

L'ESSENTIEL

■ Après la question du droit de propriété des organisateurs, le débat est aujourd'hui centré sur le prix de la concession du droit d'organiser des paris sur les événements sportifs.

■ L'Autorité de la concurrence formule dans son avis du 20 janvier 2011 plusieurs recommandations. La question de l'opportunité d'un encadrement du « prix du droit au pari » doit être envisagée.

PARIS
SPORTIFS

POURQUOI RESTREINDRE LA LIBRE NÉGOCIATION COMMERCIALE ?

À propos de l'avis 11-A-02 du 20 janvier 2011
de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence vient de rendre un avis important relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne¹. Une attention particulière doit être portée sur les recommandations formulées en matière de négociation commerciale entre organisateurs d'événements sportifs et opérateurs de paris en ligne.



Marie-Chantal Boutard-Labarde
Agrégée des facultés de droit
Professeuse à l'université Paris Ouest La Défense



Fabienne Fajgenbaum
Nataf Fajgenbaum & Associés
Avocat à la cour

Saisie pour avis dès mars 2010 par l'association européenne EGBA (*European Gaming and Betting Association*) puis, en application des dispositions de la loi du 12 mai 2010², par différentes fédérations sportives³ dont les compétitions devaient se dérouler au lendemain de l'entrée en vigueur de ce texte,

l'Autorité de la concurrence a préféré prendre le temps d'un examen approfondi du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, dans l'optique de l'ouverture régulée à la concurrence voulue par le législateur. On y trouvera des recommandations adressées aux différents acteurs concernés : les opérateurs de paris en ligne et, au premier chef, les opérateurs historiques (FDJ et PMU), les organisateurs d'événements sportifs mais aussi le législateur, fortement incité par l'Autorité de la concurrence à renforcer les compétences de l'ARJEL (Autorité de régulation des jeux en ligne).

LE CADRE DE LA NÉGOCIATION

Parmi les questions de concurrence abordées, on ne s'étonnera pas de trouver d'assez longs développements sur la question, selon nous improprement qualifiée, du « prix du droit au pari ».

Se considérant comme fortement pénalisés par une trop lourde fiscalité, les opérateurs de paris en ligne contestent vigoureusement, non pas tellement l'obligation qui leur est faite de solliciter l'autorisation des organisateurs d'événements sportifs préalablement à toute offre de paris sur ces derniers, mais plutôt son prix. Le législateur, on le sait, a en effet confirmé le droit de propriété des organisateurs de manifestations et compétitions sportives sur celles-ci et précisé, en tant que de besoin, que l'exclusivité d'exploitation économique qui en résulte s'étend à la concession du droit d'organiser des paris sur les événements sportifs⁴. Le débat s'est donc aujourd'hui centré sur le prix de cette concession.

Dans son avis, l'Autorité de la concurrence affirme, de façon un peu excessive à notre sens, que « compte tenu des contraintes réglementaires pesant sur la formation des prix, le système mis en place relève d'une économie administrée et non pas sur les lois du marché ». Certes, en instituant un système d'agrément préalable

1. Le texte intégral de l'avis est disponible sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr.

2. Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, JO du 13.

3. La Fédération française de tennis, la Fédération française d'athlétisme, la Fédération française de football, la Fédération française de basketball,

la Fédération française de rugby, la Fédération française de golf et la Fédération française de handball.

4. Code du sport, art. L. 333-1 nouv.

par l'ARJEL pour des raisons d'intérêt général, le législateur a-t-il limité le nombre de demandeurs sur le marché des jeux et paris sportifs mais, pour le reste, la loi ne contient qu'une seule disposition ayant une incidence sur la formation du prix : le nouvel article L. 333-2 du code du sport⁵ qui prévoit que l'organisateur sportif a droit à « une rémunération tenant compte notamment des frais exposés pour la détection et la prévention de la fraude ».

La loi renvoie ensuite à un décret d'application le soin de préciser « les conditions de commercialisation du droit d'organiser des paris sur les manifestations ou compétitions sportives » et « la définition des actifs incorporels pouvant être concédés aux opérateurs de paris en ligne ».

