



HAL
open science

Les contrats de Third Party Ownership

Jean-Michel Marmayou

► **To cite this version:**

Jean-Michel Marmayou. Les contrats de Third Party Ownership. RTDCom. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 2017, 03, pp.763. halshs-02260136

HAL Id: halshs-02260136

<https://shs.hal.science/halshs-02260136v1>

Submitted on 18 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES CONTRATS DE THIRD PARTY OWNERSHIP

Revue trimestrielle de droit commercial, juillet-septembre 2017, n°3, p.763

Jean-Michel MARMAYOU

Maître de conférences (HDR) à l'Université d'Aix-Marseille

Directeur du Centre de droit du sport d'Aix-Marseille

Centre de droit économique (CDE EA 4224)

L'expression anglaise *Third party ownership* (*tierce propriété d'un joueur*) pour désigner cette technique née en Amérique du Sud pour le football¹ et raffinée depuis dans certains pays européens² n'exprime rien d'autre qu'une condamnation morale. Les instances sportives le savent bien, elles qui prônent l'interdiction absolue de ce qui n'apparaît à d'autres qu'une simple technique de financement : nommer permet aussi de disqualifier.

Dominés par le principe de liberté contractuelle, les accords de TPO sont très hétérogènes, du plus frustré au plus raffiné. Surtout, l'opération peut répondre à des objectifs très variés et ainsi se présenter sous différentes formules ce qui rend ces contrats rebelles à l'exercice de définition. Il est cependant possible de repérer trois sortes de TPO.

TPO de transfert. – Dans cette formule, le TPO accorde un soutien financier à un club qui n'a pas les fonds nécessaires pour recruter un ou plusieurs joueurs et obtient en contrepartie que le remboursement des sommes avancées soit garanti sur la plus-value à réaliser lors du transfert éventuel des joueurs concernés. Son investissement est ainsi payé d'un intéressement direct, un pourcentage sur la plus-value future et éventuelle de transfert. Le TPO n'a pas de rapport avec le joueur. Il n'a de rapport direct qu'avec le club employeur qui lui consent un droit sur une de ses propres créances.

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

¹ A. De Bianchetti, « *¿Es el jugador una cosa que se contabiliza?* », Rev. jur. argentina La Ley, 13/9/2005, p.1. – G. Huarte-Petite, « *La cesión de derechos económicos* », Rev. derecho deporte n°6, déc. 2013. – D. Cravo, « *¿La negociación de Derechos Económicos en el Fútbol Brasileño ha sido prohibida por las recientes alteraciones de la Ley Pelé?* », Rev. sul Sports n°37, 2011. – E. Bebekián, « *Validez o no de la Cesión de los Beneficios Económicos de los Deportistas en el Uruguay Especialmente de los Jugadores de Fútbol. Referencia a los Derechos Federativos* », Cuad. derecho deportivo n°13-14, 2011, p.179. Et les réf. citées in J.-M. Marmayou, « *Lex sportiva et investissements : interdiction du Third party player ownership* », in *Sport et droit international (aspects choisis)*, PUAM 2016, p.69.

² B. Williams, « *The fate of TPO of professional footballers' rights: Is a complete prohibition necessary?* », 10 (2008) Tex. Rev. Ent. & Sports L. 79. – W. Tyler Hall, « *After the Ban: The Financial Landscape of International Soccer After TPO* », Oregon L. Rev., Vol. 94/1, 2015, p.179. – F. Veiga Gómez et M. Pedreira, « *TPO after Tévez and Mascherano* », EPFL Sports L. Bull. n°6, 2010, p.72. – F. Goodman, « *Third party investment: investigating the concerns* », World Sports L. Report 2006, vol. 4/10, p.14. – S. Daneshku, « *Third party transfers, Carlos Tevez and FA arbitration* », World Sports L. Report 2009, vol. 7/5, p.3. – Dossiers spéciaux EFPL Sports L. bull. (n°5, 2009) et Football Legal (n°1, 2014).

Dans les autres sports, le TPO de trésorerie peut aussi être utilisé directement par le sportif qui y trouvera le moyen de mobiliser rapidement les revenus attendus d'un contrat de travail ou de sponsoring. Le meilleur exemple de cette formule est à trouver aux USA où des start-up boursières ont créé des fonds de placement spécialisés, à destination d'investisseurs qualifiés³, portant sur les revenus à venir d'athlètes de baseball ou de football américain ayant contracté avec elles. Ils sont désignés sous une appellation qui reflète mieux leur aspect boursier et qui en outre n'exprime pas l'idée fautive de réification de la personne humaine imprégnant l'expression TPO : ISA pour « *income share agreement* »⁴ et IPO pour « *initial public offering* » lorsque l'ISA se négocie sur un marché boursier⁵.

TPO de formation. – Dans cette hypothèse, le TPO a un rapport direct contractuel avec le sportif qui, en contrepartie de la prise en charge de tous les frais afférents à sa formation (hébergement, habillement, nourriture, suivi médical, matériel, scolarité, etc.), consent au TPO un droit sur ses futurs éventuels revenus (droit de créance sur les salaires, sur des revenus liés à des contrats de sponsoring, sur des gains de compétitions). Lorsque ce droit de créance porte sur les salaires, il peut ensuite être réglé directement par le club employeur, le cas échéant au moyen des plus-values sur transfert si l'opération se place dans un sport où les transferts sont valorisés. La formule implique alors soit une indication de paiement soit une cession de dette.

