



HAL
open science

Vers une approche générale des obligations concurrentielles des contrôleurs d'accès. Quels enseignements tirer de l'arrêt International Skating Union?

Frédéric Marty

► To cite this version:

Frédéric Marty. Vers une approche générale des obligations concurrentielles des contrôleurs d'accès. Quels enseignements tirer de l'arrêt International Skating Union?. Revue Lamy de la Concurrence, 2025, 146, pp.33-41. <halshs-04963855>

HAL Id: halshs-04963855

<https://shs.hal.science/halshs-04963855v1>

Submitted on 25 Feb 2025

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

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



Distributed under a Creative Commons CC0 1.0 - Universal - International License

Vers une approche générale des obligations concurrentielles des contrôleurs d'accès

Quels enseignements tirer de l'arrêt International Skating Union ?

Frédéric MARTY

CNRS - GREDEG – Université Côte d'Aur

L'arrêt International Skating Union s'inscrit dans l'ensemble des arrêts rendus par la Cour de Justice sur le fonctionnement des fédérations sportives. Il se caractérise à la fois par une précision des conditions dans lesquelles leurs règles de fonctionnement peuvent être sanctionnées comme des restrictions de concurrence par objet et par une contribution à une approche renouvelée du droit de la concurrence de l'Union quant aux obligations des firmes en position de contrôleur d'accès au marché.

L'arrêt ISU¹ s'inscrit dans une lignée d'arrêt relatifs au traitement concurrentiel des activités des fédérations sportives. Il a été rendu, en Grand Chambre, le 21 décembre 2023 simultanément avec les arrêts Royal Antwerp² et European Superleague (ESL)³ et a été prolongé par l'arrêt FIFA v BZ (Diarra)⁴.

L'arrêt ISU doit être lu en parallèle avec ESL en ce qu'il précise les capacités des fédérations sportives à édicter des règles visant à définir les conditions d'organisation de compétitions qui pourraient concurrencer leurs propres activités économiques. Deux questions concurrentielles convergent : une première tient au traitement de la spécificité des activités sportives et une seconde tient à celui de l'encadrement concurrentiel des actions des entités qui sont à la fois des régulatrices de l'accès au marché et des opérateurs économiques actifs sur ces mêmes

¹ CJUE, 21 décembre 2023, International Skating Union (ISU), C-124/21P.

² CJUE, 21 décembre 2023, UL and Royal Antwerp FC v Union royale belge des sociétés de football association ASBL, C-680/21.

³ CJUE, 21 décembre 2023, European Superleague Company (ESL), C-333/21.

⁴ CJUE, 4 octobre 2024, FIFA v BZ, C-650/22.

marchés. L'arrêt réaffirme le fait que les fédérations sportives ne sont pas exemptées dans le cadre de leurs activités économiques des règles du marché intérieur, qu'il s'agisse de la liberté d'accès au marché ou du principe d'une concurrence par les mérites. Il établit également que les restrictions que leurs règles de fonctionnement peuvent rendre nécessaires font l'objet d'un contrôle dont les conditions sont d'autant plus exigeantes qu'elles font courir le risque de décisions arbitraires.

Le cadre défini par l'arrêt Meca-Medina qui permet de réaliser une balance des effets pour une restriction ancillaire dans le cadre de l'article 101(1) ne peut s'appliquer que dans des conditions qui garantissent une égalité d'opportunité d'accès au marché. Dès lors que les règles ne fournissent pas de telles garanties, une approche par objet doit prévaloir⁵. L'absence de garanties procédurales et de garde-fous en termes de recours de voie effective conduit à faire basculer une règle dans le périmètre des restrictions par objet⁶. Une telle règle est tenue pour être susceptible d'exclure du marché un opérateur tiers, quelle que soit son efficacité. Il est donc fait obstacle à une concurrence par les mérites sur le marché.

Une pratique relevant des restrictions par objet est réputée d'une nocivité concurrentielle telle qu'un examen des effets, actuels ou potentiels, n'est pas nécessaire⁷. Il appartient dès lors aux entreprises mises en cause de montrer que des gains d'efficacité viennent contrebalancer la restriction de concurrence. Le cadre applicable n'est plus alors le 101(1) mais le 101(3). Une qualification d'entente anticoncurrentielle par objet ne laisse que la voie d'une défense sur la base des gains d'efficacité. La situation est la même que celle qui prévaut dans le cadre de l'application de l'article 102, comme le montre également la position de la Cour de Justice dans son arrêt ESL. La Cour y souligne que « manière cohérente avec ce qui est prévu à l'article 101, paragraphe 3, TFUE, il découle de [sa] jurisprudence relative à l'article 102 TFUE qu'une entreprise détenant une position dominante peut justifier des comportements susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction dénoncée à cet arrêt⁸ ». La Cour précise ainsi dans ESL qu'« en particulier, une telle entreprise peut démontrer, à cette fin, soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit que l'effet d'éviction qu'il entraîne peut être contrebalancé,

⁵ A. Christ, "Ban of banning" – the EU General Court confirms incompatibility of International Skating Union governance rules with competition law (case T-93/18), ERA Forum, 2024.

⁶ J. Zgliniski, Can EU Competition Law Save Sports Governance?, International Sports Law Journal, 23, 2023, pp.475-481.

⁷ CJUE, 23 janvier 2018, Hoffmann-La Roche v AGCM, C-179/16

⁸ CJUE, ESL, op cit. §201.

voire surpassé par des gains d'efficacité qui profitent également aux consommateurs⁹ ». Dans ce cadre, il est possible de mettre en parallèle la logique de l'arrêt ISU avec la catégorie des restrictions non déguisées, explicitement introduite par la Commission dans sa proposition de révision de ses orientations relatives à l'application de l'article 102 rendue publique en août 2024¹⁰. Il appartient une fois la pratique mise en évidence par l'autorité chargée de l'application des règles de concurrence à l'entreprise mise en cause de justifier sa pratique sur la base d'une défense sur la base de l'efficacité.

