d'utilisateurs.

permettre des échanges économiques entre professionnels et consommateurs, ces deux catégories étant utilisatrices des plateformes en ligne.

Les entreprises gérantes des plus grandes plateformes, et par extension des écosystèmes qu'elles ont su créer autour d'elles, sont donc devenues de véritables gardiens, capables de fixer seuls les conditions commerciales et d'utilisation de leurs services, au détriment des utilisateurs professionnels et non-professionnels devenus dépendants de ces plateformes. Au total, la difficulté de concurrencer ces plateformes et la dépendance des agents économiques pour les services de ces entreprises, pouvant aboutir à des comportements abusifs des plateformes en ligne sur leurs utilisateurs, remettent en cause la contestabilité et l'équité des marchés du numérique.

En conséquence, tant l'incapacité des instruments traditionnels, comme le droit de la concurrence³⁶ pour contrôler les phénomènes susmentionnés, que la nature des activités des acteurs du numérique, tendant à dépasser les frontières nationales, ont conduit la Commission européenne à proposer cette réglementation *ex ante*. Cette réglementation vise donc à contenir ce mouvement de structuration de marché autour de certaines plateformes avant que ceci ne produise des effets irréversibles sur les marchés du numérique, tout en régulant le comportement des entreprises détenant les plus grandes plateformes en ligne.

Le *Digital Markets Act*, un projet de réglementation visant une catégorie précise d'entreprises : les *gatekeepers*

Si les dysfonctionnements économiques précités peuvent apparaître dans l'ensemble du secteur du numérique, la réglementation proposée par la Commission européenne ne semble vouloir s'appliquer qu'à certains marchés, où les défaillances sont les plus

³⁶ Le droit de la concurrence ne sanctionne pas tous les comportements qui découlent desdits phénomènes précités et, si applicable à une situation donnée, n'agit qu'*a posteriori*, sous réserve, généralement, que des effets anticoncurrentiels soient constatés après enquête.

prégnantes. Généralement, les activités visées par le texte se caractérisent par une infrastructure ou un service qui permet la rencontre d'utilisateurs professionnels et non-professionnels, comme les consommateurs.

Dès lors, rentre dans le champ d'application des règles du *Digital Markets Act* les *core platform services* (services de plateforme centraux ou systémiques) fournis ou offerts aux *end users* établis dans l'Union européenne (les *end users* sont les utilisateurs se servant des services à des fins non professionnelles). Est considéré comme *core platform service* tout service d'intermédiation en ligne, moteur de recherche en ligne, service de réseau social en ligne, service de plateforme de partage de vidéos, service de communications interpersonnelles non fondé sur la numérotation, système d'exploitation, service de publicité, ou enfin service de *cloud computing* (article 2 §2).

Toute entreprise offrant une activité de la sorte n'est pas nécessairement soumise aux règles que la Commission européenne entend imposer avec cette réglementation. En effet, la Commission européenne a dans son viseur les grandes plateformes en ligne qui structurent les marchés, à l'instar des GAFAM. Conformément à la lettre de la proposition de règlement, seules les entreprises qualifiées de *gatekeepers* (gardiens de l'accès au marché) sont assujetties à ce nouveau cadre.

La notion de *gatekeeper* est une nouvelle catégorie juridique et objective. Est désigné de *gatekeeper* tout fournisseur de *core platform services* qui a un impact significatif sur le marché intérieur, qui opère un *core platform service* servant de canal central pour les utilisateurs professionnels cherchant à atteindre les *end users*

et qui profite d'une position ancrée et durable dans le domaine où il opère - ou est susceptible de l'être dans un avenir certain - (article 3 §1).

Acteur central de ce cadre *ex ante*, c'est à la Commission européenne de désigner *in fine* les *gatekeepers*. Trois grandes hypothèses semblent être distinguées dans la proposition de règlement. Premièrement, une entreprise est désignée *gatekeeper* par la Commission européenne car elle remplit certains seuils quantitatifs décrits dans la proposition, qui sont de véritables présomptions réfragables pour qualifier des entités de la sorte³⁷ (article 3§4). Deuxièmement, elle désigne, après une enquête de marché (article 15), une entreprise de *gatekeeper* lorsqu'elle remplit les seuils quantitatifs, mais que cette dernière a essayé de renverser les présomptions en donnant des arguments substantiels significatifs justifiant le fait qu'elle ne devrait pas être qualifiable de *gatekeeper*. Enfin, après une enquête de marché (article 15), la Commission européenne peut désigner une entreprise de *gatekeeper*, même si cette dernière ne remplit pas les seuils quantitatifs (article 3 §6).

Notons toutefois que ce statut de *gatekeeper* n'est pas immuable dans le temps. Du fait de la nature dynamique du secteur du numérique, tant les critères d'application que les entreprises désignées peuvent changer.

En somme, toute entreprise fournissant un *core platform service* aux *end users* européens (consommateurs...), et qualifiés de *gatekeeper* par la Commission européenne, sera soumise au nouveau cadre *ex ante* que cette dernière a présenté dans sa proposition de règlement.

³⁷ En effet, selon l'article 3 § 2, trois seuils quantitatifs, s'ils sont cumulés, permettent de présumer la nature de *gatekeeper* d'une entreprise. Les entreprises peuvent essayer de donner des arguments pour renverser ces présomptions les qualifiant quasiment automatiquement de *gatekeeper* :

1. Est présumée avoir un impact significatif sur le Marché intérieur, l'entreprise réalisant un chiffre d'affaires équivalent ou supérieur à 6.5 milliards d'euros dans l'Espace Economique Européen (durant les 3 derniers exercices fiscaux), ou une entreprise dont la capitalisation boursière moyenne ou la juste valeur marchande équivalente de l'entreprise s'élève à au moins 65 milliards d'euros au cours du dernier exercice. L'entreprise doit aussi fournir ses services dans au moins trois Etats Membres.

2. Est présumée opérer un *core platform service* servant de canal central pour les utilisateurs professionnels cherchant à atteindre les *end users*, l'entreprise proposant un *core platform service* qui a plus de 45 millions d'*end users* mensuels établis ou situés dans l'Union européenne et plus de 10 000 utilisateurs professionnels actifs annuels établis dans l'Union européenne au cours du dernier exercice financier.

3. Est présumée avoir une position ancrée et durable dans le domaine où elle opère, l'entreprise qui a rempli les seuils évoqués du 2) pendant 3 exercices fiscaux.

Le Digital Markets Act: l'ambition européenne d'une réglementation *ex ante* visant à réguler le comportement des *gatekeepers* par l'intermédiaire « d'obligations de faire » et « de ne pas faire »

Le cadre général

La proposition de règlement de la Commission européenne s'inscrit dans un contexte d'encadrement du secteur du numérique. Le texte proposé se veut complémentaire aux normes actuelles³⁸ et s'appuie sur ce corpus normatif existant pour mieux régir, ici *a priori*, les comportements des *gatekeepers*, avant qu'ils ne produisent d'effets néfastes remettant en cause la contestabilité des marchés du numérique.