À ce jour, seules les conditions de commercialisation du droit d'organiser des paris ont fait l'objet d'un décret⁶. Celui-ci dispose que « le prix en contrepartie de l'attribution du droit d'organiser des paris s'exprime en proportion des mises » (article 3), rien de plus. Une interdiction de concéder une exclusivité à un opérateur de paris, de procéder à une commercialisation par lots séparés et d'exercer des discriminations entre les opérateurs pour une même catégorie de paris ainsi qu'une limitation des catégories de compétitions, des types de résultats et des phases de jeux correspondantes⁷ pouvant faire l'objet de paris complètent le dispositif légal et réglementaire.

LA DÉTERMINATION DU « PRIX DU DROIT AU PARI »

Le cadre de la négociation étant ainsi posé, nombre de paramètres intervenant dans la détermination du prix global susceptible d'être demandé aux opérateurs de paris agréés restent simplement soumis à la loi du libre jeu de l'offre et de la demande, sous la réserve, bien sûr, du contrôle de droit commun des abus de position dominante. Ainsi en serait-il dans les cas où le niveau du prix pourrait être qualifié d'excessif, compte tenu des coûts supportés par les intervenants sur ce marché, ou exercerait un effet d'éviction au détriment de certains opérateurs de paris. Mais, comme le note justement l'Autorité de la concurrence, un tel contrôle du prix supposera que soit délimité le marché pertinent et la situation de l'organisateur d'un événement sportif sur ce dernier.

Parmi les éléments concourant à la détermination de ce prix laissé à la libre négociation des intéressés, on retiendra notamment :

- la prise en compte du coût de la prévention et de la détection de la fraude à la charge de l'organisateur, celui-ci devant être réparti

entre ce dernier et l'opérateur de paris selon l'importance de leurs diligences respectives ;

- le prix des actifs incorporels autres que le droit d'organiser des paris, notamment la concession non exclusive du droit d'utiliser certains des signes distinctifs de l'événement, tels que dénomination, marque, logos, mascotte, trophée, etc., ou encore celui des contrats de parrainage sportifs exclusifs, dont le montant est susceptible de varier de manière non négligeable en fonction de la notoriété de l'événement ;

- le pourcentage à appliquer au montant des mises des joueurs recueillies par chaque opérateur de paris, étant entendu que cette assiette sera constituée par l'ensemble des mises relatives à un événement sportif (devront ici être prises en compte, selon nous, non seulement les mises des internautes ayant ouvert un compte en France mais aussi celles émanant des parieurs établis à l'étranger).

On conviendra avec l'Autorité de la concurrence que « la valorisation d'un tel actif incorporel, en l'absence de termes de comparaison, est particulièrement délicate ». Ainsi, la simple licéité d'un système de rabais quantitatifs comportant des paliers dégressifs en fonction du volume des mises est-elle incertaine. Il n'y a pas là de quoi surprendre. Il ressort, en effet, de l'ensemble de l'avis de l'Autorité de la concurrence que tout contrôle du niveau du prix exigé par l'organisateur d'un événement sportif devra s'exercer en application du droit commun de la concurrence, principalement au regard des dispositions relatives aux comportements anticoncurrentiels des entreprises dominantes. Une telle analyse ne pourra se faire qu'au cas par cas, dans le cadre de procédures contentieuses.

MISE EN QUESTION DES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

C'est la raison pour laquelle on s'étonne des recommandations de l'Autorité de la concurrence. Est-il réellement opportun d'envisager un encadrement du prix du « droit au pari » ? Nous ne le pensons pas.

Actuellement, l'ARJEL exerce un contrôle sur le bien-fondé des éventuels refus de contracter opposés par l'organisateur d'un événement sportif à un opérateur agréé, contrôle qui pourra déboucher sur une saisine de l'Autorité de la concurrence, à condition bien entendu que celle-ci soit compétente au titre d'un abus de position dominante. ●●●

5. Issu de l'article 63 de la loi du 12 mai 2010 préc.

6. Décret n° 2010-614 du 7 juin 2010, JO du 8.

7. Loi du 12 mai 2010 préc., art. 12 et décrets n° 2010-483 du 12 mai 2010, JO du 13, et n° 2010-605 du 4 juin 2010, JO du 6.

