

Mémoire présenté pour
l'obtention du diplôme

MASTER 2

DROIT & ÉCONOMIE DU SPORT

**L'exploitation des droits de
publicité des étudiants-athlètes aux
Etats-Unis : causes et conséquences
des dernières évolutions du marché
du sport universitaire**

BIGARRÉ Salomé

sous la direction de BROCARD Jean-François

SOMMAIRE

- INTRODUCTION.....1**

- 1) De la défense d'un positionnement non-lucratif à la reconnaissance d'une activité commerciale de la NCAA 12**
 - 1.1 Le positionnement historique de la NCAA comme un organe de formation à but non lucratif 13
 - 1.2 L'assimilation du sport universitaire à une activité commerciale 19

- 2) La redéfinition du statut des étudiants-athlètes face aux nouvelles opportunités du marché du sport universitaire... 28**
 - 2.1 L'intégration du marché des droits de publicité au marché du sport universitaire..... 30
 - 2.2 De nouveaux modes de gestion, de répartition et de rémunération des talents sur le marché du sport universitaire 40

- CONCLUSION 49**



INTRODUCTION

La NCAA (*National Collegiate Athletic Association*, soit l'Association Nationale du Sport Universitaire) est la ligue chargée de l'organisation et de la gestion des programmes sportifs universitaires aux Etats-Unis. Officiellement créée en 1906, afin de structurer les premières compétitions étudiantes, elle réunit aujourd'hui près de 1100 universités, situées sur tout le territoire états-unien, à Porto Rico et au Canada. Ces universités sont réparties depuis 1973 en trois divisions de niveaux différents (Divisions I, II et III). Si les entraînements sportifs ne constituaient initialement que des activités extra-scolaires, organisées par les étudiants eux-mêmes, ce sont aujourd'hui près de 500 000 athlètes qui sont encadrés par des formateurs spécialisés et participent chaque année aux championnats des trois divisions, dans vingt-trois disciplines sportives différentes (dont trois ont uniquement un championnat masculin et cinq uniquement un championnat féminin)¹. Dans chaque division, les universités sont réunies par conférences, qui constituent des ligues régionales réunissant les universités situées dans des états géographiquement proches : les compétitions sportives sont donc organisées à l'échelle de ces conférences tout au long de l'année scolaire (hors phases finales, durant lesquelles s'affrontent les équipes et les athlètes des meilleures universités de chaque conférence).

Depuis le début du 20^{ème} siècle, la NCAA n'a cessé de se développer pour devenir l'unique ligue sportive étudiante nationale aux Etats-Unis, qui organise l'ensemble des compétitions universitaires dans le pays. Ces compétitions sont aujourd'hui sources de revenus et de notoriété pour les universités, en raison de l'engouement croissant du public pour ces compétitions. Cet attrait concerne majoritairement les compétitions de basketball et de football américain masculin. Grâce à cet intérêt croissant du public pour la pratique sportive universitaire, un modèle économique de grande ampleur s'est construit à partir des années 1980 autour des championnats de Division I².

Les compétitions gérées par la NCAA dans toutes les divisions et toutes les conférences génèrent aujourd'hui près de 14 milliards de dollars de revenus annuels sur l'ensemble des marchés concernés³, parmi lesquels la ligue perçoit un revenu annuel propre

¹ NCAA, *Overview* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2021/2/16/overview.aspx>, 9 juillet 2023

² M. STEELE, « O'Bannon v. NCAA: The Beginning of the End of the Amateurism Justification for the NCAA in Antitrust Litigation », *Maquette Law Review*, n°99, 2015, pp 511-540.

³ C. PALMIERI, « The Billion Dollar Industry That Has Never Paid Its Money-Makers: The NCAA's Attempt at Compensation through Names, Images and Likeness », *Touro Law Review*, n°37(3), 2021, pp. 1605-1641.

d'un milliard de dollars⁴. Les universités perçoivent également une partie de ces revenus : par exemple, en 2019, l'ensemble des universités des Divisions I, II et III de NCAA ont enregistré un revenu de 18,9 milliards de dollars grâce aux compétitions sportives universitaires (8,3 milliards étaient issus de subventions gouvernementales et institutionnelles et des frais de scolarité payés par les étudiants, et 10,6 milliards étaient directement générés par les départements des sports des universités)⁵. Ces revenus proviennent principalement de deux sources : les droits de diffusion télévisée et de commercialisation du championnat masculin de basketball de première division⁶ (pour près de 80%) et la billetterie de tous les championnats (pour près de 20%). Une toute petite part de ces revenus est issue de sources annexes (frais d'adhésion des universités, autres revenus audiovisuels et marketing, etc...). La NCAA et les universités étant des organisations à but non lucratif, ces revenus doivent être réutilisés pour répondre à l'objectif premier de la ligue, qui est de « donner aux étudiants-athlètes les moyens de réussir sur le terrain, en classe et tout au long de leur vie⁷», les étudiants-athlètes désignant les élèves suivant à la fois un cursus de formation académique et un cursus sportif. Ces revenus sont donc principalement redistribués aux universités et aux conférences de Division I (qui constituent des échelons administratifs différents, même si les universités sont membres des conférences), et, dans une moindre mesure, aux universités de Divisions II et III. Ils financent en grande partie les infrastructures sportives des universités et le personnel d'encadrement des athlètes. Ces revenus sont répartis en vertu d'un principe de solidarité : même si l'essentiel des revenus provient de la Division I de basketball, ils sont redistribués à l'ensemble des disciplines, ce qui permet ainsi aux étudiants de pratiquer 23 disciplines différentes. L'offre sportive des universités ne serait pas aussi variée si les revenus et les financements étaient segmentés par discipline, car toutes les disciplines ne créent pas le même revenu (et certaines ne créent même aucun revenu).

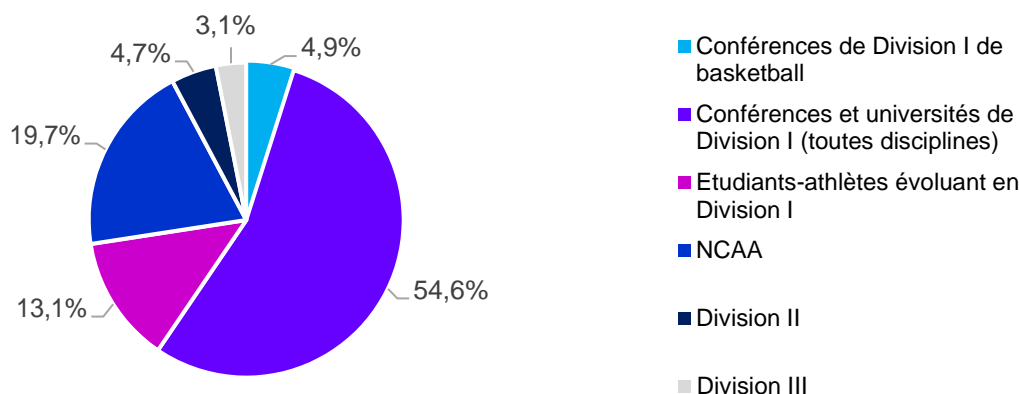
⁴ NCAA, *Finances* [en ligne], disponible sur <https://www.ncaa.org/sports/2021/5/4/finances.aspx>, 8 juillet 2023 ; NCAA, *Where Does the Money Go?* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2016/5/13/where-does-the-money-go.aspx>, 9 juillet 2023 ; NCAA, *Finances of Intercollegiate Athletics Database* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2019/11/12/finances-of-intercollegiate-athletics-database.aspx>, 9 juillet 2023.

⁵ NCAA, *15-Year Trends in Division I Athletics Finances* [en ligne], disponible sur https://ncaaorg.s3.amazonaws.com/research/Finances/2020RES_D1-RevExp_Report.pdf, 8 juillet 2023.

⁶ La NCAA inclut également un championnat de football américain de Division I mais les droits télévisés de ce championnat ne reviennent pas à la NCAA. Ces revenus sont gérés par les conférences régionales universitaires, qui vendent ces droits et redistribuent ensuite les revenus aux universités intégrées à chacune des conférences. Ce mécanisme est particulier à la Division I de football américain masculin.

⁷ NCAA, *Finances* [en ligne], disponible sur <https://www.ncaa.org/sports/2021/5/4/finances.aspx>, 8 juillet 2023.

Lors de la saison 2019/2020, les revenus de la NCAA étaient répartis de la façon suivante⁸ :



Cela correspondait aux sommes suivantes, pour la saison 2019/2020⁹ :

Destinataires	Montants	Pourcentage
Conférences de Division I de basketball	\$ 54 200 000	4,9%
Conférences et universités de Division I (toutes disciplines)	\$ 609 000 000	54,6%
Etudiants-athlètes évoluant en Division I	\$ 145 800 000	13,1%
NCAA (frais de fonctionnement et de gouvernance de la ligue)	\$ 219 400 000	19,7%
Division II	\$ 52 000 000	4,7%
Division III	\$ 34 700 000	3%
TOTAL	\$ 1 115 100 000	100%

Les dépenses de fonctionnement de la NCAA s'élevaient donc à près de 20% du budget lors de la saison 2019/2020. Dans le même temps, plus de 50% des dépenses de la NCAA correspondent à des transferts directs pour les universités et les conférences de Division I, pour le financement de différents programmes sportifs, l'organisation des championnats et le soutien à la pratique sportive des étudiants. Les bourses universitaires sont le seul mécanisme par lequel les athlètes accèdent aux revenus des compétitions universitaires : certaines subventions sont versées aux athlètes par la NCAA. Cela représentait ainsi 13% des dépenses de la NCAA lors de la saison 2019/2020¹⁰, sans compter les redistributions partielles des sommes versées par la NCAA aux conférences et aux

⁸ NCAA, *Where Does the Money Go?* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2016/5/13/where-does-the-money-go.aspx>, 9 juillet 2023.

⁹ Idem.

¹⁰ NCAA, *Finances* [en ligne], disponible sur <https://www.ncaa.org/sports/2021/5/4/finances.aspx>, 8 juillet 2023.

universités de Division I. En complément de ces subventions directes de la NCAA aux étudiants-athlètes, des bourses scolaires sont attribuées par les universités aux athlètes. Ainsi, chaque année, les écoles des divisions I et II de la NCAA fournissent plus de 3,7 milliards de dollars de bourses sportives à près de 190 000 étudiants-athlètes¹¹.

Dans le cadre de ces bourses, les frais de scolarité des étudiants sont pris en charge, totalement ou partiellement, en échange de leur investissement dans les entraînements et compétitions organisées dans le cadre des programmes sportifs de l'université concernée. Cette possibilité d'accorder des bourses est apparue en raison de la volonté des universités de consolider leur compétitivité sportive, les bourses sportives constituant des arguments de recrutement afin d'attirer les meilleurs athlètes. Toutefois, les montants de ces bourses sont strictement plafonnés et ne doivent pas dépasser les coûts de scolarité des universités concernées. Alors que ces plafonds sont strictement établis, les sommes versées aux universités ou au personnel d'encadrement peuvent parfois être extrêmement importantes : pour exemple, le salaire moyen d'un directeur sportif dans une université de Division I dépasse les 500 000 dollars par an, mais ce salaire peut être bien plus élevé en fonction des disciplines sportives (en 2019, 176 entraîneurs de football et de basketball avaient un salaire annuel supérieur à 1 million de dollars et 109 avaient un salaire annuel supérieur à 3 millions de dollars)¹². Tous les athlètes participant aux compétitions NCAA n'obtiennent pas de bourse et, pour ceux qui en obtiennent, il s'agit parfois de leur unique revenu. Ceux-ci, notamment les joueurs de basketball et de football américain qui aspirent à devenir professionnels, souhaitent le plus souvent intégrer le programme sportif d'une université de Division I car cela constitue une opportunité d'être repéré afin d'être recruté en NFL (*National Football League*, la ligue professionnelle masculine de football américain) ou en NBA (*National Basketball Association*, la ligue professionnelle masculine de basketball). Pour les autres disciplines sportives des Divisions I et II, l'objectif des étudiants-athlètes est peut-être moins de devenir professionnel¹³, mais les réglementations restent les mêmes et suscitent des questionnements identiques, malgré un impact (notamment économique) moindre.

L'encadrement des sommes versées aux athlètes (par le biais des bourses notamment) est très strict, car la pratique sportive en NCAA est historiquement amateur : au

¹¹ NCAA guide for the college-bound student-athlete 2022-2023. (2022). NCAA.

¹² C. PALMIERI. « The Billion Dollar Industry That Has Never Paid Its Money-Makers: The NCAA's Attempt at Compensation through Names, Images and Likeness », *Touro Law Review*, n°37(3), 2021, pp. 1605-1641.

¹³ En Division I masculine de basketball ou de football américain, les étudiants-athlètes qui obtiennent des bourses visent le plus souvent une entrée en NFL ou en NBA après une ou deux années d'étude, les compétitions de Division I étant un espace de recrutement important pour les ligues professionnelles. Concernant les autres disciplines, notamment les disciplines individuelles comme l'athlétisme, le chemin vers un niveau professionnel est plus difficile à définir. L'obtention d'une bourse sportive constitue alors autant un espoir d'accéder à une carrière sportive qu'une opportunité d'étudier et d'avoir un diplôme en résolvant la problématique économique que peut représenter le financement d'un cursus universitaire aux Etats-Unis.

début du 20^{ème} siècle, dans les premières années de structuration des compétitions étudiantes, il était interdit de rémunérer un sportif en échange de sa participation aux compétitions universitaires au nom d'une université, afin de préserver l'équité des compétitions (cette interdiction visait notamment à garantir que les participants aux compétitions soient bien des étudiants issus des universités concernées). La rémunération des étudiants-athlètes est aujourd'hui encore interdite : les athlètes ne peuvent percevoir aucune compensation monétaire pour leur participation aux entraînements et aux championnats NCAA et le critère de l'amateurisme est un critère central pour autoriser les athlètes à participer aux championnats NCAA. Ainsi, l'article 12.01.1 des règlements des championnats de Division I indique que « seul un étudiant-athlète amateur peut participer à des activités sportives universitaires dans une discipline donnée¹⁴ ». Ceci est justifié par l'intérêt supérieur de la formation physique et mentale des athlètes, qui doit rester le premier objectif des programmes sportifs universitaires : « l'étudiant-athlète est considéré comme faisant partie intégrante du corps étudiant, ce qui permet de maintenir une ligne de démarcation claire entre le sport universitaire et le sport professionnel¹⁵ ».

L'institution souhaite à tout prix éviter ce qui pourrait ressembler à un système de « *pay-for-playing* » (soit de rémunération de la pratique sportive) et qui pourrait rapprocher le fonctionnement de la NCAA de celui des ligues professionnelles nord-américaines : les athlètes doivent rester des étudiants, même s'ils bénéficient d'une formation sportive de haut niveau, et leur statut ne doit pas se rapprocher de celui des sportifs professionnels. En France, la pratique professionnelle d'un sport est définie à l'article 12.3 de la Convention Collective Nationale du Sport (CCNS) : « le sportif professionnel est défini comme toute personne ayant pour activité rémunérée l'exercice d'une activité sportive dans un lien de subordination juridique avec une association sportive ou une société mentionnée aux articles L. 122-2 et L. 122-12 du code du sport¹⁶ ». La définition mise en place par les règlements de la Division I de la NCAA est plus large : un athlète professionnel « est un athlète recevant tout type de paiement, direct ou indirect, en échange de sa participation à une activité sportive, en dehors des cas autorisés par la législation régissant [la NCAA]¹⁷ ». Il est donc interdit aux athlètes d'obtenir une rémunération en échange de leur participation aux compétitions NCAA. Cette définition rejoint la définition du sport professionnel aux Etats-Unis, qui sera celle réutilisée dans le cadre de ce travail : est considéré comme professionnel un sportif (souvent de haut niveau) qui parvient à obtenir un revenu direct ou indirect grâce à sa pratique sportive, qu'il

¹⁴ Article 12.01.1, *NCAA Manual 2022-2023 Division I*. (2022). NCAA.

¹⁵ Article 12.01.2, *NCAA Manual 2022-2023 Division I*. (2022). NCAA.

¹⁶ Article 12.3, CCNS

¹⁷ Article 12.02.11, *NCAA Manual 2022-2023 Division I*. (2022). NCAA.

dispose ou non d'un contrat de travail. Aucune rémunération ne doit donc découler de la pratique sportive des étudiants-athlètes et il n'y a aucune redistribution directe ou indirecte des revenus des compétitions aux étudiants-athlètes, en-dehors des bourses financées par les universités et des potentielles subventions versées par la NCAA.

Afin de respecter l'exigence historique d'amateurisme de la NCAA, telle que mentionnée dans le règlement de la compétition¹⁸, l'interdiction de rémunération des athlètes englobe toute forme de compensation monétaire directement versée par la NCAA ou par un tiers aux athlètes en échange de leur participation aux compétitions. Cela concerne également différentes formes de rémunération indirecte, explicitement interdites à l'article 12.1.2.1 du règlement de la NCAA¹⁹. En vertu de cet article, les athlètes ne peuvent pas recevoir de salaire et ne peuvent pas non plus bénéficier de certaines gratuités ou indemnités, d'un partage d'excédent (comme des primes de match), de frais d'éducation dépassant un certain plafond, de toute récompense excessive ou de paiements basés sur une performance individuelle ou collective. Ils ne peuvent pas non plus percevoir de rémunération pour leur participation à une activité visant à la promotion de leur université²⁰. S'il n'y a pas de terme précisément établi pour désigner l'ensemble de ces éléments, le plus approprié semble être celui de « rémunération de la capacité sportive », à partir de l'expression utilisée par le juriste Luke Teppen (« obtenir une rémunération à partir de leurs capacités sportives²¹») et insérée dans le règlement de la NCAA (« utiliser leurs capacités sportives, directement ou indirectement, afin d'obtenir une rémunération, de quelque forme qu'elle soit²²»). Au-delà de l'interdiction de toute rémunération de la capacité sportive des athlètes, ceux-ci avaient également interdiction d'obtenir des revenus grâce à leurs « droits de publicité²³» (*"rights of publicity"*). Ces droits de publicité font directement référence au revenu qu'auraient pu tirer les athlètes de l'exploitation de « leur nom, de leur image ou de leur identification », selon la traduction de l'expression américaine NIL (*Name, Image and Likeness*). En effet, en dehors d'une retransmission sportive ou d'un traitement journalistique (publicité, apparitions dans des jeux vidéo, exploitation commerciale des réseaux sociaux, ...), il serait possible pour les athlètes de monétiser l'exploitation commerciale de leur image, en touchant certains droits de publicité. Le règlement de la NCAA mentionnait, jusqu'en 2018, l'interdiction pour les athlètes de profiter

¹⁸ L. TEPEN, « Pay to Play: Looking Beyond Direct Compensation and Towards Paying College Athletes for Themselves », *Washington University Journal of Law & Policy*, n°65(1), 2021, pp. 213-246.