Dans le football sud-américain, il est fréquent que ce rôle de TPO de formation soit joué par des agents. Il est aussi souvent « revendiqué » par un membre de la famille du joueur⁶. Mais ce genre de TPO n'est pas réservé au football. On le rencontre depuis longtemps dans le baseball où des agents spécialisés, les *Buscones*⁷, financent la formation de jeunes joueurs dominicains en contrepartie d'un pourcentage des gains à venir en cas de signature d'un contrat professionnel dans une franchise américaine. On le rencontre encore dans le tennis, le golf, la boxe et plus récemment dans le poker⁸.

Définition. – Quelle que soit la formule, les accords de TPO sont ainsi tous construits autour d'une cession de créances futures et éventuelles. Cette caractéristique commune permet de les définir et de dire que l'acronyme TPO⁹ désigne le contrat synallagmatique par lequel une personne morale ou physique acquiert, contre un service financier, le droit d'obtenir d'un sportif ou de son employeur, une part généralement exprimée en pourcentage sur la valeur des éventuelles futures créances liées à la carrière dudit sportif (contrat de travail, contrats de

³ Cf: Fantex, Inc., Brand Agreement, Exhibit B, 30 oct. 2013 (www.sec.gov/Archives/edgar/data/1573683/000104746913010747/a2217440zex-10_2.htm).

⁴ J. Scharwitz, « *The corporatization of personhood* », 2015 U. Ill. L. Rev. 1119. – S.-Y Oei et D. Ring, « *Human equity? Regulating the new income share agreements* », 68 (2015) Vand. L. Rev. 681.

⁵ La formule peut être utilisée dans les arts : en 1997, D. Bowie avait créé des obligations (*David Bowie bonds*) sous la forme de titres adossés à des créances (asset-back securities) de revenus tirés de l'exploitation de 287 chansons.

⁶ A. Reck, « *Third party player ownership : current trends in South America and Europe* », EPFL Sports L. Bull. n°10, 2012, p.50.

⁷ du verbe espagnol *buscar* : chercher.

⁸ Et aussi dans le système éducatif aux USA où, contre une somme fournie par un fonds d'investissements, les étudiants s'engagent, par des contrats de financement d'études, à payer pendant 10 ans un pourcentage de la ligne 22 de leur déclaration d'impôt sur le revenu : R. Kapadia, « *A solution to the student loan crisis: human capital contracts* », 9 (2015) Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 591. – M. Palacios, *Investing in human capital: a capital markets approach to student funding*, Cambridge Univ. Press, 2004.

⁹ La pratique utilise les formules plus neutres de *Third party arrangement* et *Economic rights participation agreement* (ERPA).

transfert, contrats d'image, gains de compétition, etc.)¹⁰. Selon les clauses qui s'ajouteront à ce « cœur » (clauses de résiliation ou de remboursement anticipés, de dédit-formation, de déclenchement automatique, de promesses unilatérales croisées, de « *minimum return* », de compensation, de conseils, de fidélité, d'information, d'audit, de subrogation sur les indemnités d'assurance perte de licence, de « *put option* », etc.) et les garanties associées (garanties bancaires, gages sur titres, crédits documentaires, « *deed of pledge* », « *bailment* », « *penhor em primeiro grau* », « mandats de transfert », contrats d'assurance, etc.), les accords de TPO verront se déplacer l'équilibre économique et politique de la relation.

Interdiction. – C'est justement cet équilibre que les instances sportives considèrent comme contraire aux intérêts des sportifs ce qui les a motivées à interdire de manière absolue cette pratique. Les fédérations de football françaises, anglaises et polonaises ont réagi les premières ; la FIFA leur a récemment emboîté le pas¹¹ : « *art. 18ter Règl. FIFA : Aucun club ou joueur ne peut signer d'accord avec un tiers permettant à celui-ci de pouvoir prétendre, en partie ou en intégralité, à une indemnité payable en relation avec le futur transfert d'un joueur d'un club vers un autre club, ou de se voir attribuer tout droit en relation avec un transfert ou une indemnité de transfert futur(e)* ».

Et, même si la technique du « *bridge transfer* » permet de contourner cette interdiction¹², un certain nombre de clubs ont déjà été sanctionnés sur la base de la nouvelle interdiction¹³.

Si cette dernière n'est pas complètement étanche, elle se veut radicale. C'en est presque caricatural d'ailleurs, car loin d'être un vecteur de réification de la personne, le TPO pourrait n'être rien d'autre qu'une technique de financement (I) nécessitant, mieux qu'une interdiction totale, une simple régulation (II).

I – Réification illicite de la personne humaine ou simple technique financière ?

Le TPO est régulièrement dénoncé comme l'exemple d'une forme moderne d'esclavage (A). La dénonciation est évidemment grossière. Le TPO n'est qu'un procédé de financement où les renoncements du client, qui est le plus souvent une personne morale, sont à la mesure du service rendu (B).

A – Procédé d'appropriation de la personne humaine

Le TPO est taxé par les instances sportives de mille maux. On lui prête notamment de porter atteinte à l'intégrité des compétitions¹⁴ et aux intérêts des consommateurs¹⁵ ; de permettre le

¹⁰ Le TPO n'a pas besoin de transferts. Il s'utilise dans les sports individuels tels la boxe, le golf, le tennis. Il est aussi très utilisé aux USA dans des sports où les transferts à titre onéreux sont interdits (S. F. Ross, « *Player restraints and competition law throughout the world* », *Marquette Sports L. Rev.* 2004, vol. 15/1, art. 7, p.49).

¹¹ Pour une photographie des réglementations nationales antérieures à l'interdiction adoptée par la FIFA en 2015, E. Abatan, « *An overview of TPO in european professional football* », *EPFL Sports L. Bull.* n°10, 2012, p.22.

¹² Situation dans laquelle le fonds de TPO acquiert un club « de paille » pour réaliser ses opérations : A. Reck, « *What is a brige transfer in football ?* », *LawInSport* 30 avr. 2014.