Au-delà de cet éventuel traitement par objet des restrictions induites par les règles mises en place par les fédérations sportives, l'arrêt ISU, tout comme l'arrêt ESL, s'inscrit dans une logique unifiée de l'encadrement concurrentiel des contrôleurs d'accès. En effet, l'obligation faite à une entité en position de régulatrice du marché, et ce quelle que soit l'origine de cette position, de garantir une égalité d'accès à ces concurrents dépasse de loin le strict cadre des activités sportives. Cette obligation fait indubitablement écho à la régulation des activités numériques telle que mise en œuvre par la Commission avec le Règlement sur les activités numériques (RMN ou DSA) entré en vigueur en 2022. L'entité en position de contrôleur d'accès doit garantir la contestabilité du marché concerné en maintenant une possibilité d'entrée. Elle doit également se doter de règles garantissant la loyauté de la concurrence sur ce dernier.

Il s'agit dès lors de s'assurer que les dispositifs d'accès au marché et que les règles de concurrence dans le marché préviennent toute discrimination ou tout risque de comportement discrétionnaire. L'accent sur la garantie d'un accès au marché et d'une concurrence à égalité des armes conduit à une conception de la concurrence qui dépasse celle qui avait été au cœur du virage vers une approche plus économique à partir de 2009. L'objectif demeure la protection des consommateurs et non celle des concurrents¹¹ mais plusieurs inflexions peuvent être notées. Premièrement, à l'instar de la logique qui fut celle de la Commission dans son Règlement P2B de juin 2019¹², il s'agit ici de protéger tant les consommateurs individuels que les entreprises dépendantes desdits contrôleurs d'accès. Deuxièmement, s'il s'agit toujours de défendre un

⁹ Cour de Justice, ESL, *op. cit.*, §202.

¹⁰ Commission européenne, consultation sur le projet de lignes directrices sur les pratiques d'éviction abusives, août 2024.

¹¹ Voir le communiqué de presse du 17 septembre 2007 de l'Assistant Attorney General Thomas Barnett (DoJ) à la suite de l'arrêt Microsoft du Tribunal (17 septembre 2007, Microsoft Corp. v Commission, T-201/04).

¹² Règlement européen 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

concurrent aussi efficace, deux inflexions sont à relever. *Primo*, la notion de concurrent aussi efficace fait ici écho à un principe guidant la politique de concurrence et non pas comme le résultat d'un test de coûts (le critère du concurrent aussi efficace tel qu'appliqué dans l'arrêt Intel par exemple¹³). *Secundo*, la protection s'étend à des concurrents *potentiellement* aussi efficaces dans la mesure où elle concerne également les concurrents émergents, i.e. les *nascent competitors*.

Dans cette perspective nous proposons de présenter en première partie les points clés de l'arrêt ISU avant de nous attacher en seconde partie à l'analyse de ses possibles implications sur le droit de la concurrence de l'Union européenne.

I – L'analyse de l'arrêt

Nous considérons le contexte et les points clés de l'arrêt avant de nous attacher aux nouveautés qu'il est susceptible d'introduire.

A- Le contexte et les points clés de l'arrêt

L'affaire International Skating Union est née d'une plainte déposée par deux patineurs de vitesse professionnels qui n'avaient pu participer à une compétition de patinage organisée par une instance indépendante de leur fédération internationale. Cette compétition organisée par une entreprise gestionnaire d'un parc à thème à Séoul (Icederby International) à Dubaï, aurait été particulièrement lucrative pour les sportifs concernés mais ils n'avaient pu y participer du fait du risque d'être bannis des compétitions organisées par leur fédération internationale.

Selon les statuts de celle-ci, tels qu'ils étaient en vigueur au moment des faits (juin 2014), une participation à une compétition non agréée (i.e. n'ayant pas fait l'objet d'une autorisation) pouvait conduire à une exclusion des sportifs concernés (règles d'éligibilité). La seule voie ouverte de recours contre une telle exclusion est alors celle du Tribunal Arbitral du Sport (TAS) en Suisse¹⁴. En cas d'appel contre sa sentence arbitrale la seule juridiction compétente est alors celle de la Cour Supérieure Fédérale suisse.

¹³ CJUE, 24 octobre 2024, Commission v Intel Corp, C-240/22P.

¹⁴ G. Monti, EU Competition Law after the Grand Chamber's December 2023 Sports Trilogy: European Superleague, International Skating Union and Royal Antwerp FC, SSRN Working Paper, n°4686842, January 2024

Les règles d'autorisation des compétitions peuvent porter sur des objectifs légitimes, telle la préservation de l'intégrité du sport mais également la solidarité entre les différents maillons du monde sportif qu'il soit professionnel ou amateur. Une ambiguïté demeure cependant : un refus d'autorisation procède-t-il toujours d'une défense d'un intérêt légitime ou peut-il potentiellement répondre à un objectif de préservation des intérêts économiques directs d'une fédération sportive, qui est elle-même organisatrice de compétitions ?

Ainsi, bien que le domaine concerné diffère du celui de la Superleague européenne de football, la problématique sous-jacente tant économique que juridique est la même. Elle s'articule donc avec la jurisprudence de la Cour de Justice quant au traitement concurrentiel de « l'exercice parallèle, par une même entité, d'une activité économique, ainsi que de pouvoirs susceptibles d'être utilisés pour empêcher des entités ou des entreprises actuellement ou potentiellement concurrentes d'entrer sur le marché¹⁵ ».

Pour la Commission ces règles étaient de nature à enfreindre l'article 101 du Traité. Saisi par l'ISU, le Tribunal confirma en partie la décision de la Commission en considérant que les règles d'éligibilité mises en place relevaient de la catégorie de restriction de concurrence par objet. Selon les termes de l'arrêt ISU de telles règles peuvent être qualifiées de restriction par objet dès lors qu'elles donnent le « pouvoir d'autoriser, de contrôler ou de conditionner l'accès au marché de toute entreprise potentiellement concurrente, et de déterminer aussi bien le degré de concurrence qui peut exister sur ce marché que les conditions dans lesquelles cette concurrence peut trouver à s'exercer¹⁶ ». La mise en place d'une procédure d'arbitrage obligatoire était de surcroît considérée par la Commission comme constitutive d'une 'circonstance aggravante' en ce qu'elle renforçait l'effet restrictif de concurrence.