¹⁹ Article 12.1.2.1, *NCAA Manual 2022-2023 Division I*. (2022). NCAA.

²⁰ Articles 12.1.2.1.1 à 12.1.2.1.7, *NCAA Manual 2022-2023 Division I*. (2022). NCAA.I

²¹ L. TEPEN, « Pay to Play: Looking Beyond Direct Compensation and Towards Paying College Athletes for Themselves », *Washington University Journal of Law & Policy*, n°65(1), 2021, pp. 213-246.

²² Article 12.1.2.1, *NCAA Manual 2022-2023 Division I*. (2022). NCAA.

²³ C. PALMIERI. « The Billion Dollar Industry That Has Never Paid Its Money-Makers: The NCAA's Attempt at Compensation through Names, Images and Likeness », *Touro Law Review*, n°37(3), 2021, pp. 1605-1641.

de ces droits : « [les] indemnités [versées aux étudiants sportifs] ne peuvent inclure aucune rémunération pour la valeur ou l'utilité que l'étudiant sportif peut avoir pour l'employeur en raison de la publicité, de la réputation, de la renommée ou de la notoriété personnelle qu'il a obtenues grâce à ses aptitudes sportives²⁴ », tandis que les universités et la ligue exploitent depuis de nombreuses années l'image commerciale des athlètes et en tirent des revenus²⁵. L'exploitation de ces droits est interdite pour les athlètes car elle est assimilée à une rémunération indirecte de la capacité sportive : en effet, les droits de publicité des athlètes acquièrent de la valeur grâce à leurs résultats sportifs et à l'exposition médiatique qui en découle, ce qui contrevient à l'exigence d'amateurisme établie par la NCAA.

L'application de ces interdictions et la répartition traditionnelle des revenus du sport universitaire, qui limite fortement les sommes versées aux étudiants-athlètes mais semble favoriser les revenus des universités ainsi que de certains encadrants sportifs, apparaissent d'autant plus inégalitaires lorsqu'est appliquée une analyse économique qui considère la NCAA comme une entreprise de production d'un spectacle sportif. En effet, l'industrie du spectacle sportif peut être considérée comme « un secteur d'activité économique comme les autres²⁶ », dans lequel le spectacle de la compétition sportive est un bien économique, élaboré de manière à plaire aux consommateurs. Ces consommateurs sont les spectateurs, présents dans les stades ou devant leurs écrans. Les producteurs de ce spectacle, qui organisent les compétitions de haut niveau, peuvent être des universités, des ligues ou encore des clubs selon le système sportif considéré. Dans le cas du sport universitaire américain, la NCAA est le producteur unique du spectacle sportif. Il existe ainsi un véritable marché du spectacle sportif : les différents acteurs concernés s'affrontent pour gagner des titres et des compétitions, car cela leur permet de s'enrichir, de manière directe ou indirecte (grâce aux droits télévisuels ou à certains dispositifs de *prize money*, par exemple). Toutefois, cette organisation repose sur la participation des athlètes, qui ne bénéficient pas de cet enrichissement. Dans le cas de la NCAA, les revenus issus de la production des compétitions universitaires reviennent directement à la ligue, qui en assure ensuite la répartition auprès des universités, car elle souhaite se donner pour seul objectif la formation des étudiants, hors de tout marché économique.

²⁴ M. STEELE, « O'Bannon v. NCAA: The Beginning of the End of the Amateurism Justification for the NCAA in Antitrust Litigation », *Maquette Law Review*, n°99, 2015, pp 511-540.

²⁵ C. PALMIERI. « The Billion Dollar Industry That Has Never Paid Its Money-Makers: The NCAA's Attempt at Compensation through Names, Images and Likeness », *Touro Law Review*, n°37(3), 2021, pp. 1605-1641.

²⁶ J.-P. GAYANT. « Chapitre 1. L'industrie du spectacle sportif », in *Économie du sport*, Paris, Dunod, 2016, pp.11-34.

Alors que la rémunération de la capacité sportive et les droits de publicité étaient interdites aux athlètes en vertu de la règle de l'amateurisme, une politique interne applicable aux trois divisions de la NCAA a été adoptée en juin 2021 : , après plusieurs décennies de controverse et deux ans de discussion interne sur ce sujet, cette politique suspend temporairement les règles précédemment établies en matière de droits de publicité pour tous les étudiants-athlètes. Cette décision marque un revirement particulièrement important dans la NCAA, alors que celle-ci défendait depuis sa création un amateurisme absolu.

Deux évènements ont particulièrement contribué à ce revirement. Tout d'abord, une loi a été proposée et adoptée par le Gouverneur de Californie le 30 septembre 2019. Cette loi, appelée *Fair Pay to Play Act*, retire aux universités californiennes la possibilité d'interdire aux athlètes de percevoir des droits de publicité. Alors que les autres tentatives juridiques de protéger les athlètes n'avaient pas abouti, la NCAA a indiqué le 29 octobre 2019 sa décision de ne pas s'opposer à cette loi de l'état californien : la NCAA a ainsi annoncé que son conseil d'administration « [avait] voté à l'unanimité pour permettre aux étudiants-athlètes de bénéficier de l'utilisation de leur nom, image et identification d'une manière compatible avec le modèle universitaire²⁷ ». Des lois similaires ont ensuite été implantées en Floride, dans le Colorado ou dans le Nebraska. De plus, en juin 2021, la Cour Suprême a rendu deux décisions, réunies sous l'appellation de la décision *Grant-in-Aid*, qui inclut la décision *National Collegiate Athletic Association v. Alston*²⁸ selon laquelle la NCAA impose des « restrictions inutiles » en plafonnant le montant des bourses accordées aux athlètes.

En lien avec ces différents évènements, et après le développement d'un débat juridique et politique aux Etats-Unis, la NCAA a donc adopté une politique suspendant l'interdiction pour les athlètes de percevoir des droits de publicité. Cette politique, qui prend la forme d'une réglementation appelée politique NIL provisoire, suspend l'interdiction pour les athlètes universitaires de souscrire à des contrats d'image. Elle restera en place jusqu'à ce qu'une législation fédérale²⁹ ou de nouvelles règles soient adoptées par la NCAA³⁰. En effet, les dirigeants de la NCAA se sont engagés à travailler avec le Congrès américain pour adopter une législation fédérale en faveur des athlètes et préciser les conditions d'exploitation de leurs droits de publicité : jusqu'à aujourd'hui, en l'absence d'une loi fédérale, les universités doivent respecter les lois établies par l'état dans lequel elles se trouvent, qui supplantent les

²⁷ L. TEPEN, « Pay to Play: Looking Beyond Direct Compensation and Towards Paying College Athletes for Themselves », *Washington University Journal of Law & Policy*, n°65(1), 2021, pp. 213-246.

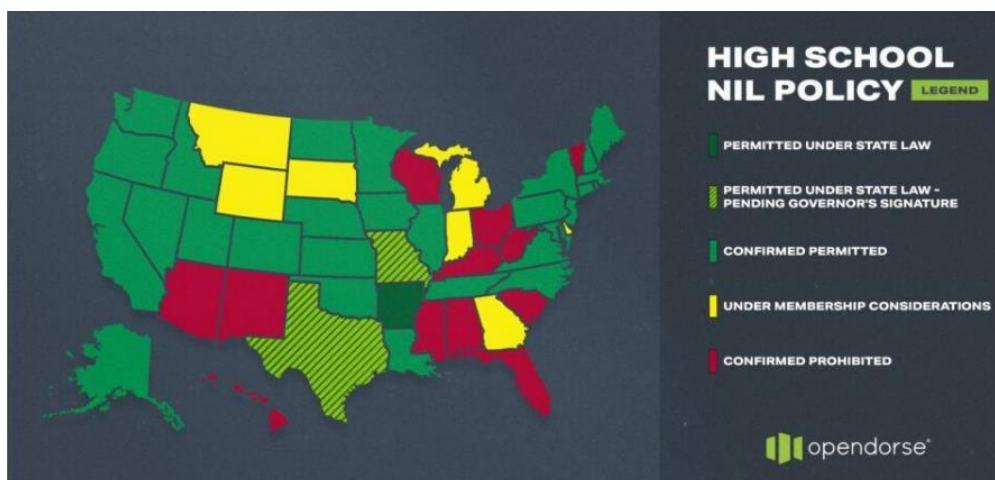
²⁸ Cour Suprême des Etats Unis, 2021, *National Collegiate Athletics Association v. Alston*.

²⁹ Les législations fédérales sont les législations applicables sur tout le territoire des Etats-Unis. Au contraire, les législations étatiques font ici référence aux législations adoptées par chacun des états : les législations étatiques peuvent donc différer les unes des autres.

³⁰ NCAA, *Taking action* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2021/2/8/about-taking-action.aspx>, 8 juillet 2023.

règlementations prises à l'échelle fédérale par la NCAA. Cela signifie donc que les athlètes peuvent maintenant percevoir des droits de publicité, même si toute rémunération de leur capacité sportive est encore interdite. Cette réglementation étant très récente, les universités, les athlètes et l'ensemble des acteurs liés à la NCAA tentent encore d'appréhender l'ensemble des conséquences de cette nouvelle réglementation. Elle va en effet à l'encontre de l'ensemble des règlements édictés depuis la création de la NCAA, comme l'a mentionné le président Mark Emmert : « il s'agit d'un jour important pour les étudiants-athlètes, car ils peuvent désormais profiter des opportunités offertes par l'exploitation de leur nom, image et identification³¹ ».

Toutefois, cette suspension de la réglementation antérieure est encore provisoire. Si différents documents visant à encadrer le système de droits de publicité ont été publiés depuis juin 2021, aucune loi fédérale n'a encore été mise en place. L'adoption d'une loi sur ce sujet par le Congrès est prévue mais, dans l'intervalle, la NCAA et les universités ont encore une grande part de responsabilité : la NCAA doit participer à la rédaction de cette loi, alors que les universités font face à différentes réglementations étatiques, ce qui peut créer une forme d'iniquité entre elles. Elles doivent également prendre en charge l'application de ces lois et encadrer les nouveaux mécanismes et la nouvelle industrie qui apparaît. En mai 2023, la liste des états ayant mis en place une loi NIL³² étaient les suivants³³ :



³¹ M. BRUTLAG HOSICK, « NCAA adopts interim name, image and likeness policy », NCAA, 2021 [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/news/2021/6/30/ncaa-adopts-interim-name-image-and-likeness-policy.aspx> .

³² Le terme « NIL » (« *name, image and likeness* ») est utilisé pour désigner tous les documents, protocoles, décisions ou autres relatifs au droit à l'image des sportifs. Dernièrement, la politique NIL provisoire de 2021 autorise les droits de publicité et une nouvelle loi NIL doit être établie par le Congrès américain afin d'harmoniser la réglementation fédérale sur ce sujet.

³³ B. KELLER, OpenDorse, High School NIL: State-by-state regulations for name, image and likeness rights, 2023 [en ligne], disponible sur : <https://biz.opendorse.com/blog/nil-high-school/>, 9 juillet 2023.

Malgré la publication de nombreux documents officiels de la part de la NCAA, il y a encore des disparités dans l'implantation des dispositifs NIL parmi les universités, ce qui impacte fortement la NCAA, les universités et les athlètes.

Historiquement considérées comme des organes de formation, les universités et la NCAA peuvent donc aujourd'hui être assimilées à des producteurs dans le cadre du marché du spectacle sportif. La mise en place de la nouvelle réglementation NIL représente donc un tournant dans l'évolution des relations entre les athlètes et la NCAA : en effet, les athlètes peuvent maintenant développer de nouvelles sources de revenus grâce à leur participation à ces compétitions. L'intérêt de ce mémoire sera de se pencher sur les implications de cette nouvelle réglementation : si ces implications sont nombreuses, il s'agira plus particulièrement de s'intéresser au nouveau positionnement des athlètes sur le marché du sport universitaire, qui implique de nouvelles manières de recruter et de répartir le talent sur ce marché.

A partir de quels fondements juridiques et économiques a été modifiée la réglementation traditionnelle du sport universitaire ? En quoi cette évolution réglementaire impacte-t-elle le marché du sport universitaire et, plus particulièrement, le positionnement des athlètes et la gestion des talents sur ce marché ?

L'évolution de la réglementation NCAA arrive au terme d'un long processus jurisprudentiel, qui a permis de faire évoluer la régulation en faveur de l'exploitation des droits de publicité pour les étudiants-athlètes. Cette évolution jurisprudentielle repose sur une nouvelle analyse des compétitions universitaires, qui ne sont plus uniquement vues comme un outil de formation, mais bien comme un espace de production d'un spectacle sportif : le système traditionnellement amateur des compétitions universitaires est considéré d'une manière tout à fait nouvelle, ce qui a et aura encore d'importantes conséquences sur les relations entre les athlètes et les universités.

A partir de l'analyse des textes et décisions juridiques des Etats-Unis, il sera possible de comprendre de quelle manière a évolué l'analyse juridique et économique de la NCAA. En fonction des principales avancées jurisprudentielles, l'analyse de la situation des étudiants-athlètes permettra d'identifier les principales conséquences de la modification de la politique NIL provisoire. La confrontation de ces éléments permettra enfin de (re)définir le marché sur lequel peut être étudiée la NCAA, et donc le statut et le revenu qui pourraient être reconnus aux athlètes.

Les principaux éléments de littérature et d'analyse de la NCAA et de la politique NIL provisoire portent sur les Divisions I de football américain et de basketball masculin, car il s'agit

des divisions ayant le plus de poids économique dans le système de la NCAA. Il sera intéressant de comparer les conséquences de la politique NIL provisoire sur ces disciplines aux conséquences de même politique sur les autres disciplines sportives de la ligue³⁴. En effet, toutes les disciplines de la Division I sont loin d'avoir le même poids économique que celui du football américain ou du basketball masculin, et n'offrent pas les mêmes débouchés. Par exemple, le statut de basketteur professionnel est parfaitement identifiable, aux Etats-Unis ou ailleurs, alors que la situation d'athlète professionnel³⁵ est difficile à définir clairement pour des disciplines comme l'athlétisme ou la gymnastique. Dans le cadre de ce mémoire, on considérera tout de même que les réflexions menées jusqu'alors sur les étudiants pratiquant le basketball ou le football américain sont également transposables à ceux qui pratiquent d'autres disciplines : malgré une différence d'échelle économique, il est possible de supposer que les athlètes bénéficient, à titre individuel, des avancées appliquées dans d'autres disciplines ou Divisions de la ligue.

Après une présentation des évolutions jurisprudentielles, et plus généralement de l'évolution de la considération accordée à l'activité de la NCAA (1), il s'agira de comprendre de quelle manière l'apparition des droits de publicité dans le monde du sport universitaire impacte les acteurs de ce monde. Si les impacts de ces changements sont nombreux, il s'agira ici de se concentrer sur les impacts plus particulièrement liés aux étudiants-athlètes et à leur nouveau positionnement face aux universités et à la NCAA (2).

³⁴ Seules les divisions I de chaque discipline sont prises en compte dans le cadre de ce mémoire, car il s'agit des divisions dans lesquelles les athlètes sont susceptibles d'évoluer ensuite vers une pratique sportive professionnelle. Ce sont également les seules divisions autour desquelles a pu se construire un système économique.

³⁵ La notion d'athlète professionnel entendue ici désigne les athlètes de haut niveau qui parviennent à obtenir un revenu grâce à leur pratique sportive, de manière directe ou indirecte. Un contrat de travail n'est pas attendu ici pour reconnaître le statut professionnel.

1) DE LA DÉFENSE D'UN POSITIONNEMENT NON-LUCRATIF À LA RECONNAISSANCE D'UNE ACTIVITÉ COMMERCIALE DE LA NCAA

Alors que toute activité commerciale est soumise aux Etats-Unis au respect des lois de protection de la libre-concurrence, la NCAA n'a pas eu à respecter ces lois pendant longtemps, car son activité d'éducation était reconnue comme une activité non-lucrative. Toutefois, ce positionnement a peu à peu été remis en cause au fur et à mesure du développement économique de la ligue : selon un certain nombre d'analyses, le secteur de l'éducation n'est pas (ou n'est plus) le secteur pertinent pour s'intéresser aux activités de la NCAA, qui doivent bien être considérées comme des activités lucratives. Le sport universitaire pourrait être considéré comme une activité lucrative en fonction de la définition et de l'identification du marché économique productif sur lequel se placeraient les activités de la NCAA.

Si cette reconnaissance d'une activité lucrative exercée par la NCAA était inenvisageable jusqu'à la fin du 20^{ème} siècle, différents moments de réflexion juridique et économique ont eu lieu depuis : alors que les activités de la NCAA étaient considérées comme non lucratives par essence, plusieurs jurisprudences ont nourri la réflexion concernant la possibilité d'identifier un marché dans le cadre duquel les activités de la NCAA seraient analysées comme des activités lucratives. Si elles ne concernent pas directement l'exploitation des droits de publicité par les athlètes, ces jurisprudences permettent de comprendre l'évolution de la NCAA et du marché sur lequel elle agit en tant qu'acteur économique. L'ensemble de ces décisions a en effet permis de préciser plusieurs points, parmi lesquels : l'existence d'activités lucratives au sein de la ligue, le marché productif sur lequel s'exercent ces activités, la nécessité de répondre aux lois de protection de la libre-concurrence et, enfin, la légitimité d'une absence de rémunération des étudiants-athlètes. Cela n'a pas mené à une remise en cause directe de l'exigence d'amateurisme imposée aux étudiants-athlètes mais a notamment abouti à l'adoption de la politique NIL provisoire de la NCAA en 2021.

Ces évolutions ont eu lieu progressivement, mais plusieurs tournants peuvent être identifiés, chacun d'entre eux représentant une évolution en ce qui concerne l'assimilation de l'activité de la NCAA à une activité commerciale ou l'identification d'un marché économique productif, susceptible de se voir appliquer les législations portant sur la protection de la libre-concurrence. Toutes les décisions juridiques concernant la NCAA ne seront pas abordées ici, mais il s'agira de mettre en avant les décisions qui illustrent principalement ces tournants et qui permettent d'expliquer l'évolution du marché économique sur lequel est maintenant

positionnée la NCAA, ainsi que les nouvelles considérations juridiques (et politiques) qui ont abouti à l'adoption de la politique NIL provisoire en 2021.

1.1 Le positionnement historique de la NCAA comme un organe de formation à but non lucratif

a. La protection de la libre-concurrence dans le droit économique états-unien

Afin de comprendre au mieux les évolutions jurisprudentielles qui ont mené aux importants changements politiques et réglementaires de la NCAA ces dernières années, il convient de s'intéresser au droit de la concurrence applicable aux Etats-Unis. C'est en effet en vertu de la protection de la libre-concurrence que ces évolutions ont pu avoir lieu, suite à un changement de paradigme jurisprudentiel concernant les activités de la NCAA.