¹³ « *Several clubs sanctioned for breach of third-party influence/third-party ownership rules* », *Football legal* n°5, 2016, p.84. – L. Misson et G. Dujardin, « *The Belgian saga of the validity of third-party ownership/third-party influence continues...* », *Football legal* n°5, 2016, p.76.

¹⁴ Il créerait des situations de conflit d'intérêts lorsqu'une même personne détient des droits relatifs à plusieurs joueurs inscrits dans des clubs différents susceptibles de s'affronter dans une même compétition.

¹⁵ Il empêcherait qu'ils puissent se forger une confiance parfaite dans l'authenticité des résultats des compétitions.

blanchiment d'argent et la fraude fiscale ; d'être opaque ; de faciliter les trucages liés aux paris sportifs ; de multiplier les transferts de sportifs ; de porter atteinte au principe de stabilité contractuelle et au mécanisme de solidarité de la FIFA ; d'influencer la politique sportive des clubs ; de complexifier les opérations de transfert ; de rompre la circularité de la finance du football en faisant échapper vers l'extérieur des sommes importantes qui ne profitent plus à tous les acteurs du football¹⁶ ; d'inciter les clubs à s'endetter au mépris des règles du fair-play financier, etc.

Il est aussi soutenu que le TPO « *met en péril la capacité des instances sportives dirigeantes de réguler leurs activités* »¹⁷. De la même manière que les agents sur lesquels le pouvoir disciplinaire et associatif des fédérations sportives glisse pour la raison qu'ils n'en sont pas naturellement membres *es* qualités, la maîtrise des TPO échappe à la hiérarchie conventionnelle du mouvement sportif. Il ne s'en satisfait pas et prétend donc le dénoncer et l'interdire.

Le TPO est surtout accusé de participer des dérives mercantilistes du football. Il est regardé comme une sorte de trafic d'êtres humains qui serait d'autant plus odieuse qu'elle concernerait le plus souvent des sportifs mineurs¹⁸. Dérivé de l'esclavage, il serait ainsi condamnable *per se* en ce qu'il ne réaliserait rien moins qu'une appropriation de la personne humaine contraire aux droits de l'Homme¹⁹. Les plus mesurés dans la critique ne vont pas jusque-là mais relèvent que le TPO implique une atteinte à la liberté du joueur, notamment et surtout lorsqu'il a servi à financer la formation du joueur. Ce n'est en effet que dans cette hypothèse que la tierce partie peut avoir une influence directe sur le joueur puisque ce n'est que dans cette hypothèse que le joueur a par avance, en contrepartie du financement de sa formation, abandonné une partie de ses « droits économiques » et promis un comportement destiné à les faire augmenter.

Dans le même ordre d'idées mais de manière encore plus mesurée, les critiques soulignent que le TPO peut porter atteinte à la libre circulation des travailleurs sportifs, à leur liberté de négocier leurs conditions de travail, à la liberté de négocier des employeurs recruteurs. A ce titre, ils prétendent que la tierce partie, forcément intéressée à la revente du joueur, empêchera que ce dernier devienne libre, « *free agent* », en forçant le club à s'en séparer avant la date convenue.

L'argument de la réification de la personne des sportifs a fini de convaincre les milieux politiques. En France par exemple, les responsables publics sont prompts à porter les discours véhiculés par la FIFA et l'UEFA²⁰. En Europe, nombre de députés européens participent au mouvement qui est régulièrement alimenté par des études auxquelles les institutions sportives ne sont pas complètement étrangères²¹. Il y est systématiquement avancé que le TPO est contraire aux principes de bonne foi et de loyauté, de transparence, de confiance mutuelle. Il y est toujours souligné que le joueur n'est pas informé du TPO, qu'il n'y consent pas et que ses intérêts sont bafoués.

B – Simple technique de financement

¹⁶ J. Purdon, « *Third party investment* », EPFL Sports L. Bull. n°10, 2012, p.38.

¹⁷ Aspects économiques et juridiques des transferts de joueurs, janv. 2013, par KEA et CDES, cf : synthèse p.1.

¹⁸ T. Van Seggelen, « *Les effets du TPO sur le football sont dévastateurs* », Jurisport n°160, 2016, p.30.

¹⁹ Cf. J.-T. Holden, « *Owning shares of athletes and the 13th amendment* », 3 Miss. Sports L. Rev. 153 2013-2014 (en droit constitutionnel américain).

²⁰ Cf. : Q AN n°35096, JOAN Q 30/07/2013, p.8107. – Adde : J. Glavany, « *Pour un modèle durable du football français* », rapport au Ministre des sports (29.01.2014).

²¹ Cf. : KEA et CDES et EOSE, Étude sur les aspects économiques et juridiques des transferts de joueurs, étude réalisée pour la Commission européenne, janv. 2013.

Dire du TPO qu'il est un vecteur d'appropriation de la personne humaine est un non-sens. Pas plus que le club, le TPO n'a évidemment aucun droit de propriété sur le corps du joueur ou sur sa personne. L'accord de TPO ne confère aucun droit réel sur le sportif ou sur sa force de travail. Le joueur conserve sa liberté de choisir son employeur, de rester dans son club ou d'aller conclure un contrat de travail avec un autre. Encore moins que l'employeur dont le pouvoir hiérarchique ne saurait lui permettre de transférer le salarié sans son accord, le TPO ne dispose du pouvoir d'imposer au joueur le lieu d'exercice de son talent. Que le TPO cherche à le convaincre d'accepter une mutation dont il tirera profit est naturel. Ça n'en rend pas le joueur esclave ; pas plus qu'il n'est esclave de son club qui cherchera lui aussi à le convaincre de changer d'horizon dans l'espoir d'une plus-value ; pas plus qu'il n'est esclave de son agent dont l'intérêt est porté par l'obtention de conditions salariales toujours plus importantes pour son client. En réalité, le salarié est déjà suffisamment protégé par les règles les plus communes du droit du travail et le TPO ne le met pas plus ni moins en danger que la relation contractuelle qu'il entretient avec son employeur.