S'apparentant au Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, le *Digital Markets Acts* imposerait aux *gatekeepers*, en sus des règles actuellement en vigueur, un ensemble d'obligations de faire ou de ne pas faire, qui permettraient de réguler leurs comportements.

Selon la proposition, la Commission européenne aurait un rôle prépondérant dans l'actualisation et la surveillance du respect des règles auxquelles seraient soumis les *gatekeepers*. Le rôle des Etats membres ne serait que très marginal : ils ne peuvent imposer seuls des obligations supplémentaires sur les *gatekeepers* (article 1 §5) ; trois Etats membres peuvent demander à la Commission d'ouvrir une enquête de marché pour désigner une entreprise de *gatekeeper* (article 33) ; dans ses activités relatives à cette réglementation, la Commission européenne est assistée dans ses missions relatives à la présente réglementation d'un Comité de consultation sur les marchés

³⁸ On peut citer le droit de la concurrence, la proposition de règlement du *Digital Services Act*, le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) ou encore le Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises

numériques (*Digital Markets Advisory Committee*), composé de représentants des Etats Membres.

Des obligations de faire ou de ne pas faire

S'agissant des obligations imposées aux *gatekeepers*, outre des obligations d'informations annexes³⁹, la proposition de règlement distingue deux catégories d'obligations pour lesquelles les *gatekeepers* doivent se conformer : les obligations de l'article 5 qui doivent être appliquées strictement et les obligations de l'article 6 susceptibles d'être précisées ultérieurement.

Tandis que la Commission européenne veille à l'application stricte des obligations de l'article 5, en ce qui concerne les obligations décrites à l'article 6, la Commission peut, par décision, préciser voire imposer la façon dont l'entreprise visée doit se conformer auxdites obligations de l'article 6. En effet, elle pourra effectuer cela si cette dernière estime, par exemple, que les projets de l'entreprise pour se mettre en règle ne permettent pas une conformité efficace avec ses obligations provenant de l'article 6. Ces obligations de faire ou de ne pas faire, issues de ces deux articles, sont très diverses et offrent des garanties aux utilisateurs professionnels et non-professionnels.

À titre d'exemple, les *gatekeepers* devront autoriser leurs utilisateurs professionnels à accéder aux données qu'ils ont générées dans leur activité sur la plateforme ; ils devront laisser aux utilisateurs professionnels la possibilité de promouvoir leur activité et de conclure des contrats avec leurs clients en dehors des plateformes des *gatekeepers* ; ils ne pourront plus empêcher les utilisateurs de désinstaller toute application ou logiciel préinstallé (par exemple les applications préinstallées d'un constructeur de téléphone ou d'ordinateur) ; ils ne pourront plus traiter leurs

utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (qui impose aux services d'intermédiation en ligne des obligations de faire et de ne pas faire pour rééquilibrer les relations entre professionnels et les entreprises fournissant des services d'intermédiation en ligne).

³⁹ Voir en ce sens l'article 12 qui prévoit une obligation d'information à la charge d'un *gatekeeper* souhaitant réaliser une concentration avec une autre entreprise fournissant un service dans le secteur du numérique.

produits ou services plus favorablement sur leur plateforme (via les services de référencement...), par rapport aux produits ou services des utilisateurs professionnels de leur plateforme.

Concernant la dernière obligation citée, il s'agit, dans les faits, d'une réponse à la situation où les *gatekeepers* sont également en concurrence avec les utilisateurs professionnels de leur plateforme : c'est le cas notamment d'une entreprise détenant un magasin d'applications ou un moteur de recherches qui favoriserait ses propres produits ou services au détriment des autres professionnels.

En principe, toutes les obligations doivent être respectées par les entreprises désignées comme *gatekeepers*. Par exception, la Commission européenne peut, selon la proposition de règlement, suspendre une ou plusieurs obligations, si des circonstances exceptionnelles que le *gatekeeper* ne peut contrôler font que la conformité aux obligations mettrait à mal la viabilité économique d'un *core platform service* concerné (article 8). Des exemptions aux obligations sont aussi applicables, pour des raisons d'intérêt public (article 9). Enfin, la Commission européenne peut n'imposer qu'une partie des obligations de la réglementation, pour les entreprises administrant un *core platform service* qui ne possèdent pas encore de position ancrée et durable⁴⁰.

Les sanctions en cas de non-respect par les gatekeepers de leurs obligations

S'il s'avère qu'une entreprise désignée comme *gatekeeper* ne respecte pas les règles qui lui sont imposées, la Commission européenne a le pouvoir d'adopter une décision de non-conformité (article 25), mettant en demeure l'entreprise visée de cesser dans un délai donné son comportement, et de lui fournir des explications sur la façon dont elle compte se conformer. En outre, inspirée entre autres du droit de la concurrence, la réglementation offre à la Commission européenne un ensemble d'instruments lui permettant d'infliger des sanctions pécuniaires. Par exemple, en cas de non-respect des obligations énumérées aux

⁴⁰ pour rappel, une entreprise profitant d'une position ancrée et durable dans le domaine où elle opère, ou qui est

articles 5 et 6, la Commission peut infliger à l'entreprise réfractaire jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires total de l'exercice fiscal précédent (article 26).

Pour les manquements les plus graves, la Commission a la possibilité de réaliser une enquête de marché pour non-conformité systématique (article 16), si l'entreprise en cause a été sujette, durant les 5 années précédant l'ouverture de ladite enquête, à au moins trois décisions de non-conformité ou d'amendes visant n'importe lequel de ses *core platform services*. L'entreprise qui a renforcé sa position de *gatekeeper* du fait de ses manquements à ses obligations, pourra se voir infliger de très lourdes sanctions par la Commission européenne, qui sont d'ordre comportemental voire structurel.

Bien que devant être strictement proportionnelles aux infractions commises et nécessaires pour garantir la conformité à la présente réglementation, il est notable de constater que la proposition de règlement offrirait à la Commission européenne, dans les cas les plus extrêmes, la possibilité d'imposer des mesures structurelles comme par exemple une cession d'activité. Cette option serait applicable, sous réserve qu'il n'y ait pas de mesure comportementale aussi efficace, ou dans le cas où la mesure structurelle serait moins lourde à subir pour le *gatekeeper* qu'une mesure comportementale aussi efficace. L'ajout de cet outil dans les prérogatives de la Commission européenne pourrait renforcer son pouvoir de coercition, et donc garantir le respect de la réglementation, face à des entreprises disposant d'un fort pouvoir politique et économique.

Le *Digital Markets Act* : une réglementation en devenir ?