Aux Etats-Unis, toute activité commerciale doit respecter les lois établies en matière de protection de la libre-concurrence, aussi appelées lois antitrust. La plus importante de ces lois est le *Sherman Antitrust Act*, établie en 1890 par le Congrès des Etats-Unis. Cette loi a pour objectif la protection de la libre-concurrence dans le pays : la section 1 précise que « tout accord, toute combinaison sous forme d'entente ou autre, visant à restreindre les échanges ou le commerce entre les différents états, ou avec des nations étrangères, est déclaré illégal³⁶ ». Cette première section interdit les ententes qui restreindraient le commerce, tandis que la seconde section de la loi interdit tout monopole ou tentative de monopole sur un marché. Plus généralement, cette loi interdit toute pratique anti-compétitive qui limiterait les opportunités de développement économique. En complément de cette loi, le *Clayton Antitrust Act* a interdit en 1914 les concentrations reliant différentes entreprises. Ainsi, toute procédure d'encadrement des prix, de coopération entre entreprises sur un même marché ou de mise en place d'un monopole sont interdites aux Etats-Unis.

Cette loi a été complétée par un certain nombre de dispositifs qui permettent de nuancer ces interdictions : certaines pratiques ayant pour résultat de réduire la concurrence sur un marché peuvent ne pas être condamnées, à condition que ces mesures aient un véritable effet pro-compétitif sur le marché concerné. Un processus de vérification a été mis en place par les Cours de justice américaines, qui vise à vérifier si « les avantages pro-concurrentiels d'un accord de restriction du commerce l'emportent sur les effets

³⁶ 51^{ème} Congrès des Etats-Unis, 1890.

anticoncurrentiels de cette restriction sur le marché³⁷». Cette procédure est appliquée lorsqu'une mesure semble avoir un effet anti-compétitif sur un marché : l'entité s'opposant à cette mesure (accord, entente ou monopole sur le marché) doit prouver qu'elle a des effets négatifs en termes de concurrence, tandis que l'entité responsable de la mesure appliquée doit prouver que celle-ci permet *in fine* des effets économiques positifs (même s'ils participent à restreindre la concurrence sur un marché). L'opposant doit également prouver qu'il serait possible d'atteindre les mêmes résultats avec des dispositions différentes, moins restrictives. Il relève ensuite de la responsabilité de la Cour de justice saisie de déterminer quels effets (anti-compétitifs ou pro-compétitifs) sont les plus importants, afin de déterminer s'il y a violation des lois antitrust et d'éventuellement condamner l'entité économique concernée.

Toutefois, ces règles ne s'appliquent que dans le cas où est identifié un marché économique, sur lequel un certain nombre d'entités (entreprises ou autres) ont une activité commerciale. Il est en revanche possible pour une entité d'avoir l'équivalent d'un monopole sur un domaine si son objectif n'est pas lucratif et si aucun marché économique pertinent n'est véritablement défini.

Initialement, la NCAA disposait donc d'une exemption pro-compétitive : même s'il était possible de considérer que la ligue disposait d'un monopole dans l'organisation des compétitions universitaires, ce qui constitue une forme de monopole, elle était dispensée de respecter les règles du *Sherman Antitrust Act*, car son activité n'était pas considérée comme commerciale.

b. La disqualification originelle d'activité commerciale de la NCAA

Dès les années 1970, différents litiges ont eu lieu, dans le cadre desquels les plaignants cherchaient à démontrer que la NCAA avait une activité commerciale mais, pour chacun de ces litiges, le caractère non-lucratif des activités de la NCAA a été reconnu. Cette qualification a été soutenue durant plusieurs décennies grâce au précédent jurisprudentiel créé par plusieurs décisions, parmi lesquelles deux décisions³⁸ : *College Athletic Placement Service Inc. v. National Collegiate Athletic Association*³⁹ (1974) et *Jones v. NCAA*⁴⁰ (1975).

La première décision faisait suite à un litige entre la NCAA et une société commerciale qui aidait de jeunes athlètes à obtenir des bourses universitaires. Cette société s'opposait à la

³⁷ M. STEELE, « O'Bannon v. NCAA: The Beginning of the End of the Amateurism Justification for the NCAA in Antitrust Litigation », *Maquette Law Review*, n°99, 2015, pp 511-540.

³⁸ T. BAKER, M. EDELMAN, N. WATANABE, « Debunking the NCAA's Myth that Amateurism Conforms with Antitrust Law : A Legal and Statistical Analysis », *Social Science Research Network*, 2017, pp. 1-34.

³⁹ Cour d'Appel des Etats-Unis pour le 3^e Circuit, 1974, *College Athletic Placement Service Inc. v. National Collegiate Athletic Association*.

⁴⁰ Cour de District des Etats-Unis pour le district du Massachussets, 1975, *Jones v. NCAA*.

réglementation de la NCAA qui empêchait les athlètes d'avoir recours à de tels services, sous couvert de respecter les réglementations relatives à l'amateurisme. La société plaignante souhaitait faire reconnaître une activité commerciale et une concurrence déloyale de la part de la NCAA, afin de disqualifier cette réglementation. Toutefois, la Cour a donné raison à la NCAA, indiquant que l'ensemble des dispositions de la NCAA relatives à l'attribution de bourses scolaires étaient justifiées par la « préservation des standards d'éducation dans les institutions membres » et que la NCAA n'avait aucun but commercial. Dès lors, la NCAA n'avait pas une activité commerciale lucrative et l'accusation de concurrence déloyale ne pouvait être appliquée. De plus, la préservation des standards d'éducation en faveur des étudiants justifiait l'application de telles règles, même si celles-ci pouvaient paraître restreindre l'activité commerciale.

La seconde décision, *Jones v. NCAA*⁴¹, opposait la NCAA à un joueur de hockey, déclaré inéligible par la NCAA alors qu'il souhaitait jouer au sein de l'équipe de son université. Son inéligibilité avait été établie car il avait obtenu certaines compensations monétaires de la part d'équipes amateurs de hockey pour lesquelles il avait joué pendant les deux années précédant son entrée à l'université. Aucune exonération ne lui avait été accordée pour lui permettre de jouer au sein de la NCAA et il a donc utilisé la procédure judiciaire afin de remettre en cause le potentiel effet anti-concurrentiel des règlements de la NCAA. La Cour saisie a considéré que ce moyen ne pouvait être employé car la NCAA n'avait pas d'activité commerciale mais bien une activité éducative non-lucrative. Un tel moyen, portant sur le sujet de la libre-concurrence, ne pouvait donc pas être appliqué ici.

Ces deux décisions, qui sont parmi les premières à avoir été rendues concernant les réglementations de la NCAA sur l'amateurisme, font partie des précédents jurisprudentiels ayant permis de reconnaître à la NCAA une présomption pro-concurrentielle durant de longues années. En effet, chacune des plaintes présentées visait à remettre en cause l'amateurisme défendu par la NCAA, car ce fonctionnement représenterait un obstacle à l'application des lois de la libre-concurrence. Toutefois, ces décisions ont établi une présomption selon laquelle les réglementations mises en place par la NCAA ne s'opposaient pas, par défaut, à la réglementation de protection de la libre-concurrence et n'étaient pas condamnables. Alors que les plaignants envisageaient l'activité de la NCAA comme une activité lucrative, cela n'a pas été reconnu par les tribunaux concernés : au contraire, les Cours ont établi que l'activité de la NCAA était une activité d'éducation uniquement, par essence non lucrative. Ceux-ci n'ont pas condamné les réglementations de la NCAA comme étant contraires aux lois américaines de la libre-concurrence, car de telles lois ne sont pas applicables dans un secteur non lucratif. De

⁴¹ Cour de District des Etats-Unis pour le district du Massachussets, 1975, *Jones v. NCAA*.

plus, ces décisions ont permis d'établir que les réglementations liées à l'amateurisme étaient justifiées par la préservation du niveau de formation proposé par les universités : de telles réglementations apparaissaient nécessaires afin de préserver le niveau de formation scolaire et sportif des universités.

Durant de nombreuses années, le raisonnement économique reposant sur la protection de la libre-concurrence ne s'appliquait donc pas à la NCAA et ne pouvait être utilisé pour argumenter pour ou contre la pratique amateur, étant donné que le secteur du sport universitaire était reconnu comme un secteur non lucratif. Ces décisions, rendues par des Cours de district, permettent de comprendre la réflexion appliquée à cette période pour chaque cas de litige portant sur ces sujets. Elles ont été plusieurs fois réutilisées pour appuyer la présomption pro-concurrentielle qui protégeait les règles de fonctionnement de la NCAA, car le moyen de la libre-concurrence a été le moyen le plus utilisé afin de remettre en cause la réglementation de la NCAA.

c. La reconnaissance d'une industrie unique sur le marché du divertissement

Alors que la jurisprudence des années 1970 disqualifiait le caractère lucratif des activités de la NCAA, la première évolution jurisprudentielle majeure ayant entraîné une nouvelle réflexion quant au positionnement lucratif et commercial de la NCAA a eu lieu en 1984 avec la décision *Board of Regents*⁴².

Cette décision de la Cour Suprême américaine vient d'une plainte des universités des états de Géorgie et d'Oklahoma contre la NCAA. Celles-ci s'opposaient à une décision de la ligue, qui souhaitait limiter le nombre de matchs universitaires de football américain diffusés par chaque université et les droits télévisuels qu'elles pouvaient obtenir grâce à la diffusion de ces matchs⁴³, sous peine de sanction disciplinaire.

En positionnant l'analyse économique sur le marché des droits de diffusion télévisuelle, dans lequel les acheteurs sont les diffuseurs et le vendeur unique était jusqu'alors la NCAA, la Cour Suprême a donné raison aux universités : elle a en effet considéré que la limitation du nombre de matchs télédiffusés par les universités et l'encadrement des droits audiovisuels constituaient des atteintes à la libre-concurrence, car la NCAA interdisait l'entrée de nouveaux concurrents sur ce marché. Les universités ont donc obtenu gain de cause et ont finalement récupéré la gestion des droits de télédiffusion des matchs universitaires de football

⁴² Cour Suprême des Etats-Unis, 1984, *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*, et al.

⁴³ T. BAKER, M. EDELMAN, N. WATANABE, « Debunking the NCAA's Myth that Amateurism Conforms with Antitrust Law : A Legal and Statistical Analysis », *Social Science Research Network*, 2017, pp. 1-34.

américain⁴⁴ : depuis lors, ces droits ne reviennent pas à la NCAA (comme c'est le cas des droits de diffusion télévisuelle des autres championnats), mais sont vendus et répartis au niveau de chaque conférence⁴⁵.

Malgré cette considération d'une intervention de la NCAA sur le marché des droits télévisuels, cette décision a eu des effets contradictoires, car la Cour ne s'est pas limitée à une réflexion sur l'exploitation des droits de diffusion télévisée des matchs de la Division I de football américain. Un autre pan de la décision a également impacté le fonctionnement général du sport universitaire et a permis de renforcer la présomption pro-concurrentielle en faveur des activités de la NCAA.

La Cour Suprême a reconnu le secteur du sport universitaire comme une industrie unique, même si cette industrie fait plus largement partie du marché du divertissement. En effet, les compétitions sportives constituent un divertissement pour les consommateurs et la NCAA vend un produit de divertissement lorsqu'elle vend les droits de ses compétitions pour que celles-ci puissent être diffusées. Toutefois, la NCAA maintenait également que l'intérêt du public venait justement du statut amateur des joueurs et que la production d'un divertissement de qualité était liée au fonctionnement amateur de la ligue. Cet argument a prévalu sur la protection de la libre-concurrence pour la proposition d'un divertissement aux consommateurs. Cela constitue une continuité des jurisprudences précédemment appliquées, notamment dans le cadre des décisions *College Athletic Placement Service Inc. v. National Collegiate Athletic Association* et *Jones v. NCAA*.

Dans le cadre du marché du divertissement, les consommateurs sont le public et le producteur principal est la NCAA : le critère de l'amateurisme, même s'il aurait pu être remis en question car contraire aux exigences de la libre-concurrence, apparaît ici comme un élément indispensable au bon fonctionnement de ce secteur et à la qualité du produit proposé aux consommateurs. Il a été établi qu'il relevait de la responsabilité de la NCAA de protéger le fonctionnement amateur des compétitions universitaires car l'amateurisme permettait de garantir la qualité et la diversité des compétitions universitaires proposées au public : « il ne fait aucun doute que [la NCAA] a besoin d'une grande latitude pour jouer son rôle [de maintien de la tradition de l'amateurisme dans le sport universitaire], ou que la préservation de l'étudiant-athlète dans l'enseignement supérieur ajoute de la richesse et de la diversité au sport

⁴⁴ Cette jurisprudence permet notamment d'expliquer pourquoi la NCAA ne touche plus les revenus liés aux droits de diffusion télévisée des matchs de football américain : depuis cette décision, la gestion des droits de diffusion des matchs de football américain de D-1 a été confiée aux conférences (qui correspondraient à des ligues régionales fermées dans le système français), qui sont pour cela indépendantes de la centralisation de la NCAA.

⁴⁵ N. BRISON, T. A. BARKER III, « From Board of Regents to O'Bannon: How Antitrust and Media Rights Have Influenced College Football », *Marquette Sports Law Review*, n°26(2), 2016, pp. 331-362.

universitaire et est tout à fait conforme aux objectifs du *Sherman Act*⁴⁶ ». Les athlètes doivent donc conserver un véritable statut d'étudiants-athlètes, avec les obligations et les limitations liées à ce statut, afin de garantir la production d'un divertissement de qualité. L'amateurisme pouvait donc être analysé comme un outil en faveur de la libre-concurrence sur le marché du divertissement car c'est ce fonctionnement qui permet à la NCAA de faire face aux autres acteurs du marché du divertissement (tels que les cinémas ou les producteurs de spectacle, par exemple) et de se différencier des ligues sportives américaines professionnelles, qui rémunèrent directement leurs athlètes et n'ont pas d'activité de formation. C'est ainsi que la Cour Suprême a reconnu le sport universitaire comme une industrie unique.

Ainsi, même si l'exigence d'un statut amateur pouvait porter préjudice aux exigences de la libre-concurrence et pouvait avoir certains effets anti-compétitifs, le positionnement des activités de la NCAA sur le marché du divertissement a permis d'établir une présomption selon laquelle, par défaut, toute réglementation de la NCAA avait pour objectif de préserver la qualité du sport universitaire, ce qui correspondait notamment à la préservation d'un fonctionnement amateur. Toutefois, à l'usage, et après l'exploitation de cette jurisprudence dans un certain nombre de décisions durant les décennies suivantes, la présomption pro-concurrentielle est devenue une véritable exemption pro-concurrentielle vis-à-vis des lois de protection de la libre-concurrence. Dès lors, le fonctionnement de la NCAA ne pouvait pas être remis en cause sur le sujet du respect des exigences de la libre-concurrence et le statut amateur des étudiants-athlètes devait absolument être respecté.

La décision *Board of Regents*⁴⁷ a donc représenté une avancée paradoxale : les activités de la NCAA sur le marché des droits de diffusion télévisuelle étaient maintenant analysées comme des activités lucratives, identifiées comme appartenant au marché du divertissement. Cette décision entre en contradiction avec les précédentes analyses qui voyaient ces activités comme des activités de formation uniquement, non lucratives. Toutefois, cela n'entraîne pas une condamnation automatique de certaines réglementations en vertu des règles de la libre-concurrence : le marché analysé étant celui du divertissement (les compétitions sportives universitaires étant un divertissement parmi d'autres pour le public), les réglementations liées à l'amateurisme apparaissent comme indispensables afin de protéger la qualité de ce produit et de continuer à créer de l'intérêt pour les consommateurs. L'amateurisme, et l'ensemble des réglementations afférentes qui portent sur la rémunération

⁴⁶ T. BAKER, M. EDELMAN, N. WATANABE, « Debunking the NCAA's Myth that Amateurism Conforms with Antitrust Law : A Legal and Statistical Analysis », Social Science Research Network, 2017, pp. 1-34.

⁴⁷ Cour Suprême des Etats-Unis, 1984, *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*, et al.

de la capacité sportive ainsi que les droits de publicité, sont alors légitimés car permettant d'encourager l'activité économique liée au positionnement de la NCAA comme un acteur du marché du divertissement. Une présomption (puis une exemption) pro-concurrentielle s'est donc imposée en faveur des dispositions prises par la NCAA.

1.2 L'assimilation du sport universitaire à une activité commerciale

Alors que le positionnement de la NCAA sur le marché du divertissement avait été institutionnalisé par la décision *Board of Regents* de 1984, et alors que l'amateurisme a été reconnu comme indispensable pendant de longues années, l'écosystème de la NCAA n'a cessé d'évoluer depuis le début du 21^{ème} siècle. Les analyses et exemptions qui prévalaient jusqu'alors ont perdu de leur légitimité : leur fondement juridique a été revu et les justifications historiques de l'amateurisme sont maintenant remises en cause.

a. Le revirement des années 2010 : les premiers pas jurisprudentiels vers la reconnaissance d'une activité commerciale de la NCAA

Un premier revirement important de jurisprudence a eu lieu en 2014, suite à une plainte déposée par plusieurs athlètes parmi lesquels Ed O'Bannon (qui a donné son nom à l'arrêt concerné). Cette plainte portait sur l'ancienne réglementation concernant les droits de publicité, en vigueur jusqu'en 2021, selon laquelle les athlètes de NCAA avaient interdiction d'exploiter leurs droits de publicité. Dans le cadre de leur plainte, les athlètes souhaitaient faire reconnaître cette ancienne réglementation comme une entrave à la libre-concurrence. La décision *O'Bannon v. NCAA*⁴⁸ (2014) marque ainsi une importante évolution jurisprudentielle dans l'analyse juridique de la NCAA : alors que la NCAA souhaitait faire valoir l'amateurisme comme indissociable de son activité, et nécessaire à son fonctionnement et à l'intérêt du public, l'analyse de la Cour a différé et l'amateurisme n'a plus été directement accepté en raison du caractère non-lucratif des activités de la NCAA.

Les différentes plaintes portaient sur l'exploitation commerciale des images des étudiants-athlètes, dont la NCAA tirait profit sans que les athlètes eux-mêmes n'en tirent des revenus, toujours en vertu du fonctionnement amateur de la ligue. Ces plaintes font suite au constat que les droits de publicité des compétitions universitaires et des athlètes créent de la valeur : par exemple, certains jeux vidéo inspirés par la Division I masculine de football

⁴⁸ Cour d'Appel des Etats-Unis pour le 9^e Circuit, 2014, *O'Bannon v. NCAA*.

américain de la NCAA qui ont existé jusqu'à 2014 généraient environ \$80 millions de revenus par an⁴⁹.