En outre, les droits revendiqués par le TPO pour garantie de son soutien ne sont rien d'autres que les droits sur lesquels les clubs eux-mêmes spéculent avec la bénédiction des autorités du football. L'« esclavage » monopolistique des clubs serait ainsi encouragé quand la « copropriété » des TPO serait inacceptable²².

Le TPO de formation est, plus que les autres, stigmatisé comme une forme moderne d'esclavage. C'est que dans cette catégorie, l'idée que le joueur doit payer (rembourser) lui-même la société ayant financé sa formation est regardée comme une obligation au travail, un travail forcé. Cette angoisse est cependant sur-jouée. Outre que le contrat de TPO ne confère aucun droit réel sur le joueur et le laisse libre de continuer ou non sa carrière comme de choisir son employeur, il doit être souligné que le monde du football maîtrise depuis bien longtemps les mécanismes permettant de faire garantir les dettes personnelles des joueurs par leur club employeur. Par exemple, en matière de résiliation de contrat de travail par le joueur sans juste cause, son nouveau club est solidairement responsable du paiement de l'indemnité à son ancien employeur²³ et il est aussi sanctionnable sur le terrain disciplinaire.

On ne peut nier qu'il existe des accords de TPO contenant des clauses particulièrement agressives pour les joueurs et partant très nocives pour leur liberté. Mais la technique n'implique pas nécessairement l'utilisation de telles clauses attentatoires à la liberté du joueur concerné ou à celles de son club employeur. Il ne faut pas faire des dévoiements exceptionnels le genre et pour cette raison condamner le genre tout entier. Le TPO, dans aucune de ses formes n'est donc contraire à l'article 4 de la Convention EDH ni même d'ailleurs à l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

Les autres critiques pesant sur les TPO ne sont pas plus fondées. Le TPO n'est pas nécessairement un facteur d'accélération des mutations de joueurs. C'est plus sûrement leur progression sportive et l'augmentation corrélative de leur valeur qui influent sur leurs mutations ; que la plus-value soit ensuite retirée par un club ou par un TPO n'y change rien. Les TPO n'ont pas plus ni moins d'influence qu'un sponsor, qu'un diffuseur ou même que les supporters dans la mise en œuvre d'une politique de recrutement de club. Ils y ont un intérêt c'est certain mais leur influence, si elle existe, est minime et n'est pas différente d'autres parties prenantes. Il faut noter à ce propos que la nouvelle interdiction de la FIFA n'interdit pas qu'un club puisse obtenir au titre d'un contrat de transfert une clause de « sell-on » ou « d'earn-out », c'est-à-dire un pourcentage sur le transfert futur et éventuel du joueur concerné du club acheteur vers un autre club acheteur. Dans cette hypothèse, le club vendeur conserverait une certaine influence sur la politique de vente du club acheteur ainsi que sur la

²² Cf. J. Lindholm, « *Can I please have a slice of Ronaldo? The legality of FIFA's ban on third-party ownership under European union law* », ISLJ 2016, vol. 15/3, p.137.

²³ Art. 17 du règlement FIFA sur le statut et le transfert des joueurs.

politique de recrutement du deuxième club acheteur. Il y a là une situation bien plus inquiétante pour l'intégrité des compétitions que dans l'hypothèse où c'est un TPO, n'ayant aucun intérêt sportif direct, qui détient un droit de partage sur les bénéfices liés au transfert du joueur.

Sous une focale financière, le TPO peut être rangé dans cette catégorie commune des financements spéculatifs, ou des garanties spéculatives. L'accord de TPO permet en effet à un opérateur économique de faire appel à un tiers pour financer une opération comportant des risques de pertes et des chances de gains ; opération commerciale qu'il ne peut faire avec ses propres ressources et que le tiers accepte de financer car il obtient en contrepartie de son aide au moins une chance de profiter des gains à venir. Le TPO est donc bien un moyen comme un autre de mobiliser des créances futures et incertaines liées à des opérations économiques.

Le recours au TPO permet du financement là où les banques trouveraient le risque trop grand pour prêter de l'argent ou accorder d'autres formes de crédits. Il permet aux petits clubs de recruter des joueurs qui seraient sans cela au-dessus de leurs moyens ce qui participe d'une meilleure répartition des talents entre les clubs riches et moins riches et donc d'une augmentation de la qualité et de l'intérêt du spectacle sportif. Il permet de dégager plus de trésorerie pour faire évoluer les structures du club et l'architecture de son haut de bilan. Il offre de la souplesse dans la gestion du « capital sportif » puisqu'il permet de s'abstraire des périodes de mercato et n'implique pas forcément de mutations des joueurs. En effet, le club employeur peut décider de ne céder à un TPO (de trésorerie) qu'une partie des droits qu'il possède sans avoir à se séparer dudit joueur.

Le TPO n'est par ailleurs pas contradictoire avec les impératifs du Fair-play financier et le souci de la stabilité financière des clubs puisqu'il permet au club qui y a recours de faire face à d'éventuelles difficultés financières en mobilisant très rapidement son capital sportif.