ARTICLE

COMMENTAIRE

●●● Comme l'Autorité de la concurrence, l'ARJEL doit en outre être saisie pour avis sur les contrats négociés entre les organisateurs d'événements sportifs et les opérateurs de paris en ligne avant signature. Son contrôle porte alors sur le respect des règles légales et des règles qu'elle aura elle-même définies en collaboration avec les fédérations, discipline par discipline (types de paris, phases de jeu...) mais non sur le prix négocié entre les acteurs. Or, que propose l'Autorité de la concurrence ?

■ L'établissement par l'ARJEL d'« un référentiel des principaux coûts encourus par les fédérations et organisateurs de manifestations sportives, et notamment des frais exposés pour la détection et la prévention de la fraude », et « une évaluation des principales charges pesant sur les opérateurs de paris en ligne (coûts associés aux obligations en termes de lutte contre la fraude et le blanchiment, investissements et dépenses de marketing, gains des joueurs, prélèvements obligatoires...) ». Sur ce point, il nous semble qu'une liste non limitative des principaux coûts supportés par les intéressés aurait l'avantage d'assurer une plus grande transparence des éléments que ces derniers devront prendre en compte lors de la négociation préalable à la conclusion des contrats relatifs à l'organisation de paris sur les différents événements sportifs. En revanche, une évaluation uniforme *a priori* serait de nature à limiter la concurrence existant, quoiqu'on en dise, dans ce secteur en empêchant les acteurs qui y interviennent de valoriser leur compétitivité.

■ Pour cette même raison, la recommandation d'une « régulation du prix a priori », en application de l'article L. 410-2 du code de commerce qui, par exception au principe de la liberté des prix, prévoit que, notamment « dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison [...] de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence » nous paraît devoir être écartée.

■ Quant à la proposition de transposer, dans le secteur des jeux et paris sportifs, la procédure de règlement des différends déjà utilisée dans d'autres secteurs économiques, il nous suffira de rappeler, pour nous étonner de cette proposition, qu'à notre connaissance, une telle procédure n'a pas pour vocation d'intervenir sur le niveau du prix mais principalement sur la transparence

et le caractère non discriminatoire des conditions tarifaires ou les refus d'accès (voir les missions du CoRDIS dans le secteur de l'énergie ou celles de l'ARCEP dans celui des communications électroniques et des postes).

“ Il ne s'agit pas de plaider pour une absence totale de contrôle mais plutôt de laisser s'appliquer les règles de droit commun relatives aux sanctions des prix abusifs ”

Un encadrement supplémentaire de la liberté des acteurs du secteur des jeux et paris nous paraît particulièrement inopportun. Ce serait méconnaître la diversité et la variabilité des éléments entrant dans la formation tant des coûts que des prix pour un événement sportif donné. Le fait qu'en matière audiovisuelle un régime juridique particulier, à savoir l'obligation de diffusion en clair, ait été réservé à certaines manifestations ou compétitions sportives qualifiées, dans chaque État membre de l'Union européenne, d'« événements sportifs majeurs » établit, à l'évidence, que la valeur d'un événement sportif et donc le prix à payer pour son exploitation commerciale sont éminemment variables, voire imprévisibles (l'exemple récent de la coupe du monde de football est là pour nous le rappeler).

Il ne s'agit pas de plaider pour une absence totale de contrôle mais plutôt, comme il est souvent plus simple et surtout plus sûr, de laisser s'appliquer les règles de droit commun relatives aux sanctions des prix abusifs⁸.

En outre, même si le législateur français a prévu l'éventualité d'une modification du texte législatif dans un délai dont l'échéance approche, ne serait-il pas préférable d'attendre de connaître la position qu'adoptera la Commission de l'Union européenne à la fin des consultations qu'elle vient à peine d'entamer en la matière ? ■

8. Code de commerce, art. L. 422-2, TFUE, art. 102.