Pour le Tribunal les règles n'étaient pas reliées à la protection d'un intérêt légitime et les sanctions étaient disproportionnées. Il confirma donc la décision de la Commission sur ces points. S'il conclut que « la Commission avait pu valablement conclure que ces règles avaient pour objet de restreindre la concurrence, au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE¹⁷ », il n'en considéra pas moins, et le point est ici essentiel pour saisir l'importance de l'arrêt, qu'il

¹⁵ CJUE, arrêt ISU, §42.

¹⁶ CJUE, arrêt ISU, §145.

¹⁷ CJUE, arrêt ISU, §43.

n'était « pas nécessaire d'examiner, au surplus, les arguments présentés par l'ISU [...], en vue de contester les appréciations de la Commission relatives aux effets actuels ou potentiels desdites règles sur la concurrence¹⁸ ». La discussion du caractère nécessaire et proportionné des restrictions n'avait donc pas lieu d'être.

Le Tribunal n'annula que la partie de la décision relative à la compétence du TAS, en considérant qu'une clause d'arbitrage obligatoire ne constituait pas en elle-même une 'circonstance aggravante' quant aux effets restrictifs des règles d'autorisation et d'éligibilité concernées. Cet arrêt fit l'objet d'appels croisés de l'ISU sur la partie non annulée de la décision d'une part et des deux athlètes concernés et de l'association européenne des athlètes d'élite d'autre part quant à l'annulation de la partie de la décision de la Commission relative au caractère anticoncurrentiel de la clause d'arbitrage.

L'Avocat Général Rantos préconisa dans ses conclusions l'annulation de l'arrêt et son renvoi devant le Tribunal¹⁹. Pour lui le Tribunal avait injustement qualifié les règles d'éligibilité de l'ISU comme des restrictions par objet. Il demandait donc que le cas soit renvoyé au Tribunal en vue d'une évaluation des effets restrictifs. Il recommandait également de rejeter le pourvoi incident portant sur l'annulation par le Tribunal de la partie de la décision de la Commission relative à la caractérisation du recours à l'arbitrage comme circonstance aggravante.

La position de l'Avocat Général consistait en la défense d'une approche non pas fondée sur l'application de l'article 101(3) qui n'ouvre pour une restriction par objet, comme le fit le Tribunal, mais la base de l'article 101(1). Préconisant une définition étroite de la notion d'objet anticoncurrentiel, il devenait possible d'appliquer la jurisprudence Meca-Medina qui permet de justifier une restriction au regard de la poursuite d'un objectif légitime sur la base de ses effets en pratique. Pour lui, « retenir l'interprétation des parties intervenantes reviendrait à interdire toute activité économique à des fédérations sportives²⁰ ». Considérer les règles d'autorisation et d'éligibilité comme anticoncurrentielles en elles-mêmes ne permettrait pas de garantir les intérêts économiques de la fédération concernée et au travers d'elle du sport.

¹⁸ CJUE, arrêt ISU, §43.

¹⁹ Conclusions de l'AG Rantos, 15 décembre 2022, affaire C-124/21P, ISU v European Commission, §170.

²⁰ Conclusions de l'AG Rantos, Ibid., §105.

Une approche par effets basée sur la jurisprudence Meca-Medina devrait alors être mise en œuvre. La règle d'évaluation est alors la suivante : après avoir caractérisé un objectif légitime relevant de l'intérêt général, il s'agit de montrer que la restriction est nécessaire à la réalisation de ce dernier et y est proportionnée, i.e. ses effets ne vont pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire. Finalement, pour l'Avocat Général, les spécificités du modèle sportif européen (article 165 du TFEU) peuvent justifier les restrictions et seule une analyse de leurs effets en situation peuvent permettre de statuer sur leur adéquation aux objectifs recherchés²¹.

Cette approche ne fut pas suivie par la Cour, laquelle au contraire, confirma l'arrêt du Tribunal. Le fait que ces restrictions reposent sur des règles insuffisamment transparentes et objectives qui ne garantissent pas l'absence de discrimination et de disproportion dans les sanctions susceptibles d'être prononcées font qu'elles relèvent de la catégorie de restriction par objet²². En d'autres termes, il est reproché aux règles mises en place par l'ISU de faire courir le risque d'application discrétionnaire²³ susceptible de permettre d'exclure tout nouvel entrant quelle que soit l'efficacité de ce dernier²⁴. La nature même de la règle conduit à une qualification de restriction par objet. L'évaluation en situation des effets n'est plus pertinente. En effet, dès lors que les règles sont considérées comme ayant pour objet de restreindre la concurrence, l'existence d'un éventuel intérêt légitime n'a pas lieu d'être pris en considération²⁵.

Si la Cour ne remet pas en cause le double rôle des fédérations sportives et ne considère pas que l'existence de règles d'autorisation et d'éligibilités sont des restrictions de concurrence par objet en elles-mêmes, elle n'en requiert pas moins que ces règles reposent sur des critères procéduraux transparents, objectifs et non discriminatoires²⁶. Dans le cas inverse, l'examen ne se fait plus dans le cadre de l'article 101(1) mais dans celui du 101(3).

La Cour enfin annule la partie de l'arrêt du Tribunal relative au Tribunal arbitral du sport. Elle confirme en ce la décision de la Commission qui avait considéré que sa compétence exclusive

²¹ Conclusions de l'AG Rantos, *Ibid.*, §123.

²² Cour de Justice, 21 décembre 2023, §131 et s. sur l'inapplicabilité du raisonnement suivi dans l'arrêt OTOC au cas d'espèce.