La critique consistant à stigmatiser le TPO au prétexte qu'il contribue à rompre la circularité de la finance du sport résulte d'un protectionnisme simpliste. Que sont les revenus tirés de la billetterie, du sponsoring, des droits TV ? Des revenus provenant de l'extérieur du monde du football. On devrait donc accepter que cet argent provienne de l'extérieur et imposer qu'une fois entré dans le cercle de la finance sportive, cet argent y circule sans jamais en sortir ? A pousser le raisonnement aussi loin, il faudrait imposer aux footballeurs professionnels de ne consommer leurs salaires qu'en places de stade et en produits dérivés de marques de leurs clubs. C'est évidemment absurde. A cet égard, les fonds d'investissements spéculatifs ne sont ni plus ni moins opaques que toutes les autres sources de financement du sport. Il y a même bien plus de transparence à espérer d'un fonds de TPO inscrit à un marché réglementé que d'un club détenu par un système de cascades de sociétés dont l'identité des actionnaires finaux est impossible à exiger. On pourrait d'ailleurs réclamer de la FIFA un peu de cohérence dans ses combats. Impose-t-elle par exemple à ses fédérations nationales une exigence de transparence s'agissant de l'actionnariat des clubs ? Impose-t-elle un contrôle de moralité aux dirigeants et propriétaires des clubs ? Pourtant, conformément à la volonté de la FIFA, les clubs sont les seuls à pouvoir agir et spéculer sur le marché des transferts. Ici, l'opacité serait satisfaisante quand elle serait, là, nécessairement source de fraude...

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

II – Interdiction ou régulation ?

L'interdiction totale des TPO est manifestement trop radicale (A). La contestation ne s'est pas fait attendre et plusieurs recours sont pendants devant des juridictions nationales et la Commission européenne. Le passage vers une régulation plus souple doit donc être envisagé (B).

A – Illégalité de l'interdiction

Mesure privée de police économique, l'interdiction totale des TPO apparaît manifestement disproportionnée au regard du droit européen.

Le droit de la concurrence de l'UE a vocation à s'appliquer à la règle FIFA interdisant le recours au TPO. Le sport est une activité économique²⁴, le football professionnel l'est aussi, les activités d'intermédiaires le sont également²⁵ : tout conduit à considérer que l'activité de TPO qui consiste à financer les recrutements de footballeurs professionnels le soit²⁶.

Au regard de l'article 101 TFUE, la règle FIFA constitue à l'évidence une « décision d'association d'entreprises »²⁷. Nul doute non plus qu'elle a, si ce n'est pour *objet*, du moins pour *effet* de restreindre le jeu normal de la concurrence puisqu'elle diminue les possibilités et les techniques d'investissements et réalise une exclusion en empêchant tous les opérateurs autres que les clubs de faire commerce de ces valeurs. Elle implique une discrimination dans la mesure où les fonds de TPO, les banques, les agents, et même les joueurs sont exclus de ce commerce réservé aux seuls clubs indirectement membres de la FIFA. Cela correspond finalement assez bien à un « boycott collectif »²⁸.

Quant au droit de la domination, la FIFA peut, bien qu'elle n'agisse pas sur le marché en cause, se voir taxer de « domination collective »²⁹ car elle dicte le comportement de deux catégories d'acteurs : les clubs et les joueurs. Elle pourrait fort bien d'ailleurs être qualifiée d'entreprise en « *super position dominante* »³⁰ puisqu'elle regroupe tous les « acheteurs » d'un service sur l'ensemble du marché mondial. La FIFA abuse-t-elle pour autant de sa domination ? La réponse à une telle question est acquise puisque les restrictions de concurrence démontrées au titre de l'application de l'article 101 TFUE rendent mécaniquement abusive la dominance dont elles dérivent³¹.

Or le boycott fait partie des pratiques les plus nocives pour la concurrence à tel point qu'on la qualifie de restriction caractérisée injustifiable³². De toute façon, il n'y a nul recours à attendre des possibilités d'exemption offertes par le traité. D'une part, la FIFA ne peut pas

²⁴ Par ex. : CJCE, 12 déc. 1974, 36/74, *Walrave*, Rec. 1974, 01405. – CJCE, 15 déc. 1995, C-415/93, *Bosman*, Rec. 1995, I-04921. – CJUE, 18 juil. 2006, C-519/04 P, *Meca-Medina*, Rec. 2006, I-06991.

²⁵ TPIUE, 26 janv. 2005, T-193/02, *Piau*, Rec. 2005, II-0209.

²⁶ Ex. multis : S. Hornsby et C. Smith, « *The FIFA ban on TPO and EU law* », World Sports L. Report 2015, vol. 13, issue n°3, p.8. – J. Lindholm, « *Can I please have a slice of Ronaldo? The legality of FIFA's ban on third-party ownership under European Union Law* », *op. cit.* – M. Del Fabro, « *The ban on TPO and its potential breach of EU law* », World Sports L. Report 2015 vol. 13/12.

²⁷ TPIUE, 26 janv. 2005, T-193/02, *Piau*, *op. cit.* – Adde : Commission staff working document « The EU and sport: background and context », accompagnant le Livre blanc sur le sport, p.66.

²⁸ TPICE, 20 mars 2002, *HFB*, T-9/99, Rec. 2002, II-01487.

²⁹ TPICE, 26 janv. 2005, T-193/02, *Piau*, *op. cit.*, §112 et §116.

³⁰ CJCE, 16 mars 2000, C-395/96 P, Rec. 2000, I-01365.

³¹ CJCE 13 févr. 1979, 85/76, *Hoffmann*, Rec. 1979, p.461.