Ainsi, la proposition de règlement contient à la fois des sanctions et des obligations très sévères à l'encontre des entreprises contrôlant les plus grandes plateformes en ligne. Le cadre proposé par cette réglementation *ex ante* offrirait des prérogatives nouvelles et très larges à la Commission européenne (surveillance, actualisation...), *a contrario* des

susceptible de l'être dans un avenir certain, correspond au 3^{ème} critère définissant un *gatekeeper*

États membres qui ne se verraient octroyer que des pouvoirs très résiduels.

Plusieurs enjeux demeurent cependant, relatifs à l'application effective du *Digital Markets Act*.

Tout d'abord, il s'agira de voir si cette proposition sera votée telle quelle, ou si, au contraire, les possibles divergences politiques vont entraîner des modifications substantielles sur le contenu de la présente proposition de règlement.

Ensuite, la question de l'approbation du règlement (modifié ou non), puis de l'application effective des dispositions, doit aussi se poser. Par exemple, si le gouvernement français, qui est favorable à une meilleure régulation du secteur du numérique, souhaite voir le *Digital Markets Act* et le *Digital Services Act* adoptés dès le début 2022, les problématiques soulevées par la Commission européenne, via ces propositions de règlement, et les possibles dissensions politiques entre les différentes parties prenantes (lobbies, Etats Membres, Elus européens...) pourraient compromettre cette volonté de la France⁴¹. Comme le reporte le journaliste Pascal Hérard : « Personne n'est prêt à parier que ces règlements seront approuvés avant 24 mois, un délai qui reporte leur application à l'échéance... 2023. »⁴².

Enfin, se pose la question des effets escomptés de ladite proposition de règlement, de son efficacité potentielle, ainsi que de son articulation avec les autres dispositions en vigueur, à l'instar du droit de la concurrence.

Affaire à suivre donc... **B.G.**



⁴¹ Ministère de l'Economie, des Finances et de la Relance. Grandes plateformes du numérique : vers le Digital Services Act et Digital Markets Act [en ligne]. 16 décembre 2020 [Consulté le 24 décembre 2020]. Disponible sur : <https://www.economie.gouv.fr/digital-services-act-et-digital-markets-act#>

D'un objectif légitime aux doutes sur sa légalité : approche juridique et perspectives futures du fair-play financier

Par Antonin DEMILLIER et Théo LEQUY

Le développement du football depuis la fin des années 1990 a entraîné un nombre important de dérives financières de la part des clubs européens. Afin d'éviter une faillite générale des clubs, l'Union européenne des associations de football (UEFA) a mis en place le principe du fair-play financier (FPF) depuis 2011, un mécanisme de régulation financière intervenant dans la gestion des clubs. Les clubs sont depuis contraints de présenter un équilibre budgétaire entre les dépenses et les revenus liés aux opérations sportives. Ce dispositif a pour conséquence de limiter les investissements des clubs, notamment dans l'achat de joueurs, et de limiter la surenchère salariale.

Malgré une volonté d'assainir les budgets des clubs et de conserver une équité sportive, le fair-play financier pose de nombreuses questions en ce qui concerne sa légalité par rapport au droit de la concurrence européen. Les clubs professionnels souhaitant se développer davantage se retrouvent désavantagés par rapport aux clubs « historiques » possédant déjà un budget important, qui eux, sont peu impactés par le FPF ou par ses sanctions.

La crise sanitaire actuelle a démontré une nouvelle fois les limites du système économique du football professionnel européen. Une réforme de ce mécanisme semble nécessaire afin d'éviter une possible interdiction par les juridictions européennes.

⁴² HERARD, Pascal. Plateformes numériques : les géants d'Internet enfin régulés en Europe en 2023 ? TV5 MONDE [en ligne]. 17 décembre 2020 [Consulté le 23 décembre 2020]. Disponible sur : <https://information.tv5monde.com/info/plateformes-numeriques-les-geants-d-internet-enfin-regules-en-europe-en-2023-388108>

Un outil de régulation financière imposé aux clubs européens pour faire face aux dérives financières des années 2000

La spécificité du football tient à sa capacité à être devenu un des rares sports ayant pris une dimension économique européenne⁴³. Le nombre important de transferts lors des mercatos, permis par la libéralisation du marché du travail suite à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) *Bosman*⁴⁴ de 1995, a entraîné une large mobilité transfrontalière des personnes et des capitaux au sein des Etats membres. Ces transferts de joueurs, dont la valeur n'a fait qu'augmenter depuis un demi-siècle, sont à l'origine de la hausse des salaires et du surendettement des clubs. 56% des 665 clubs européens de premières divisions ont déclaré des pertes nettes en 2010 pour un déficit cumulé de plus de 1,6 milliards d'euros (1,2 en 2009)⁴⁵.

Cette période a été l'occasion pour de grands clubs européens d'investir massivement afin d'attirer les meilleurs joueurs et d'obtenir de bons résultats sportifs, créant des disparités conséquentes avec les clubs dont les budgets sont plus limités. Même si les clubs pouvaient compter sur l'augmentation des recettes issues du merchandising, du sponsoring, de la médiatisation des compétitions et de la fréquentation des stades, elles n'ont pas contrebalancé l'inflation des coûts. Malgré un dynamisme et un contexte économique favorable, l'endettement des clubs n'a cessé de progresser dans les années 2000.

Le cas du Real Madrid est un exemple typique de ces dérives. Le club était endetté de près de 600 millions d'euros à la fin des années 2000 et a reçu le soutien de l'Etat espagnol pour combler sa dette. La Commission a ouvert une enquête à ce sujet suite aux interrogations de parlementaires. L'affaire a toutefois été close : malgré un avantage octroyé par les autorités publiques locales, celui-ci ne suffit pas à le

caractériser d'aide d'Etat au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)⁴⁶.

Ces dérives faisaient peser différentes menaces sur l'avenir des clubs européens. Tout d'abord, il était question de la survie d'un nombre important de clubs qui ne pouvaient plus continuer à fonctionner à crédit. D'autre part, l'équité, l'intérêt et la valeur des compétitions étaient menacés. La valeur des compétitions dépend de l'incertitude des résultats, l'équilibre compétitif entre les clubs est donc central. La concurrence entre les clubs structure le marché en rendant la compétition attractive et en générant plus d'investissement et de consommation. La domination d'une équipe, permise par ses investissements, impacte la qualité de la compétition et déséquilibre la concurrence et l'équité sportive. Sur le long terme, ce phénomène peut se traduire par une incertitude sportive et un intérêt faible des compétitions, entraînant une baisse des droits télévisés, et donc de recettes pour les clubs.

L'UEFA s'est interrogée sur la soutenabilité de ce système qui déséquilibre les compétitions par la puissance financière de clubs européens qui pouvaient acheter des joueurs de haut niveau. L'UEFA a donc voulu soumettre les clubs à des principes de régulation communs afin de permettre la primauté du jeu par rapport à la puissance financière.