Alors que la NCAA souhaitait une nouvelle fois faire valoir le caractère unique de son activité, qui dépend de son fonctionnement amateur pour produire des compétitions de qualité et assurer l'intérêt de son audience, la Cour de District des Etats-Unis pour le District de Californie du Nord (*U.S District Court for the Northern District of California*), a présenté une nouvelle analyse de la situation, qui constitue le point de départ des évolutions les plus récentes de la politique NIL provisoire. En effet, la Cour a, pour la première fois, considéré que ces arguments ne suffisaient plus à justifier l'exemption pro-concurrentielle dont bénéficiait la NCAA, en expliquant que la définition de l'amateurisme présentée par la NCAA n'était pas suffisamment claire et qu'il n'y avait pas de preuve tangible que l'intérêt porté par l'audience aux compétitions universitaires dépendait du statut amateur des joueurs.

La jurisprudence *Board of Regents* de 1984 et l'exemption pro-concurrentielle habituellement accordées aux réglementations de l'amateurisme n'ont pas été appliquées ici, car les activités de la NCAA ont été analysées à partir d'un nouveau marché. Alors que le marché pertinent était jusqu'alors le marché du divertissement, les juges se sont positionnés sur le marché des droits de publicité, indiquant que les conclusions de la décision *Board of Regents* ne s'y appliquaient pas car cette décision portait uniquement sur le marché des droits télévisuels. En effet, au vu des sommes et des revenus portant sur l'exploitation de l'image des athlètes, les juges ont considéré qu'un nouveau marché économique pouvait être identifié, sur lequel la NCAA avait une activité lucrative en tant qu'exploitant de ces droits : « dans l'ensemble, la juge Wilken a clairement constaté l'existence d'un marché pour le nom, l'image et l'identification des athlètes du plus au haut niveau exerçant les sports les plus populaires de la NCAA⁵⁰ ».

Cette analyse d'un nouveau marché n'a pas mené à une disqualification générale de l'amateurisme mais a tout d'abord permis de mettre en avant l'idée qu'une autre organisation pourrait avoir les mêmes résultats que l'organisation traditionnelle : se posait notamment la question d'augmenter les plafonds des bourses universitaires des étudiants-athlètes ou bien de leur verser une part des droits de publicité obtenus par la NCAA, toujours avec un plafonnement précis.

La réflexion concernant l'identification d'un marché pertinent a encore évolué en appel, lorsqu'est intervenue la Cour d'Appel du 9^e Circuit. Celle-ci a intégré le marché des droits de

⁴⁹ L. TEPEN, « Pay to Play: Looking Beyond Direct Compensation and Towards Paying College Athletes for Themselves », *Washington University Journal of Law & Policy*, n°65(1), 2021, pp. 213-246.

⁵⁰ *Idem*.

publicité des athlètes à un marché plus général appelé “college education market⁵¹”, soit le marché du sport universitaire. Pour cela, le tribunal a considéré que les universités cherchent à produire un spectacle sportif de qualité, pour lequel elles doivent recruter des athlètes, notamment en leur offrant des bourses universitaires et divers avantages en nature. Les règles de la NCAA en faveur de l’amateurisme ont donc participé à restreindre la concurrence sur ce marché, car les universités ne pouvaient pas utiliser la rémunération des droits de publicité comme un argument de recrutement⁵² : est alors apparue la possibilité de considérer que des réglementations moins restrictives qu’un amateurisme absolu pouvaient avoir le même effet et participer à produire un spectacle et des compétitions sportives de haut niveau.

De manière paradoxale, la tradition de l’amateurisme a tout de même prévalu : même si la Cour a reconnu que d’autres dispositions auraient pu être mises en place, l’amateurisme n’a pas été totalement remis en cause et sa tradition a continué à être respectée. La Cour a notamment été sensible à l’argument de la NCAA, selon lequel « la tradition vénérée de l’amateurisme⁵³ » était importante afin de préserver l’intérêt de l’audience pour le sport universitaire et a souhaité limiter sa décision au cas de la limitation des droits de publicité versés aux athlètes (se détachant donc des autres débats portant sur la rémunération de la capacité athlétique ou la potentielle augmentation des bourses universitaires accordées aux étudiants-athlètes).

Si, *in fine*, la NCAA a obtenu la validation de son fonctionnement amateur, les nouvelles analyses proposées et les arguments exposés ont constitué le point de départ de nouveaux questionnements sur le fonctionnement de la NCAA. La décision *O’Bannon v. NCAA* a permis de faire apparaître une nouvelle analyse prenant en compte la réalité économique de marché : « les réalités économiques de la Division I masculine de football américain et de basketball au 21^{ème} siècle sont telles qu’il n’y a plus de raison viable de traiter ces joueurs comme s’ils étaient des amateurs. Ils ne le sont pas. Et O’Bannon fait le premier pas vers ce nouveau paradigme du sport universitaire⁵⁴ ».

Est ainsi apparue une réflexion portant sur le marché du sport universitaire. La question centrale posée après ces arrêts était : Les dispositions de la NCAA relatives à l’amateurisme sont-elles nécessaires à la création du produit que constitue le sport universitaire ? La

⁵¹ N. BRISON, T. A. BARKER III, « From Board of Regents to O’Bannon: How Antitrust and Media Rights Have Influenced College Football », *Marquette Sports Law Review*, n°26(2), 2016, pp. 331-362.

⁵² *Idem*.

⁵³ T. BAKER, M. EDELMAN, N. WATANABE, « Debunking the NCAA’s Myth that Amateurism Conforms with Antitrust Law : A Legal and Statistical Analysis », *Social Science Research Network*, 2017, pp. 1-34.

⁵⁴ M. STEELE, « O’Bannon v. NCAA: The Beginning of the End of the Amateurism Justification for the NCAA in Antitrust Litigation », *Maquette Law Review*, n°99, 2015, pp 511-540.

limitation des droits de publicité et l'interdiction de rémunération de la capacité sportive sont-elles nécessaires à la création de ce produit⁵⁵?

Les interrogations soulevées par cet arrêt constituaient un nouveau fondement qui pourrait permettre aux étudiants-athlètes de remettre plus tard en cause le fonctionnement de la NCAA, notamment en ce qui concerne les droits de publicité qui étaient au centre de cet arrêt. En effet, l'activité de la NCAA n'était plus seulement assimilée à une activité d'éducation non-lucrative mais un consensus est apparu autour de l'idée que le marché pertinent était plutôt celui du sport universitaire, sur lequel la NCAA est un producteur qui obtient des revenus grâce aux performances réalisées par les athlètes.

b. La condamnation d'un fonctionnement contraire à la protection de la libre-concurrence : vers de nouveaux mécanismes de compensation des athlètes ?

Alors que la décision *O'Bannon v. NCAA* portait uniquement sur la question des droits de publicité de la part des athlètes, la décision *Grant-in-Aid* (qui réunit plusieurs décisions liées à des plaintes déposées par des joueurs de la Division I de football américain, des joueurs de la Division I de basketball et des joueuses de la Division I de basketball⁵⁶) portait sur la question des revenus reversés aux athlètes par les universités. Cette décision concernait deux types de revenus : les revenus « liés à l'éducation » (« *education related benefits* »), soit les compensations scolaires et potentielles bourses accordées aux athlètes afin de financer leurs études, dont les montants sont fortement limités et les revenus « non-liés à l'éducation » (« *non-education related benefits* »), soit tout autre type de revenus potentiellement perçus par les athlètes (liés par exemple à la capacité sportive ou à l'exploitation des droits de publicité), qui sont interdits. Cette analyse est donc plus large que celle menée lors des décisions précédentes et c'est ce périmètre étendu d'analyse qui a donné une telle importance aux décisions rendues par la Cour d'appel du 9^e Circuit en 2021.

La plainte des athlètes portait sur les plafonnements financiers établis par la NCAA en ce qui concerne à la fois les bourses universitaires accordées aux étudiants-athlètes (qui sont très strictement encadrées) et l'interdiction de revenus extérieurs (tels que la rémunération de la capacité sportive et les droits de publicité). Une nouvelle fois, la NCAA a souhaité s'appuyer sur le précédent de la décision *Board of Regents* afin de défendre son fonctionnement amateur

⁵⁵ N. BRISON, T. A. BARKER III, « From Board of Regents to O'Bannon: How Antitrust and Media Rights Have Influenced College Football », *Marquette Sports Law Review*, n°26(2), 2016, pp. 331-362.

⁵⁶ L'ensemble de ces décisions sont : *Jenkins v. National Collegiate Athletic Association* et *Alston v. National Collegiate Athletic Association*, réunis sous l'appellation *In re National Collegiate Athletic Association Athletic Grant-in-Aid Cap Antitrust Litigation*, dont l'appellation a ensuite été raccourcie *Grant-in-Aid*.

mais cette analyse a été définitivement abandonnée. La décision *Grant-in-Aid* ne concerne pas la question des droits de publicité ou des droits de diffusion télévisée mais s'intéresse aux potentielles compensations versées aux athlètes : dans leur plainte, les athlètes remettent en effet en cause les plafonnements des compensations scolaires et des revenus des athlètes tels qu'ils étaient alors établis par la NCAA. Pour défendre leur point de vue, les plaignants se sont positionnés sur le marché qui avait été identifié par la décision *O'Bannon v. NCAA*, c'est-à-dire le marché du sport universitaire. En considérant que les universités achètent les services sportifs des athlètes, il est possible de considérer que l'amateurisme constitue une entrave au libre-échange : la volonté de ne pas accorder certaines compensations (scolaires ou sportives) aux athlètes constitue une violation des lois antitrust, car cela peut être interprété comme un refus de faire du commerce. Cela représente également une restriction dans la mise en place des compensations, qui pourraient mieux correspondre au talent et à la valeur des athlètes.

La décision de la Cour de district, la *U.S District Court for the Northern District of California*, reconnaissait que la limitation des compensations scolaires et des revenus des athlètes constituait des restrictions déraisonnables au commerce sur le marché du sport universitaire. La décision d'appel, rendue par la Cour d'Appel du 9^e Circuit, qui portait seulement sur le plafonnement des compensations scolaires, a finalement abouti à l'interdiction de ces restrictions : même si ces mesures sont légitimes car elles permettent de protéger la qualité du sport universitaire, elles ont été condamnées car trop strictes. Elles ont des effets anti-concurrentiels trop importants, notamment si l'on considère que d'autres mesures auraient pu avoir les mêmes effets de valorisation des compétitions sportives universitaires sur le marché du divertissement tout en engendrant moins de contraintes sur le marché du sport universitaire.

La Cour Suprême a validé la première décision rendue en appel par la Cour d'Appel du 9^e Circuit, en considérant que le contrôle de la NCAA sur le marché du sport universitaire entraînait une forte incapacité des athlètes à négocier les règles avec la NCAA. La Cour a également considéré que la NCAA ne reconnaissait qu'un coût très limité au travail réalisé par les athlètes. Pour la première fois, apparaît l'idée que les revenus de la NCAA sont réalisés à partir d'une main d'œuvre non salariée et que les athlètes pourraient légitimement prétendre à une compensation directe en raison de leur participation à la production du sport universitaire.

La décision rendue par la Cour Suprême portait uniquement sur le plafonnement des compensations scolaires, et la distinction entre compensations scolaires et potentiels revenus des athlètes est ici importante (même si la décision de première instance portait sur ces deux

sujets). En effet, un raisonnement semblable à celui qui a été appliqué au sujet des compensations scolaires pourrait mener aux mêmes conclusions pour la rémunération de la capacité sportive et les droits de publicité. Ce raisonnement a notamment été exprimé par le Juge Kavanaugh, dans une opinion séparée concordante⁵⁷ liée à la décision *Grant-in-Aid*. Selon lui, la même analyse devrait être appliquée aux interdictions de rémunération des athlètes, ce qui disqualifierait les réglementations de l'amateurisme présentées jusqu'alors : « si cette justification n'est pas valable, il est difficile de comprendre comment la NCAA peut légalement défendre les règles restantes liées à la rémunération⁵⁸ » et « l'essentiel à retenir est que la NCAA et ses universités membres suppriment le revenu des étudiants-athlètes étudiants qui génèrent collectivement des milliards de dollars de revenus pour les universités chaque année⁵⁹ ».

Ainsi, en juin 2021, la décision de la Cour Suprême a établi que la réglementation de la NCAA établissait des « des restrictions inutiles qui laissent les étudiants-athlètes sans autre possibilité de vendre leur force de travail⁶⁰ », remettant ainsi directement en question le plafonnement des compensations scolaires et ouvrant la porte à de futures remises en question de l'interdiction de la rémunération des athlètes. Toutefois, la Cour a eu conscience des évolutions importantes engendrées par cette décision et un transfert de compétence a eu lieu de la Cour Suprême au Congrès : il convenait alors de réfléchir à une définition claire de l'amateurisme (qui n'avait toujours pas été établie) et d'agir au niveau national afin de réguler les futurs mécanismes de rémunération des étudiants-athlètes (afin d'éviter l'établissement d'une réglementation autonome dans chacun des états).

Cet arrêt a donc d'importantes retombées politiques et juridiques : comme le mentionne le Juge Kavanaugh, de nouvelles analyses pourraient être appliquées, cette fois-ci sur la question des revenus directs des athlètes, qui pourraient dangereusement remettre en cause la prétention de la NCAA de rester une association de sport amateur. La NCAA a donc reconnu l'urgence d'établir une réglementation plus souple vis-à-vis des étudiants-athlètes et, afin d'éviter la disparition immédiate du fonctionnement amateur de la ligue, celle-ci a préféré évoluer en acceptant que les athlètes puissent percevoir des droits de publicité. En effet, l'idée de redistribuer certains droits de publicité aux athlètes en complément des bourses

⁵⁷ Une opinion séparée est une opinion alternative à l'opinion majoritaire de la Cour, rédigée par un ou plusieurs juges, soit parce qu'elle propose une solution différente (opinion dissidente), soit parce qu'elle offre un fondement différent à une solution identique (opinion concordante) ; selon Mastor, W. (2022). Opinions séparées et interprétations concurrentes de la Constitution. *La Revue Des Droits de l'Homme*, n°21. <https://doi.org/10.4000/revdh.13695>

⁵⁸ Cour Suprême des Etats Unis, 2021, *NCAA v. Alston* (Kavanaugh, J., concurring).

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ T. HENDERSON, « It's About Time: An Analysis of Name, Image, and Likeness Legislation in the United States », *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*, n°30(1), 2023, pp. 61-90.

universitaires faisait partie des solutions mentionnées afin d'éviter un fonctionnement trop restrictif. Cette solution permet de repousser encore la question d'une rémunération de la capacité sportive, qui est en contradiction directe avec le concept d'amateurisme, et qui a été évoquée par la Cour Suprême et notamment défendue par le juge Kavanaugh.

c. La concrétisation de ces revirements jurisprudentiels : la révolution de la politique NIL provisoire de 2021

Les décisions rendues dans les années 2010 et 2020 balaient différents éléments du fonctionnement de la NCAA mais chacune d'entre elles ouvre une brèche pour de potentielles futures analyses qui pourraient ensuite remettre en cause le fonctionnement amateur général de la NCAA. La prise de conscience que la limitation appliquée aux compensations scolaires des étudiants-athlètes était artificielle, et potentiellement injustifiée, ouvre notamment la porte à une argumentation en faveur d'une rémunération des étudiants-athlètes. En raison de ces récentes avancées, la NCAA a donc été confrontée à la nécessité d'agir afin de faire face à ces questionnements juridiques et politiques de plus en plus nombreux.

En complément de la décision *Grant-in-Aid*, la NCAA a dû intégrer les évolutions législatives proposées par certains états, la première étant la législation mise en place dans l'état de Californie, appelée *the Fair Pay to Play Act*⁶¹. Cette loi a été promulguée par le gouverneur de Californie le 30 septembre 2019, pour une entrée en vigueur à partir du 1^{er} septembre 2021 (initialement prévue pour 2023 mais avancée à une date antérieure). En vertu de cette loi, toute université percevant plus de 10 millions de dollars annuels de droits de publicité grâce au sport universitaire ne pouvait pas interdire ni limiter la capacité des étudiants-athlètes à exploiter leurs propres droits de publicité. Des lois similaires ont également été envisagées, voire mises en place dans un certain nombre d'autres états : à chaque fois, elles avaient pour objectif de ne plus empêcher les étudiants de profiter de leurs droits de publicité et de leur autoriser le recours aux services d'un avocat ou d'un agent. Certaines mentionnaient également la possibilité de verser des compensations scolaires ou une rémunération de la capacité sportive aux futurs athlètes.

Suite à la mise en place de la loi californienne, la NCAA a d'abord condamné cet *Act* en considérant notamment qu'il était nocif et inconstitutionnel⁶² mais elle a ensuite renoncé à combattre cette réglementation. Peu de temps après, la gouvernance de la NCAA a finalement

⁶¹ Compensation from use of student's name, image, or likeness; participation and scholarship eligibility; professional representation, Cal. Educ. Code § 67456 (West 2020, operative Jan. 1, 2023).

⁶² NCAA, *Letter from NCAA Bd. of Governors to Gavin Newsom, Governor, State of Cal*, 2019 [en ligne], disponible sur : <http://www.ncaa.org/about/resources/media-center/news/ncaareponds-california-senate-bill-206>, 9 juillet 2023

suivi ce mouvement et cherché un moyen de permettre aux athlètes de profiter de leurs droits de publicité. Ce mouvement a été renforcé par la décision *Grant-in-Aid*, qui condamne le plafonnement des compensations scolaires versées aux athlètes et ouvre une brèche dans la justification présentée par la NCAA pour défendre un fonctionnement amateur. La nouvelle politique NIL provisoire a ainsi été adoptée en 2021.

Il s'agit en réalité de dispositions temporaires, selon lesquelles :

"Les individus peuvent s'engager dans des activités d'exploitation de leur nom, image et identification compatibles avec la loi de l'état dans lequel l'université est située. [...] Les athlètes universitaires qui fréquentent une école située dans un état où il n'existe pas de loi NIL peuvent s'engager dans ce type d'activité sans enfreindre les règles de la NCAA relatives [à l'exploitation des droits de publicité]. Les individus peuvent faire appel à un prestataire de services professionnel pour leurs activités liées aux droits de publicité. Les étudiants-athlètes doivent signaler à leur établissement les activités de NIL conformément à la loi de l'état ou aux exigences de l'université et de la conférence auxquelles ils appartiennent⁶³».

Cette politique n'établit pas une autorisation pour tous les athlètes d'exploiter leurs droits de publicité mais retire l'interdiction qui était appliquée jusqu'à 2021. La NCAA est en effet liée par la réglementation présente dans chaque état, ce qui crée une certaine distorsion entre les universités des différents états : le président de la NCAA est conscient de cet état des choses et il a indiqué que, « « en raison de la diversité des lois adoptées par les états à travers le pays, nous continuerons à travailler avec le Congrès pour élaborer une solution qui apportera de la clarté au niveau fédéral⁶⁴ ». Une législation doit être mise en place par le Congrès mais cela n'a toujours pas eu lieu : la responsabilité d'établir des réglementations NIL claires repose encore aujourd'hui sur les états fédéraux, réglementations que doivent ensuite respecter les universités implantées dans chaque état et que devront appliquer les athlètes en fonction de l'université qu'ils intègrent.