³² Même si la notion de « restriction caractérisée » a été ravalée par la CJUE (13 oct. 2011, C-439/09, *Fabre*, Rec. 2011, I-09419) au rang des notions de simple *soft law* utilisées par la Commission, elle sert encore à désigner des ententes tellement nocives pour la concurrence qu'il est « fort peu probable » qu'elles puissent en pratique remplir les conditions d'exemption.

prétendre, ici, au bénéfice du test allégé *Wouters*³³ car en interdisant le TPO elle défend peut-être un *intérêt légitime* mais il lui est *particulier* et ne saurait être assimilé à *l'intérêt général* (saine organisation de la justice, santé publique ...) qui autorise une analyse plus souple des restrictions de concurrence. Pire, sa situation de super dominance appelle au contraire un traitement plus sévère quant aux justifications objectives mise en avant. La FIFA n'a donc pas la légitimité suffisante qui rendrait son intervention « indispensable » en matière de régulation de l'activité de TPO. Il ne faut pas oublier d'autre part, qu'en droit de la concurrence, aucune mesure, aussi justifiée, indispensable et proportionnée soit-elle, ne doit avoir pour conséquence une élimination de la concurrence. Or la mesure litigieuse organise un boycott en excluant totalement d'un marché des entreprises qui se proposent d'offrir des services licites de financement³⁴.

La règle de la FIFA ne passe pas non plus les tests propres aux libertés de circulation. Si par soucis d'économie de moyens l'on s'en tient à la liberté de circulation des capitaux, il y a à l'évidence entrave puisque toutes les techniques de TPO impliquent des mouvements de capitaux au sens de l'article 63 du TFUE et de la nomenclature fournie par l'Annexe n°1 à la directive n°88-361 du 24 juin 1988. La FIFA prétend bien sûr que son règlement mérite d'être sauvé par application de la règle de raison. Encore faudrait-il pour cela qu'elle rapporte la preuve que sa mesure restrictive est non discriminatoire et que, strictement proportionnée au but poursuivi, elle s'autorise d'une « raison impérieuse d'intérêt général »³⁵. La lutte contre la fraude fiscale et la lutte contre la criminalité³⁶ peuvent certes constituer des raisons impérieuses d'intérêt général mais ces préoccupations relèvent de la compétence exclusive des Etats membres et non d'une association de droit suisse qui, à défaut de se prévaloir d'une délégation étatique, ne peut s'ériger en gardien de l'ordre public international ou européen ni encore moins prétendre à un allègement du test de proportionnalité. Surtout, il n'y a presque aucune chance qu'une interdiction absolue puisse apparaître proportionnée aux yeux de la Cour. A supposer légitimes les objectifs justifiant une régulation, il existe forcément une mesure aussi efficace mais moins attentatoire, aussi attentatoire mais plus efficace, voire plus efficace et moins attentatoire. A supposer même que les Etats décident de soutenir l'action de la FIFA, en rien, un système d'interdiction absolue ne saurait être proportionné. Dès lors qu'un régime d'autorisation n'est admissible que si le contrôle a posteriori est inefficace³⁷, on voit mal comment le principe d'une interdiction a priori pourrait apparaître proportionné aux yeux des autorités européennes.

Trop radical, l'article 18ter du règlement FIFA 2015 n'est d'ailleurs pas non plus conforme aux articles 49, 54 et 56 du TFUE et 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Pas plus qu'il ne l'est avec l'article 45 du TFUE. Sur ce terrain, on peut même dire que les instances sportives en ont fait l'aveu dans leur plainte déposée devant la Commission puisqu'elles n'hésitent pas à soutenir que les accords de TPO représentent un danger pour le principe de stabilité contractuelle³⁸. Si les TPO entraînent une multiplication des transferts, ils favorisent la circulation des footballeurs bien plus qu'ils ne l'entravent. C'est alors l'interdiction du TPO qui constitue un obstacle à cette liberté. Sans doute, l'interdiction ne ferme-t-elle pas complètement le marché du travail des footballeurs professionnels, mais cela reste une entrave et il n'y a pas de règle *de minimis* en matière de circulation des travailleurs.

³³ CJUE, 19 févr. 2002, C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, I-01577.

³⁴ L'autorité espagnole de concurrence est d'avis que l'interdiction est disproportionnée, discriminatoire et nocive pour les consommateurs : Comisión nacional de los mercados y la competencia, 2 juil. 2015, INF/CNMC/002/15 (www.cnmc.es).

³⁵ Par ex. : CJCE, 13 mai 2003, C-463/00, Rec. 2003, I-04581.

³⁶ Justifications visées par l'article 65 TFUE.

³⁷ CJCE, 22 janv. 2002, C-390/99, Rec. 2002I-00607.

³⁸ Cf. plainte conjointe déposée par la FIFPro et l'UEFA le 26 mars 2015. « [...] *the challenged agreements are intrinsically calculated to promote contractual instability* ».

On peut encore penser que cette interdiction déplaie à la Cour EDH. En effet, celle-ci prône une conception autonome³⁹ et dynamique du droit de propriété pour étendre le concept de « biens » à tous les éléments ayant une valeur patrimoniale ou une utilité économique, ce qui inclut les biens incorporels comme les droits de créance et les « espérances légitimes ». Elle consacre encore le principe selon lequel le droit de propriété est protégé à travers ses deux éléments : le droit de disposer et celui de jouir. Or ce droit est à notre avis sérieusement remis en cause par l'interdiction du TPO. En effet, si l'on se place du côté du joueur, ce dernier est directement victime d'une restriction d'usage d'un de ses « biens » puisqu'il ne lui est plus possible de mobiliser les créances futures et éventuelles qu'il a sur ses (futurs et éventuels) employeurs et sponsors pour obtenir le financement de sa formation. Si l'on se place du côté du club, l'interdiction le prive des créances futures et éventuelles liées aux mutations des joueurs qu'il aurait pu engager au moyen d'un TPO. Car lui aussi peut nourrir une « espérance légitime » quant à ses valeurs.