CJUE, 28 février 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC), C-519/04P

²³ Arrêt ISU §131 et 136

²⁴ B. Zegler, Object Restrictions in Sports after the ECJ's decisions in ISU and Superleague, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2024, 15(2), pp.90-101.

²⁵ Arrêt ISU §15.

²⁶ J.F. Bellis, S. Ross and M. Geistlinger, Application of EU Competition Law to an International Sports Federation and CAS Arbitration, *Yearbook on International Arbitration and ADR*, 8, 2024, pp.441-452.

pouvait avoir pour effet de renforcer la nature restrictive des règles en ne permettant pas aux organisateurs de compétition alternatives ou aux athlètes de disposer de voies de recours leur permettant une prise en considération des règles de concurrence de l'UE²⁷.

B- Un nouveau cadre d'analyse

Le cadre des restrictions accessoires ne peut s'appliquer en l'espèce. Ce traitement favorable aux décisions des fédérations sportives ne peut s'appliquer que pour la poursuite d'objectifs éthiques ou déontologiques ou pour l'encadrement de la pratique sportive²⁸. L'arrêt Meca-Medina correspondait à ce cas de figure dans la mesure où portant sur la lutte antidopage, il visait à assurer une égalité des chances entre athlètes. La situation diffère ici en ce que les règles en cause sont susceptibles d'entraver l'accès au marché des tiers et ne permettent pas d'écartier la possibilité de décisions discrétionnaires de la part d'une fédération placée dans une certaine mesure en conflit d'intérêts²⁹ de sa double position d'organisatrice de l'activité économique et de participante à celle-ci³⁰. L'accent sur l'existence de procédures claires, transparentes et susceptibles de voies de recours effectives se justifie par le fait que les fédérations sont à la fois des régulateurs privés et dans le même temps des opérateurs de marché³¹.

La question revêt une dimension économique. Un opérateur susceptible d'être concurrencé dans ses activités aval peut être tenté de verrouiller l'accès au marché des tiers ou du moins mettre en œuvre des discriminations, mettant en cause ainsi le principe d'égalité d'opportunités. Comme le note la Cour « le maintien ou le développement non faussé de la concurrence dans le marché intérieur ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les entreprises est assurée³² ». L'arrêt ISU conduit donc à préciser le périmètre d'application de l'approche portée par Meca-Medina³³ (et donc Wouters³⁴ sur lequel cette approche repose) conduisant à une

²⁷ ISU §194. Voir également sur ce point, A. Duval, *The international skating union ruling of the CJEU and the future of CAS arbitration in transnational sports governance*, *International Sports Law Journal*, 23, 2023, pp.467*474.

²⁸ Arrêt ISU §111.

²⁹ O. Budsinski, *(Sports) Economics Upside Down? – A Comment on the Advocate General Opinion in European Super League versus UEFA/FIFA*, *Ilmenau Economics Discussion Papers*, 28(173), 2023.

³⁰ Dans ses conclusions dans *Royal Antwerp*, l'AG Szpunar avait défendu cette acception limitée (§55) Cour de Justice, 9 mars 2023, *Conclusions de l'avocat général M. M. Szpunar, UL et SA Royal Antwerp Football Club contre Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA)*, C-680/21.

³¹ R. Agafonova, *ISU and Superleague Judgements: Sports Governance in the Market-Driven Era*, *International Sports Law Journal*, 23,2023, pp.441-446

³² Voir §125, arrêt ISU

³³ Cour de Justice, *Meca-Medina and Majcen v Commission*, C-519/04

³⁴ Cour de Justice, *Wouters et al. v Algemene Rand van der Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99

balance des effets sur la base de l'article 101(1). Celui-ci va dépendre de la nature même des règles et des procédures mises en œuvre par les fédérations sportives. Si des entités qui sont à la fois des régulatrices privées décidant des possibilités d'entrée sur le marché et des conditions de concurrence dans le marché et des opératrices de ce même marché, l'examen de leurs règles peut être faite sur la base de leurs effets qui si et seulement si elles donnent des garanties contre d'éventuelles applications discrétionnaires. La Cour ne remet pas en cause la légitimité même de ce double rôle, elle établit que des conditions dans lesquelles un opérateur peut discrétionnairement entraver l'entrée sur le marché d'un concurrent constitue une restriction par objet³⁵. Dans ce cadre, il appartient à l'entité mise en cause de justifier leurs pratiques sur la base des gains d'efficience qu'elles génèrent.

Une telle configuration revient ne peut qu'évoquer des parallèles avec les marchés numériques, que nous traiterons *infra*, notamment quant aux questions de « contestabilité » des marchés qui suppose la garantie d'une liberté d'accès (*free competition*) et d'absence de discrimination dans ce même accès qui suppose alors la garantie d'une concurrence à égalité des armes (*fair competition*). Avec les catégories propres à l'article 102, un abus de position dominante pourrait résulter de telles pratiques de verrouillage de l'accès des concurrents au marché ou d'extension de position dominante vers un marché aval, il s'agirait d'une pratique d'auto-favoritisme³⁶ i.e. de *self-preferencing*³⁷.

Il est à relever qu'à l'instar du domaine numérique, nulle séparation structurelle est exigée dans le domaine de l'organisation des activités sportives³⁸. Pour établir un parallèle avec la libéralisation des industries de réseaux, il ne s'agit pas d'exiger une séparation structurelle mais de garantir des conditions permettant une égalité d'opportunité d'accès au marché au travers de règles claires, non discriminatoires et dont l'application peut faire l'objet de recours effectifs. Il s'agit de satisfaire aux conditions de conformité aux règles de concurrence et de redevabilité

³⁵ N. Mäekivi, The Interplay between EU Competition Law and Professional Sports: Recent Developments and their Potential Impact on Small States, *Juridica International*, 33, 2024, pp.111-120.