Cette législation est une véritable révolution, qui va à l'encontre de ce que professait la NCAA durant de nombreuses années : alors que la ligue cherchait à limiter par tout moyen les compensations scolaires, la rémunération de la capacité sportive et les droits de publicité perçus par les athlètes, les décisions les plus récentes et les lois mises en place par divers états l'ont poussée à faire face aux conséquences des nouvelles analyses appliquées au

⁶³ C. PALMIERI. « The Billion Dollar Industry That Has Never Paid Its Money-Makers: The NCAA's Attempt at Compensation through Names, Images and Likeness », *Touro Law Review*, n°37(3), 2021, pp. 1605-1641.

⁶⁴ *Idem*.

marché du sport universitaire. L'exploitation des droits de publicité devient maintenant possible pour les étudiants-athlètes et l'amateurisme absolu de la NCAA n'est plus d'actualité.

Ces nouveaux modes de fonctionnement, auxquels la NCAA a été contrainte de s'adapter en raison des contraintes juridiques et politiques, constituent une véritable révolution pour les étudiants-athlètes. Alors qu'ils étaient jusqu'alors cantonnés à un statut purement étudiant, sur un secteur non-lucratif ayant pour objectif la formation universitaire, ils peuvent maintenant se positionner dans l'espoir d'obtenir un revenu complémentaire grâce à la valorisation de leurs droits de publicité. Ces opportunités étaient encore inenvisageables il y a quelques années, mais les récentes évolutions juridiques et politiques ont forcé la ligue à modifier sa réglementation. Cette modification, concrétisée par la politique NIL provisoire de 2021, entraîne un certain nombre de conséquences d'importance à la fois pour les athlètes, mais également pour les universités et pour la ligue, car la possibilité d'exploiter les droits de publicité des étudiants-athlètes participe à élargir les sources de revenus liés aux compétitions universitaires : le marché du sport universitaire en est fortement modifié, avec l'intégration de nouveaux acteurs et de nouveaux flux financiers. Les conséquences de ces modifications sont encore difficiles à mesurer : la loi NIL a été établie il y a 2 ans seulement et aucune réglementation définitive n'a encore été mise en place. Toutefois, le marché du sport universitaire sera inévitablement confronté à d'importantes évolutions, dont les conséquences risquent de se faire sentir à la fois à court et long terme : ces conséquences sont notamment liées à la protection de l'intégrité et de l'équité des compétitions, car ces nouvelles réglementations impactent le recrutement et la gestion du talent dans les équipes universitaires.

2) LES ÉVOLUTIONS DU MARCHÉ DU SPORT UNIVERSITAIRE FACE À LA NOUVELLE CONSIDÉRATION ACCORDÉE AUX ÉTUDIANTS-ATHLÈTES

Après un processus d'évolution qui a duré plusieurs décennies, l'activité de la NCAA n'est plus qualifiée d'activité éducative non-lucrative mais est reconnue comme une activité commerciale. Les arguments traditionnels de non-rémunération des étudiants-athlètes et de non-répartition des droits de publicité ont été surpassés par une analyse justifiant l'existence d'un véritable marché du sport universitaire, analyse développée au fil d'un certain nombre de décisions juridiques.

Les avancées ont été progressives et pas forcément uniformes sur tous les sujets mentionnés par ces jurisprudences, qui ont concerné :

- L'affirmation d'une activité éducative non-lucrative lors des premières jurisprudences liées à la NCAA,
- La répartition des revenus sur le marché des droits de diffusion télévisuelle (décision *Board of Regents*, en 1984),
- L'identification d'un marché du sport universitaire (décision *O'Bannon v. NCAA*, en 2014) et la reconnaissance d'une activité lucrative de la NCAA,
- Et la condamnation du plafonnement des compensations scolaires (décision *Grant-in-Aid* de 2021).

Chacune de ces décisions ne constitue pas une remise en cause totale et définitive du fonctionnement traditionnel de la NCAA et n'a pas abouti à une rémunération directe de la capacité sportive, mais elles démontrent une évolution dans la qualification de l'activité de la NCAA et dans l'identification du marché pertinent. Alors que l'activité de la NCAA était traditionnellement analysée comme une activité éducative à but non-lucratif, elle est aujourd'hui analysée comme une activité lucrative. La NCAA est maintenant reconnue comme un acteur central du marché du sport universitaire. Son activité doit donc être soumise aux lois de protection de la libre-concurrence et les mesures mises en place afin de protéger la qualité du spectacle sportif ne doivent pas être excessives : elles deviennent condamnables dès lors que d'autres mesures moins strictes pourraient être mises en place pour atteindre le même objectif, ce qui a été confirmé par les décisions de justice les plus récentes portant sur ces sujets.

Suite à toutes les évolutions jurisprudentielles présentées, la NCAA a été contrainte d'adopter une nouvelle réglementation relative à l'exploitation des droits de publicité des athlètes, la politique NIL provisoire de 2021. Comme mentionné précédemment, il s'agit d'un texte suspendant l'interdiction qui était jusqu'alors faite aux étudiants-athlètes d'exploiter leurs droits de publicité. Cela constitue une évolution politique interne majeure au sein de la NCAA, qui a été contrainte d'accepter cette modification suite aux décisions confirmant définitivement l'existence d'un marché du sport universitaire et l'exercice d'une activité lucrative par la NCAA.

L'exploitation des droits de publicité des athlètes ouvre un nouvel espace d'échanges économiques. Ce nouveau marché des droits de publicité individuels s'intègre au marché du sport universitaire : les athlètes peuvent valoriser et exploiter eux-mêmes leurs droits de publicité, ce qui leur permet d'accéder à des nouvelles ressources. Toutefois, ce marché en plein développement, dont la réglementation est encore balbutiante (des évolutions législatives sont à venir mais tardent à se concrétiser), participe à remodeler le marché du sport universitaire. Son apparition étant très récente, de nouveaux rapports s'instaurent entre tous les acteurs concernés : la NCAA et les universités, notamment, sont contraintes de modifier leur positionnement et, alors que la ligue était le principal organisme régulateur des échanges sur ce marché, un nouveau fonctionnement se met en place dans lequel elle n'est qu'un acteur parmi d'autres.

Cela a des conséquences directes sur le fonctionnement actuel des compétitions : les problématiques de gestion et de répartition du talent gagnent en importance. En effet, les étudiants-athlètes ne sont plus seulement des étudiants suivant un cursus de formation sportif et scolaire mais deviennent des acteurs du marché du sport universitaire suite aux dernières évolutions, même si la valorisation de leurs droits de publicité dépendra de leur renommée et de leurs résultats sportifs. Ces nouvelles opportunités rendent les athlètes moins dépendants des universités, qui doivent donc mettre en place de nouveaux mécanismes de fonctionnement afin de protéger leurs résultats sportifs et de gérer les talents. Le talent est entendu ici comme l'aptitude des étudiants à réussir certaines épreuves sportives : il est donc nécessaire pour une université de recruter une quantité suffisante de talent afin de garantir la production d'un spectacle sportif de qualité.

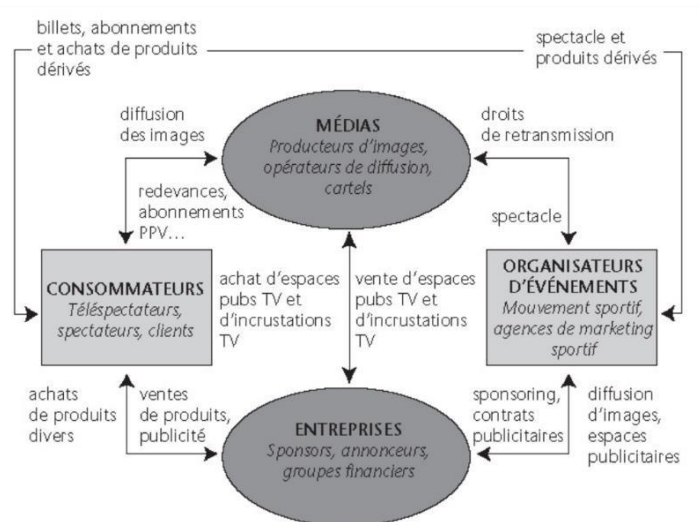
L'intégration de ces nouvelles opportunités économiques risque d'impacter la répartition du talent entre les universités et l'intégrité des compétitions.

2.1 L'intégration du marché des droits de publicité au marché du sport universitaire

a. L'apparition d'un nouvel espace d'échanges économiques

Ce que les textes juridiques américains qualifient de marché du sport universitaire, dans le cadre duquel les universités et la NCAA cherchent à produire pour le public un spectacle à partir de la pratique sportive étudiante, correspond aux analyses économiques de marché du spectacle sportif produites par ailleurs, concernant notamment le sport professionnel en Europe. Selon cette analyse⁶⁵, la qualité (et donc le talent) des athlètes est un élément indispensable à la production d'un spectacle de qualité, car cet élément est celui qui permet d'attirer des spectateurs et de monnayer la diffusion de la compétition.

Ce modèle est notamment appliqué au sport professionnel en Europe et le schéma suivant permet de comprendre les principaux flux liés à la production et à la médiatisation du spectacle sportif⁶⁶:



Comme le présente ce schéma, les flux financiers se répartissent entre les entreprises, les médias, les organisateurs d'événements et les consommateurs, à partir de la diffusion d'images sportives. Ces images sportives, créées lors des compétitions, créent de l'intérêt et gagnent de la valeur en fonction de la qualité et de l'enjeu de ces compétitions. La qualité des compétitions dépend notamment du niveau sportif des athlètes qui y participent : ceux-ci sont

⁶⁵ J.-P. GAYANT. « Chapitre 1. L'industrie du spectacle sportif », in *Économie du sport*, Paris, Dunod, 2016, pp.11-34.

⁶⁶ J.-F. BOURG, J.-J. GOUGUET, « II. Les modèles d'organisation du sport professionnel » in *Économie du sport*, Paris, La Découverte, 2012, pp. 58-78.

indispensables à l'organisation d'une compétition et sont la principale source de création de valeur autour de ces compétitions. Toutefois, ils n'apparaissent pas dans ce schéma car ils ne bénéficient pas des flux financiers créés autour des compétitions sportives, en dehors de la rémunération qui peut leur être versée par leur club. Dans le cas de la NCAA, il n'y a pas de rémunération directe des athlètes et l'amateurisme a longtemps été présenté comme un élément permettant de garantir la qualité du spectacle sportif universitaire et l'intérêt des consommateurs pour les championnats de Division I.

Cette problématique est celle qui a mené aux évolutions jurisprudentielles récentes du système de la NCAA, qui n'est plus uniquement une activité de formation mais dont le caractère lucratif a été définitivement établi par différentes jurisprudences de la Cour Suprême des Etats-Unis. Cette nouvelle analyse du marché du sport universitaire comme un marché du spectacle sportif permet d'analyser différemment les flux financiers présents autour de la NCAA et des acteurs du sport universitaire. S'ils ne peuvent toucher de rémunération de la part de la ligue ou de l'université, l'exploitation de leurs droits de publicité par les athlètes leur permet de prendre part aux flux financiers créés par leur participation à des compétitions sportives universitaires, afin de rééquilibrer l'organisation actuelle dans le cadre de laquelle l'ensemble des revenus créés par ces compétitions reviennent à la NCAA et aux universités. Ces fonds sont le plus souvent réinvestis dans les activités sportives, notamment en raison de la nature non-lucrative supposée de la NCAA, ce qui permet de financer la formation des élèves. Toutefois, comme cela a déjà été mentionné, une forme d'inégalité apparaît concernant la part de ces revenus attribués aux étudiants-athlètes, notamment si ceux-ci doivent être considérés comme les principaux éléments permettant de créer de la valeur lors des compétitions sportives.

Si cela ne constitue pas une valorisation directe de la qualité sportive des athlètes, la possibilité pour les athlètes d'exploiter leurs droits de publicité permet déjà une première reconnaissance de leur qualité et de leur renommée. En effet, grâce à la politique NIL provisoire, les athlètes sont maintenant libres de conclure des contrats d'image : en échange d'une somme (versée ponctuellement ou bien sous la forme d'un revenu régulier), les marques ou entreprises concernées obtiennent l'autorisation d'associer leur image à celle de l'athlète. Cela constitue une première valorisation de l'image de l'athlète, dont la renommée découle le plus souvent de ses résultats sportifs, même si sa rémunération ne peut pas être conditionnée à une performance particulière. En exploitant leurs propres droits de publicité, les athlètes bénéficient d'un revenu complémentaire et accèdent partiellement aux flux financiers existants autour de la production d'un spectacle sportif universitaire.

Il reste tout de même important de noter que la mise en place de ce nouveau marché n'empêche pas le fonctionnement habituel des marchés des droits de télédiffusion des compétitions universitaires, qui continuent de fonctionner à l'identique. Toutefois, l'ouverture du marché des droits de publicité individuels aux athlètes, suite à l'ensemble des réflexions liées aux dernières décisions jurisprudentielles, crée une nouvelle dimension dans le marché du sport universitaire.

b. Une valorisation inégale des droits de publicité des athlètes

L'exploitation des droits de publicité des athlètes dans le marché du sport universitaire est en pleine expansion depuis deux ans. Cela permet aux étudiants-athlètes qui souhaitent exploiter leurs droits de publicité de rencontrer l'ensemble des entreprises ou des entités susceptibles d'acheter ces droits. Les contrats se multiplient depuis deux ans, mais, malgré l'impression que peut donner ce marché d'être un marché très ouvert, générant d'importants flux financiers, les premières analyses permettent de constater qu'il s'agit d'un marché très concentré, créateur d'inégalités et à la taille financière sans doute moins importante qu'il n'y paraît.

Au vu des flux financiers particulièrement importants pour le football américain et le basketball masculins, ces deux disciplines sont celles pour lesquelles l'émergence de ce marché est particulièrement rémunératrice. Par exemple, les contrats les plus importants mis en place dès l'adoption de la politique NIL provisoire de 2021 concernaient principalement le football américain masculin : dans les premiers mois suivant l'adoption de la nouvelle réglementation, 80% des contrats signés concernaient des joueurs de football⁶⁷. De nombreux contrats ont également été établis pour des joueuses de basket et des gymnastes féminines, qui bénéficient d'une audience particulièrement importante sur les réseaux sociaux⁶⁸. Toutefois, les athlètes pratiquant d'autres disciplines dans le cadre de la Division I de la NCAA n'ont pas accès aux mêmes opportunités : si certains montants sont apparus comme très alléchants au début, la grande majorité des athlètes ne touchent pas de telles sommes⁶⁹.

Il convient donc de ne pas limiter l'analyse de ce marché et de son développement aux disciplines les plus lucratives mais de prendre en compte les conséquences que ces

⁶⁷ J. T. HOLDEN, M. EDELMAN, M. A. MCCANN, « A Short Treatise on College-Athlete Name, Image, and Likeness Rights: How America Regulates College Sports' New Economic Frontier », *Georgia Law Review*, n°57, 2022, pp. 1–78.

⁶⁸ Chiffres OpenDorse mentionnés dans : J. T. HOLDEN, M. EDELMAN, M. A. MCCANN, « A Short Treatise on College-Athlete Name, Image, and Likeness Rights: How America Regulates College Sports' New Economic Frontier », *Georgia Law Review*, n°57, 2022, pp. 1–78.

⁶⁹ D. SPENSER, « July data shows value of average NIL deal », 2021 [en ligne], disponible sur : <https://www.saturdaydownsouth.com/sec-football/july-data-shows-value-of-average-nil-deal/>, 9 juillet 2023

modifications peuvent avoir sur l'ensemble des disciplines intégrées à la NCAA, car d'importantes disparités apparaissent. Si d'importants contrats ont pu attirer l'attention peu de temps après l'adoption de la politique intérimaire de la NCAA, les montants moyen et médian pour un contrat ponctuel d'exploitation des droits de publicité d'un athlète sont de \$471 et de \$35⁷⁰, ce qui signifie qu'un grand nombre de contrats ne dépassent pas quelques dizaines de dollars, selon OpenDorse. OpenDorse est une plateforme de marché permettant aux athlètes et aux personnes intéressées de mettre en place des contrats NIL : ils se présentent comme « le leader du marché des athlètes et de la technologie NIL⁷¹ » et ont pour objectif d'aider les athlètes à valoriser et monétiser leurs droits de publicité. Ils accompagnent plus de 3000 athlètes mais le montant minimal permettant d'établir un contrat d'exploitation pour les droits de publicité d'un.e athlète sur leur plateforme est de 11\$.

De nombreuses inégalités apparaissent donc sur ce marché : la valeur des droits de publicité de chaque athlète va différer selon la discipline qu'il pratique ainsi que sa renommée, avec de très grandes différences entre les disciplines les plus populaires de la NCAA (football américain, basketball) et les autres disciplines. Selon les chiffres publiés par OpenDorse⁷², 49,6% des compensations pour la mise en place de contrats NIL concernent le football masculin, 18,9% concernent le basketball masculin et 12,6% concernent le basketball féminin. Cela signifie donc que 81,1% des revenus liés à des contrats NIL sont concentrés dans trois disciplines, alors que la NCAA couvre vingt-trois disciplines sportives, parmi lesquelles quinze sont à la fois féminines et masculines.

Parmi les dix premières disciplines permettant de percevoir les revenus NIL les plus importants, apparaissent également : le volleyball féminin, le softball féminin, le baseball masculin, l'athlétisme féminin, la gymnastique féminine, l'athlétisme masculin et la natation féminine⁷³. Six de ces dix disciplines sont donc des disciplines féminines, ce qui laisse entendre que l'intérêt des marques (hors football masculin et basketball masculin) se porte plus facilement sur des sportives, notamment car celles-ci seraient les plus à même de toucher d'importantes audiences sur les réseaux sociaux, notamment en raison d'une habitude plus

⁷⁰ Chiffres OpenDorse mentionnés dans : J. T. HOLDEN, M. EDELMAN, M. A. MCCANN, « A Short Treatise on College-Athlete Name, Image, and Likeness Rights: How America Regulates College Sports' New Economic Frontier », *Georgia Law Review*, n°57, 2022, pp. 1–78.

⁷¹ OpenDorse, *The NIL Deals Platform for Athletes, Fans, & Brands* [en ligne], disponible sur <https://opendorse.com>, 1^{er} juillet 2023

⁷² Chiffres Opendorse mentionnés dans : K. BALASAYGUN, « In the college sports pay era, female athletes are emerging as big economic winners », CNBC, 2022 [en ligne], disponible sur : <https://www.cnbc.com/2022/10/15/that-nike-bronny-james-nil-deal-was-a-big-deal-for-women-too.html>, 9 juillet 2023.

⁷³ K. BALASAYGUN, « In the college sports pay era, female athletes are emerging as big economic winners », CNBC, 2022 [en ligne], disponible sur : <https://www.cnbc.com/2022/10/15/that-nike-bronny-james-nil-deal-was-a-big-deal-for-women-too.html>, 9 juillet 2023.

ancienne d'utilisation des réseaux⁷⁴. Les premières estimations portant sur les revenus potentiels des étudiants-athlètes suite à l'adoption de la politique NIL provisoire montrent également que les sportives seraient capables de générer autant, voire plus, de revenus que les sportifs⁷⁵. Ces contrats NIL permettent notamment de compenser l'absence d'opportunités professionnelles des sportives⁷⁶.