Terminons par un examen à l'aune des droits nationaux car l'interdiction du TPO, telle qu'elle est formulée, pourrait avoir pour conséquence de mettre de côté des mécanismes aussi essentiels que l'action oblique et la saisie-conservatoire.

Il est normal qu'un prêteur de deniers cherche une garantie de remboursement et l'obtienne en prenant des droits sur les créances futures de son débiteur. Il est admis que ce créancier puisse utiliser l'action oblique pour revendiquer à son propre compte la créance future de son débiteur dans les mains du débiteur de son débiteur. Il est légitime que ce créancier, sachant les risques de défection de son débiteur, pratique une saisie conservatoire des créances futures, voire éventuelles, de son débiteur dans les mains des débiteurs de ce dernier. Rapporter à la situation d'un club de football, cela conduit à admettre que ses créanciers (peu importe l'origine de leur créance) puissent agir obliquement pour revendiquer les créances liées aux transferts et le cas échéant pratiquer à leur propos des saisies conservatoires. A la lettre des textes sportifs, cela ferait de ces créanciers des TPO, des tiers. Une règle sportive peut-elle ainsi avoir pour effet de priver un créancier des instruments légaux lui permettant de préserver son droit de gage général ? Bien sûr que non ! Une règle sportive ne saurait bousculer le droit des sûretés, le droit des obligations et le droit des voies d'exécution. D'autant que comme dans bien d'autres pays⁴⁰, la loi française autorise la cession de créances futures et leur nantissement⁴¹.

B – Possibilité d'une régulation

Le TPO contribue à la création de situations de conflits d'intérêts potentiels que le droit commun n'embrasse pas ou mal. Le besoin d'une certaine régulation peut se faire sentir⁴². Se pose alors une question essentielle : la FIFA est-elle l'autorité la plus légitime pour réguler la tierce propriété ? Rien n'est moins sûr ! C'est cela dit la seule qui manifeste un intérêt

³⁹ Cour EDH, 16 sept. 1996, *Matos e Silva c/ Portugal*, Rec. CEDH 1996, IV, § 75. – Cour EDH, 18 juin 2002, *Öneryildiz c/ Turquie*. – Cour EDH, 17 janv. 2002, *Tsirikakis c/ Grèce*.

⁴⁰ Espagne (art. 1271, 1526, 1911, cc), Argentine (art. 1446 à 1448, cc), Brésil (art.286 cc), Italie (art. 1260, 1348, cc), Suisse (art. 164A, 899, cc).

⁴¹ Art. 2356 et 2357, C. civ.

⁴² S. Thorp, « *Third party football finance: regulating the industry* », World Sports L. Report 2009, vol. 7/12, p.6. – A. Reck et D. Geey, « *UEFA's FFPR & "third party" rules: an English handicap* », World Sports L. Report 2011, vol. 9/12, p.3. – J. de D. Crespo Perez, « *TPO : pros and cons* », Football legal n°2, 2014, p.8. – K. Andrews et I. McDonald, « *Prohibition on TPO: analysis* », World Sports L. Report 2012, vol. 10/12, p.14. – B. Williams, « *The fate of Third Party Ownership of professional footballers' rights: Is a complete prohibition necessary?* », *op. cit.*

véritable et mondial à la question⁴³. Qu'elle s'en charge donc mais qu'elle mesure, à tous les sens du terme, sa responsabilité ! Qu'elle saisisse qu'il est possible d'autoriser l'investissement d'une tierce partie dans la valeur économique du joueur tout en empêchant que cette tierce partie ait une influence sur l'intégrité des compétitions sportives auxquelles participent le joueur et les clubs concernés⁴⁴.

Les Etats peuvent l'y aider, en lui offrant un socle plus ou moins étoffé de réglementation. Au Brésil par exemple⁴⁵, le TPO est un contrat innomé mais valable placé sous l'empire de l'article 286 du Code civil qui régit la cession de créance, et depuis 2011, la loi Pelé a été agrémentée de deux nouvelles dispositions destinées à limiter les situations d'influence et d'interférence possiblement créées par les contrats de TPO⁴⁶. Au Venezuela⁴⁷, comme dans d'autres pays⁴⁸, le joueur est intéressé à toutes les transactions le concernant. Il a ainsi droit, en vertu d'un texte étatique ou d'une convention collective, à un pourcentage de « l'indemnité » de transfert ou de la plus-value réalisée sur sa mutation. Au Portugal⁴⁹, les clubs pratiquant le TPO doivent publier la liste de leurs joueurs sous TPO ainsi que le pourcentage correspondant en annexe des comptes sociaux eux-mêmes publiés. Par ailleurs, les fonds ayant leur siège au Portugal sont enregistrés auprès de l'autorité financière locale, ils publient donc leurs comptes au titre des normes du droit financier portugais. Dans ce pays, la limitation des « influences » néfastes se double donc d'une obligation de transparence qui en permet le contrôle. La transparence est justement un des meilleurs outils pour traiter la question des conflits d'intérêts posée par les TPO. Les instances du football peuvent en effet, sans l'aide des pouvoirs publics, réclamer un minimum de transparence sur les pratiques des clubs. C'est le cas en Espagne où il existe un registre spécial des contrats de TPO⁵⁰ ; c'était le cas en Argentine⁵¹. Si les instances sportives ne peuvent rien exiger des fonds de TPO qui n'en sont pas membres, une obligation associative de communication est envisageable à l'endroit des clubs, voire des joueurs. A cet égard, la transmission des contrats de TPO à une autorité de contrôle spécialisée (mais tenue au secret) paraît plus efficace et moins attentatoire que la brute communication au public d'informations financières détaillées. En Espagne, la ligue de football professionnel et le ministère des sports se sont engagés à créer une commission paritaire ayant pour mission de contrôler le contenu des contrats de TPO et toutes les opérations liées⁵². Les Etats peuvent aussi exiger des fonds de TPO qu'ils adoptent une

⁴³ La CA Paris, 13 avr. 2016, n°13/20972, *Piau*, lui a reconnu cette légitimité (ce qui est discutable).