Les risques de dérives liés à la libéralisation du marché des transferts ont poussé les institutions politiques et sportives à encadrer ce système en vue de préserver l'équité des compétitions. Certains Etats, comme la France⁴⁷, ainsi que la Commission européenne ont pressé l'UEFA d'entreprendre une politique d'assainissement des finances des clubs européens, devenue essentielle suite à la crise économique de 2008.

⁴³ KEA – CDES : Etude relative aux aspects économiques et juridiques des transferts de joueurs, janvier 2013 (disponible sur http://ec.europa.eu/sport/library/documents/study-transfers-exec-summary_fr.pdf)

⁴⁴ CJCE, 15 décembre 1995, Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman, C-415/93.

⁴⁵ Dermot-Richard, N. « Football professionnel en Europe : un modèle original de régulation financière sectorielle », *Management & Avenir*, vol. 57, no. 7, 2012, pp. 79-95.

⁴⁶ V. les précisions apportées par la Commission sur cette affaire : Parliamentary questions – Answered by Mrs Kroes on behalf of the Commission, E-2207/2007, 21 juin 2007

⁴⁷ V. la ainsi Question écrite n° 54708 posée par le Député F. Cornut-Gentille au Ministre des Sports et la réponse : JORF – Assemblée nationale du 17 nov. 2009

Dès 2001, la Commission européenne, la FIFA et l'UEFA ont conclu un accord sur une réforme des transferts, qui n'a toutefois pas permis de stopper l'inflation des transferts. Lors de la saison 2004-2005, l'UEFA a décidé d'octroyer des licences permettant de participer aux compétitions européennes. Ce système avait pour but d'inciter les clubs à assainir leurs finances ainsi qu'à améliorer leur transparence. Un concept de fair-play financier est approuvé à l'unanimité par le comité exécutif de l'UEFA en septembre 2009 dans le but de lutter contre les dérives financières.

Le but du FPF est de « garantir l'équité des compétitions et accroître la stabilité à long terme du football » selon les propos de l'ancien président de l'UEFA Michel Platini le 27 août 2010. L'activité des clubs doit dépendre de leurs moyens sans recourir à ses actionnaires ou à des emprunts pour financer les dépenses courantes. Ce système doit permettre une rentabilité à moyen terme⁴⁸.

Il est mis en vigueur en juin 2010 et a fait l'objet de différentes révisions (2012, 2015, 2018) pour intégrer de nouvelles conditions. En 2018, l'UEFA a imposé une nouvelle contrainte : l'instauration d'un déficit maximum de 100 millions d'euros à ne pas dépasser entre les dépenses et les ventes sur le marché des transferts. Pour cela, l'Instance de contrôle financier des clubs (ICFC) est l'organe de contrôle des clubs mis en place par l'UEFA. Elle peut condamner les clubs par des mesures disciplinaires en cas de non-respect du FPF. L'ICFC dispose d'un panel de sanctions allant de la mise en garde, du blâme, de l'amende jusqu'à l'exclusion des compétitions en cours ou futures. Ses décisions « ne pourront pas être frappées d'appel devant le Tribunal Arbitral du Sport à Lausanne »⁴⁹.

Selon l'article 1.1 du Règlement de l'UEFA, le FPF s'applique aux clubs participant aux compétitions européennes, se basant sur les manuels de procédures UEFA et sur la délivrance de licences. Chaque club qui se qualifie sportivement pour la Champions League ou l'Europa League a besoin d'une licence, qui est accordée par sa ligue nationale. Cet octroi respecte les dispositions du règlement

⁴⁸ Dermitt-Richard N., Scelles N., Morrow S., 2017, "French DNCG management control versus european UEFA financial fair-play: a divergent conception of financial regulation objectives", Soccer & Society

de l'UEFA sur l'octroi de licence aux clubs et le fair-play financier. L'ICFC vérifie les documents et les chiffres de tous les clubs inscrits à une de ses compétitions. Le règlement du fair-play financier est donc intégré dans le système des compétitions nationales, comme en France avec la Ligue 1. C'est ce qui avait permis aux règles de l'UEFA de s'imposer aux clubs français, malgré la présence déjà d'une autorité de régulation comme la Direction nationale du contrôle de gestion (DNCG). Les clubs français subissent une superposition de régulations imposées par le fair-play financier et la DNCG. Même si les deux instances ont des buts identiques, leurs fonctionnements diffèrent. La rentabilité à moyen terme et le financement limité du déficit du FPF s'opposent au fonctionnement de la DNCG, qui se base sur la solvabilité par rapport à la saison à venir ainsi que sur les apports des actionnaires en cas d'insuffisance de trésorerie. Ainsi, les décisions prises par l'UEFA n'impliquent pas de décisions parallèles de la DNCG. Des clubs comme le Paris-Saint-Germain en 2014, l'AS Monaco en 2015 ou encore l'Olympique de Marseille en 2019 avaient été sanctionnés par le FPF et non par la DNCG.

Les objectifs du FPF sont définis à l'article 2 alinéa 2 du règlement. Il vise notamment à améliorer les performances économiques et financières des clubs, à protéger les créanciers, à l'acquittement des dettes, à promouvoir les investissements responsables ou encore à protéger la viabilité à long terme et la pérennité du football européen.

Le FPF fonctionne par un système basé sur :

- L'absence d'arriérés de paiement (*no overdue payables rule*). Le club bénéficiaire d'une licence est obligé de n'avoir aucun arriéré de paiement envers d'autres clubs, joueurs, administrations fiscales et sociales.
- La règle de l'équilibre financier (*break even rule*). Le club est obligé d'équilibrer ses dépenses déterminantes avec ses recettes déterminantes. Ces recettes déterminantes correspondent aux activités liées aux opérations évaluées à leurs prix de marché. Les

⁴⁹ «Instance de contrôle financier des clubs», UEFA, publié le 8 février 2014 (disponible sur <http://fr.uefa.com/news/newsid=2053169.html>)

dépenses déterminantes représentent toutes les dépenses, hormis certains secteurs comme par exemple la formation, le football féminin ou les infrastructures qui sont exonérés afin de favoriser les investissements dans ces domaines.

Le PPF suit une contrainte budgétaire « dure » avec la règle de l'équilibre financier. Le résultat global relatif à l'équilibre financier est l'addition du résultat des trois dernières années de *reporting*. L'écart acceptable est d'un résultat global déficitaire jusqu'à 30 millions d'euros. L'UEFA avait prévu une période transitoire tolérante afin que les clubs s'adaptent et prennent les mesures nécessaires pour satisfaire aux conditions imposées. Il était de 45 millions d'euros pour les saisons 2013/2014 et 2014/2015. Le financement par l'actionnaire est limité à ce montant de déficit. Pour faire face aux déficits des clubs, les propriétaires étaient dans l'obligation d'injecter personnellement des fonds propres⁵⁰.