L'intérêt des marques dépend du poids de chacun des sportifs sur les réseaux sociaux, poids qui n'a cessé d'augmenter pour la nouvelle génération de sportifs qui entrent actuellement à l'université et qui ont pour la grande majorité déjà commencé à construire une audience sur les réseaux sociaux, ce qui leur permettra d'obtenir des contrats d'autant plus rémunérateurs. Toutefois, entre les projections individuelles concernant certains sportifs particulièrement reconnus, dont les revenus pourraient atteindre entre 10 000\$ et 500 000\$⁷⁷ sur une période de plusieurs mois et les contrats conclus par le plus grand nombre d'athlètes qui n'ont pas de renommée particulière, dont les montants sont ponctuels et oscillent entre 10\$ et 500\$⁷⁸, d'importantes inégalités existent encore et ne permettent pas de considérer les revenus d'exploitation des droits de publicité comme une manne financière pour l'ensemble des étudiants-athlètes de la NCAA.

Dernièrement, il est important de noter que, même s'ils font partie des principaux acteurs du marché, le sujet des droits de publicité n'est pas encore totalement appréhendé par les athlètes eux-mêmes. Ceux-ci n'ont pas forcément reçu d'éducation particulière à propos des droits de publicité et il n'existe aucune instance de conseil que les étudiants-athlètes pourraient solliciter sur ces sujets. Ils dépendent donc des personnes présentes dans leur entourage proche, qui sont plus ou moins qualifiées afin de leur apporter de l'aide⁷⁹. Depuis 2021, « les écoles, et leurs départements sportifs en particulier, ont rapidement compris la nécessité d'informer les étudiants-athlètes et les supporters sur le sujet afin que leurs programmes de recrutement ne soient pas à la traîne⁸⁰ ». En effet, ce marché voit

⁷⁴ K. BALASAYGUN, « In the college sports pay era, female athletes are emerging as big economic winners », CNBC, 2022 [en ligne], disponible sur : <https://www.cnbc.com/2022/10/15/that-nike-bronny-james-nil-deal-was-a-big-deal-for-women-too.html>, 9 juillet 2023.

⁷⁵ A. J. MAESTAS, J. BELZER, « How Much Is NIL Worth To Student Athletes? », 2020, Athletic Director U [en ligne], disponible sur : <https://athleticdirector.uconn.edu/articles/how-much-is-nil-really-worth-to-student-athletes/>, 9 juillet 2023.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ OpenDorse, *The NIL Deals Platform for Athletes, Fans, & Brands* [en ligne], disponible sur <https://opendorse.com>, 1er juillet 2023

⁷⁹ J. T. HOLDEN, M. EDELMAN, M. A. MCCANN, « A Short Treatise on College-Athlete Name, Image, and Likeness Rights: How America Regulates College Sports' New Economic Frontier », *Georgia Law Review*, n°57, 2022, pp. 1-78.

⁸⁰ L. C. MURRAY, « The new frontier of NIL legislation », *Houston Law Review*, n°60(3), 2023, pp. 757-788.

également intervenir indirectement un certain nombre d'autres acteurs, qui impactent fortement son fonctionnement :

- Des agents (ou bien des plateformes de mise en relation, telles qu'OpenDorse) accompagnent les athlètes dans la conclusion des contrats d'exploitation de leurs droits de publicité⁸¹.
- Les universités elles-mêmes édictent certaines règles concernant la signature de contrats NIL par les étudiants-athlètes et décident parfois de collaborer avec certaines agences afin d'aider les étudiants-athlètes qui le souhaitent. De plus en plus d'universités recrutent dans leur département sportif une personne responsable de la gestion des contrats et des stratégies NIL, à la fois pour les étudiants et pour l'université elle-même.
- Enfin, les *boosters*, des tierces parties, interviennent sur le marché des droits de publicité, même si ce n'est pas leur rôle premier. Selon les réglementations de la NCAA, un booster est défini comme « une personne, une agence indépendante, une personne morale (par exemple, un fabricant de vêtements ou d'équipements) ou toute autre organisation dont un membre de la direction de l'établissement ou de l'administration des sports sait (ou aurait dû savoir) qu'elle a participé ou est membre d'une agence ou d'une organisation promouvant le programme sportif universitaire de l'établissement ou qu'elle aide ou a aidé à fournir des avantages aux étudiants-athlètes inscrits ou aux membres de leur famille⁸² ». Ces organisations, autorisées, sont souvent soutenues par les universités et ont pour rôle initial de supporter les athlètes d'une université, grâce à des dons de temps et/ou d'argent⁸³, une fois que les athlètes ont intégré l'université concernée. Toutefois, ces associations sont directement en contact avec les athlètes et, malgré l'interdiction qui leur est faite d'encourager un athlète à rejoindre particulièrement l'université à laquelle elles se rattachent en amont de son inscription, elles tendent également à intervenir sur le marché des droits de publicité (que ce soit en apportant un soutien particulier aux athlètes sur ces sujets ou bien en participant à négocier certains contrats, par exemple).

Tous ces acteurs participent à l'exploitation des droits de publicité des athlètes et contribuent à modeler ce nouveau marché, qui n'est pour l'instant pas régulé, alors que la

⁸¹ D. HARRIS, « The realm of agency is evolving along with NIL », Sports Business Journal, 2022 [en ligne], disponible sur <https://www.sportsbusinessjournal.com/SB-Blogs/COVID19-OpEds/2022/10/13-Harris.aspx>, 9 juillet 2023.

⁸² *Interim Name, Image and Likeness Policy Guidance Regarding Third Party Involvement*. (2021). NCAA.

⁸³ NCAA, Role of Boosters [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2013/11/27/role-of-boosters.aspx>, 8 juillet 2023.

conclusion de tels contrats n'est pas anodine. Indirectement, ces acteurs s'insèrent également sur le marché du sport universitaire.

La mise en place de la politique NIL provisoire de la NCAA en 2021 a donc partiellement remodelé le marché du sport universitaire, par l'ouverture d'un espace d'échanges économiques lié aux droits de publicité des athlètes. Alors que le marché du sport universitaire était depuis plus d'un siècle sous le contrôle de la NCAA, se pose la question de l'institution qui aura la charge de réguler ces nouveaux échanges, alors que le marché des droits de publicité est pour l'instant libéralisé à l'échelle fédérale, sans harmonisation des législations étatiques.

c. L'impact du « patchwork » actuel de réglementations sur l'intégrité des compétitions sportives universitaires

L'instauration de contrats d'exploitation de droits de publicité pour les athlètes impacte le marché du sport universitaire de différentes manières, en ce qui concerne notamment le recrutement, la propriété intellectuelle, le droit à l'image des athlètes et des universités, ... Parmi ces sujets, la question de l'intégrité économique des compétitions est particulièrement importante.

Afin d'éviter toute distorsion entre les universités de la NCAA, une régulation à l'échelle fédérale est nécessaire en raison de la nature du marché du sport universitaire : il n'est pas possible de changer la loi pour un état ou une université sans affecter l'ensemble de la compétition et il est donc crucial que chaque état et chaque université appliquent une loi identique, afin de préserver l'attractivité de la ligue. Cela induit une coopération entre compétiteurs sur un même marché⁸⁴, car la compétition sportive universitaire ne peut être équitable (et donc intéressante sportivement et commercialement) que si les différents acteurs de cette compétition ont strictement les mêmes droits et les mêmes opportunités, et se sont donc mis d'accord sur différents mécanismes de régulation. Tout déséquilibre économique excessif entre les capacités de financement de deux universités peut impacter le recrutement des talents, ou bien les capacités de formation et d'entraînement des sportifs. Si ce déséquilibre économique offre un (dés)avantage excessif à l'une des deux universités, la compétition risque de perdre en intérêt sportif, au détriment de la qualité du spectacle sportif proposée et de l'intérêt des consommateurs⁸⁵. Il est donc nécessaire d'assurer une équité des conditions de pratique sportive entre les différents acteurs d'une même compétition, à la fois

⁸⁴ J.-P. GAYANT. « Chapitre 1. L'industrie du spectacle sportif », in *Économie du sport*, Paris, Dunod, 2016, pp.11-34

⁸⁵ J.-P. GAYANT. « Chapitre 2. Les ligues et l'économie des sports collectifs », in *Économie du sport*, Paris, Dunod, 2016, pp.35-63.

pour des questions d'équité sportive mais également d'intérêt compétitif et économique du spectacle sportif finalement produit. La compétition s'étendant à l'ensemble du territoire américain, la régulation doit donc en être assurée grâce à une loi fédérale.

Suite à la décision *Grant-in-Aid* (2021), un transfert de compétences a eu lieu de la Cour Suprême au Congrès des Etats-Unis. Le Congrès est donc l'instance en charge de la régulation des droits de publicité, même si le reste des régulations de la NCAA s'appliquent encore à l'organisation des compétitions sportives universitaires. Un tel fonctionnement est directement lié aux conclusions de la décision *Grant-in-Aid* (2021) : alors que cette décision portait initialement sur la condamnation du plafonnement des compensations scolaires, offrir l'opportunité aux athlètes de percevoir des revenus grâce à l'exploitation de leurs droits de publicité permettait à la NCAA de s'adapter aux évolutions juridiques et politiques les plus récentes concernant la situation des étudiants-athlètes, tout en conservant un fonctionnement amateur, qui n'est pour l'instant pas remis en cause d'un point de vue législatif.

Six propositions de loi ont été déposées entre juin 2020 et mars 2023⁸⁶ sur le sujet de la régulation des droits de publicité. Il existe donc une vraie volonté de légiférer au sein des instances politiques américaines sur ce sujet. Toutefois, la rédaction de la loi était encore débattue au Congrès américain, au sein du Comité de l'Energie et du Commerce, en juin 2023. La réflexion porte notamment sur les problématiques d'intégrité des compétitions, afin d'empêcher l'utilisation des contrats de publicité⁸⁷ pour la manipulation des performances. Ce risque existe si la rémunération du contrat est liée aux performances d'un sportif à un moment particulier et il convient d'interdire toute corrélation entre les contrats d'image et les performances sportives. Une fois adoptée par le Congrès, la loi devra être approuvée par le Sénat puis promulguée par le président des Etats-Unis. Un certain délai risque donc encore de s'écouler avant qu'une législation fédérale uniforme ne soit mise en place⁸⁸, au vu des difficultés posées par le texte de loi mais également en raison de l'agenda politique général des Etats-Unis⁸⁹.

En l'absence d'une telle régulation, la compétition produite dans le cadre de la NCAA souffre d'une certaine iniquité. Celle-ci est particulièrement visible au niveau de certaines conférences, qui couvrent des états aux réglementations différentes : les athlètes d'un même tournoi n'ont alors pas les mêmes droits. Cette situation a notamment mené en septembre 2021 à l'envoi d'une lettre de la part des étudiants-athlètes des écoles de la Conférence de la

⁸⁶ L. C. MURRAY, « The new frontier of NIL legislation », *Houston Law Review*, n°60(3), 2023, pp. 757-788.

⁸⁷ L'utilisation du terme « contrats de publicité » fait référence aux contrats d'exploitation des droits de publicité des athlètes établis des athlètes et des entreprises, qui rémunèrent l'exploitation de l'image des athlètes.

⁸⁸ Entretien avec Anthony Ervin, réalisé le 23 juin 2023.

⁸⁹ L. C. MURRAY, « The new frontier of NIL legislation », *Houston Law Review*, n°60(3), 2023, pp. 757-788.

Côte Atlantique aux responsables de la Commission du Commerce du Sénat des Etats-Unis, réclamant la mise en place d'une loi fédérale. Les athlètes souhaitent notamment alerter le Sénat sur « l'injustice générée par le paysage actuel de la NIL, certains états n'ayant pas de lois sur les questions liées aux droits de publicité et certains états, universités et conférences ayant des lois plus restrictives que d'autres⁹⁰ ». De même, ce sujet est mentionné comme un sujet d'inquiétude dans le rapport institutionnel publié en avril 2023 par l'association Lead1 qui réunit les directeurs sportifs des universités de la Division I masculine de football américain de NCAA : « le problème auquel les conférences sont confrontées aujourd'hui, c'est qu'il s'agit de conférences multiétatiques et que chaque état adopte une loi différente avec des règles différentes, ce qui fait qu'il n'y a pas de cohérence entre les conférences, donc [...] il faut une loi fédérale qui normalise tout cela pour que les règles du jeu soient les mêmes pour tous⁹¹ ». Si ce rapport est produit par des directeurs sportifs investis dans la discipline du football américain, le même constat est applicable à l'ensemble des disciplines de la NCAA : l'adoption d'une politique temporaire suspendant l'interdiction d'exploitation des droits de publicité « a entraîné l'adoption d'un patchwork de législations différentes, créant des conditions de concurrence inégales dans le sport universitaire⁹² ».

Toutefois, la rédaction et l'adoption d'un texte de loi concernant l'exploitation de leurs droits de publicité par les athlètes peinent à aboutir. Dans l'intervalle, les universités sont encadrées par les lois des états dans lesquelles elles se situent, qui ne sont pas toujours les mêmes, car la politique temporaire de 2021 n'est pas contraignante : toutes les universités ne sont pas contraintes de l'appliquer et l'autorisation pour les athlètes d'exploiter leurs droits de publicité n'est pas encore explicite partout.

En mai 2023, plus de trente états avaient établi au moins une régulation partielle portant sur l'établissement de contrats d'exploitation des droits de publicité par des athlètes de la NCAA⁹³. L'essentiel de ces régulations porte sur les questions de propriété intellectuelle et de droit à l'image pour des contrats exploitant à la fois l'image d'un athlète et l'image de son université ou bien sur les questions de conformité des contrats de publicité aux lois. Ainsi, certains états encadrent ou interdisent la possibilité pour les athlètes de collaborer avec des marques d'alcool ou de tabac, comme c'est notamment le cas dans l'état du Tennessee⁹⁴. Ces réglementations sont à ce jour les seules produites par le système législatif américain et elles

⁹⁰ L. C. MURRAY, « The new frontier of NIL legislation », *Houston Law Review*, n°60(3), 2023, pp. 757-788.

⁹¹ *NIL Institutional report*. (2023). Lead1 Association.

⁹² L. C. MURRAY, « The new frontier of NIL legislation », *Houston Law Review*, n°60(3), 2023, pp. 757-788.

⁹³ T. HENDERSON, « It's About Time: An Analysis of Name, Image, and Likeness Legislation in the United States », *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*, n°30(1), 2023, pp. 61-90.

⁹⁴ J. T. HOLDEN, M. EDELMAN, M. A. MCCANN, « A Short Treatise on College-Athlete Name, Image, and Likeness Rights: How America Regulates College Sports' New Economic Frontier », *Georgia Law Review*, n°57, 2022, pp. 1-78.

interviennent principalement sur certains points précis des contrats conclus entre les athlètes et les marques, ce qui n'empêche pas le fonctionnement général du marché des droits de publicité.

Une loi fédérale s'appliquerait à l'ensemble des états, obligeant ceux-ci à harmoniser leur réglementation. Ceci explique notamment que ces réglementations restent partielles et se concentrent sur certains sujets particulièrement importants en fonction des territoires : toute législation étatique mise en place aujourd'hui devra à terme être modifiée afin de respecter la législation fédérale.

De son côté, la NCAA n'intervient que légèrement sur ces sujets et prend peu position, malgré les problèmes posés par les différences de régulation entre états. L'institution n'a pas émis de nouveau document mais édicte régulièrement des lignes de conduite afin d'orienter l'organisation et le fonctionnement des universités. Elle intervient également auprès du Congrès et encourage la production d'une loi fédérale uniforme, qui permettrait de clarifier la situation et de mettre fin à la juxtaposition actuelle des réglementations, qui constitue un « patchwork⁹⁵ » de réglementations en fonction des différents états américains. Cela rejoint notamment une déclaration du président de la NCAA, Mark Emmert, qui s'adressait au Congrès en septembre 2021 afin de demander une « assistance législative⁹⁶ » qui harmoniserait les réglementations liées aux droits de publicité en remplacement des réglementations étatiques appliquées jusqu'alors.

Se pose simplement la question de la capacité à réguler *a posteriori* certaines pratiques, alors que les universités et les athlètes sont pour l'instant assez libres dans leur exploitation des droits de publicité, tant qu'ils respectent les réglementations étatiques, qui ne sont que partielles pour l'instant. Certaines difficultés pourraient apparaître suite à la mise en place d'une loi fédérale, dans le cas où les réglementations étatiques existantes entreraient en contradiction avec cette loi. Si les universités et les états seront contraints d'intégrer et d'appliquer la loi fédérale, il reste à craindre que certaines pratiques ne soient compliquées à réprimer une fois qu'elles se seront installées⁹⁷.

L'introduction des droits de publicité sur le marché du sport universitaire entraîne donc un certain nombre de modifications dans le fonctionnement de la NCAA, en raison de l'apparition de nouveaux acteurs et de nouveaux flux financiers sur le marché du sport

⁹⁵ T. HENDERSON, « It's About Time: An Analysis of Name, Image, and Likeness Legislation in the United States », Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal, n°30(1), 2023, pp. 61-90.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ NIL Institutional report. (2023). Lead1 Association.

universitaire. Ces modifications, qui menacent notamment l'équilibre compétitif de la ligue, ont un impact particulièrement important sur la gestion des talents et le positionnement des étudiants-athlètes face à la ligue et aux universités. Ils ont en effet accès à de nouvelles opportunités et ressources, et ne sont plus seulement cantonnés à un rôle d'élèves en formation.

2.2 De nouveaux modes de gestion, de répartition et de rémunération du talent sur le marché du sport universitaire

Le marché du sport universitaire est fortement modifié suite à la politique NIL provisoire de 2021, qui crée de nouvelles opportunités de rémunération pour les étudiants-athlètes. Si ces opportunités de rémunération restent, pour la plupart des étudiants, assez faibles, elles participent tout de même à modifier le marché du sport universitaire. En effet, de nombreuses problématiques relatives à la présence des étudiants-athlètes sur ce marché apparaissent et le fonctionnement traditionnel de la NCAA risque d'être remis en question à plus long terme.

Ces modifications concernent notamment le recrutement et la gestion du talent par les universités, mais également le statut et la potentielle rémunération des étudiants-athlètes. Ceux-ci peuvent maintenant se positionner différemment vis-à-vis des universités, leur statut d'étudiant pouvant être redéfini en fonction des futures évolutions juridiques et économiques de la NCAA. La gestion des talents devient donc un sujet central pour les universités : alors que toute rémunération de la capacité sportive reste interdite, les opportunités d'exploitation bouleversent les procédures de recrutement et de gestion du talent.