⁴⁴ La préservation de l'intégrité des compétitions sportives est un objectif susceptible de justifier une régulation non étatique. Il a été reconnu comme tel par la Commission européenne (affaire COMP/37806 : ENIC/UEFA) dans un domaine, la multipropriété des clubs de football, où étaient justement en cause des situations de conflits d'intérêts.

⁴⁵ D. Cravo et P. de Castro Moreira Sordi, « *in Brazil* », *Football legal* n°1, 2014, p.29.

⁴⁶ Art. 27-b et 27-c, Lei (Pelé) n°9.615, 24 mars 1998.

⁴⁷ Art. 220, Ley orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras.

⁴⁸ Espagne (art. 11-4, Real Decreto 1006/1985, 26 juin), Paraguay (art. 12 ley n°5322, 29 oct. 2014), Uruguay (art. 34, estatuto del futbolista profesional), Chili (art. 152 bis I, C. del trabajo), Colombie (art. 14, estatuto del jugador de la federación colombiana de fútbol), Argentine (art. 8, Convenio colectivo de trabajo, futbol argentino n°577/2009).

⁴⁹ F. Veiga Gomes, « *Third party player ownership, again !* », *op. cit.* – F. Majani, « *TPO in Portuguese football* », *World Sports L. Report* 2013, vol. 11/9, p.6.

⁵⁰ Cf. art. 25 Reglamento general LNFP (<http://files.laliga.es/201603/09182825estatutos-y-reglamento-general-lfp-diciembre-2015.pdf>).

⁵¹ Cf. : R. Ortega Sanchez, « *Argentina outlaws TPO* », *World Sports L. Report* 2013, vol. 11/2, p.14. – Boletín Especial AFA n°3819, 24 nov. 2005 (www.casi.com.ar/sites/default/files/Regimen%20de%20transferencias.pdf). – M. Remmer, « *Argentina: Registration of Beneficiaries from Player Contracts* », *World sports L. Report*, vol. 4/12, déc. 2006.

⁵² Cf. : art. 4, Protocolo entre el Ministerio de educación, cultura y deporte, el Consejo superior de deportes y la LNFP, 25 avr. 2012 (www.csd.gob.es/csd/estaticos/noticias/Protocolo-ministerio-csd-lfp.pdf)

forme officielle de fonds d'investissement reconnus sur une place financière transparente⁵³ et ainsi les soumettre à un système de régulation par l'information. A semblable chapitre, pourquoi ne pas puiser des idées dans les techniques de contrôles financiers et imposer aux fonds de TPO la présence d'un commissaire aux comptes indépendant et/ou d'un déontologue comme dans certaines sociétés de conseil en investissements financiers.

Il a par ailleurs été proposé de réglementer le contenu des contrats de TPO⁵⁴ par notamment un plafonnement de la durée du contrat, de la part des droits conférés aux tiers investisseurs⁵⁵ ou l'insertion obligatoire de clauses empêchant que le contrat de TPO ait le moindre effet avant que le joueur n'ait joué une saison entière dans le club. Certains militent même pour des contrats standardisés⁵⁶. C'est certainement une piste à explorer mais elle doit l'être en tenant compte que seuls les Etats, ou des autorités déléguées par eux, peuvent, s'ils le justifient, forcer le contenu de ces contrats. Il faut surtout avoir à l'esprit que le contrat-type est l'ennemi de la professionnalisation. Outre le sentiment de défiance qu'il traduit, il est déresponsabilisant. Un contractant qui n'a pas le choix de sa formule contractuelle n'y réfléchit pas. Si le monde du sport veut se professionnaliser, il faut lui donner la liberté qui sied mieux aux professionnels.

Cela nous conduit vers une vision bien plus libérale de la question. Il est en effet possible de penser que les fonds de TPO qui cherchent à préserver leurs intérêts et à maximiser leurs chances de gains seront naturellement amenés à proposer des contrats très complets, très précis, où tous les engagements seront clairement établis. Afin d'éviter que le club emprunteur ne prenne prétexte de la moindre ambiguïté pour se défilier, les sociétés de TPO sont condamnées à la transparence et la minutie. Corrélativement, les clubs, qui doivent être considérés comme des professionnels aguerris, pourront s'engager en connaissance de cause. Le contrat n'est-il pas l'instrument juridique le plus efficace pour rapprocher des personnes qui ne partagent pas nécessairement les mêmes intérêts ? L'ingénierie contractuelle, collaborative par définition, est au service de la régulation.

⁵³ M. Galavotti, « *A sustainable model of TPO* », *Football legal* n°1, 2014, p.43.

⁵⁴ L. Ferrari, « *Some thoughts on third party ownership* », *EPFL Sports Law Bull.* n°10, 2012, p.66.

⁵⁵ P. Moyersoen, « *Faut-il vraiment interdire la TPO ?* », *Off. Jur. sport* n°88, oct. 2014, p.2. – M. Galavotti, « *A sustainable model of TPO* », *Football legal* n°1, 2014, p.43.

⁵⁶ J. Lindholm, « *Can I please have a slice of Ronaldo? The legality of FIFA's ban on third-party ownership under European union law* », *op. cit.*