Néanmoins, si indirectement il peut conduire à une limitation de l'inflation salariale, ce dispositif n'a lui non plus aucune action sur le mode de formation des salaires. Ce système de régulation pose la question de l'objectif général poursuivi entre équilibre compétitif et équilibre financier : « *Le problème crucial d'une ligue européenne est de faciliter ou de rétablir l'équilibre financier de clubs incités à l'excès de demande de joueurs sur un marché mondial libéralisé* »⁵¹.

Le fair-play financier légitimé par la poursuite d'objectifs communs avec les institutions européennes

Le sport joue un rôle important dans la société, il est appréhendé par les autorités nationales ou européennes comme un facteur nécessaire au développement et à l'épanouissement des individus⁵². Etant considéré comme une activité de divertissement ou une activité culturelle, le sport n'a pas de raison initiale d'être régi par le droit économique. Le développement de l'activité

professionnelle du sport a entraîné un nombre croissant d'actes et d'opérations d'ordre juridique constituant un ordre sportif privé. Le législateur a délégué son pouvoir d'appréciation à un organisme de droit privé qui jugera seul de la légitimité de l'atteinte.

Les acteurs du sport (clubs, ligues, fédérations nationales et internationales) ne se limitent plus à la pratique et l'organisation de compétitions : une véritable financiarisation du sport s'est développée à travers le développement des revenus des instances dirigeantes particulièrement élevés, notamment en ce qui concerne les droits télévisuels. Désireuses de conserver leur monopole et de satisfaire leurs propres intérêts, la majorité des litiges est réglée « en interne », c'est-à-dire au sein des fédérations ou des instances dirigeantes, en évitant le recours aux juridictions ordinaires.

Afin de préserver leur autonomie, les organisations sportives ont pour la plupart créé leur propre arbitrage afin de régler des contentieux. Elles possèdent un pouvoir normatif spécifique : en l'absence de droit sportif international en la matière, les règles de l'UEFA s'imposent aux fédérations nationales et aux clubs permettant de qualifier ces règles de *lex sportiva*, comparable à la *lex mercatoria* des agents économiques. À travers le PPF, l'UEFA étend son contrôle au-delà de la sphère sportive au sens strict et intervient dans la gestion des clubs.

Malgré une volonté de l'UEFA d'assainir les finances des clubs européens et permettre l'équité des compétitions, de nombreuses interrogations sont apparues sur la comptabilité de cette régulation avec le droit communautaire.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'UE ne possédait aucune compétence législative pour se substituer à la *lex sportiva*,

⁵⁰ Les propriétaires ont couvert 3,387 milliards d'euros, ce qui correspond à 84% des pertes cumulées de 2007 à 2010 (rapport de benchmarking 2010 de l'UEFA).

⁵¹ Andreff, W. « Équilibre compétitif et contrainte budgétaire dans une ligue de sport professionnel », *Revue économique*, vol. vol. 60, no. 3, 2009, pp. 591-633.

⁵² V. l'art. L.100-1 C. sport qui dispose: « *Les activités physiques et sportives constituent un élément important de l'éducation, de la culture, de l'intégration et de la vie sociale.* V. égal. Comm. CE; Livre blanc de la Commission sur le sport, jull. 2007, disponible sur le site *Internet* de la Commission.

aucun texte européen ne mentionnait l'objet sportif. L'intervention de la Communauté européenne puis de l'UE dans le domaine du sport s'est effectuée par le biais de la Cour de Justice dû à une absence d'attribution dans les traités. Cette intervention a eu des conséquences importantes sur le mouvement sportif international, en particulier dans le football professionnel, fortement impacté par l'arrêt *Bosman* en 1995.

La CJCE, dans son arrêt *Walrave and Koch* du 12 décembre 1974, considère que « l'exercice des sports ne relève du droit communautaire que dans la mesure où il constitue une activité économique au sens [...] du traité »⁵³. La législation européenne ne s'applique par pour les règles « intéressant uniquement le sport ». Cet arrêt est le premier litige sportif porté devant la Cour. Il permet de soumettre les activités sportives considérées comme économiques aux principes piliers de l'UE. Ce principe est réaffirmé et approfondi par l'arrêt *Bosman*, où la CJCE reconnaît de nouveau que les normes européennes s'appliquent aux règles qui définissent le sport comme une activité économique⁵⁴.

L'intervention du juge de l'Union européenne est possible si l'UEFA intervient dans des champs de compétences soumis à la législation européenne notamment dans le cas des activités économiques comparables à celles d'une entreprise. Les quotas pour les ressortissants des Etats membres sont supprimés et bouleversent le marché des transferts. L'ouverture du marché européen peut entraîner une hausse des salaires et du prix des transferts. Le nombre de transferts de joueurs de football au sein de l'Union européenne a ainsi été multiplié par 3,2 entre 1995 et 2011, les sommes dépensées par les clubs en indemnités étant, quant à elles multipliées par 7,2, sur la même période. Elles

atteignent plus de 3 milliards d'euros lors de la saison 2010-2011⁵⁵.

L'arrêt *Meca-Medina* du 18 juillet 2006 est le premier jugement de la Cour de j qui applique les règles communautaires de la concurrence⁵⁶. La Cour considère qu'une règle méconnaissant le droit de l'Union peut néanmoins s'appliquer si cela « n'implique pas nécessairement qu'elle soit étrangère à l'activité économique au regard du droit de la concurrence » (point 28). Cette règle doit poursuivre un objectif légitime, être nécessaire et proportionnée à la réalisation de cet objectif⁵⁷. Néanmoins, elle ne précise pas le concept de « règles sportives » entraînant une difficile identification des règles qui peuvent être contestées par le droit communautaire.

Une autorité de régulation financière européenne qui vise à s'appliquer aux clubs de football comme le FPF pourrait être contestée par les principes communautaires de la concurrence en cas de condamnation par l'UEFA. Avec le FPF, on peut y voir un paradoxe de la Commission à défendre une spécificité sportive alors qu'elle s'est attachée à ce que l'arrêt *Bosman* soit appliqué rapidement, sans prise en compte de la notion d'« exception sportive », ce qui traduit des interrogations.

Pour garantir la légalité communautaire du dispositif, plusieurs communications ont également été publiées peu après la mise en œuvre du FPF par la Commission européenne. Ces communications devaient garantir la légalité communautaire du dispositif, que ce soit sur les objectifs poursuivis par la Commission à travers le FPF⁵⁸, ou en matière d'aides d'Etat⁵⁹.

La déclaration commune de la Commission et de l'UEFA de 2012⁶⁰ montre le rôle de la Commission dans la mise en œuvre du FPF. Ce texte est l'œuvre de l'ancien vice-président et Commissaire européen à la

⁵³ CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave & Koch c/ Assoc. Union cycliste internationale*, aff. C-36/74.