Le recrutement d'étudiants-athlètes particulièrement qualifiés, et la capacité à faire progresser ces étudiants, est en effet particulièrement important pour développer le niveau sportif d'une équipe universitaire, et donc sa réputation et ses revenus. Même si l'exploitation des droits de publicité ne doit pas être liée aux résultats sportifs d'un étudiant, leur valorisation dépendra grandement de sa renommée. Cette opportunité de percevoir des revenus, si elle dépend notamment de la discipline pratiquée et de la renommée individuelle de chaque athlète, modifie tout de même le positionnement des étudiants sur le marché du sport universitaire. Cela impacte inévitablement le fonctionnement de la NCAA, et plus particulièrement la gestion des talents de la part des universités : celles-ci doivent obligatoirement prendre en compte ces nouvelles opportunités, notamment dans leurs processus de recrutement.

Ces évolutions pourraient également avoir des conséquences à plus long-terme sur le statut des étudiants-athlètes. En effet, certains des fondements juridiques ayant encouragé

l'adoption de la politique NIL provisoire de 2021, associés à la nouvelle répartition des flux financiers entre les acteurs du marché, peuvent faire craindre une évolution du sport universitaire vers un fonctionnement plus proche du fonctionnement professionnel, avec une rémunération de la capacité sportive des athlètes.

a. Le bouleversement des processus de recrutement des talents

L'un des premiers éléments constitutifs de l'intégrité d'une compétition et de l'intérêt sportif des rencontres est notamment la capacité à recruter des talents. Le recrutement des athlètes est fondamental pour les universités, car cela conditionne au moins partiellement leur réussite sportive. Le recrutement est également fondamental pour la ligue car la répartition équitable des talents au sein des compétitions fait partie des facteurs qui garantiront l'intérêt du spectacle sportif produit. Afin de conserver un système amateur et équitable au sein de la NCAA, un certain nombre de régulations sont nécessaires suite à l'adoption de la politique NIL provisoire de 2021.

En effet, afin d'éviter toute procédure semblable à une situation de *pay-for-play*, la NCAA interdit historiquement toute « incitation abusive au recrutement⁹⁸ » : en vertu du positionnement traditionnel de l'activité sportive en NCAA comme une activité de formation, le choix d'une université par un étudiant-athlète ne doit pas dépendre d'avantage(s) particulier(s) qu'il pourrait obtenir en fonction de l'université qu'il rejoint. Cette règle doit continuer à s'appliquer dans le cadre de la nouvelle politique NIL provisoire, qui mentionne particulièrement que « les règlements de la NCAA, y compris l'interdiction de rémunération de la capacité sportive et d'incitations abusives au recrutement restent en vigueur⁹⁹ ». Cette mention fait particulièrement référence à l'interdiction des incitations au recrutement originellement prévue dans le règlement de la NCAA. Les instances dirigeantes de la ligue souhaitent en effet éviter toute situation dans laquelle les universités et/ou les étudiants-athlètes pourraient utiliser les contrats d'exploitation des droits de publicité comme des arguments de recrutement : « durant la période d'application de la politique NIL provisoire adoptée en 2021, période de transition de la politique de la NIL, il est attendu que les écoles et les étudiants-athlètes n'utilisent pas les contrats d'exploitation des droits de publicité [...] comme une incitation inappropriée au recrutement¹⁰⁰ », ce qui signifie que « l'accès à des contrats NIL ne doit pas être subordonné à l'inscription dans une école particulière – par exemple, les établissements ne doivent pas utiliser les contrats NIL pour inciter indûment à

⁹⁸ Articles 10.1 et 13.2, NCAA Manual 2022-2023 Division I.

⁹⁹ *NIL Interim policy*. (2021). NCAA.

¹⁰⁰ *NIL Interim Policy Q&A*. (2021). NCAA.

l'inscription (par exemple, en garantissant une opportunité de contrat NIL particulière lors de l'inscription)¹⁰¹ ».

La question des incitations abusives au recrutement concerne également les *boosters*, officiellement indépendants des universités mais qui interviennent de manière croissante sur le marché des droits de publicité. Certaines pratiques mises en œuvre par ces associations pourraient être assimilées à de l'incitation abusive au recrutement, car les opportunités offertes pour l'exploitation des droits de publicité des athlètes leur permettent d'offrir de nouvelles formes de soutien financier aux athlètes avec lesquels les *boosters* sont en contact (même si les *boosters* ne sont pas censés approcher un athlète avant que celui-ci ne soit inscrit à l'université)¹⁰². Ces associations sont notamment protégées par les lois antitrust, qui empêchent la NCAA de les interdire complètement, mais diverses problématiques d'ingérence dans les recrutements et de soutien financier assimilable à du *pay-for-play* sont attentivement étudiées par la NCAA¹⁰³.

Outre ces procédures illégales au regard des règlements de la NCAA, la situation actuelle dans le cadre de laquelle les interdictions et les autorisations liées à l'exploitation des droits de publicité ne sont pas les mêmes dans toutes les universités et dans tous les états crée un déséquilibre compétitif entre les universités. Sont tout d'abord désavantagées les universités situées dans des états interdisant ou bien encadrant plus strictement la pratique des contrats d'exploitation des droits de publicité des athlètes. Même si la réglementation devra s'harmoniser en fonction de la loi fédérale établie par le Congrès des Etats-Unis, cela crée dans l'intervalle des inégalités entre universités dans le processus de recrutement : la marge de manœuvre laissée aux athlètes dans la négociation de contrats liés à leurs droits de publicité étant différente en fonction des universités et des états dans lequel ils étudient, une université offrant plus d'opportunités à ses étudiants-athlètes sera inévitablement favorisée par les étudiants¹⁰⁴. Il faudrait donc que toutes les universités puissent garantir les mêmes autorisations à tous les athlètes afin d'éviter tout avantage comparatif excessif pour l'une d'entre elles, mais cela repose sur la mise en place d'une régulation uniforme.

Ces différences de régulation, si elles doivent rester temporaires et n'existeront plus après l'adoption d'une loi fédérale, risquent tout de même d'impacter à plus long terme les

¹⁰¹ NIL Interim Policy Q&A. (2021). NCAA.

¹⁰² J. T. HOLDEN, M. EDELMAN, M. A. MCCANN, « A Short Treatise on College-Athlete Name, Image, and Likeness Rights: How America Regulates College Sports' New Economic Frontier », *Georgia Law Review*, n°57, 2022, pp. 1–78.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ L. CLARKE, « State-by-state rating system gives college recruits road map to evaluate NIL laws », *Washington Post*, 2021 [en ligne], disponible sur : <https://www.washingtonpost.com/sports/2021/10/21/name-image-likeness-laws-state-rankings/>, 8 juillet 2023.

processus de recrutement des athlètes : pour les disciplines les plus rémunératrices de la NCAA, les universités se lancent peu à peu dans une *arms race*¹⁰⁵ car elles sont incitées à conclure des contrats particulièrement intéressants afin d'attirer les athlètes les plus talentueux¹⁰⁶. En effet, si les universités ont l'interdiction de conditionner la mise en place de contrats de publicité au recrutement d'un athlète, elles peuvent tout de même proposer un certain nombre d'avantages qui attireront inévitablement les talents qu'elles souhaitent recruter, sans qu'il ne s'agisse d'incitations illégales : apparaissent donc de plus en plus de contrats qui permettent aux athlètes, sous certaines conditions, d'exploiter l'image de l'université en même temps que leurs propres droits de publicité ou bien de percevoir une part des revenus des droits de publicité des équipes sportives universitaires, certains contrats étant mis en place à l'échelle des équipes sportives universitaires. Les conditions d'exploitation des droits de publicité sont strictement encadrées et les revenus sont partagés entre les universités et les athlètes, mais cela pousse les universités à la surenchère afin d'assurer le recrutement d'un certain nombre de talents, lorsque la législation étatique les y autorise.

La question du recrutement des talents sur le marché du sport universitaire est donc profondément impactée par la mise en place de la nouvelle politique NIL provisoire: cette loi a en effet un impact sur la répartition des talents, leur rémunération et l'équité des compétitions. De nouveaux facteurs entrent en effet en ligne de compte dans le choix fait par les athlètes en ce qui concerne l'université qu'ils souhaitent rejoindre. Alors que les facteurs scolaires et sportifs étaient habituellement les principaux critères de choix des étudiants-athlètes, les critères de rémunération des droits de publicités et de liberté des athlètes dans la conclusion de contrats NIL gagnent en importance, notamment dans les disciplines pour lesquelles les contrats de publicité sont les plus rémunérateurs. Cette situation est particulièrement marquante tant qu'aucune loi fédérale n'est mise en place, mais certains éléments continueront d'exister, en fonction des opportunités que les universités seront capables de prévoir pour leurs étudiants-athlètes. Ces opportunités n'auront pas la même importance en fonction des disciplines, mais les universités ont conscience de l'intérêt qu'elles peuvent elles-mêmes tirer de cette nouvelle loi, soit en établissant des contrats collectifs d'exploitation des droits de publicité, soit en développant des systèmes d'accompagnement des étudiants-athlètes.

Les universités, qui étaient jusqu'alors liées par la NCAA, gagnent en autonomie (au moins dans l'intervalle précédant la publication d'une loi fédérale) et doivent exploiter les

¹⁰⁵ R. DELLENGER, « Big money donors have stepped out of the shadows to create 'chaotic' NIL Market », Sports Illustrated, 2022 [en ligne], disponible sur : <https://www.si.com/college/2022/05/02/nil-name-image-likeness-experts-divided-over-boosters-laws-recruiting>, 8 juillet 2023.

¹⁰⁶ Idem.

opportunités du nouveau marché des droits de publicités afin d'attirer des étudiants-athlètes dans leurs programmes sportifs. Les étudiants, de leur côté, dont le talent est un élément fondamental de la production de spectacle sportif, doivent apprendre à exploiter leurs droits de publicité, qui constituent de nouveaux critères d'orientation et de choix des équipes universitaires.

Le rapport de force est donc partiellement modifié entre universités et étudiants-athlètes et, en fonction des futures évolutions jurisprudentielles sur ces sujets, ce nouveau fonctionnement pourrait ne pas être définitif.

b. Vers la fin de l'amateurisme en NCAA ?

La décision *Grant-in-Aid* (2021), soit la dernière décision d'importance rendue par la Cour Suprême des Etats-Unis sur le sujet de la NCAA n'a pas totalement clos la réflexion et le débat en cours concernant le statut des étudiants-athlètes. Si cette décision a permis l'adoption de la politique NIL provisoire, accordant ainsi de nouveaux droits aux étudiants-athlètes, certaines implications indirectes de cette décision pourraient gagner en importance à plus long terme.

En effet, cette décision ne concerne que les « revenus liés à l'éducation¹⁰⁷ », soit les bourses et différentes compensations scolaires versées par les universités aux étudiants-athlètes. Autorisées depuis 1956, ces bourses sont juridiquement encadrées par la NCAA afin de ne couvrir que les dépenses liées aux activités scolaires des athlètes, évitant ainsi que les montants dépassant les strictes dépenses scolaires des athlètes ne soient assimilés à une rémunération de la capacité sportive des athlètes. Toutefois, la décision de la Cour Suprême indique qu'une telle limitation est excessive et que d'autres mesures moins strictes pourraient être appliquées.

La Cour Suprême et un certain nombre de relecteurs indiquent qu'une réflexion semblable pourrait être appliquée de manière plus générale au marché du sport universitaire. Cela a directement été soulevé dans les conclusions de la décision *Grant-in-Aid*, complétées par l'opinion concordante exprimée par le Juge Kavanaugh dans le cadre de cette décision : alors que cette décision ne porte que sur la limitation des compensations scolaires, celui-ci indique que « les règles de compensation restantes de la NCAA soulèvent également de sérieuses questions au regard des lois antitrust¹⁰⁸ ». En effet, il serait possible d'appliquer le raisonnement juridique qui a permis de condamner les limitations des compensations scolaires aux limitations de toutes les compensations versées aux athlètes. Celles-ci n'étaient pas

¹⁰⁷ Cour Suprême des Etats Unis, 2021, NCAA v. Alston.

¹⁰⁸ Cour Suprême des Etats Unis, 2021, NCAA v. Alston (Kavanaugh, J., concurring).

concernées par la décision finale, mais elles sont habituellement justifiées par l'exigence d'amateurisme de la NCAA, qui permettrait de garantir la qualité du spectacle sportif universitaire. Toutefois, cette justification a été condamnée pour les compensations scolaires, car la Cour a considéré que d'autres mesures, moins restrictives, permettraient tout de même de garantir la qualité des compétitions sportives. En application de ce raisonnement, l'interdiction de rémunération de la capacité sportive des étudiants-athlètes, qui est à l'origine de l'ensemble des limitations appliquées à tout type de compensations non-scolaires versées aux athlètes, pourrait également être considérée comme contraire à la réglementation antitrust sur le marché du sport universitaire : il serait possible de considérer que d'autres mesures, moins radicales que l'interdiction absolue de la rémunération de la capacité sportive des étudiants-athlètes, permettraient de garantir la qualité du spectacle sportif universitaire.

Dans ce cas, s'appliquerait pleinement l'analyse assimilant les athlètes à de la main-d'œuvre participant à produire un spectacle sportif lucratif. Le Juge Kavanaugh mentionne donc, dans son opinion concordante, que « le business model de la NCAA serait illégal dans presque n'importe quel autre secteur économique aux Etats-Unis¹⁰⁹ » : considérer les athlètes comme de potentiels employés des universités entraînerait d'importants changements dans le fonctionnement de la NCAA, alors que toute rémunération de la capacité sportive est aujourd'hui interdite. Cette analyse est notamment appuyée par différentes prises de position au sein du NLRB (*National Labor Relations Board*, soit Conseil National des Relations de Travail), une agence fédérale indépendante du gouvernement des Etats-Unis responsable de la protection des droits de salariés dans le pays, chargée notamment du contrôle des pratiques illégales dans le monde du travail. En septembre 2021, la conseillère générale du NLRB¹¹⁰ a publié un avis dans lequel elle indique que les étudiants-athlètes sont des employés selon la définition du *National Labor Relations Act* (NLRA, soit la Loi Nationale portant sur les Relations de Travail), une loi fédérale de 1935 qui définit notamment les droits des travailleurs salariés à se syndiquer¹¹¹. En mai 2023, des plaintes ont également été déposées auprès du NLRB contre l'Université de Californie du Sud, la conférence des universités de la Côte Pacifique (Pac-12 Conference) et la NCAA : selon ces plaintes, déposées par un bureau régional du NLRB, les étudiants-athlètes devraient changer de statut pour obtenir un statut d'employés,

¹⁰⁹ Cour Suprême des Etats Unis, 2021, *NCAA v. Alston*.

¹¹⁰ La conseillère générale du NLRB est une personne indépendante nommée par le comité de direction, notamment chargée d'enquêter sur les pratiques illégales dans le monde du travail.

¹¹¹ National Labor Relations Board, *National Labor Relations Act* [en ligne], disponible sur : <https://www.nlrb.gov/guidance/key-reference-materials/national-labor-relations-act>, 8 juillet 2023.

au vu du marché du spectacle sportif sur lequel ils évoluent et sur lequel ils participent à créer de la valeur¹¹².

La question de l'autorisation d'une rémunération de la capacité sportive, qui correspondrait directement à un système de *pay-for-play*, est donc régulièrement soulevée et pourrait aboutir dans les prochaines années¹¹³. Si la rémunération des droits de publicité a été utilisée par la NCAA comme une solution de secours suite aux décisions de la Cour Suprême qui remettaient en question son fonctionnement amateur, la ligue ne souhaite pas reconnaître le statut d'employés aux athlètes. La reconnaissance de ce statut entraînerait notamment l'obligation d'une rémunération respectant la législation américaine, ainsi que la mise en place de certaines garanties sociales et la possibilité pour les athlètes de s'unir en tant que syndicats pour négocier directement avec la NCAA. Cela consisterait en une reproduction du fonctionnement existant actuellement au sein des ligues professionnelles aux Etats-Unis, dont la NCAA cherche à se différencier depuis toujours.

Toutefois, si la question d'autoriser la rémunération de la capacité sportive des étudiants-athlètes est particulièrement débattue en ce moment et portée par certains acteurs et observateurs du marché du sport universitaire, il convient de souligner que la question est très prégnante pour les joueurs de football américain, ainsi que pour les basketteurs, mais ne peut pas forcément s'appliquer à l'ensemble des disciplines pratiquées en NCAA. En effet, le basketball masculin est la principale source de revenu de la NCAA, ce qui encourage l'idée de rémunérer la capacité sportive des basketteurs, au vu des revenus générés par les compétitions sportives auxquelles ils participent. Toutefois, le reste des étudiants-athlètes, investis dans d'autres disciplines sportives, ne créent pas (autant) de valeur car leurs disciplines ne suscitent pas de telles retombées économiques. Il est alors difficile de considérer les athlètes exerçant ces disciplines comme de la main d'œuvre créant du revenu pour la NCAA. Le financement des infrastructures et de l'encadrement humain de ces disciplines dépend actuellement de l'interdépendance et de la solidarité appliquées par la NCAA à l'ensemble des disciplines : les revenus issus du basketball masculin et de l'ensemble des droits télévisés sont utilisés afin de financer les infrastructures et les ressources humaines permettant d'encadrer toutes les disciplines de la NCAA¹¹⁴.

¹¹² J. B. MCCOLLOUGH, « National Labor Relations Board files complaint against USC, Pac-12 and NCAA », Los Angeles Times, 2018 [en ligne], disponible sur : <https://www.latimes.com/sports/usc/story/2023-05-18/national-labor-relations-board-complaint-usc-pac-12>

¹¹³ Entretien avec Jeffrey Levine, réalisé le 24 avril 2023.

¹¹⁴ NCAA, *Where Does the Money Go?* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2016/5/13/where-does-the-money-go.aspx>, 9 juillet 2023.

En cas de segmentation du marché du sport universitaire par discipline et de cloisonnement des financements entre les disciplines (les coûts de chaque discipline étant directement couverts par les revenus générés grâce aux droits télévisés et à la billetterie des compétitions de chaque discipline seulement), la NCAA risquerait de devenir uniquement une ligue de basketball masculin, éventuellement de basketball féminin, et de football américain masculin¹¹⁵. Seules ces disciplines créent suffisamment de revenus pour justifier la reconnaissance d'un statut d'employés aux étudiants-athlètes. Les autres disciplines, au contraire, répondent aux exigences d'amateurisme de la NCAA et font partie du cursus de formation des étudiants : grâce à la pratique de ces activités sportives, un certain nombre d'étudiants accèdent une formation universitaire supérieure sans espoir de devenir ensuite professionnels, ce qui correspond aux objectifs initiaux de la NCAA¹¹⁶.