³⁶ « Le fait de conférer à une entreprise qui exerce une activité économique donnée le pouvoir de déterminer, de jure ou de facto, quelles autres entreprises sont autorisées à exercer elles aussi cette activité ainsi que de fixer les conditions dans lesquelles cette dernière peut être exercée, la place dans une situation de conflit d'intérêts et lui donne un avantage évident sur ses concurrents, en lui permettant de les empêcher d'accéder au marché ou de favoriser sa propre activité » (arrêt ISU, §125).

³⁷ P. Bougette, A. Gautier et F. Marty, Business Models and Incentives: For an Effects-Based Approach of Self-Preferencing?, *Journal of Competition Law and Practice*, 13(2), 2022, pp.136-143.

³⁸ Voir P. Bonneville et A. Iljic, *Chronique de jurisprudence de la CJUE, AJDA*, 2024, p.378 et s.

d'un 'accès réglementé' au marché³⁹. Ainsi, le cadre des restrictions ancillaires qui permet une mise en œuvre du test Meca-Medina ne peut être adopté que si et si et seulement si des règles d'accès objectives, transparentes et non discriminatoires sont mises en place.

Dans le même esprit, il est à noter qu'à l'instar du Règlement sur les Marchés Numériques, les obligations qui pèsent sur le contrôleur d'accès ne dépendent pas de la caractérisation d'une facilité essentielle au sens de la jurisprudence Bronner⁴⁰ avec notamment la caractérisation de l'indispensabilité de l'accès. Il n'en demeure pas moins que dans le cas d'espèce les sanctions disciplinaires auxquelles s'exposaient les athlètes qui participeraient à des compétitions non validées par l'ISU étaient de nature à interdire tout accès au marché pour les organisateurs de nouvelles compétitions.

II – Les répercussions possibles

Nous montrons successivement que l'arrêt ISU s'inscrit dans la dynamique actuelle du droit de la concurrence de l'UE et donne des enseignements applicables au-delà du domaine des activités sportives.

A- Un arrêt s'inscrivant dans une évolution d'ensemble du droit de la concurrence de l'Union

L'arrêt s'inscrit dans une évolution du droit européen de la concurrence qui semble s'écarter de la conception qui avait été promue par la Commission dans ses orientations de février 2009 sur la sanction de l'abus de position dominante⁴¹ et vis-à-vis de laquelle la Cour de Justice s'était rapprochée dans son arrêt Intel de septembre 2017⁴², celle d'une approche par les effets⁴³. Celle-ci repose sur le critère du bien-être du consommateur qui revient en termes économiques à un critère d'efficacité totale. Dans cette logique, la politique de concurrence ne doit venir sanctionner que des pratiques qui ont pour effet (ou qui sont susceptible d'avoir pour effet)

³⁹ Directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

⁴⁰ CJUE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs, C-7/97.

⁴¹ Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE, 24 février 2009.

⁴² CJUE, 6 septembre 2017, Intel Corp. v Commission européenne, C-413/14P.

⁴³ F. Marty, L'Évolution des politiques de concurrence en droit de l'UE : de la Wettbewerbsordnung ordolibérale à la More Economic Approach néolibérale ?, in Grégoire G. and Miny X., eds., The Idea of Economic Constitution in Europe – Genealogy and Overview, Brill, Bruxelles, 2022, pp. 298-343.

d'écarter un concurrent au moins aussi efficace que l'opérateur dominant. L'idée sous-jacente est que le consommateur ne subit pas de préjudice quand un concurrent peu efficace est évincé du marché.

Cette conception du droit de la concurrence connaît plusieurs inflexions auxquelles l'arrêt ISU participe. La première inflexion tient à la nature du consommateur protégé par les règles de concurrence. La deuxième inflexion réside dans l'affaiblissement relatif de la prise en considération des effets sur le bien-être du consommateur au profit de la prise en compte d'une approche fondée sur un standard de comportement, celui d'une concurrence par les mérites. La troisième inflexion tient à la réaffirmation de la proximité entre articles 101 et 102 non seulement en matière de pratiques concernées par les prohibitions mais également en termes de possibilités de sanctionner les pratiques par objet. Considérons successivement ces trois dimensions.

Premièrement, dans la continuité d'une ouverture du droit de la concurrence de l'Union vers la sanction des pratiques déloyales, initiée par le Règlement P2B de juin 2019, la Commission utilise de façon croissante les règles de concurrence pour protéger les entreprises dépendantes d'opérateurs économiques dominants en position de verrouiller l'accès au marché⁴⁴. La protection des *user undertakings*⁴⁵ rend compte de cette inflexion du droit de la concurrence de l'UE vers la défense non plus seulement de la promotion du bien-être du consommateur mais également de la loyauté de la concurrence sur le marché⁴⁶. Cette approche permet de rendre compte de l'asymétrie des acteurs économiques et des relations de dépendance entre ces derniers.

Deuxièmement, la Cour de Justice s'inscrit dans une évolution également initiée par la Commission qui conduit à délaisser une vision de la politique de la concurrence centrée sur un seul objectif de maximisation de l'efficacité allocative pour adopter une vision plus dynamique et holistique de protection du processus de concurrence⁴⁷. Il ne s'agit plus seulement de juger

⁴⁴ F. Marty, Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique, *Thémis*, 53, 2019, pp. 73-104

⁴⁵ La Cour relève dans ISU (§103) que les restrictions par objet aboutissent « à une mauvaise utilisation des ressources au détriment des entreprises utilisatrices et des consommateurs ».