⁵⁴ Arrêt *Bosman* précité

⁵⁵ Humbert J-F, Rapport d'information du Sénat fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'Union européenne et le sport professionnel, 20 février 2013.

⁵⁶ CJCE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen contre Commission des communautés européennes*, C-519/04.

⁵⁷ Dudognon C. et Karaquillo J-P (sous dir.), *Dictionnaire juridique du sport*, préc., spéc. p. 122.

⁵⁸ Comm. UE, communiqué de presse IP/13/95, 7 févr. 2013.

⁵⁹ Com. UE et UEFA, communiqué IP/12/264., 21 mars 2012, disponible sur : http://ec.europa.eu/competition/sectors/sports/joint_statement_fr.pdf

⁶⁰ Arrangement de coopération entre la Commission et l'UEFA, pt 2.7., 14 octobre 2014

⁶¹ Com. UE et UEFA, communiqué IP/12/264., 21 mars 2012.

Concurrence Joaquin Almunia et l'ancien président de l'UEFA Michel Platini. La Commission souligne que les objectifs du dispositif respectent ceux de la politique de l'Union. Le FPF doit avoir pour objectif d'améliorer la capacité économique et financière des clubs, d'accroître la transparence et la crédibilité ou encore d'introduire davantage de discipline et de rationalité dans les finances des clubs (point 1). Ce communiqué doit constituer un socle pour une collaboration plus étroite avec l'UEFA⁶¹. Ainsi, le FPF est encouragé par la Commission et est bien accueilli, laissant à l'UEFA le soin de le mettre en place. Elle donne un support au FPF dont il était dépourvu jusque là et illustre la tendance d'une régulation conjointe du sport par les instances sportives et politiques.

Depuis 2009 et le traité de Lisbonne, différents articles ont permis à l'UE d'être compétente dans le domaine du sport dans les pays membres, même si l'autonomie de l'UEFA est respectée. Des voix se sont élevées pour justifier le FPF en vertu des traités européens et plus particulièrement de l'article 6 et 165 du TFUE.

L'article 6 du TFUE permet à l'Union de soutenir, promouvoir, coordonner ou compléter des actions soutenues par les Etats membres, respectant le principe de subsidiarité. Parmi les domaines où l'UE peut intervenir : l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport⁶².

Cette réglementation serait par ailleurs confortée par l'article 165 du TFUE où l'UE est en charge de « *développer la dimension européenne du sport, en promouvant l'équité et l'ouverture dans les compétitions sportives* ». L'article contient différents apports qui témoignent d'une volonté d'organiser un rapprochement entre le mouvement sportif et l'UE. En restreignant l'activité des clubs, le FPF bloque l'ouverture de clubs ambitieux aux compétitions sportives européennes, constituant un paradoxe au vu cet article.

⁶¹ Point 14 : « La présente déclaration constitue la base pour une collaboration plus étroite entre l'UEFA et la Commission, et pour des discussions sur des questions telles que le traitement fiscal des clubs (voir point 11) et les mesures compensatoires qui peuvent être demandées aux clubs recevant une aide au sauvetage et à la restructuration des autorités publiques (voir point 13), et ce dans le but de

Les communications sans valeur juridique ne suffisent pas à justifier la légalité du FPF. Leurs articles de portée générale ne s'appliquent pas forcément au sport professionnel en raison des activités économiques des clubs comparables à des entreprises. Le FPF ne peut également se justifier par les seuls articles du TFUE, ils peuvent au mieux servir de base à une intervention législative européenne mais ne constituent pas un socle solide. Dépourvu de base légale, le FPF crée de l'insécurité juridique et des doutes quant à son application face au droit communautaire de la concurrence. L'UEFA, consciente des lacunes juridiques de son dispositif, se base sur le soutien de la Commission pour le légitimer et le faire appliquer aux clubs européens. Cette dernière apporte son soutien à un dispositif particulier alors qu'elle n'a pas pris en compte la notion d'« *exception sportive* » dans l'arrêt *Bosman*, le FPF doit servir à la réalisation des objectifs de la politique de l'Union.

Un mécanisme de régulation financière à l'épreuve du droit européen de la concurrence

Les dérives financières à travers « *la course à l'armement* »⁶³ des clubs européens dans les années 2000 ont légitimé le recours à un outil de régulation afin d'améliorer la gestion de ces clubs. L'appui de la Commission a apporté du crédit aux objectifs de l'UEFA mais a également suscité de nombreuses questions quant à la solubilité du Fair-play financier dans le droit de la concurrence européen.

La question de la spécificité du domaine sportif n'a pas été réellement tranchée par les instances ce qui ne permet à celui-ci de bénéficier d'une quelconque exonération par rapport au droit de l'Union européenne. De plus, le sport recouvre différents marchés : du travail, des droits télévisuels, du sponsoring... Reconnaître la spécificité du sport aurait des conséquences sur le marché intérieur, notamment en raison des enjeux financiers

promouvoir une concurrence équitable entre les clubs de football. »

⁶² « Le traité de Lisbonne et le sport » (disponible sur http://franceolympique.com/art/1115-le-traite-de-lisbonne-et-le-sport.html#para_3)

⁶³ Expression de Sanderson (2002) popularisée par les économistes du sport.

importants du football professionnel européen⁶⁴, ouvrant la voie à une toute puissance normative des fédérations sportives.

Le fair-play financier doit s'analyser au regard du droit de la concurrence, notamment en vertu du droit des ententes et de l'abus de position dominante aux articles 101 et 102 du TFUE. La justification à cette analyse juridique réside dans le caractère économique du sport professionnel.

Comme il a été mentionné précédemment, l'arrêt *Walrave and Koch* de 1974 a qualifié d'« activité économique » l'exercice du sport. La jurisprudence *Höfner*⁶⁵ de 1991 a été amenée à considérer que les clubs professionnels de football comme des entreprises.

Depuis l'arrêt *Piau*⁶⁶ du Tribunal de l'Union européenne, la FIFA doit être considérée comme une association d'entreprise. A ce titre, l'UEFA est également reconnue comme tel, du fait de la similarité des organisations.

Cette qualification d'activité économique et d'entreprise permet d'étudier la conformité du fair-play financier au regard du droit de la concurrence, malgré l'exception sportive instituée à l'article 165 TFUE. Si le but du fair-play financier semble justifié par les dérives et en particulier le recours au financement par la dette, il en est autrement des outils et indicateurs économiques mis en place.

Concernant le droit des ententes régi par l'article 101 §1 TFUE, celui-ci prévoit que : « 1. *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à : [...]* »

⁶⁴ KPMG chiffrait la valeur financière des 32 clubs les plus riches en Europe à 29,9 milliards d'euros en 2017. (Cf. <https://home.kpmg/fr/fr/home/media/press-releases/2017/05/evaluation-financiere-club-football-europeen.html>)

⁶⁵ CJCE, 23 avril 1991, Höfner, C-41-90, ECLI:EU:C:1991:161

⁶⁶ TUE, 26 janvier 2005, Laurent Piau c. Commission, T-193/02, ECLI:EU:T:2005:22, Voir point 4.