Si la possibilité d'obtenir le statut d'employés, en application d'une analyse rapprochant la ligue universitaire des ligues professionnelles, permettrait à un certain nombre d'étudiants-athlètes d'augmenter leurs ressources et de bénéficier des revenus générés par leur activité sportive, les conséquences ne seraient donc pas identiques pour chaque discipline. La segmentation des disciplines risquerait d'entraîner une concentration de la pratique sportive en NCAA sur un nombre limité des disciplines, en fonction de leur lucrativité. Le développement de revenus liés aux droits de publicité peut donc représenter une solution d'atténuation des difficultés pour certains de ces athlètes, tout en continuant à protéger les disciplines les moins rémunératrices, grâce à la conservation de la solidarité des disciplines.

La mise en place de la politique NIL provisoire en 2021, utilisée par la NCAA comme une issue de secours suite à la décision *Grant-in-Aid*, permet pour l'instant d'augmenter les ressources des étudiants-athlètes, tout en conservant le fonctionnement amateur valorisé jusqu'alors par la NCAA. Ce fonctionnement n'est pas idéal, notamment au vu des difficultés économiques et sportives qu'il cause encore à certains étudiants et des inégalités persistantes dans la répartition des revenus sur le marché du sport universitaire. Comme cela a été mentionné précédemment, les contrats d'exploitation des droits de publicité ne créent pas des opportunités importantes pour tous les étudiants-athlètes.

Malgré tout, ces nouvelles opportunités sont devenues possibles suite aux dernières évolutions jurisprudentielles concernant le fonctionnement de la NCAA. Par extension, et alors que de nouvelles procédures sont encore en cours, ces décisions pourraient impacter plus fortement encore le fonctionnement de la ligue, concernant le plafonnement des

¹¹⁵ Entretien avec Anthony Ervin, réalisé le 23 juin 2023.

¹¹⁶ *NCAA Manual 2022-2023 Division I*. (2022). NCAA.

compensations versées aux étudiants-athlètes, le statut de ces étudiants-athlètes ou encore l'adoption à venir d'une nouvelle réglementation fédérale.

Ainsi, les évolutions du fonctionnement de la NCAA depuis 2021 ont des implications bien plus importantes que la potentielle hausse des revenus complémentaires des étudiants-athlètes grâce à l'établissement d'un ou plusieurs contrats d'exploitation des droits de publicité. Un nouvel espace d'échanges économiques se dessine et s'intègre au marché du sport universitaire, remodelant ainsi l'ensemble des acteurs et modifiant la répartition des flux financiers de ce marché. Ces modifications impactent inévitablement l'équilibre compétitif et économique de la ligue mais restent strictement surveillées par la NCAA, qui souhaite continuer à préserver l'amateurisme des compétitions universitaires. Celui-ci peut encore être remis en cause, en fonction des futures analyses et décisions juridiques appliquées à la ligue. Certains responsables des disciplines les plus lucratives de la NCAA plaident en faveur d'une rémunération de la capacité sportive des étudiants-athlètes mais cela supposerait un cloisonnement des financements et une segmentation du marché par discipline, ce qui risque de mettre en péril un certain nombre de disciplines, pratiquées au sein de la NCAA mais moins valorisées. Il ne s'agit pas ici de mesurer la probabilité d'évolution de ces questions, dans un sens ou dans l'autre, mais bien de constater la vivacité du débat aux Etats-Unis et de prendre conscience des changements que l'évolution des relations entre athlètes, universités et NCAA pourrait entraîner, en fonction des différentes orientations et analyses politiques, juridiques et économiques appliquées au marché du sport universitaire.

CONCLUSION

La mise en place d'une politique NIL provisoire par la NCAA en 2021, qui suspend l'interdiction faite aux étudiants-athlètes d'exploiter leurs droits de publicité n'a donc pas uniquement mené à la conclusion de contrats d'image ponctuels pour un certain nombre d'athlètes participant aux championnats de NCAA. L'ouverture de ces opportunités a participé, et participe encore, à remodeler le marché du sport universitaire.

Après plusieurs décennies de débat, ce marché est définitivement identifié comme le marché pertinent pour analyser les activités lucratives de la NCAA. La ligue est en effet responsable de l'organisation des compétitions sportives universitaires, par le biais desquelles elle cherche à produire un spectacle sportif qui lui permet d'obtenir des revenus. Les universités et conférences perçoivent également des revenus grâce à la production de ces spectacles. Les derniers acteurs centraux dans la production d'un spectacle sportif sont les athlètes eux-mêmes, qui sont dans ce cas les étudiants-athlètes. Si leur statut d'étudiants-athlètes était très protégé jusqu'en 2021 et signifiait que toute rémunération, directe ou indirecte, était interdite, la politique provisoire de la NCAA établie en 2021 ouvre de nouvelles opportunités financières pour ces athlètes sur le marché du sport universitaire. Un nouvel espace d'échanges économiques apparaît, encore dérégulé, et les athlètes peuvent prendre part aux flux financiers liés à la production du spectacle sportif universitaire.

Malgré tout, la part de flux financiers à laquelle ils ont accès reste particulièrement limitée et ces droits de publicité ne constitueront pas une ressource financière viable pour la grande majorité d'entre eux. Le montant des contrats dépend en effet grandement de la discipline pratiquée et de la renommée des étudiants-athlètes, et de grandes inégalités persistent. Il convient donc de ne pas s'intéresser uniquement aux disciplines les plus rémunératrices et les plus reconnues de la NCAA, mais bien de garder à l'esprit que ces évolutions s'inscrivent dans un contexte de solidarité entre les disciplines et que certains athlètes pratiquant des disciplines moins rémunératrices peuvent avoir accès à moins d'opportunités. Le contexte de solidarité est en effet essentiel pour la préservation des disciplines les moins rémunératrices.

Cette évolution réglementaire ne constitue donc pas forcément un changement pour tous les étudiants-athlètes mais les conséquences de cette nouvelle politique sont importantes à l'échelle de la ligue, en ce qui concerne l'intégrité des compétitions, la qualité des

compétitions et la gestion des talents. Les opportunités d'exploitation des droits de publicité participent en effet à repositionner les étudiants-athlètes au sein du marché du sport universitaire : cela impacte en effet leur recrutement par les universités et l'équité des compétitions, alors que ces éléments sont cruciaux pour l'organisation d'une compétition de qualité. La gestion des talents par les universités, entendue comme le contrôle exercé (ou non) sur les athlètes présents et la répartition d'un niveau sportif équitable entre les universités, doit donc évoluer face à ces nouvelles données d'organisation de la ligue sportive universitaire.

Ces évolutions n'ont que quelques années et toutes leurs conséquences n'ont pas encore pu être entièrement appréhendées. Certaines décisions juridiques sont également en cours, qui pourraient à nouveau modifier le positionnement étudiants-athlètes sur le marché du sport universitaire : parmi celles-ci, la décision *Johnson v. NCAA*¹¹⁷ porte notamment sur la possibilité d'accorder le statut d'employés aux étudiants-athlètes. Cette idée a déjà été mentionnée et défendue par un certain nombre d'acteurs, pour les sportifs pratiquant les disciplines les plus rémunératrices de la NCAA : elle découle directement de l'analyse selon laquelle le talent et la pratique sportive sont les principaux éléments permettant de créer de l'intérêt pour les compétitions sportives de la part du public. La création de valeur, et donc de revenus, est donc permise grâce à la présence et au « travail » des étudiants-athlètes. Selon cette analyse, il serait donc légitime d'assimiler les étudiants-athlètes à de la main d'œuvre et de leur garantir un revenu en échange de la participation à la production du spectacle sportif universitaire.

Dans le cadre de la décision *Johnson v. NCAA*, une plainte a été déposée par deux anciens joueurs de football contre la NCAA et un certain nombre de conférences universitaires. Ils souhaitent faire reconnaître que la situation des étudiants-athlètes répond aux critères du *Fair Labor Standards Act* (FLSA, la Loi pour des normes équitables de travail), ce qui signifierait que les étudiants-athlètes devraient être rémunérés en échange du temps passé à s'entraîner. Cela correspond à l'idée de rémunération de la capacité sportive, à laquelle s'oppose depuis toujours la NCAA. La plainte a été acceptée par le juge, mais la décision est en attente auprès de la Cour d'Appel du 3^e Circuit. Dans le cas où raison serait donnée aux joueurs de football, la NCAA et les universités pourraient être obligées de rémunérer les étudiants-athlètes et de réguler leur temps de travail¹¹⁸. Toutefois, ce fonctionnement serait difficilement applicable à l'ensemble des disciplines de la NCAA et cette décision risque donc de remodeler grandement le fonctionnement de la ligue, en cas de confirmation d'un statut d'employés pour les étudiants-athlètes.

¹¹⁷ Cour d'Appel des Etats-Unis pour le 3^e Circuit, 2023, *Johnson v. NCAA*.

¹¹⁸ L. C. MURRAY, « The new frontier of NIL legislation », *Houston Law Review*, n°60(3), 2023, pp. 757-788.

Cette situation découle de toutes les évolutions constatées concernant la NCAA depuis plusieurs décennies : depuis une situation purement amateur à la fin des années 1980, dans laquelle les étudiants-athlètes avaient uniquement accès à des bourses sportives, les évolutions sont bien plus rapides aujourd'hui et concernent autant le statut de ces étudiants que les opportunités de revenus qui pourraient leur être accordées et l'intégrité des compétitions auxquelles ils participent. Ces évolutions, que les acteurs doivent appréhender en très peu de temps, transforment le marché du sport universitaire, qui risque maintenant de se transformer en véritable marché du travail, selon les futures décisions juridiques et évolutions politiques à ce sujet.

BIBLIOGRAPHIE

JURISPRUDENCES

Cour d'Appel des Etats-Unis pour le 3^e Circuit, 1974, College Athletic Placement Service Inc. v. National Collegiate Athletic Association.

Cour d'Appel des Etats-Unis pour le 3^e Circuit, 2023, Johnson v. NCAA.

Cour d'Appel des Etats-Unis pour le 9^e Circuit, 2014, O'Bannon v. NCAA.

Cour de District des Etats-Unis pour le district du Massachussets, 1975, Jones v. NCAA.

Cour Suprême des Etats-Unis, 1984, NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma, et al.

Cour Suprême des Etats Unis, 2021, NCAA v. Alston

Cour Suprême des Etats Unis, 2021, NCAA v. Alston (Kavanaugh, J., concurring)

ARTICLES ACADEMIQUES

T. BAKER, M. EDELMAN, N. WATANABE, « Debunking the NCAA's Myth that Amateurism Conforms with Antitrust Law: A Legal and Statistical Analysis », Social Science Research Network, 2017, pp. 1-34.

J.-F. BOURG, J.-J. GOUGUET, « II. Les modèles d'organisation du sport professionnel » in *Economie du sport*, Paris, La Découverte, 2012, pp. 58–78.

N. BRISON, T. A. BARKER III, « From Board of Regents to O'Bannon: How Antitrust and Media Rights Have Influenced College Football », *Marquette Sports Law Review*, n°26(2), 2016, pp. 331-362.

J.-P. GAYANT. « Chapitre 1. L'industrie du spectacle sportif », in *Économie du sport*, Paris, Dunod, 2016, pp.11-34.

J.-P. GAYANT. « Chapitre 2. Les ligues et l'économie des sports collectifs », in *Économie du sport*, Paris, Dunod, 2016, pp.35-63.

T. HENDERSON, « It's About Time: An Analysis of Name, Image, and Likeness Legislation in the United States », *Jeffrey S. Moorad Sports Law Journal*, n°30(1), 2023, pp. 61-90.

J. T. HOLDEN, M. EDELMAN, M. A. MCCANN, « A Short Treatise on College-Athlete Name, Image, and Likeness Rights: How America Regulates College Sports' New Economic Frontier », *Georgia Law Review*, n°57, 2022, pp. 1–78.

L. C. MURRAY, « The new frontier of NIL legislation », *Houston Law Review*, n°60(3), 2023, pp. 757-788.

C. PALMIERI. « The Billion Dollar Industry That Has Never Paid Its Money-Makers: The NCAA's Attempt at Compensation through Names, Images and Likeness », *Touro Law Review*, n°37(3), 2021, pp. 1605-1641.

M. STEELE, « O'Bannon v. NCAA: The Beginning of the End of the Amateurism Justification for the NCAA in Antitrust Litigation », *Maquette Law Review*, n°99, 2015, pp 511-540.

L. TEPEN, « Pay to Play: Looking Beyond Direct Compensation and Towards Paying College Athletes for Themselves », *Washington University Journal of Law & Policy*, n°65(1), 2021, pp. 213-246.

ARTICLES

K. BALASAYGUN, « In the college sports pay era, female athletes are emerging as big economic winners », *CNBC*, 2022 [en ligne], disponible sur : <https://www.cNBC.com/2022/10/15/that-nike-bronny-james-nil-deal-was-a-big-deal-for-women-too.html>, 9 juillet 2023.

M. BRUTLAG HOSICK, « NCAA adopts interim name, image and likeness policy », *NCAA*, 2021 [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/news/2021/6/30/ncaa-adopts-interim-name-image-and-likeness-policy.aspx> .

L. CLARKE, « State-by-state rating system gives college recruits road map to evaluate NIL laws », *Washington Post*, 2021 [en ligne], disponible sur : <https://www.washingtonpost.com/sports/2021/10/21/name-image-likeness-laws-state-rankings/> , 8 juillet 2023.

R. DELLENGER, « Big money donors have stepped out of the shadows to create 'chaotic' NIL Market », *Sports Illustrated*, 2022 [en ligne], disponible sur : <https://www.si.com/college/2022/05/02/nll-name-image-likeness-experts-divided-over-boosters-laws-recruiting>, 8 juillet 2023.

D. HARRIS, « The realm of agency is evolving along with NIL », *Sports Business Journal*, 2022 [en ligne], disponible sur <https://www.sportsbusinessjournal.com/SB-Blogs/COVID19-OpEds/2022/10/13-Harris.aspx>, 9 juillet 2023.

A. J. MAESTAS, J. BELZER, « How Much Is NIL Worth To Student Athletes? », 2020, Athletic Director U [en ligne], disponible sur : <https://athleticdirector.ucla.edu/articles/how-much-is-nil-really-worth-to-student-athletes/>, 9 juillet 2023.

J. B. MCCOLLOUGH, « National Labor Relations Board files complaint against USC, Pac-12 and NCAA », Los Angeles Times, 2018 [en ligne], disponible sur : <https://www.latimes.com/sports/usc/story/2023-05-18/national-labor-relations-board-complaint-usc-pac-12> .

D. SPENSER, « July data shows value of average NIL deal », 2021 [en ligne], disponible sur : <https://www.saturdaydownsouth.com/sec-football/july-data-shows-value-of-average-nil-deal/> , 9 juillet 2023.

SITES INTERNET

B. KELLER, OpenDorse, *High School NIL: State-by-state regulations for name, image and likeness rights*, 2023 [en ligne], disponible sur : <https://biz.opendorse.com/blog/nil-high-school/>, 9 juillet 2023.

French District, *La justice aux États-Unis | Tout savoir sur le système judiciaire américain*, 2020 [en ligne], disponible sur : <https://frenchdistrict.com/articles/justice-aux-etats-unis-systeme-judiciaire-americain/>, 9 juillet 2023.

NCAA, *15-Year Trends in Division I Athletics Finances* [en ligne], disponible sur https://ncaaorg.s3.amazonaws.com/research/Finances/2020RES_D1-RevExp_Report.pdf, 8 juillet 2023.

NCAA, *Finances* [en ligne], disponible sur <https://www.ncaa.org/sports/2021/5/4/finances.aspx>, 8 juillet 2023.

NCAA, *Finances of intercollegiate athletics database* [en ligne], disponible sur <https://www.ncaa.org/sports/2019/11/12/finances-of-intercollegiate-athletics-database.aspx> , 9 juillet 2023.

NCAA, *Letter from NCAA Bd. of Governors to Gavin Newsom, Governor, State of Cal. (Sept. 11, 2019)* [en ligne], disponible sur : <http://www.ncaa.org/about/resources/media-center/news/ncaareponds-california-senate-bill-206>, 9 juillet 2023.

NCAA, *Overview* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2021/2/16/overview.aspx>, 9 juillet 2023.

NCAA, *Role of Boosters* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2013/11/27/role-of-boosters.aspx>, 8 juillet 2023.

NCAA, *Taking action* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2021/2/8/about-taking-action.aspx>, 8 juillet 2023.

NCAA, *Where Does the Money Go?* [en ligne], disponible sur : <https://www.ncaa.org/sports/2016/5/13/where-does-the-money-go.aspx>, 9 juillet 2023.

National Labor Relations Board, *National Labor Relations Act* [en ligne], disponible sur : <https://www.nlr.gov/guidance/key-reference-materials/national-labor-relations-act>, 8 juillet 2023.

OpenDorse, *The NIL Deals Platform for Athletes, Fans, & Brands* [en ligne], disponible sur <https://opendorse.com>, 1^{er} juillet 2023.

RAPPORTS ET DOCUMENTS INSTITUTIONNELS

NCAA Manual 2022-2023 Division I. (2022). NCAA.

NCAA guide for the college-bound student-athlete 2022-2023. (2022). NCAA.

NIL Institutional report. (2023). Lead1 Association.

NIL Interim policy. (2021). NCAA.

NIL Interim Policy Q&A. (2021). NCAA.

Interim Name, Image and Likeness Policy Guidance Regarding Third Party Involvement. (2021). NCAA.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
1) De la défense d'un positionnement non-lucratif à la reconnaissance d'une activité commerciale de la NCAA	12
1.1 Le positionnement historique de la NCAA comme un organe de formation à but non lucratif	13
a. La protection de la libre-concurrence et l'interdiction des actions anti-concurrentielles dans le droit économique états-unien.....	13
b. La disqualification originelle d'activité commerciale de la NCAA	14
c. La reconnaissance d'une industrie unique sur le marché du divertissement	16
1.2 L'assimilation du sport universitaire à une activité commerciale.....	19
a. Le revirement des années 2010 : les premiers pas jurisprudentiels vers la reconnaissance d'une activité commerciale de la NCAA	19
b. La condamnation d'un fonctionnement contraire à la protection du libre-échange : vers de nouveaux mécanismes de compensation des athlètes ?.....	22
c. La concrétisation de ces revirements jurisprudentiels : la révolution de la politique NIL provisoire de 2021.....	25
2) La redéfinition du statut des étudiants-athlètes face aux nouvelles opportunités du marché du sport universitaire.....	28
2.1 L'intégration du marché des droits de publicité au marché du sport universitaire... ..	30
a. L'apparition d'un nouvel espace d'échanges économiques.	30
b. Une valorisation inégale des droits de publicité des athlètes.....	32
c. L'impact du « patchwork » actuel de régulations sur l'intégrité des compétitions sportives universitaires.....	36

2.2 De nouveaux modes de gestion, de répartition et de rémunération des talents sur le marché du sport universitaire	40
a. Le bouleversement des modes de recrutement des talents... ..	40
b. Vers la fin de l'amateurisme en NCAA ?	44
CONCLUSION	49
BIBLIOGRAPHIE.....	52
TABLE DES MATIERES.....	56