⁴⁶ M. Malaurie-Vignal, La loyauté, l'égalité et l'équité en droit de la concurrence, *Contrat, Concurrence, Consommation*, Repère 2, 2021

⁴⁷ EU Commission, A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, *Competition Brief* n°1, 2023.

de la licéité d'une pratique de marché donnée au regard de son résultat en termes d'efficacité mais de jauger les pratiques à l'aune d'un standard de comportement, d'où l'insistance sur la notion de concurrence par les mérites⁴⁸, et au regard de l'absence de distorsions dans le développement de la concurrence. Est dans cette logique susceptible d'évincer un concurrent aussi efficace que l'opérateur dominant (ou potentiellement aussi efficace) une pratique qui s'écarte de celle qui devrait prévaloir dans le cadre d'une concurrence libre, non faussée et par les mérites. Le test du concurrent aussi efficace qui permet de caractériser une pratique d'éviction défavorable en termes d'efficacité économique, n'est plus dans ce cadre qu'un test parmi d'autres et qui plus est un test dont la validité est limitée à certaines pratiques basées sur les prix⁴⁹. Un comportement « anormal » (ne faisant pas sens en termes économiques) peut caractériser une pratique abusive du fait même de son objet⁵⁰. Il ne s'agit non plus seulement d'une logique axée sur la maximisation du bien-être comme critère de licéité des pratiques mais attentive au respect de règles de juste conduite sur le marché. Une telle approche soulève indubitablement la question de la prise en considération de l'intention en matière de sanction des pratiques anticoncurrentielles⁵¹.

La protection s'étend à la notion décrite supra de *nascent competitor*⁵², donc à des concurrents qui peuvent ne pas être aussi efficaces que l'opérateur dominant. Les critères d'appréciation des stratégies peuvent s'ouvrir à la conformité à un standard de comportement, approche qui n'est pas si éloignée in fine des positions du courant de la *Law and Political Economy*⁵³ ou de façon bien plus européenne de la notion de concurrence complète défendue par les économistes et juristes ordolibéraux⁵⁴. Il s'agit alors de garantir l'intégrité du processus de concurrence contre toutes les distorsions qui pourraient résulter des abus des pouvoirs économiques publics ou privés. L'insistance dans l'arrêt ISU sur la garantie contre des décisions discrétionnaires s'inscrit bien dans une telle logique de *rules rather than discretion*. Si la concurrence est un

⁴⁸ « Le maintien ou le développement non faussé de la concurrence dans le marché intérieur ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les entreprises est assurée » (ISU, §12°

⁴⁹ J.-C. Roda, Le concurrent aussi efficace : un éclairage américain, in Mélanges Louis Vogel, 2024

⁵⁰ Cour de Justice arrêt du 19 janvier 2023 Unilever Italia Mkt Operations Srl C-680/20.

Voir également P. Ibanez Colomo, The (second) modernisation of article 102 TFEU : reconciling effective enforcement, legal certainty and meaningful judicial review, *Journal of European Competition Law and Practice*, 14(8), 2023, pp.608-623.

⁵¹ M.-S. Garnier, L'intention en droit des pratiques anticoncurrentielles, Thèse de doctorat, Aix-Marseille Université, 2023.

⁵² En l'espèce un entrant potentiel – voir également l'arrêt ESL §131

⁵³ S. Paul, Recovering the Moral Economy Foundations of the Sherman Act, *Yale Law Journal*, 131(1), 2021, pp.175-255.

⁵⁴ F. Marty, 2022, op. cit.

outil de contrôle du pouvoir économique, il s'agit de garantir en cas d'occupation d'une position de verrou sur le marché, l'absence d'arbitraire. Ce dernier peut alors se caractériser par rapport à la capacité de s'extraire d'une situation de *concurrence complète*, i.e. de pouvoir agir d'une façon qui ne serait pas envisageable en l'absence de l'instrumentalisation d'un pouvoir de marché.

Troisièmement, à l'inverse de la position défendue par l'Avocat Général Rantos, la Cour de Justice considère que le traitement des restrictions imposées par l'ISU ne peut se faire sur la base des restrictions accessoires (i.e. de l'article 101(1)) que si et seulement si des conditions strictes en termes procéduraux et de garanties de proportionnalité sont offertes aux parties prenantes. Dès lors que les règles procédurales ne permettent pas d'apporter l'ensemble de ces garanties, la logique de la restriction par objet prévaut et l'entité concernée ne peut échapper à une qualification de pratique anticoncurrentielle que sur la base d'une balance des effets en termes d'efficacité économique (i.e. application de l'article 101(3)). Demander à une entité de justifier une pratique sur la base des gains nets d'efficacité qu'elle produit ne peut être tenu comme neutre au regard des difficultés intrinsèques à la démonstration des effets économiques nets d'une pratique de marché donnée⁵⁵. En effet, une défense sur la base du 101(3) oblige à démontrer que quatre conditions cumulatives sont satisfaites : l'accord doit permettre de réaliser des gains d'efficacité, une part équitable de ces derniers bénéficie aux consommateurs, les restrictions induites par l'accord sont indispensables à la réalisation de ces gains et elles n'ont pas pour effet d'éliminer toute concurrence.

Cette inflexion ne se limite pas à l'article 101 mais concerne également l'article 102 comme le montre l'arrêt rendu le même jour dans l'affaire relative à la Super League de football⁵⁶. Elle participe donc de la réaffirmation de la possibilité de sanctionner des pratiques abusives unilatérales sur la base de l'intentionnalité et de la différenciation du traitement concurrentiel de ces pratiques par rapport à d'autres types d'abus d'éviction. Ces pratiques qui relèvent de la catégorie des restrictions non déguisées étaient absentes du cadre conceptuel de février 2009. Présentées dans le cadre de la proposition de réforme des orientations de la Commission d'août 2024, les pratiques qui étaient directement désignées correspondaient à la partie non annulée de

⁵⁵ R. Chopra and L.K. Khan, The case for 'unfair methods of competition' rulemaking, *University of Chicago Law Review*, 87(2), 2020, pp.357-379.

⁵⁶ L'arrêt ISU montre que de mêmes pratiques peuvent être saisies sous l'angle des articles 101 et 102 (§127 et 128). En effet : « [...] les articles 101 et 102 TFUE, tout en poursuivant des objectifs distincts et ayant un champ d'application différent, peuvent trouver à s'appliquer concomitamment à un même comportement ».

la décision Intel de mai 2009 (les paiements directs à des tiers pour faire obstacle à la mise sur le marché de produits concurrents⁵⁷) et à la décision relative aux chemins de fer lituaniens (démantèlement d'une portion d'une infrastructure essentielle pour empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché⁵⁸). La logique qui préside à l'adoption d'une approche par objet est la suivante : comme la pratique ne peut *a priori* produire d'autres effets que des effets d'exclusion, il appartient à l'entreprise mise en cause de la justifier sur la base des gains d'efficience qui peuvent en découler.