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, [...]

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence. »

Le fair-play financier est directement visé par cet article 101§1 et par les restrictions dites horizontales⁶⁷. Le dispositif limite les investissements des actionnaires ce qui pourrait caractériser une restriction illicite au regard de l'article. Même si des efforts ont été fait pour que la formation, le football et les investissements dans les infrastructures soient exclus du champ d'application du fair-play financier, il n'en reste pas moins qu'un nouvel investisseur sera considérablement limité par la balance financière du fair-play financier puisque le club ne dispose pas encore des revenus suffisants pour être dans les clous de l'UEFA.

L'article 101§1 sous d) prohibe la restriction qui viserait à créer des distinctions entre les clubs. Or, les nouveaux actionnaires entrant sur le marché ne bénéficient pas des mêmes conditions que les clubs dits « historiques »⁶⁸ qui ont eu recours à l'endettement et qui supportent encore aujourd'hui une dette colossale. Il s'agirait dès lors d'une restriction par objet illicite au regard des textes européens, contrevenant au principe de liberté d'investissement.

L'article 101 §3 du TFUE dispose également que des exceptions peuvent être prévues à l'article 101§1 dans le cadre d'associations d'entreprises et d'accords entre entreprises. Cette disposition est néanmoins tempérée par le fait que ces mesures restrictives ne doivent pas :

« a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

⁶⁷ Voir dans ce sens l'article de Van den Bulck, « Le fair-play financier de l'Union des associations européennes de football (UEFA) : expression de la spécificité du sport ou restriction de concurrence ? » *Journal de droit européen*, n°5, 2018.

⁶⁸ On pense notamment au cas du Real Madrid et du FC Barcelone qui se sont endettés massivement dans les années 2000.

Les effets du fair-play financier se sont fait ressentir dans les différentes analyses économiques que l'UEFA effectue chaque année⁶⁹, même si l'incertitude sportive tend à s'estomper en raison de l'oligopolisation des compétitions européennes par un nombre restreint de clubs riches. Néanmoins, le test de proportionnalité semble exclure le fair-play financier des mesures critèrés posés par l'article 101§3 permettant l'exemption de l'article 101§, en raison de l'existence de mesures moins restrictives permettant d'atteindre les objectifs de bonne gestion financière des clubs. Le résultat est la concentration des meilleurs joueurs dans les clubs les plus puissants financièrement, ce qui restreint l'incertitude du résultat cher aux consommateurs de divertissements sportifs.

Ce dernier argument pourrait sceller le sort du fair-play financier car des alternatives au fair-play financier ont déjà été évoquées notamment en ce qui concerne le financement par l'endettement. Les barrières à l'entrée au marché pourraient être également soulevées en raison du caractère restrictif des investissements des « petits clubs » qui ne génèrent pas encore autant de revenus que les grands clubs et qui désirent se développer.

Un club pourra également faire valoir l'utilisation abusive du dispositif par l'UEFA alors que celle-ci se trouve en situation de position dominante. L'article 102 pourrait être invoqué à l'encontre du fair-play financier et les effets des mesures restrictives seront étudiées.

Comme mentionné plus haut, l'UEFA s'apparente à une association d'entreprises qui est en position dominante du fait de l'absence de concurrent direct en Europe et de son monopole des compétitions européennes.

Le club requérant pourrait faire valoir les pratiques abusives de l'UEFA en vertu de l'article 102 TFUE sous c), à savoir : « [...] appliquer à l'égard de partenaires commerciaux

⁶⁹ Les clubs européens sont passés d'un déficit constant d'environ 1,7 milliards d'euros en 2010 et en 2011 à un bénéfice, une première, net record de près de 550 millions d'euros en 2017 et qui tend à se situer autour de 150 millions ces dernières années. Voir rapports de benchmarking annuels de l'UEFA sur le site de l'UEFA.

⁷⁰ F. Palomino, « Le fair-play financier est-il soluble dans le droit de la concurrence ? », 2015.

des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence[...] ». Cela reviendrait à caractériser les mesures illicites comme restrictives par objet.

Le fair-play apparaît donc comme fragile et possiblement illicite au regard du droit de la concurrence dans ses mesures restrictives qui créent des difficultés pour les « clubs jeunes »⁷⁰, favorisant un effet de verrouillage des compétitions européennes, une oligopolisation entre certains clubs et ce même en vertu de la spécificité sportive.

Ce règlement financier impacte le marché intérieur car les transferts de joueurs ont bien souvent lieu entre deux États-membres de l'Union européenne. La liberté d'investir est donc restreint ce qui va l'encontre de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁷¹ qui reconnaissait qu'une simple influence même indirecte pouvait impacter le marché intérieur.

Ce problème de solubilité dans le droit de la concurrence n'a pas encore fait l'objet d'un examen sur le fond par les juridictions européennes. Les clubs professionnels sont les seuls capables de demander un recours devant une juridiction européenne. Cela vient également de la structure des règlements des conflits et des sanctions infligés par les institutions sportives. Cette forme de justice privée, incarnée par le Tribunal arbitral du sport (TAS) enclave les conflits au sein des institutions sportives. Les clubs sont réfractaires à l'idée de porter ces affaires devant les juges de droit commun en raison des règlements internes⁷² aux fédérations européennes et internationales et de la possible mise au banc des compétitions ainsi que des possibles arrangements moins contraignants avec ces mêmes fédérations.

Les solutions en interne sont privilégiées par tous les acteurs du champ sportif. Cela a pour effet d'affaiblir le fair-play

⁷¹ CJUE, 30 juin 1966, Société Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), affaire 56/65, ECLI:EU:C:1966:38.

⁷² Certains règlements de fédérations européennes font mention de la prohibition du recours au juge de droit commun pour traiter de litiges opposant un club et une fédération européenne, notamment dans le cadre de la délivrance d'une licence pour participer aux compétitions.

financier et remettre en cause son avenir, comme en témoigne la levée des sanctions à l'encontre de Manchester City à l'été 2020. Les clubs utilisent la menace du juge de l'Union européenne pour contenir les conflits.

Le fair-play financier n'est donc pas aussi efficient qu'il apparaît tant sur le plan juridique qu'économique. Néanmoins, il n'a pas été pour l'heure remis en cause. L'affaire *Striani*⁷³ n'a pas permis de traiter du fond de l'affaire et de la compatibilité avec la concurrence en raison du défaut d'intérêt à agir de M.Striaini⁷⁴ et la CJUE a rejeté le renvoi préjudiciel.