Il ne s'agit pas, en d'autres termes, d'une présomption des effets nets dont l'entreprise aurait l'obligation de renverser.⁵⁹ La démarche induite par le 101(3) ne revient pas à exiger de l'entité mise en cause montre que la restriction de concurrence était nécessaire et proportionnée. Une infraction par objet est sanctionnée nonobstant ses effets⁶⁰. Cette approche se distingue donc de l'inversion de la charge de la preuve proposée par le rapport Crémer, de Montjoye et Schweitzer⁶¹ pour le secteur du numérique. Il suffirait dans cette logique de démontrer que de telles pratiques ont été mises en œuvre pour en présumer l'effet. A l'entreprise mise en cause de réfuter la présomption.

Ceci fait écho à la distinction ordolibérale entre *performance competition* and *impediment competition*. L'une peut être source de profits pour l'entreprise qui la met en œuvre, l'autre n'a de sens qu'au travers de l'augmentation des coûts des concurrents ou de l'entrave à leur accès au marché. Le lien entre ce cadre conceptuel et la notion d'objet anticoncurrentiel peut être établi au travers de l'arrêt Generics selon lequel un accord constitue une restriction par objet dès lors qu'il n'a d'autre justification plausible que celle d'une entrave à la concurrence⁶².

B- Des parallèles avec l'encadrement concurrentiel d'autres marchés concernés par des pouvoirs de régulation privée

⁵⁷ F. Marty, What Fine Should Be Imposed to Intel for the So-called Naked Restrictions After the Annulment of the Part of the Decision Relating to Loyalty Rebates?, Kluwer Competition Law Blog, 2024.

⁵⁸ Cour de Justice, 12 janvier 2023, Lietuvos geležinkeliai v Commission, C-42/21P.

⁵⁹ P. Ibanez Colomo, What FIFA v BZ tells us about the present and future of restrictions by object, Chillin'Competition blog, 17 January 2024.

⁶⁰ Cour de Justice, 13 décembre 2012, Expedia, C-226/11

⁶¹ J. Crémer, Y.-A. de Montjoye and H. Schweitzer Competition policy for the digital era, DG Comp., Brussels, 2019, 133p.

⁶² CJUE, Generics UK and Others, C-307/18.

Le parallèle entre le cadre construit pour les activités sportives et les marchés numériques est aisé dans un contexte marqué par l'entrée en vigueur du Règlement relatif aux Marchés Numériques⁶³ et sur des réflexions croissantes sur l'articulation des interventions ex ante et ex post pour maintenir une concurrence libre, non faussée et par les mérites. Tout comme le RMN fait peser des obligations particulières sur les firmes définies comme contrôleuses d'accès sans avoir à définir au cas par cas les effets des pratiques de ces entreprises, l'arrêt ISU montre qu'il est possible de sanctionner par objet une entité dans une situation comparable dès lors que les règles qu'elle définit et met en œuvre ne satisfont pas à des conditions de transparence, objectivité, absence de discrimination et proportionnalité. Dès lors que les règles mises en place par une entreprise en position de contrôleuse d'accès ne permettent pas de garantir une égalité d'opportunité pour les autres participants au marché, actuels ou potentiels, il s'agit d'une restriction par objet.

A ce titre, il convient de penser la position d'une fédération sportive comme un contrôleur d'accès à un marché qui peut être concurrencé sur ses activités aval par les entreprises devant obligatoirement obtenir son agrément pour exercer leurs activités. La fédération peut, si on adopte une grille de lecture d'économie industrielle, verrouiller l'accès au marché (forclusion anticoncurrentielle) ou de fausser la concurrence à son avantage sur le segment aval (stratégie d'auto-préférence). Il est possible de penser l'organisation des sports sous l'angle d'une chaîne verticale⁶⁴ avec une fédération en position de verrou avec en amont des participants (clubs et athlètes) et en aval des clients (spectateurs, opérateurs de télévision, ...) ou comme une plateforme biface mettant en relation ces différents acteurs⁶⁵. La question est alors la même que celle connue dans les écosystèmes numériques avec les conflits d'intérêts propres à la firme qui contrôle l'accès au marché. La solution qui se dessine avec ISU n'est pas celle d'une *separation of platform and commerce* pour reprendre le titre d'un article de Lina Khan⁶⁶ mais consiste à imposer à l'entité pivotale la mise en place de procédures somme toute comparables à celles qui pèsent sur une firme gestionnaire d'une infrastructure essentielle. Il s'agit pour ce dernier de mettre en place des règles d'accès transparentes, objectives, non discriminatoires et offrant des voies de recours effectives en cas de différends. Un opérateur historique contrôlant une

⁶³ R. Amaro et J.-C. Roda, L'arrêt European Superleague Company : une révolution ? Les apports à la regulation du sport et à la théorie générale du droit de la concurrence, Dalloz Actualité, février 2024.

⁶⁴ R. Gastal and T. Klein, Exclusivity and exclusion in sports: an economic appraisal following the judgments in European Superleague and International Skating Union. Competition Law Journal, 23(1), 2024, pp.70-77.

⁶⁵ H. Vedder, On Thin Ice: The Court's Judgment in Case C-124/21P, International Skating Union V Commission, European Papers, 9(1), 2024, pp.87-103.

⁶⁶ L. Khan, The Separation of Platform and Commerce, Columbia Law Review, 119, 2019, pp. 973 et s.

infrastructure essentielle peut être un opérateur actif sur le marché aval tant que ses concurrents bénéficient des mêmes conditions⁶⁷. Il s'agit donc d'encadrer le pouvoir de régulation privée de la fédération par des garanties substantielles et procédurales⁶⁸.

Des règles peuvent légitimement encadrer l'accès au marché pour porter des objectifs non économiques tenant au modèle sportif européen (éthique, solidarité, ...). Une balance peut être faite sur la base des restrictions ancillaires tant que les règles répondent aux exigences établies *supra*. Les critères Wouters demeurent alors valides pour jauger de l'existence d'un intérêt public et de la nécessité et de la proportionnalité de la restriction induite pour sa réalisation. Ce n'est que lorsque les garanties d'un « accès réglementé » ne sont pas apportées que les règles plus strictes relevant de l'article 101(3) sont appliquées.

Le régime de présomption qui en résulte conduit en termes incitatifs à pousser l'opérateur à privilégier une politique de conformité. Il permet aux autorités de concurrence d'éviter de faire face à des arguments particulièrement évasifs en termes de défense sur la base de l'intérêt général ou de gains résultants des restrictions⁶⁹. En ce l'approche suivie dans ISU s'inscrit en cohérence avec l'arrêt ESL et l'arrêt Diarra⁷⁰. Une fédération sportive n'a pas un blanc-seing pour atteindre ses objectifs légitimes d'intérêt général. Les restrictions qu'elle est susceptible de mettre en place doivent être transparentes, nécessaires et proportionnées. Dès lors qu'elles laissent la place à des risques de distorsions, faute des règles procédurales suffisamment protectrices, elle ne satisfait plus à la responsabilité particulière qui est la sienne. Cependant, qu'il s'agisse du contrôle de proportionnalité sur la base des effets dans le 101(1) ou de la défense sur la base de l'efficacité dans le 101(3), un point commun se dégage, celui de l'obligation de justification pour la fédération sportive et donc de la redevabilité de celle-ci vis-à-vis des règles de concurrence. Ainsi, l'arrêt ISU participe d'une réaffirmation du principe selon lequel l'exercice d'un pouvoir, quel qu'en soit l'origine⁷¹, ne peut être dépourvu d'encadrement et de contrôle. L'arrêt prolonge en ceci la logique portée par les arrêts MOTOE⁷²

⁶⁷ Le cadre applicable à ISU peut se lire comme le propose G. Monti (op. cit.) en perspective avec la pratique décisionnelle basée sur l'articulation entre l'article 102 et l'article 106 pour l'encadrement du comportement d'entreprises anciennement titulaires de droits exclusifs. Voir notamment CJUE, Régie des télégraphes et des téléphones v GB-Inno-BM SA, cas C-18/88. Voir également sur ce point l'arrêt ESL §135.

⁶⁸ ISU, §134 et 135

⁶⁹ Opinion Szpunar §63 dans l'arrêt Diarra et § 191

⁷⁰ R. Houben, O. Budzinski and M. Wathélet, The Transfer System in Football: *Diarra* and What's Next, SSRN working paper, n°4871477, June 2024.

⁷¹ ISU §126 : « [...] un tel pouvoir ne peut être conféré à une entreprise déterminée qu'à la condition d'être assorti de limites, d'obligations et d'un contrôle [...] »

⁷² CJUE, 1^{er} juillet 2008, MOTOE, C-49/07

et OTOC⁷³. Dès lors qu'une firme est en position d'exclure ses concurrents d'un marché aval du fait d'une position de contrôleuse d'accès, elle doit garantir une concurrence à égalité des armes (*level playing field*) en mettant en place des règles transparentes, objectives et discriminatoires d'accès au marché. Les fédérations sportives ne sont pas exemptées de cette obligation sur la base de l'article 165 du Traité.

La clarification apportée par ISU présente l'intérêt de s'appliquer tant aux comportements individuels qu'aux comportements collectifs. Elle fournit également un cadre général applicable quelle que soit l'origine de la position de contrôleur d'accès dont bénéficie l'entité en cause que celle-ci découle des seuls mérites ou de droits exclusifs. Si ce cadre s'applique bien dans sa dimension unilatérale aux marchés numériques ou encore à tout marché encadré par un ordre professionnel ou toute autre forme de régulation privée⁷⁴, il peut également dans sa dimension coordonnée être riche d'enseignements pour les accords de durabilité. Dès lors que l'accord donne la possibilité à ses signataires d'exclure discrétionnairement des concurrents du marché ou de les priver d'une égalité d'opportunité seule la voie du 101(3) serait ouverte⁷⁵.

Finalement, l'accent sur l'objet plutôt que sur les effets, quand bien même l'entreprise ou les entreprises mises en cause peuvent toujours développer une défense sur la base de l'efficience, peut témoigner d'une conception de la politique de la concurrence qui ne prend pas comme étalon un résultat en termes d'efficacité mais la défense d'un processus, lequel ne peut reposer que sur une double garantie d'accès au marché et d'une concurrence par les mérites. L'arrêt par sa portée générale ouvre également dans de nombreux secteurs la possibilité de dynamiques d'intégration négative au travers d'actions que peuvent engager des concurrents actuels et potentiels ou de toute autre partie prenante sur la base des ressources d'action offertes⁷⁶. De telles stratégies peuvent être d'autant plus efficaces pour leurs promoteurs que les finalités suivies par le droit de la concurrence sont multidimensionnelles et reposent sur des standards pouvant donner lieu à de larges interprétations à l'instar de la concurrence par les mérites ou l'égalité d'opportunités.

⁷³ CJUE, 28 février 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, C-519/04P

⁷⁴ Voir en ce sens les arrêts sur les notaires lituaniens (Cour de Justice, 18 janvier 2024, *Lietuvos notarų rūmai and Others* C-128/21) et les avocats bulgares (Cour de Justice, 25 janvier 2024, *Em Akaunt BG EOOD* (C-438/22))

⁷⁵ S. Marco Colino, *Sports and Competition Law: A Not-So-Special Relationship?*, IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, 55(5), 2024, pp.671-674.

⁷⁶ J. Zglinski op. cit., 2024