Il apparaît que le fair-play financier aurait du mal à résister aux articles 101 et 102 du TFUE. Cette jurisprudence pourrait créer un séisme dans le football professionnel, une sorte de « Bosman II », ce qui a mené les dirigeants de l'UEFA à réfléchir à des alternatives possibles.

Perspectives pour une nouvelle régulation financière dans le football professionnel

De nombreuses alternatives au fair-play financier sont évoquées si celui-ci venait à évoluer ou à être déclaré incompatible au droit de la concurrence européen. Des mesures moins restrictives sont notamment évoquées si celui-ci ne parvenait pas à satisfaire au test de proportionnalité posé par l'article 101 du TFUE.

Une des pistes pourraient être la prise en compte pour les clubs en phase de développement ou voulant se développer de leur situation. On peut imaginer un délai plus long et une marge de manœuvre d'investissement plus importante pour les clubs jeunes qui ne disposeraient pas ou de peu de dettes si les investissements sont réalisés par capitaux propres.

La mise en place d'un cercle économique vertueux et le développement d'un club passe par l'investissement⁷⁵. La conséquence du fair-play financier est la concentration entre certains clubs plus matures des gains et des participations aux compétitions européennes, ce

qui va également à l'encontre d'un des principes fondamentaux du sport : l'incertitude du résultat. Cet objectif originel d'équité sportive a été progressivement effacé de l'argumentaire justifiant fair-play financier du fait de la domination d'une poignée de grands clubs.

La limite du financement par la dette pourrait être une mesure moins restrictive que le fair-play financier compatible avec l'article 101 du TFUE. Cela permettrait notamment aux clubs de pouvoir jouir d'une liberté d'investir à partir de leurs capitaux propres et des capitaux provenant des actionnaires plutôt que de se baser sur un compte de résultat tri annuel, dont la situation sanitaire a montré clairement les limites.

Certes, il existerait toujours une restriction d'investissement, mais celle-ci serait plus proportionnée par rapport aux restrictions du fair-play financier et elle répondrait aux objectifs légitimes de l'UEFA en matière de bonne gestion financière.

De nombreux chercheurs ont également évoqué la mise en place d'un *salary cap* dans le football européen, calqué sur le modèle nord-américain que l'on trouve notamment en NBA ou MLS. Le *salary cap* reviendrait à mettre en place un plafond salarial au contrat liant un joueur et un club.

Ce dispositif présente cependant de nombreux inconvénients. Tout d'abord, les effets économiques outre-Atlantique n'ont pas permis de briser la croissance des salaires des joueurs, ceux-ci résultant d'accord de négociation collective ils sont renégociés à la hausse régulièrement, ni même d'effets sur l'incertitude des résultats sportifs. De plus, cet accord ne serait certainement pas compatible avec le droit de l'UE au vu des différentes normes et libertés régissant le marché du travail et des différents systèmes d'imposition entre les États-membres. Une dernière difficulté résiderait dans le fait d'imposer cette réglementation aux clubs britanniques qui sont les plus riches et qui ne sont plus soumis au droit de l'UE.

⁷³CJUE, 16 juillet 2015, *Striani*, C-299/15.

⁷⁴M.Striaini représentait des groupes de supporters et des agents de footballeurs s'opposant au fair-play financier. La Cour de justice a estimé que « les règles du fair-play financier ne concernent pas les agents et ne leur imposent

aucune obligation » et que dès lors ils n'avaient aucun intérêt à agir.

⁷⁵Voir en ce sens l'article de F. Palomino, « Le fair-play financier est-il soluble dans le droit de la concurrence ? », 2015.

La compatibilité au marché intérieur du *salary cap* semble donc très incertaine mais aussi en raison du système des compétitions sportives en Europe. De même, la caractéristique des ligues européennes est d'être ouverte, c'est-à-dire avec un système de relégation et de promotion, ce qui rend particulièrement compliqué la mise en place d'un plafond salarial entre clubs qui changent de division.

Dans la même voie, la *luxury tax* permet d'assujettir une taxe à un club si celui-ci dépasse le plafond salarial défini par la ligue. Cependant, au vu de la puissance financière des investisseurs et de la surenchère salariale, cette option ne semble pas pouvoir mettre fin aux dérives financières.

La création d'une Superligue européenne revient également dans l'actualité à chaque mise en cause du fair-play financier par un club. Cette menace de création d'une compétition annexe s'est déjà réalisée dans le basket et les premiers résultats économiques sont mitigés. Le poids du football européen est certes tout autre.

Néanmoins, si cela se concrétisait, de nombreuses questions éthiques se poseraient pas rapport aux « petits clubs » et la création d'un cercle restreint de clubs surpuissants, par rapport aux championnats nationaux et au phénomène de « cannibalisation » de ceux-ci par la compétition européenne, et d'ordre juridique car cela contreviendrait au principe de développement du sport à l'échelle du sport et délaissant totalement certains pays de l'UE. Même s'il existe une possibilité de voir cette Superligue se créer, elle ne sera ni encouragée par l'UE, ni par l'UEFA, ni par les ligues nationales et les « petits clubs ».

Les droits télévisuels n'ont jamais été aussi importants pour l'UEFA, qui a donc des intérêts particuliers et à satisfaire également les clubs les plus riches. Néanmoins, il est fort à parier que le public se lasse du manque d'incertitude des compétitions sportives.

Conclusion

Des doutes sérieux apparaissent donc sur la conformité du fair-play financier au droit de la concurrence européen. Ce mécanisme de régulation sectorielle sert un but noble et nécessaire à la survie du sport professionnel. Les clubs riches ou dotés d'un capital sportif

important bénéficient d'un avantage concurrentiel très important sur les autres, ce qui leurs permettent de générer des revenus importants, restreignant la concurrence et donc de pérenniser leur position dominante. Une réforme est néanmoins nécessaire pour remettre au centre des discussions le sport et les intérêts publics de ce domaine à l'échelle européenne, ces intérêts devant conduire à un encadrement plus souple et plus raisonné afin d'éviter la formation d'un cercle de clubs surpuissant nuisant à la beauté de l'incertitude du sport. **A.D-T.L**





in Eléa FONTAINE
<https://www.linkedin.com/in/elea-fontaine/>



in Quentin SCHAEFFER



in Luc BIEDERMANN
<https://www.linkedin.com/in/lucbiedermann/>



in Antonin DEMILLIER
<https://www.linkedin.com/in/antonin-demillier-a731a2198/>



in Théo LEQUY
<https://www.linkedin.com/in/th%C3%A9o-lequy-916953171/>



in Benjamin GRIMM
<https://www.linkedin.com/in/benjamin-grimm-a9b615153/>



Retrouvez l'ADERE et ses publications :
www.adere-scpostrasbourg.com

Contact :
adere.iep@gmail.com

in / ADERE Sciences Po Strasbourg
f / ADERE – Association du M2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe

© Tous droits réservés

Association du Master 2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe
Sciences Po Strasbourg – École de l'Université de Strasbourg